



Klagenemnda for offentlige anskaffelser

Saken gjelder: Avklaring eller retting av tilbud. Tildelingsevaluering.

Innklagede gjennomførte en åpen anbudskonkurranse for inngåelse av en rammeavtale om analysetjenester for VA og slam, deponiovervåking og miljø. Klagenemnda kom til at den første tildelingsbeslutningen var basert på feil faktisk grunnlag. Innklagede hadde ikke brutt regelverket ved å omgjøre tildelingsbeslutningen og tildele rammeavtalen til valgte leverandør.

Klagenemndas avgjørelse 30. august 2023 i sak 2023/237

Klager: Nemko Norlab AS

Innklaget: Ålesund kommune

Klagenemndas medlemmer: Alf Amund Gulsvik, Wenche Sædal og Elisabeth Wiik

Bakgrunn:

- (1) Ålesund kommune (heretter *innklagede*) kunngjorde 24. januar 2023 en åpen anbudskonkurranse for inngåelse av en rammeavtale om analysetjenester for VA og slam, deponiovervåking og miljø. Anskaffelsens verdi var estimert til 4 millioner kroner. Tilbudsfrist var 27. februar 2023.
- (2) I konkurransegrunnlaget punkt 6.1.3 var det angitt følgende om rammeavtalens omfang:

«Det er vanskelig å anslå verdi på rammeavtalen og omfang pr. produkt. I vedlagte excelskjema "Analyseoversikt og pristabell" er det angitt estimert antall analyser pr. parameter/pr. kommune. Antallet er stipulert ut fra analysetjenester utført i perioden 2019-2022.

Oppdragsgiver estimerer at det vil bli kjøpt for totalt 3-4 mill. ekskl. mva. på denne Avtalen.

Kommunene foretar jevnlig en vurdering av sine prøvetakingsprogrammer, noe som kan føre til at prøveantallet for den enkelte kommune vil kunne avta/øke. Kommunene skal derfor ha anledning til å justere prøveantallet i forhold til det som er angitt i excelskjema "Analyseoversikt og pristabell" i samsvar med det til enhver tid gjeldende prøvetakingsprogram.

Volumet som er oppgitt i skjemaet er kun satt for å få en prismessig sammenligning i evalueringen.

Oppdragsgiver har satt en øvre grense på denne avtalen for å sikre kontinuitet i leveransene og økt forutsigbarhet for kunde og valgte leverandør. Øvre tak på denne rammeavtalen er satt til NOK 6 000 000 ekskl. mva. Oppdragsgiver forbeholder seg

Postadresse:

Postboks 511 Sentrum
5805 Bergen

Besøksadresse:

Zander Kaaes gate 7
5015 Bergen

Telefon: +47 55 19 30 00 post@knse.no

retten til å avslutte og gjennomføre ny konkurranse dersom denne avtalen skulle overstige det oppgitte øvre tak før avtaleperioden utløper, og dette anses som en vesentlig endring.»

- (3) Tildelingskriteriet «Pris» var vektet 45 prosent, og var beskrevet slik:

«• Totalsum pristabell 1-14 og 16 - vektet 80 % av tildelingskriteriet på 45%.

• Opsjon pristabell 15 - vektet 20 % av tildelingskriteriet på 45%.

Orientering:

Leverandør skal i kostnadsberegningen fylle ut vedlagte Excel-skjema "Analyseoversikt og pristabell", og levere som vedlegg til tilbudet i excel-format.

Oppdragsgiver har i skjemaet tatt utgangspunkt i antall analyser pr. år x 4, slik at tilbudspris skal kunne gi et bilde av reell avtaleverdi over 4 år.

Alle felter i vedlagte Excel-skjema merket med grønt skal fylles ut med tekst, og gule felt skal fylles ut med tall (prisledd).

Merk: Excel-skjemaet består av 16 pristabeller, totalt 20 arkfaner. Manglende utfylling av grønne- og gule felt vil kunne medføre vanskeligheter med å kunne vurdere tilbudet, og tilbudet vil da kunne bli avvist.

NB: Ved prissetting av analyser (både enkeltanalyser/pakker) skal alt være inkludert. Pris skal oppgis for prøve ferdig analysert og rapportert.

Leverandørens tilbudssum for pristabell 1-14 og 16 vil fremgå av arkfane "Pristabell oppsummering", Celle C20 (tilbudssum).

(...)»

- (4) For evalueringen av tildelingskriteriet «Pris», skulle leverandørene fylle ut et prisskjema vedlagt konkurransegrunnlaget. I prisskjemaet var det fylt ut et antall analyser årlig for hver prispost, og totalt over fire år. Det var angitt som en generell merknad til skjemaet at opplysningene *«er ikke eksakte, og er ment som et grunnlag for enhetspriser. Tilbudet skal utgjøre enhetspris multiplisert med antall analyser»*. Leverandørene skulle fylle ut en enhetspris ekskl. mva. for hver post i de gule feltene i prisskjemaet. Utfyllingen ville automatisk regne ut en totalpris ekskl. mva.
- (5) Innen tilbudsfristen mottok innklagede tilbud fra Eurofins Environment Testing Norway AS og Nemko Norlab AS.
- (6) I tildelingsbrev av 13. mars 2023 meddelte innklagede at rammeavtalen var tildelt Nemko Norlab AS (heretter *klager*).
- (7) Innklagede kontaktet Eurofins Environment Testing Norway AS per e-post 15. mars 2023 klokken 12:24, og opplyste om at innklagede hadde gått gjennom prisskjemaet deres på nytt:

«Det er funnet mange feil i det opprinnelige prisskjema dere leverte, fordi dere har gjort endringer i formlene. Vi overså noen av disse da vi sist gikk gjennom prisskjemaet deres.

Det er særlig formler på linje 10 og 15 som gjennomgående var feil. Det er nå rettet opp i disse formlene slik at den stemmer med prisskjema vi utlyste. Feilene vi har rettet ligger innenfor det vi lovlig kan endre. I tillegg har vi rettet opp i den allerede avklarte feilen, at det ikke skjedde en automatisk totalsummering i fane «Pristabell oppsummering».

Det som nå er rettet opp er markert i rødt.

Som følge av de korrigeringsene vi har gjort så har det skjedd en større endring i totalprisene dere leverte. Som du kan se av vedlagte prisskjema så har prisen gått fra 17 872 288 kr til 14 482 868 kr. Vi trenger at dere bekrefter dette så snart som mulig, gjerne i løpet av dagen. Se vedlagte prisskjema.

Minner for ordens skyld om at det ikke er adgang til å gjøre endringer i enhetsprisene nå i etterkant.»

- (8) Eurofins Environment Testing Norway AS svarte på e-posten samme dag klokken 12.38, og bekreftet at det rettede prisskjemaet inneholdt riktige priser. Innklagede sendte deretter et brev til begge leverandørene klokken 14.00, der tildelingsbeslutningen ble omgjort. I den nye tildelingsbeslutningen ble rammeavtalen tildelt Eurofins Environment Testing Norway AS (heretter *valgte leverandør*). Det ble opplyst at det etter tildeling «*ble oppdaget formelfeil i den ene leverandørens prisskjema. Eurofins fikk dermed en vesentlig lavere tilbudssum, som endrer tildelingen*».

- (9) I anskaffelsesprotokollen er det gitt følgende begrunnelse for omgjøringen:

«Bakgrunnen for denne endringen var at oppdragsgiver oppdaget at det hos Eurofins var skjedd en endring av formler i enkelte celler. Endringen var at noen av cellene gjennomgående hentet omfang fra feil rad. Oppdragsgiver rettet derfor opp i det som ble oppdaget av formelfeil. I denne prosessen var det ikke behov for dialog med leverandør for korrigerings.

I etterkant av henvendelsen til Eurofins ble det foretatt en ny gjennomgang av prisskjemaene til begge leverandører for å sikre at det ikke var flere formelfeil. Det ble i denne omgangen dessverre oppdaget flere formelfeil i Eurofins sitt prisskjema av samme art, som igjen endret totalprisen til leverandør. Heller ikke disse endringene gjorde behov for dialog med aktuelle leverandør.

Det ble også oppdaget at oppdragsgiver i en av cellene i arkfane "Pristabell oppsummering" hadde hentet tall fra feil arkfane. Dette gjorde seg også utslag i totalprisen.

Det påpekes at alle opprinnelig inngitte enhetspriser står som ved tilbudsinnlevering. Endringene har kun berørt volumet som er brukt for å kunne sammenligne leverandørenes tilbud.»

- (10) Kontrakt mellom innklagede og valgte leverandør ble inngått 3. april 2023. Klagen ble brakt inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser samme dag.
- (11) Nemndsmøte i saken ble avholdt 28. august 2023.

Anførsler:

Klager har i det vesentlige anført:

- (12) Innklagede har brutt regelverket ved å omgjøre tildelingsbeslutningen av 13. mars 2023. Kommunen hadde ikke adgang til å endre valgte leverandørs prisskjema. Skjemaet inneholdt ikke åpenbare feil som det var åpenbart hvordan skulle rettes.

Innklagede har i det vesentlige anført:

- (13) Innklagede hadde plikt til å omgjøre tildelingsbeslutningen, fordi evalueringen som lå til grunn for denne var i strid med konkurransegrunnlagets føringer.
- (14) Rettingene som ble gjort er «åpenbare», og medførte ikke en forbedring av tilbudet. Valgte leverandør ble kontaktet for å få bekreftet at de fastholdt sine inngitte enhetspriser. En slik avklaring er i tråd med forskriften § 23-5. Det var ikke grunnlag for å avvise valgte leverandørs tilbud.

Klagenemndas vurdering:

- (15) Klager har deltatt i konkurransen, og har saklig klageinteresse, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Konkurransen gjelder inngåelse av en rammeavtale om analysetjenester for VA og slam, som er en tjenesteanskaffelse. Anskaffelsens verdi er estimert til 4 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 III, jf. forskriften §§ 5-1 og 5-3.
- (16) Klager ble først meddelt at kontrakten var tildelt klager. Etter tildelingen oppdaget innklagede at valgte leverandør ikke hadde fylt ut prisskjemaet slik konkurransegrunnlaget la opp til. Innklagede foretok en ny evaluering av pris, under henvisning til at det forelå en lovlig adgang til å rette mengdene i valgte leverandørs prisskjema. Dette resulterte i at rammeavtalen ble tildelt valgte leverandør. Klager anfører at innklagede ikke hadde en lovlig adgang til å rette mengdene i valgte leverandørs innleverte prisskjema.
- (17) Det følger av forskriften § 25-1 (4) at en meddelt tildelingsbeslutning kan omgjøres før kontraktsinngåelsen, dersom oppdragsgiver finner at beslutningen om valg av leverandør er «i strid med forskriften». Oppdragsgiver kan omgjøre tildelingsbeslutningen dersom det foreligger brudd på forskriften, men også dersom det foreligger brudd på de grunnleggende prinsippene i loven § 4, jf. blant annet LH-2021-58587 og LB-2007-100623. Omgjøring kan finne sted når det foreligger regelbrudd, myndighetsmisbruk eller feil i det faktiske grunnlaget for beslutningen.
- (18) Leverandørene skulle fylle ut sine enhetspriser i prisskjemaet. Skjemaet var lagt opp slik at det automatisk ville regnes ut en totalpris, ved at leverandørens enhetspriser ble multiplisert med antall analyser som innklagede hadde angitt.
- (19) I valgte leverandørs prisskjema var det for noen prisposter lagt inn et større antall analyser enn det innklagede hadde oppgitt i prisskjemaet, i et tilfelle et lavere antall og andre formler for utregning av totalprisen. Dette innebar at valgte leverandørs tilbud fikk en vesentlig høyere tilbudssum enn dersom tilbudet var inngitt i tråd med de mengdeangivelsene og formlene som lå i prisskjemaet vedlagt konkurransegrunnlaget.

Som en følge av dette, var ikke valgte leverandørs tilbud sammenlignbart med klagers tilbud, som var inngitt i tråd med føringene.

- (20) Sett hen til at tilbudene i konkurransen ikke var sammenlignbare, forelå det en feil i det faktiske grunnlaget for tildelingen. Innklagede hadde dermed plikt til å omgjøre tildelingsbeslutningen i henhold til forskriften § 25-1 (4), så lenge vilkårene for å rette er oppfylt.
- (21) Klager mener at valgte leverandørs prisskjema ikke inneholdt åpenbare feil, og at det uansett ikke var åpenbart hvordan feilene skulle rettes. Det anføres derfor at innklagede ikke hadde adgang å rette feilene og omgjøre tildelingen.
- (22) Forskrift om offentlige anskaffelser av 7. april 2006 fastsatte i § 21-1 tredje ledd at *«[d]ersom oppdragsgiver blir oppmerksom på åpenbare feil i tilbudet, skal disse rettes dersom det er utvilsomt hvordan feilen skal rettes»*. Bestemmelsen var en kodifisering av Rt-2003-1531. Ved høringen av det som ble 2016-forskriften ble bestemmelsen forenklet bort, men det ble lagt til grunn at man ikke med det mente å endre rettstilstanden.
- (23) Høyesterett uttalte om formålet med bestemmelsen at *«[d]et er hensynet til at konkurransen mellom anbyderne skal være på like vilkår, som tilsier at disse unntaksbestemmelsene må ha meget snever rekkevidde. Men også hensynet til byggherren, som – avhengig av hvilket standpunkt han inntar – vil kunne risikere krav enten fra vedkommende anbyder som har foretatt feilprisingen, eller fra en annen anbyder, trekker i samme retning»*. Det ble uttalt at rettingsplikten gjelder uavhengig av om prisen er blitt for høy eller for lav. Om rettingen påvirker utfallet har ikke betydning. Det er en plikt til å rette uavhengig av om tilbyderer ønsker retting.
- (24) Saken for Høyesterett gjaldt en etterfølgende kontraktstvist. Spørsmålet om det foreligger en åpenbar feil hvor det er utvilsomt hvordan feilen skal rettes, er et spørsmål om det er tilstrekkelig klart at oppdragsgiver skal betale en annen pris enn det som fremgår av tilbudet, og det er tilstrekkelig klart hvilken pris som skal gjelde.
- (25) Det fremgikk av konkurransegrunnlaget at mengdene i prisskjemaet var til evalueringsformål, og ikke var bindende for oppdragsgivers faktiske bruk av avtalen. I denne anskaffelsen var det altså kun enhetsprisene som var fastlåst i tilbudet, og som hadde betydning for leverandørens inntjening under rammeavtalen. Det var tydelig regulert i konkurransegrunnlaget at oppdragsgiver stod fritt til å endre sitt testregime underveis i rammeavtaleperioden, som kunne bety at antall av ulike tester ville gå opp eller ned. Endringen i mengdeangivelsene påvirket dermed ikke vederlaget valgte leverandør kunne kreve under rammeavtalen.
- (26) Da anskaffelsen gjaldt en rammeavtale med tydelige forbehold om mengde, kan klagenemnda ikke se at valgte leverandør ved inngåelse av rammeavtalen kunne bygge noen rett på de endrede økte mengdene som var lagt inn i prisskjemaet, ved å hevde at enhetsprisene var inngitt basert på en forutsetning om en høyere mengde. Enhetsprisene ville være de enhetsprisene som valgte leverandør hadde oppgitt i prisskjemaet.

- (27) Innklagedes nye evaluering gjorde tilbudene sammenlignbare, men endret ikke innholdet i valgte leverandørs tilbud. Innklagede endret selv mengdeangivelsen tilbake til de tallene som var oppgitt i prisskjemaet vedlagt konkurransegrunnlaget.
- (28) Etter endringen var det klart at valgte leverandørs tilbud var det rimeligste. Sett hen til at mengdeangivelsene som ble rettet kun var angitt for evalueringsformål, måtte det være adgang omgjøre tildelingsbeslutningen, og legge til grunn valgte leverandørs bekræftende svar på at volumtallene var endret ved en feil.
- (29) Innklagede har ikke handlet i strid med forskriften ved å omgjøre tildelingsbeslutningen og tildele kontrakten til valgte leverandør.

Konklusjon:

Ålesund kommune har ikke brutt regelverket ved å omgjøre tildelingsbeslutningen.

For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,

Alf Amund Gulsvik

Dokumentet er elektronisk godkjent og har ingen signatur