



Klagenemnda for offentlige anskaffelser

Saken gjelder: Avvisning av tilbud. Ulovlig tildelingskriterium. De grunnleggende kravene i § 4.

Innklagede gjennomførte en konkurranse for anskaffelse av rammeavtaler for tømreertjenester for Helse Bergen HF, Helse Stavanger HF og Helse Fonna HF. Klager ble avvist fra konkurransen som følge av at tilbudt pris for prosjektleder var i strid med instruks gitt i prisskjemaet. Klager anførte at innklagede hadde plikt til å rette eller avklare feilprisingen i klagers tilbud. Subsidiært anførte klager at tildelingskriteriet var ulovlig utformet. Ingen av klagers anførsler førte frem.

Klagenemndas avgjørelse 24. oktober 2022 i sak 2022/1324

Klager: Donar AS

Innklaget: Sykehusinnkjøp HF

Klagenemndas medlemmer: Finn Arnesen, Marianne Dragsten og Elisabeth Wiik

Bakgrunn:

- (1) Sykehusinnkjøp HF (heretter *innklagede*) kunngjorde 10. juli 2022 en åpen anbudskonkurranse for inngåelse av rammeavtaler for tømreertjenester for Helse Bergen HF, Helse Stavanger HF og Helse Fonna HF. Anskaffelsens verdi er estimert til totalt 210 000 000 kroner ekskl. mva. Kontraktens varighet var angitt til 24 måneder, med mulighet for opsjon på 1 + 1 år. Tilbudsfrist var 26. august 2022.
- (2) Leverandørene kunne inngi tilbud på én, flere eller alle delkontraktene. Anskaffelsen var delt inn i følgende delkontrakter:

1	Tømreertjenester for Helse Bergen
2	Tømreertjenester for Helse Stavanger
3	Tømreertjenester for Helse Fonna – Delkontrakt Haugesund
4	Tømreertjenester for Helse Fonna – Delkontrakt Stord
5	Tømreertjenester for Helse Fonna – Delkontrakt Valen
- (3) Denne saken gjelder tildelingsbeslutningen for delkontrakt 1. Årlig estimert volum for delkontrakt 1 er 35 000 000 ekskl. mva., med maksimal verdi på 170 000 000 kroner ekskl. mva. Det oppgitte forbruket var et estimat for informasjon til leverandørene, og var ikke bindende for fremtidig avtalevolum.
- (4) Tildelingskriteriene var «Pris» (vektet 55 prosent), «Kvalitet» (vektet 25 prosent) og «Kapasitet» (vektet 20 prosent).

- (5) Under tildelingskriteriet «Pris» var det i konkurransegrunnlaget angitt følgende:

«Sum timepris i bilag 1 - prisskjema vil slås sammen med sum påslag for materiell og underleverandør i bilag 1 - prisskjema. Sammen utgjør dette totalkostnad som er evalueringssum.»

- (6) I prisskjemaet var det inntatt en instruks for utfylling av fane for prisskjema. Her fremgikk blant annet:

«Arkfane timepriser etc.: I prisskjemaet er det satt inn et antall timer på de ulike stillingstyper. Disse timene gjenspeiler ikke et eksakt timeforbruk på et helseforetak, men er stipulert som et tenkt gjennomsnitt basert på det antall fakturerte timer som det foreligger statistikk på. Oppgitt volumtall innebærer ingen forpliktelse til bestilling for oppdragsgiver.»

Pris for prosjektleder og arbeidende formann skal minimum være tilsvarende pris for fagarbeider.»

- (7) Det var inntatt fem ulike stillingstyper i prisskjemaet, herunder «Prosjektleder», «Arbeidende formann med norsk godkjenning», «Fagarbeider m. norsk godkjent fagbrev», «Hjelpesarbeider uten fagbrev» og «Lærling». Leverandørene skulle fylle inn tre ulike priser avhengig av hvilket tidsrom stillingstypen ble benyttet, herunder «Vanlig dag, mandag – fredag kl. 0700-1500», «Kveld, kl. 1500-2100 og lørdag kl. 07-21» og «Natt, kl. 2100-0700 og søn- og helligdager».
- (8) Innklagede mottok seks tilbud på delkontrakt 1 innen utløpet av tilbudsfristen, herunder fra Donar AS (heretter *klager*), Birger Morstøl AS og Åsane Byggmesterforretning AS.
- (9) Den 5. september ble klagers tilbud avvist fra konkurransen som følge av at tilbudet inneholdt vesentlige avvik fra anskaffelsesdokumentene. Som begrunnelse viste innklagede til at klagers utfylte prisskjema var i strid med instruksene om at timepris for prosjektleder og arbeidende formann skulle være minimum tilsvarende som pris for fagarbeider. Innklagede vurderte avviket som vesentlig, og tilbudet ble derfor avvist i medhold av forskriften § 24-8 (1) bokstav b.
- (10) Klager klaget på avvisningen i brev av 9. september 2022. Avvisningen ble opprettholdt av innklagede i brev av 16. september 2022.
- (11) Av tildelingsbeslutning datert 26. september 2022 ble rammeavtalen tildelt Birger Morstøl AS med førsteprioritet og Åsane Byggmesterforretning med andreprioritet.
- (12) Saken ble brakt inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser 28. september 2022.
- (13) Nemndsmøte i saken ble avholdt 24. oktober 2022.

Anførsler:

Klager har i det vesentlige anført:

- (14) Innklagede har brutt regelverket for offentlige anskaffelser ved å avvise klagers tilbud fra konkurransen. Klagers tilbud inneholder ikke et vesentlig avvik som medfører

avvisningsplikt. Innklagede har plikt til å rette eller avklare feilprising av prosjektleder i klagers tilbud.

- (15) Subsidiært anføres det at tildelingskriteriet er ulovlig utformet når det i prisskjemaet er stilt krav om at timepris for prosjektleder og arbeidende formann minimum skal være tilsvarende pris for fagarbeider. Begrensninger på prissettingen av enhetspriser i leverandørenes tilbud er i strid med forskriften § 24-9 og kravet til konkurranse i loven § 4. Konsekvensen av det ulovlige tildelingskriteriet er at konkurransen må avlyses.

Innklagede har i det vesentlige anført:

- (16) Tildelingskriteriet pris er lovlig utformet.
- (17) Innklagede har plikt til å avvise klagers tilbud fordi det inneholder vesentlige avvik. Klager har utfyllt prispostene i prisskjema i strid med instruks.
- (18) Det foreligger ikke plikt til å avklare eller rette avviket i klagers tilbud. En eventuell retting vil uansett ikke avhjelpe mangelen ved tilbudet, ettersom retting vil gi klager et insentiv om å benytte en annen ressurs enn prosjektleder ved gjennomføring av kontrakten. Videre er det heller ingen føringer i konkurransegrunnlaget som tilsier at pris for prosjektleder skulle settes tilsvarende som pris for fagarbeider. At innklagede automatisk skulle sette prisen som klager hadde tilbudt for fagarbeider inn på prosjektleder, vil gi klagers tilbud en fordel, noe som vil være i strid med kravet om likebehandling.
- (19) Dersom det ikke foreligger avvisningsplikt, har innklagede uansett en rett til å avvise klagers tilbud fordi det inneholder en ikke ubetydelig feil.

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 anskaffelse av tømreertjenester som er en tjenesteanskaffelse. Anskaffelsens verdi er estimert til totalt 210 000 000 kroner ekskl. mva. Delkontrakt 1 er estimert til totalt 170 000 000 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 III, jf. forskriften §§ 5-1 og 5-3.
- (21) Klager har primært anført at klagers tilbud urettmessig er blitt avvist fra konkurransen. Subsidiært har klager anført at tildelingskriteriet «Pris» er ulovlig utformet når det i prisskjemaet er stilt krav om at timepris for prosjektleder og arbeidende formann minimum skal være tilsvarende pris for fagarbeider.
- (22) Klagenemnda tar først stilling til om priskriteriet er lovlig.
- (23) De grunnleggende prinsippene om konkurranse og likebehandling i loven § 4 innebærer at oppdragsgiver ikke kan benytte tildelingskriterier som har en konkurransevridende effekt, jf. også EU-domstolens avgjørelse i sak C-368/10 Max Havelaar, avsnitt 95. På den annen side kan oppdragsgiver benytte kriterier som ivaretar saklige behov, uavhengig av om leverandører har ulike forutsetninger for å levere et optimalt tilbud, se EU-domstolens avgjørelse i sak C-513/99 Concordia Bus Finland, avsnitt 85.

- (24) Av konkurransegrunnlaget fremgikk det at tildelingskriteriet «*Pris*» skulle evalueres basert på leverandørenes utfylte timepriser i prisskjema med påslag for priser for materiell og underleverandør.
- (25) I prisskjemaet skulle leverandørene fylle inn timepris på fem ulike stillingstyper. Det var inntatt en instruks for utfylling av prisskjemaet, hvor det fremgikk at «*pris for prosjektleder og arbeidende formann skal minimum være tilsvarende pris for fagarbeider.*»
- (26) Klagers innvending knytter seg til at begrensninger på prissettingen av enhetspriser i leverandørenes tilbud er i strid med kravet til konkurranse. Innklagede har forklart at instruksene i prisskjemaet er utformet for at leverandørene skulle oppgi reelle timepriser på stillingskategoriene prosjektleder og arbeidende formann. Dette skulle sikre at leverandørene i kontraktsperioden faktisk benyttet seg av disse ressursene for de oppdrag der dette var påkrevd. Etter klagenemndas syn er det klart at instruksene i prisskjemaet ivaretar et saklig behov hos innklagede.
- (27) Klager gjør gjeldende at innklagedes prisskjema i realiteten er et forsøk på å unngå unormalt lave priser uten å måtte følge prosedyren som er angitt i forskriften § 24-9. Klagenemnda mener at en objektiv tolking av ordlyden i prisinstruksene ikke kan føre til at tilbud som fremstår unormalt lave uten videre vil kunne avvises uten at innklagede må følge prosedyrereglene i bestemmelsen. Selv om et tilbud fulgte prisinstruksene ville det kunne blitt ansett som unormalt lavt. Nemnda viser også til det som er sagt om at prisinstruksene ivaretar et saklig behov for innklagede.
- (28) Klagenemnda kan derfor ikke se at priskriteriet er ulovlig, og klagers anførsel fører ikke frem.
- (29) Klagenemnda tar så stilling til om innklagede har brutt regelverket ved å avvise klagers tilbud fra konkurransen.
- (30) Det følger av forskriften § 24-8 (1) bokstav b) at oppdragsgiver skal avvise tilbud som inneholder «*vesentlige avvik*» fra anskaffelsesdokumentene.
- (31) For å avgjøre om det foreligger et avvik, må kravet i anskaffelsesdokumentene tolkes, og deretter må det undersøkes om tilbudet tilfredsstiller det kravet som oppdragsgiver har satt.
- (32) Som det fremgår av premiss 25 foran, hadde innklagede inntatt en instruks i prisskjemaet om at pris for prosjektleder skulle minimum være tilsvarende pris for fagarbeider. Klager priset prosjektleder 450 kroner uavhengig av kveld, vanlig dag eller natt/helligdag, og fagarbeider til 459 kroner vanlig dag, 550 kroner kveld og lørdag, og 650 kroner natt og helg. Klager har med dette priset prosjektleder i strid med instruksene i prisskjemaet, og det foreligger et avvik i klagers tilbud.
- (33) 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 viktig forholdet det avvikes fra er, 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.

- (34) Avviket gjelder prisingen av tilbudet. Dette har direkte påvirkning på evaluering og rangeringen av tilbudene. Pris er vektet med 55 prosent og forholdet det avvikes fra må derfor sies å være viktig og har stor betydning for oppdragsgiver. Avviket vil også kunne forrykke konkurransen siden avviket har en direkte innvirkning på evalueringen og rangeringen av tilbudene ved at klagers evalueringssum senkes på grunn av de lave prisene som er tilbudt for prosjektleder. Klagenemnda er enig med innklagedes vurdering av at avviket må anses vesentlig.
- (35) Klager har anført at innklagede hadde plikt til å rette eller avklare avviket i klagers tilbud.
- (36) Forskriftenes utgangspunkt er at oppdragsgiver har en rett, men ikke en plikt til å avklare uklarheter ved tilbudet, jf. forskriften § 23-5. I praksis er det lagt til grunn at det etter omstendighetene kan foreligge en avklaringsplikt, se for eksempel lagmannsrettens kjennelse i LB-2018-147988. Det fremgår av kjennelsen at en avklaringsplikt kan foreligge dersom *«det i lys av de grunnleggende prinsippene kan fremstå som urimelig, uforholdsmessig eller i strid med likebehandlingsprinsippet at ikke oppdragsgiver foretar avklaring»*. Dette kan for eksempel skyldes tilfeller der uklarheter i tilbudet skyldes uklarheter i konkurransegrunnlaget.
- (37) Det aktuelle kravet i prisskjemaet fremstår ikke som uklart. Leverandøren har i utgangspunktet risikoen for uklarheter i tilbudet. Klagers innvending er at innklagede enkelt kunne lagt til grunn de samme prisene for prosjektleder som for fagarbeider, og dermed prise avviket. Klagenemnda er ikke enig i dette. En eventuell avklaring eller retting ville gitt klager en mulighet til å utsette risikovurderingen til etter tilbudsfristen, noe som medfører at de andre leverandørene fikk kortere tid til å fastsette sine priser. Dette vil medføre brudd på kravet til likebehandling.
- (38) På denne bakgrunn er nemnda kommet til at innklagede ikke hadde plikt til å rette eller avklare klagers tilbud. Innklagede har rettmessig avvist klager fra konkurransen.

Konklusjon:

Sykehusinnkjøp HF har ikke brutt regelverket for offentlige anskaffelser.

For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,

Elisabeth Wiik

Dokumentet er godkjent elektronisk