



Klagenemnda for offentlige anskaffelser

Klager deltok i en åpen anbudskonkurranse om en drift- og vedlikeholdskontrakt med funksjonsansvar for området Høgsfjord i Rogaland fylke. Klagenemnda fant at det ikke forelå en åpenbar feil i klagers tilbud som innklagede pliktet å rette. Klagers anførsel førte ikke frem.

Klagenemndas avgjørelse 20. mai 2010 i sak 2009/226

Klager: Kolo Veidekke AS

Innklaget: Statens vegvesen Region Vest

Klagenemndas medlemmer: Jakob Wahl, Tone Kleven og Kai Krüger

Saken gjelder: Avvisning av klagers tilbud, retting av angivelig åpenbar feil.

Bakgrunn:

- (1) Statens vegvesen (heretter kalt innklagede) kunngjorde 14. november 2008 en åpen anbudskonkurranse om en drift- og vedlikeholdskontrakt med funksjonsansvar for riksveger og fylkesveger i området Høgsfjord i Rogaland fylke. Av kunngjøringen og konkurransegrunnlaget fremgår det at kontrakt skulle tildeles tilbudet med lavest pris. Tilbudsfristen var satt til 28. januar 2009.

- (2) Av konkurransegrunnlaget kapittel A3 "Orientering" punkt 1 "Prosjektets art og omfang" fremgår blant annet:

"Oppdraget omfatter drift og vedlikehold av øvrige riksveger, fylkesveger og gang- og sykkelveger langs riksveger med tilhørende sidearealer, utstyr og installasjoner i Forsand, Strand og Hjelmeland kommune, samt deler av Sandnes og Gjesdal kommune i henhold til vegliste gitt i vedlegg V1 og S20.

Arbeidet gjøres opp med rundsum for rundsumprosesser, iht. mengder og enhetspriser for enhetsprisprosesser og som regningsarbeid iht. timepriser for mannskap og maskiner."

- (3) Av konkurransegrunnlaget kapittel A3 "Orientering" punkt 5 "Beskrivelse, prosess typer og vegnettsoversikt" fremgår blant annet:

"Kap. E inneholder rundsumprosesser og enhetsprisprosesser. Rundsumprosessene summeres til kap. G2, og enhetsprisprosessene summeres til kap. G3.

Oppgjør for rundsumprosesser skjer med avtalt pris pr. år og vegtype, avregnet iht. faktureringsplan. Oppgjør for enhetsprisprosesser skjer etter avtalt enhetspris iht. utførte mengder. Nærmere faktureringsbestemmelser finnes i kap. D2 pkt.31."

- (4) Videre, i punkt 9 "*Spesielle forhold*", fremgår blant annet:

"Forhåndsprising på prosess 95.2

Prosess 95.23-95.25 er forhåndspriset av byggherren, og tilbyderer skal derfor ikke gi egen pris på disse prosessene, som inngår i summene i kap. G3 og G6. Jf. også omtale i kap D2 pkt. 30 og kap. E prosess 95.2."

- (5) Fra konkurransegrunnlaget kapittel D1 "*Spesielle tilbudsregler*" punkt 5 "*Prising, prisfordeling, poster som ikke er priset og retting av åpenbare feil*" siteres blant annet:

"Prosessene 95.23-95.25 er forhåndspriset av byggherren i kap. E, og tilbyderer skal ikke endre noe på disse prisene, som inngår som en del av totalsummen."

- (6) Fra konkurransegrunnlaget kapittel D2 "*Spesielle tilbudsregler*" punkt 30 "*Priser og prisnivå (jf. Kontraktsbestemmelser, kap. C pkt 23.2)*" hitsettes:

"I prosess 95.23-95.25 er enhetsprisen fastsatt av byggherren i kap. E i konkurransegrunnlaget. Denne enhetsprisen benyttes ved avregning og tilhørende mengderegulering i kontraktsperioden, og summen (enhetspris x anslått mengde) blir med i kontraktssummen i kap. G3 og kap. G6."

- (7) Prosess 95.2 "*Brøyting, rydding, strøing, m.m. – Regulerbart oppgjør*" gjaldt vinterdrift. I konkurransegrunnlaget kapittel E "*Prosessfordelt kravspesifikasjon*" fremgikk blant annet følgende om prosessen:

"x) Prosessen er delt i en fast del (grunnpakke) og en variabel del (prosess 95.23-95.25).

Prosess 95.23-95.25 er forhåndspriset av byggherren, og disse prisene skal ikke endres. Byggherrens priser er ikke fastsatt slik at de skal dekke alle kostnader tilknyttet brøyting og strøing, og entreprenøren må derfor i grunnpakkedelen i tilbudet innkalkulere alt som etter entreprenørens oppfatning ikke dekkes av prisen på prosess 95.23-95.25.

Brøyting, rydding, strøing, m.m. på g/s-veger, fortau og trapper inngår fullt ut i grunnpakkedelen.

For brøyting og strøing på øvrige arealer får entreprenøren oppgjør iht. prosess 95.23-95.25 og oppmålings-/oppgjørreglene under."

- (8) Fra konkurransegrunnlaget del E, side E47, fremgår det at for post 95.23, som gjaldt brøyting og høvling, var den fastsatte enhetsprisen på 20,00 kr per kilometer. For post 95.24, strøing med sand, var enhetsprisen satt til 200,00 kr per tonn, og for post 95.25, strøing med salt, var enhetsprisen satt til 500,00 kr per tonn for tørrsalt og 650,00 kr per tonn for befuktet salt og saltslurry.

- (9) Konkurransegrunnlaget del D1 inneholdt "*Spesielle tilbudsregler*". Fra punkt 7 "*Levering, åpning og behandling av tilbud (jf.kap. B pkt.9, 12 og 14)*" siteres følgende:

"Tilbudet skal pakkes og leveres i 2 lukkede konvolutter. Den ene konvolutten skal inneholde dokumentene som på side G1 er merket "firmakvalifiseringsdokumenter". Den andre konvolutten skal inneholde dokumentene som på side G1 er merket "prisdokumenter". Disse 2 konvoluttene skal hver for seg være merket med firmanavn,

kontraktsnr., kontraktsnavn og henholdsvis "firmakvalifiseringsdokumenter" og "prisdokumenter".

- (10) Det ble sendt ut revidert versjon av kapittel E henholdsvis 3. og 18. desember 2009, uten at dette er angitt å ha betydning i saken.
- (11) Innen tilbudsfristen mottok innklagede tre tilbud, deriblant et fra Kolo Veidekke AS (heretter kalt klager) og et tilbud fra og Mesta Drift AS (heretter kalt valgte leverandør). Den første delen av tilbudene, som bestod av firmaopplysninger, ble åpnet 28. januar 2009. Alle tre leverandørene ble funnet kvalifiserte.
- (12) Klager oppdaget en feil i sitt tilbud og sendte et brev til innklagede 12. februar 2009 hvor det blant annet fremgår:

"Ved en intern gjennomgang av tilbudsdokumentene har vi beklageligvis funnet ut at deler av grunnpakkene for vinterdelen postene 95.21, 95.22 og 95.23, tilbudets sider E46 og E47 ved en datafeil har blitt lagt på de ferdigprisede postene, 95.23, 95.241, 95.251 og 95.252.

Riktig fordeling skal i stedet være som vist på de 2 korrigerende sidene E46 og E47 som vedlegges dette brev i en lukket konvolutt.

Ovennevnte feilføring påvirker ikke tilbudets sluttsum eller innhold for øvrig."

- (13) Innklagede svarte klager ved brev 18. februar 2009 hvor det fremhodes at:

"I en åpen anbudskonkurranse har tilbyderne ikke anledning til å endre sine tilbud etter utløp av leveringsfrist, se forskrift om offentlige anskaffelser § 20-5 og § 21-1 (1).

Ved vår vurdering av Deres tilbud vil vi derfor forholde oss til tilbudet slik det forelå ved innleveringsfristens utløp.

Eventuelle avklaringer vil skje i henhold til § 21-1 (2).

Hitsendt konvolutt med korrigeringer vil ikke bli åpnet så lenge konkurransen pågår."

- (14) Den andre delen av tilbudene, som bestod av prisdokumentene, ble åpnet 5. mars 2009.
- (15) Fra anbudsprotokollen del II, under punkt 14 *"Tilbudsevaluering a) Tilbyder som avvises på grunn av forhold ved tilbudet (hjemmel og begrunnelse)"* sies det om klagers tilbud at:
- "Tilbyderen har endret på forhåndsprisede vinterprosesser. Det står i konkurransegrunnlaget at man ikke har anledning til å gjøre det [...]. Det vises også til brev fra tilbyderne der de bekrefter at de ved en datateknisk feil har byttet om på priser og rørt de ferdigprisede postene fra byggherrens side [...]."*
- (16) Under punkt b) *"Evaluering av tilbudene"* fremgår videre om klagers tilbud:

"Er billigst på innlevert pris. Tilbyderen har ikke brukt riktig versjon på kap. E, versjon av 18.12.08. De har levert inn pris på første versjon. Dette resulterer bla.a i at de har priset feil mengder og har feil tekst på noen av prosessene. I ovennevnte versjon lå det til grunn reduserte mengder på pr. 48 og 62, samt gjort endringer i teksten på pr. 37.9, 71.81 og 78.3. Som en følge av å ha brukt feil versjon, utgjør innleverte tilbud en lavere pris; -2.810.027,50.

Tilbyderen har i tillegg endret på forhåndsprisede vinterprosesser. Noe som ikke var mulig i konkurransen. Se kap. A3 orientering – spesielle forhold. Tilbudet blir derfor feil og ufullstendig."

- (17) Ved brev datert 25. mars 2009 meddelte innklagede at klagers tilbud var avvist. Begrunnelsen for avvisningen var følgende:

"Tilbudet avvises med hjemmel i "Forskrift om offentlige anskaffelser" § 20-13 (1)f. Avvisningen skjer fordi det er endret på priser som var forhåndspriset av byggherren. Det var ikke mulig å endre på disse prisene i tilbudet under konkurransen."

- (18) Klager påklagde avvisningen ved brev 2. april 2009. Klager anførte at feilprising av de forhåndsprisede postene var en åpenbar feil som oppdragsgiver skulle ha rettet. Fra brevet siteres:

"Rettingsplikten omfatter en korrigerende av beløpene i postene 95.23-95.25 (i samsvar med oppdragsgivers forhåndsprising av disse), og en korresponderende oppjustering av rundsumpostene side E46, punkt 95.3, underpunkt x) ("prosessen er delt i ...").

Kolo Veidekke kan ikke se hvordan en retting av den åpenbare feilen nevnt i det foregående på noen måte til kunne forrykke konkurranseforholdet mellom anbyderne.

Det klages dermed over avvisningen, og Kolo Veidekke må be seg tilkjent kontrakten etter å ha inngitt laveste pris."

- (19) Ved brev datert 15. april 2009 tilbakeviste innklagede klagers anførsler og opprettholdt beslutningen om å avvise klager. Fra brevet siteres følgende:

"Denne endrede prisfordelingen innebærer en endret balanse, herunder forskjøvet risiko, mellom entreprenør og byggherre. Endringene innebærer dermed at tilbud fra Kolo Veidekke ikke uten videre lar seg sammenligne med øvrige tilbud i konkurransen.

[...]

De viser til at totalprisen var korrekt. Det er for byggherren ikke mulig – og for så vidt heller ikke av betydning – å avgjøre om totalprisen er korrekt når det foreligger et forhold som må bero enten på en feil eller et forbehold. Når forholdet – endring av forhåndsprisen fra byggherren – først ble konstatert, måtte byggherren forholde seg til dette etter anskaffelsesregelverkets prosedyrer.

[...]

Tilbudet som ble levert av Kolo Veidekke inneholdt en endret prisprofil ettersom en forhåndspriset post var endret. Det mest nærliggende er å oppfatte dette som et

forbehold mot kontraktsvilkårene. Det var ikke uten videre naturlig å vurdere forholdet som en feil, siden det ikke forelå noen intern motstrid i tilbudet, men et avvik mellom konkurransegrunnlaget og tilbudet. Det er ikke mulig – uten å besitte flere opplysninger enn dem som fremkommer av tilbudet – med sikkerhet å kunne legge til grunn at det aktuelle avviket skyldes en feil. Uansett ville vilkårene for retting ikke vært oppfylt, siden det ikke er gitt at en retting av den justerte forhåndsprisen skulle medført en kronemessig lik oppjustering av rundsumpostene.”

- (20) Klager opprettholdt klagen over avvisningen ved brev 24. april 2009. Klager bad i tillegg om nærmere begrunnelse for hvorfor feilprisingen ikke ble rettet av innklagede samt begrunnelse for hvorfor det ikke var gitt at en retting av forhåndsprisen skulle medføre en kronemessig lik oppjustering av rundsumpostene.
- (21) Innklagede gav en nærmere begrunnelse for avvisningen i brev 4. mai 2009. Avgjørelsen om å avvise klagers tilbud ble opprettholdt.
- (22) Klager svarte ved brev 18. mai 2009 hvor det anføres at innklagedes begrunnelse i brevet sendt 4. mai 2009 ikke var tilstrekkelig. Klager opprettholdt anførselen om at feilprisingen var en åpenbar feil som innklagede pliktet å rette.
- (23) Innklagede besvarte ved brev 28. mai 2009 hvor det blant annet fremgår:

”Det skulle gå tydelig frem av våre brev at vi har ansett tilbudets prising av prosessene 95.23-25 som et forbehold, og ikke som en åpenbar feil.

Hvordan en eventuell retting skulle kunne gjennomføres, er således ikke avgjørende for spørsmålet om avvisning.

Slik vi ser det, har Statens vegvesen gjennom sine brev av 25.03.09, 15.04.09 og 04.05.09 oppfylt begrunnelsesplikten jf FOA § 20-16.”

- (24) Saken ble brakt inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser i brev 12. oktober 2009. Kontrakt med valgte leverandør ble inngått 15. april 2009.

Anførsler:

Klagers anførsler:

- (25) Avvisningen av klagers tilbud var urettmessig. Det forelå en åpenbar feil i klagers tilbud som innklagede pliktet å rette. Feilen i tilbudet var at de forhåndsprisede postene 95.23, 95.24 og 95.25 var endret. Feilen var åpenbar fordi en prising av postene i strid med forhåndsprisingen nødvendigvis vil måtte medføre avvisning av tilbudet. Videre hadde tilbyderne anledning til å innkalkulere i grunnpakkedelen alt som etter leverandørens oppfatning ikke ville dekkes av forhåndsprisene. Det forelå således ingen rimelig eller fornuftig grunn for klager til å endre de forhåndsprisene postene. Det var også åpenbart hvordan feilen skulle rettes, nemlig at postene skulle rettes tilbake til den forhåndsfastsatte prisen.

Innklagedes anførsler:

- (26) Innklagede bestrider at innklagede hadde plikt til å rette klagers tilbud. Det var ikke åpenbart at endringen av de forhåndsfastsatte prisene skyldtes en feil, og det var uansett ikke åpenbart hvordan feilen skulle rettes.
- (27) Når årsaken til feilen ikke kan klarlegges, vil oppdragsgiver måtte forholde seg til tilbudet slik det fremstår, dersom det ikke skal avvises på grunn av uklarheter eller opplysninger om at det er en feil som ikke kan rettes. I nærværende sak var det ikke mulig for innklagede uten videre å akseptere de endrede prisene i forhold til konkurransegrunnlaget. Avviket måtte vurderes som et forbehold, siden de kontraktsbestemmelsene som fremgikk av konkurransegrunnlaget de facto var endret i klagers tilbud. Det vises til at det ble gjort prismessige vurderinger av klagers tilbud, men det ble lagt til grunn at det ikke var grunnlag for sammenligning med de øvrige tilbudene i konkurransen.

Klagenemndas vurdering:

- (28) Klager har deltatt i konkurransen og har saklig klageinteresse, jf. forskrift 15. november 2002 nr. 1288 om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6, andre ledd. Klagen er rettidig. Anskaffelsen ble kunngjort og behandlet som en prioritert tjeneste omfattet etter forskriften Vedlegg 5 tjenestekategori (1), men skulle nok heller vært kunngjort som et bygge- og anleggsoppdrag, jfr. CPV-ref 45233141-9 som omfatter "Road-maintenance works". Klassifiseringen får imidlertid ikke betydning for hvilken del av forskriften som gjelder, kontrakten følger etter sin opplyste verdi lov 16. juli 1999 nr 69 om offentlige anskaffelser og forskrift 7. april 2006 nr. 402 om offentlige anskaffelser del I og III, jf. forskriften § 2-1 (4), jf. 2-2 (1).
- (29) Klager har antatt at det forelå en plikt for innklagede til å avvise klagers tilbud dersom de forhåndsprisede postene ikke skulle rettes av innklagede. Dette er imidlertid ikke et tema i saken, jf. den parallelle nemndsbehandling av sak nr. 2010/94 der Statens vegvesen Region sør hadde kunngjort en tilsvarende konkurranse med samme konkurransegrunnlag, der nemnda kom til at endring av forhåndsprisede poster som i følge konkurransegrunnlaget ikke skulle prises, allikevel ikke medførte avvisningsplikt. For klagenemnda er den foreliggende sak uansett begrenset til spørsmålet om det forelå en åpenbar feil ved klagers tilbud, og om innklagede pliktet å rette denne.
- (30) Det følger av forskriften § 21-1 (3) at dersom *"oppdragsgiver blir oppmerksom på åpenbare feil i tilbudet, skal disse rettes dersom det er utvilsomt hvordan feilen skal rettes."*
- (31) Den sentrale begrunnelsen klager har fremført som grunnlag for at det skulle foreligge en åpenbar feil, er at endringen ikke kan ha vært tilsiktet ettersom endringen med nødvendighet måtte medføre avvisning. Som nevnt er denne antagelsen ikke holdbar, jf. nemndas avgjørelse i den parallelle sak 2010/94, der en anførsel om plikt til å avvise tilbud fra valgte leverandør med endring i de forhåndsprisede poster, ikke ble tatt til følge. Hvis klagers tilbud ikke skulle eller kunne endres, er forholdet dermed at tilbudet slik det er inngitt skal betraktes som leverandørens bindende tilbud ved tilbudsevalueringen, jfr. om de anbuds- og kontraktsrettslige konsekvenser av dette en høyesterettsdom inntatt som Rt. 2003 s. 1531 "Veidekke".

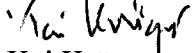
- (32) Etter tilbudsfristens utløp er det ved anbudskonkurranse verken adgang eller plikt til å endre eller rette tilbud. Dette følge av forskriften § 21-1 (1). Det gjelder et unntak for retting av åpenbare feil, jf. § 21-1 (3). Slik retting forutsetter både at feilen er åpenbar og at det er like åpenbart hvordan feilen skal rettes. Forskriften viser her til den alternative avvisningsadgang etter forskriften § 20-13, men avvisning må forutsette enten vesentlige avvik eller rangeringstvil. "Veidekke"-dommen Rt. 2003 s 1531 viser at en enhetspris som ikke var tilsiktet vil binde tilbyderer selv om oppdragsgiver har mistanke om at det kan foreligge en misforståelse. Det oppstår følgelig ikke rangeringstvil som tilsier avvisningsplikt etter forskriften § 20-13 (1) bokstav f. Det foreligger i slikt tilfelle dermed verken avklaringsrett etter forskriften § 21-2 (2) bokstav a, avvisningsplikt eller rett til avvisning.
- (33) De forhåndsprisede postene var priset som enhetspriser, som etter konkurransegrunnlaget kapittel A3 punkt 5 skulle gjøres opp i henhold til utførte mengder. Innkalkulering av kostnader i grunnpakkedelen ville derfor ikke gjenspeile kostnadene ved avvik fra anslått mengde. Det var på denne bakgrunn hverken åpenbart at det forelå en feil ved at de forhåndsprisede postene var endret (jf. tilsvarende sak 2010/94) – eller i gitt tilfelle åpenbart hvordan slik retting skulle gjøres. Klagers anførsel fører derfor ikke frem. Nemnda tilføyer at klagers tilbud med urette ble avvist siden det verken medførte rangeringstvil eller avvek fra konkurransegrunnlaget, men dette forhold – og de konsekvenser avvisningen kan ha medført - er ikke påberopt i saken, jf. klageforskriften § 12 om at nemnda er bundet av partenes anførsler.

Konklusjon:

Innklagede hadde ikke plikt til å rette klagers tilbud etter forskriften § 21-1 (3) da det ikke forelå en åpenbar feil i tilbudet. Klagers anførsel har ikke ført frem.

For klagenemnda,

20. mai 2010


Kai Krüger