



**Klagenemnda
for offentlige anskaffelser**

Klager deltok i en åpen anbudskonkurranse for anskaffelse av drifts- og vedlikeholdsavtale med funksjonsansvar for veibelysning. Klagers tilbud ble avvist under henvisning til at det inneholdt forbehold som endret ansvars- og risikofordelingen i kontrakten, at tilbudet var ufullstendig idet kostnader tilknyttet bruk av støtputebil ikke var priset som forutsatt i konkurransegrunnlaget, samt at tilbudets uttalelse om prisregulering var uklar. Klagenemnda fant at innklagedes avvisning av tilbudet var i samsvar med regelverket.

Klagenemndas avgjørelse 15. januar 2007 i sak 2006/160

Klager: Aksjeselskapene Vest-Telemark Kraftlag, Midt-Telemark Energi, Tinn Energi og Notodden Energi.

Innklaget: Statens vegvesen Region sør

Klagenemndas medlemmer: Magni Elshem, Kai Krüger og Andreas Wahl.

Saken gjelder: Avvisning av tilbud.

Bakgrunn:

- (1) Statens vegvesen Region sør (heretter kalt innklagede) kunngjorde 7. september 2006 en åpen anbudskonkurranse for anskaffelse av en drifts- og vedlikeholdsavtale med funksjonsansvar for veibelysning. Konkurransegrunnlagets kapittel A3 spesifiserte anskaffelsen nærmere:

”Oppdraget omfatter drift og vedlikehold av vegbelysningsanlegg langs stamveger, øvrige riksveger, gang- og sykkelveger, samt i underganger i øvre Telemark distrikt i henhold til spesifikasjoner i kontrakten med vedlegg. Arbeidet gjøres opp med en fast pris per måned for funksjonsspesifiserte oppgaver i henhold til mengder og enhetspriser for mengdebaserte oppgaver og som regningsarbeid i henhold til timepriser for mannskap og maskiner. [...] Oppdraget omfatter i stor grad rutinemessig periodisk ettersyn av installasjonene og internkontroll. I dokumentet er begrepet internkontroll knyttet til internkontroll av elektrotekniske installasjoner for å sikre at de er i tråd med forskriftene. Nødvendig ettersyn og funksjonsprøving av utstyr kommer inn under periodisk ettersyn. Oppdraget omfatter også inspeksjon og registrering, planlegging av virksomheten, beredskap, dokumentasjon, rapportering til byggherren og håndtering av andre oppgaver som er nødvendig. Når det gjelder periodisk ettersyn så har byggherren beskrevet et opplegg for dette som skal sikre et minimum av ettersyn og funksjonstesting, se vedlagte instruks.”

- (2) I kapittel A3 fremgikk det videre at oppdragsgiver, i tillegg til de områdene anskaffelsen i utgangspunktet omfattet, i løpet av kontraktsperioden sannsynligvis også ville overta ansvaret for veibelysningsnettet i kommunene Tinn, Kviteseid og

Fyresdal, slik at også disse områdene skulle prises. For funksjonsspesifiserte oppgaver tilknyttet denne delen av belysningsnettet skulle det gis en særskilt månedspris i tilbudsskjemaet. Det var videre uttalt at det var usikkert når ansvaret for veibelysningsnettet i disse områdene ville bli overtatt, og at utbetaling for denne oppgaven først ville påbegynnes når ansvaret for aktuelle nett var overtatt.

- (3) I konkurransegrunnlagets kapittel E1 punkt 76.6 var det fastsatt hvilke krav som gjaldt for driften av veibelysningsanlegget. Det het her at: *"Entreprenøren skal holde slik standard på vedlikeholdet at minimum 97 % av alle lamper skal være tent og lyse i perioden 15. august til 15. mai."* I punkt V var det fastsatt nærmere hvilke funksjonsspesifikke oppgaver oppdragstaker pliktet å utføre i kontraktperioden, blant annet skulle det skje en intern kontroll minimum 1 gang i kontraktperioden og 8 rutinemessige kontroller i året, hvor blant annet defekte lyskilder, drossler og tennere skulle byttes ut. Det var også stilt krav til løpende vedlikehold, blant annet at utskiftning av defekt belysning på steder av stor trafikkmessig betydning skulle skje innen 24 timer. Årlig inspeksjon skulle skje etter nærmere bestemte regler. Av punkt IV fremgikk det at: *"Alt arbeid og utstyr til arbeidsvarsling skal være inkludert i prisene."*
- (4) I kapittel D2 punkt 18.7 var det fastsatt at *"ved bruk av kurvbil/lift skal energiabsorberende sikring alltid benyttes."* Energiabsorberende sikring vil i praksis bety sikring med støtputebil.
- (5) I håndbok 051 kapittel 4 om sikring fremgikk det at: *"Det skal gjøres en grundig vurdering av hvilken type sikring som skal benyttes i de enkelte tilfeller. Sikringen skal være tilpasset de ulike trafikantergruppene på stedet. [...] Når dimensjonering og valg av materiell vurderes, skal det blant annet legges vekt på: trafikkmengde, fartsnivå på stedet, hvilke trafikantergrupper som skal sikres, hvilken type arbeid som utføres, samt varighet, hvilke farer arbeidere og trafikanter utsettes for."* Det var videre oppstilt et skille mellom langsgående og tversgående sikring. Under punktet om tversgående sikring var det uttalt at: *"Ved bruk av tversgående sikring skal det av hensyn til de kjørende vurderes om sikringen skal være energiabsorberende. Ved fartsnivå 60 km/ t eller høyere skal den tversgående sikringen være energiabsorberende. Med energiabsorberende sikring menes en sikring av en slik art at den ikke stopper trafikanten momentant men reduserer belastningen enten ved at sikringen deformeres eller forflyttes. [...] Kjøretøy påmontert godkjent energiabsorberende utstyr er å forstå som en tversgående sikring."*
- (6) I konkurransegrunnlagets kapittel D2 punkt 27 var det bestemt at: *"Endringer i prisnivå etter tilbudsfristens utløp, gir rett til tillegg eller fradrag i kontraktens priser overensstemmende med regler for regulering av kontraktssum i kapittel C punkt 23.1.1 – 23.1.5. Verdi av T og To beregnes ut fra Statistisk Sentralbyrås "Kostnadsindeks for drift og vedlikehold av veier. Drift og vedlikehold av veier i alt." Fakturaer knyttet til skader som omhandlet i kapittel D2 pkt. 17.3.2a, har egne prisreguleringsrutiner (jf kapittel D2 pkt. 17.3.2a). Disse skal ikke tas med i beregningsgrunnlaget for de ordinære kvartalvise prisreguleringsfakturaene."* I kapittel C punkt 23 fremgikk det at kontraktssummen skulle reguleres etter reglene i NS 3405, supplert av Statens vegvesens egne utfyllende bestemmelser av administrativ art, gjengitt i punkt 23.1.1 til 23.1.5.

- (7) I kapittel G var det inntatt et tilbudsskjema hvor tilbyders priser skulle fylles inn. Det skulle gis en fast månedspris på funksjonsspesifiserte oppgaver, hvor nødvendig utstyr for utførelse av oppgavene skulle være inkludert. Det var i tillegg uttalt at *”Merk spesielt at funksjonsbasert vedlikehold av veglys for kommunene Tinn, Kviteseid og Fyresdal skal prises på linje med øvrig vedlikehold av veglys, men kommer kun til utførelse når Statens vegvesen øvre Telemark har overtatt driftsansvaret for dette.”* Videre skulle det gis enhetspriser for mengdebaserte oppgaver og timepriser for andre kontraktsarbeider/ tilleggsarbeider.
- (8) I kapittel A1 og D1 punkt 12 fremgikk det at valg av tilbud skulle skje på basis av lavest pris.
- (9) Den 14. september 2006 ble det avholdt en tilbudskonferanse. Referat fra konferansen ble sendt Vest Telemark Kraftlag AS mfl. I referatet fremgår det at *”Byggherre presiserte fokus på HMS. Spesielt bemerkes at ny håndbok 051 med vedlegg tas i bruk og at det settes fokus på hvordan varsling og bruk av sperremateriell skal benyttes. Videre ble det vist til D2 punkt 18.7 med følgende tekst: **Ved bruk av kurvbil/ lift skal energiabsorberende sikring alltid benyttes.** For øvrig kan spørsmål ang. håndbok 051, bruk av støtputebil, samt skilt og varslingsplaner tas opp med Arvid Løver (mail: arvidl@vegvesen.no) og da med kopi til saksbehandler. Øvrige spørsmål stiles til byggeleder Geir Horvei.”*
- (10) Innen tilbudsfristens utløp mottok innklagede to tilbud, fra henholdsvis aksjeselskapene Vest-Telemark Kraftlag, Midt-Telemark Energi, Tinn Energi og Notodden Energi i felleskap (heretter kalt klager) og fra Mesta AS. Klagers pristilbud var på kr 3 760.100,- mens Mesta AS' tilbudspris var på kr 3 910.256,-
- (11) Fra klagers tilbud hitsettes følgende:

”FUNKSJONSSPESIFISERTE OPPGAVER:

— 76.6 Vi har her forutsatt at det vil være ett lampeskifte innenfor kontraktsperioden for de 1670 lampene som i dag eies av veivesenet.

— De resterende punktene som skal overtas fra kommunene har vi kalkulert med at vil være oppgradert og at det ikke vil være noe behov for utskiftning innenfor kontraktsperioden. Det vil kun være ettersyn på disse armaturene. [...]

Når det gjelder bruk av putebil har vi vært i kontakt med Løver på Trafikkstasjonen på Notodden og vi ble da enige med han om å kun legge ved timepris på dette arbeidet da det ikke var avklart hvor putebil skulle brukes.

Prisstigning: SSB for byggnæring med utgangspunkt i 15.08.06.”

- (12) I brev av 20. november 2006 ble klagers tilbud avvist med hjemmel i forskrift om offentlige anskaffelser § 8-10 (1) bokstav d. Avvisningen var begrunnet slik:

”I Deres tilbud er det inntatt forbehold/ forutsetninger i tilbudsbrevet vedrørende prosess 76.6 som er av en slik art at det er høyst uklart hvilke kontraktsmessige konsekvenser dette vil medføre. Det samme forhold gjør seg gjeldende vedrørende bruk av putebil. I tilbudsbrevet er det sagt at det kun er lagt ved timepris på dette arbeidet da det ikke var avklart hvor putebil skal brukes. I konkurransegrunnlagets

kapittel D2 punkt 18.7 er det sagt at ved bruk av kurvbil/ lift skal energiabsorberende tiltak alltid benyttes. Hva ovennevnte forbehold/ merknad innebærer, er derfor uklart, og medfører tvil om hvordan Deres tilbud skal vurderes opp mot den andre tilbydereren i konkurransen.”

- (13) Avvisningen ble påklaget i brev av 28. november 2006. I brev av 30. november 2006 fastholdt innklagede sin avvisning. I tillegg til de forhold som var oppgitt som avvisningsgrunn i brevet av 20. november 2006, ble det også anført at tilbudet var avvist fordi det inneholdt et uklart prisreguleringsforbehold.
- (14) Etter dette ble det fremmet sak for klagenemnda den 8. desember 2006. Innklagede vil avvente kontraktsinngåelse inntil 20. januar 2007.

Anførsler:

Klagers anførsler:

- (15) Prinsipalt anføres det at klagers tilbud ikke inneholdt forbehold, feil, uklarheter eller lignende vedrørende konkurransegrunnlagets kapittel E1 punkt 76.6 og kapittel D2 punkt 18.7.
- (16) Tilbudets opplysninger tilknyttet punkt 76.6 var utelukkende en forklaring på klagers prissetting, basert på de faktiske forhold i saken. Når det gjaldt lyspærene innklagede allerede eide, kalkulerte klager med at disse kun trengte utskiftning én gang i løpet av kontraktperioden. Når det gjaldt lyspærene som eventuelt ville bli overtatt fra kommunene, kalkulerte klager med at disse ikke trengte utskiftning, idet det var alminnelig kjent at innklagede ville stille så strenge krav til aktuelle pærer at disse ville måtte være nylig utskiftet for å tilfredsstille kravene. Nye lyspærer har hos både Osram og Phillips en garantert levetid på 24.000 til 32.000 timer, avhengig av wattstyrke. Brukstil per år er ca 4000 timer, hvilket utgjør en levetid på 6 til 8 år. Skulle pærene ryke innenfor garantitiden, er det leverandøren av disse som er rettslig forpliktet til å skifte disse ut. Dette innebærer at klagers forutsetninger, med god margin, tar høyde for de reelle behov det er for utskiftning. Det foreligger derfor ingen risiko tilknyttet dette. For øvrig omfatter de funksjonsspesifiserte oppgavene også mange andre tjenester enn lyspæreutskiftning.
- (17) Subsidiært anføres det at tilbudets uttalelser ikke innebar at tilbudet var usammenlignbart med det øvrige tilbudet. Hvis innklagede mente at det ville være behov for utskiftning av lyspærene oftere enn det klager hadde lagt til grunn i tilbudet, kunne innklagede enkelt beregnet kostnaden med dette ved å multiplisere antatt antall lampeskift med den enhetspris for skiftekostnader som var oppgitt i tilbudet, tilknyttet de lamper innklagede allerede eide.
- (18) Når det gjelder punkt 18.7 ble kostnadene forbundet med bruk av putebil ikke inkludert i månedsprisen for de funksjonsspesifiserte oppgavene, fordi det i samtale med Arvid Løver fremkom at det ikke var klarlagt om putebil ville bli brukt i samtlige tilfeller hvor konkurransegrunnlaget bestemte dette. Løvers uttalelser innebærer en uvesentlig endring av konkurransegrunnlaget innen tilbudsfristens utløp. Det var byggeleder Geir Horvei som henviste til Løver, og det fremgår også av konkurransegrunnlaget at det var Løver som hadde ansvar vedrørende denne type spørsmål. Forøvrig fremgår det av håndbok 051 at valg av sikring alltid skal foretas etter en konkret vurdering.

- (19) Subsidiært anføres det at innklagede enkelt kunne ha regnet om den oppgitte timepris for putebilarbeidet til en totalpris, ved å multiplisere timeprisen med det antatte timeforbruk. At innklagede ikke bare hadde en rett, men også en plikt, til å gjøre dette fremgår av klagenemndas saker 2004/141, 2004/279 og 2005/49. Tilbudet var dermed sammenlignbart med det øvrige tilbudet på dette punkt. Innklagede var i besittelse av den informasjon som var nødvendig for å foreta beregningen av et antatt timeforbruk.
- (20) Klagers prisindeks ble ikke påberopt som avvisningsgrunn i avvisningsbrevet, og dette forhold kan følgelig ikke anses for å ha vært vurdert forut for avvisningen. Da er det for sent å påberope denne avvisningsgrunn i brevet av 30. november 2006.
- (21) Videre bemerkes at "*SSB for bygnæring*" er en noe upresis, men vanlig betegnelse for "*SSBs byggekostnadsindeks for boligblokker*", hvilket er den vanligste indeksen i entrepriseforhold. Klager var i kontakt med Geir Horvei for å avklare hvilken indeks som skulle legges til grunn. Hvis innklagede fant uttalelsen uklar, skulle innklagede avklart dette med klager, jf forskriftens § 9-1 og klagenemndas uttalelser i sak 2004/279. Klager bestrider at det er forutsatt revisjon av hele kontraktssummen. Prisregulering med utgangspunkt i 15. august 2006 avviker ikke vesentlig fra konkurransegrunnlagets utregningsmodell. Prisregulering etter byggekostnadsindeksen avviker ikke vesentlig fra regulering etter kostnadsindeksen for drift og vedlikehold av veier. Avviket har således ubetydelig effekt, jf klagenemndas sak 2003/219.

Innklagedes anførsler:

- (22) Idet klagers tilbud inneholder tre forskjellige forbehold som hver for seg medfører tvil om hvordan tilbudet skal bedømmes i forhold til det øvrige tilbudet, er avvisningen av klagers tilbud i samsvar med regelverket.
- (23) De funksjonsspesifiserte oppgaver var angitt i konkurransegrunnlagets kapittel E1 punkt 76.6. Her fremgikk det klart at dette gikk ut på å holde veibelysningsnettet i operativ stand, herunder å gjennomføre lampeskift ved behov, uten at dette skulle utløse noe krav om tilleggskompensasjon. Det skulle gis separate faste månedspriser både på de lyspunktene innklagede allerede eide, og på de punkter innklagede eventuelt ville overta. Prisingen skulle basere seg på de samme ansvarsoppgaver. Klager har tatt forbehold for sin prising som er uforenelig med det konkurransegrunnlaget etterspør. Forbeholdene innsnevrer det angitte funksjonsansvar vesentlig og innebærer en vesentlig endring av risikofordelingen i kontrakten. Forbeholdene lar seg vanskelig prissette, hvilket igjen innebærer at tilbudet vanskelig kan sammenlignes med det øvrige tilbudet. Selv om tilbyder ved egen priskalkulasjon legger til grunn forhold utenfor konkurransegrunnlaget, er det uakseptabelt at disse forhold angis som forbehold mot den ansvarsfordeling konkurransegrunnlaget angir, jf EF-domstolens sak C-243/89 (Storebælt) (premiss 41), som legger til grunn at forbehold vedrørende ansvarsfordelingen i kontrakt er i strid med regelverket.
- (24) Av konkurransegrunnlaget kapittel D2 punkt 18.7 fremgikk det klart at energiabsorberende sikring, det vil si støtputebil, alltid skulle benyttes ved bruk av kurvbil/ lift. Bruk av kurvbil/ lift var aktuelt både ved de funksjonsspesifiserte

oppgavene, ved mengdebaserte oppgaver og ved tilleggsarbeider/ andre kontraktsarbeider, slik at kostnader til bruk av putebil måtte inkluderes i samtlige tilbudspriser. Dette ble også særskilt presisert på tilbudskonferansen, jf referatet herfra. Innklagede tar avstand fra den beskrivelse klager har gitt av samtalen mellom Horvei og klager. Horvei har ikke henvist til Løver når det gjelder prisingen av støtputebil. Det ble kun henvist til Løver for spørsmål om hvordan bilen skulle være merket, den praktiske bruken av denne med mer. Løver har heller ikke kompetanse til å endre konkurransegrunnlaget. For øvrig har klager ikke fulgt den fremgangsmåte for kontakt med oppdragsgiver som følger av konkurransegrunnlaget, hvor det heter at spørsmål til Løver skal fremmes per e-post med kopi til Horvei. Dette for at spørsmål fra én tilbyder med etterfølgende svar skal kunne videreformidles de øvrige tilbyderne. Klagers forbehold lar seg ikke prissette.

- (25) Innklagedes saksbehandler var under tilbudsevalueringen i kontakt med Statistisk sentralbyrå for å avklare om det kunne fastlegges hvilken prisindeks klagers tilbud refererte seg til, ut fra de opplysninger det var gitt om dette i tilbudet. Det lot seg ikke gjøre. Forholdet ble derfor ansett som et avvisningsgrunnlag i saksbehandlers innstilling til budsjettansvarlig. Innklagede erkjenner at det burde vært opplyst om dette i avvisningsbrevet, men forholdet fremkom imidlertid i brevet av 30. november 2006. I tillegg hadde klager forbeholdt seg rett til prisregulering av hele kontraktssummen, og ikke 0,75, som angitt i konkurransegrunnlagets kapittel C punkt 23.1.5, og forbeholdt seg rett til prisregulering fra et bestemt tidspunkt, 15. august 2006, mens konkurransegrunnlaget bestemte at reguleringsgrunnlaget skulle være det aritmetiske gjennomsnitt av indekstallet for det kvartalet anbudsfristens utløp falt i og de tre foregående kvartaler, jf kapittel C punkt 23.1.5 og kapittel D2 punkt 27.

Klagenemndas vurdering:

- (26) Klager har deltatt i konkurransen og har saklig klageinteresse, jf forskrift om Klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Anskaffelsen er en prioritert tjeneste kategori 1 og følger etter sin verdi forskrift om offentlige anskaffelser av 15. juni 2001 del I og II, jf forskriftens §§ 2-1 og 2-2.

Hvorvidt klagers tilbud skulle vært avvist som følge av tilbudets opplysning tilknyttet konkurransegrunnlagets kapittel E1 punkt 76.6

- (27) Av forskriftens § 8-10 (1) bokstav d fremgår det at et tilbud skal avvises dersom det på grunn av forbehold, feil, uklarheter, ufullstendigheter eller lignende i en åpen eller begrenset anbudskonkurranse kan medføre tvil om hvordan tilbudet skal bedømmes i forhold til de øvrige tilbudene.
- (28) Av konkurransegrunnlagets kapittel E1 punkt 76.6 fremgår det klart at tilbyder skal ha ansvaret for at en bestemt del av veibelysningsnettet, 97 %, til enhver tid er i funksjon. I klagers tilbud uttales det imidlertid at tilbudet er begrenset til å tilby ett lampeskifte for de lamper innklagede allerede eier, og intet lampeskifte på nettet innklagede eventuelt vil overta fra kommunene Tinn, Kviteseid og Fyresdal. Dette innebærer etter nemndas syn et forbehold mot den ansvars- og risikofordeling som følger av konkurransegrunnlaget, som gjør det uklart hvordan tilbudet skal bedømmes i forhold til det øvrige tilbudet i konkurransen. Nemnda finner det derfor riktig at innklagede avviste klagers tilbud på dette grunnlag.

(29) Klagenemnda tar ikke stilling til hvorvidt de øvrige forhold innklagede har anført også skulle medført avvisning av klagers tilbud.

Konklusjon:

Statens vegvesen Region sør har ikke brutt regelverket for offentlige anskaffelser ved å avvise klagers tilbud.

For klagenemnda,

15. januar 2007

Andreas Wahl