



Klagenemnda for offentlige anskaffelser

Saken gjelder: Avvisning av tilbud. De generelle kravene i § 4.

Innklagede gjennomførte en åpen tilbudskonkurranse for utførelse av arbeider på fylkesvei 53 i området Ljoteli. Klager anførte at innklagede hadde brutt regelverket ved å avvise klagers tilbud. Klager anførte videre at innklagede hadde brutt loven § 4 ved å innhente og vektlegge en uttalelse fra en byggeleder på et av klagers referanseprosjekter i forbindelse med avvisningsbeslutningen. Klagers anførsler førte ikke frem.

Klagenemndas avgjørelse 12. oktober 2020 i sak 2019/489

Klager: Contexo AS

Innklaget: Vestland fylkeskommune

Klagenemndas

medlemmer: Marianne Dragsten, Karin Fløistad og Sverre Nyhus

Bakgrunn:

- (1) På vegne av Vestland fylkeskommune, tidligere Sogn og Fjordane fylkeskommune (heretter *innklagede*), kunngjorde Statens vegvesen 19. februar 2019 en åpen tilbudskonkurranse for «Fv. 53 Ljoteli – Forberedende arbeider». Tilbudsfrist var satt til 22. mars 2019.
- (2) Av kunngjøringen fremgikk det at konkurransen omfattet blant annet arbeid med sikring av natursteinmur, riving og bygging av mur, sprengning av fjell og opprivning av eksisterende vei og bygging av ny.
- (3) Kontrakt ville bli tildelt tilbudet med lavest pris.
- (4) Leverandørene var bedt om å fylle ut enhetspris og pris for en rekke arbeidsprosesser. Av interesse for saken gjengis tre av disse:

«22.1 Sprengning i linjen

- a) *Omfatter alle arbeider med sprengning i linjen inklusiv boring, lading, sprengning, nødvendig underboring og utvidelse av profilet. Omfatter også forsvarlig dekning, varsling og andre tiltak som er nødvendige for å unngå skader. Omfatter også forsvarlig driftsrensk nødvendig for å gjennomføre arbeidene på en sikker måte og rydding av utfall etter sprengning. Omfatter også vannlensing og vannulemper der dette er aktuelt.*
- x) *Mengden måles som prosjektert fast volum og det gis ikke tillegg for overberg, masser fra driftsrensk eller ettersprengning. Berghøyde under 1,0 m regnes som 1,0 m. Enhet: m³*

[Enhet/Mengde: 5200 m³]

[...]

«22.21 Kontursprengning

- a) Omfatter boring inkl. nødvendig underboring, lading og sprengning av hull i ytterste hullrad (konturen) og nest ytterste hullrad (hjelperast). Omfatter også separat dekning ved bruk av presplitt. All øvrig dekning er medtatt under prosess 22.1.

[...]

- x) Mengden måles som utført borehullslengde i ytterste hullrad (i prosjektert kontur) maksimalt ned til prosjektert sprengningsnivå. Ev. underboring måles inntil dybde under prosjektert sprengningsnivå som avtalt med byggherren. Enhet: m

[Enhet/Mengde: 2000 m]

[...]

23.14 Fjerning av nedrenskede masser

- a) Omfatter fjerning av nedrenskede masser under prosess 23.11, 23.12 og 23.13, som ikke er medtatt i andre prosesser.
- x) Mengden måles som utført løst volum. Enhet: m³

*** Spesiell Beskrivelse ***

- a) Omfatter også kjøring av nedrenskede masser til deponi Holsbru.

[Enhet/Mengde: 100 m³.]»

- (5) I konkurransegrunnlaget fremgikk det under punktet «Taktisk prising – avvisning av unormalt lavt tilbud» følgende:

«Tilbud skal prises i henhold til de retningslinjer som fremgår av kontrakten, jf. håndbok R761/62 kapittel 4.3.

Tilbud kan bli avvist når det er åpenbart misforhold mellom enhetspris og det enhetsprisen skal dekke, slik at prisene ikke gjenspeiler de faktiske kostnadene, jf. anskaffelsesforskriften § 9-6 (2) og § 24-8 (2) bokstav b). Leverandøren vil ved slik avvisningsgrunn bli gitt anledning til å redegjøre for den angitte pris, jf. anskaffelsesforskriften § 24-9.»

- (6) I håndbok R761/62 kapittel 4.3 Prisgrunnlag og målereglar heter det:

«Enhetsprisene for hver prosess skal generelt omfatte alle kostnader som er nødvendige for å levere arbeidene i henhold til prosjektdokumentenes krav. Enhetsprisene skal bl.a. inkludere følgende med mindre disse kostnadene spesifiseres separat i egne prosesser:

- materialer og hjelpemidler
- arbeidslønn
- sosiale utgifter
- transport
- mellomlagring
- redskaper, verktøy, maskiner
- stillaser og provisorier
- administrasjon og fortjeneste
- forsikringer/dekning av risiko, sikkerhetsstillelse, provisjoner, kapitalkostnader
- sikkerhetstiltak
- krevd dokumentasjon
- ytelses- og samsvarserklæring(er) med tilhørende dokumentasjon.»

- (7) Fire leverandører leverte tilbud innen fristen, deriblant Flage Maskin AS, Bulken Maskin AS og Contexo AS (heretter *klager*). Flage Maskin AS' tilbud lød på 8 818 770,40 kroner, mens klager og Bulken Maskin AS' tilbud lød på henholdsvis 6 907 200 kroner og 8 340 355 kroner.
- (8) Klager mottok e-post fra innklagede 27. mars 2019, hvor det ble bedt om en redegjørelse om hvorfor prosessene 22.1 («*Sprengning i linjen*») og 23.14 («*Fjerning av nedrenskede masser*») var priset som de var. Det ble samtidig opplyst at disse to prosessene var priset slik at det ville bli vurdert en avvisning av tilbudet etter bestemmelsene i konkurransegrunnlaget om taktisk prising.
- (9) Leverandørene ble samme dag orientert om muligheten for å levere reviderte pristilbud. Frist var satt til 1. april 2019.
- (10) Klager svarte på e-posten 28. mars 2019:

«Prosess 22.1 og 22.21 iht. ny håndbok R761 – 2018 Prosesskode 1

Disse postene skal ses i sammenheng da kontur ikke ligger i 22.1 pr m3 som før i gammel prosess 22.11 i R761

Derfor for vi et snitt på ca 107,- pr m3 for sprengning med BH anslag av mengder på disse to postene sett i sammenheng

Contexo har ikke priset prosess 22.1 taktisk ..

Prosess 23.14

Denne er priset på grunnlag av små mengder m³ og stor usikkerhet med stort mannskap tilgjengelig

Det er smalt på veien og pigge maskin som tar dette ned i små mengder må ha tilgjengelig hjullaster, lastebiler og gjerne trafikk dirigenter

Derfor har Contexo vurdert denne enhets prisen til 750,- pr m³

Contexo har ikke priset prosess 23.14 taktisk ...»

- (11) Kun Bulken Maskin AS sendte inn et revidert pristilbud. Det reviderte tilbud lød på 9 072 755 kroner.
- (12) Klager mottok brev 5. april 2019 fra innklagede, hvor det både ble orientert om at deres tilbud var avvist og at Flage Maskin AS (heretter *valgte leverandør*) var tildelt kontrakten. Avvisningen var begrunnet slik:

«Tilbudet deres ble avvist grunnet taktisk prising.

Dere har priset prosess 22.1 unormalt lavt og prosess 23.14 unormalt høyt i konkurransen. Dette mener vi er et forsøk på taktisk prising for å endre forutsetningene for oppgjørsform m.m. i kontrakten, og som kan resultere i flytting av ansvarsforhold og flytting av HMS/prisbalanse i prosjektet.»

- (13) Klager ba innklagede om å omgjøre tildelingsbeslutningen ved brev 12. april 2019. Innklagede besvarte klagen 16. april 2019, hvor det ble redegjort nærmere for innklagedes vurdering. Anmodningen om omgjøring ble ikke tatt til følge. I oversendelsen var det vedlagt to interne notater som supplerte innklagedes redegjørelse. I notatet datert 3. april 2019, stod det avslutningsvis følgende:

«Prosess 23.14 er priset til 750kr/m³. Denne prosessen kan til en viss grad sammenlignes med prosess 26.1 som er priset til 65 kr/m³. Saksbehandlerne har vært i kontakt med Edvin Rye, byggeleder på FV33 Tonsåsen – Bjørge, som sier at Contexo AS spekulerer i bruken av denne prosessen i hans prosjekt, der den også er svært høyt priset. Sprengningsarbeidet der blir utført på en slik måte at det blir mye «geologisk betinget utfall» som entreprenøren da krever oppgjort på blant annet prosess 23.14. Han opplever at det blir en vesentlig mengdeøkning på denne prosessen og samarbeidsklimaet har også blitt forringet pga. taktisk prising av prosess 23.14.»

- (14) Kontrakt mellom innklagede og valgte leverandør ble inngått 17. april 2019.
- (15) Saken ble brakt inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser 31. juli 2019.
- (16) Nemndsmøte i saken ble avholdt 12. oktober 2020.

Anførsler:

Klager har i det vesentlige anført:

- (17) Klagers tilbud har blitt urettmessig avvist fra konkurransen. Avvisningen mangler rettslig grunnlag, og er i tillegg basert på utenforliggende hensyn og et delvis uriktig faktum.

- (18) Referanseinnhenting fra byggelederen er for øvrig uforutsigbar. Den er feilaktig, og gjenspeiler heller ikke hva den aktuelle byggelederen har sagt. Dette utgjør brudd på lovens grunnleggende prinsipper.
- (19) Klagenemnda bes om å uttale seg hvorvidt vilkårene for å kreve erstatning er oppfylt.

Innklagede har i det vesentlige anført:

- (20) Avvisningen av klagers tilbud er rettmessig.
- (21) Når det gjelder referanseinnhenting fra byggelederen, vises det til at opplysningene i referansen ikke har vært avgjørende for avvisningen, og at denne ble nedtegnet kort tid etter samtalen som fant sted med to av Statens vegvesens saksbehandlere. Den skriftlige tilbakemeldingen fra referansepersonen bekrefter hovedtrekkene i samtalen slik den er referert til i det interne notatet av 3. april 2019. Det må være rettmessig å legge vekt på referansen, da denne er egnet til å si noe om det foreligger holdepunkter for at klager driver med taktisk prising.

Klagenemndas vurdering:

- (22) Klager har deltatt i konkurransen, og har saklig klageinteresse, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Konkurransen gjelder diverse arbeider i området Ljoteli på fylkesvei 53, som er en bygge- og anleggsanskaffelse. Anskaffelsens verdi var ikke angitt, men det fremgår av anskaffelsesprotokollen at kontraktens verdi var anslått til 8 150 600 kroner ekskl. mva. I tillegg til lov om offentlige anskaffelser 17. juni 2016 nr. 73 følger anskaffelsen forskrift om offentlige anskaffelser 12. august 2016 nr. 974 del I og del II, jf. forskriften §§ 5-1 og 5-3.

Avvisning av tilbud

- (23) Det følger av forskriften § 9-6 første ledd at oppdragsgiver skal avvise et tilbud som inneholder «*vesentlige avvik*» fra anskaffelsesdokumentene, jf. bokstav b. Videre følger det av andre ledd at oppdragsgiver kan avvise et tilbud i henhold til forskriften § 24-8 andre ledd.
- (24) Etter § 24-8 andre ledd kan oppdragsgiver avvise et tilbud dersom det «*inneholder avvik fra anskaffelsesdokumentene eller uklarheter som ikke må anses ubetydelige*» (bokstav a), fordi det er «*unormalt lavt i forhold til ytelsen, jf. § 24-9*» (bokstav b), fordi det ikke oppfyller bestemte bestemmelser om miljø, arbeidsforhold og sosiale forhold (bokstav c) eller fordi «*oppdragsgiver for øvrig ikke kan akseptere fordi det foreligger lignende forhold som i bokstav a til d*» (bokstav e).
- (25) Innklagede hjemlet avvisningen av klagers tilbud i forskriften § 9-6 andre ledd, jf. § 24-8 andre ledd bokstav e. Innklagede mener for øvrig at avvisningen kan hjemles i § 9-6 andre ledd, jf. § 24-8 andre ledd bokstav a.
- (26) Klagenemnda finner det mest hensiktsmessig å ta utgangspunkt i § 24-8 andre ledd bokstav a. Spørsmålet er følgelig hvorvidt klagers tilbud «*inneholder avvik fra anskaffelsesdokumentene eller uklarheter som ikke må anses ubetydelige*».
- (27) I utgangspunktet er taktisk prising lov, se for eksempel klagenemndas avgjørelse i sak 2016/71, premiss 29. I vår sak fremgikk det imidlertid uttrykkelig av

konkurransegrunnlaget under punktet «*Taktisk prising – avvisning av unormalt lavt tilbud*» at et «*[t]ilbud kan bli avvist når det er åpenbart misforhold mellom enhetspris og det enhetsprisen skal dekke, slik at prisene ikke gjenspeiler de faktiske kostnadene, jf. anskaffelsesforskriften § 9-6 (2) og § 24-8 (2) bokstav b)*».

- (28) Klager har anført at tilbudet som helhet ikke er unormalt lavt, og derfor ikke kan avvises med grunnlag i § 24-8 andre ledd bokstav b. Klager har for øvrig vist til at den ene av de to omtvistede prispostene er priset høyere enn gjennomsnittet. Selv om klager ikke eksplisitt har knyttet kommentarer til konkurransegrunnlagets punkt om taktisk prising, legger klagenemnda til grunn at klager mener at bestemmelsen utelukkende rammer taktisk prising som medfører et unormalt lavt tilbud.
- (29) Klagenemnda forstår imidlertid konkurransegrunnlaget slik at innklagede har oppstilt et generelt forbud mot taktisk prising. Dette underbygges av henvisningen til at tilbudet skal prises «*i henhold til de retningslinjer som fremgår av kontrakten, jf. håndbok R761/62 kapittel 4.3*» og at det er tilstrekkelig at det foreligger åpenbart misforhold mellom enhetspris og det enhetsprisen skal dekke. Henvisningen til § 24-8 andre ledd bokstav b og at det i overskriften er inntatt tillegget «*avvisning av unormalt lavt tilbud*» kan etter nemndas syn ikke forstås som at forbudet kun er ment som en henvisning til avvisningshjemmelen som følger av reglene om unormalt lave tilbud. Nemnda mener på denne bakgrunn at innklagede kunne avvise et tilbud om det forelå et «*åpenbart misforhold*» mellom prisingen av en arbeidsprosess og det den aktuelle posten reelt sett skal dekke, selv om tilbudet i seg selv ikke kan anses som unormalt lavt.
- (30) Ifølge innklagede har klager oppgitt en pris på prispost 22.1, som er 30 prosent lavere enn gjennomsnittet av konkurrentenes priser, samt betydelige lavere enn oppdragsgiver priskalkyle, som er basert på erfaringstall fra andre relevante prosjekter. Ser man prisingen av prispost 22.1 og 22.21 i sammenheng, som klager fremholder at man må, er klagers prising av disse prispostene samlet 50 prosent lavere enn gjennomsnittet av konkurrentenes samlede prising av disse to prispostene. Ifølge innklagede er den oppførte prisen på disse to postene uansett for lav til å dekke det arbeidet som skal utføres. Videre er klagers prising av prispost 23.14 mer enn 500 prosent høyere enn gjennomsnittet, samt vesentlig høyere enn oppdragsgivers priskalkyle. På grunnlag av disse tallene mistenkte innklagede at klager hadde priset de omtvistede prispostene taktisk, og innhentet derfor i samsvar med konkurransegrunnlaget en redegjørelse fra klager om prisingen av de to aktuelle prispostene. Innklagede valgte i tillegg å kontakte en byggeleder på et av klagers referanseprosjekter, for å undersøke om man der hadde erfart at klager hadde priset taktisk.
- (31) Innklagede har altså begrunnet avvisningen med at klager har priset to prisposter henholdsvis unormalt lavt og unormalt høyt, slik at disse er gitt en pris som står i et åpenbart misforhold til hva prisposten skal dekke. Innklagede har videre vist til at klager i sin redegjørelse ikke har vist til andre forhold enn det konkurrentene også må innberegne under de aktuelle prispostene. Etter innklagedes oppfatning vil klagers prising av disse prispostene gi «*entreprenøren økonomisk incitament til suboptimal utførelse av kontraktsarbeiderne [...] som potensielt kan påvirke både HMS, totalkostnad og sluttkvalitet*». Dette har innklagede utdypet nærmere i brevet av 16. april 2019. Innklagede mener på denne bakgrunn at prisingen altså er et forsøk på taktisk prising for å endre forutsetningene for oppgjørsform i kontrakten, som kan resultere i flytting av ansvarsforhold og flytting av HMS- og prisbalansen i prosjektet.

- (32) Klagenemnda har ingen rettslige innvendinger til denne vurderingen, og bemerker for øvrig at det er innklagede som er nærmest til å foreta denne. Nemnda er av den oppfatning at innklagede har foretatt en grundig vurdering av hvorvidt klagers prising skal medføre avvisning i henhold til konkurransegrunnlagets forbud mot taktisk prising.
- (33) Klagers anførsel om at det er tilbudet som helhet som må være unormalt lavt, for at det skal kunne avvises, kan ikke føre frem. Nemnda finner det tilstrekkelig å vise til at innklagedes avvisning kan hjemles i forskriften § 9-6 andre ledd, jf. § 24-8 andre ledd bokstav a.
- (34) Klagers anførsler gir etter dette ikke grunnlag for å tilsidesette innklagedes vurdering av at klagers tilbud med dette inneholdt «*avvik*» fra konkurransegrunnlaget som ikke var «*ubetydelige*», jf. forskriften §24-8 andre ledd bokstav a.

De grunnleggende kravene i § 4

- (35) Klager har anført at innklagede har brutt regelverket ved å innhente og vektlegge opplysninger som er gitt av en byggeleder vedrørende prising av tilsvarende prisposter på et av klagers oppgitte referanseprosjekter. Konkret har klager vist til at referanseinnhenting var uforutsigbar for klager, og at byggelederens uttalelser uansett er feilaktige.
- (36) Det følger av anskaffelsesloven § 4 at oppdragsgiver skal opptre i samsvar med de grunnleggende prinsippene, herunder ivareta kravene til forutberegnelighet og etterprøvhets. Det er videre på det rene at oppdragsgivers vurderinger må bygge på et korrekt faktisk grunnlag.
- (37) Innklagede har forklart at referanseinnhenting ikke har vært avgjørende for avvisningen av klagers tilbud, men at byggelederens opplysninger støtter opp under innklagedes forståelse og vurdering av klagers prissetting av prispostene 22.1 og 23.14. Basert på den begrunnelsen for avvisningen av klagers tilbud som innklagede har gitt, er det ikke grunnlag for å konkludere med annet enn at disse opplysningene kun har blitt brukt som et støttemoment i vurderingen av om klagers tilbud skulle avvises.
- (38) Klagenemnda viser til at innklagedes interne notat fra samtalen med byggelederen og e-posten fra byggelederen ikke kan ses løst fra klagers prising av tilsvarende prisposter i det aktuelle referanseprosjektet. Opplysningene som byggelederen har gitt, som for øvrig har blitt nedfelt i forbindelse med korrespondansen mellom partene, gjaldt et pågående prosjekt og kan altså knyttes til den aktuelle prisingen i dette prosjektet. Opplysningene som er innhentet av innklagede, må derfor anses etterprøvbare.
- (39) Klager har som nevnt vist til at opplysningene uansett er feilaktige. Ettersom klagers prissetting av tilsvarende prisposter for referanseprosjektet kan dokumenteres, og at opplysningene vedrørende byggelederens erfaring knyttet til gjennomføringen under disse prosessene ikke er tillagt avgjørende vekt, finner ikke nemnda grunn til å gå nærmere inn på dette.
- (40) Klagenemnda kan heller ikke se at innklagedes bruk av Statens vegvesens tidligere erfaringer med klagers prising i en lignende konkurranse med tilsvarende prisposter, strider mot de krav som stilles til forutberegnelighet. Nemnda understreker at referansen kun er brukt som et støttemoment til innklagedes vurdering av om klagers tilbud kunne

avvises på grunn av forhold ved tilbudet, jf. forskriften § 9-6 andre ledd, jf. § 24-8 andre ledd bokstav b.

Konklusjon:

Vestland fylkeskommune har ikke brutt regelverket for offentlige anskaffelser.

For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,

Karin Fløistad

Dokumentet er godkjent elektronisk