Klagenemnda
for offentlige anskaffelser

Innklagede gjennomførte en åpen anbudskonkurranse om bygge- og anleggsarbeider for Gulset barnehage. Klagenemnda kom til at innklagede hadde brutt regelverket for offentlige anskaffelser ved ikke å avvise en tilbyder der det forelå avvisningsplikt etter forskriftens § 11-11(1) c, d og f.

Klagenemndas avgjørelse 16. februar 2009 i sak 2008/222

Klager: Linga og Nikman AS

Innklaget: Skien kommune

Klagenemndas medlemmer: Tone Kleven, Kai Krüger, Andreas Wahl

Saken gjelder: Avvisning av tilbud som følge av avvik fra konkurransegrunnlaget og forbehold mot kontraktsvilkår.

Bakgrunn:

(1) Skien kommune (heretter kalt innklagede) kunngjorde den 23. oktober 2008 en åpen anbudskonkurranse for anskaffelse av bygningsmessige arbeider og anleggsarbeider på tomt i forbindelse med prosjektet Gulset barnehage – nybygg.

(2) Konkurransereglene var nedfelt i konkurransegrunnlagets Bok 0. Det fremgår av Bok 0 for prosjektet, punkt A3 at:

"A.3 Krav til anbud
Anbudet skal gis på grunnlag av den utsendte anbudsspesifikasjon bestående av beskrivende mengdeberegning og tegninger samt denne Bok 0 for prosjektet.

Følgende dokumenter skal returneres byggherren:

• Beskrivende mengdeberegning med alle poster utfylt.
• Komplett anbudssammenstilling i utfylt stand, undertegnet og stemplet.
• Anbudsbrev hvor forbehold, tilleggsopplysninger etc. er anført.
• Skatte- og mva-attest ikke eldre enn 6 måneder utstedt av den kompetente myndighet som bekrefter at tilbyder har oppfylt sine forpliktelser med hensyn til betaling av skatter, trygdeavgifter og MVA. Skatteattestene skrives ut av skatteoppkreverkontoret i den kommunen hvor leverandøren har sitt hovedkontor og av skattefogden i tilsvarende fylke.
• HMS egenerklæring.
• Attest for registrering i det faglige register som bestemt ved lovgivning i det land hvor tilbyder er etablert.
• Den etterspurte dokumentasjon over kvalifikasjonskravene.

Det forutsettes at anbudsbeskrivelsen er fullstendig utfylt og i henhold til uttrykte forutsetninger. Forbehold og endringer i forhold til beskrivelsens tekst som ønskes

Postadresse Postboks 439 Sentrum 5805 Bergen
Besøksadresse Olav Kyrresgate 8 5014 Bergen
Tlf.: 55 59 75 00
Faks: 55 59 75 99
E-post: postmottak@kofa.no
Nettside: www.kofa.no

vurdert anføres som alternative priser/ ytelser i anbudsbrevet. Endringer/ tilføyelser i mengdebeskrivelsen blir ikke hensyntatt og kan gi grunn for at anbudet forkastes."

(3) Bok 0 for prosjektet, punkt D Konkurransebestemmelser omhandler blant annet "*Avvik fra konkurransegrunnlaget*":

"Det er anledning til å gi tilbud på alternative løsninger i tillegg til de løsninger som fremgår av konkurransegrunnlaget."

(4) Det fremgår videre av konkurransegrunnlagets tilbudsinnbydelse – tilbudsskjema side 2 vedrørende innlevering av tilbud at:

*"**Tilbudet skal leveres elektronisk***

Tilbudet skal prises både i papirutgave og i vedlagte elektroniske utgave på CD, som inneholder tilbudet i format G-Prog Linker.

G-PROG LINKER lastes ned gratis fra : www.Nois.no"

(5) Tildeling av kontrakt skulle skje til det tilbudet som hadde lavest pris, jf konkurransegrunnlagets punkt D Konkurransebestemmelser underpunkt "*Kriterier for valg av tilbud*".

(6) Av Bok 0 E Kontraktsbestemmelser fremgikk det at NS 8405 gjaldt som alminnelige kontraktsbestemmelser, med endringer/suppleringer som fremgår av konkurransegrunnlaget:

"E KONTRAKTSBESTEMMELSER

E. 1 Alminnelige kontraktsbestemmelser
Norsk Standard, NS 8405 "Norsk bygge- og anleggskontrakt", 1. utgave oktober 2008, gjelder som alminnelige kontraktsbestemmelser, med etterfølgende endringer/suppleringer. Henvisninger til kapitler i NS 8405 er angitt som punkter.

Punkt 9.2
Tillegg til pkt 9.2:
Ved entreprenørens sikkerhetsstillelse benyttes NS 8405 B.

Punkt 9.3
Punktet utgår og erstattes med:
Byggherren stiller ikke garantier.

Punkt 12.2
Andre setning i første avsnitt utgår og erstattes med:
Entreprenøren kan ikke uten byggherrens skriftlige godkjennelse skifte ut byggeplassledelsen.
Tillegg til pkt 12.2:
Byggherren kan til enhver tid forlange at entreprenøren skifter ut personer i byggeplassledelsen som byggherren finner uegnet for stillingen. Enhver omkostning

forbundet med en slik utskiftning, dekkes av entreprenøren.

Punkt 15
Tillegg til pkt 15:
Antikontraktorklausul
Arbeidet skal utføres av entreprenøren og dennes ansatte i tjenesteforhold, eventuelt ved underentreprenør og deres ansatte. Entreprenøren skal til enhver tid kunne framlegge dokumentasjon på ansettelsesforholdet.
Avtale om underentreprise med enmannsforetak eller anvendelse av innleid arbeidskraft krever skriftlig begrunnelse fra entreprenøren.

Arbeidskraften skal være innleid i samsvar med arbeidsmiljøloven §55 K og L.

Entreprenøren plikter å sørge for at likelydende bestemmelser om bruk av egne ansatte, enmannsforetak og innleid arbeidskraft inntas i kontrakter med underentreprenører.

Etter ligningsloven §6-1 med tilhørende forskrifter, plikter næringsdrivende som har gitt noen oppdrag på byggeplass å gi melding til Sentralskattekontoret for utenlands saker om enhver utenlandsk oppdragstaker eller utenlandsk arbeidstaker som utfører oppdrag på byggeplassen.

Entreprenøren er ansvarlig for å rapportere fortløpende om bruk av utenlandsk arbeidskraft i alle ledd i kontraktspyramiden, herunder framskaffe og framlegge for byggherren kopi av innsendt melding for den enkelte utenlandske oppdragstaker eller utenlandske arbeidstaker.

Byggherren kan kreve dagmulkt dersom entreprenøren selv eller noen av hans underentreprenører anvender ulovlig eller ikke kontraktsmessig arbeidskraft og forholdet ikke er blitt rettet innen en frist gitt ved skriftlig varsel fra byggherren.

Mulkten løper fra fristens utløp til forholdets opphør. Mulkten skal utgjøre en promille av kontraktssummen, men ikke mindre enn kr. 1 000,- pr. hverdag.

Det stilles krav om at de ansatte ikke skal ha dårligere vilkår enn vilkårene som er fastsatt i tariffavtale for tilsvarende arbeider innenfor den aktuelle bransje.
Ved konstatert brudd på ovennevnte bestemmelser, og entreprenøren ikke har rettet feilen innen fristens utløp, kan byggherren heve kontrakten.

Punkt 16.1
Byggherren kan transportere sideentrepriser til BE.

Punkt 16.3
Byggeplassadministrasjon og framdriftskontroll av sideentreprenører i hht. NS8405 pkt, 16.3 bokstavene a-e skal utføres av BE.

Punkt 24
Tillegg til pkt 24:
Bygningsentreprenøren har bare krav på fristforlengelse dersom han godtgjør at de påberopte omstendighetene medfører at entreprenøren ikke kan ferdigstille arbeidet innen av-talte frister.

Det forutsettes at entreprenøren utarbeider sin framdriftsplan slik at endrings- og tilleggsarbeider som i kostnad utgjør inntil 15% av kontraktssummen i normaltilfellene, skal kunne utføres uten forlengelse av byggetiden. Ved beregning av fristforlengelse for endrings- og tilleggsarbeider skal det foretas full reduksjon for arbeider som ikke er kommet til utførelser.

Punkt 25
Tillegg til pkt 25:
Bare endringer utover 15% netto tillegg til kontraktssummen, gir entreprenøren krav på vederlagsjustering for kapitalytelser, rigging, drift og nedrigging som en følge av endringen.

Endringer utover 15% netto tillegg til kontraktssummen, gir entreprenøren krav på vederlagsjustering for kapitalytelser, rigging, drift og nedrigging som er en nødvendig følge av endringer. Vederlagsjusteringen beregnes slik:

$$\frac{0.5A\ (B - 1.15C)}{C}$$

A = opprinnelig avtalt pris på kapitalytelser, rigging, drift og nedrigging.
B = faktisk utbetalt vederlag, inkl, tillegg og fradrag.
C = kontraktssum

Ved utregning av beløpsdifferansen mellom faktisk utbetalt vederlag, inkl, tillegg og fradrag, og kontraktssum, skal det ikke tas hensyn til regulering av kontraktssummen pga. lønns- eller prisstigning, eller utbetaling av påslag pga. administrasjon av sideentreprenører eller tiltransport av entreprise/leverandørkontrakter. Reguleringsbeløp ifølge denne bestemmelse, lønns- og prisreguleres ihht. SSB's totalindeks for boligblokk, regnet i måneder fra tilbudsdato til tyngdepunkt for produksjon i byggetiden.

Dersom entreprenøren får fristforlengelse/erstatning for deler av tilleggsarbeidene, skal disse arbeidene ikke regnes med ved beregning av kompensasjon etter denne bestemmelse.

I endret byggetid:
Har entreprenøren krav på fristforlengelse etter NS 8405 pkt. 25.1 skal utgifter for økte rigg- og driftsytelser kompenseres etter følgende formel:

$$\frac{0,\ 5A*Z}{Y}$$

A = opprinnelig avtalt sum for kapitalytelser, rigging, drift og nedrigging.
Y = opprinnelig byggetid.
Z = forlengelsen utover opprinnelig byggetid.

Punkt 27.1
Endring av kontraktens priser.
På oppgitt plass i tilbudsskjemaet kan entreprenøren tilby en egen opsjon på fastpristillegg som kompensasjon for å påta seg risikoen for svingninger i lønninger, priser og sosiale utgifter fra tilbudsdato til avtalt ferdigstillelse. Byggherren forbeholder seg likevel retten til å velge en regulering etter reglene i NS 8405 pkt. 27.1 eller evt.

benytte opsjon på fastpristillegg.

Punkt 27.2
Mengdekontroll.
Entreprenøren skal foreta mengdekontroll ved å kontrollere de mengdene som er oppgitt i beskrivelsen mot de tilsvarende mengder som framgår av tilbudsunderlagets tegninger, uoppfordret og innen 4 uker fra kontraktsinngåelse."

(7) Innklagede ba i tilbudsskjemaet punkt 6.2 om tilbud på 449,9 m2 med alternativ kledning av Kebony i stedet for malmfuru, og innklagede ba videre i anbudsskjemaet post 12.252.9 om tilbud på terrassegulv av typen Kebony terrassebord:

Prosjekt Gulset barnehage *Kalkyle Gulset barnehage (Utvalgte poster)* *Byggherre*					*Side 12-37*
Kapittel 12 TØMRERARBEID					
Postnr	*NS-kode/Firmakode/Spesifikasjon*	*Enh.*	*Mengde*	*Pris*	*Sum*
12.252.9	***Q43.29*** *TERRASSEGULV* *Type Kebony terrassebord, med riller.* *Tnr 101, 102, 104 og 131.* *Se også RIB's tegninger.* *Dimensjon bord 28x120mm* *Bredde spalte: 5mm* *Innfesting Med rustfrie skruer i henhold til leverandørens anvisning.* *Spesielle krav Kantlist av 48x148mm Kebony, uten riller, medtas, ca 95m lang* *I alt Tilpasninger med kantlist, uten riller, til 3 stk skraperister (se tnr.131)* *Monteres i plan med terrassegulvet forøvrig. Høye krav til montering og gjæring i skjøtene.* *Areal*	*m2*	*297,5*		

"

(8) Tilbudsfristen var satt til 26. november 2008, jf kunngjøringens punkt IV.3.4).

(9) Innen fristen kom det inn 11 tilbud, hvor Skanska Norge AS (heretter kalt valgte leverandør) og Linga og Nikman AS (heretter kalt klager) var de tilbyderne som hadde lavest pris, jf protokoll fra anbudsåpningen.

(10) Det hitsettes fra klagers tilbudsbrev av 26. november 2008:

"Vi kan tilby prosjektet ferdig som beskrevet i anbudet for en sum

	Kr	*10.513.489,00*
25 % Mva	*Kr*	*2.628.372,00*
=	*Kr*	*13.141.861,00*

Viser for øvrig til vedlagte utfylte anbudsskjema.

Prosjektet vil bli administrert av teknisk sjef Per Furuheim og prosjektleder Henning Berberg. Videre vil det bli både bas for betongarbeider og tømrerarbeider på plassen.

Det vises for øvrig til vedlagte utskrift av anbud, vedlagte CD samt våre kommentarer til enkelte av postene."

(11) Valgte leverandørs tilbud var datert 26. november 2008. Det hitsettes fra tilbudsbrevet:

"Tilbudet som leveres i form av en datautskrift, og datafil i G-prog, omfatter de i postene beskrevne og prissatte arbeidene, og viser en sum, stor kr. 12 955 724,00 inkl. merverdiavgift

Forbehold og anmerkninger.
BE forutsetter at kontraktsarbeidet reguleres i sin helhet av NS 8405.
Utvendige terrasser leveres i trykkimpregnerte materialer.
Tilbudet er fast i forhold til lønns og prisjustering."

(12) Det fremgikk av valgte leverandørs tilbud at post 12.252.9 var prissatt til kr (…..) per m2, totalt kr (…….) for 297,5 m2. Det fremgikk videre av valgte leverandør sitt tilbud punkt 6.2 Opsjoner at alternativ kledning av Kebony var prissatt til totalt kr (…..), mens klagers tilbud på det samme totalt var priset til kr (……)-, jf innklagedes oversikt over priser, påslag og opsjon av 2. desember 2008.

(13) Innklagede ved Aga Arkitekter AS utarbeidet en innstilling, hvor det ble anbefalt at innklagede foretok avklaringsmøter med valgte leverandør og klager da de to tilbudene lå tilnærmet likt i pris. Det hitsettes fra innstillingen:

[…]
Følgende var med i sluttvurderingen
Nr 1 Skanska Norge AS
Nr 2 Linga og Nikman AS
Nr 4 Trio Bygg AS
Nr 5 Arve Ståle Olsen
Nr 8 TV Entreprenør AS
Nr 9 HRL Entreprenør AS
Nr 1 Skanska Norge AS og Nr 2 Linga og Nikman AS skiller seg ut som de to laveste tilbudene.
Det skiller bare kr 27.000,- mellom tilbudene, med nr 1 lavest.

Nr 1 har ett forbehold (terassebord trykkimpregnert i stedet for Kebony)

Nr 2 har ingen forbehold.

Tillagt tilleggsytelser og verdsetting av forbeholdet skiller kr 21.000,- mellom tilbudene, med nr 2 lavest.

Noen poster trenger avklaring i forhold til disse to tilbyderne
12.223.1 m.fl. 'runde stolper av heltre'
12.269.1 'lekter for innkassing'
14.1 m.fl. 'vinduer'
15.244.8 'skyvedører'
23.3 'systemhimling 40mm plate'
24.279.9 'vegghyller'
25.214.4 'inspeksjonsluker'
72.03.40 'behandling av eksist.trær' ingen mengder / ingen pris
72.04.19 'klatrestativ' (komma-feil?)
kompetanse Linga og Nikman's underentreprenør på landskap er ikke anleggsgartnermester.

Nr 1 Skanska Norge AS og Nr 2 Linga og Nikman AS ligger så likt at vi føler byggherren bør ha avklaringsmøter med begge to og trekke konklusjoner etter det."

(14) Innklagede var imidlertid ikke enig med Aga Arkitekter AS sin vurdering/korrigering av prisdrivende forbehold for valgte leverandør da det var store sprik på denne posten.

(15) Innklagede trakk etter dette ut post 12.252.9 fra begge tilbudene, for å gi de to partene like vilkår for evaluering. Etter dette hadde valgte leverandør lavest pris. Differansen mellom valgte leverandør og klager var på kr 2 804,-.

(16) I brev av 15. desember 2008 ble det opplyst fra innklagede at valgte leverandør sitt tilbud hadde lavest pris, og at innklagede hadde til hensikt å inngå kontrakt med denne tilbyderen. Innklagede sendte i e-post av samme dag til klager en redegjørelse for evalueringen av klagers og valgte leverandørs tilbud.

(17) Det hitsettes fra innklagedes e-post av 15. desember 2008:

"Vi har lagt følgende prisbærende poster til grunn ved evaluering:

	Skanska	*Linga og Nikman*
Korrigert anbudssum (summasjonsfeil):	*10364 579*	*10391478*
Fratrekk for ikke sammenlingbar post 12.252.9	*(...)*	*(.....)*
Pluss regningsarbeider	*(……..)*	*(…….)*
Sum pris	*10461 774*	*10464 578*

(diff: kr 2804,-)"

(18) Klager besvarte e-posten 17. desember 2008:

"Vi har nøye gjennomgått vår kalkyle ut i fra dine tall og ser at det er de feilinnførte postene på (……..) som er trukket ut av vårt tilbud.
I vårt tilbud har vi oppdaget en åpenbar feil i post 26.1.49. Denne er en liten post for merarbeid med innstøping av varmekabler som skulle vært priset med 3 arbeidstimer.

Dessverre har det blitt tastet 300 arbeidstimer. Posten skulle derfor være medtatt med kr (……) i stedet for (…….),- og vårt tilbud ville da bli redusert til kr (…….),-
Vi synes det er merkelig at denne åpenbare fellen ikke har blitt oppdaget i arkitektens anbudsevaluering.
Vi vil derfor be om en utskrift av evalueringen og at byggherre på nytt vurderer anbudene."

(19) Innklagede besvarte denne i e-post samme dag:

"Ved åpen anbudskonkurranse er det ikke tillatt å endre tilbudene eller forsøke å endre tilbudene gjennom forhandlinger. Det er herunder ikke tillatt å endre pris, leveringstid eller andre forutsetninger som har betydning for konkurranseforholdet, jf Lov og forskrift om offentlige anskaffelser, § 12-1 (1).

Når det gjelder retting av feil i tilbud vises det til Lov og forskrift om offentlige anskaffelser § 12-1 (3); Dersom oppdragsgiver blir oppmerksom på åpenbare feil i tilbudet, skal disse rettes dersom det er utvilsomt hvordan feilen skal rettes. I deres tilbud, post 26.1.49, innstøping av varmekabler, er det oppgitt RS (rund sum) kr. (….) Vi kan ikke se at det er utvilsomt hvordan denne fellen skal rettes, da det verken er oppgitt mengde eller pris i tilbudet.

Når vi valgte å trekke ut post 12.252.9 var dette fordi Skanska AS hadde oppgitt at deres pris gjaldt trykkimpregnerte materialer. Vi valgte å ikke synse på hvilken pris de ville tilbudt ved å levere riktig type materialer, og heller trekke ut denne posten fra begge tilbudene, noe som også er til Linga og Nikmann sin fordel, da dere har høyest pris på denne posten.

Vi har ikke mulighet til å levere ut sammenstilling for de enkelte tilbyderes poster. Det gjøres oppmerksom på at det i Linga og Nikmann sitt tilbud ble funnet summasjonsfeil i kap. 12, på kr 122 011,- som er gått til fratrekk på deres tilbudssum. I Skanska sitt tilbud er det ikke oppdaget regnefeil. Evalueringen blir derfor som det fremgår av vår mail nedenfor og tilsendt brev, datert 15.12.2008."

(20) Klager sendte ny e-post samme dag:

"Vi er ikke enig i din definisjon av åpenbare feil i anbudet og konklusjonen du trekker ut i fra dette. Det normale ville være å legge inn gjennomsnitt av de andre anbuds enhetspris og vurdere posten og derved totalsummen etter dette. En slik vurdering vil helt sikkert gi svar at vår pris på posten er feil.
Kommer tilbake til dette når vi får ditt varslede brev.

Vedr. post 12.252.9 så ville vårt tilbud på denne post med 28x120 imp terrassebord vært på kr (….) eks mva med en m2 pris på kr (…….). Dette beregnet ut i fra vår netto Innkjøpspris på materialer (……..) for impregnert mot (:…….) for Kebony, samme festemateriell, samme timeforbruk og samme påslag.

Prosedyren her ville vel egentlig vært at Skanska Ikke har svart på anbudets forutsetninger og skulle ha vært avvist. Alternativt blitt bedt om å prise posten på nytt uten å vite våre priser. Å trekke ut posten som allikevel skal utføres blir søkt."

(21) Det hitsettes fra innklagede svar på e-post av samme dag:

"Vi vil for ordens skyld nevne at de fleste av tilbyderne, inkludert Linga og Nikman AS, ikke har priset enkelte poster i tilbudet. Vi har ikke mulighet til å innhente priser fra tilbyderne der det mangler priser, og vi må anta at poster som ikke er priset inngår i andre poster. Dette er også i samsvar med loven og forskriftens § 12-2; Ved bygge- og anleggsarbeider skal poster som ikke er priset anses innkalkulert i andre poster, med mindre annet er angitt i tilbudsbrevet eller den manglende utfyllingen skyldes en åpenbar feil. Det er til syvende og sist tilbyder som har ansvar for feil og mangler i tilbudet. Dersom deres poster, som ikke er priset, skulle vært priset, ville dere kommet dårligere ut enn Skanska AS. I tillegg, dersom vi skal bruke samme anførsel som dere gjør, vil vi kunne påberope oss at dere ikke har svart på anbudets forutsetninger ved ikke å fylle ut disse postene, med mindre det var en åpenbar feil at dere ikke hadde fyllt ut postene.

Når det gjelder tilbyderne samlet sett, har alle tilbyderne poster i tilbudet hvor en kan stille spørsmål til om postene er priset riktig, da variasjonen tilbyderne i mellom er svært stor. Vi kan ikke legge gjennomsnittspriser til grunn for hver post som skiller seg ut i et tilbud - da ender vi opp med lik pris for alle. Det gjøres også oppmerksom på at Linga og Nikman AS generelt har høyere enhetspriser enn Skanska AS. I noen tilfeller mer enn dobbel pris. Skal vi da anta at dere har priset feil? Og har vi i så tilfelle ansvar for å rette alle deres feil?

Når det gjelder deres antydning om at Skanska skulle vært avvist, så har Skanska oppgitt forbeholdet i tilbudsbrevet og avvisningsgrunn foreligger ikke, etter vårt skjønn. Og skal vi legge til grunn at Skanska også her ville hatt lavere enhetspriser enn dere (som de har jevnt over), så hadde de uansett kommet bedre ut enn dere. Hvis vi skulle vurdert hver tilbyder ut fra tilbydernes samlet gjennomsnittspris for hver enkelt post, så ville Linga og Nikman kommet svært dårlig ut, da dere generelt har høye enhetspriser.

Som du ser så kan det bli mye synsing og antakelser dersom en skal gå inn og rette priser. Vi tror ikke vår tolking av åpenbare feil er problemet her, men tolkning av om og hvordan feilen skal rettes, jf loven og forskriftens § 12-1 (3). Etter vårt skjønn kan vi ikke se at det er utvilsomt hvordan de eventuelle åpenbare feilene skal rettes.

Vi fastholder vår innstilling og mener at Skanska Norge AS har lavest pris. Dersom dere fortsatt er uenige i vår innstilling, ber vi om at det rettes en formell klage til KOFA, innen klagefristens utløp."

(22) Saken ble brakt inn for klagenemnda i e-post av 30. desember 2008. Kontraktinngåelse avventes til klagenemnda har behandlet saken, men senest til 26. februar 2009 som er tidspunktet for vedståelsesfristens utløp.

Anførsler:

Klagers anførsler:

Avvisning

(23) Klager anfører at valgte leverandørs tilbud skulle vært avvist fra konkurransen da det ikke er mulig å sammenligne dette tilbudet med de øvrige tilbud, jf forskriften § 11-11(1)f.

(24) Det vises til at det i konkurransegrunnlaget Bok 0 for prosjektet, punkt A3 opplyses at samtlige poster skal prises i henhold til gitte forutsetninger, og at alternative tilbud kun skal gis i tillegg til pris på etterspurte poster, jf Bok 0 for prosjektet, punkt D. Valgte leverandør har ikke levert pris på løsninger som fremkommer av konkurransegrunnlaget post 12.252.9, og skulle vært avvist. Innklagede har ikke anledning til trekke ut den posten av vurderingen som skaper uklarheten for å gjøre tilbudene sammenlignbare.

(25) Klager anfører at trykkimpregnert materiale, som valgte leverandør tilbød i stedet for Kebony terrassebord som etterspurt i post 12.252.9 ikke kan sammenlignes med det etterspurte produktet, men er et alternativt tilbud, eller som et forbehold mot konkurransegrunnlaget. Det sistnevnte er også uttrykkelig presisert i valgte leverandørs tilbudsbrev av 26. november 2008. Det vises til at Kebony er et mer miljøvennlig produkt enn trykkimpregnerte materialer, og derfor ofte brukes i barnehager, men som er dyrere enn vanlig trykkimpregnert materiale. Det vises til produktark Kebony Furu – terrassebord, samt til utskrift fra Kebony ASAs hjemmesider hvor det fremgår at keboneringen tar to døgn og prisen blir derfor høyere enn for impregnerte treprodukter, men at svært lave behov for vedlikehold og etterarbeid bidrar til konkurransedyktig livsløpsøkonomi.

(26) Innklagede kan ikke høres med at valgte leverandør uansett ville ha tilbudt lavere pris dersom de hadde tilbudt korrekt materiale. Dette er vilkårlig spekulasjon, spesielt sett hen til den svært lave prisforskjellen mellom tilbudene

(27) Da det ikke foreligger anvendbar pris på nevnte post, må valgte leverandørs tilbud avvises.

(28) Det anføres videre at valgte leverandørs forutsetning om at kontraktsarbeidet reguleres i sin helhet av NS 8405 utgjør et forbehold mot konkurransegrunnlaget som må føre til avvisning. Forbeholdet er vesentlig, og medfører tvil om hvordan tilbudet skal bedømmes i forhold til øvrige tilbud i konkurransen, jf forskriftens § 11-11.

(29) Det vises til at Bok 0 E Kontraktsbestemmelser pkt. E.1 fastsetter at:

"Norsk standard, NS 8405 ... gjelder som alminnelige kontraktsbestemmelser, med etterfølgende endringer og suppleringer"

(30) I de etterfølgende punktene er det gjort endringer/tillegg i NS 8405 pkt. 9.2, 9.3, 12.2, 15, 16.1, 16.3, 24, 25, 27.1 og 27.2. Valgte leverandørs forbehold må oppfattes som en reservasjon mot disse punktene. Forbeholdet er ikke prissatt, men en rekke av elementene inneholder prisbærende elementer, som eksempelvis avvikende regulering av krav på fristforlengelse og tilleggsvederlag ved endringer, jf pkt. 24 og 25.

Forutberegnelighet

(31) Klager anfører at det er i strid med kravet til forutberegnelighet i lovens § 5 å trekke ut en post i konkurransegrunnlaget i vurderingen av tilbudene for å gjøre tilbudene sammenlignbare. Tilbyderne hadde grunn til å regne med at posten skulle telle med i prissammenligningen.

Likebehandling

(32) Klager anfører videre at innklagede i alle tilfelle har brutt kravet til likebehandling i loven § 5 ved å utta en post i konkurransegrunnlaget i sammenligningen mellom tilbudene til gunst for en tilbyder, men ikke fulgt samme prosedyre på åpenbar feilpriset post til gunst for klager, alternativt tillatt retting av klagers tilbud. Det vises til at innklagede ikke på samme måte har uttatt post 26.1.49 som klager feilpriset, ved sammenligning av prisene. Innklagede kunne i medhold av forskriften § 12-1 (3) lagt høyest tenkbar pris til grunn sett hen til de øvrige tilbudene vedrørende post 26.1.49 i klagers tilbud. Det er åpenbart at det foreligger en feilprising, og at denne er omfattende. En prisforskjell på 100 000,- fra øvrige tilbud på post 26.1.49 må anses å være åpenbar. Det vises også til at alle delpostene under kapittel 26 "*Bygningsmessige hjelpearbeider for elektro*" er mindre beløp, mens post 26.1.49 klart skiller seg ut med en svært høy sum, slik at feilen enkelt kunne oppdages ved en gjennomgang av klagers tilbud.

(33) Klager anfører at hans tilbud ble levert både elektronisk og på papirkopi. Dersom innklagede hadde problemer med den elektroniske filen, kunne enkeltpostene vært kontrollert på papirkopien.

Innklagedes anførsler:

Avvisning

(34) Innklagede anfører at valgte leverandørs tilbud ikke skulle vært avvist, jf forskriften § 11-11(1)f. Det vises til at tilbudet ikke var mangelfullt da valgte leverandørs forbehold er en fullgod løsning/erstatning på det som er etterspurt. Forbeholdet gjør imidlertid at valgte leverandør får en lavere pris på denne posten enn hva klager gjør.

(35) Innklagede viser til at valgte leverandør hadde inngitt tilbud på Kebony som alternativ kledning til malmfuru i tilbudets post 6.2. Dette gjorde at innklagede hadde pris å sammenligne med de øvrige tilbudene, men innklagede valgte i stedet å trekke ut post 12.252.9 for begge parter, til klagers fordel. Hadde innklagede lagt til grunn valgte leverandørs oppgitte priser på alternativ kledning i Kebony ville valgte leverandør fått lavere pris enn klagers sitt pristilbud på denne posten. I ettertid mener innklagede at det mest riktige ville vært å beholde valgte leverandør sin pris på oppgitt materiale, da innklagedes rådgiver anser dette som en fullgod løsning. I så tilfelle ville valgte leverandør uansett hatt lavest pris.

Usaklig forskjellsbehandling

(36) Innklagede anfører at det ikke foreligger usaklig forskjellsbehandling i strid med prinsippet om likebehandling i lovens § 5.

(37) Innklagede ble ikke oppmerksom på klagers høye pris i post 26.1.49, ved gjennomgang av tilbudets hovedposter. Post 26.1.49 (egentlig post 26.1, underpost 8.1) er underpost av bygningsmessige hjelpearbeider for elektroarbeider, post 26.1 i bygningsmessige arbeider.

(38) Innklagede hadde i tilbudsinnbydelsen – tilbudsskjema på side 2 bedt om elektronisk utfylt anbudsskjema, i GprogLinkerformat. Klager sitt elektroniske tilbud var ikke komplett fordi enkelte poster var lagt inn som Word-dokument og ikke som Excel-regneark. Innklagede hadde derfor problemer med å overføre data fra klager sitt elektroniske tilbud til sitt program for sammenstilling av tilbudene. Hovedpostene fremgikk imidlertid av klagers papirtilbud og ble lagt inn manuelt i rådgivers program. Innklagede valgte å ikke avvise klager på dette grunnlag, da det var flere av tilbyderne

som hadde problemer med de elektroniske tilbudene. Valgte leverandør sitt elektroniske tilbud var imidlertid komplett.

(39) Klager sin samlede sum for post 26.1, bygningsmessige hjelpearbeider for elektro, er på kr (….). Til sammenligning er valgte leverandørs samlet sum på post 26.1. på kr (…..). Det gjøres oppmerksom på at valgte leverandør har lavest sum av alle tilbyderne på denne posten og klager høyest sum. Det gjøres videre oppmerksom på at det også foreligger summer på kr (……..),-, kr (……..),- og kr (…….),- fra andre tilbyder på denne posten, som gjør at feilen ikke er åpenbar, jf forskriftens § 12-1 (3).

(40) Det er ikke riktig som klager anfører, at innklagede har akseptert at det foreligger en åpenbar feil. Innklagede ble gjort oppmerksom på denne feilen av klager i e-postkorrespondanse mellom partene, datert 15. desember 2008. Dersom innklagede hadde oppdaget at klager hadde en åpenbar feil i post 26.1.49 (post 26.1, underpost 8.1), som ikke er tilfelle, skal denne rettes dersom det er utvilsomt hvordan feilen skal rettes, jf forskriftens § 12-1 (3). Post 26.1.49 (post 26.1, underpost 8.1) er oppgitt som RS (rund sum) kr. (…….). Innklagede kan ikke se at det er utvilsomt hvordan denne feilen skal rettes, dersom den hadde vært åpenbar, da det verken er oppgitt mengde eller pris i anbudsskjemaet eller i klagers tilbud. Innklagede vil på bakgrunn av ovennevnte tilbakevise anførselen.

(41) Som det fremgår av e-postkorrespondanse mellom partene, har de fleste av tilbyderne, inkludert klager, ikke priset enkelte/flere poster i anbudsskjemaet. Innklagede har ikke mulighet til å innhente priser fra tilbyderne der det mangler priser, og innklagede må anta at poster som ikke er priset inngår i andre poster. Dette er også i samsvar med loven og forskriftens § 12-2. Det er til syvende og sist tilbyder som har ansvar for feil og mangler i tilbudet.

(42) Innklagede har i samarbeid med rådgiver Aga Arkitekter AS, forsøkt å evaluere tilbudene etter beste evne. Ingen av tilbyderne har komplette tilbud, jf ovennevnte om bl.a. feil i elektroniske tilbud og mangelfull prisutfylling, men innklagede finner heller ikke at feilene er av slik karakter at de skal danne grunnlag for avvisning av tilbyderne. På bakgrunn av ovennevnte ber innklagede om at klagen avvises, eventuelt ikke tas til følge.

Klagenemndas vurdering:

(43) Klager har deltatt i konkurransen, og har saklig klageinteresse, jf forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6 2. ledd. Klagen er rettidig. Anskaffelsen følger etter sin oppgitte verdi av lov om offentlige anskaffelser av 16. juli 1999 nr. 69 og forskrift om offentlige anskaffelser av 7. april 2006 nr. 402 del I og del II.

Avvisning

(44) Det følger av forskriftens § 11-11(1) f at et tilbud skal avvises dersom det (bokstav c) er et alternativt tilbud i strid med § 11-4, dersom det (bokstav d) inneholder vesentlige forbehold mot konkurransegrunnlagets kontraktsbestemmelser – eller (bokstav f) dersom det på grunn av avvik, forbehold m v kan medføre tvil om hvordan tilbudet skal bedømmes i forhold til de øvrige tilbudene. Nemnda mener at innklagede har brutt alle de tre alternativene ved ikke å avvise valgte leverandør.

(45) Det er ikke bestridt av innklagede at valgte leverandør i sitt tilbud tok forbehold mot post 12.252.9 - terrassegulv - og mot samtlige av endringene/suppleringene av NS 8405 som fremgikk av konkurransegrunnlagets Bok 0 E Kontraktsbestemmelser. Avvik fra konkurransegrunnlagets Bok 0 var tillatt, men slike skulle føres som tillegg til innklagedes tekniske spesifikasjoner. Om kledning var det oppfordret til alternativer til Kebony i stedet for malmfuru, men også her som tillegg til konkurransegrunnlagets materialvalg. Dette leser nemnda slik at innklagede forbeholdt seg valgrett mellom Kebony og den eventuelle alternative løsning, og at det derfor var forutsatt at Kebony skulle prises uansett. Valgte leverandør hadde ikke gitt pris på Kebony og skulle derfor vært avvist etter forskriftens § 11-11 (1) bokstav c, jf § 11-4, fordi tilbudet ikke fulgte konkurransegrunnlagets krav til utforming av det alternative tilbud.

(46) Innklagedes mange endringer i NS 8405 kan bryte med forutsetningene om at fremforhandlede standardvilkår skal anvendes som hovedregel, jf forskriftens § 3-11, ingressen til standarden og FAD Veileder s 132. Men slik saken står, skal Klagenemnda bare vurdere om valgte leverandørs forbehold overfor innklagedes endringer i NS 8405 medfører avvisningsplikt i forhold til konkurrerende tilbyder klager, slik denne anfører. Siden håndteringen av posten terrassegulv i seg selv utgjør et brudd fordi valgte leverandør Skanskas tilbud skulle vært avvist, nøyer nemnda seg med å slå fast at også de mange forbehold i valgte leverandørs tilbud mot spesifiserte punkter i NS 8405 både utgjør vesentlige avvik fra konkurransegrunnlagets kontraktsvilkår, samtidig som forbeholdene kompliserer sammenligningen mellom tilbudene, jf forskriftens § 11-11 (1) bokstav d og f. Forbeholdene må både i omfang og antall medføre tvil om hvordan Skanskas tilbud skulle vurderes i forhold til konkurrentenes – og klagers - tilbud. Forbeholdene kunne vanskelig prissettes for å lette en slik sammenligning. Tilbudet skulle derfor vært avvist etter begge alternativer, slik klager har anført, jfr et lignende saksforhold i sak 2003/138 om avvisningsplikt i et tilfelle der det var klager som påklagde oppdragsgivers avvisning av forbehold mot oppdragsgivers endringer i NS 3431, men der oppdragsgivers avvisning ble opprettholdt.

Konklusjon:

Skien kommune har brutt regelverket for offentlige anskaffelser ved ikke å avvise en tilbyder der det forelå avvisningsplikt etter forskriftens § 11-11(1) bokstav c, d og f.

For klagenemnda,
16. februar 2009

Kai Krüger