



Klagenemnda for offentlige anskaffelser

Saken gjelder: Avvisning av tilbud. Feil i/uklart konkurransegrunnlag

Innklagede gjennomførte en konkurranse for anskaffelse av drifts- og vedlikeholdstjenester på vegnettet. Klager ble avvist fra konkurransen på grunn vesentlige avvik fra anskaffelsesdokumentene. Klager bestred avvisningen. Klagenemnda konkluderte med at klagers tilbud avvok fra konkurransegrunnlagets regler om prising, og at avviket var vesentlig. Innklagede brøt derfor ikke regelverket ved avvisningen av klagers tilbud. Nemnda konkluderte videre med at konkurransegrunnlaget ikke var uklart.

Klagenemndas avgjørelse 13. februar 2024 i sak 2023/1156

Klager: Gjerdalen Entreprenør AS

Innklaget: Innlandet fylkeskommune

Klagenemndas

medlemmer: Tarjei Bekkedal, Sverre Nyhus og Hanne S. Torkelsen

Bakgrunn:

- (1) Innlandet fylkeskommune (heretter *innklagede*) kunngjorde 21. september 2023 en åpen anbudskonkurranse for anskaffelse av drifts- og vedlikeholdsarbeid på fylkesvegnettet. Kontraktens varighet var seks år, med opsjon på ytterligere ett år. Anskaffelsens verdi var ikke angitt. Tilbudsfrist var 3. november 2023.
- (2) Konkurransen som klagen gjelder, omhandler en av 13 geografisk inndelte driftskontrakter for drift av innklagedes fylkeskommunale vegnett. Aktuelt vegnett var på totalt 540 km, og omfattet fylkesveg, gang- og sykkelveg med tilhørende sideanlegg, sideområder, utstyr og installasjoner.
- (3) Anskaffelsesdokumentene var delt inn i kapitler, der første del var kapittel «A – Prosjektinformasjon». Av punkt «A3-1 – Arbeidenes art og omfang» fulgte det at oppdraget i hovedsak gjaldt driftsoppgaver og vedlikeholdsoppgaver. Det omfattet tilsyn, inspeksjon og registrering, planlegging av virksomheten, beredskap med hensyn til vinterdrift og generell trafikkavvikling, dokumentasjon, rapportering til byggherren, informasjon til publikum og håndtering av andre oppgaver som er nødvendige for drift og vedlikehold av vegnettet.
- (4) Kontrakt ville bli tildelt leverandøren som leverte tilbudet med lavest pris. Evalueringspris var total tilbudssum ekskl. mva., men omfattet ikke opsjoner.
- (5) Konkurransegrunnlagets kapittel D1 og punkt A3-9.1 beskrev leveransen og hvordan tilbudet skulle prises.
- (6) I punkt «A3-9.1 Prising av prosesser i kap. D1» sto det følgende:

Postadresse:

Postboks 511 Sentrum
5805 Bergen

Besøksadresse:

Zander Kaaes gate 7
5015 Bergen

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

«Prosesser for grunnbemanning skal inkludere alle kostnader ved å ha mannskap, utstyr og biler tilgjengelig og i bruk.

Enhetsprisene for bruk av maskiner skal minimum dekke de kostnader entreprenøren har når en gitt maskin er i bruk, inkl. lønn. Når maskinen ikke er i bruk, og det er bestilt at den skal være tilgjengelig, skal prisen for dette dekkes av enhetspris for tilgjengelighet.

De øvrige kostandene entreprenør har til lønn, generalomkostninger, fortjeneste, rigg, ledelse og administrasjon av kontraktsarbeidet skal være inkludert i kontraktens enhetspriser.

All risiko knyttet til dekning av kostnader når maskiner/ansatte ikke er i aktivitet, samt dekning av kostnader til oppgaver som ikke gjøres «ute på veg», skal prises inn i kontraktens enhetspriser.

Dette er å anse som absolutte krav.»

- (7) Konkurransesgrunnlaget kapittel D1 var en beskrivelse av leveransen og etterspurte ressurser, maskiner og utstyr, med informasjon om hvilke mengder som skulle prises. Kapittelet var delt inn i nummererte prosesser med underpunkter, der punkt 18.7 med underpunkter var de prisbærende prosessene. Fra og med punkt 18.8 var det oppført krav til leveransen uten egen prispost, men som leverandørene skulle prise inn i enhetsprisene under punkt 18.7.
- (8) Punkt 18.7 var bygget opp slik at man først priset grunnbemanning og eventuelle ekstraressurser til en rekke av oppgavene under kontrakten. Deretter skulle man prise maskiner og traktorer i tråd med kontraktskravene. For prising av prosessene i kapittel 18.7, ble det vist til kapittel A3-9.1 om absolutte krav for prising.
- (9) Punkt 18.77 gjaldt traktorer for bruk i vinterdriften. Det var listet opp ulike traktorer, der punkt 18.771 gjaldt traktor minimum 240 Hk med vinterdriftsutstyr. Det sto at alle kostnader ved å ha enheten tilgjengelig skulle prises i post 18.7711-18.7723, mens alle kostnader ved å ha enheten i bruk skulle prises i post 18.7731. Til sist sto det at *«Alle kostnader for bruk, slitasje og skader av utstyr skal være inkludert i enhetsprisen for bruk.»*
- (10) I posten for tilgjengelighet skulle man oppgi kostnaden som enhetspris per måned. I posten for bruk skulle man oppgi kostnaden som enhetspris per time.
- (11) En lignende beskrivelse, der man ved prising skilte mellom tilgjengelighet og bruk, var oppgitt for øvrige traktorer og kjøretøy.
- (12) Prosess 18.83 stilte krav til tilgjengelighet og beredskap under kontrakten. Det var blant annet krav om at leverandøren til enhver tid skulle ha tilstrekkelig beredskap for å kunne rykke ut ved uforutsette hendelser på vegnettet innen en halv time, og at det til enhver tid skulle være minst to personer tilgjengelig.
- (13) I kapittel *«B3-5 Taktisk prising – avvisning av unormalt lavt tilbud»*, sto det at tilbud skulle prises i henhold til retningslinjene som fremgikk av konkurransesgrunnlaget, og at tilbud kunne bli avvist når det var åpenbart misforhold mellom enhetspris og det enhetsprisen skulle dekke, slik at prisene ikke gjenspeilte de faktiske kostnadene.

- (14) Det ble avholdt tilbudskonferanse 16. oktober 2023.
- (15) Innen tilbudsfrist mottok innklagede fem tilbud, herunder fra klager. Klagers tilbudte totalsum var omkring 249 millioner kroner. Ifølge åpningsprotokoll 3. november 2023 hadde klager laveste pris, der øvrige leverandører leverte pristilbud i spennet 279 millioner kroner til 371 millioner kroner.
- (16) Etter tilbudsåpning mottok klager melding fra innklagede med krav om redegjørelse for tilbudets sammensetning, med henvisning til at tilbudet ble oppfattet som unormalt lavt priset. Det ble særlig vist til prisingen av «*Prosess 18.7731 Bruk av enheter, Traktor min 240 Hk*» og «*Prosess 18.7761 Bruk av enheter, Traktor 120-140 Hk*».
- (17) Innklagede skrev:
- «Viser til konkurransegrunnlaget kap. A3-9.1, samt til kap. D1 der blant annet følgende fremgår: Enhetsprisen skal minimum dekke de kostnader entreprenøren har når en gitt maskin er i bruk, inkl. lønn. Dette er å anse som absolutte krav. Alle kostnader for bruk, slitasje og skader av utstyr skal være inkludert i enhetsprisen for bruk, ref. prosess 18.771 c). Vi ber om en redegjørelse for hvilke kostnader som er inkludert i timeprisene i ovennevnte prosesser, og hvilken tariff lønn som er brukt.»*
- (18) Innklagede besvarte innklagedes henvendelse og redegjorde for tilbudets sammensetning. Klager skrev at enhetsprisene i post 18.7731 og 18.7761 hadde inkludert lønn og øvrige kostnader, «*men kun den merkostnad som oppstår utover det som allerede betales i beredskapskostnaden.*»
- (19) I melding 17. november 2023 opplyste innklagede at klagers tilbud var avvist fordi tilbudet inneholdt vesentlige avvik fra anskaffelsesdokumentene. Innklagede skrev at klagers tilbud ikke var priset i henhold til konkurransegrunnlagets regler for prising.
- (20) Klager fremmet klage på avvisningsbeslutningen 29. november 2023. I brev av 3. desember 2023 fastholdt innklagede sin beslutning.
- (21) Klagen ble fremmet for Klagenemnda for offentlige anskaffelser 13. desember 2023.
- (22) Innklagede har opplyst at man vil avvente kontraktsignering til klagenemnda har gitt sin uttalelse, og nemnda har derfor prioritert saken.
- (23) Nemndsmøte i saken ble avholdt 12. februar 2023.

Anførsler:

Klager har i det vesentlige anført:

- (24) Avvisningen av klager er urettmessig.
- (25) Klagers utfylling av prisskjemaet var i tråd med konkurransegrunnlaget. Klager har valgt en struktur der en relativt stor andel av lønnskostnadene dekkes gjennom prisen for tilgjengelighet. Det gir en høy andel faste kostnader, men enhetsprisene dekker fullt ut alle kostnader. Konkurransegrunnlaget stengte ikke for dette.
- (26) Subsidiært, dersom klagenemnda kommer til at avvisningen var rettmessig, anføres det at konkurransegrunnlaget var uklart og at konkurransen må avlyses.

Innklagede har i det vesentlige anført:

- (27) Avvisningen av klagers tilbud var rettmessig.
- (28) Alle kostnader ved bruk av maskinene, inkludert lønn, skulle prises i posten for bruk av maskiner. Avvik fra dette utgjør et vesentlig avvik.
- (29) Det var uttrykkelig stilt absolutte krav om at enhetsprisene for bruk minimum skulle dekke de kostnader entreprenøren har når en gitt maskin er i bruk, inkludert lønn. Bestemmelsene i konkurransegrunnlaget er klart og utvetydig utformet, slik at en normalt aktsom og tilstrekkelig opplyst tilbyder vil forstå rekkevidden av dem. Alle leverandører har fått likelydende informasjon.
- (30) Oppdragsgiver kan stille krav til utformingen av tilbudet, så lenge kravene ikke strider mot øvrige regler eller de grunnleggende prinsippene. Kravene til prising var et bevisst valg fra innklagede for å skape omsetning i kontrakten gjennom utførelse av kontraktsarbeider. Konkurransegrunnlagets regler om hva de ulike prispostene skulle inneholde ivaretok et saklig behov, og ga ingen av leverandørene en uberettiget konkurransefordel.
- (31) Dersom klagenemnda kommer til at klagers tolkning er korrekt, anføres det at det foreligger en uklarhet i konkurransegrunnlaget som gir avlysningsplikt.

Klagenemndas vurdering:

- (32) Klager har deltatt i konkurransen, og har saklig klageinteresse, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Konkurransen gjelder drifts- og vedlikeholdstjenester av vegnettet, som er en tjenesteanskaffelse. 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.
- (33) Klagenemnda skal ta stilling til om innklagede brøt regelverket ved å avvise klagers tilbud fra konkurransen.
- (34) Klagers tilbud ble prinsipalt avvist på grunn av vesentlige avvik fra anskaffelsesdokumentene, jf. forskriften § 24-8 (1) bokstav b, fordi innklagede mente tilbudet ikke var priset i henhold til konkurransegrunnlagets regler for prising. De omtvistede forholdene knytter seg til prising av bruk og tilgjengelighet for traktorer i vinterdriften, og hvordan leverandørene kunne fordele kostnader mellom disse postene.
- (35) Det følger av forskriften § 14-1 (3) bokstav e at oppdragsgiver i konkurransegrunnlaget skal angi hvilke krav som gjelder for innholdet i og utformingen av tilbud.
- (36) I foreliggende sak var det i konkurransegrunnlagets kapittel D.1 og punkt A3-9.1 angitt hvordan tilbudet skulle prises. Kapittel D.1 beskrev leveransen og kravene som ble stilt, samt prisposter. Leveransekravene var omtalt som prosesser.
- (37) Det fremgikk av prosess 18.771, som gjaldt en bestemt traktor, at alle leverandørens kostnader ved å bruke maskinen skulle være inkludert i enhetsprisen for bruk av enheten (prosess 18.7731), og at alle kostnader ved å ha traktoren tilgjengelig skulle være inkludert i enhetsprisen for tilgjengelighet (prosess 18.7711).

- (38) Det er enighet mellom partene om at klager har priset tilbudet slik at tilbudt enhetspris for bruk av traktor (for eksempel prosess 18.7731) ikke fullt ut dekker kostnadene for maskinen i bruk, inkludert lønn, fordi klager har lagt opp til at deler av lønnskostnadene for traktorene i bruk skal dekkes i posten for tilgjengelighet (for eksempel prosess 18.7711). Posten for bruk dekker dermed kun den overskytende merkostnaden ved å ha maskinen i bruk utover det som allerede er priset i posten for tilgjengelighet.
- (39) Spørsmålet er om klagers utforming utgjør et avvik fra konkurransegrunnlagets regler.
- (40) Avvik foreligger dersom oppdragsgiver, ved å akseptere tilbudet, ikke kan kreve oppfyllelse i henhold til konkurransegrunnlagets kravspesifikasjon, jf. blant annet LB-2019-85112. Hvorvidt et tilbud inneholder avvik, beror på en tolkning av tilbudet i lys av konkurransegrunnlaget. I tillegg vil det foreligge et vesentlig avvik dersom tilbudet er uklart eller ufullstendig, og dette skaper tvil om hvordan tilbudet skal sammenlignes med andre tilbud – såkalt relativ bedømmelsestvil.
- (41) Ved tolkningen av anskaffelsesdokumentene skal man legge til grunn en objektiv fortolkning, med utgangspunkt i hvordan en rimelig opplyst og normalt påpasselig leverandør vil forstå dokumentene. Eventuelle uklarheter i konkurransegrunnlaget må i utgangspunktet gå utover oppdragsgiver. Er det imidlertid klart hva som er ment, til tross for noen uklare punkter, må leverandørene forholde seg til dette, jf. Rt-2012-1729 (Mika).
- (42) Ordlyden i punkt «A3-9.1 *Prising av prosesser i kap. D1*» sier at alle kostnader ved å bruke traktoren, inkludert lønn, skal dekkes i enhetsprisen for bruk. Det følger videre at «*[N]år maskinen ikke er i bruk, og det er bestilt at den skal være tilgjengelig, skal prisen for dette dekkes av enhetspris for tilgjengelighet*».
- (43) Det er kun i første setning om bruk av traktoren, at lønnskostnaden nevnes eksplisitt. En isolert ordlydsforståelse tilsier at alle lønnskostnadene ved bruk skal føres i posten for bruk av traktoren, og at leverandørene ikke kan flytte deler av lønnskostnaden for bruk over til posten for tilgjengelighet.
- (44) De påfølgende avsnittene i punkt A.3-9.1 støtter opp om en slik forståelse. Annet avsnitt presiserer at «*[D]e øvrige kostandene entreprenør har til lønn, generalomkostninger, fortjeneste, rigg, ledelse og administrasjon av kontraktsarbeidet*» skal inngå i enhetsprisene. Tredje avsnitt sier at all risiko knyttet til dekning av kostnader «*når maskiner/ansatte ikke er i aktivitet*» skal prises inn i enhetsprisene. Etter klagenemndas syn forutsetter dette at alle utgifter ved bruk av traktorene skal prises i posten for bruk.
- (45) Klager har vist til at deres tilbud omfatter alle kostnader, og at konkurransegrunnlaget ikke åpner for å pålegge leverandørene en slik kostnadsstruktur som innklagede hevder. Klager hevder at prosessbeskrivelsene i konkurransegrunnlaget ikke inneholder en definisjon for hvor en eventuell terskel legges, ut over at det skal inkludere «*alle kostnader ved den beskrevne enheten i bruk*» Videre vises det til at konkurransegrunnlaget stiller strenge krav til beredskap og tilgjengelighet, og at disse kravene innebærer at leverandørene må sikre en struktur som ivaretar dette på tilstrekkelig godt vis. Innklagede opplyser å ha valgt en struktur som har en høyere andel faste kostnader, priset under tilgjengelighet, for å sikre bedre forutsigbarhet for de involverte.

- (46) Beskrivelsen i kapittel D.1 la opp til at leverandørene kunne foreta en viss fordeling av kostnader mellom postene for bruk og postene for tilgjengelighet. Det fremgår imidlertid utvetydig av punkt A.3-9.1 at alle kostnadene ved bruk, inkludert lønn, skulle føres i postene for bruk. Det var derfor ikke rom for å fordele disse kostnadene på en annen måte. Klagers føring av deler av lønnskostnadene ved bruk av traktorene i posten for tilgjengelighet, utgjør dermed et avvik fra konkurransegrunnlaget.
- (47) Post A.3-9.1 var opplyst å være et absolutt krav. Dette tilsier at et avvik som utgangspunkt må anses som vesentlig, se for eksempel klagenemndas avgjørelse i sak 2023/565 premiss 44 med videre henvisninger. Innklagede har opplyst at kravet var stilt som ledd i en bevisst kontraktstrategi for å skape omsetning i kontrakten gjennom utførelse av kontraktsarbeider. Avviket er dermed av stor betydning for innklagede og for gjennomføring av kontrakten. På denne bakgrunn utgjør avviket et vesentlig avvik fra anskaffelsesdokumentene.
- (48) På denne bakgrunn var avvisningen av klagers tilbud rettmessig.
- (49) Subsidiært har klager anført at konkurransegrunnlaget var uklart, og at konkurransen derfor må avlyses.
- (50) Ved denne vurderingen, viser klagenemnda til at det følger av prinsippet om forutberegnelighet at konkurransegrunnlaget må være utformet tilstrekkelig klart og utvetydig til at rimelig opplyste leverandørene vil forstå kravenes innhold og tolke dem på samme måte, se EU-domstolens avgjørelse i sak C-19/00 SIAC avsnitt 42, og blant annet Høyesteretts avgjørelse i sak Rt-2012-1729 avsnitt 58.
- (51) Klagenemnda har over redegjort for sin forståelse av konkurransegrunnlaget. Det er konkret angitt hvordan de ulike postene skulle prises, herunder hvilke kostnader som måtte inngå i postene for bruk av maskinene. Det var tydelig opplyst at dette var absolutte krav. Etter nemndas syn var konkurransegrunnlaget ikke uklart, og det foreligger følgelig ikke avlysningsplikt.

Konklusjon:

Innlandet fylkeskommune har ikke brutt regelverket for offentlige anskaffelser.

For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,

Hanne S. Torkelsen

Dokumentet er elektronisk godkjent og har ingen signatur