



Klagenemnda
for offentlige anskaffelser

Innklagede gjennomførte en åpen anbudskonkurranse for inngåelse av rammeavtale om VA og VVS-produkter. Klagenemnda fant at innklagede ikke hadde brutt forskriften § 20-16 (2) bokstav c og kravet til god forretningsskikk i loven § 5 ved ikke å oppgi en frist for å klage på innklagedes beslutning om å avvise klagers tilbud. Klagers anførsel om at innklagede hadde brutt regelverket ved å avvise klagers tilbud førte ikke frem. Heller ikke klagers anførsel om at innklagede hadde brutt regelverket ved ikke å foreta avklaringer med klager førte frem.

Klagenemndas avgjørelse 12. august 2014 i sak 2013/13

Klager: Ahlsell Norge AS

Innklaget: Grenlandkommunenes Innkjøpsenhet (GKI)

Klagenemndas medlemmer: Gro Amdal, Magni Elsheim, Jakob Wahl

Saken gjelder: Avvisning av tilbud, avklaringer, klagefrist for avvisningsbeslutning

Bakgrunn:

- (1) Grenlandkommunenes Innkjøpsenhet (heretter innklagede) kunngjorde 23. oktober 2012 en åpen anbudskonkurranse for inngåelse av rammeavtale om VA og VVS-produkter. Anskaffelsens verdi er i konkurransegrunnlaget punkt 1.1.2 anslått til vel 12 millioner kroner. Tilbudsfrist var i konkurransegrunnlaget angitt til 6. desember 2012.
- (2) Det fremkom av konkurransegrunnlaget punkt 1.4.1 at rammeavtale ville bli inngått med det økonomisk mest fordelaktige tilbudet basert på tildelingskriteriene "*pris og kostnader*" (55 %) og "*leveringstid og lagerhold*" (45 %).
- (3) Av konkurransegrunnlaget punkt 1.7.1 fremgikk det at "*Oppgitt totalpris skal inneholde alle kostnader for Kunden som inngår i denne konkurransen. Sum totalkostnader skal oppgis som totalpris under "pris" i denne elektroniske løsningen.*"
- (4) I konkurransegrunnlaget punkt 3.9.1.1 stod det at: "*Leveransen skal være forsvarlig pakket, merket og fritt levert og losset på anviste steder i de enkelte kommunene.*"
- (5) Det fremkom videre av punkt 3.10.1 i konkurransegrunnlaget at "*Prisene som fremgår av vedlegg 1 "prisskjema" skal inkludere samtlige kostnader forbundet med leveransen, slik som emballasje, fakturerings- og administrasjonskostnader, toll, skatter og avgifter m.v.*"
- (6) Innklagede mottok to tilbud innen tilbudsfristens utløp 6. desember 2012, heriblant fra Ahlsell Norge AS (heretter klager).

- (7) I tilbuds brevet fra klager fremgikk følgende: *"Vi bekrefter at tilbudet er i overensstemmelse med konkurransegrunnlaget og tilhørende vedlegg. Vi har ingen avvik/forbehold i vårt tilbud."*

- (8) Videre fremkom følgende om levering i tilbudet fra klager:

"2.Leveringstider

[..]

Leveringstid fra Proffsenter er omgående ved henting av varer i åpningstiden mandag – fredag 07.00 -16.00. Eller i løpet av dagen på leveringsadresse med budbil, EXW Ahlsell sin adresse (Incoterms 2010).

3. Leveringsmåte

[..] Leveringsvilkår DAP kundens adresse (Incoterms 2010).

[..]

Dersom ikke annet er avtalt er leveringsvilkår EXW leverandøren sin adresse (Incoterms 2010,) levert med den transportøren som vår leverandør brukar."

- (9) I Rundskriv fra Toll- og avgiftsdirektoratet, publisert 23.12.2010 fremgår følgende:

"Nye Incoterms 2010, består av 11 ulike koder:

Koder som kan benyttes ved alle typer transporter (any mode of transport):

EXW –Ex Works

[..]

DAP – Delivered At Place /selger bærer kostnadene fram til bestemmelsessted før lossingen har funnet sted)."

- (10) Innklagede sendte et brev til klager 25. januar 2013 der det fremgikk at klagers tilbud var avvist fra konkurransen med hjemmel i forskriften §§ 20-13 (1) bokstav d og f.
- (11) Klager sendte en e-post til innklagede 28. januar 2013, hvor klager skrev at det var feil at klager hadde tatt et vesentlig forbehold mot kontraktvilkårene. Klager skrev videre at: *"Utgangspunktet er at alle varene er fritt levert kommunene, jf. vedlegg 8. pkt. 3 avsnitt 1. Det belastes ikke frakt med mindre det er snakk om varer som skal bestilles og vanligvis ikke er på varelager".* Samme dag sendte klager en ny mail til innklagede der det ble presisert at *"Ahlsell leverer alle varer fritt levert og ferdig losset."* Innklagede svarte i brev datert 4. februar 2013 og opprettholdt avvisningen.
- (12) Innklagede har opplyst at kontrakt ville bli inngått med valgte leverandør etter karenserperiodens utløp.
- (13) Saken ble brakt inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser 13. februar 2013.
- (14) Nemndsmøte i saken ble avholdt 11. august 2014.

Anførsler:

Klagers anførsler:

Avvisning av klagers tilbud

- (15) Klager anfører at innklagede har brutt forskriften § 20-13 (1) bokstav d og f ved å avvise klagers tilbud.
- (16) Klager viser for det første til at forbeholdet i klagers tilbud ikke var vesentlig. Forbeholdet er knyttet til kostnadsfordelingen på lossing av varer. Dette er ikke et forbehold som medfører at klager får en konkurransefordel.
- (17) Klager viser for det andre til at det ikke var tvil om hvordan klagers tilbud skulle bedømmes i forhold til de øvrige tilbudene. Det var en uklarhet i klagers tilbud, ved at det fremgikk at det ikke var tatt noen forbehold i tilbudet, samtidig som det var tatt et forbehold. Denne uklarheten kunne ikke påvirke rangeringen av tilbudene, eller påvirke prisene på noen måte.

Avklaringer med klager

- (18) Klager anfører at innklagede har brutt forskriften ved ikke å avklare med klager hvorvidt tilbudet fra klager inneholdt et forbehold mot kontraktsvilkårene. Det er unødvendig konkurransebegrensede å avvise et tilbud som er uklart dersom denne uklarheten ikke har betydning for konkurranseforholdet. Uklarheten i klagers tilbud burde derfor blitt avklart ved en henvendelse fra innklagede.

Prosedyrefeil

- (19) Klager anfører at innklagede har brutt regelverket ved å avvise klagers tilbud med hjemmel i to ulike bestemmelser. En avvisning etter forskriften § 20-13 (1) må skje etter ett av de opplistede alternativene. Dette er alternative avvisningsbestemmelser og kan således ikke brukes sammen, slik innklagede her har gjort.

Klagefrist

- (20) Klager anfører at innklagede har brutt regelverket ved ikke å oppgi en frist for å klage på avvisningsbeslutningen. Det fremgår av klagenemndas praksis at oppdragsgiver har en plikt til å opplyse om klagefrist i avvisningsbeslutningen.

Innklagedes anførsler:

Avvisning av klagers tilbud

- (21) Innklagede bestrider at det var i strid med forskriften § 20-13 (1) bokstav d og f å avvise klagers tilbud.
- (22) Innklagede hevder at klagers forbehold om at lossing ikke var inkludert i tilbudet var vesentlig. Det fremgikk av konkurransegrunnlaget at varene skulle leveres fritt levert og losset på anviste steder og at pris og kostnadselementet var av vesentlig betydning for

innklagede. Klagers forbehold om at lossing ikke var inkludert i tilbudet innebærer at innklagede selv må besørge losseutstyr. Dette ville medføre en betydelig merkostnad for kommunen da dette i praksis ville innebære at kommunen selv må ha kraner etc. for å losse varene.

- (23) Innklagede hevder videre at klagers forbehold om at lossing ikke var inkludert i tilbudet medførte tvil om hvordan tilbudet skulle bedømmes i forhold til valgte leverandørs tilbud.

Avklaringer med klager

- (24) Innklagede bestrider at det var i strid med regelverket ikke å avklare med klager hvorvidt tilbudet fra klager inneholdt et forbehold mot kontraktsvilkårene. Det vises for det første til at forskriften § 21-1 gir oppdragsgiver en adgang til å foreta enkelte avklaringer, men at bestemmelsen ikke oppstiller en plikt til å avklare. Videre viser innklagede til at det ikke er adgang til å avklare der uklarheten medfører plikt til å avvise tilbudet. Forbeholdet i klagers tilbud medførte at innklagede hadde plikt til å avvise tilbudet, og innklagede hadde dermed ikke adgang til å avklare uklarheter i tilbudet fra klager.

Prosedyrefeil

- (25) Innklagede bestrider at det er i strid med regelverket å avvise et tilbud med hjemmel i to ulike avvisningsbestemmelser. Det forelå to alternative grunnlag for avvisningen, og det er da i tråd med god forretningsskikk å opplyse om begge avvisningshjemlene.

Klagefrist

- (26) Innklagede bestrider at innklagede hadde plikt til å oppstille en klagefrist i avvisningsbeslutningen. Det er ikke slik at klager mister sin mulighet til å ivareta sine interesser i saken dersom det ikke opplyses om en klagefrist. Under enhver omstendighet fikk klager opplyst en klagefrist da dette ble etterspurt.

Klagenemndas vurdering:

- (27) Klager har deltatt i konkurransen, og har saklig klageinteresse, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Konkurransen gjelder inngåelse av rammeavtale om VA og VVS-produkter som er en vareanskaffelse. Anskaffelsens verdi er i konkurransegrunnlaget punkt 1.1.2 anslått til å være på vel 12 millioner kroner. I tillegg til lov om offentlige anskaffelser følger anskaffelsen etter sin art og verdi forskrift om offentlige anskaffelser av 7. april 2006 nr. 402 del I og III, jf. forskriften §§ 2-1 og 2-2.

Avvisning av klagers tilbud

- (28) Klager anfører at innklagede har brutt forskriften § 20-13 (1) bokstav d og f ved å avvise klagers tilbud.
- (29) Det fremgår av forskriften § 20-13 (1) bokstav d at et tilbud skal avvises når "*det inneholder vesentlige forbehold mot kontraktsvilkårene*". Dersom en offentlig oppdragsgiver avviser et tilbud uten at det er hjemmel for dette i regelverket, vil det være i strid med kravet til forutberegnelighet i loven § 5 og forskriften § 3-1.

- (30) Det fremgikk av konkurransegrunnlaget punkt 1.7.1 at tilbudsprisene skulle være inkludert *"alle kostnader for Kunden som inngår i denne konkurransen"*. Videre fremgikk det i punkt 3.9.1.1 at leveransen skulle være *"forsvarlig pakket, merket og fritt levert og losset på anviste steder i de enkelte kommunene."* Endelig ble det presisert i konkurransegrunnlaget punkt 3.10 at tilbudsprisen skulle *"inkludere samtlige kostnader forbundet med leveransen"*.
- (31) I tilbudet fra klager stod det at: *"Vi bekrefter at tilbudet er i overensstemmelse med konkurransegrunnlaget og tilhørende vedlegg. Vi har ingen avvik/forbehold i vårt tilbud."* Videre fremkom det at levering av varer fra Proffsenter ville skje i løpet av dagen med budbil, *"EXW Ahlsell sin adresse (Incoterms 2010)"*. Varer fra regionallager/sentrallager skulle skje med bil til kundens adresse og leveringsvilkårene skulle være DAP kundens adresse (Incoterms 2010). Levering av skaffevarer var opplyst å skje etter avtale i det enkelte tilfelle og med leveringsvilkår EXW leverandøren sin adresse (Incoterms 2010).
- (32) I Rundskriv fra Toll- og avgiftsdirektoratet, publisert 23.12.2010 fremgår det at Incoterms 2010 koden EXW står for *"Ex Works"* og koden DAP betyr *"Delivered At Place /selger bærer kostnadene fram til bestemmelsessted før lossing har funnet sted)"*. I Incoterms 2000 var koden EXW beskrevet som *"Ex Works (fritt levert til varen forlater fabrikk – kjøpers kostnader etter dette)"*.
- (33) Klagers tilbud innebærer altså at varer fra Proffsenter enten skulle leveres *"EXW Ahlsell sin adresse"*, *"Leveringsvilkår DAP kundens adresse (Incoterms 2010)"* eller dersom annet ikke var avtalt: *"EXW leverandøren sin adresse"*. Det vil si at innklagede alltid skulle stå for lossingen av varene, og ved levering på klagers adresse, i tillegg også transport til seg selv.
- (34) Klager har erkjent at klagers tilbud inneholdt et forbehold mot kontraktsvilkårene, ved at lossing av de bestilte varene ikke var inkludert i klagers tilbudspris, selv om det fremgikk av konkurransegrunnlaget at dette skulle være inkludert i tilbudsprisen. Det avgjørende blir dermed om dette forbeholdet var vesentlig.
- (35) Ordlyden i forskriften tilsier at det kun er visse kvalifiserte forbehold som fører til avvisningsplikt. Ved vurderingen av om et forbehold er vesentlig vil det blant annet måtte legges vekt på karakteren av kontraktsvilkåret det tas forbehold mot, om det skjer en risikoforskyving i oppdragsgivers disfavør, betydningen for oppdragsgiver, betydningen i relasjon til konkurrenter, herunder risiko for at leverandøren får en konkurransefordel, og i hvilken grad forbeholdet kan prissettes, jf. blant annet sak 2011/193 premiss (32) med videre henvisninger. Avgjørelsen av om et forbehold er vesentlig eller ikke, er rettsanvendelsesskjønn som beror på en objektiv norm, og som kan prøves fullt ut, jf. Agder lagmannsretts dom inntatt i LA-2011-100800.
- (36) Rammeavtalen skulle omfatte kjøp og levering av VA og VVS-produkter. Ut fra opplysningene i konkurransegrunnlaget synes transport og lossing å være sentrale elementer i rammeavtalen, slik at forbehold mot dette fort vil være vesentlige. Det fremstod også som viktig for innklagede at tilbyderne inkluderte alle kostnader, herunder lossing, i tilbudsprisene. Dette var derfor gjentatt flere ganger i konkurransedokumentene. Innklagede har opplyst at det kan dreie seg om store og tunge varer, slik at levering og lossing krever spesielt utstyr. Dette tilsier at levering og lossing av varene vil være kostbart, og ha en praktisk betydning ved at det kreves spesielt utstyr for frakt og lossing.

Klagers forbehold kan dermed ha en vesentlig betydning i relasjon til konkurrentene, ved at forbeholdet sannsynligvis medfører at klager kunne tilby en lavere pris enn konkurrentene. Det er videre nærliggende å legge til grunn at det medfører en betydelig konkurransefordel for klager å ikke skulle losse noen av varene, og ikke være ansvarlig for levering av en del av varene. Risikoen for varene ved levering og lossing ville også bli overført fra klager til innklagede på et tidligere tidspunkt enn det som følger av konkurransegrunnlaget, som følge av klagers forbehold. Basert på dette, må klagers forbehold anses vesentlig, og innklagede har dermed opptrådt i samsvar med regelverket ved å avvise klagers tilbud etter forskriften § 20-13 (1) bokstav d.

Avklaringer med klager

- (37) Klager anfører at innklagede har brutt forskriften ved ikke å avklare med klager hvorvidt tilbudet fra klager inneholdt et forbehold mot kontraktsvilkårene.
- (38) Det følger av forskriften § 21-1 (2) bokstav a at oppdragsgiver kan innhente nærmere opplysninger hos leverandørene for å få klarlagt uklarheter og ufullstendigheter i tilbudene, med mindre uklarhetene er slik at tilbudet skal avvises i henhold til forskriften § 20-13.
- (39) Klagenemnda har i drøftelsen over konkludert med at klagers tilbud inneholdt et vesentlig forbehold mot kontraktsvilkårene, slik at innklagede hadde plikt til å avvise tilbudet med hjemmel i forskriften § 20-13 (1) bokstav d. Innklagede hadde derfor ikke adgang til å innhente avklaringer fra klager. Videre bemerkes det at bestemmelsen i § 21-1 (2) bokstav a, kun oppstiller en rett til å innhente opplysninger, og oppdragsgiver har som hovedregel ikke plikt til å innhente opplysninger for å avklare uklarheter eller ufullstendigheter i et tilbud. I foreliggende tilfelle var heller ikke begrunnelsen for å avvise klagers tilbud at tilbudet var uklart eller ufullstendig, men at det inneholdt et forbehold. Innklagede ville dermed ikke ha adgang til å innhente nærmere opplysninger hos klager med hjemmel i forskriften § 21-1 (2) bokstav a. Det vises her til forhandlingsforbudet i § 21-1 (1). Klagers anførsel fører dermed ikke frem.

Prosedyrefeil

- (40) Klager anfører at innklagede har brutt regelverket ved å avvise klagers tilbud med hjemmel i to ulike bestemmelser. Klager hevder at avvisning etter forskriften § 20-13 (1) må skje etter ett av de opplistede alternativene og at avvisningsbestemmelsene er alternative og kan således ikke brukes sammen.
- (41) Forskriften § 20-13 (1) oppstiller en plikt for oppdragsgiver til å avvise tilbud dersom vilkårene i en av bestemmelsene i bokstav a-f er oppfylt. Dersom vilkårene i flere av bestemmelsene er oppfylt, foreligger det flere grunnlag for at oppdragsgiver har en plikt til å avvise tilbudet. Dersom det foreligger flere grunnlag for å avvise et tilbud, er det i tråd med regelverket at innklagede viser til samtlige avvisningshjemler. Klagers anførsel fører dermed ikke frem.

Klagefrist

- (42) Klager har anført at innklagede har brutt regelverket ved at det i brev av 25. januar 2013 ikke var oppgitt en frist for klager til å påklage avvisningsbeslutningen.

- (43) Etter forskriften § 20-16 (2) bokstav c, skal oppdragsgiver *"snarest mulig gi en skriftlig melding med en kort begrunnelse"* dersom et tilbud blir avvist jf. § 20-13.
- (44) Før forskriften ble endret med virkning fra 1. juli 2012, inneholdt forskriften § 22-3 en bestemmelse om at oppdragsgiver måtte gi leverandørene en frist for å klage på valget av leverandør. Ut fra denne bestemmelsen ble det innfortolket en plikt for oppdragsgiver til også å gi en frist til å klage på et avvisningsvedtak, jf. eksempelvis sak 2012/132 og sak 2012/218.
- (45) Konkurransen i foreliggende sak er kunngjort etter 1. juli 2012, slik at det er de nye bestemmelsene om begrunnelse som gjelder i denne konkurransen. Etter forskriften § 22-3 (2), slik den lyder etter endringen som trådte i kraft 1. juli 2012, er det ikke lengre en plikt for oppdragsgiver å opplyse om en klagefrist ved tildelingsmeddelelsen, men bare en plikt til å opplyse om karenstiden. Karenstiden er en periode etter valget av leverandør, der oppdragsgiver ikke kan inngå kontrakt med valgte leverandør. Formålet med karenstiden er at tilbyderne skal få tid, før kontrakt blir inngått, til å bedømme om anskaffelsesprosedyren har foregått i samsvar med anskaffelsesregelverket og, dersom det er ønskelig, imøtegå tildelingsbeslutningen, for eksempel ved midlertidig forføyning, klage eller stevning.
- (46) Om denne forskriftsendringen heter det følgende i NOU 2010:2 punkt 7.1:
- "Det bemerkes innledningsvis at det i dagens norske karenstidbestemmelser brukes formuleringen at oppdragsgiver «skal angi frist for leverandører til å klage over beslutningen». Dette kan feilaktig gi inntrykk av at karenstiden er en form for klagefrist. Det er ikke tilfellet. Formålet med karenstiden er å gjøre det mulig for leverandører å stanse prosessen innen kontrakt inngås i strid med anskaffelsesregelverket. En leverandør som ønsker å benytte seg av denne muligheten må derfor begjære midlertidig forføyning før karenstidens utløp for å være sikker på at kontrakt ikke blir inngått. Leverandøren er imidlertid ikke avskåret fra å klage etter karenstidens utløp. [...] Uavhengig av bestemmelsene om karenstid har leverandørene også mulighet til å klage direkte til oppdragsgiver – både før og etter karenstidens utløp – men dette reguleres ikke av forskriften."*
- (47) Dersom et tilbud blir avvist skal oppdragsgiver gi leverandøren skriftlig melding om dette, med en kort begrunnelse jf. forskriften § 20-13. Videre skal tildelingsmeddelelsen, med begrunnelse og opplysning om karenstid, gis til alle berørte leverandører, som etter § 4-1 bokstav p blant andre er *"alle leverandører som har levert inn tilbud"*. Leverandører som har fått sitt tilbud avvist, vil altså få begrunnelse og opplysning om tildelingsbeslutning og karenstid. Leverandører står fritt til å klage til oppdragsgiver når som helst, og må for øvrig forholde seg til den samme karenstiden som andre tilbydere i konkurransen når det gjelder andre rettslige skritt. Interessene til en leverandør som har fått sitt tilbud avvist er dermed ivaretatt gjennom reglene om begrunnelse og karenstid. Oppdragsgiver har etter dette ikke plikt til å gi en frist til å klage på et avvisningsvedtak. Klagers anførsel fører derfor ikke frem.

Konklusjon:

Grenlandkommunenes Innkjøpsenhet (GKI) har ikke brutt regelverket for offentlige anskaffelser.

For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,

Magni Elsheim