



**Klagenemnda
for offentlige anskaffelser**

Innklagede gjennomførte en åpen anbudskonkurranse for diverse entreprisearbeider i forbindelse med utbygging av en skole. Klagenemnda fant at klagers tilbud på rørtekniske arbeider ikke skulle vært avvist som unormalt lavt, og at saksbehandlingen ved avvisningen brøt forskriftens §§ 11-12 (1) og 11-12 (3). Det ble antatt at klager kunne ha krav på erstatning for den negative kontraktsinteresse.

Klagenemndas avgjørelse 23. juni 2008 i sak 2008/47

Klager: Hjelset Rørleggerservice AS

Innklaget: Aukra kommune

Klagenemndas medlemmer: Per Christiansen, Bjørg Ven, Andreas Wahl

Saken gjelder: Avvisning av unormalt lavt pristilbud. Erstatning for den negative kontraktsinteresse.

Bakgrunn:

(1) Aukra kommune (heretter kalt innklagede) kunngjorde 25. september 2007 en åpen anbudskonkurranse for diverse entreprisearbeider tilknyttet utbygging av en skole. Denne klagen refererer seg til entreprisen på de rørtekniske arbeider inkludert varmeanlegg.

(2) I konkurransegrunnlagets Bok 0, kapittel 0.3, var det fastsatt følgende tildelingskriterier:

"[...]

Ved valg av anbyder vil det bli tatt hensyn til følgende momenter, ikke nevnt i prioritert rekkefølge:

Anbudspriser

Oppstartingstid / Byggetid

Kapasitet

Kvalifikasjoner

Ved valg av anbud forbeholder tiltakshaver seg rett til fritt å kunne vektlegge/vurdere anbyders og anbudets alle sider. Tiltakshaver forbeholder seg rett til å forkaste alle anbud, hvis anbudssummen er utenfor de budsjetterte kostnadsrammer."

(3) Innen tilbudsfristens utløp mottok innklagede tre tilbud, deriblant fra Hjelset Rørleggerservice AS (heretter kalt klager).

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

- (4) I brev av 23. november 2007 ble klager informert om at selskapets tilbud var avvist som unormalt lavt. Det ble gitt følgende begrunnelse:

”Gjennomgang og sammenligning av anbudene viser at laveste anbyder klart har undervurdert og underpriset mange anbudsposter. Dette inngir ikke tilstrekkelig trygghet for at det blir levert det produkt og den oppfølging/service som forventes. Tiltakshaver vil ikke kunne være tjent med en leverandør som står i fare for å gå med vesentlig tap, og kanskje det som verre er – konkurs. Under henvisning til kap. 03 i Bok 0, bør anbudet fra laveste anbyder avvises.

Under henvisning til ovenstående kommentarer og til kap. 03 i Bok 0, avvises anbudet fra anbyder nr 2.”

- (5) I brevet av 23. november 2007 ble også følgende prisinformasjon fremlagt:

”Oppgitte summer er ekskl. mva.

Anb. Nr.	Anbyder	Anbudssum. Ikke Kontrollert.	Anbudssum. Kontrollert og korrigert			Prisstign.	Forbeh.om starttids.
1	Flatmo Rør AS	666.851	556.651			8.000	Ingen
2	Hjelset Rørl.servise AS	400.775	400.775			5.600	Ingen
3	Erling Lange AS	685.270	608.280			24.000	Ingen

[...]

Anbud 1 og 3 har nyttet samme automatikkleverandør, som har gitt sitt tilbud i 3 alternativer (tilbudene lå ved anbudet). I samråd med vvs-konsulent er det valgt det alternativ som samsvarer med anbudsförutsetningene. Dette har resultert i en vesentlig reduksjon i pris fra disse anbyderne.”

- (6) I det samme brevet informerte innklagede om hvem som vant anbudskonkurransen:

”Etter en samlet vurdering av mottatte anbud, både med hensyn til pris og til byggetid, samt trygghet for sikker leveranse, valgte kommunens plan- og byggenemnd i møte 20.11.07 at det opptas kontraktsforhandlinger med anbyder nr 1 - Flatmo Rør AS, som har nest laveste anbud, totalt sett.”

- (7) Klager kommenterte avvisningen i brev av 24. november 2007, og gjorde rede for noen av beregningene bak tilbudsprisene:

”[...]

Det var med stor forundring jeg mottok brev i dag der jeg fikk vite at mitt anbud var forkastet, grunnet påståtte feilpriser og underpriser.

Dette er påstander, som jeg etter å ha nøye gått gjennom mitt anbud, finner direkte fornærmende og sårende og vil måtte bli gjenstand for oppfølging.

Jeg skal ikke legge skjul på at noen RS poster er blitt noe lave, her tenker jeg spesielt på posten reise og diett, utover det kan jeg ikke se at jeg har regnet så veldig mye galt ut i fra vårt firma sine förutsetninger.

Så til noen enkle og klare fakta:

Netto materialkostnader for denne jobben er i følge min grossist satt til KR. [...]

Når det gjelder rør og deler har jeg brukt fittingsprosent [...] som regnes av kr [...], (som er prisen av meter rør.

Dette vil da utgjøre kr. [...] som legges til kr. [...] som igjen blir kr. [...].

Material kostnader kr.[...], minus anbudssum som er kr, 400 775. rest til lønn og fortjeneste er da kr. [...].

Hvis du da tar kr. [...] og deler på timepris som er kr. [...], da finner du ut at vi kan holde på i [...] timer med å gjøre denne jobben.

[...]”

- (8) Klagers kommentarer ble besvart av innklagede i brev av 10. desember 2007. Fra brevet hitsettes følgende:

”Jeg har tatt saken opp med kommunens prosjektleder. Vi tar selvfølgelig regelverket til etterretning, og beklager at vi har hoppet over denne opplysningsinvitasjonen.

Før vi legger saken frem for plan- og byggenemnda til ny vurdering, ber vi om å få tilsendt relevant redegjørelse/opplysninger som forklarer prisingen i anbudet. Samtidig må vi da også be om å få tilsendt manglende dokumentasjon av følgende: Skatteattest fra kemner, avgiftsattest fra skattefut, hmserklæring, samt dokumentert autorisasjon for montering av gassanlegg. De manglende dokumentasjoner kan også være avvisningsgrunn.”

- (9) Etter dette ga klager følgende opplysninger om anbudsprisingen i brev av 19. desember 2007:

”... Hjelset Rørleggerservice AS har innhentet materialbeskrivelse fra sin leverandør. Det er da brukt en "fittingsprosent" på [...] og beregnet en fortjeneste på material på [...] %. Enhetsprisene er så beregnet ut i fra standard akkorder med en k-faktor arbeid på [...].

De ovennevnte faktorer må sies å ligge innenfor det normale i bransjen. Det er herfra gjort muntlig henvendelse til Norske Rørleggerbedrifters landsforening som på generelt grunnlag kan bekrefte dette.

For deler av anbudet foreligger ikke standard akkorder. Hjelset Rørleggerservice AS har da gjort en konkret vurdering ut i fra anbudsdokumentene ved beregningen. Det synes lite hensiktsmessig å beskrive dette i brevs form for de enkelte poster og det legges til grunn at representant for Hjelset Rørleggerservice AS kan redegjøre for dette i møte. Det samme gjelder for så vidt også for den post som er trukket frem i Deres brev av 23.11.07, vedrørende oppfølging/service. I forhold til denne posten vises det til at sum anbud totalt for "kapittel 310 Diverse" er kr. [...]. Etter Hjelset Rørleggerservices' vurdering ligger denne prisingen muligens noe lavt, men likevel slik at dette ligger innenfor det akseptable og fullt ut er forsvarlig. Det anses fra bedriftens side at dette nettopp er en post hvor et lavt anbud kan være et fortrinn og således utslagsgivende i

konkurransen. Det synes hensiktsmessig at Hjelset Rørleggerservice AS redegjør for disse postene i møte.

[...]"

- (10) I tillegg ba klager om at det ble innkalt til et møte, slik at selskapet kunne gi ytterligere redegjørelse for anbudspostene.
- (11) I et brev av 26. februar 2008, fra byggelederen til plan- og byggenemnda, redegjorde byggelederen for hva som var skjedd i anbudskonkurransen, og for hvordan han vurderte anførselene i Hjelset Rørleggerservices klage. Fra brevet hitsettes følgende:

*"Entreprenene for utvidelse av Julsundet skole er utlyst i **åpen anbudskonkurranse**. I denne type konkurranse er det, etter gjeldende regelverk for offentlige anskaffelser, et absolutt forhandlingsforbud. Videre gjelder bl.a. prinsippet om likebehandling av leverandører.*

Ved åpen anbudskonkurranse skal alle relevante opplysninger kunne leses ut av det skriftlige anbud. I noen tilfeller kan det, i samsvar med regelverket, være nødvendig/riktig å innhente tilleggsopplysninger om noe som kan være uklart eller mangle. Det går frem av regelverket hva som er innenfor det tillatte.

Om en entreprenør skal få komme i møte med tiltakshaver for å redegjøre for sine prisforutsetninger etc., må også de andre anbyderne gis samme mulighet. Dette vil lett kunne få form av forhandlinger. Det er ikke tillatt å endre eller forsøke å endre anbudet gjennom forhandlinger etter anbudsfristens utløp.

I samsvar med gjeldende regelverk har klager fått skriftlig melding om at han gis anledning til skriftlig å legge frem relevante opplysninger som kan forklare de lave prisene. Det som er mottatt skriftlig fra klager må være å anse som fyldegjørende for den redegjørelse klager ønsker å gi.

[...]

Dersom en splitter opp anbudssummene etter hovedkapitlene, får en følgende oppsett:

Oppgitte summer er ekskl. mva.

Anb. nr.	Anbyder	Generelle Utgifter	Sanitær-anlegg	Varme-anlegg	Gass-anlegg	Automatikk-anlegg	Anbudssum. Kontrollert og korrigert
1	Flatmo Rør AS	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	556.651
2	Hjelset Rør.servise AS	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	400.775
3	Erling Lange AS	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	608.280

Kommentarer til mottatte anbud

Prisforskjellen mellom laveste og nest laveste anbud er ca kr 158.000 (ca 40 % differanse). Mellom laveste og høyeste anbud er forskjellen ca kr 226.000 (ca 55 % differanse). Prisforskjellen fra de to høyeste anbudene og ned til det laveste er påtagelig stort. Den siste tabellen viser at klager/laveste anbyder ligger lavest på alle hovedkapitlene.

Jeg har i ettertid - for sammenligningens skyld - kontaktet den fjerde rørleggeren, som hadde ferdig sitt anbud, men ble for sen i forhold til fastsatt innleveringsfrist, for å høre hvilke anbudssum han hadde kommet frem til. Anbudssummen lå der på ca kr 650.000 ekskl. mva. Pris for automatikken ville sikkert også der ha gitt noe reduksjon.

Jeg har også sammenlignet, så langt mulig, de tre mottatte anbud mot ett rørleggeranbud kommunen fikk for knapt tre år siden i forbindelse med Barnebo barnehage på Gossen. Denne rørlegger var den samme som foran her er benevnt som den fjerde anbyder, som ble for sen med innleveringen.

Generelt må anføres at enkelte enhetspriser spriker mer og mindre i alle retninger, noe som går igjen hos alle de foran nevnte anbyderne. Vi finner poster hos alle aktørene som er klart overpriset. Den jevneste prisingen har anbyder nr. 1 og den sammenlignede anbyder for barnehagen. Anbyder nr. 3 har de største variasjonene.

Anbyder nr. 2 har jevnt over de klart laveste prisene. Mange av anbudspostene er tydelig undervurdert og underpriset. Dette gjelder bl.a., og i særlig grad, kapitlet for de generelle utgifter (drifting av arbeidet, testing, innregulering, opplæring, instruksjonsbok, arbeid i garantitid m.v.). Selv om det ikke er de største beløp som omfattes av dette kapittel, så er det her medtatt særs viktige arbeider/leveranser for drift av anlegget og oppfølging i driftsfasen. Driftsfasen er spesielt viktig for en skole. Tiltakshaver må føle trygghet for at den utførende i det minste kan følge opp anlegget i garantitiden. Det er ikke priset for dette i anbudet. Når de øvrige hovedposter også er lavt priset, og underpriset, vil det vanskelig kunne gi store marginer for nødvendig oppfølging.

Klagers advokat anførte i sitt brev, bl.a. følgende, vedr. kapittel om generelle utgifter, jfr. foran: "Det anses fra bedriftens side at dette nettopp er en post hvor et lavt anbud kan være et fortrinn og således utslagsgivende i konkurransen. "

Dette oppleves som et kynisk spill med de verdier tiltakshaver ønsker å etablere, og det inngir ikke tilstrekkelig tillit og trygghet for at det blir levert det produkt og den oppfølging/service som forventes.

Anbudet inneholder etter dette ikke den kvalitet, kundeservice og teknisk bistand som er beskrevet og forventes. "

- (12) I brev av 27. februar 2008 fastholdt innklagede avvisningen av klagers tilbud. Fra brevet hitsettes følgende:

"Saken ble behandlet i Plannemda for tilbygg til Julsundet skole den 27.02.08. Plannemda tok først stilling til klagers ønske om å få delta i møte med tiltakshaver for å redegjøre for sin anbudsprising. Dette ble avslått.

Deretter ble klagen behandlet. Klagen ble ikke tatt til følge. Tidligere valg av leverandør opprettholdes."

- (13) Saken ble brakt inn for klagenemnda i brev av 11. mars 2008. Kontrakt med valgte leverandør ble inngått 10. mars 2008.

Anførsler:

Klagers anførsler:

- (14) Det foreligger ikke grunnlag for å avvise klagers tilbud på grunn av unormalt lave priser.
- (15) Forskrift om offentlige anskaffelser § 11-12 (1) ble brutt ettersom innklagede ikke skriftlig krevde de opplysninger om tilbudets sammensetning som ble ansett som relevante. Dette bruddet synes å være erkjent av innklagede i brev av 10. desember 2007.
- (16) Videre har innklagede ikke etterprøvd de enkelte delene av tilbudet på grunnlag av de forklaringer som er gitt, noe som utgjør et brudd på forskriftens § 11-12 (3). Særlig bemerkes det at innklagede overhodet ikke har kommentert at de faktorer/beregningsgrunnlag klager har brukt ved prising av anbud, klart er innenfor det normale i bransjen.
- (17) I denne sammenheng tillegges det at saksbehandlingen generelt har vært under enhver kritikk. Klager ba om et møte med innklagede for å kunne gi ytterligere redegjørelser, men fikk avslag uten at det ble bedt om noen slik redegjørelse.
- (18) Også innholdet i avvisningsvedtaket lider av feil. Innklagede hadde ikke grunnlag for å hevde at tilbudet medførte fare for at klager ikke ville gjennomføre sine forpliktelser etter anbudet. Det er heller ikke sannsynliggjort at klagers prising ville medført at han gikk med tap. Begrunnelsen om at det lave tilbudet i verste fall kunne føre til klagers konkurs, var det overhodet ikke grunnlag for.
- (19) Selv om kapitlet for de generelle utgifter er priset lavt, går det frem i anbudsinnbydelsen at det vil bli tatt hensyn til anbudspriser. Det å konkurrere på pris er dermed et sentralt element. I den lave prisingen lå det både risiko og potensiell fortjeneste for klager, og slik prising er ikke forbudt.
- (20) Klager ber om at nemnda vurderer grunnlag for erstatning, spesielt hensett til den negative kontraktsinteresse.

Innklagedes anførsler:

- (21) Etter at klager fikk anledning til å legge frem relevante opplysninger som forklarte de lave prisene, har innklagede vurdert saken på nytt. Innklagede opprettholder beslutningen om avvisning av klager på grunnlag av at tilbudet er unormalt lavt.
- (22) Det fremgår av anbudsdokumentene at pris alene ikke er avgjørende for valg av entreprenør, jf. kap. 03 i Bok 0. Innklagede bestrider ikke at det i prisingen er nyttet påslag/faktorer som er innenfor det normale i bransjen, noe som er tilfelle for materialprisen. En anbudspris/enhetspriser er imidlertid sammensatt av både materialpris og arbeid. Hvis arbeidstida undervurderes, vil enhetsprisen bli feil selv om materialprisen er noenlunde riktig. Etter innklagedes oppfatning har klager undervurdert arbeidstiden. Ellers vises det til innklagedes vurderinger i brev av 26. februar 2008.

- (23) Når det gjelder klagers ønske om å møte innklagede, er det ikke tillatt å møte tilbydere i åpne anbudskonkurranser.

Klagenemndas vurdering:

- (24) Klager har deltatt 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 II, jf. forskriftens §§ 2-1 og 2-2.

Avvisning som følge av lav tilbudspris

- (25) Innklagede har en skjønnsmessig adgang, jf. ordet "*kan*", til å avvise et tilbud dersom det er unormalt lavt i forhold til ytelsen, jf. forskriftens § 11-11 (2) bokstav c.
- (26) Klager anfører for det første at det foreligger brudd på forskrift om offentlige anskaffelser § 11-12 (1). Etter denne bestemmelsen må en oppdragsgiver skriftlig kreve de opplysninger om tilbudets sammensetning som han anser som relevante, før et tilbud som virker unormalt lavt kan avvises. Ut fra sakens dokumenter fremgår det at klagers tilbud ble avvist uten at innklagede først hadde krevd slike opplysninger, og det foreligger dermed brudd på forskriftens § 11-12 (1).
- (27) Videre anfører klager at innklagede ikke har etterprøvd de enkelte delene av tilbudet på grunnlag av de opplysningene som er gitt, jf. forskriftens § 11-12 (3). Etter at klager hadde redegjort for de lave prisene, ble avvisningsspørsmålet på nytt vurdert i brevet av 26. november 2008. Innklagede viste til at mange av anbudspostene var tydelig undervurdert og underpriset, og fremhevet at dette særlig var tilfelle for kapitlet for de generelle utgifter.
- (28) Det var bare for kapitlet for de generelle utgifter at innklagede forklarte hvorfor prisen virket unormalt lav i forhold til ytelsen. Hva gjaldt de andre anbudspostene, spesifiserte innklagede ikke hvilke av de enkelte postene han vurderte som underpriset, og gav heller ingen forklaring på hvorfor prisene ble vurdert slik. Når disse anbudspostene samlet utgjør den største delen av anbudet, og er del av begrunnelsen om å avvise tilbudet som unormalt lavt, burde de blitt etterprøvd grundigere enn dette. Forskriftens § 11-12 (3) er derfor brutt.
- (29) Klager anfører også at avvisningsvedtaket lider av innholdsmessige feil. Etter forskrift om offentlige anskaffelser kan et tilbud avvises når det "*virker unormalt lavt i forhold til ytelsen*", jf. § 11-11 (2) bokstav c. Ordlyden tilsier at tilbudsprisen må holdes opp mot verdien av ytelsen.
- (30) Differansen mellom klagers og de to andres tilbud var på henholdsvis kr 155 876 (ca. 40 %) og kr 207 505 (ca. 50 %). Hva verdien av ytelsen er i dette tilfellet fremgår ikke av faktum. Av klagenemndas uttalelse i sak 2005/57 følger det imidlertid at pris alene ikke gir rett til å avvise et tilbud som unormalt lavt:

"Det klare utgangspunktet er [...] at leverandørene er oppfordret til å konkurrere på pris, samt at lav pris er et konkurransefortrinn. Lav pris i seg selv kan således ikke være tilstrekkelig for å avvise tilbudet. Etter klagenemndas syn vil likevel et tilbud kunne avvises med grunnlag i § 15-10 (2) bokstav c dersom den lave prisen utgjør en risiko

ved gjennomføringen av leverandørens kontraktsforpliktelser, for eksempel ved at prisen indikerer dårlig kvalitet på tjenestene eller utgjør en fare for leverandørens økonomiske stilling, og som dermed kan påvirke leverandørens gjennomføringsevne (avsnitt 28).”

- (31) For at et tilbud skal kunne avvises som unormalt lavt, må det således foreligge omstendigheter som tyder på at anbyder vil få vansker med å oppfylle sine plikter etter kontrakten. Dette gjelder selv om anbyder har kalkulert med tap, jf. Rettleiar til reglane for offentlege anskaffingar, s. 166.
- (32) Innklagede begrunnet avvisningen med at prisen ikke gav tilstrekkelig trygghet for at det ble levert det produkt og den service man forventet, og med at prisen medførte fare for at klager gikk konkurs. Slike forhold kan begrunne en avvisning av et unormalt lavt tilbud, og spørsmålet blir dermed om innklagede hadde grunnlag for å hevde dette.
- (33) Innklagede har ikke dokumentert at klager risikerte store økonomiske vanskeligheter eller konkurs som følge av det lave tilbudet. Klager har på sin side fremlagt en oversikt over tilbudet som viser at han faktisk beregner fortjeneste på den tilbudte ytelse.
- (34) Når det gjelder arbeidstimer, har klager beregnet både antall timer og timepris. Innklagede har ikke dokumentert hvor mye arbeid som må påregnes, og dermed heller ikke i hvor stor grad klagers tilbud avviker fra dette. Selv om det senere skulle vise seg at klager har undervurdert arbeidsmengden, gir ikke dette i seg selv grunn til å frykte at han ikke vil oppfylle pliktene sine etter kontrakten. En slik undervurdering av arbeidsmengden vil i utgangspunktet gå utover klager, som da vil få enn lavere timepris enn beregnet.
- (35) Tilbudet kan etter dette ikke anses for å være unormalt lavt i forhold til ytelsen. Innklagede hadde dermed ikke adgang til å avvise tilbudet etter forskriftens § 11-11 (2) bokstav c.

Saksbehandlingen generelt

- (36) Klager anfører at saksbehandlingen generelt er under enhver kritikk, og fremhever i denne sammenhengen at hans ønske om et møte med innklagede ble avslått uten at det ble bedt om ytterligere redegjørelse.
- (37) Klager fikk etter hvert anledning til skriftlig å redegjøre for sine priser, og hadde dermed muligheten til å informere innklagede om det han måtte ønske. Nemnda finner ikke at saksbehandlingen innebærer et brudd på anskaffelsesreglene, og klagers anførsel kan ikke føre frem.

Erstatning

- (38) Klager har bedt om at nemnda vurderer grunnlag for erstatning, spesielt hensett til den negative kontraktsinteresse.
- (39) Klagenemnda har ikke grunnlag for å ta stilling til om vilkårene for erstatning for den positive kontraktsinteresse er oppfylt. Nemnda legger imidlertid til grunn at det er begått slike feil i gjennomføringen av konkurransen at klager kan ha krav på erstatning for den negative kontraktsinteresse.

Konklusjon:

Aukra kommune har brutt regelverket ved å avvise klagers tilbud, jf. forskriftens §§ 11-11 (2) bokstav c, 11-12 (1) og 11-12 (3).

Klagers øvrige anførsler har ikke ført frem.

For klagenemnda,

23. juni 2008

Andreas Wahl