



Klagenemnda for offentlige anskaffelser

Klager deltok i en åpen anbudskonkurranse gjeldende ombygging av Aursmoen skole. Klagenemnda fant at innklagede hadde brutt forskriften § 8-2 annet ledd ved ikke å opplyse samtlige leverandører om endringer foretatt i konkurransegrunnlaget. Klagenemnda fant videre at innklagede hadde brutt kravet til forutberegnlighet, jf. loven § 5, ved å foreta en skjønsmessig, forholdsmessig deling av posten "RIGG OG DRIFT" i klagers tilbud.

Klagenemndas avgjørelse 15. februar 2010 i sak 2009/146

Klager: Ove Skår AS

Innklaget: Aurskog Høland kommune

Klagenemndas medlemmer: Magni Elsheim, Kai Krüger og Siri Teigum

Saken gjelder: Endring av konkurransegrunnlag. Forutberegnlighet.

Bakgrunn:

- (1) Aurskog Høland kommune (heretter kalt innklagede) kunngjorde 6. mars 2009 en åpen anbudskonkurranse for ombygging av Aursmoen skole. Tilbudsfristen var satt til 17. april 2009, men ble senere forlenget til 24. april 2009. Kontrakt skulle tildeles det tilbud som hadde den laveste prisen.
- (2) Av konkurransegrunnlaget fremkommer det at ombyggingsarbeidet omfattet følgende elementer (heretter kalt hovedarbeidene):
 - Ny klasseromsfløy på 645 m² for barnetrinnet.
 - Ombygging av deler av eksisterende arealer benyttet av barnetrinnet, inklusive nye tekniske anlegg, utskifting av luftbehandlingsanlegg.
 - Ombygging av administrasjonsfløy og deler av klasseromsfløyen benyttet av ungdomstrinnet. Nytt inngangsparti i 3 etg., totalt 125 m² med heis.
- (3) I tillegg var det i konkurransegrunnlaget forespurt pris på opsjonsarbeider bestående i:
 - Utvidelse av ny klasseromsfløy med ytterligere 664 m²
 - Ny kantine.
- (4) Vedlagt konkurransegrunnlaget var en rekke skjemaer som tilbyderne skulle fylle ut og vedlegge tilbudet. I skjemaet kalt "TILBUDSSKJEMA", skulle leverandørene fylle ut pris på hovedarbeidene. På et annet skjema kalt "TILBUDSSKJEMA – OPSJONER", skulle det fylles ut pris på opsjonsarbeidene. De to skjemaene var for øvrig identiske. Den samlede prisen for hovedarbeidene og opsjonsarbeidene skulle deretter føres inn i

et tredje skjema, kalt "1.2.1 KAPITTELSAMMENDRAG". I dette skjemaet skulle det i tillegg blant annet angis pris for "RIGG OG DRIFT"-utgifter, en utgift som relaterte seg til både hoved- og opsjonsarbeidene.

- (5) Om adgangen til å inngi avvikende tilbud fremgår følgende av konkurransegrunnlaget:

"0.5 Tilbud på deler av oppdraget

Det er ikke adgang til å gi tilbud på deler av entreprisen.

0.6 Alternative tilbud

Det er ikke adgang til å gi tilbud på alternative løsninger i tillegg til eller i stedet for den som fremgår av tilbudsgrunnlaget."

- (6) Før inngivelse av tilbud, kontaktet Ove Skår AS (heretter kalt klager) innklagede og avtalte at klager, i sitt tilbud, kun skulle angi "RIGG OG DRIFT"-kostnader for hovedarbeidene, men ikke opsjonsarbeidene. Grunnen var at klager fant det vanskelig å gi et korrekt pristilbud for "RIGG OG DRIFT" – kostnadene for opsjonsarbeidene. Dette ble akseptert av innklagede.
- (7) Innen tilbudsfristen innkom ni tilbud, blant annet fra klager og Ø.M. Fjeld AS (heretter kalt valgte leverandør).
- (8) I klagers tilbud fremgikk det at utgiftene til "RIGG OG DRIFT"-arbeidet kun gjaldt hovedarbeidene. Totalpris på hovedarbeidene var 22 235 926 kroner og på opsjonsarbeidene 6 409 313 kroner, eksklusiv merverdiavgift. Klagers tilbudspris for hele anskaffelsen var fastsatt til 30 673 585 kroner eksklusiv merverdiavgift.
- (9) Valgte leverandør hadde i sitt tilbud, under posten "RIGG OG DRIFT", oppgitt en samlet sum for kostnadene knyttet til både hovedarbeidene og opsjonsarbeidene. Det fremkom ikke av tilbudet om, eller eventuelt hvordan, valgte leverandør hadde beregnet fordelingen av "RIGG OG DRIFT"-kostnaden på henholdsvis hovedarbeidene og opsjonsarbeidene. Valgte leverandørs tilbudspris for hele anskaffelsen var fastsatt til 30 894 664 kroner eksklusiv merverdiavgift.
- (10) Innklagede besluttet å ikke utføre opsjonsarbeidene. Da enkelte tilbydere hadde spesifisert "RIGG OG DRIFT"-beløpet for henholdsvis hovedarbeidene og opsjonsarbeidene, mens andre tilbydere bare hadde ført opp en samlet sum, fant innklagede at rigg- og driftskostnadene for opsjonsarbeidene måtte holdes utenfor for å kunne sammenligne tilbudene.
- (11) Om dette står det i anskaffelsesprotokollens kommentarfelt:

"Opsjoner blir ikke utført og ble ikke lagt til grunn i innstillingen. Rigg og driftspost for valgt tilbyder dekket også opsjoner. Byggherre foretok derfor en prosentvis reduksjon av rigg og drift for å få en sammenlignbar sum med nest laveste tilbyder. Dette ble gjort for ikke å komme i konflikt med forhandlingsforbud i åpen konkurranse."

- (12) I forbindelse med tilbudsevalueringen, utarbeidet innklagede en innstilling datert 8. juni 2009. I innstillingen ble det redegjort for hvordan innklagede hadde kontrollregnet, foretatt nye beregninger og vurdert tilbudssummene i tilbudene fra klager og valgte leverandør:

"Det har da blitt foretatt en nærmere vurdering av tilbudene fra Ø.M. Fjeld AS og Ove Skår AS.

Tilbudene har blitt kontrollregnet, og korrigert for summeringsfeil. Det er funnet noen avvik og forskjeller i tilbudene. Evt. poster som ikke har blitt priset i tilbudene, forutsettes som inkludert i tilbud.

Ved gjennomgang av tilbudene kom det frem at rigg og drift har blitt angitt på forskjellig vis. Ø.M. Fjeld AS, har angitt rigg og drift for hovedarbeider og opsjoner. Ove Skår AS, har angitt rigg og drift for hovedarbeider.

Tilbudssum uten opsjoner er basis for konkurranse.

For å få en sammenlignbar sum for begge entreprenører, uten å hente inn flere priser fra entreprenører, er det blitt utført følgende vurderinger for å komme fram til innstilling:

1) Tilbudssum eks. rigg og drift (eks. mva.).

Tilbyder	Tilbudssum	Kontrollregnet sum
Ø.M. Fjeld AS	Kr. 19 415 196,-	Kr. 19 553 470,-
Ove Skår AS	Kr. 19 939 872,-	Kr. 20 312 887,-

Laveste tilbyder for tilbudssum eks. rigg og drift er Ø.M. Fjeld AS.

2) Rigg og drift for Ø.M. Fjeld AS uten opsjoner (eks. mva.).

Det er blitt utført en prosentvis utregning av rigg og drift for Ø.M. Fjeld AS for å komme fram til en rigg- og driftssum eks. opsjoner. (Utregning er vist nedenfor.)

Tilbudssum eks. opsjoner kr. 24 915 196,- = 0,806

Tilbudssum inkl. opsjoner kr. 30 894 664,-

Kapittel sum rigg og drift inkl. opsjoner kr. 5 500 000,- x 0,806 = kr. 4 433 000,-

Kapittel sum rigg og drift eks. opsjoner er da kr. 4 433 000,-

Korrigert sum / sammenligningssum

Tilbudenes kontroll/korrigerings er da som følger (eks. mva.):

	Tilbyder	Tilbudssum eks. rigg og drift	Korrigert sum eks. rigg og drift	Rigg og drift eks. opsjon	Korrigert sum inkl. R&D
1	Ø.M. Fjeld AS	Kr. 19 415 196	Kr. 19 553 470	Kr. 4 433 000	Kr. 24 154 125
2	Ove Skår AS	Kr. 19 939 872	Kr. 20 312 887	Kr. 4 276 553	Kr. 24 607 920

Ø.M. Fjeld AS har laveste tilbud."

(13) Ved tildelingsbrev datert 11. juni 2009 ble valgte leverandør tildelt kontrakten. Klager påklaget tildelingen direkte til innklagede ved e-post 16. juni 2009. Ved brev 19. juni 2009 opprettholdt innklagede tildelingen.

(14) Saken ble brakt inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser ved klages brev 19. juni 2009.

Anførsler:

Klagers anførsler:

(15) Klager anfører at når de avtalte med innklagede at de kun ville oppgi "RIGG OG DRIFT"-kostnader for hovedarbeidene, hadde innklagede en plikt til å informere andre

tilbydere om det samme. Det anføres at ved ikke å gjøre dette har innklagede brutt kravet til likebehandling. Klager viser til at konsekvensen av at innklagede forsømte sin opplysningsplikt, var at en rekke andre tilbydere oppga en samlet *"RIGG OG DRIFT"*-kostnad for både hovedarbeidene og opsjonsarbeidene. Dette medførte at det var umulig for innklagede å evaluere hvilken tilbyder som hadde den laveste prisen for *"RIGG OG DRIFT"* knyttet til hovedarbeidene.

- (16) Klager anfører videre at når flere av tilbyderne angav en samlet *"RIGG OG DRIFT"*-kostnad for hoved- og opsjonsarbeidene, var det ikke mulig for innklagede, på en korrekt måte, å fordele *"RIGG OG DRIFT"*-kostnadene på henholdsvis hovedarbeidene og opsjonsarbeidene. Innklagede kunne da ikke holde opsjonsarbeidene utenfor evalueringen av hvilket tilbud som hadde lavest pris.

Innklagedes anførsler:

- (17) Innklagede anfører at det i konkurransegrunnlaget ikke var lagt opp til at fordelingen av rigg- og driftskostnadene for hoved- og opsjonsarbeider, skulle spesifiseres.
- (18) Innklagede anfører dessuten at det ligger innenfor det innkjøpsfaglige skjønn å vurdere hvordan opsjonstilbudene skal evalueres, så lenge dette er gjort på en objektiv og etterprøvable måte. Etter å ha mottatt tilbudene, bestemte innklagede seg for å ikke utføre opsjonsarbeidene. Rigg- og driftskostnadene måtte følgelig korrigeres for dette. I de tilbudene hvor *"RIGG OG DRIFT"*-kostnadene for opsjonsarbeidene ikke var spesifisert, valgte innklagede å foreta en forholdsmessig justering av denne posten.

Klagenemndas vurdering:

- (19) Klager har deltatt i konkurransen og har saklig klageinteresse, jf. forskrift 15. november 2002 nr. 1288 om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6 annet ledd. Klagen er rettidig. Anskaffelsen gjelder en bygge- og anleggskontrakt til en verdi under 41 millioner kroner og omfattes av lov 16. juli 1999 nr. 69 om offentlige anskaffelser og forskrift 7. april 2006 nr. 402 om offentlige anskaffelser del I og del II, jf. § 2-2 første ledd, jf. § 2-1 andre ledd.

Om samtlige leverandører er opplyst om endringer i konkurransegrunnlaget

- (20) Klager anfører at ettersom det ble avtalt med innklagede at klager kun ville angi *"RIGG OG DRIFT"*-kostnadene for hovedarbeidene, hadde innklagede en plikt til å informere de øvrige tilbyderne om dette.
- (21) Det følger av forskriften § 8-2 første ledd at oppdragsgiver *"innen tilbudsfristens utløp, har [...] rett til å foreta rettelser, suppleringer og endringer av konkurransegrunnlaget som ikke er vesentlige"*. De følger videre av bestemmelsens annet ledd at slike *"rettelser, suppleringer eller endringer skal umiddelbart sendes samtlige som har mottatt konkurransegrunnlaget. Opplysninger som oppdragsgiver gir på forespørsel fra en av leverandørene, skal meddeles alle."*
- (22) Slik konkurransegrunnlaget var utformet, var det ikke tvil om at innklagede etterspurte angivelse av en felles *"RIGG OG DRIFT"*-kostnad for både hoved- og opsjonsarbeidene. De fremgikk videre av konkurransegrunnlaget punkt 0.5 at *"det ikke [er] adgang til å gi tilbud på deler av entreprisen"*.
- (23) Når klager, før tilbudsfristens utløp, kontaktet innklagede med forespørsel om bare å oppgi *"RIGG OG DRIFT"*-kostnad for hovedarbeidene, var dette en forespørsel som stred mot konkurransegrunnlaget. Innklagedes aksept av dette medførte således en endring av konkurransegrunnlagets opprinnelige forbud mot å inngi deltilbud. En slik

endring er i utgangspunktet lovlig, jf. forskriften § 8-2 første ledd, all den tid den skjedde før tilbudsfristens utløp, og ikke er vesentlig.

- (24) Innklagede har imidlertid ikke opplyst samtlige leverandører om endringen, slik forskriften § 8-2 annet ledd krever. Konsekvensen av dette var at leverandørene inngav tilbud med forskjellige angivelser av posten *"RIGG OG DRIFT"*.
- (25) Klagenemnda er etter dette kommet til at innklagede har brutt forskriften § 8-2 annet ledd, ved ikke å opplyse samtlige leverandører om endringer foretatt i konkurransegrunnlaget.

Om innklagede kunne holde opsjonsarbeidene utenfor ved evalueringen

- (26) Klager anfører videre at innklagede ikke hadde anledning til å holde opsjonsarbeidene utenfor evaluering av hvem som hadde det beste tilbudet. Grunnen er at innklagede, i konkurransegrunnlaget, hadde bedt om at tilbyderne oppgav en samlet *"RIGG OG DRIFT"*-kostnad for både hoved- og opsjonsarbeidene. Det var da ikke mulig for innklagede å vite hvor stor del av denne kostnaden som relaterte seg til hovedarbeidene.
- (27) I utgangspunktet ligger det innenfor oppdragsgivers innkjøpsfaglige skjønn å avgjøre hvordan et tilbud skal prissettes, herunder hvorvidt tilbudet skal prissettes med en samlet sum eller flere delsummer. Dette gjelder også dersom anskaffelsen inkluderer en hoveddel og en opsjonsdel.
- (28) Klagenemnda har bare kompetanse til å overprøve oppdragsgivers innkjøpsfaglige skjønn dersom oppdragsgiver har brutt regelverket ved å legge feil faktum til grunn, eller ved å utøve et usaklig, sterkt urimelig eller vilkårlig skjønn. Klagenemnda kan også prøve om oppdragsgiver har brutt de grunnleggende kravene i loven § 5.
- (29) Av kravet til forutberegnelighet i loven § 5 følger blant annet at dersom oppdragsgiver ønsker å evaluere deler av tilbudene separat, må konkurransegrunnlaget legge opp til at tilbudene utformes slik at en separat evaluering er mulig.
- (30) Innklagede har i konkurransegrunnlaget angitt at det skulle oppgis en felles pris på *"RIGG OG DRIFT"*-kostnadene knyttet til hoved- og opsjonsarbeidene. Valgte leverandør hadde følgelig oppstilt sitt tilbud på denne måten. Når innklagede, ved evalueringen av tilbudene, foretar en justering i valgte leverandørs pristilbud ved å trekke fra en forholdsmessig sum fra den opprinnelig angitte pris, er dette i strid med konkurransegrunnlaget, og således også i strid med kravet til forutberegnelighet i loven § 5.

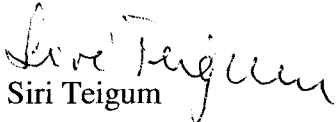
Konklusjon:

Aurskog Høland kommune har brutt forskriften § 8-2 annet ledd ved ikke å opplyse samtlige leverandører om endringer foretatt i konkurransegrunnlaget.

Aurskog Høland kommune har brutt kravet til forutberegnelighet, jf. loven § 5, ved å gjøre en skjønnsmessig, forholdsmessig deling av posten *"RIGG OG DRIFT"* i valgte leverandørs tilbud.

For klagenemnda for offentlige anskaffelser

15. februar 2010


Siri Teigum