



Klagenemnda for offentlige anskaffelser

Saken gjelder: Avvisning av tilbud

Innklagede gjennomførte en åpen tilbudskonkurranse for anskaffelse av bygge- og anleggsarbeider for fornying av vann- og avløpsledninger og kummer. Klager anførte at tilbudet til valgte leverandør inneholdt et vesentlig avvik, som gav oppdragsgiver plikt til å avvise tilbudet, samt at likebehandlingsprinsippet var brutt ved at innklagede hadde prissatt avviket. Klagenemnda kom til at det ikke forelå et vesentlig avvik ved valgte leverandørs tilbud. Innklagede hadde heller ikke brutt likebehandlingsprinsippet ved å prissette avviket.

Klagenemndas avgjørelse 25. august 2020 i sak 2019/698

Klager: Nydals Maskinstasjon AS

Innklaget: Harstad kommune

Klagenemndas

medlemmer: Marianne Dragsten, Alf Amund Gulsvik og Sverre Nyhus

Bakgrunn:

- (1) Harstad kommune (heretter *innklagede*) kunngjorde 13. august 2019 en åpen tilbudskonkurranse for anskaffelse av bygge- og anleggsarbeid til fornying av vann- og avløpsledninger og kummer på strekningen Bergselvdammen - Langsletta. Innklagede hadde engasjert Hinnstein AS som konsulent for bistand med gjennomføringen av anskaffelsen. Tilbudsfrist var 25. september 2019.
- (2) Det var oppgitt i konkurransegrunnlaget punkt F.2.11 at pris var det eneste tildelingskriteriet.
- (3) Konkurransegrunnlaget inneholdt en rekke poster, hvor tilbyderne skulle fylle inn sine enhetspriser og totalpriser.
- (4) Innledningsvis i punkt M13 «GRØFTER», var det angitt følgende under overskriften «Grøftetabeller og transporttabeller»:

«Grøftetabellene (Prisskjema for opptak av VA-grøfter) og transporttabellene skal prises i sin helhet. Enhetsprisene i grøftetabellene skal være de samme som brukes for de enkelte postene for graving/sprengning m.m. av grøfter. Dersom det ikke er samsvar mellom enhetsprisen i en post og tilsvarende enhetspris i tabellen, vil tabellens enhetspris være gjeldende. Tabellens enhetspris vil da bli brukt ved kontrollregning av tilbud, som grunnlag for kontrakten og i utførelsesfasen.»

- (5) Samtlige hovedpunkter inneholdt lignende formulering innledningsvis, om at det ville bli gjennomført en kontrollregning av tilbudssummene, og at tabellens enhetspris ville være gjeldende.

Postadresse
Postboks 511
Sentrum
5805 Bergen

Besøksadresse
Zander Kaaes gate 7
5015 Bergen

Tlf.: 55 19 30 00

E-post: post@knse.no
www.klagenemndssekretariatet.no

- (6) Punkt M13.12 gjaldt «MASSEFLYTTING». Post M13.12.15 gjaldt konkret «UTLEGGING AV LØSMASSE I GRØFT – LENGDE». Posten skulle dekke gjenoppbygging av en anleggsvei, og inneholdt følgende opplysninger:

«Prosjektert lengde m 400,00

Objekt i grøft: Rørledning

Type lag: Topplag for anleggsvei

Type masser/sortering: Avretting

Levering: Eksterne masser

Komprimering: Normal komprimering

Kontroll av komprimering: Normal kontroll

Tillatt planhetsavvik: Uspesifisert

Lokalisering: VA-grøfter

Tykkelse: 1,5 - 2,0

Underlag: Gjenfyllingsmasser

Andre krav:

a) *Omfang og prisgrunnlag inkl levering og transport på anlegget.»*

- (7) Innklagede mottok 6 tilbud innen tilbudsfristen, herunder fra Brødrene Killi AS og Nydals Maskinstasjon AS (heretter *klager*). Ved skriv datert 25. oktober 2019 informerte innklagede om at kontrakten var tildelt Brødrene Killi AS (heretter *valgte leverandør*).
- (8) Av tilbudet til valgte leverandør fremgikk det at dette var innlevert med «*følgende forbehold og forutsetninger*»:

<i>Postnr</i>	<i>Merknad</i>
<i>M13.12.15</i>	<i>Priset pr m³</i>

- (9) I tildelingsevalueringen ble det lagt til grunn at dette avviket kunne prissettes ved å regne ut hvor mye 400 meter veitrasé utgjør i kubikkmeter (volum), og gange dette med den tilbudte prisen per kubikkmeter. Avviket ble på denne måten prissatt til 465 696 kroner. Prissettingen ble nærmere forklart på følgende måte:

«[...] For å ikke regne til gunst for tilbyderen legger vi til grunn 2,0 meter oppbygging (beskrevet 1,5 – 2 meter), samt gjennomsnittlig 3,5 meter bred anleggsvei. Det gir en mengde på 2800 kubikkmeter. Differansen mellom (2800 kubikkmeter x oppgitt enhetspris som kr/kubikkmeter) og (400 x oppgitt enhetspris som kr/kubikkmeter) blir kr. 465 696,- som må legges til tilbudsprisen. [...]».

- (10) Valgte leverandør hadde etter dette høyest pris på post M13.12.15. De øvrige tilbyderne hadde priser på mellom 80 544 kroner og 400 000 kroner for samme post. I tillegg viste kontrollregningen av tilbudene at totalprisen til valgte leverandør var satt 11 855 kroner for lavt. Totalt ble det dermed lagt til 477 581 kroner på valgte leverandørs tilbudssum. Dette gav en totalsum på 30 315 593,98 kroner.
- (11) Også for klagers tilbud viste kontrollregningen at enhetsprisene i enkelte poster ikke stemte med enhetsprisene i tabellen. Dette resulterte i en nedjustering av totalprisen med 43 874 kroner, til 36 431 679,17 kroner. Med denne prisen var klager rangert som nummer to i konkurransen.
- (12) Klager ba så om innsyn og påklaget tildelingsevalueringen ved e-poster den 29. oktober og 1. november 2019, med påstand om at valgte leverandør skulle vært avvist fra konkurransen som følge av at forbeholdet ikke lovlig kunne prises. Klagen ble besvart av innklagede den 12. november 2019, og ble ikke tatt til følge.
- (13) Kontrakt med valgte leverandør ble inngått 29. november 2019.
- (14) Klagen ble brakt inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser 13. desember 2019.
- (15) Nemndsmøte i saken ble avholdt 24. august 2020.

Anførsler:

Klager har i det vesentlige anført:

- (16) Innklagede har brutt anskaffelsesforskriften § 9-6 (1) bokstav b, ved ikke å avvise valgte leverandørs tilbud, som inneholder et vesentlig avvik fra anskaffelsesdokumentene. Nærmere bestemt utgjør det forhold at valgte leverandør har inngitt pris for post M13.12.15 per kubikkmeter, og ikke per meter, slik konkurransegrunnlaget etterspurte, et vesentlig avvik.
- (17) Innklagede har brutt likebehandlingsprinsippet i anskaffelsesloven § 4 ved å regne om prisen i valgte leverandørs tilbud fra en kubikkmeterpris til en meterpris, og selv legge inn forutsetninger som ikke fulgte av forbeholdet.
- (18) Videre har innklagede gjort feil i utregningen av valgte leverandørs masseforbruk, da de har glemt å regne ut volumet av sideskråningene. Tverrsnittet utregnet 2 800 kubikkmeter er knapt kjørbart med trillebår, uten støtte for begge veisidene. Inkludert sideskråningene vil volumet utgjøre ca. 5 200 kubikkmeter. Korreksjonen skulle derfor ha vært på 864 864 og ikke 477 581 kroner.

Innklagede har i det vesentlige anført:

- (19) Verken anskaffelsesloven § 4 eller anskaffelsesforskriften § 9-6 (1) b) er brutt når valgte leverandør ikke ble avvist og avviket ble prissatt.
- (20) Avvisningsplikt betinger at det foreligger et vesentlig avvik. I dette ligger blant annet at avviket ikke vil kunne prissettes og/eller at det ikke kan fastslås om avviket kan ha betydning for utfallet av konkurransen.
- (21) Avviket som tilbudet til valgte leverandør inneholdt, er prissatt ut fra en faglig og forsvarlig vurdering basert på opplysninger som var kjent i konkurransegrunnlaget. Selv

med den korreksjonen klager mener er riktig, kan ikke prissettingen føre til en forrykkelse i utfallet av konkurransen. Valgte leverandør er kontraktsrettslig forpliktet til å utføre arbeidsoperasjonene slik de er beskrevet i M13.12.15, og innklagede har prissatt forbeholdet slik at tilbudsprisene og tilbudssummene er sammenlignbare.

- (22) Det er feil at det er foretatt beregninger der sidehelningene er glemt. I prissettingen er det bevisst sett bort fra sidehelningene for at ikke resultatet skulle favorisere valgte leverandør. Hadde man regnet med sidehelninger – veiskråninger på 1:1,5 som er en normal skråning – ville dette resultert i et mindre volum på 2 350 kubikkmeter enn det volum som er lagt til grunn for prissettingen – det vil si 2 800 kubikkmeter.

Klagenemndas vurdering:

- (23) Klager har deltatt i konkurransen, og har saklig klageinteresse, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Konkurransen gjelder anskaffelse av bygge- og anleggsarbeid for fornying av vann- og avløpsledninger og kummer på strekningen Bergselvdammen – Langsletta, som er en bygge- og anleggsanskaffelse. Anskaffelsens estimerte verdi er ikke oppgitt i anskaffelsesdokumentene. De innkomne tilbudene var imidlertid på mellom 30,8 og 52,8 millioner kroner ekskl. mva. I tillegg til lov om offentlige anskaffelser av 17. juni 2016 nr. 73 følger anskaffelsen forskrift om offentlige anskaffelser av 12. august 2016 nr. 974 del I og del II, jf. forskriften §§ 5-1 og 5-3.

Avvisning av valgte leverandørs tilbud

- (24) Klager anfører at innklagede har brutt anskaffelsesregelverket ved ikke å avvise valgte leverandørs tilbud.
- (25) Det følger av anskaffelsesforskriften § 9-6 (1) bokstav b) at oppdragsgiver har plikt til å avvise et tilbud som *«inneholder vesentlige avvik fra anskaffelsesdokumentene»*.
- (26) Det fremgikk av konkurransegrunnlaget at leverandørene – under post M13.12.15 – skulle gi meterpris på utlegging av løsmasser i grøft. Grøften var angitt å være 400 meter lang.
- (27) Det er enighet om at det foreligger et avvik i valgte leverandørs tilbud, da valgte leverandør for posten M13.12.15 har oppgitt kubikkmeterpris og ikke meterpris, slik konkurransegrunnlaget foreskrev.
- (28) Avgjørende for om avviket er *«vesentlig»* er hvor stort avviket er, hvor viktig forholdet det avvikes fra er, og i hvilken grad avviket vil kunne forrykke konkurransen, jf. LB-2013-64251, med videre henvisning til blant annet klagenemndas avgjørelse i sak 2008/58.
- (29) Av betydning for om det foreligger et vesentlig avvik, er også om avviket kan prissettes på en saklig og forsvarlig måte. I NOU 2014:4 punkt 25.4.11 (om prissetting av avvik) uttalte forenklingsutvalget at oppdragsgiver ved vurderingen av om et avvik er vesentlig *«må legge til grunn at avviket blir realisert, men samtidig innenfor det saklige og forsvarlige»*. Avviket må *«prissettes ut fra en vurdering av hva et slikt avvik maksimalt vil kunne medføre av merkostnader for oppdragsgiver, basert på en saklig og forsvarlig vurdering»*.

- (30) Som uttalt i klagenemndas avgjørelse i sak 2015/133 i avsnitt 24 og 25, får valgte leverandørs måte å prise tilbudet på betydning «*både for vederlaget oppdragsgiver til slutt skal betale og for konkurranseforholdet mellom tilbyderne.*» For å sikre at valgte leverandør ikke får noen fordel av forbeholdet, skal oppdragsgiver «*så langt som mulig kartlegge konsekvensene av forbeholdet og prise disse*».
- (31) Avviket i valgte leverandørs tilbud ble som nevnt prissatt ved å regne ut hvor mye 400 meter veitrasé utgjør i kubikkmeter. Avviket ble på denne måten prissatt til 465 696 kroner. Tilbudets totalsum etter innklagedes omregning og kontrollregning, var på 30 793 174,98 kroner. Både før og etter justeringene hadde valgte leverandør et tilbud som var mer enn 5 millioner kroner lavere enn klagers tilbud, som var rangert som nummer to i konkurransen. Klagenemnda kan derfor ikke se at avviket har hatt noen innvirkning på resultatet av konkurransen. Også dersom man priser avviket på den måten som klager anfører, vil valgte leverandørs tilbud ha lavest pris.
- (32) Klagers anførsel om at innklagede har brutt regelverket ved ikke å avvise valgte leverandørs tilbud, jf. § 9-6 (1) bokstav b), kan etter dette ikke føre frem.

Konklusjon:

Harstad kommune har ikke brutt regelverket for offentlige anskaffelser.

For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,

Sverre Nyhus

Dokumentet er godkjent elektronisk