



Klagenemnda for offentlige anskaffelser

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

Innklagede gjennomførte en åpen tilbudskonkurranse om vedlikeholdsasfaltering av fylkesveger. Klager anførte at valgte leverandørs tilbud inneholdt et vesentlig avvik, og at det følgelig skulle ha vært avvist. Klagenemnda kom til at valgte leverandørs tilbud måtte forstås som et avvik fra konkurransegrunnlagets føring om prisregulering av bitumenpriser, og at avviket var vesentlig. Valgte leverandørs tilbud skulle derfor i utgangspunktet ha vært avvist. På et byggemøte mellom partene, etter at kontrakt var signert, ble det avklart at valgte leverandørs bitumenpriser ville bli regulert i henhold til konkurransegrunnlaget. Nemnda fant at rettingen av avviket hadde skjedd for sent, da kontrakten allerede var inngått mellom partene.

Klagenemndas avgjørelse 16. februar 2021 i sak 2020/700

Klager: NCC Industry AS

Innklaget: Viken fylkeskommune

Klagenemndas medlemmer: Finn Arnesen, Bjørn Berg og Alf Amund Gulsvik

Bakgrunn:

- (1) Viken fylkeskommune (heretter *innklagede*) kunngjorde 12. februar 2020 en åpen tilbudskonkurranse om vedlikeholdsasfaltering av fylkesveger i Asker, Bærum og Nedre Buskerud. Anskaffelsens verdi var ikke angitt i kunngjøringen eller konkurransegrunnlaget. Tilbudsfrist var 23. mars 2020.
- (2) I konkurransegrunnlaget fremgikk det at arbeidet gjaldt fornyelse av slitedekker med oppretting og følgearbeider.
- (3) Arbeidet ville starte 4. mai 2020 og vare frem til 2. oktober 2020.
- (4) I konkurransegrunnlaget var det videre presisert at eventuelle avvik måtte fremgå uttrykkelig av tilbudsbrevet, og at avvik, om mulig, skulle prissettes. Om prisregulering stod det:

«Pris skal gis på grunnlag av prisnivået pr. 1. januar.

Regulering av kontraktens priser i ettårskontrakter

Prisene skal være faste, med unntak av regulering for endring i pris på bitumen.

Regulering av prisene gjøres på grunnlag av endringer i noteringer av pris på HSFO (Heavy Sulphured Fuel Oil) og kursen på US Dollar i norske kroner.

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

Grunnlaget er gjennomsnittet av daglige noteringer for en hel måned, slik de fremkommer i prisstatistikk for ICE Brent Index HSFO Estimate

Omregning til norske kroner skjer med gjennomsnittet av daglige middelnnoteringer for US Dollar fra DNB for en hel måned.

1. mai reguleres prisene på asfaltmasser og overflatebehandling dersom denne notering har endret seg med 50 kr eller mer pr. tonn eksklusive merverdiavgift i forhold til prisnivået 1. januar.

Tilsvarende reguleres prisene den 1. i hver måned dersom denne notering har endret seg med 50 kr eller mer pr. tonn eksklusive merverdiavgift i forhold til prisnivået ved siste regulering.

Regulering av kontraktsprisene beregnes på grunnlag av arbeidsreseptens bindemiddelinnhold.

Krav om regulering skal dokumenteres.»

- (5) I vedlegget «Andre tildelingskriterier enn laveste pris» stod det innledningsvis:

«Byggherren vil i denne kontrakten ta hensyn til tilleggsytelser ut over det som er gitt i konkurransegrunnlaget, i tillegg til pris. Dette vil være tilleggsytelser som forbedrer asfaltdekkets kvalitet og/eller reduserer de miljømessige konsekvensene ved produksjon og legging av asfalt.» Videre stod det følgende om vurderingen av tilbudene:

«Tilbyder angir en pris med utgangspunktet i konkurransegrunnlaget og de tilleggsytelsene entreprenøren vil benytte. Dette beløpet vil være grunnlaget for oppgjør av kontrakten.

[...]

Den entreprenør [med] lavest konkurransesum vinner anbudet.»

- (6) I et offentlig spørsmål og svar, publisert 12. mars 2020, ble oppdragsgiver spurt om følgende:

«Viser til konkurransegrunnlaget side C3-6. I pkt. 9 Prisregulering er det beskrevet en regulering iht. endringer i noteringen av pris på HSFO.

Grunnlaget er gjennomsnittet av daglige noteringer for en hel måned slik de fremkommer i prisstatistikk for ICE Brent Index HSFO Estimate.

Etter vår mening er forannevnte beskrivelse noe upresis og vi ønsker derfor å få følgende avklart:

- 1. Hvem sine publikasjoner skal brukes for justering av prisene?*
- 2. Hvordan er 'ICE Brent index HSFO estimate definert?*
- 3. Hvilken prisstatistikk brukes, hvilken periode og hvorfor?*
- 4. Hvor er denne statistikken publisert?*

5. Hvilken konvertering for ICE Brent til HSFO skal legges til grunn?

6. ICE Brent blir publisert i USD per fat mens HSFO publiseres i USD per ton, hvilken konverterings faktor skal brukes?

7. Hvordan er det tatt høyde for den endringen IMO 2020 har medført? Etter vår mening er en historisk korrelasjon mellom ICE Brent og HSFO ikke et egnet grunnlag for fremtidig regulering.»

- (7) Som svar på spørsmål 1 til 3 og 5 til 6 ble det vist til et skriv fra Entreprenørforeningen Bygg og Anlegg (EBA), som var vedlagt. Spørsmål 7 var besvart slik: «Det er ikke full enighet om hvordan dette skal løses fremover. Viken har valgt å følge EBA sitt forslag til løsning med regulering etter HFO3,5% som tidligere, med alternativet å benytte prisindeks basert på ICE Brent.»

- (8) Fem leverandører leverte tilbud innen fristen, deriblant NCC Industry AS (heretter klager) og Veidekke Industri AS. Sistnevnte hadde i tilbudet sitt inntatt følgende om prisregulering:

«Prisene skal være faste, med unntak av regulering for endring i pris på bitumen. Regulering av prisene gjøres på grunnlag av endringer i noteringer av pris på HSFO (Heavy Sulphured Fuel Oil) og kursen på US Dollar i norske kroner.

Grunnlaget er gjennomsnittet av daglige noteringer for en hel måned, slik de fremkommer i prisstatistikk for ICE Brent Index HSFO Estimate.

I spørsmål og svar til tilbudskonkurransen, og spesifikt deres svar på spørsmål 1, delspørsmål nr. 7 der dere skriver: «Det er ikke full enighet om hvordan dette skal løses fremover. Viken har valgt å følge EBA sitt forslag til løsning med regulering etter HFO3,5% som tidligere, med alternativet å benytte prisindeks basert på ICE Brent.»

Veidekke Industri AS følger EBA sitt forslag av 13.11.2020, og tolker det slik at Viken Fylkeskommune ber tilbudsgiver opplyse om grunnlag for våre bitumenpriser og månedelig regulering. Veidekke Industri AS har brukt Platts HFSO 3,5% i våre tilbud til Viken Fylkeskommune 2020.»

- (9) Veidekke Industri AS sitt tilbud representerte den laveste prisen, mens klagers tilbud kom nest best ut. Differansen mellom tilbudene var beregnet til 507 829 kroner etter fradrag gjort i henhold til dokumentet «Andre tildelingskriterier enn laveste pris».
- (10) Kontrakt ble tildelt Veidekke Industri AS (heretter valgte leverandør) 7. april 2020. Kontrakt med valgte leverandør ble inngått 24. april 2020.
- (11) I et referat datert 4. mai 2020 fra et byggemøte med valgte leverandør, som er datert 29. april 2020, er det inntatt følgende:

«Prisregulering:

Iht kontrakten skal regulering av bitumen priser utføres etter Brent med utgangspunkt i Brent prisenivå 1. januar 2020.»

- (12) Klagen ble brakt inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser 23. september 2020.

(13) Nemndsmøte i saken ble avholdt 15. februar 2021.

Anførsler:

Klager har i det vesentlige anført:

- (14) Valgte leverandørs tilbud skulle ha vært avvist, fordi det forutsatte en prisregulering etter en annen indeks enn den som var oppgitt i konkurransegrunnlaget. Dette avviket er vesentlig, fordi det er uklart hvordan tilbudet skal vurderes i forhold til de øvrige tilbudene. For det andre må avviket anses vesentlig fordi at det har gitt valgte leverandør klare fordeler i konkurransen, ved at det har gitt mulighet til å kalkulere en betydelig lavere pris.
- (15) Innklagedes evaluering av den prismessige konsekvensen av avviket bygger på feil faktum og er uansett ikke forsvarlig. Det er feil når det skrives at det har vært en historisk korrelasjon mellom de to prisindeksene, da det har vært betydelige svingninger når man ser på kortere tidsintervaller. Vurderingen er uforsvarlig, ettersom det ikke er nok å se hen til hvordan differansen har vært i bare ett av de foregående årene. Innklagede skulle videre tatt i betraktning hvilket nivå de ulike prisindeksene var på fra 1. januar 2020 til evalueringstidspunktet i mars 2020.
- (16) Ettersom kontrakten skulle ha vært tildelt klager, foreligger det grunnlag for erstatning.

Innklagede har i det vesentlige anført:

- (17) Det var usikkerhet knyttet til hvorvidt valgte leverandørs tilbud hadde et avvik på dette punktet. Basert på uklarhetsregelen la innklagede til grunn at det forelå et avvik. Avviket er imidlertid ikke vesentlig. Det bemerkes at kontrakten ikke fastsetter hvilken indeks prisen til leverandøren skal bygge på, men kun hva den skal prisreguleres etter. Videre fremgår det ikke av konkurransegrunnlaget hva leverandørene skal legge inn i prisen.
- (18) Dersom avviket anses vesentlig, forelå det uansett ikke en avvisningsplikt. Det vises til at det i kontraktsgjennomføringen uansett er lagt til grunn samme prisregulering som følger av konkurransegrunnlaget.
- (19) Det foreligger ikke grunnlag for erstatning.

Klagenemndas vurdering:

- (20) Klager har deltatt i konkurransen, og har saklig klageinteresse, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Konkurransen gjelder vedlikeholdsasfaltering av fylkesveger, som er en bygge- og anleggsanskaffelse. Anskaffelsens estimerte verdi var ifølge anskaffelsesprotokollen på totalt 31 900 776 kroner. I tillegg til lov om offentlige anskaffelser 17. juni 2016 nr. 73 følger anskaffelsen etter det opplyste forskrift om offentlige anskaffelser 12. august 2016 nr. 974 del I og del II.

Avvisning av tilbud

- (21) Klager har anført at valgte leverandørs tilbud skulle ha vært avvist, fordi det inneholdt et vesentlig avvik. Forholdet klager sikter til er at valgte leverandør har lagt til grunn en annen prisreguleringsindeks for bitumen enn det som fulgte av konkurransegrunnlaget.

- (22) Det følger av forskriften § 9-6 første ledd bokstav b at *«[o]ppdragsgiveren skal avvise et tilbud som inneholder vesentlige avvik fra anskaffelsesdokumentene»*.
- (23) Innklagede bestrider ikke at konkurransegrunnlaget må forstås dit hen at bitumenprisen skal reguleres etter ICE Brent-indeksen.
- (24) I valgte leverandørs tilbud stod det at leverandøren *«har brukt Platts HFSO 3,5% i våre tilbud til Viken Fylkeskommune 2020»*. Slik Klagenemnda forstår formuleringene i tilbudet, knytter bruken av Platts-indeksen seg både til grunnlaget for tilbudsprisen og til prisindeksen for månedlig regulering. Sistnevnte utgjør et avvik fra forutsetningen om at bitumenprisen skulle reguleres etter ICE Brent-indeksen. Nemndas forståelse underbygges av at valgte leverandør eksplisitt påpeker at de *«følger EBA sitt forslag av 13.11.2020»*. I dette dokumentet foreslår EBA at bitumenprisen for vedlikeholdskontraktene i 2020 reguleres etter Platts-indeksen som tidligere, men at oppdragsgiver alternativt kan bruke ICE Brent-indeksen.
- (25) Klagenemnda konstaterer på denne bakgrunn at uttalelsen i valgte leverandørs tilbud om at leverandøren *«har brukt Platts HFSO 3,5% i våre tilbud til Viken Fylkeskommune 2020»* utgjør et avvik fra forutsetningen om at bitumenprisen skulle reguleres etter ICE Brent-indeksen.
- (26) Spørsmålet er videre hvorvidt dette avviket er vesentlig. Relevante momenter i vurderingen av om et avvik er vesentlig, er blant annet hvor stort avviket er, hvor viktige bestemmelsene er gjort i konkurransegrunnlaget, betydningen for oppdragsgiver og i hvilken grad et avvik vil kunne forrykke konkurransen, jf. blant annet LB-2015-72805 (BT Signal). Lovens krav til likebehandling av leverandørene vil være tungtveiende i vurderingen, jf. loven § 4.
- (27) Klagenemnda legger til grunn at indeksen prisene skulle reguleres etter, hadde betydning for hvordan leverandørene priset sine tilbud. Slik saken er opplyst, finner nemnda det godtgjort at innklagede måtte ha beregnet en priskonsekvens av avviket for å kunne sammenligne tilbudene. Det vises i denne sammenheng til NOU 2014:4 side 238, hvor Forenklingsutvalget uttalte følgende om plikten til å hensynta avvik i tilbudene: *«[o]ppdragsgiver har imidlertid en plikt til å gjøre tilbudene sammenlignbare. Det betyr at dersom han ønsker å ta i betraktning et tilbud som har et avvik som har en økonomisk verdi, vil han være forpliktet til å prissette dette. Gjør han ikke det, vil leverandøren kunne få en urimelig konkurransefordel som følge av avviket. Tilbudene vil da ikke kunne sammenlignes, og det vil være i strid med likebehandlingsprinsippet å ta et slikt tilbud i betraktning»*.
- (28) Innklagede har vist til at avviket ikke kan anses vesentlig, blant annet fordi indeksene etter Platts og ICE Brent *«historisk sett har fulgt hverandre i månedlig justering»*.
- (29) Det å basere tilbudene på ulike prisindekser, som prisen skal reguleres etter, vil naturligvis gi mulighet til å kunne spekulere i prisutviklingen. Selv om fortidige forhold kan gi grunnlag for å anta den videre utviklingen, vil det være umulig å si noe sikkert om hvordan resultatet blir. Det er imidlertid naturlig at leverandører innkalkulerer en antatt prisutvikling når tilbud inngis.
- (30) Slik klagenemnda ser det, er det på generelt grunnlag svært vanskelig å prissette den økonomiske forskjellen som en annen prisindeks vil kunne utgjøre for fremtiden, da det

som nevnt ikke lar seg gjøre å fastslå dette med sikker presisjon. Etter nemndas syn er det ikke tilstrekkelig, og altså ikke forsvarlig, bare å se hen til hvordan utviklingen var i det foregående året. I en slik situasjon, hvor indeksprisene synes å variere i en ujevn takt, må innklagede ta høyde for at utviklingen vil kunne gi en større økonomisk differanse enn slik situasjonen er når det foreligger sikrere holdepunkter for en fremtidig utvikling.

- (31) I NOU 2014:4 punkt 25.4.6.2 la Forenklingsutvalget til grunn at «*[a]vvik eller lignende som medfører at et tilbud ikke kan sammenlignes med andre tilbud, vil alltid være vesentlige*».
- (32) Klagenemnda er av den oppfatning at det vanskelig lot seg gjøre å prissette avviket knyttet til prisreguleringsmekanismen på en forsvarlig og nøktern måte. Som klager har påpekt, har indeksene, etter det nemnda kan se, utviklet seg i en tydelig utakt fra januar til mars 2020. Det var derfor ikke mulig å forutse i hvilken retning og i hvilken grad utviklingen ville gå frem til kontrakten var gjennomført.
- (33) Avviket gav med andre ord usikkerhet knyttet til hvordan man skulle håndtere avviket av hensyn til de andre leverandørene. Ikraftsettelsen 1. januar 2020 av *strengere restriksjoner på svovelinnhold i tung fyringsolje som brukes som drivstoff i båter*, og som omtales som *IMO 2020* i dokumentet til EBA, underbygger etter nemndas syn at det forelå en desto mer usikkerhet knyttet til utviklingen i korrelasjonen mellom de to prisindeksene i 2020, ettersom dette vil kunne påvirke prisen på bitumen. Etter klagenemndas syn kan det ikke utelukkes at leverandørene ville inngitt andre priser på bitumen, dersom prisreguleringsmekanismen kunne forankres i en annen indeks.
- (34) Klagenemnda har kommet til at avviket må anses vesentlig.
- (35) I utgangspunktet skulle derfor valgte leverandørs tilbud ha vært avvist fra konkurransen. Innklagede har imidlertid vist til at det var anledning til å holde dialog med leverandørene, og at avviket nå uansett er rettet.
- (36) Det følger av forskriften § 9-7 andre ledd at oppdragsgiver «*kan utsette avgjørelsen om avvising til han har gjennomført en eventuell dialog med leverandøren*». Det følger forutsetningsvis av bestemmelsen at dette som utgangspunkt skal gjøres før tildelingsbeslutningen treffes. Etter § 10-1 tredje ledd kan en tildelingsbeslutning som er i strid med forskriften omgjøres «*frem til kontrakt er inngått*».
- (37) Det følger av så vel praksis fra klagenemnda og domstolene at det foreligger en vid adgang til å rette avvik i anskaffelser som reguleres av forskriften del II. Det er først og fremst hensynet til likebehandling av leverandørene som begrenser adgangen til dialog, herunder blant annet retting av avvik. Dersom dette hensynet ikke slår til i det konkrete tilfellet, vil oppdragsgiver som et klart utgangspunkt ha adgang til å rette et vesentlig avvik etter at tildelingsbeslutningen er truffet, men *før* kontrakt er signert av partene, se til sammenligning nemndas avgjørelse i sak 2018/173, premiss 30 til 31 og LB-2019-145192.
- (38) Etter det klagenemnda kan se var det ikke planlagt å avholde dialog med leverandørene, og det er heller ikke fremlagt dokumentasjon på dialog knyttet til avviket før kontrakt var inngått med valgte leverandør. I henhold til referatet fra et byggemøte med valgte leverandør, er det fastsatt at det «*[i henhold til] kontrakten skal regulering av bitumnenprisen utføres etter Brent med utgangspunkt i Brent prisnivå 1. januar 2020*». Nemnda

forstår dette slik at valgte leverandør faktisk har forpliktet seg til å følge prisreguleringsindeksen som var fastsatt i konkurransegrunnlaget. Slik saken er opplyst ble dette først avklart, og det vesentlige avviket først rettet, etter at kontrakten var signert.

- (39) Skjæringstidspunktet for retting av vesentlige avvik er kontraktsinngåelsestidspunktet. Klagenemnda finner for øvrig grunn til å vise til at innklagede har fremlagt et udatert notat, hvor det ble konstatert et avvik i valgte leverandørs tilbud knyttet til prisreguleringsindeksen. Innklagede var altså klar over avviket før kontrakten ble signert, men anså ikke det som et vesentlig avvik. Hvorvidt det i det hele tatt forelå et avvik, og hvorvidt avviket i så tilfelle er vesentlig, er en objektiv vurdering.
- (40) Ettersom klagenemnda har kommet til at det forelå et vesentlig avvik i valgte leverandørs tilbud som ikke var rettet på tidspunktet kontrakt ble inngått, foreligger det et brudd på forskriften § 9-6 første ledd bokstav b.
- (41) Bruddet på regelverket som klagenemnda har konstatert ovenfor, har påvirket resultatet av konkurransen, og gir følgelig grunnlag for tilbakebetaling av klagegebyret, jf. klagenemndsforordningen § 13.
- (42) Klagenemnda har ikke funnet grunn til å uttale seg om vilkårene for at klager kan kreve erstatning er oppfylt, jf. klagenemndsforordningen § 12.

Konklusjon:

Viken fylkeskommune har brutt regelverket ved ikke å avvise valgte leverandørs tilbud.

For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,

Alf Amund Gulsvik

Dokumentet er godkjent elektronisk