



Klagenemnda for offentlige anskaffelser

Klager har deltatt i en åpen anbudskonkurranse for oppføring av et tilbygg ved Landvik sentralskole. Klagenemnda fant at innklagede hadde brutt forskriftens § 12-1 (1) ved å sette inn priser på deler av ytelsen som ikke var priset i valgte leverandørs tilbud. Innklagede hadde dessuten brutt kravet til forutberegnelighet i lovens § 5 ved ikke å avvise valgte leverandørs ufullstendige tilbud slik som varslet i konkurransegrunnlaget

Klagenemndas avgjørelse 20. april 2009 i sak 2008/202

Klager: Byggmester Asle Thorsen AS

Innklaget: Grimstad kommune

Klagenemndas medlemmer: Kai Krüger, Siri Teigum og Jakob Wahl.

Saken gjelder: Avvisning av valgte leverandørs tilbud.

Bakgrunn:

- (1) Grimstad kommune (heretter kalt innklagede) kunngjorde 25. august 2008 en åpen anbudskonkurranse for oppføring av et tilbygg ved Landvik sentralskole.
- (2) Fra konkurransegrunnlaget dokument "0-bok" hitsettes fra punkt 2 "Tildelingskriterier":

"Oppdragsgiver vil tildele kontrakten til den tilbyderen som etter en samlet vurdering har gitt det økonomisk mest fordelaktige anbudet.

I vurderingen vil følgende kriterier bli lagt til grunn:

- *Kompetanse og kvalitet* 30 %
- *Kapasitet* 20 %
- *Pris* 50 %"

[...]

2.3 Pris

Sammenlignbare anbudssummer, eks. merverdiavgift, basert på

- *Anbudssum korrigert for åpenbare feil*
- *Forbehold som kan prissettes*
- *Betalingsplan"*

- (3) Under konkurransegrunnlaget punkt 5.5. "Spesielle anbudsregler" het det bl.a.:

"Anbud gitt på del av ytelsen vil bli avvist."

- (4) Fra samme dokument hitsettes videre fra punkt 5.6 "Vurdering av anbud":

"Dersom det blir ansett som nødvendig for vurderingen, vil oppdragsgiver kalle inn til avklarende møte med en eller flere av de mest aktuelle leverandørene."

- (5) I konkurransegrunnlaget dokument "B1 Bygningsmessige arbeider" var det under punkt 1.2 "Tilbudssammendrag" inntatt følgende prisskjema som tilbyderne skulle benytte ved angivelsen av sine tilbudspriser:

"Undertegnede tilbyr seg å utføre entreprise:

Entreprise B1 Bygningsmessige arbeider

for Utvidelse Landvik skole i samsvar med beskrivelse og tegninger i henhold til nedenstående spesifiserte tilbudssum:

<i>Kap</i>	<i>Tekst (bygningsdel)</i>	<i>Sum</i>
01	<i>Rigg og drift</i>	
03	<i>Grunnarbeider</i>	
05	<i>Betongarbeider</i>	
07	<i>Stålarbeider</i>	
09	<i>Murerarbeider</i>	
10	<i>Flisarbeider</i>	
12	<i>Tømrerarbeider</i>	
14	<i>Vinduer</i>	
15	<i>Dører og glassfelt</i>	
16	<i>Låser og beslag</i>	
17	<i>Tekkearbeid</i>	
18	<i>Blikkenslagerarbeid</i>	
19	<i>Metallarbeid</i>	
21	<i>Malerarbeid</i>	
22	<i>Byggtapetsering</i>	
23	<i>Systemhimlinger</i>	
24	<i>Fast bygginnredning</i>	
25	<i>Bygningsmessig VVS</i>	
26	<i>Bygningsmessig elektro</i>	
28	<i>Rivingsarbeider</i>	
	<i>Sum</i>	
	<i>Merverdiavgift 25 %</i>	
	<i>Sum inkl MVA"</i>	

- (6) Innen tilbudsfristens utløp 26. september 2008 mottok innklagede fem tilbud, herunder fra Byggmester Asle Thorsen AS (heretter kalt klager) og Vårt Hus AS (heretter kalt valgte leverandør).

(7) I tilbudet fra Vårt Hus AS var kapitlene 24-26 i punkt 1.2 "Tilbudssammendrag" ikke prissatt. Totalprisen var på kr 5 858 481 eks. mva og kr 7 323 101 inkl. mva.

(8) I tilbudet fra Vårt Hus AS punkt 1.19 "Forbehold" var det opplyst følgende:

"Vi tar forbehold om prisstigning."

(9) I udatert anskaffelsesprotokoll fremgår det at innklagede har lagt til grunn at klagers totalpris var på kr 7 829 161 eks mva., og at totalprisen til Vårt Hus AS var på kr 6 454 374 eks. mva. Ved beregningen av prisen til Vårt Hus AS har innklagede fylt inn priser i de tre kapitlene som ikke var prissatt i tilbudet. En beregning utført av klagenemndas sekretariat viser at innklagede har lagt til grunn at Vårt Hus AS' samlede pris for de tre kapitlene var på kr 585 893.

(10) I brev av 24. oktober 2008 fikk klager kopi av et brev til Vårt Hus AS. Av brevet fremgår det at kontrakten var tildelt Vårt Hus AS. Videre var det lagt ved følgende evalueringsmatrise:

<u>Firmanavn</u>		<u>Byggm. Asle Thorsen</u>	<u>Vårt Hus</u>
<u>Tildelingskriterier</u>	<u>vekt/delvekt</u>	<u>poengsum</u>	<u>poengsum</u>
<u>KAPASITET</u>	0,20	1,90	1,60
<u>KOMPETANSE OG</u>	0,30	2,65	2,53
<u>KVALITET</u>			
<u>PRIS</u>	0,50	2,83	3,83
<u>Sum poeng</u>	1,00	7,38	7,95"

(11) Klager påklaget tildelingsbeslutningen i brev av 6. november 2008:

"I forbindelse med anbudsinnlevering har vinner av anbudet fått anledning til å justere sitt tilbud etter at innleveringsfristen er utgått. Dette ble bekreftet av prosjektleder [...] i samtale med undertegnede [...] på rådhuset i Grimstad. [...] bekreftet dog at det var justeringer innenfor regelverket. Prisen er justert med kr. 595.893,- eks. mva."

(12) Innklagede opplyste følgende i e-post til klager av 13. november 2008:

"Som dokumentasjon på at det ikke har vært foretatt forhandlinger med Vårt Hus AS og at de ikke har fått anledning til å levere nytt eller justere sitt anbud videresender jeg denne mailen fra vår arkitekt.

I oversikten nedenfor er utdrag fra arkitektens anbudskontroll. Anbyder nr 3 er Vårt Hus."

(13) I e-posten fra innklagede av 13. november 2008 var det også videresendt en intern e-post fra 7. oktober 2008, og fra denne hitsettes:

"Som avtalt har jeg tatt kontakt med Vårt Hus vedr. kapitler som ikke er priset. Vårt Hus aksepterer at vi legger gjennomsnittsprisen fra de andre anbudene til grunn for prising av disse kapitlene. Dette er gjort i vedlagte 'Anbudsprotokoll', der Ark 2 viser utregningen."

- (14) Saken ble brakt inn for klagenemnda i brev mottatt av klagenemnda 20. november 2008.
- (15) Kontrakt med valgte leverandør ble inngått 30. januar 2009.
- (16) I e-post til innklagede av 30. mars 2009 ba klagenemndas sekretariat opplyst hvilken totalpris som ble lagt til grunn ved evalueringen av valgte leverandørs tilbud.
- (17) Innklagede opplyste i e-post av 30. mars 2009 at valgte leverandørs totalpris var på kr 8 067 968.

Anførsler:

Klagers anførsler:

- (18) Valgte leverandør har ikke levert et fullstendig tilbud, og skulle derfor vært avvist, jf. forskrift om offentlige anskaffelser § 11-11 (1) bokstav f. Det vises til at valgte leverandør har unnlatt å prissette tre kapitler. Etter tilbudsåpning ble innklagede og valgte leverandør enige om at innklagede skulle legge inn gjennomsnittspriser fra øvrige leverandører for de kapitlene som ikke var priset. En tilbyder skal ikke få anledning til å endre priser etter tilbudsfrist. Dersom klager hadde utelatt enkelte eller flere kapitler og fått lagt inn et gjennomsnitt av de øvrige tilbudene, ville dette ha endret totalsummen slik at klager kunne hatt det beste tilbudet.

Innklagedes anførsler:

- (19) I den aktuelle konkurranse var det ikke anledning til å forhandle, men til å gjøre avklaringer av innsendte tilbud. Dette var spesielt nevnt i konkurransegrunnlaget punkt 5.6.
- (20) Valgte leverandør hadde ikke priset kapitlene 24-26 i sitt tilbud. Dette ble ansett som en åpenbar feil eller ufullstendighet ved tilbudet. Det var ikke tatt forbehold i valgte leverandørs tilbud for annet enn prisstigning. Innklagede la dermed inn et gjennomsnitt av de øvrige tilbudene for disse postene. Dette ble avklart på forhånd med valgte leverandør, slik at det ikke skulle være tvil om at det forelå en feil og ikke en bevisst utelatelse av prising på de aktuelle postene. Valgte leverandør fikk ikke anledning til å endre eller påvirke prisene. Som det fremgår av anbudsprotokollen, er prisene på de tre kapitlene gjennomsnittet av de øvrige enhetsprisene. De andre prisene er ikke endret, og er de samme som forelå ved tilbudsåpning (merk at prisene i protokoll fra tilbudsåpning er inkludert merverdiavgift).
- (21) Etter forskrift om offentlige anskaffelser § 11-11 (1) bokstav f skal et tilbud avvises *"når det på grunn av avvik, forbehold, feil, ufullstendigheter, uklarheter eller lignende i en anbudskonkurranse kan medføre tvil om hvordan tilbudet skal bedømmes i forhold til de øvrige tilbudene"*. Dette var ikke tilfelle i denne saken, da feilen eller ufullstendigheten ved tilbudet enkelt lot seg rette ved å benytte gjennomsnittsprisen fra de øvrige tilbyderne. Innklagede hadde således ikke plikt til å avvise valgte leverandørs tilbud.

- (22) Forhandlingsforbudet følger av forskriftens § 12-1 (1). Prisene fra valgte leverandør er ikke endret. Det er kun gjort en avklaring av en ufullstendighet ved tilbudet. Etter forskriftens § 12-1 (2) bokstav a har oppdragsgiver anledning til å foreta avklaringer for å få klarlagt uklarheter og ufullstendigheter i tilbudet. Det er bare dersom slike uklarheter og ufullstendigheter skal medføre avvisning, jf. § 11-11, at det ikke er anledning til å foreta avklaringer. Avklaringen som ble gjort overfor valgte leverandør var for å forsikre seg om at den manglende utfyllingen av pris i de tre aktuelle kategoriene var en feil, og ikke en bevisst utelatelse. Ufullstendigheten i valgte leverandørs tilbud gjaldt ikke vesentlige forhold ved tilbudet. Det var tale om tre av til sammen 20 kapitler, og prismessig utgjorde kapitlene en mindre del av totalprisen. Avklaringen som ble gjort fikk ikke betydning for rangeringen av tilbudene. Det foreligger således ikke noe brudd på forhandlingsforbudet.
- (23) Subsidiært anføres at dersom den manglende utfyllingen ikke hadde vært ansett som en åpenbar feil, skulle de manglende kapitlene vært ansett innkalkulert i andre poster med den følge at valgte leverandørs tilbudspris hadde vært enda lavere, jf. forskriftens § 12-2. Under enhver omstendighet ville ikke klager blitt tildelt kontrakten.

Klagenemndas vurdering:

- (24) Klager har deltatt i konkurransen og har saklig klageinteresse, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Anskaffelsen er en bygge- og anleggskontrakt og følger etter sin verdi forskrift om offentlige anskaffelser av 7. april 2006 nr 402 del I og II, jf. forskriftens §§ 2-1 og 2-2.

Endring i valgte leverandørs tilbud

- (25) Forskriftens § 12-1 (1) forbyr endring av innlevert tilbud hva enten dette skjer etter oppdragsgivers eller leverandørens initiativ – med eller uten forhandlinger. Det er ikke tillatt å endre pris, leveringstid eller andre forutsetninger som har betydning for konkurranseforholdet. Innklagede anfører at de ikke utfylte postene i valgte tilbyders tilbud var av beskjedent omfang – og at innsetting av snittpriser var uten betydning for rangeringen av tilbudene.
- (26) Forskriftens § 12-2 har en tolkningsregel om at ikke-prisede poster skal anses inkludert i tilbudets øvrige poster. Denne regelen kan åpenbart ikke brukes på unnlatelse av å utfylle hele kapitler i arbeidsbeskrivelsen, slik innklagede anfører.
- (27) Forhandlingsforbudet i forskriftens § 12-1 skal sikre likebehandling av leverandørene og forutberegnelighet, men skal også hindre muligheter for å spekulere i uklarheter ved tilbudet, jf. om det prinsipielle Høyesteretts dom i ”Veidekke”-saken Rt. 2003 s. 1531 ved premissene (43) og (44). Nemnda anser det som åpenbart at oppdragsgiver ikke egenrådig kan sette inn priser i leverandørens tilbud. Nemnda mener etter dette at innklagede har brutt forskriften ved å innregne andre priser enn de som valgte leverandør selv har oppført i sitt tilbud.

Hvorvidt valgte leverandør skulle vært avvist

- (28) Klager har anført at valgte leverandørs tilbud skulle vært avvist fordi tilbudet ikke inneholdt priser for kapitlene 24-26 i prisskjemaet i konkurransegrunnlaget dokument ”B1 Bygningsmessige arbeider”, punkt 1.2.

- (29) Av forskriftens § 11-11 (1) bokstav f følger det at oppdragsgiver har plikt til å avvise et tilbud i en anbudskonkurranse når det på grunn av *"ufullstendigheter [...] kan medføre tvil om hvordan tilbudet skal bedømmes i forhold til de øvrige tilbudene"*.
- (30) Ordlyden *"kan medføre tvil"* tilsier at det ikke skal så mye til før vilkåret er oppfylt, noe som også er lagt til grunn i FAD Veileder side 163.
- (31) Bestemmelsen er en konsekvens av forhandlingsforbudet ved anbudskonkurranser og av at det er leverandøren som har ansvaret for å utforme tilbudet korrekt, jf. Veileder FAD side 163.
- (32) I den foreliggende sak har valgte leverandør unnlatt å prissette tre av til sammen 20 kapitler. Det er således klart at tilbudet var ufullstendig. Innklagede har i evalueringen lagt til grunn at valgte leverandørs pris på de tre kapitlene til sammen var på kr 585 893 eks. mva., jf. premiss (9), og opplyst at dette var et gjennomsnitt av de øvrige tilbydernes pris, jf. premiss (20). Summen på kr 585 893 utgjorde ca. 10 % av valgte leverandørs totalpris på kr 5 858 481 eks. mva.
- (33) Det er ikke adgang til å avklare et tilbud dersom tilbudet skal avvises etter § 11-11, jf. § 12-1 (2) bokstav a. Innklagede hadde således ikke rett til å avklare med valgte leverandør at de øvrige tilbydernes gjennomsnittspris for kapitlene 24-26 skulle legges til grunn i evalueringen.
- (34) Videre bemerker klagenemnda at den manglende utfyllingen av tilbudspriser i valgte leverandørs tilbud i dette tilfellet må betraktes som en åpenbar feil. Regelen i forskriftens § 12-2 om at ikke-prisede poster skal anses innkalkulert i tilbudets øvrige poster kan ikke brukes når hele kapitler mangler prissetting. Siden det ikke er utvilsomt hvordan feilen skal rettes, kan feilen ikke rettes ensidig av oppdragsgiver. Innklagedes snittberegning i valgte tilbyders oppstilling betyr i realiteten at innklagede opererer med priser som ikke er tilbudt, jf forskriftens § 11-11 om avvisning på grunn av forhold ved tilbudet) og. forskriftens § 12-1 (3) som viser til § 11-1.
- (35) Etter forskriftens § 11-1 (1) bokstav f skal tilbud i anbudskonkurranse avvises når det på grunn av bl.a. ufullstendigheter kan medføre tvil om hvordan tilbudet skal bedømmes i forhold til de øvrige tilbudene. Innklagede anfører i den forbindelse at de utelatte kapitlene i valgte tilbyders tilbud var uten betydning siden klager uansett ville vært uten sjanse til å komme i posisjon for kontrakten. Det kan derfor være tvilsomt om tilbudet skulle vært avvist etter forskriftens bestemmelse. Imidlertid har innklagede i sitt eget konkurransegrunnlag varslet at tilbud på deler av ytelsen vil bli avvist (sitat ovenfor under (3)). Nemnda mener da at innklagedes egne regler for konkurransen medfører avvisningsplikt. Når innklagede allikevel velger å tildele kontrakten uten fullstendig prising av kapitlene for oppdraget i valgte leverandørs tilbud, bryter dette med kravet til forutberegnelighet i lovens § 5.

Konklusjon:

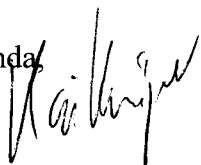
Grimstad kommune har brutt forskriftens § 12-1 (1) ved å endre valgte leverandørs tilbud etter tilbudsfristens utløp.

Grimstad kommune har brutt lovens § 5 ved å ikke avvise valgte leverandørs tilbud.

For klagenemnda

20. april 2009

Kai Krüger

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Kai Krüger', written over the printed name.