



KLAGENEMNDSSEKRETARIATET

Mottaker
Advokatfirma Tofte DA
Postboks 759

4666 Kristiansand
Norge
Gro Hamre

Deres ref.:

Vår ref.: 2021/1401-7

Saksbehandler: Anders Vardeberg

Dato: 08.02.2022

Avvisning av klage på offentlig anskaffelse

Klagenemndas sekretariat viser til deres klage 2. september 2021 på offentlig anskaffelse av drift og vedlikehold av lysanlegg, samt innleie av personell. Vi har besluttet å avvise klagen som uhensiktsmessig for behandling i klagenemnda, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 9. Grunnen er at klagen klart ikke kan føre frem.

Nedenfor gis en oppsummering av bakgrunnen for klagen og sekretariatets vurdering.

Bakgrunn:

- (1) Lyse Lux AS (heretter *innklagede*) kunngjorde 10. desember 2020 en åpen anbudskonkurranse for inngåelse av en rammeavtale om drift og vedlikehold av lysanlegg, samt innleie av personell. Rammeavtalen ville ha en varighet på fire år. Anskaffelsens verdi ble estimert til 90 millioner kroner. Tilbudsfristen var 18. januar 2021.
- (2) I konkurransegrunnlaget punkt 1.3 «*Beskrivelse av anskaffelsen*» gikk det frem at formålet med anskaffelsen var å oppfylle deler av innklagede sine kontraktsforpliktelser gjennom drifts- og vedlikeholdskontrakter for vedlikehold av lysanlegg i Sør-Rogaland. Lysanleggene var tilknyttet både vei- og gatelys, samt spesialanlegg (idrettsanlegg, fasadebelysning etc.). Anleggene besto av både konvensjonelle og LED-lyskilder. Rammeavtalen ble angitt å omfatte følgende:

«Rammeavtalen omfatter muligheten til å kunne foreta avrop av tjenester på ca. 78 800 veilys med tilhørende infrastruktur og utstyr, og 2200 spesialanlegg. Ca. 30 000 av veilysene har LED-armatur, men andelen LED armatur er forventet å stige betraktelig i løpet av rammeavtaleperioden.»

- (3) Det fremgikk av konkurransegrunnlaget punkt 6 «Tildelingskriterier» at kontrakt ville tildeles tilbyderen som tilbød lavest pris. Kriteriet ville vurderes ut fra tilbudt totalpris basert på ferdig utfylt prisskjema, vedlagt konkurransegrunnlaget. I prisskjemaet var det lagt opp til å prise følgende poster:

<i>Post</i>	<i>Beskrivelse</i>		<i>Type</i>
<i>A1</i>	<i>Kontroll av armatur på veilys – konvensjonell og LED – Innen normal arbeidstid</i>		<i>Rate pr veilys</i>
<i>A2</i>	<i>Kontroll av armatur på veilys – konvensjonell og LED – Utenfor normal arbeidstid</i>		<i>Rate pr veilys</i>
<i>B1</i>	<i>Vedlikehold av LED-lyskilder på veilys – Innen normal arbeidstid</i>		<i>Rate pr veilys</i>
<i>B2</i>	<i>Vedlikehold av LED-lyskilder på veilys – Utenfor normal arbeidstid</i>		<i>Rate pr veilys</i>
<i>C1</i>	<i>Gruppeutskiftning av lyspærer på veilys – konvensjonell – Innen normal arbeidstid</i>		<i>Rate pr veilys</i>
<i>C2</i>	<i>Gruppeutskiftning av lyspærer på veilys – konvensjonell – Utenfor normal arbeidstid</i>		<i>Rate pr veilys</i>
<i>D1</i>	<i>Bytte av armatur fra konvensjonell til LED – Innen normal arbeidstid</i>		<i>Rate pr veilys</i>
<i>D2</i>	<i>Bytte av armatur fra konvensjonell til LED – Utenfor normal arbeidstid</i>		<i>Rate pr veilys</i>
<i>E1</i>	<i>Kontroll av lysanlegg som er spesialanlegg</i>	<i>Elektromontør fagbrev gruppe L (med bil)</i>	<i>Rate pr time</i>
<i>F1</i>	<i>Utbedring av feil på lysanlegg – både konvensjonell og LED</i>	<i>Elektromontør fagbrev gruppe L (med liftbil)</i>	<i>Rate pr time</i>
<i>G1</i>	<i>Diverse tjenester jf. Rammeavtalens vedlegg A</i>	<i>Lærling (elektrikerfag)</i>	

			<i>Rate pr time</i>
<i>H1</i>	<i>Tillegg i forhold til ordinær timerate for E1, F1 og G1 – mellom 1700-2100</i>	<i>Elektromontør fagbrev gruppe L (med bil)</i> <i>Elektromontør fagbrev gruppe L (med liftbil)</i>	<i>Rate pr time</i> <i>Rate pr time</i>
<i>H2</i>	<i>Tillegg i forhold til ordinær timerate for E1, F1 og G1 – mellom 2100-0700</i>	<i>Elektromontør fagbrev gruppe L (med bil)</i> <i>Elektromontør fagbrev gruppe L (med liftbil)</i>	<i>Rate pr time</i> <i>Rate pr time</i>
<i>II</i>	<i>Innleie</i>	<i>Prosjektledelse –</i> <i>Prosjektleder</i> <i>Byggeledelse –</i> <i>Byggeleder</i>	<i>Rate pr time</i> <i>Rate pr time</i>
<i>J1</i>	<i>Pakkepris gravearbeid (Samlet timepris som inkluderer alle nødvendige elementer. Bas/Formann, håndmenn, gravemaskin/hjulmaskin, traktor med henger, utstyr, mv.)</i>		<i>Rate pr time</i>

- (4) I prisskjemaet var det også angitt estimerte mengder for hver prispost. Disse ville benyttes for evalueringen, og var ikke bindende for innklagede. En nærmere beskrivelse av rammeavtalens omfang var angitt i vedlegg til rammeavtalen – «Arbeidsomfang».
- (5) Seks tilbydere leverte tilbud med følgende tilbudspriser, innen fristen:
- Nettpartner AS (heretter *valgte leverandør*) – 61 743 400 kroner
 - Oneco Infra AS – 61 744 760 kroner
 - Lysfix AS – 63 984 000 kroner
 - Mesta AS – 74 354 600 kroner
 - Rogaland Elektro AS – 87 910 560 kroner
 - Otera Traftec AS (heretter *klager*) – 36 106 320 kroner
- (6) I brev til klager 22. januar 2021 opplyste innklagede at klagers tilbud virket unormalt lavt i forhold til ytelsen. Det ble bedt om at klager redegjorde for tilbudets sammensetning i form av opplysninger om:

- *«Kalkulering av poster i tilbudet og/eller skjønnsmessige vurderinger for prising av poster*
- *Besparelser ved utførelsen av tjenestene*
- *Oppfyllelsen av bestemmelser om miljø, arbeidsforhold og sosiale forhold som følger av nasjonale regler, EØS-regler, tariffavtaler eller internasjonale avtaler som angitt i Anskaffelsesforskriften vedlegg 5*
- *Eventuell offentlig støtte som leverandøren har mottatt (må dokumentere at støtten er forenlig med EØS-avtalen)*

Frist for mottak av redegjørelse og dokumentasjon er senest innen Tirsdag 26. januar kl. 1700.»

- (7) Klager ga 26. januar 2021 følgende redegjørelse for sitt pristilbud:

«Tilbudets prisnivå fra Otera Traftec er regnet ut fra Deres beskrivelser og våre oppfatninger av oppgavene i kontrakten. Bak våre metoder for prisberegninger ligger mange års erfaring innen tilsvarende kontrakter. Våre rutiner og metoder er vel utprøvd og våre mannskaper og prosjektledere har høy kompetanse på samferdsel elektro.

Selvfølgelig er det uheldig med stor spredning i pris fra de som leverer tilbud. Det er derimot ikke uvanlig at tilbudene fra entreprenørene avviker fra byggherres estimater. Otera Traftec har tilbudt alle forespurte arbeider til den prisen vi mener er fornuftig for utførelsen ut fra konkurransegrunnlaget. Otera Traftec har synergier ved å ha andre løpende kontrakter i geografisk nærhet.

Otera Traftec har tariffavtale for våre ansatte og vi har vurdert kostnader for bil og lift til våre timepriser. Otera Traftec mottar ingen offentlig støtte.»

- (8) Innklagede avviste klagers tilbud fra konkurransen 27. januar 2021. Avvisningen ble begrunnet med at klagers prisnivå ikke kunne forklares i tilstrekkelig grad ut ifra redegjørelsen ovenfor. Det ble vist til at klager ikke hadde gitt opplysninger knyttet til eksempelvis *«kalkulering av poster i tilbudet og/eller hvilke skjønnsmessige vurderinger leverandøren har lagt til grunn ved prising av poster»*. Innklagede avviste derfor tilbudet fordi det ble ansett *«unormalt lavt i forhold til ytelsen»*, jf. forskriften § 24-8 (2) bokstav b).
- (9) Klager påklaget avvisningen 29. januar 2021. Innklagede opprettholdt avvisningen 3. februar 2021.
- (10) Kontrakt ble tildelt valgte leverandør ved brev 3. februar 2021.
- (11) Klager begjærte midlertidig forføyning for Stavanger tingrett 10. februar 2021. Klager nedla påstand om at innklagede forbyr å inngå kontrakt på bakgrunn av konkurransen, inntil spørsmålet om anskaffelsesreglene er brutt ved gjennomføring av konkurransen er rettskraftig avgjort av domstolene. Muntlige forhandlinger ble gjennomført 23. februar 2021. Begjæringen ble forkastet i tingrettens kjennelse avsagt 3. mars 2021.
- (12) Kontrakt ble inngått 9. mars 2021.
- (13) Klager brakte saken inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser 2. september 2021.

Sekretariatets vurdering:

- (14) Klager har deltatt i konkurransen, og har saklig klageinteresse, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Konkurransen gjelder en rammeavtale om drift og vedlikehold av lysanlegg og er en tjenesteanskaffelse. Anskaffelsens verdi er estimert til 90 millioner kroner. 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 III, jf. forskriften §§ 5-1 og 5-3.
- (15) Klager anfører at innklagede har brutt regelverket ved å avvise klagers tilbud fra konkurransen. Samme anførsel ble behandlet av tingretten i forbindelse med klager sin begjæring om midlertidig forføyning. Innklagede har i den forbindelse anført at klagen skal avvises fra behandling i klagenemnda, under henvisning til at den forutgående forføyningssaken medfører at saken er uhensiktsmessig for behandling.
- (16) Det følger av klagenemndsforordningen § 6 (3) at dersom spørsmålet som er gjenstand for klage er avgjort «*ved dom*» i første instans, kan ikke klagen tas til behandling. Den omstendighet at spørsmålet som er gjenstand for klagen har vært behandlet i forbindelse med en begjæring om midlertidig forføyning, er derimot ikke til hinder for at klagenemnda kan behandle saken. Sekretariatet kan ikke se at den forutgående forføyningssaken gjør denne klagen uhensiktsmessig for behandling, men har likevel besluttet å avvise fordi klagers anførsel klart ikke kan føre frem, jf. klagenemndsforordningen § 9 andre ledd.
- (17) Klagers tilbud ble avvist fordi det ble vurdert som «*unormalt lavt i forhold til ytelsen*», jf. forskriften § 24-8 (2) bokstav b). Bestemmelsen gir oppdragsgiver en rett til å avvise tilbud som er unormalt lave av andre grunner enn de som er nevnt i § 24-8 (1) bokstav c).
- (18) Dersom et tilbud virker unormalt lavt skal oppdragsgiver skriftlig kreve at leverandøren redegjør for tilbudets sammensetning, jf. forskriften § 24-9 (1). Om tilbudet «*virker unormalt lavt*» skal vurderes i forhold til den ytelsen som er etterspurt i konkurransen. Ved vurderingen er det derfor relevant å se hen til den estimerte verdien av anskaffelsen og øvrige tilbudspriser i konkurransen, se Underrettens avgjørelse i sak T-392/15 (European Dynamics) avsnitt 87 flg.
- (19) Slik denne saken ligger an, har fire av seks leverandører priset seg tett sett hen til rammeavtalens art og omfang, mens klagers tilbudspris er omtrent 42 prosent lavere enn medianprisen. Det er dermed klart at tilbudet «*virket unormalt lavt i forhold til ytelsen*». Sekretariatet bemerker i den forbindelse at det er tilstrekkelig at totalprisen er unormalt lav, og at det ikke er oppstilt noe krav om at oppdragsgiver må redegjøre for hvilke av tilbudets bestanddeler som er unormalt lave.
- (20) Et tilbud som virker unormalt lavt, kan likevel bare avvises dersom pris- eller kostnadsnivået ikke kan forklare i tilstrekkelig grad ut fra opplysningene om tilbudets sammensetning, jf. § 24-9 (2). Det er leverandøren som må forklare pris- eller kostnadsnivået i sitt tilbud. Vurderingen av om redegjørelsen gir tilstrekkelig forklaring på prisnivået er underlagt oppdragsgivers innkjøpsfaglige skjønn, og kan i begrenset grad overprøves rettslig, se Borgarting lagmannsrett sin avgjørelse i sak LB-2016-14778 (Total Uteservice).
- (21) Innklagede avviste klagers tilbud under henvisning til at redegjørelsen var for generell og overordnet til å kunne forklare prisnivået i klagers tilbud. Klagers anførsler gir ikke holdepunkter for at det foreligger rettslige mangler ved vurderingen av at opplysningene ikke i tilstrekkelig grad forklarte det lave prisnivået. Det vises i den forbindelse til at redegjørelsen i svært liten grad inneholder opplysninger om tilbudets sammensetning, og

at klagers generelle henvisninger til synergier og lang erfaring ikke er egnet til å forklare hvorfor klagers pris er vesentlig lavere enn konkurransens øvrige leverandører med tilsvarende erfaring og løpende kontraktsforhold i området. Klagers anførsel kan på denne bakgrunn klart ikke føre frem.

- (22) Ettersom sekretariatet har funnet at klagen klart ikke kan føre frem, avvises den som uhensiktsmessig for behandling i klagenemnda, jf. klagenemndsforordningen § 9.

Klageadgang:

Dere kan klage på avvisningsvedtaket til klagenemndas leder, som i så fall vil avgjøre om klagen likevel skal behandles av klagenemnda. Klagenemndas leder kan bare ta stilling til de faktiske forholdene som er vurdert i denne avvisningen, og det er ikke anledning til å fremme nye rettslige anførsler/påstander. Det holder derfor at du informerer sekretariatet om at du påklager avvisningsvedtaket.

En slik klage må foreligge senest tre virkedager etter at dere er blitt kjent med vårt avvisningsvedtak. Med virkedager menes her alle dager unntatt lørdager, søndager, offentlige helligdager og offentlige fridager. Klagefristen kan ikke forlenges.

Tora Holm
Seniorrådgiver

Anders Vardeberg
Rådgiver

Dokumentet er godkjent elektronisk

Mottaker

Advokatfirma Tofte DA

Postadresse

Postboks 759

*Poststed*4666 Kristiansand
Norge*Kontakt/e-post*Gro Hamre
gh@advtofte.no*Kopi til:*

Advokatfirma Thommessen AS

Postboks 1484 Vika

0116 OSLO
NorgeNora Elisabet Lovén
nel@thommessen.no