



**Klagenemnda
for offentlige anskaffelser**

Innklagede gjennomførte en åpen anbudskonkurranse for anskaffelse av prosjekteringstjenester tilknyttet nytt kulturhus i kommunen. Innklagede avviste klagers tilbud på bakgrunn av at klager ikke hadde oppgitt prisen som forutsatt i konkurransegrunnlaget. Klagers anførsel om at tilbudene var vurdert på feil grunnlag i forhold til konkurransegrunnlaget ble ikke tatt til følge.

Klagenemndas avgjørelse 26. januar 2009 i sak 2008/133

Klager: Reinertsen AS

Innklaget: Hamar kommune

Klagenemndas medlemmer: Tone Kleven, Kai Krüger og Andreas Wahl.

Saken gjelder: Påstand om uklart konkurransegrunnlag. Avvisning av klagers tilbud.

Bakgrunn:

- (1) Hamar kommune (heretter kalt innklagede) kunngjorde 9. mai 2008 en åpen anbudskonkurranse for anskaffelse av prosjekteringstjenester tilknyttet nytt kulturhus i kommunen. Prosjekteringen omfattet fagene byggeteknikk, VVS, elektro, akustikk, brann og sceneteknikk. Arkitekt var allerede kontrahert.
- (2) Av anskaffelsesprotokollen fremgikk følgende:

"3 Beskrivelse av anskaffelsen

3.1 Type kjøp

<i>Tjeneste</i>	<i>Vare</i>	<i>Bygg/anlegg</i>	<i>Annet</i>
<i>X</i>			

3.2 Kort beskrivelse av oppdraget

Prosjektering av nytt kulturhus på Hamar. Prosjekteringen gjelder fagene byggeteknikk, VVS, elektro, brann og sceneteknikk. Arkitekt er kontrahert.

4 Anslått verdi på anskaffelsen

Samlet sum for alle kontraktene antas: kr. 16.000.000,-eks.mva.

5 Kort beskrivelse av anskaffelsesprosessen (saksgangen)

5.1 Beskrivelse i fritekst

Åpen anbudskonkurranse over terskelverdien. Annonse publisert på Doffin 9.5.2008."

- (3) Av konkurransegrunnlaget del I, side 1, fremgikk det følgende:

Postadresse
Postboks 439 Sentrum
5805 Bergen

Besøksadresse
Olav Kyrresgate 8
5014 Bergen

Tlf.: 55 59 75 00
Faks: 55 59 75 99

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

"Konkurransegrunnlaget består av:

I. Anbudsinnsbydelse (denne)

II. Anbudsskjema

III. Kontraktsvilkår (NS 8402, ikke vedlagt)

IV. Ytelsesbeskrivelse

Vedlegg: tegninger/presentasjon"

- (4) Av konkurransegrunnlagets del I punkt 1.2 fremgikk det følgende om kontraktsvilkårene som skulle gjelde for anskaffelsen:

"1.2 Kontraktsbestemmelser

For oppdraget gjelder kontraktsvilkår NS 8401, med følgende endringer:

10.2 *Sikkerhet ved pålegg om omtvistet endring.
Hamar kommune stiller ikke sikkerhet.*

12.2 *Reaksjon ved forsinkelse
Følgende frister er dagmulksbelagte:
Utsendelse av tilbudsdokumenter.
Ferdigstillelse av arbeidstegninger (etappeinndelt)
For øvrig gjelder standardens bestemmelser om erstatning ved forsinkelse.*

15.3.2 *Sikkerhet ved tilbakeholdelse og stansing
Hamar kommune stiller ikke sikkerhet.*

16. *Avbestilling.
Tilføyelse, 1. avsnitt, etter 3. setning: 'Erstatning settes lik foregående to måneders fakturering, dog ikke mindre enn kr 50.000,-, og ikke mer enn kr 200.000,-'"*

- (5) Av konkurransegrunnlagets del I, punkt 6.2.1, fremgikk det at tildelingskriteriene var kvalitet 15 %, kompetanse 25 %, og pris 60 %. Om priskriteriet fremgikk det følgende:

Nr	Kriterium	Beskrivelse	Dokumentasjon	Vekting
[...]				
3	Pris	Anbudsskjema o Øvre honorarramme o Timepris o Pris pr møte	Utfylt anbudsskjema og anbuds-brev	60 %"

- (6) Av konkurransegrunnlagets del II, anbudsskjemaets punkt 2, fremgikk det følgende om total honorarramme:

Oppdrag	%-andel av samlet honorar	Total honorarramme eks. mva.	%-sats av
---------	---------------------------	------------------------------	-----------

		entreprensekostnad
<i>RIB – Fase 1 Forprosjekt</i>		
<i>RIB – Fase 2 Detaljprosjekt</i>		
<i>RIB – Fase3 Utførelse</i>		
<i>RIV – Fase 1 Forprosjekt</i>		
<i>RIV – Fase 2 Detaljprosjekt</i>		
<i>RIV – Fase3 Utførelse</i>		
<i>RIE – Fase 1 Forprosjekt</i>		
<i>RIE – Fase 2 Detaljprosjekt</i>		
<i>RIE – Fase3 Utførelse”</i>		

Oppdrag	%-andel av samlet honorar	Total honorarramme eks. mva. Stipulert omfang i timer
<i>RIAKK – Fase 1 Forprosjekt</i>		
<i>RIAKK – Fase 2 Detaljprosjekt</i>		
<i>RIAKK – Fase3 Utførelse</i>		
<i>RIAKK – timer til sammen</i>		1.500
<i>RIBR – Fase 1 Forprosjekt</i>		
<i>RIBR – Fase 2 Detaljprosjekt</i>		
<i>RIBR – Fase3 Utførelse</i>		
<i>RIBR – timer til sammen</i>		600
<i>Sceneteknikk – Fase 1 Forprosjekt</i>		
<i>Sceneteknikk – Fase 2 Detaljprosjekt</i>		
<i>Sceneteknikk – Fase3 Utførelse”</i>		
<i>Sceneteknikk – timer til sammen</i>		1.500

For fagene akustikk, brannrådgivning og sceneteknikk har oppdragsgiver stipulert det samlede omfang. Tilbyder fordeler stipulert tidsforbruk mellom fasene og kategori medarbeidere. Honoraret skal inneholde alle kostnader, slik som lønn, kjøregodtgjørelse og andre bikostnader. Kopieringskostnader faktureres separat og uten påslag. Timehonorar skal være fast til 01.07.2009. Prisregulering etter reglene i NS 3405, totalindeksmetoden, byggekostnadsindeks for boligblokk.

Med entreprisekostnad forstås entreprenørkostnad for det/de fag som prosjekteres og beskrives av vedkommende rådgiver, basert på kalkyle før anbud er innhentet og kontraktssum når denne er kjent. Rammen justeres ikke for endringer i byggeperioden.

Dersom prosjekt blir stoppet etter forprosjekt, blir prosjekteringsarbeidene oppgjort etter medgått tid.”

- (7) Innklagede mottok innen tilbudsfristen den 23. juni 2008 kl 12.00 fjorten tilbud, hvorav Reinertsen AS (heretter kalt klager) var en av tilbyderne. Ved brev datert 27. juni 2008 sendte innklagede følgende brev til klager:

"Vi viser til Deres anbud av 20.06.2008.

I flg. anbudsgrunnlaget skal anbyder oppgi total honorarramme som en %-sats av entreprisekostnad. Entreprisekostnad forstås som entreprenørkostnad for det/de fag som prosjekteres og beskrives av vedkommende rådgiver.

Dere har oppgitt en honorarramme på % (RIB), % (RIV) og % (RIE). Dette virker unormalt lavt i forhold til ytelsen.

Under henvisning til forskrift om offentlige anskaffelse § 20-14 ber vi om en redegjørelse for hvordan oppgaven tenkes løst innenfor oppgitt ramme, og om det er spesielle forhold eller forutsetninger som er lagt til grunn, herunder hvorvidt Deres firma mottar offentlig støtte som påvirker prissettingen."

Redegjørelsen bes oversendes innen onsdag 2. juli 2008 kl.1200.

- (8) Klager besvarte brevet ved brev datert 30. juni 2008:

"Det vises til Deres brev datert 27.06.08 hvor det etterlyses en avklaring vår tilbudte honorarbudsjett som % sats av entreprisekostnad.

I vårt tilbud har vi tatt utgangspunkt i våre erfaringstall for fagrådgivernes generelle kostnader sett i forhold til entreprisekostnad, kto. 1-7 i bygningsdelstabellen NS 3451.

Vi erfarer at total prosjekteringskostnad, alle fagrådgivere, for denne type bygg bør ligge i størrelsesorden % av entreprisekostnad, hvorav ARK og Sceneteknikk utgjør ca. halve kostnaden.

Vårt tilbud omfatter alle fag eksklusive ARK og Sceneteknikk. I vårt tilbud er derfor de resterende ca. % av entreprisekostnad fordelt ut fra våre erfaringstall for de enkelte fagrådgivernes andel.

Prosjekteringsgruppen vil ved en eventuell kontrakt løse oppgaven som angitt i vår redegjørelse for oppgaveforståelse, jfr. tilbudets vedlegg 4.3, og vi mottar ikke offentlig støtte som påvirker vårt tilbud.

Vi håper vår redegjørelse er fyllestgjørende, og oppfatter at forskrift om offentlig anskaffelse § 20- 14 ikke kommer til anvendelse på dette grunnlag. Vi ber om at Dere tar kontakt snarest dersom ytterligere opplysninger er nødvendig."

- (9) Ved brev datert 4. juli 2008 meddelte innklagede at klagers tilbud var avvist:

"I flg. anbudsgrunnlaget skal anbyder oppgi total honorarramme som en %-sats av entreprisekostnad. Entreprisekostnad forstås som entreprenørkostnad for det/de fag som prosjekteres og beskrives av vedkommende rådgiver.

Det framgår av Deres brev av 30.06.2008 at Reinertsen AS har tatt utgangspunkt i samlet entreprisekostnad, dvs konto 1-7 i bygningsdelstabellen etter NS 3451. Dette utgjør således et avvik i forhold til tilbudsgrunnlagets forutsetninger.

Fordelingen mellom entreprisekostnad for de arbeider som R1B beskriver (del av konto 1, 2 og 7 i bygningsdelstabellen) og samlet entreprisekostnad (konto 1-7) er ikke kjent, verken for oppdragsgiver eller tilbydere. De øvrige tilbydere har forholdt seg til tilbudsgrunnlaget og gitt tilbud på prosentandel av entreprisekostnad for de arbeider som R1B beskriver.

Vi har kommet til at Deres tilbud må bli å avvise ut fra følgende forhold, med henvisninger til lov og forskrift om offentlige anskaffelser;

1. Det framgår, etter den forklaring som er gitt i brev av 30.06.2008 at Reinertsens tilbud er avgitt på en annet grunnlag enn det som er forutsatt i tilbudsgrunnlaget, og som de øvrige tilbydere har avgitt sine tilbud på. Godtagelse av Reinertsens tilbud vurderes derfor å stride mot lovens krav om forutberegnlighet (§5) og forskriftens krav om likebehandling (§3.1.4).

2. Tilbudet inneholder avvik som medfører tvil om hvordan tilbudet skal bedømmes i forhold til øvrige tilbud. Tilbudet skal da avvises etter forskriftens 11.11.(1)f.¹

Prosjektledelsens vedtak om avvisning kan påklages. Likeledes kan anbyder be om en nærmere begrunnelse for avvisningen, jf forskriftens § 20- 16 (4)."

(10) Ved brev datert 18. juli 2008 sendte klager følgende brev til innklagede:

"Vi meddeler med dette at vi vil klage deres avvisning inn for KOFA. Grunnlaget for klagen er at anbudsgrunnlaget er uklart og misvisende og åpner for flere tolkninger av konkurransebestemmelsene. Vi begrunner dette med følgende:

1. På forsiden av anbudsinnbydelsen henvises det NS8402 "Alminnelige kontraktsbestemmelser for rådgivningsoppdrag honorert etter medgått tid".

2. Det er ikke gjennomført forprosjekt slik at valgt konsept og løsninger for de ulike fagene ikke er bestemt. Dette kan influere vesentlig på prosjekteringskostnaden.

3. Entreprisemodell er ikke bestemt. Dette vil influere vesentlig på fordelingen av prosjekteringsarbeidet. Dette er ikke ivare tatt i anbudsgrunnlaget og vil influere på en eventuell fastpriskontrakt.

4. I Deres brev med spørsmål om avklaring datert 27.06.08, bruker Dere uttrykket "honorarramme". Dette mener vi henviser til NS8402.

Alle ovennevnte forhold medfører at vi har oppfattet konkurransen som en konkurranse på et oppdrag honorert etter medgått tid og ikke en fastpriskontrakt. Deres priskonkurranse er på timepris på de tilbudte medarbeiderne og ikke på honorarbudsjettet. Vår avklaring av 30.06 viser også dette. Her presiserer vi hvordan vi

¹ Den riktige henvisningen er forskriftens § 20-13 (1) f.

har forstått prosentfordelingen ift. entreprisekostnad og ment at dette var tilstrekkelig for Deres budsjettarbeid.

Vi begrunner videre vår klage med forordene til standardene 8401 og 8402. Her er bruken av standarden oppgitt. I forordet til NS8402 står følgende: "Standarden retter seg først og fremst mot oppdrag hvor rådgiveren har en omsorgsforpliktelse der det ikke er presist definerte rammer for prosjektet."

Vi mener at prosjektet ikke på noen måte er presist definert slik at det kan konkurreres på fastpris. I tillegg henviser dere, som nevnt over, til NS8402 både på forsiden av innbydelsen og i brevet med spørsmål om avklaring.

Vi vil også tilføye at ved å avtale fastpris på grunnlag av entreprisekostnad for hvert enkelt fag, vil grensesnittene mellom ulike rådgivere influere på honoraret til den enkelte. Grensesnittene er avhengig av hvilke løsninger som velges. I tillegg kan kostnadsoptimale løsninger med tanke på entreprisekostnad være mer ressurskrevende å prosjektere enn løsninger med høy entreprisekostnad. Alle disse forhold sannsynliggjør vår forståelse om at vi i tilbudet skulle anslå et budsjett, og konkurransen evalueres på grunnlag av innbydelsens pkt. 6.2.1 hvor pris er tilbudt timepris."

- (11) Saken ble brakt inn for klagenemnda i brev av 18. juli 2008. Innklagede inngikk kontrakt med Norconsult AS 13. november 2008.

Anførsler:

Klagers anførsler:

- (12) Innklagede har henvist til to ulike kontraktsstandarder, NS 8401 og NS 8402. Dette gjør anbudsgrunnlaget uklart.
- (13) Innklagede har også evaluert tilbudene på feil grunnlag i forhold til konkurransegrunnlaget. Tildelingskriteriet "pris" er feilaktig evaluert på grunnlag av et honorarbudsjet, og ikke på grunnlag av tilbudt timepris. I tillegg vil innklagede inngå en fastpriskontrakt på grunnlag av et budsjett det etter klagers oppfatning finnes grunnlag for å fastsette på tilbudsstadiet. NS 8402, som innklagede har opplyst utgjør kontraktsgrunnlaget for denne anskaffelsen, gjelder også "Alminnelige kontraktsbestemmelser for rådgivningsoppdrag honorert etter medgått tid."

Innklagedes anførsler

- (14) Innklagede bekrefter at NS 8402 utgjør kontraktsgrunnlaget for denne konkurransen. Det er riktig at det også finnes en henvisning til NS 8401 i tilbudsgrunnlaget, men innklagede kan ikke se at dette har hatt noen betydning for tilbudsgivningen og mener at en eventuell uklarhet omkring hvilken standard som gjaldt uansett er uten relevans i forhold til avvisningen av klagers tilbud.
- (15) Innklagede fant det hensiktsmessig å gjennomføre en anbudskonkurranse hvor det konkurreres på kvalitet, kompetanse, og pris i form av timerater, honorarramme, og møteutgifter. De rådgivere som blir valgt skal selv være med å utarbeide konsept og løsninger. Gjennom å honorere rådgivere etter medgått tid, innenfor en ramme som er en prosentsats av prosjekterte og beskrevne arbeider, balanseres risiko mellom

oppdragsgiver og rådgiver. Det bemerkes at denne formen for honorering er kjent både fra den tidligere ingeniørnormen fra RIF og arkitektnormen fra NAL.

- (16) At oppdragsgiver etterspurte, og således naturligvis også ville legge vekt på, honorarramme fremgår av tilbudsskjemaet, tildelingskriteriene, samt brevet av 27. juni 2008. Dette ble dermed tilstrekkelig klargjort for tilbyderne på forhånd. At NS 8402 gjelder oppdrag hvor det ikke er noen definerte rammer er ikke til hinder for å operere med et tak for rådgiverens kostnader, angitt som en prosentandel av entreprisekostnaden for de tjenester den enkelte rådgiver tilbyr, og kan dermed ikke medføre at uttrykket honorarramme må forstås på en annen måte enn det som fremgår av tilbudsgrunnlaget. Tilbudene skulle bestå både av en prosentramme og av timepriser.
- (17) Klager synes å mene at prosentrammen må oppfattes som et budsjettall. Innklagede kan ikke se at det er grunnlag for en slik forståelse. Det ble heller ikke presisert i klagers tilbud at en slik forståelse lå til grunn for selskapets tilbud, og ingen av de øvrige tilbyderne har tolket konkurransegrunnlaget slik. Grunnen til at klagers tilbud ble avvist var at selskapet la en avvikende forutsetning til grunn for sitt tilbud. Dette ved at selskapet har brukt entreprisekostnad for hele prosjektet, og ikke bare for egne arbeider, slik konkurransegrunnlaget etterspurte, jf anbudsskjemaet punkt 2 nest siste avsnitt. Forholdet mellom entreprisekostnad for de forskjellige fag og totalentreprisekostnad er ikke kjent, og klagers tilbud lot seg derfor ikke evaluere i forhold til de øvrige tilbudene. Tilbudet ble følgelig avvist med hjemmel i forskriftens § 20-13 (1) bokstav f.

Klagenemndas vurdering:

- (18) Klager innleverte tilbud i konkurransen og har saklig klageinteresse, jf forskrift om Klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Anskaffelsen følger etter sin opplyste verdi forskrift om offentlige anskaffelser av 7. april 2006 nr 402 del I og III, jf forskriftens §§ 2-1 og 2-2.

Henvisningen til NS 8401 og NS8402

- (19) Klager har anført at henvisningen til to ulike kontraktsstandarder i anbudsgrunnlaget, NS 8401 og NS 8402, gjør anbudsgrunnlaget uklart. De to standardene gjelder henholdsvis prosjekteringsoppdrag og rådgivningsoppdrag, men har reelt sett samme slags bestemmelser om honorar/pris for tjenestene NS 8401 pkt. 15 og NS 8402 pkt. 12. Det saken gjelder, er konkurransegrunnlagets konkrete forutsetninger om oppdeling mellom timepriser, møtegodtgjørelse og øvre honorarrammer. Valget av standard har derfor ingen betydning og klagers anførsel om at anbudsgrunnlaget er uklart kan på denne bakgrunn ikke føre frem.

Innklagedes avvisning av klagers tilbud

- (20) Innklagede har avvist klagers tilbud under henvisning til at klagers tilbud er avgitt på et annet grunnlag enn det som var forutsatt i konkurransegrunnlaget. Klagers tilbud har timepriser på de enkelte fag, men den øvre honorarrammen er satt i forhold til samlet entreprisekostnad og ikke i forhold til de beskrevne RIB arbeider under bygningsdelstabellen. Klager har anført at tilbudene feilaktig er evaluert på grunnlag av et honorarbudsjett, og ikke på grunnlag av tilbudt timepris.
- (21) Klagenemnda bemerker at det av konkurransegrunnlagets del I, punkt 6.2.1, fremgår at tildelingskriteriet "pris" ville bli evaluert ut fra henholdsvis øvre honorarramme, timepris, og pris per møte. Innklagede har også forholdt seg til dette i vurderingen av

tilbudene. Av anbudsskjemaet punkt 2 fremgikk det for øvrig at entreprisekostnad, som tilbyder skulle oppgi en prosentramme av, ble definert som *"entreprenørkostnad for det/de fag som prosjekteres og beskrives av vedkommende rådgiver, basert på kalkyle før anbud er innhentet og kontraktssum når denne er kjent. Rammen justeres ikke for endringer i byggeperioden."* I klagers tilbud var prosentrammen oppgitt ut fra den samlede entreprisekostnaden, hvilket avviker fra konkurransegrunnlagets forutsetninger. Som innklagede bemerker, innebar dette at klagers honorarrammer ikke kunne sammenlignes med de øvrige tilbudene, og tilbudet ble derfor rettmessig avvist, jf forskriftens § 11-11 (1) bokstav f.

Konklusjon:

Hamar kommune har ikke brutt regelverket om offentlige anskaffelser.

For klagenemnda
26. januar 2009



Andreas Wahl