



Klagenemnda for offentlige anskaffelser

Innklagede gjennomførte en åpen anbudskonkurranse for rørtekniske arbeider. Tilbudene skulle basere seg på fremtidig prisregulering etter Statistisk sentralbyrås byggekostnadsindeks for boligblokk. Samtidig ga konkurransegrunnlaget adgang for de av leverandørene som ønsket det, til å gi opsjon på fastpris uten fremtidig prisregulering. Klagenemnda fant at dette måtte resultere i usammenlignbare tilbud, og at innklagede derfor hadde brutt kravet til god anbudsskikk i forskriftens § 3-1. Videre hadde innklagede i evalueringen av tilbudene lagt negativ vekt på manglende informasjon, i strid med forskriftens § 10-2.

Klagenemndas avgjørelse 19.4.2004 i sak 2003/192

Klager: Borge Rør AS

Innklaget: Statsbygg

Saken gjelder: God anbudsskikk. Krav til forutberegnelighet, gjennomsiktighet og etterprøvnbarhet. Håndtering av manglende dokumentasjon. Uklart konkurransegrunnlag.

Klagenemndas medlemmer: Kai Krüger, Siri Teigum, Andreas Wahl

Bakgrunn

- (1) Statsbygg (heretter kalt "innklagede") kunngjorde 17.2.2003 en åpen anbudskonkurranse for rørtekniske arbeider til Høgskolen i Østfold. Det ble utarbeidet et eget konkurransegrunnlag. I tillegg til tegninger, avtaleutkast mv., besto konkurransegrunnlaget av "Innbydelse til anbudskonkurranse" og "Statsbyggs konkurranseregler og kontraktsbestemmelser for entrepriser". Sistnevnte inneholder standardiserte konkurranseregler utarbeidet av innklagede, og benevnes i det følgende som "Blåboka".
- (2) I "Innbydelse til anbudskonkurranse" fremgikk det under punkt 4 "UTVELGELSE- OG TILDELINGSKRITERIER" krav til leverandørenes kvalifikasjoner og dokumentasjon på at kvalifikasjonene var oppfylt. Dette ble benevnt som "utvelgelseskriterier". Videre var det angitt som "tildelingskriterier":

Kriterier	Dokumentasjon
Tilbudssum	Anbudsskjema/Anbudsbrev
Kvalitet	Tilbud utstyr (produkt informasjon)
Kapasitet og bemanning	Beskrivelse av hvordan byggeplassen tenkes bemannet i ulike perioder av prosjektet
Organisering	Beskrivelse av hvordan administrasjon av byggeplassen er

Postadresse
Postboks 8014 Dep.
0030 Oslo

Besøksadresse
Einar Gerhardsens plass 1 (R4)
0030 Oslo

Tlf.: 22 33 70 10
Faks: 22 33 70 12

E-post: post@kofa.no
Nettside: www.kofa.no

av byggeplass	tenkt oppbygget i ulike perioder i prosjektet. CVer med opplysning om utdannelse og relevant erfaring for personer tilknyttet byggeplassadministrasjon og hvilken rolle de skal ha i dette prosjektet
---------------	--

- (3) I den vedlagte "Blåboka" fremgikk det derimot at det ved valg av tilbud ville bli lagt vekt på, i uprioritert rekkefølge, pris, kvalitet, forbehold, miljømessige forhold og funksjonalitet/løsning. Kriteriene ble etterfulgt av opplysning om at "Presisering og supplering av kriteriene vil fremgå av innbydelsen".
- (4) Videre ble det opplyst i "Blåboken", punkt 3.2.9 at:

"På oppgitt plass i tilbudsskjemaet kan entreprenøren tilby et eget fastpristillegg som kompensasjon for å påta seg risikoen for svingninger i lønninger, priser og sosiale utgifter fra tilbudsdato til avtalt ferdigstillelse. Byggherren forbeholder seg likevel retten til å velge en regulering etter reglene i NS 3430 pkt. 23.1."

- (5) I tilbudsskjemaet leverandørene skulle benytte ved innsendelsen av tilbudene, fremgikk det at:

"I tillegg til tilbudssummen vil de øvrige opplysningene i tilbudsskjemaet inngå i vurderingen av hva som er det økonomisk mest fordelaktige tilbudet."

2. KOSTNADSFORDELINGSOPPGAVE

...

3. REGULERING AV KONTRAKTSSUMMEN

Kontraktssummen reguleres etter indeks, jfr. pkt. 3.1, med mindre byggherren velger å benytte en eventuell opsjon på fastpristillegg, jfr. pkt. 3.2.

3.1. Regulering etter indeks.

Kontraktssummen reguleres etter reglene i NS 3405...

Ved reguleringen benyttes Statistisk sentralbyrås byggekostnadsindeks for boligblokk,

Tabell C3,

Basisdato er tilbudsmånedes indeks

3.2. Opsjon på fastpristillegg

Dersom tilbyder ønsker det kan han gi Statsbygg opsjon på fastpristillegg. Dette innebærer at tilbyderen påtar seg risikoen for svingninger i lønninger, priser, sosiale utgifter m.v. fra tilbudsdato til avtalt ferdigstillelse for en fast pris.

Fastpristillegg eks. mva.

kr.

4. REGNINGSARBEIDER

...

5. PÅSLAGSPROSENTER FOR ADMINISTRASJON OG TILTRANSPORT

...

- (6) Innklagede mottok fire tilbud, herunder fra Borge Rør AS (heretter kalt "klager"). Korrigert for regnefeil, fremgikk det at klagers tilbud var lavest i pris med kr. 36.142.946,-. ORAS AS var nest lavest i pris med kr. 36.530.629,-.
- (7) Tilbudene ble evaluert av innklagedes rådgiver, som innstilte på at tilbudet fra ORAS AS ble valgt. Innklagede inngikk i tråd med dette kontrakt med ORAS AS. I evalueringen la innklagede til grunn de tildelingskriterier som fremgikk av "Innbydelse til anbudskonkurranse". Når det gjelder tilbudet fra klager, fremgår det av den interne evalueringen at:

" Øvrige tildelingskriterier:

Det er levert mangelfull liste over tilbudt utstyr. Forholdet antas ingen priskonsekvens.

Organisering av byggeplass er ikke besvart. Forholdet antas ingen priskonsekvens.

Det er ikke vedlagt dokumentasjon på KS system. Forholdet antas ingen priskonsekvens.

For ovennevnte forhold er det nødvendig med ytterligere dokumentasjon før en eventuell kontrahering.

...

Borge Rør AS har ikke gitt fastpristilbud. Dette forholdet vil gi endring i rangeringen. Med en byggetid på ca. 3 år, 50 % tyngdepunkt og anslått prisstigning på 5% pr. år får vi antatt LPS på kr. 2.700.000,- eks. mva.

Nullstilt tilbudssum inkl LPS blir kr. 39.172.946,- eks. mva".

- (8) Vedrørende den valgte leverandøren fremgikk det av evalueringen at:

"ORAS AS har levert ett komplett tilbud...

...

- Alle tildelingskriterier er godt besvart, og de gir en god dokumentasjon på gjennomføringsevne, kompetanse, kvalitet, etc.

...

ORAS AS har gitt ett fastpristilbud på kr. 690.000,- eks. mva. Dette er ett svært fordelaktig tilbud jfr beregninger for tilbyder nr. 2.

Nullstilt tilbudssum inkl. LPS kr. 37.220.629,- eks. mva. ”

- (9) Etter dette ble tilbudene sammenlignet som følger:

”Ut i fra ovennevnte får vi følgende rangering på de to laveste (nullstilt).

<i>Tilbyder nr 3 ORAS AS</i>	<i>Kr 37.220.629,00</i>
<i>Tilbyder nr 2 Borge Rør AS</i>	<i>Kr 39.172.946,00</i>

ORAS AS som er lavest, har levert et komplett tilbud og vi vil innstille på kontrahering av dette firmaet. Nullstilt tilbud inkl. mva. blir på kr. 46.153.580,- ”.

- (10) Klager hadde i sitt tilbud ikke fylt ut tilbudsskjemaets punkt 3.2. om opsjon på fastpristillegg. Den valgte leverandøren hadde derimot fylt ut dette punktet med kr. 690.000,- eks. mva. Det fremgår av den interne evalueringen at innklagede har valgt å benytte seg av dette tilbudet om fastpristillegg.

Klager har i det vesentlige anført:

1. Valg av tilbud

- (11) Beslutningen om å velge Oras AS som leverandør, er ikke forenlig med tildelingskriteriene i forskriftens § 17-2. Klager har inngitt det utvilsomt beste tilbud vurdert ut fra de nevnte kriterier. Med hensyn til kvalitet, kapasitet, bemanning og organisering på byggeplass, er det vanskelig å se at det skulle foreligge forskjeller av betydning mellom Oras AS og klager. I den utstrekning det kunne være forskjeller, vil det være at Borge Rør AS har en fordel med sin lokale forankring.

1.1. Tolkning av klagers tilbud

- (12) Klager leverte det rimeligste tilbudet. Klager var villig til å påta seg en fastpriskontrakt uten pristillegg.

1.2. Evaluering av tilbudene

- (13) Subsidiært gjøres det gjeldende at klagers tilbud ut fra en helhetsvurdering fremstår som det rimeligste også om det skulle skje prisregulering i samsvar med prinsippet angitt i tilbudsskjemaets punkt 3.1.

1.3. Skjønnsutøvelsen

- (14) Innklagede har, som det fremgår, "skjønsmessig" lagt til grunn en byggetid på tre år, 50 % tyngdepunkt og en anslått prisstigning på 5 % pr. år. Borge Rør AS stiller seg uforstående til grunnlaget for skjønnet. Det vises til at det valgte tilbudets fastprisopsjon på kr 690 000,- representerer en samlet prisstigning på ca 1,9 % eller basert på de gitte forutsetninger, i overkant av 1 % årlig prisstigning.
- (15) Innklagede har anført at man har foretatt en vurdering og beregning av hvilken økonomisk betydning prisregulering etter bestemmelsen i tilbudsskjemaets punkt 3.1 ville ha. Innklagede har imidlertid ikke på noen måte besvart de spørsmål som er reist tilfredsstillende. Det fremgår således ikke noe som helst om hvorledes innklagede har vurdert den fremtidige prisutvikling. Man har erfaring for at ulike faktorer i betydelig grad påvirker prisutviklingen. I denne forbindelse skal særlig nevnes markedsutviklingen både for tjenester og materiell.

- (16) Dersom innklagede skulle ha foretatt en beregning som angitt, måtte dette ha skjedd på en åpen og kontrollerbar måte. Den prisstigningsberegning som innklagede hevder å ha foretatt, fremstår således som helt ukontrollerbar. Innklagedes beregning og argumentasjon er således ikke bare i fundamental motstrid med de regler man finner i det aktuelle regelverk, men også de helt sentrale og grunnleggende hensyn som regelverket er forankret i. Regelverket skal nettopp sikre en fair konkurranse og de involverte aktører skal ha mulighet for å kontrollere at det skjer en slik fair konkurranse. Statsbyggs prisstigningsberegning fremstår i realiteten som en påstand som ikke har noen forankring verken i regelverket eller tilgjengelig dokumentasjon.

1.4. Tolkning av konkurransegrunnlaget

- (17) Konkurransegrunnlaget klargjør ikke i tilstrekkelig grad at det ville bli lagt vekt på opsjonsprisene for fastpristillegg.

1.5. Manglende avklaring med klager

- (18) Det er begått saksbehandlingsfeil ved at man ikke sørget for avklaring med klager, dersom man var i tvil om selskapet var villig til å inngå fastprisavtale uten fastpristillegg.
- (19) Fastprisspørsmålet må også sees i sammenheng med at Statsbygg fant grunn til å gjennomføre et avklaringsmøte med Oras. Med det syn Statsbygg har hatt på prisstigningsspørsmålet og fastprisønsket, hadde det vært desto større grunn til å gjennomføre tilsvarende avklaringsmøte med Borge Rør AS. Referatet fra avklaringsmøtet som er fremlagt som bilag til Statsbyggs skriv av 26.09.2003, viser også at utgangspunktet om fastprisavtale har en rekke unntak og modifikasjoner. For å illustrere dette vises som eksempler til møtereferatet pkt. 1.3.2, 1.3.3, 1.3.5, 2. avsnitt, 1.3.10, 1.4.7 samt 1.4.9.

2. Priskonsekvens av forbehold

- (20) I evalueringsnotatet er det i pkt. 4.2.1 gitt uttrykk for at forbeholdet vedrørende uforutsette slag m.m. som ikke fremkommer på tegningen, vil komme som tillegg, at dette vil ha stor priskonsekvens og at priskonsekvensen er beregnet til kr 330 000,- eks. m.v.a. Det er grunn til å understreke at denne priskonsekvensen er uavhengig av om det tas uttrykkelig forbehold eller ikke. Selv uten forbehold vil jo entreprenøren være berettiget til pristillegg dersom det på et senere tidspunkt skjer endringer eller tillegg i forhold til det materiell som forelå på tilbudstidspunktet.

3. Angivelsen av tildelingskriteriene

- (21) Tildelingskriteriene var ikke angitt tilstrekkelig klart, siden det er operert med ulike tildelingskriterier.

4. Mangler ved klagers tilbud

- (22) Klager leverte ikke inn CV i ordets mer snevre betydning. Det ble derimot sendt inn en referanseliste for sammenlignbare prosjekter, idet denne referanselisten dokumenterte klagers faglige, organisatoriske og øvrige forutsetninger for å gjennomføre prosjektet. Konkurransegrunnlaget var ikke klart med hensyn til at det skulle leveres inn en beskrivelse for hvordan oppdraget ville bli utført. Klager

valgte ved innlevering av tilbudet å holde seg til de tegninger og spesifikasjoner over arbeidet som var utarbeidet av innklagedes konsulent.

Innklagede har i det vesentlige anført

1. Valg av tilbud

- (23) Den valgte leverandøren hadde tilfredsstillende dokumentasjon i forhold til alle tildelingskriterier, og var så vidt innklagede kunne vurdere lavest i pris.
- (24) Klager anfører at de hadde levert det klart beste tilbudet, og viser blant annet til sin lokale forankring. Dette er det åpenbart ikke anledning til å legge vekt på uten å bryte det alminnelige diskrimineringsforbudet i anbudskonkurranser vedrørende offentlige anskaffelser.

1.1. Tolkning av klagers tilbud

- (25) I og med at klager ikke hadde fylt ut rubrikken for fastprisopsjon, måtte det legges til grunn at klager ikke ønsket å gi noe tilbud på fast pris. Dersom klager ønsket å gi et tilbud på fastpris på 0, måtte det vært ført "0" i denne rubrikken. Det at det ikke sto noe, kan ikke anses som en uklarhet innklagede hadde foranledning til å undersøke nærmere, da det kun var snakk om en opsjon, som klager øyensynlig ikke ønsket å benytte. Dersom innklagede hadde tatt kontakt for å avklare dette, ville det vært et klart brudd på forhandlingsforbudet i anbudskonkurranser.
- (26) Det var ikke snakk om en post i tilbudet som kan anses innkalkulert i øvrige poster, men om en opsjon. Det vil si en mulighet til å gi et selvstendig tilbud på å overta risikoen for svingninger i kontraktens priser (poster).

1.2. Evaluering av tilbudene

- (27) Ved sammenligningen med klagers tilbud, måtte det legges til grunn at klager ønsket at tilbudssummen skulle reguleres etter tilbudsskjemaet pkt. 3.1, dvs. byggekostindeks. Klager tok ikke forbehold mot bruk av denne indeksen. I og med at denne ikke var kjent for byggeperioden da tilbudene ble sammenlignet, måtte vurderingen nødvendigvis bli skjønnsmessig. Vi bemerker at den valgte leverandørens tilbud på fast pris var svært godt. Selv om den regulering innklagede la til grunn for tilbudet hadde blitt satt lavere, ville således det valgte tilbud fremdeles ha vært billigere.

1.3. Skjønnsutøvelsen

- (28) Klagers tilbudssum ble ved evalueringen gitt et tillegg på kr 2 700 000,- eks. mva. for å gjøre tilbudet sammenlignbart med det valgte tilbudet.
- (29) Ved vurdering av tilbudet til klager er det gitt et tillegg i tilbudssummen på kr 690.000, eks. mva. som tilsvarer størrelsen på fastpristillegget.

1.4. Tolkning av konkurransegrunnlaget

- (30) Evaluering av tilbudene skulle skje på bakgrunn av tilbudsprisene, slik at man tok hensyn til eventuell opsjonen på fastpris. Ved vurdering av tilbudene mht. kriteriet "tilbudssum" er også dette gjort.

- (31) En naturlig forståelse av konkurransegrunnlaget tilsier at opsjonsprisen på fastpristilbudet skulle inn i vurderingen av tilbudene. Det fremgår av konkurransegrunnlaget – tilbudsskjemaet s. 6, første avsnitt – at opplysningene i tilbudsskjemaet (herunder pkt. 3.2. opsjon på fastpristillegg) vil inngå i vurderingen av tilbudene.
- (32) Hvorvidt vurderingen av summen på fastpristillegget skjer i forhold til kriteriet “tilbudssum” eller i vurdering av hvilket tilbud som anses det økonomisk mest fordelaktige, kan ikke ha noen betydning så lenge det er det tilbudet som fremsto som det beste totalt sett, vurdert på bakgrunn av alle kriteriene, som ble valgt.

1.5. Manglende avklaring med klager

- (33) Det forelå ingen uklarheter ved klagers tilbud som forutsatte avklaringer. Selv om det skulle anses som en uklarhet at klager ikke hadde utfyllt fastpris-rubrikken, ville avklaring av dette være i strid med forhandlingsforbudet ved offentlige anbudskonkurranser.
- (34) Det ble gjennomført avklaringsmøte som ble gjennomført etter at det var besluttet at den valgte leverandøren skulle tildeles kontrakten. På møtet er det ikke avtalt noe med prismessig konsekvens. De punkter det er vist til fra klagers side, dreier seg om konstateringer av kontraktens omfang, noe som vil være nyttig i forbindelse med eventuelle krav som følge av endringer under gjennomføring av kontrakten. Videre ble det avklart forbehold. Det ble på møtet ikke diskutert eller gjort noen endringer i tilbudet i forhold til de kriterier som gjaldt for den foregående anbudskonkurransen.

2. Priskonsekvens av forbehold

- (35) Det ble lagt til kr. 330.000,- eks. mva. for å kostnadsberegne et forbehold i klagers tilbud vedrørende uforutsette slag m.m. Bakgrunnen var at klager hadde tatt et uttrykkelig forbehold i sitt tilbud. Lignende forbehold var ikke tatt av andre tilbydere. Dette var et avvik fra konkurransegrunnlaget, som måtte prises.
- (36) Eventuelle endringer ved gjennomføringen av kontrakten vil kunne medføre at enhver entreprenør har rett til pristillegg. Det er imidlertid ikke gitt at uforutsette slag vil gi grunnlag for krav om endring. Dette må avgjøres konkret på grunnlag av en sammenligning av arbeidet som skal utføres og den foreliggende avtalen. Sagt på en annen måte forelå det her en risiko som klager, i motsetning til øvrige tilbydere, uttrykkelig overførte på innklagede. Denne risikoen måtte prises, og ble etter beste skjønn satt til kr. 330.000,-. Dersom det ikke kunne gis et slikt tillegg, måtte tilbudet fra klager anses å inneholde et forbehold som medførte tvil om hvordan det skulle vurderes i forhold til øvrige tilbydere. Klagers tilbud skulle i så fall vært avvist.

3. Angivelsen av tildelingskriteriene

- (37) Ved evaluering av tilbudene i denne konkurransen er det tildelingskriteriene som er listet opp i innbydelsen, ikke i kriteriene i Blåboka som er lagt til grunn. Det er også i forhold til disse kriteriene at vi har bedt om dokumentasjon.
- (38) Det er uheldig at det kan synes som om det er operert med to ulike sett tildelingskriterier i denne konkurransen. En naturlig forståelse av

konkurransegrunnlaget tilsier at det er de tildelingskriteriene som er spesielt angitt for den aktuelle konkurransen som skal legges til grunn, og ikke den mer generelle oppstillingen av tildelingskriteriene i Blåboka. Dette har ikke ført til misforståelse blant de leverandørene som har deltatt i konkurransen,

4. Mangler ved klagers tilbud

- (39) Det manglet etterspurt dokumentasjon i klagers tilbud. Sett i ettertid ville det trolig vært korrekt å avvise tilbudet, siden noen av de opplysningene som var relevante for evalueringen av tilbudet manglet.
- (40) Når det gjelder hva som skulle vært levert av dokumentasjon som en del av tilbudet, fremkommer dette klart av innbydelsen pkt. 6. Under oppstillingen i dette punktet fremgår blant annet at etterspurt dokumentasjon i tabellen. for tildeling (jf pkt 4 i innbydelsen) skal leveres.

Klagenemndas vurdering

- (41) Klager har deltatt i den aktuelle konkurransen, og har saklig klageinteresse, jf forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Anskaffelsen gjelder bygge- og anleggsarbeider, og følger etter sin verdi reglene i forskrift om offentlige anskaffelser del III.

Negativ evaluering av etterspurte opplysninger som mangler i tilbudet

- (42) Klagenemnda vil bemerke at tilbud som mangler informasjon det er bedt om, skal avvises dersom mangelen på informasjon gir tvil om rangeringen av tilbudene, jf forskriftens § 15-10 (1) bokstav d). Hjemmelen for avklaring etter forskriftens § 9-1 (2) kan og bør brukes dersom man enkelt kan etterspørre det som mangler – når det som mangler ikke i seg selv tilsier avvisning. Opplysningsmangler skal under ingen omstendighet trekkes inn ved evaluering av tilbudenes kvalitet etter kriteriet økonomisk mest fordelaktig.
- (43) Innklagede synes ikke å ha vært kjent med dette grunnleggende utgangspunktet for evaluering av tilbud, i det innklagede i stedet har trukket manglende informasjon inn i sin evaluering av tilbudene. Dette er i strid med forskriftens § 10-2.

Konkurransegrunnlagets bruk av tildelingskriterier

- (44) Dersom tildeling av kontrakt baseres på det økonomisk mest fordelaktige tilbud, skal alle de kriterier som vil bli lagt til grunn for valget angis i konkurransegrunnlaget eller i kunngjøringen, jf forskrift om offentlige anskaffelser § 17-2 (2). Angivelsen av kriterier skal være så klar og entydig at de kan forstås på samme måte av leverandørene.
- (45) Innklagede har i "Blåboka" listet fem generelle, uprioriterte kriterier for vurdering av økonomisk mest fordelaktig tilbud, sitert ovenfor. Konkurransegrunnlaget (anbudsinnsbydelsen) konkretiserer kriterier "som gjelder spesielt for dette prosjektet". Oppstillingen er ikke helt samsvarende med oppsettet i "Blåboka". Det kunne vært uttrykt klarere at innbydelsen erstatter hele beskrivelsen i "Blåboka", men Klagenemnda mener allikevel at det er rimelig klargjort at tildeling i dette tilfelle ville skje utelukkende etter de kriterier som konkurransegrunnlaget spesifiserer.

Tolkning av klagers tilbud

- (46) Klager har ikke fremsatt tilbud om fastpristillegg i tilbudsskjemaets pkt 3.2. ("Opsjon på fastpristillegg"). Rubrikken for slik tillegg er for øvrig ikke utfylt. Klager anfører at hans pris var ment som pris med 0 fastpristillegg, det vil si tilbudssum uten tillegg for lønns- og prisstigning. Innklagede har derimot basert seg på at når rubrikken for fastpristillegg ikke var utfylt, måtte dette ses som et tilbud knyttet til normalordningen i NS 3430 (NS 3405) om vanlig kompensasjon for lønns- og prisstigning.
- (47) Hvis konkurransegrunnlaget utvetydig anga bruk av NS 3430 (NS 3405), ville dette vært tydelig nok. Men klagenemnda viser til at innklagede i dette tilfellet selv har skapt en uklarhet som gjør tolkningen av klagers tilbud ikke gir seg selv. Innklagede har nemlig ikke forutsatt bruk av malen i NS 3430 (NS 3405) uten videre, men har etter sin egen uttrykksmåte forbeholdt seg retten til å "velge en regulering etter reglene i NS 3430 pkt. 23.1".
- (48) Hvordan dette skal forstås av leverandørene er langt fra klart. Klagenemnda vil derfor ikke uten videre avvise den forståelse at klageren faktisk har ment å tilby en pris uten lønns- og prisstigning (eventuelt fastpristillegg = 0), altså et tilbud som ikke er ment å være gjenstand for regulering. Dette gjelder selv om det også kan virke plausibelt å tolke tilbudet som en generell aksept av normalordningen i NS 3430 (NS 3405).
- (49) Uansett, ved dette oppstår en grunnleggende uklarhet ved tolkningen av konkurransegrunnlaget, og uklarheten har slått ut både ved at klagerens tilbud kan tolkes på to måter – og ved at innklagede har valgt å tolke klagerens tilbud på den ene måten uten at den andre kan utelukkes.
- (50) Klagenemnda finner det derfor ikke nødvendig å ta standpunkt til hvordan klagerens tilbud egentlig skal tolkes, bortsett fra å minne om at uklarheter og tvetydigheter i konkurransegrunnlaget ved misforståelser og feiltolkning normalt leder til en tolkning i disfavør av den part som burde uttrykt seg klarere – den såkalte "uklarhetsregelen".
- (51) Men dette er et synspunkt kommer først til anvendelse når leverandøren er antatt til oppdragets utførelse; synspunktet kan ikke avhjelpe den mangel at konkurransegrunnlaget blir tvetydig.
- (52) Det er derfor tale om et brudd på kravet til forutberegnelighet etter lovens § 5 tredje ledd fordi konkurransegrunnlaget ikke tilkjenner hvordan tilbyderne skal oppgi de opplysninger om prisberegning som forutsettes brukt ved en sammenligning av tilbudene.

Lønns- og prisstigning - bruk av opsjon på fastpristillegg som kriterium for valg av tilbud

- (53) Velger anskaffelsesmyndigheten å vise til NS 3430, følger malen for lønns- og prisstigning henvisningen i standardens pkt 23.1., dvs. at justering av kontraktssummen skjer etter NS 3405 "Bestemmelser om reguleringen av kontraktssum for bygg og anlegg på grunn av endringer i lønninger, priser, sosiale

utgifter m.v.". Denne viser igjen til Statistisk sentralbyrås byggekostnadsindeks for boligblokk.

- (54) Det er ikke gitt på forhånd å kunne fastslå størrelsen på denne prisstigningen uten kjennskap til byggetidens lengde og uten et minimum av holdepunkter for hvilken prisstigning som konkret kan forventes i denne perioden – og som oppdragsgiver vil anvende ved evalueringen av tilbudene.
- (55) Dersom NS 3430-løsningen var gjort ubetinget anvendelig, ville samtlige tilbud ha en usikkerhet knyttet til den endelige kontraktssummen. Så lenge samtlige tilbud baserer seg på den samme usikkerheten gir ikke dette problemer ved evalueringen.
- (56) Det forekommer i praksis at leverandørene innen bygg og anlegg tilbyr arbeidene utført uten prisregulering. Dette er fortsatt uproblematisk dersom et slik tilbud ligger lavere enn konkurrentenes priser. Gir leverandøren tilbud på fast pris uten tillegg med et beløp som ligger høyere andre pristilbud som har vanlig tillegg om prisjustering, må oppdragsgiver gjøre en forsvarlig økonomisk vurdering ved evalueringen av anbudssummene, for å avgjøre hvilket som anses for å være det økonomisk mest fordelaktige.
- (57) Dette forutsetter en rimelig grad av sikkerhet m h t byggetid, men uten at elementer av skjønn helt kan holdes utenfor vurderingen. Hvor langt oppdragsgiver i et slikt tilfelle bør klargjøre på forhånd sine antagelser om forventet prisstigning, behøver klagenemnda ikke gå nærmere inn på i dette tilfellet.
- (58) Innklagede har nemlig i vår sak for det første brakt inn en ytterligere uklarhet med vilkåret om man forbeholder seg å "velge" prisstigning etter NS 3430 pkt 23.1. uten at det er klargjort om tilbyderne ved sine beregninger faktisk skal basere seg på om dette ville bli gjort.
- (59) Dessuten har man i konkurransegrunnlaget overlatt leverandørene selv velge mellom (a) intet tillegg for lønns- og prisstigning (slik klageren hevder å ha forholdt seg til), (b) fastpristillegg spesifisert i tilbudsskjema (slik den valgte tilbyder gjorde) – eller (c) prisstigning etter NS 3405 etter henvisningen i NS 3430 pkt 23.1.
- (60) Ved dette blir det tilnærmet ugjørilig å gjennomføre en forutsigelig og etterprøvbare sammenligning mellom tilbud, alt etter hvilke forutsetninger som er lagt til grunn.
- (61) Hvilket tilbud som rangeres som det økonomisk mest fordelaktige, vil kunne avhenge ikke bare av anslag over fremtidig prisstigning, men også av hvilken kontraktspreferanse innklagede velger å anvende – vilkår med eller uten bruk av NS 3405.
- (62) Som følge av denne grunnleggende usikkerhet, finner klagenemnda at kriteriet i den foreliggende sak måtte resultere i usammenlignbare tilbud, og dermed grunnleggende og ikke-etterprøvbare rangering av tilbudene. Det dilemmaet som oppstår kan ikke løses ved avvisning etter forskriftens § 15-10 (1) bokstav d)

siden uklarheten knytter seg til innklagedes egne forutsetninger for anbudsvurderingen, ikke til valg som tilbyderne har gjort.

- (63) Når kunngjøring og konkurransegrunnlag umuliggjør en pålitelig sammenligning av tilbud som bygger på ulike forutsetninger og som knytter an til om en varslet opsjon vil bli brukt av oppdragsgiver, er eneste mulighet å avlyse anbudskonkurransen og starte på nytt med mer presise retningslinjer for prising arbeidene. Dette kan for eksempel skje ved klar angivelse av om man forutsetter NS 3430 brukt med tillegget om NS 3405, eventuelt med indikasjoner på byggetid m.v. som gjøre det mulig å sammenligne en pris etter NS 3405 med en pris der tilbyder enten ikke har gitt fastpristillegg – eller der slikt tillegg er innarbeidet.
- (64) Klagenemnda viser til sak 2003/67 om et lignende spørsmål vedrørende en anbudskonkurranse som ble søkt avholdt med forskjellige anbudsfrister for deltagerne, og der klagenemnda fastslo at problemet ikke kunne løses på annen måte enn ved avlysning.
- (65) Innklagede anses etter dette å ha brutt prinsippet om forutberegnelighet, gjennomsiktighet og etterprøvbarehet i lovens § 5 tredje ledd, samt forskriftens § 3-1 (2) om at konkurransen skal gjennomføres i samsvar med god anbudsskikk, ved å anvende tildelingskriterier som er tvetydige og uklare og gjenstand for innbyrdes motstridende tolkninger.

Konklusjon:

Innklagede har brutt forskriftens § 10-2 ved å ha trukket manglende informasjon fra tilbyderne inn i sin evaluering av tilbudene.

Innklagede har brutt prinsippet om forutberegnelighet, gjennomsiktighet og etterprøvbarehet i lovens § 5 tredje ledd samt forskriftens § 3-1 (2) om forsvarlig gjennomføring etter god anbudsskikk, ved å anvende tildelingskriterier og omtale muligheten for forbehold på en måte som er tvetydig og uklar og som derfor leder til innbyrdes motstridende tolkning av tilbudene ved vurdering av hvilket av tilbudene som er mest økonomisk fordelaktig, uten å ha avlyst konkurransen.

For klagenemnda:

Bjørn H. L. Loe

Karl Loe