



Klagenemnda for offentlige anskaffelser

Klager har deltatt i en åpen anbudskonkurranse for entreprise på stål- og montasjearbeider på Hardangerbrua. Klagenemnda fant at innklagede hadde brutt forskriftens § 22-3 første ledd, jf. § 20-16 første ledd, ved ikke å gi klager en rimelig frist til å klage over tildelingsbeslutningen. Klagers øvrige anførsler førte ikke frem.

Klagenemndas avgjørelse 5. oktober 2009 i sak 2009/57

Klager: American Bridge Norway AS

Innklaget: Statens vegvesen Region vest

Klagenemndas medlemmer: Kai Krüger, Georg Fredrik Rieber-Mohn og Andreas Wahl

Saken gjelder: Avvisning av valgte leverandør. Avvisning av valgte leverandørs tilbud. Klagefrist.

Bakgrunn:

- (1) Statens vegvesen Region vest (heretter kalt innklagede) kunngjorde 8. juli 2008 en åpen anbudskonkurranse kalt "BRU-02 Stål- og montasjearbeider". Entreprisen bestod av stål- og montasjearbeider på Hardangerbrua, og var en del av prosjektet "Rv. 7/rv. 13 Hardangerbrua med tilførselsveger".
- (2) I konkurransegrunnlaget kapittel D1 "Spesielle tilbudsregler" fremgikk det av punkt 3 at tildeling av kontrakt skulle skje på grunnlag av laveste pris.
- (3) Fra konkurransegrunnlaget kapittel F "Firmaopplysninger for vurdering av tilbyders egnethet (inkl HMS-erklæring)" hitsettes følgende om kvalifikasjonsvurderingen:

"Tilbyder som ikke tilfredsstiller byggherrens egnethetskriterier vil bli avvist, jf. "Forskrift om offentlige anskaffelser" §§ 8-4 og 17-4.

[...]

Kriterier for bedømmelse

1. *Opplysningene blir skjønnsmessig vurdert. Byggherren vil også legge vekt på opplysninger som innhentes ved interne evalueringer.*
2. *Alle enkeltvurderinger som gir resultatet 0 poeng, vil medføre at tilbudet avvises.*
3. *Det gjøres en samlet vurdering av opplysningene i dette kapittel, og det beregnes en gjennomsnittsverdi for poenggivningen. Dersom denne gjennomsnittsverdien er større eller lik 2,25 vurderes tilbyder som egnet. I motsatt fall, hvor*

gjennomsnittsverdien er mindre enn 2,25 vurderes tilbyderens som uegnet, og avvises.

Retningslinjer og veiledning for skjønnsutøvelsen ved vurdering av kvalifikasjoner etter dette kapittel er gitt i rundskriv.

- (4) Følgende kvalifikasjonskrav fremgikk av punkt F4 "HMS og kvalitetssikring":

"Det skal gis en kort beskrivelse (maks 1-2 sider) av tilbyders system for HMS. Den skal bl.a. vise hvordan systemet er bygd opp, rutiner for og tidspunkt for siste revisjon og hvem av bedriftens ansatte som er engasjert i arbeidet.

F4.1 HMS

<i>Oppgi navnet på HMS-ansvarlig og antall personer i firmaets HMS-administrasjon (ekskl. prosjektpersonell)</i>
<i>Prinsippskisse for HMS-systemet (innholdsfortegnelse med mer.)</i>
<i>Rutiner for revisjon</i>
<i>Tidspunkt for siste revisjon</i>

I følgende tabell skal det oppgis H-verdier (H1-verdier, skader med fravær) for de tre siste årene. Datagrunnlaget er det samme som inngår i rapportskjema som den enkelte virksomhet er pålagt å oppbevare i virksomheten og fremvise på oppfordring.

Tabell F4.1

<i>År</i>			
<i>H-verdi</i>			

- (5) Det vedlagte rundskriv som konkurransegrunnlaget viste til (ovenfor (3)) var utarbeidet av Statens vegvesen 15. april 2005 som "NA-rundskriv 05/5" og innledet med et avsnitt om "Vurdering av tilbyderes kvalifikasjoner". Fra dette hitsettes følgende fra s. 1-2:

"Grunnlaget for kvalifikasjonsvurderingene er opplysninger og tilhørende dokumentasjon i kapittel F i konkurransegrunnlaget.

Rundskrivet er ikke ment å være detaljerte og fullstendige saksbehandlingsregler, men skal være et hjelpemiddel for skjønnsutøvelsen.

Praktisering av kvalifikasjonsvurdering

[...]

Det er meget viktig at Statens vegvesen praktiserer ordningen for kvalifikasjonsvurderingen enhetlig. Det skal etterstrebes at etaten har lik oppfølging av entreprenør for all virksomhet hvor den er byggherre. Også her gjelder de alminnelige og uskrevede regler for skjønnsutøvelse, som forbyr vilkårlig skjønn, skjønn som beror på usaklig forskjellsbehandling eller er grovt urimelig. Regionvegkontorene skal sørge for at kvalifikasjonsvurderingen skjer i henhold til dette rundskriv.

[...]

Det skilles ikke mellom mer eller mindre egnet, bare mellom egnet og ikke egnet. Enten tilfredsstiller tilbyder egnethetskravene og er egnet, eller så gjør han det ikke, og er følgelig ikke egnet, og skal avvises.”

- (6) Videre hitsettes fra rundskrivets s. 4-5:

Grense for avvisning

Det beregnes gjennomsnittsverdi for alle kriteriene F1 - F7. Dersom tilbyder ikke oppnår 2,25 poeng eller mer i gjennomsnitt, vurderes tilbyderen som uegnet og skal dermed avvises.

Dersom tilbyder får 0 poeng på ett kriterium skal tilbyderen avvises som uegnet.

[...]

Vurdering og poenggivning for de enkelte kriterier

[...]

Generelt skal poengskalaen brukes slik:

- 4 poeng gis når gitte opplysninger og dokumentasjon er fullt ut dekkende og svært bra.
- 0 poeng gis når de gitte opplysninger er uakseptable eller når det ikke kan redegjøres for at kravene kan oppfylles.

Dersom tilbyder får 0 poeng på ett kriterium skal tilbyderen avvises som uegnet. Dette gjelder også enkeltkriterium der det beregnes gjennomsnitt, F3 og F4. Dette betyr at 0 poeng skal gis kun der en vurderer kriteriet så dårlig oppfylt at dette er uakseptabelt, og tilbyder er uegnet.”

- (7) Følgende hitsettes fra rundskrivets s. 7 om HMS-kriterier:

”F4 HMS og kvalitetssikring

F4.1 HMS. Ulykkesfrekvens (H-verdi)

Krav til H-verdi skal gjelde for kontrakter over 50 mill. kroner, uavhengig av kvalifikasjonskategori. H-verdi uttrykker ulykkesfrekvensen.

$H\text{-verdi} = \text{antall arbeidsulykker m/fravær} \times 1.000.000 / \text{antall utførte timeverk (pr. år)}$

Virksomhetens gjennomsnittlige H-verdi de siste tre år beregnes, og det gis poeng ut fra følgende tabell:

<i>H</i>	<i>< 5</i>	<i>5-10</i>	<i>11-19</i>	<i>20-30</i>	<i>>30</i>
<i>Poeng</i>	<i>4</i>	<i>3</i>	<i>2</i>	<i>1</i>	<i>0”</i>

- (8) Rundskrivet utgjorde et vedlegg til konkurransegrunnlaget, men det fremgår av et senere notat fra Vegdirektoratet datert 9. januar 2009 at rundskrivet i omtalen av H-verdiene inneholdt en unøyaktighet, jf. nedenfor under (16).

- (9) Innen tilbudsfristen 5. november 2008 mottok innklagede tilbud fra de fire leverandørene American Bridge Norway AS (heretter kalt klager), MT Højgaard AS (valgte leverandør), Cleveland Bridge UK og Hollandia B.V. og HSM B.V.
- (10) I protokoll fra tilbudsåpning 5. november 2008 fremgikk det at leverandørenes priser var som følger:

Cleveland Bridge UK og Hollandia B.V.:	kr 1 192 889 781,91
Klager:	kr 1 137 731 156
MT Højgaard AS	kr 761 196 341
HSM B.V.	kr 1 151 218 812,17

- (11) I brev til innklagede av 25. november 2008 opplyste MT Højgaard AS følgende:

"I lyset av den store forskel mellem MT Højgaard a/s og de øvrigt bydendes pris, har vi gennemgået vort tilbud af 5. november 2008. Gennemgangen har vist følgende fejl i vores tilbud og tilbudspris:

Element D58 Avstivningsbærer

Prosess nr. 85.221 kr. 17.519.442,- millioner

Prosess nr. 85.23 kr. 53.731.475,- millioner

Hvor der fejlagtigt i Mengdeoppsett har været anført kr. 0,- på begge poster.

Såfremt ovenstående fejl ikke var foretaget ville den samlede tilbudspris være kr. 832.447.258,- millioner.

Under hensyn til oppgavens omfang, og mulighetene for at sikre et for alle parter tilfredsstillende byggeforløb, skal MT Højgaard a/s anmode om at Statens Vegvesen regulerer tilbudsprisen i overensstemmelse med ovenstående.

Ovenstående regulering foreslås for at undgå at oppgaven skal gjennomføres med et allerede fra starten kjent økonomisk tab for MT Højgaard a/s. Selv etter en regulering af kontraktsummen skal MT Højgaard a/s tillade sig at påpege, at Statens Vegvesen har modtaget et meget konkurrencedygtigt og fordelagtigt tilbud fra MT Højgaard a/s."

- (12) MT Højgaard AS opplyste videre følgende i et annet brev av 25. november 2008:

"Op til og efter afgivelsen av vores tilbud den 5. november 2008, har de finansielle uroligheder i de internationale finansmarkeder medført at kursen for den norske krone er blevet ændret væsentligt.

Det er klart, at ændringene i kursen røkker betydelig ved forudsætningerne for afgivelsen av vores tilbud.

Det er derfor vores opfattelse, at nationalbankernes indgriben i finansmarkedet er omfattet NS 3430, pkt. 23.1.2, andet afsnit, og at MT Højgaard derfor har ret til regulering af kontraktsummen, da ændringerne og det deraf afledte kurstab – ikke dækkes af NS 3430, pkt. 23.1.1.

Den samlede effekt af de internationale banker og nationalbankers dispositioner på den korrigerede tilbudspris på kr 832.447.258,- kan ikke opgøres endeligt endnu, men d.d. kan effekten opgøres til kr. 48.872.400,-

MT Højgaard mener det skal tages højde for dette forhold når kontraktsummen fastsættes.”

- (13) MT Højgaard sendte et nytt brev til innklagede datert 22. desember 2008, hvor det blant annet fremgikk følgende:

”Siden vores brev til jer af 25. november 2008, er urolighederne på det internationale finansmarked som bekendt fortsat, hvorfor nationalbankerne har foretaget yderligere indgreb i markedet.

Det har blandt andet haft den konsekvens, at kursen på den norske krone er faldet yderligere, og at den samlede effekt af de internationale og nationale bankers dispositioner på vores korrigerende tilbudspris på kr. 832.447.258, derfor er blevet større. Således kunne effekten på vores korrigerende tilbudspris pr. 19. december 2008 opgøres til kr. 87.383.860, hvor effekten den 25. november 2008 kunne opgøres til kr. 48.872.400, en forskel på kr. 38.511.460.

Problemstillingen er som beskrevet i vores brev af 25. november 2008 efter vores opfattelse omfattet af NS 3430, pkt. 23.1.2, andet afsnit, hvorfor MT Højgaard har ret til regulering af kontraktsummen.

Indgrebenes virkning på kursudviklingen og den deraf afledte effekt på MT Højgaards tilbudspris – både målt i kroner og procentuelt – har, som det fremgår ovenfor, været betydelige. Derudover er der tale om indgreb udenfor MT Højgaards kontrol, som MT Højgaard hverken kunne eller burde have forudset i forbindelse med afgivelse af tilbudet. Udover at forudsætningerne for MT Højgaards afgivelse af tilbud må siges at være bristet, er det derfor også MT Højgaards opfattelse, at der foreligger force majeure i den foreliggende situation.

På baggrund av ovennævnte – og da yderligere indgreb i det finansielle marked ikke kan udelukkes – er der efter MT Højgaards opfattelse et stort behov for en snarlig afklaring af, hvem Statens Vegvesen ønsker at tildele entreprisen ”BRU-02 Stål- og Montasjearbeider” til, så parterne kan mødes og forsøge at nå til enighet om, hvordan effekterne af indgrebene på det finansielle marked til dato skal håndteres, og desuden drøfte hvordan yterligere tab som følge af indgrep i det finansielle marked begrænses.”

- (14) Fra innklagedes kvalifikasjonsvurdering av MT Højgaard AS hitsettes følgende:

”F4 HMS OG KVALITETSSIKRING

[...]

F4 HMS OG KVALITETSSIKRING
[...]
F4.1: HMS Ulykkesfrekvens (H-verdi) Brukes for kontrakter over 50 mill

Tabell F4.1				
<i>År</i>	<i>2008</i>	<i>2007</i>	<i>2006</i>	
<i>H-verdi</i>	<i>27,0</i>	<i>31,4</i>	<i>41,3</i>	
			<i>33,2</i>	
Poeng F4.1				0
F2 Kvalitetssikring				
<i>[...]</i>				
<i>Poeng F4.2:</i>				3,5
Poeng F4:				1,8"

- (15) Innstillingen fra innklagede ble lagt frem for avgjørelse i Vegdirektoratet.
- (16) Vegdirektoratets vurderinger av valgte leverandørs kvalifikasjoner fremgår av notat av 9. januar 2009. Etter å ha referert det som stod i NA-rundskriv 05/5 på s. 7 om vurderingen av F4.1 (jf. premiss (7)), har Vegdirektoratet kommentert omtalen av H-verdiene for HMS på følgende vis:

"Dette er egentlig en unøyaktighet. Det er under opplysninger på F-sidene i konkurransegrunnlaget bedt om flere opplysninger for bedømmelse av HMS. Det er fortsatt meningen at disse øvrige opplysningene skal telle med ved bedømmingen av F4.1. Opprinnelig var det bare de øvrige opplysningene som avgjorde vurderingen på F4.1. Da en endret NA-Rundskrivet 05/5 i 2005 og i tillegg ba om opplysninger om H-verdi, glemte en å beskrive vurderingen av øvrige faktorer. Det har imidlertid vært underforstått at også øvrige faktorer skal telle med i vurderingen. Dette vises også gjennom det faktum at vi ellers ikke hadde hatt noen bedømming av HMS for kontrakter under 50 mill. kroner, fordi kravet om å oppgi H-verdi først slår inn ved denne grensen.

I tillegg står følgende på side F1 i konkurransegrunnlaget:

"Kriterier for bedømmelse

- 1. Opplysningene blir skjønnsmessig vurdert. Byggherren vil også legge vekt på opplysninger som innhentes ved interne evalueringer.*
- 2. Alle enkeltvurderinger som gir resultatet 0 poeng, vil medføre at tilbudet avvises."*

og

"Retningslinjer og veiledning for skjønnsutøvelsen ved vurdering av kvalifikasjoner etter dette kapittel er gitt i rundskriv."

Etter vår vurdering er det følgelig ikke korrekt å anvende regneøvelsene som oppgis i rundskrivet som eneste kriterium for å sette 0 poeng. Regneøvelsene, annen innlevert informasjon og innhentet supplerende informasjon skal samlet gi grunnlag for den skjønnsmessige vurderingen.

F4 HMS OG KVALITETSSIKRING

[...]

1. Det sies i rapporten at utviklingen ikke er tilfredsstillende og dette gjenspeiler seg i målene og handlingsplanen for 2006. Selskapet planlegger å få utarbeidet en oversikt over selskapets sikkerhetskultur i samarbeid med "The Danish National Institute of Occupational Health".
2. Det sies i rapporten at målet var å redusere H-verdien til 35, men at dette ikke er nådd. Handlingsplanen for 2007 er følgelig å oppnå det overordnede målet samtidig som en har delmål knyttet til holdningsskapende arbeid innen helse og sikkerhetskulturen.
3. I rapporten pekes det på at foregående års målsetting ble oppnådd og de mener dette skyldes tidligere års målsetting og holdningsskapende arbeid. Selskapets målsetting er å minimalisere H-verdien (accident frequency rate). Målsettingen for 2008 er å oppnå en H-verdi lavere enn 30.

Ser en samlet på målsetting og resultatutvikling virker det som firmaet nå ligger an til å oppnå målsettingen om å komme under 30 i H-verdi.

MTH og JKP konsortiet oppgir til sammenlikning en H-verdi på 27,0 for 2008 til og med 3. kvartal.

MT Højgaard har videre fått Certifikat på at arbeidsmiljøledelsessystemet er i overensstemmelse med kravene i DS/OHSAS 18001:2004, Bek. Nr. 87 av 31/01/2005. Certifikatets gyldighedsområde er "Bygge-og anleggsvirkasomhet i Danmark samt intenationale opgaver indenfor Europas grænser samt Grønland og Færøerne".

Vurdering

Dersom en beregner H-verdien for firmaet MTHøjgaard skjematisk etter de 3 siste hele årene, får en 38,1. Vurderer en derimot resultatene på bakgrunn av selskapets arbeid med HMS siden årsskiftet 2005/2006 ser en sterk endring. I årsrapporten for 2005 satte en fokus på problemet og varslet en kursendring. I 2006 arbeidet en med å få oversikt over problemet, mens en i 2007 har hatt fokus på holdningsskapende arbeid. Målsettingen for 2008 har blitt skjerpet og resultatene synes å bli ytterligere forbedret. Vår vurdering på bakgrunn av resultater og selskapets fokus i senere år, tilsier etter vår mening at selskapet i dag synes å tilfredsstillere våre krav til H-verdi, og at det ikke er korrekt å gi de 0 poeng. Selskapets resultater synes å være en følge av målrettet innsats og ikke av tilfældigheter.

I tillegg vektlegger vi at selskapet har levert tilfredsstillende svar på øvrige spørsmål innenfor F4.1 HMS. De har også levert Certifikat på at arbeidsmiljøledelsessystemet er i overensstemmelse med kravene i DS/OHSAS 1800:2004, Bek. Nr. 87 av 31/01/2005. [...]

Både vurdert atskilt og samlet mener vi derfor at selskapet tilfredsstiller de minimumskrav som vi stiller til HMS."

- (17) I Vegdirektoratets tilbudsavgjørelse av 15. januar 2009 fremgikk det at ett av HSM B.Vs. to alternative tilbud var avvist, og at det ikke forelå avvisningsgrunner for de øvrige tilbudene. Fra notatet hitsettes følgende om tilbudsprisene:

"Tilbudsoversikt og korrigeringer

Tabellen viser gitte tilbudssummer, kontrollregnede tilbudssummer og konkurransesum i henhold til vurderinger eks mva.

<i>Tilbud Nr.</i>	<i>Tilbyders navn</i>	<i>Tilbudssum eks mva (Kr)</i>	<i>Kontrollregnet Tilbudssum eks mva (Kr)</i>	<i>Konkurransesum iht vurderinger eks mva (Kr)</i>
1	Cleveland Bridge UK Ltd og Hollandia B.V.	1 192 889 781,91	1 263 605 890,10	1 263 605 890,10
2	American Bridge Norway AS	1 137 731 156,00	1 137 731 156,00	1 137 731 156,00
3	MT Højgaard a/s	761 196 341,00	761 196 341,00	761 196 341,00
4	HSM BV	1 151 218 812,17	1 151 218 812,17	1 151 218 812,17
4	HSM BV alternativ B	1 108 799 567,00	1 108 799 567,00	1 225 515 310,89

[...]

Spesielle forhold

Tilbyder nr. 3 MT Højgaard a/s har etter tilbudsåpningen oversendt fire brev. I brev datert 6. november 2008 varsler tilbyderen om at han har startet en gjennomgang av sitt tilbud på bakgrunn av den store prisforskjellen mellom hans tilbud og de øvrige tilbudene.

I brev datert 25. november 2008 ber tilbyderen om at tilbudsprisen endres på grunn av at det i tilbudet under element D58, Avstivningsbærer er oppgitt enhetspris kr 0,- på prosess 85.221 og prosess 85.23. Tilbyderen hevder i brevet at enhetsprisen kr 0,- er oppgitt ved en feil. I henhold til foa § 21-2 skal poster som ikke er priset anses innkalkulert i andre poster, med mindre annet er angitt i tilbudsbrevet, eller den manglende utfyllingen skyldes en åpenbar feil. Prisingen av disse prosessene behandles ikke i tilbudsbrevet og kan heller ikke betraktes som en åpenbar feil med bakgrunn i at den totale tilbudssummen er i henhold til vårt kostnadsoverslag, og at vi ikke vet på hvilke prosesser tilbyderen har plassert sine kostnader. Tilbyderen har for øvrig også priset kr 0,- på fire andre prosesser i tillegg til de to prosessene som han i sitt brev betegner å være feilpriset.

I to brev, datert henholdsvis 25. november og 22. desember 2008 hevder tilbyderen at urolighetene i de internasjonale finansmarkeder og bankenes inngripen er omfattet av NS3430, pkt.23.1.2., 2. avsnitt. Tilbyderen hevder i brevet datert 22. desember også at det foreligger force majeure. Tilbyderen viser her til bestemmelser utarbeidet spesielt for kontraktperioden, som ikke kommer til anvendelse før kontrakt er signert. Valutasvingningene vi nå opplever for den norske kroner er heller ikke av et slikt omfang at de gir grunnlag for krav om bristende forutsetninger eller force majeure uansett hvilke regler eller rettskilder man velger å benytte."

- (18) I brev av 15. januar 2009 ble klager meddelt at kontrakt var tildelt MT Højgaard AS (heretter kalt valgte leverandør). Fra brevet hitsettes følgende:

"Begrunnelse for valg:

Statens vegvesen har valgt det tilbudet som har lavest pris. I henhold til tildelingskriteriene.

[...]

Vi gjør oppmerksom på den klageadgangen deltakerne i konkurransen har etter forskrift om offentlige anskaffelser. Ved innvendinger til innstillingen, må dette meddeles Statens vegvesen innen 25. januar 2009."

- (19) I brev av 16. januar 2009 ba klager om en nærmere begrunnelse for tildelingsbeslutningen.
- (20) Innklagede besvarte denne henvendelsen i brev av 19. januar 2009. Vedlagt brevet var blant annet tilbudsavgjørelsen av 15. januar 2009 der tilbudssummene fremgikk. I brevet ble det opplyst følgende:

"MT Højgaard as har levert et tilbud som er vesentlig lavere enn de tre andre tilbyderne. MT Højgaard sitt tilbud er i overensstemmelse med Statens vegvesen sin kostnadsberegning som også er blitt gjennomgått av eksterne kvalitetssikrere (Metier) i en KS2 prosess."

- (21) Klager påklaget tildelingsbeslutningen i brev av 21. januar 2009.
- (22) Innklagede oversendte per e-post av 22. januar 2009 en del dokumentasjon til klager.
- (23) I brev fra klager av 23. januar 2009 ble det bedt om en snarlig avgjørelse av klagen, fortrinnsvis i løpet av dagen.
- (24) I pressemelding av 23. januar 2009 ble det meddelt at kontrakt med valgte leverandør ville bli inngått 27. januar 2009.
- (25) Innklagede meddelte i brev av 26. januar 2009 at tildelingsbeslutningen ble opprettholdt, og uttalte følgende:

"For øvrig bemerkes at Deres klage var av et slikt omfang at det nødvendigvis måtte ta noe tid å kunne gi Dem et hensiktsmessig tilsvaer."

- (26) Kontrakt med valgte leverandør ble inngått 27. januar 2009.
- (27) Det ble avholdt oppstartsmøte mellom innklagede og valgte leverandør 25. februar 2009. Fra møtereferatet hitsettes:

"1. Oppstart/kontrakt

Kontrakt ble signert 27.01.2009

Formell oppstartsdato settes til 01.02.2009.

[...]

7. Underentreprenører

Entreprenøren vil sende over hvilke underleverandører han har til hensikt å bruke for de største underentreprisene innen utgangen av april.

Dette gjelder:

- *Leveranse av stålmaterialer til avstivningsbærere*
- *Leveranse av kabeltråd*
- *Produksjon av avstivningsbærere*

[...]

Byggherren vil bli fortløpende orientert. Relevant informasjon som for eksempel skatteattester, HMS-erklæringer eller informasjon om arbeidsforhold hos underentreprenører vil bli oversendt byggherren til uttale.

Byggherren vil behandle oversendt informasjon fortløpende i henhold til kontraktens regler (kap. C pkt. 11, kap. D kkt. 2,3 og 6)."

- (28) Saken ble brakt inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser i brev av 16. mars 2009.
- (29) I brev av 22. september 2009 fra innklagede til klagenemndas sekretariat var det vedlagt tre kostnadsoverslag. Det opprinnelige kostnadsoverslaget var datert 3. februar 2005. Innklagede opplyste i brevet at det var postene B121-B134 som var aktuelle for den foreliggende anskaffelse. Tallene i overslaget var angitt i 2004-kroner, og var følgende for postene B121-B134 (i tusen kr): kr 2 706,6; 273 094,9; 3 305,8; 21 066,1; 13 173,6; 39 657,7; 241 390,3; 9 115,1; 70 000,0; 0; 18 586,8; 3 000,0 og 19 000,0. Klagenemnda har beregnet dette til kr 714,1 millioner. Innklagede har i brevet opplyst at omregnet til 2008-kroner er overslaget på kr 741,5 millioner.
- (30) Det reviderte kostnadsoverslaget var datert 5. desember 2007. Innklagede har i brevet av 22. september 2009 opplyst at det i hovedsak var postene B122 og B127-B2 som var aktuelle for den foreliggende anskaffelse. Tallene for disse postene (i tusen kr) var henholdsvis kr 289 305,8; 324 807,5; 11 413,2; 25 000,0; 5 413,2; 19 652,9; 35 520,7; og 50 787,6. Klagenemnda har beregnet dette til kr 761,9 millioner.
- (31) Det siste kostnadsoverslaget var datert 5. november 2008. Innklagede har i brevet av 22. september 2009 presisert at overslaget ble utarbeidet før tilbudsåpning. I dette kostnadsoverslaget var den foreliggende anskaffelse beregnet til kr 754,806 millioner.

Anførsler:

Klagers anførsler:

Avvisning på grunn av forhold ved leverandøren

- (32) Valgte leverandør skulle vært avvist etter forskriftens § 20-12 første ledd bokstav a. Unnlatelsen av å avvise selskapet var også i strid med kravet til forutberegnelighet i lovens § 5.
- (33) Det vises til at valgte leverandør har fått null poeng på underkriteriet F4.1 HMS. I konkurransegrunnlaget fremgår det at *alle enkeltvurderinger* som gir et resultat på null poeng, vil medføre at tilbudet skal avvises. I rundskrivet som konkurransegrunnlaget viser til, fremgår det videre at dette også gjelder *enkeltkriterier der det beregnes et gjennomsnitt*. Dette medfører at valgte leverandørs tilbud automatisk skulle blitt avvist med null i score på underkriteriet F4.1.
- (34) Rundskrivet inneholder spesifikke og klare bestemmelser vedrørende kvalifiseringsprosessen, og er en del av konkurransegrunnlaget. Innklagede kan derfor ikke høres med at det kun er tale om mindre bindende *"retningslinjer"* for skjønnsutøvelsen. Når kriteriene først er oppstilt, må de også følges, selv om Vegdirektoratet skulle være av den oppfatning at kriteriene ikke er korrekte.
- (35) I den konkrete vurdering av valgte leverandør, virker det som innklagede har lagt avgjørende vekt på valgte leverandørs utvikling, målsetting og fokus, selv om konkurransegrunnlaget viser at det er de siste tre årene som er vurderingstema. Når det gjelder årsaken til valgte leverandørs resultater, bærer innklagedes vurdering preg av synsing og bruk av subjektive kriterier som ikke er etterprøvbare.
- (36) Innklagede synes å hevde at kriteriet F4.1 består av to parametre, og at karakteren for F4.1 og F4.2 skal beregnes som et gjennomsnitt av poengene for de to punktene. I rundskrivet er det imidlertid oppstilt en poengskala for både F4.1 og F4.2. Poengskalaen for F4.1 er lagt inn i en tabell, mens poenggivningen under F4.2 er beskrevet med ord. Dette er to separate kriterier, hvor avvisning i henhold til rundskrivet skal skje når null poeng blir gitt på ett av enkeltkriteriene.
- (37) For øvrig nevnes at klagenemnda har behandlet spørsmål om avvisning og oppfyllelse av oppstilte kvalifikasjonskrav, spesifikt også relatert til rundskriv NA-05/5 i sak 2007/78. Klagenemnda kom her til at Statens vegvesen hadde brutt regelverket og at vilkårene for erstatning for den positive kontraktsinteresse var oppfylt.

Avvisning på grunn av forhold ved tilbudet

- (38) Innklagede hadde plikt til å avvise valgte leverandørs tilbud som unormalt lavt i forhold til ytelsen, jf. forskriftens § 20-13 andre ledd bokstav c og kravet til likebehandling i lovens § 5. Innklagedes syn om at oppdragsgivere aldri vil ha plikt til å avvise unormalt lave tilbud, er en oppfatning som ikke er i tråd med den gjengse oppfatning. Oppdragsgivere kan ikke bevisst la være å ta stilling til eller forsøke å finne ut av årsakene til at et tilbud er svært lavt. Dette gjelder også ved de øvrige bestemmelsene i forskriften som hjemler fakultativ avvisning. Klagenemnda har for øvrig vært inne på problemstillingen i sak 2008/21.
- (39) Selv om forskriftens § 20-13 andre ledd bokstav c er en *"kan"*-regel, må bestemmelsen anvendes i tråd med formålet med regelverket, herunder at anskaffelsene skal være effektive, jf. lovens § 1, og at de grunnleggende kravene til konkurransen er oppfylt, jf. lovens § 5 og forskriftens § 3-1 (med blant annet krav til likebehandling av leverandørene). I juridisk teori er det lagt til grunn at oppdragsgiver har plikt til å avvise

et tilbud dersom det foreligger stor risiko for at leverandøren ikke kan gjennomføre oppdraget til den gitte pris, slik at tilbudet må anses useriøst, jf. s. Dragsten/Lindalen *"Offentlige anskaffelser, kommentarutgave"*, bind II, s. 1066.

- (40) En slik situasjon foreligger i herværende sak. Det vises til at valgte leverandør har bedt om å få endret enhetsprisen fra kr 0 til riktig enhetspris for prosess 85.221 og 85.23 under element D58, jf. opplysninger i brev fra innklagede av 15. januar 2009. Dette har innklagede avslått, og prismessig utgjør avslaget fra innklagede kr 71 250 917. Videre har valgte leverandør i brev av 22. desember 2008 hevdet overfor oppdragsgiver at det foreligger force majeure og bristende forutsetninger, og at leverandøren dermed er ubundet av tilbudet sitt, eller at dette må justeres. Tilleggskravene valgte leverandør har fremsatt, utgjør i overkant av 158 millioner kroner, eller i overkant av 20 % av tilbudssummen. Også valgte leverandør vurderer således sitt tilbud som for lavt. At en tilbyder som har vunnet konkurransen, deretter gjør gjeldende flere grunner til at tilbudet ikke skal være bindende, er en klar indikasjon på at valgte leverandørs tilbud rent faktisk er unormalt lavt.
- (41) Videre vises det til det store spriket mellom laveste og nest laveste tilbud, og hvor samlet de tre nest beste tilbudene var i pris. Det var kun fire prosent som skilte mellom de tre nest laveste tilbudene. Selskapene bak de tre nest laveste tilbudene er store og seriøse aktører med lang erfaring innenfor bransjen, også internasjonalt. Når det så er et sprik på hele 376 millioner mellom laveste og nest laveste tilbud, eller hele 49 prosent, er dette en tydelig indikasjon på at tilbudet er unormalt lavt.
- (42) Av media fremgår det at innklagede også selv har tenkt på at tilbudet er unormalt lavt. Prosjektleder Øivind Søvik har blant annet gått ut og sagt at den lave summen kan bero på en regnefeil.
- (43) En vesentlig kostnad under entreprisen er selve stål- og kabelleveransene, dvs. materialkostnadene. I konkurransegrunnlaget er det kun stilt krav om angivelse av produksjonssted for stålkasse og kabeltråd, ikke hvilken produsent som benyttes. I møte mellom innklagede og valgte leverandør så sent som 25. februar 2009, er det tilsynelatende på dette tidspunkt ennå ikke avklart hvem valgte leverandør skal benytte som underentreprenør. Dette skal først oversendes innklagede innen utgangen av april, jf. referatets punkt 7. Uten å spekulere i dette, er det også her muligheter for at prosjektet kan bli påført kostnadsoverskridelser langt over tilbudssum dersom valgte leverandør ikke har sikret seg fastpriser fra leverandørene. For opplysningen av saken, anmodes det om at klagenemnda får tilgang til den informasjon som er sladdet i referatets punkt 1 og 7.
- (44) Innklagede har vist til at kostnadsoverslaget har vært behandlet i klagenemnda, hvor klagenemnda kom til at prosessen hadde vært i henhold til regelverket. Dette gjaldt en annen sak, med både annet faktum og andre anførsler. Det er imidlertid ikke anført at kostnadsoverslaget var uforsvarlig, og spørsmålet om et tilbud skulle vært avvist som unormalt lavt, er en helt annen rettslig vurdering. Klager kan derfor ikke se at saken som innklagede har vist til, er relevant i denne sammenheng.

Klagefrist

- (45) Innklagede har gitt en nominell klagefrist på 10 dager, noe som ikke er en *"rimelig frist"*, jf. forskrift om offentlige anskaffelser § 22-3. At fristen er for kort er også i strid

med de grunnleggende kravene til gjennomsiktighet og etterprøvbarehet i lovens § 5. Klagefristen skal blant annet ta hensyn til deltakernes behov for å kunne gjennomgå og vurdere oppdragsgivers beslutning, og eventuelt ta nødvendige rettslige skritt. Det mest praktiske er å begjære midlertidig forføyning, jf. lov om offentlige anskaffelser § 8. Midlertidig forføyning er imidlertid forbundet med et ansvar for saksøker, jf. tvisteloven § 32-11. Både anskaffelsens omfang, kontraktssum og kompleksitet (konkurransegrunnlaget er på 245 sider), tilsier klart at klagefristen er for knapp. Det vises også til klagenemndas avgjørelser i sakene 2007/87 og 2008/12. Klager kan for øvrig ikke se at innklagede skulle ha en reell og saklig grunn for å sette en så kort frist i dette tilfellet.

- (46) I den foreliggende sak har leverandørene hatt svært begrenset reell anledning til å få stanset prosessen før kontrakt ble inngått. Innklagedes saksbehandling indikerer at oppdragsgiver her har bestemt seg på forhånd. For det første annonserte innklagede kontraktsinngåelsen 23. januar 2009, dvs. tre dager før klagefristens utløp. Videre var fristens utløp i realiteten 26. januar 2009, det vil si første virkedag etter søndag. Svar fra innklagede på klagen er datert samme dag, og kontrakt ble inngått 27. januar 2009, altså dagen etter. Ved å gi avslag på klagen 26. januar 2009, for deretter å inngå kontrakt 27. januar 2009, er det neppe noen tingrett i landet som er i stand til å treffe en avgjørelse om midlertidig forføyning i en så omfattende sak. Det fremstår videre som et mysterium hvordan innklagede rakk å realitetsbehandle klagen, når innklagede ba om utsatt tilvarsfrist til klagenemnda to ganger. At innklagede hadde bestemt seg på forhånd, illustreres også av at leverandøren kom helt fra Danmark for å underskrive kontrakten allerede dagen etter at innklagede hadde gitt avslag på klagen.
- (47) Klagefristen var uansett i realiteten bare på fire arbeidsdager. For det første ble klagefristen redusert til seks arbeidsdager ettersom det var helg midt i klageperioden, samt at fristen løp ut på en søndag. For det andre inneholdt ikke tildelingsmeddelelsen av 15. januar 2009 de opplysninger som var nødvendige for å kunne vurdere om innklagede hadde gjort et saklig og forsvarlig valg, jf. forskriftens § 20-16 (1). Ettersom innklagede brukte to arbeidsdager på å gi supplerende informasjon, ble klagefristen i realiteten bare på fire arbeidsdager. Det er åpenbart at en slik frist ikke var tilstrekkelig.
- (48) Innklagede har i brev av 26. januar 2009 opplyst at det tok såpass lang tid å besvare klagen fordi denne var så omfattende. Dette er ikke et forhold som begrunner en kort klagefrist. I en så omfattende sak, er dette tvert imot et forhold som skulle ha begrunnet en lengre frist.

Brudd på overordnede prinsipper for konkurransen

- (49) Det anføres på særskilt grunnlag at innklagede har brutt de overordnede prinsipper som gjelder for alle typer anskaffelser, jf. lovens § 5 og forskriftens § 3-1.

Erstatning

- (50) Det bes om at klagenemnda uttaler seg om det er grunnlag for klager til å kreve erstatning for positiv, alternativt negativ kontraktsinteresse.
- (51) Dersom innklagede hadde fulgt regelverket, skulle klager blitt tildelt kontrakten som nest billigste tilbyder.

- (52) Subsidiært anføres at dersom ikke alle feilene samlet sett betraktes som vesentlige, er det likevel så mange uregelmessigheter ved anskaffelsen at dersom klager hadde vært kjent med dette på forhånd, ville selskapet unnlatt å levere inn tilbud i konkurransen. Klager har dermed uansett lidt et økonomisk tap som følge av innklagedes håndtering av konkurransen.

Innklagedes anførsler:

Avvisning på grunn av forhold ved leverandøren

- (53) Det bestrides at valgte leverandør skulle vært avvist. Vurderingen av punkt F4.1 består av to parametre. Karakteren for F4.1 settes således etter en totalvurdering av henholdsvis *system for HMS* og *ulykkesfrekvens*. Vegdirektoratet vurderte valgte leverandør som tilfredsstillende på punkt F4.1. Det var da ikke grunnlag for å gi null poeng, og avvisning var følgelig ikke aktuelt.
- (54) Når det gjelder den første delen av F4.1, system for HMS, vurderes dette på skjønnsmessig grunnlag, jf. de føringer som er nevnt i rundskrivet. Systemet for HMS som ble levert av valgte leverandør var solid, og gav grunnlag for et rimelig godt resultat på den første delen av F4.1.
- (55) Vedrørende den andre delen, ulykkesfrekvens (H-verdi), vurderes dette i henhold til tabellen som er angitt på rundskrivets s. 7. På bakgrunn av opplysningene som var gitt i tilbudet, var det imidlertid ikke tilstrekkelig med en bedømmelse utelukkende på grunnlag av de resultater som matrisen i rundskrivet gav uttrykk for. Også arbeidet valgte leverandør hadde gjort for ivaretagelse av HMS og resultatene av dette, måtte vektlegges. Vurderingen ville ellers ha skjedd på et feilaktig grunnlag i forhold til hva som var representativt for firmaet. Dette er også lagt til grunn i LB-2004-40374. Vegdirektoratet kom til at dette gav grunnlag for en karakter på ulykkesfrekvens (H-verdi) som var bedre enn null poeng, til tross for tabellen i rundskrivet.
- (56) Dersom klagenemnda skulle komme til at det ikke var tillatt å ta i betraktning utviklingen i H-verdi hos valgte leverandør, skulle valgte leverandør fått null poeng på denne delen. Leverandøren skulle likevel ikke vært avvist av denne grunn. Ettersom valgte leverandørs HMS-system var så bra som det var, så ville et eventuelt snitt mellom de to parametrene uansett vært større enn ett poeng.
- (57) Innklagede kan før øvrig ikke se betydningen av at klagenemnda i en annen sak har kommet til at innklagede brøt regelverket ved en vurdering knyttet til NA-rundskriv 2005/5. Klagenemndas vurdering gjaldt en konkret vurdering av en leverandør, og ikke generell praksis knyttet til vurdering av kvalifikasjonskrav.

Avvisning på grunn av forhold ved tilbudet

- (58) Det bestrides at valgte leverandørs tilbud skulle vært avvist som unormalt lavt.
- (59) Kostnadsoverslaget for hele prosjektet har vært gjenstand for kvalitetssikring i to omganger, både i regi av innklagede, og eksternt i regi av Finansdepartementet. Innklagedes anslag for det totale prosjektet, som ble revidert i forkant av kunngjøringen av nærværende konkurranse, var på 1 978 millioner kroner. Den eksterne kvalitetssikringen ga anvisning på 1 904 millioner kroner, det vil si et lavere anslag enn det innklagede opererte med. Det ble etter dette besluttet å benytte det første overslaget

som Stortinget hadde fått seg forelagt, på 2 020 millioner kroner. Klagenemnda har tidligere, i sak 2008/78, kommet til at prosessen har vært i henhold til regelverket. Ståldelen av prosjektet, som denne anskaffelsen gjelder, var vurdert til om lag 750 millioner kroner. Dette er nær identisk med tilbudssummen fra valgte leverandør på 761 millioner kroner, og innklagede kan ikke se at tilbudet var unormalt lavt. Ettersom forskriftens § 20-13 andre ledd bokstav c er en fakultativ avvisningsbestemmelse, vil det uansett aldri foreligge noen plikt til avvisning på dette grunnlag.

- (60) Klager har vist til flere omstendigheter som angivelig skal begrunne at tilbudet var unormalt lavt. Henvisningen til brev fra valgte leverandør synes å bygge på en formening om at innklagede skulle ta i betraktning henvendelser fra tilbydere som kommer oppdragsgiver i hende etter tilbudsfristens utløp, og etter at alle tilbudsprisene var gjort kjent. Å legge vekt på henvendelsene fra valgte leverandør ville imidlertid vært et klart brudd på forhandlingsforbudet i forskriftens § 21-1 første ledd.
- (61) Klager har pekt på at valgte leverandør selv har forsøkt å påberope seg unnskyldende grunner for at eget tilbud ikke skulle være bindende. Det nevnes også at valgte leverandør ble gjort kjent med klagefrist i saken. Valgte leverandør hadde således – dersom selskapet virkelig mente at tilbudet ikke var bindende, mulighet til å klage på beslutningen. Valgte leverandør undertegnet imidlertid kontrakten uten forsøk på å trekke seg, og innklagede kan derfor ikke se relevansen av klagers anførsel på dette punkt.
- (62) For øvrig nevnes at det ikke er grunnlag for klagers bekymring om at prosjektet kan bli påført kostnadsoverskridelser langt over tilbudssum dersom valgte leverandør ikke har sikret seg fastpriser fra underleverandørene. Innklagede legger til grunn at klager er kjent med risikodelingen i kontrakter som bygger på NS 3430, hvor oppdragsgiver har risikoen for angitte mengder og entreprenør har risikoen for enhetsprisene. Innklagede kan ikke se at avtaleforhold mellom leverandør og underleverandør skulle ha betydning for oppdragsgiver.

Klagefrist

- (63) Det bestrides at innklagede ikke har gitt tilbyderne en rimelig klagefrist, jf. forskriftens § 22-3. Tildelingsmeddelelsen av 15. januar 2009 ble sendt både per post og e-post samme dag. Ettersom klagefristen gikk ut 25. januar 2009, var fristen således ti dager.
- (64) I praksis er ti dager ansett for å være en rimelig klagefrist. Dette er lagt til grunn både av EU-kommisjonen og senere ESA, stadfestet av Fornyings- og administrasjonsdepartementet, samt at klagenemnda har uttalt dette i flere avgjørelser, jf. blant annet sak 2008/187 premiss (64). Også i det nye håndhevelsesdirektivet 2007/66/EF er det lagt til grunn at ti dager er en rimelig klagefrist (når oversendelse enten skjer via telefaks eller elektronisk kommunikasjon).
- (65) Hensynet bak regelen om en klageperiode er at leverandører skal ha anledning til å få stanset prosessen før kontrakt inngås, jf. EF-domstolens dom C-81/98 "*Alcatel*". Dette er ivarettatt gjennom den fristen som er gitt.
- (66) Klager har vist til at det ble bedt om ytterligere begrunnelse og supplerende opplysninger, og gjør et poeng ut av at det tok to dager å besvare henvendelsen, slik at klagefristen etter klagers syn ble redusert til fire arbeidsdager. Tildelingsmeddelelsen

var i samsvar med kravet til begrunnelse i forskriftens § 20-16 første ledd. Kontrakt ble tildelt utelukkende på grunnlag av laveste pris, og det var dermed ikke foranledning til en særlig utførlig begrunnelse for valg av tilbud. Dette er i realiteten gitt alene ved angivelse av det valgte tilbudets pris. Det vises til klagenemndas avgjørelse i sak 2008/187 premiss (62). Av denne avgjørelsen må det kunne sluttas at der tildeling skal skje på grunnlag av laveste pris, må det da i enn større grad være tilstrekkelig å vise til at det valgte tilbudet nettopp har laveste pris. Klager kan derfor heller ikke høres med at anskaffelsens verdi, om lag én milliard kroner, innebar at klager trengte en lenger klagefrist enn 10 dager på å sette seg inn i oppdragsgivers vurderinger og dokumentasjon.

Brudd på overordnede prinsipper for konkurransen

- (67) Klager har anført at innklagede på særskilt grunnlag har brutt de grunnleggende prinsipper i lovens § 5 og forskriftens § 3-1. Denne anførselen har ikke noe selvstendig innhold, men er tilsynelatende kun en henvisning til et annet rettslig grunnlag for de brudd på regelverket som er påberopt i klagers øvrige anførsler. Innklagede kan derfor ikke se at denne anførselen i realiteten *er* en anførsel, eller at grunnlaget for anførselen er *sannsynliggjort* av klager.

Erstatning

- (68) Det bestrides at vilkårene for erstatning for den positive kontraktsinteresse er oppfylt, først og fremst fordi det ikke foreligger noen brudd på regelverket. For det andre har klager bevisbyrden for at vilkårene for erstatning er oppfylt, men har ikke forsøkt å sannsynliggjøre dette.
- (69) Det er ikke gitt at kontrakten ville blitt tildelt klager dersom valgte leverandør, eller tilbudet fra valgte leverandør, var blitt avvist fra konkurransen. En tidligere konkurranse om Hardangerbrua ble avlyst som følge av høyt prisnivå, jf. klagenemndas sak 2008/78. Innklagede har ikke fullmakt til å inngå kontrakt når innkomne priser overstiger byggherreanslaget med mer enn 10 %. I slike tilfeller må saken sendes til Samferdselsdepartementet for revidert eller ny behandling i Stortinget. I dette tilfellet var det en prisforskjell på om lag 375 millioner kroner mellom det laveste og det nest laveste tilbudet, og prosjektet har heller ikke vurdert eller lagt til grunn at klagers tilbud ville blitt tildelt kontrakten dersom det laveste tilbudet ikke lenger var med i konkurransen.
- (70) Klager har subsidiært anført at selskapet ikke ville deltatt i konkurransen dersom man var klar over hvordan saken ble behandlet. Innklagede mener at det ikke er gitt at det foreligger årsakssammenheng mellom en eventuell feil og de utgifter klager har hatt ved å delta i konkurransen. Det vises til Rt. 1997 s. 574 (Firesafe), som oppstilte en norm for årsakskravet knyttet til erstatning for den negative kontraktsinteresse. I tråd med denne dommen er det i praksis blitt lagt til grunn at det ikke bør stilles for strenge beviskrav for at leverandørene ikke ville deltatt i konkurransen. Dette kan likevel ikke trekkes så langt at det er tilstrekkelig for en leverandør å uttale at man ikke ville deltatt i konkurransen. Innklagede mener det har formodningen mot seg at klager ikke ville deltatt i konkurransen. Det er tale om klagers hovedvirkeområde, og prosjektet er et prestisjeprosjekt for referanse i senere konkurranser.

Klagenemndas vurdering:

- (71) Klager har deltatt i konkurransen og har saklig klageinteresse, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser av 15. november 2002 nr. 1288 § 6. Klagen er rettidig. Anskaffelsen følger etter sin verdi forskrift om offentlige anskaffelser av 7. april 2006 nr 402 del I og III, jf. forskriftens §§ 2-1 og 2-2.

Hvorvidt valgte leverandør skulle vært avvist på grunn av uakseptable skadefravær (H1)

- (72) Klager har anført at valgte leverandør skulle vært avvist etter forskriftens § 20-12 første ledd bokstav a, og at det var i strid med kravet til forutberegnelighet i lovens § 5 at valgte leverandør allikevel ble ansett kvalifisert. Det er vist til at valgte leverandør ved evalueringen fikk null poeng på underkriteriet "H1" i konkurransegrunnlagets avsnitt F4.1 HMS.
- (73) I kapittel "F4 HMS og kvalitetssikring" ble tilbyderne under punkt "F4.1 HMS" bedt om å gi en kort beskrivelse av tilbyders system for HMS. I skjemaets rubrikker skulle tilbyderne oppgi navnet på HMS-ansvarlig, angi antall personer i firmaets HMS-administrasjon, fylle ut en prinsippskisse for HMS-systemet, beskrive rutiner for revisjon og angi tidspunkt for siste revisjon. Avsnittet hadde ingen egen tabell for disse parametrene, men i tabell F4.1 skulle tilbyderne fylle ut H-tall betegnet som "H1-verdier" for skader med fravær for de tre siste årene. Det var henvist til pålagt rapporteringsordning med datagrunnlag som virksomhet er pålagt å oppbevare og fremvise på oppfordring.
- (74) Rundskriv NA-05/5 fra Statens Vegvesen "Håndbok 066 kapittel F. Vurdering av tilbyders kvalifikasjoner" fulgte som vedlegg til konkurransegrunnlaget. I rundskrivet på s. 7 var det under punkt F4.1 "HMS og kvalitetssikring" med underavsnitt "F4.1 HMS Ulykkesfrekvens (H-verdi)" lagt inn en tabell for gjennomsnittlige H-verdier, der det fremgikk at skadefrekvens de siste tre år på mer enn 30 ga null poeng. Andre vurderingstemaer for HMS enn H-verdier var ikke medtatt i tabellen (Vegdirektoratet har i brevet av 9. januar 2009 korrigert for at andre H-verdier enn H1 var uteglemt her). Det var generelt angitt at dersom en tilbyder fikk null poeng på et kriterium, skulle leverandøren avvises som "uegnet" – og med presisering om at dette også gjaldt enkeltkriterium der det ble beregnet et gjennomsnitt - herunder F4.
- (75) Det er på det rene at valgte leverandør med skadetall høyere enn 30 de siste tre år skulle vært gradert "0" for H1-verdien (skadefravær). Det er dette som er klagerens poeng. Innklagede anfører på sin side at valgte leverandør fikk et rimelig godt resultat for HMS selv om H-verdien isolert sett ble vurdert til "0", men bemerker også at H1-verdien ble revurdert av innklagede i lys av positiv utvikling i valgte leverandørs virksomhet (ovenfor under (16)).
- (76) Under Vegdirektoratets gjennomgang av tilbudene anmerkes det at rundskrivet er unøyaktig fordi det kan tolkes dit hen at HMS bare knytter seg til H1-verdiene, slik klageren anfører. Det fremgår at andre og veletablerte HMS-verdier skulle vært medtatt i rundskrivet, men at dette ble oversett. Klagenemnda konstaterer at konkurransegrunnlagets henvisning til rundskrivet dermed kan sies å være tvetydig, men leser allikevel konkurransegrunnlaget kapittel F, punkt F4 slik at også andre forhold enn virksomhetenes H1-verdi for skadefravær inngikk i vurderingen av kvalifikasjonskravet F4.1 "HMS". Noe annet ville være oppsiktsvekkende. At det ikke var gitt retningslinjer for vurderingen av øvrige forhold i rundskrivet er derfor etter nemndas syn ikke

avgjørende siden avsnittet i konkurransegrunnlaget åpenbart forutsetter at H1-verdien inngår som ledd i den samlede HMS-vurdering. Ettersom valgte leverandør fikk uttelling på denne delen av kvalifikasjonskravet F4.1 "HMS", ville selskapet under enhver omstendighet ikke endt opp med null poeng under F4.1.

- (77) Rundskrivet varsler imidlertid at "0" på enkeltkriterium i snittberegning for F4 HMS skal medføre avvisning som "uegnet", hvilket klageren anfører må lede til avvisning siden H1-verdien for valgte leverandør isolert sett lå på 0. Nemnda minner om prosjektets omfang og anser det som uheldig at et rundskriv vedlagt konkurransegrunnlaget ikke er fullstendig oppdatert og har unøyaktigheter som først ble rettet senere enn tilbudsfristens utløp (direktoratets brev av 9. januar 2009). Nemnda mener allikevel at konkurransegrunnlagets egen omtale av HMS-kriteriet for kvalifikasjoner må forstås dit hen at det er tale om evalueringen av F4.1 under ett. Nemnda viser også til at rundskrivet selv i følge forfatterne *"..er ikke ment å være detaljerte og fullstendige saksbehandlingsregler, men skal være et hjelpemiddel for skjønnsutøvelsen"*, jf. også det siterte ovenfor under (3) om at fremlagte firmaopplysninger *"... blir skjønnsmessig vurdert"*. Innklagede kom selv til at skadetallene for valgte leverandør tilsa høyere verdi enn "0", jf. premiss (16) under "Vurdering", med omtale av *"resultater og selskapets fokus i senere år"* samt *"målrettet innsats"*.
- (78) Ettersom valgte leverandør fikk uttelling på kvalifikasjonskravet F4.1 "HMS", ville selskapet under enhver omstendighet ikke endt opp med null poeng under F4.1. Klagerens anførsel fører etter dette ikke frem.

Hvorvidt valgte leverandørs tilbud skulle vært avvist som unormalt lavt

- (79) Klager har anført at valgte leverandørs tilbud skulle vært avvist som unormalt lavt i forhold til ytelsen, jf. forskriftens § 20-13 andre ledd bokstav c og kravet til likebehandling i lovens § 5.
- (80) Av forskriftens § 20-13 andre ledd bokstav b følger det at et tilbud "kan" avvises når det virker unormalt lavt i forhold til ytelsen. Ordlyden tilsier at oppdragsgiver har rett, men ikke plikt, til å avvise et tilbud etter denne bestemmelsen. Slik er den likelydende direktivbestemmelsen også forstått av Sue Arrowsmith, *"The Law of Public and Utilities Procurement"*, andre utgave, 2005, s. 536.
- (81) I klagenemndas sak 2008/21 premiss (41) uttalte nemnda om den tilsvarende bestemmelsen i forskriftens § 11-11 andre ledd bokstav c:

"Selv om bestemmelsen gir oppdragsgiver en fakultativ adgang til å avvise tilbud, kan det stilles spørsmål ved om oppdragsgiver i visse tilfeller har en plikt til å undersøke nærmere og eventuelt plikt til å avvise et tilbud dersom det vil være i strid med de grunnleggende kravene i lov om offentlige anskaffelser § 5, jf forskriftens § 3-1, å ta tilbudet i betraktning."

- (82) Dragsten/Lindalen har lagt til grunn at oppdragsgiver i visse tilfeller kan ha plikt til å avvise et tilbud som virker unormalt lavt, jf. *"Offentlige anskaffelser, kommentarutgave"*, 2005, bind II, s. 1590-1591:

"Oppdragsgiver har derfor i visse tilfeller plikt til å avvise tilbud som er unormalt lave. Foreligger det for eksempel stor risiko for at leverandøren ikke kan gjennomføre oppdraget til den gitte prisen slik at tilbudet må anses useriøst, foreligger det plikt til å avvise."

- (83) Klagenemnda vil presisere at kravet til *"god forretningsskikk"* i lovens § 5 og retningslinjen i § 1 om at alle offentlige anskaffelser skal baseres på forretningsmessighet leder til at oppdragsgiver etter omstendighetene kan måtte foreta undersøkelser når et tilbud i en priskonkurranse ligger oppsiktsvekkende lavt uten at årsaken til dette fremgår. Valgte leverandørs tilbudssum på 761,2 millioner kroner var om lag 376 millioner kroner billigere enn nest laveste tilbud på 1137 millioner kroner, dvs. om lag 33 prosent billigere. Innklagedes kostnadsoverslag på denne delen av prosjektet var på om lag 750 millioner kroner – altså nokså nær tilbudssummen. Valgte leverandør har påberopt seg tillegg med henvisning til feilprising av poster og angivelige tillegg med henvisning til force majeure og finanskrise. Nemnda bemerker først at de påberopte feil i tilbudet – om lag 71 millioner kroner - uansett ikke er av en slik størrelsesorden at totalsummen på tilbudet av den grunn blir unormalt lav. De fremsatte krav om tillegg for etterfølgende forhold i kontraktperioden vedrører dernest kontraktens oppfyllelse og kan ikke tillegges vekt ved anvendelsen av forskriftens § 20-13 andre ledd bokstav c. Det er intet i saken som tilsier at valgte leverandør ikke skulle ha økonomisk evne til å gjennomføre kontrakten. Klagenemnda kan etter dette ikke se at innklagede i dette tilfellet var forpliktet til å foreta nærmere undersøkelser vedrørende valgte leverandørs tilbudspris. Dermed oppstår ikke spørsmålet om avvisningsplikt. Nemnda viser dessuten til forhandlingsforbudet i forskriftens § 21-1, som uansett ville stengt for en oppregulering av tilbudssummen ut fra de forhold valgte leverandør har gjort gjeldende. Klagers anførsel om avvisningsplikt fører etter dette ikke frem.
- (84) Nemnda tilføyer at spørsmålet om valgte leverandør har inngått avtale om fastpris med sine underentreprenører er irrelevant for spørsmålet om tilbudet skulle vært avvist som unormalt lavt. Nemnda finner derfor ikke grunn til å begjære fremlagt det fullstendige referatet fra oppstartsmøtet 25. februar 2009.

Klagefrist - friststart

- (85) Klager har anført at innklagede ikke har gitt tilbyderne en rimelig klagefrist, jf. forskriftens § 22-3. Det er blant annet vist til at tildelingsmeddelelsen av 15. januar 2009 ikke oppfylte kravet til begrunnelse i forskriftens § 20-16 (1), og at klagefristen frem til fristutløp 25. januar av denne grunn i realiteten ble kortere enn ti dager.
- (86) Av forskriftens § 22-3 (1) følger det at oppdragsgivers beslutning om hvem som tildeles kontrakt skal meddeles alle deltakerne *"i rimelig tid"* før kontrakt inngås, og at meddelelsen skal angi en frist for leverandører til å klage over beslutningen. Videre skal meddelelsen inneholde en begrunnelse for valget i samsvar med § 20-16 (1). Dersom tildelingsmeddelelsen ikke oppfyller kravet til begrunnelse etter § 20-16 første ledd, blir klagefristen ikke utløst, jf. klagenemndas saker 2007/87 premiss (43), 2008/12 premiss (53) og Eidsivating lagmannsretts kjennelse 24. mars 2006 i sak LE-2005-183161, sitert med tilslutning i klagenemndas saker 2008/172 premiss (29). For ordens skyld nevnes at klagers krav om en nærmere begrunnelse etter forskriftens § 20-16 (4) vedrører valgte tilbuds egenskaper og relative fordeler konkretisert i forhold til klageren, men denne begrunnelse har ikke friststartvirkning og hindrer forutsetningsvis heller ikke avtaleinngåelse.

- (87) Av forskriftens § 20-16 (1) fremgår det at oppdragsgivers begrunnelse ved meddelelse om kontraktstildeling skal inneholde tilstrekkelig informasjon om det valgte tilbudet til at leverandøren kan vurdere om oppdragsgivers valg har vært *"saklig og forsvarlig, i samsvar med angitte tildelingskriterier"*. Det sentrale formål med begrunnelsesplikten etter denne bestemmelsen er å gi leverandørene et grunnlag for å vurdere om tildelingsbeslutningen skal imøtegås, enten ved å be oppdragsgiveren endre avgjørelsen eller ved å begjære midlertidig forføyning, jf. FAD Veileder 2006 på s. 204. Lovens § 8 er visstnok ikke til hinder for at det inngås avtale før nemndsbehandling av klagen eller oppnådd midlertidig forføyning etter tvisteloven kapittel 34, jf. Rt. 2006 s 529 og klagenemndas sak 2008/172 premiss (38).
- (88) I tildelingsmeddelelsen av 15. januar 2009 ble valg av leverandør begrunnet med at tilbudet hadde lavest pris. Utover dette var det ikke gitt noen opplysninger om valgte leverandørs tilbud eller øvrige tilbudssummer.
- (89) Det kan etter nemndas syn ikke være tilstrekkelig å konstatere at valgte leverandør har lavest pris. Selv om leverandørene gjennom åpningsprotokollen hadde fått informasjon om de øvrige leverandørenes priser, foretas i praksis en kontrollregning, og differansen mellom tilbydernes priser kunne dermed ha endret seg. Uansett må innklagede oppgi klagers og valgte leverandørs priser for å oppfylle begrunnelsesplikten etter § 20-16 første ledd med den følge at klagefristen startet sitt løp. Ved anbudskonkurranse er kontraktssummer ikke å anse som forretningshemmeligheter som kan unntas fra innsyn etter forskriftens § 3-6, jf. ny offentlig lov 19.5.2006 nr. 16 § 23.
- (90) I brev av 19. januar 2009 ga innklagede en nærmere begrunnelse for tildelingsbeslutningen og i eget vedlegg fremgikk samtlige leverandørers priser. Ved dette var det gitt en begrunnelse som holdt etter forskriftens § 20-16 første ledd. Klagefristen ble dermed utløst, og var således regnet frem til 25. januar seks dager.

Klagefrist – fristens lengde

- (91) Innklagedes klagefrist satt til 25. januar betyr at ved friststart 19. januar regnet fra tilfredsstillende begrunnelse etter forskriftens § 20-16 (1) blir den reelle klagefristen seks dager.
- (92) Forskriften § 22-3 (1) krever at det skal gå rimelig tid fra meddelelsen om tildeling til kontraktsinngåelse. Klagefristens lengde reguleres ikke i leddets siste punktum, men må etter klagenemndas praksis også settes ut fra saksomstendigheter og rimelighetshensyn. Det er i tidligere saker lagt til grunn at en frist på ti dager normalt vil være tilstrekkelig lang, jf. klagenemndas saker 2008/98 premiss (103) og 2008/187 premiss (64). I klagenemndas sak 2007/87 ble en frist på åtte dager ansett for kort (premiss (43)). I sak 2008/12 premiss (38) la nemnda til grunn at en klagefrist på reelt syv dager var for kort.
- (93) Endringsdirektiv 2007/66/EF til Dir. 89/665 og Dir. 92/13 er vedtatt i EU. Direktivet er EØS-relevant og utredes for innarbeidelse i norsk lov, men er foreløpig ikke gjeldende rett. I endringsdirektivet til Dir. 89/665 (Art. 2c) fastslås en klagefrist på minst ti dager kombinert med et forbud mot å inngå avtale før utløpet av en *"standstill period"* av samme lengde (Art. 2a og Art. 2d). Etter nemndas syn vil direktivet være veiledende ved vurderingen av hva som etter gjeldende rett kan anses som en rimelig frist, jf.

klagenemndas saker 2008/12 premiss (37), 2008/98 premiss (103) og 2008/170 premiss (76).

- (94) I den foreliggende sak er det tale om en omfattende og svært kostbar anskaffelse. Hva som er rimelig frist må ses i lys av dette, jf. klagenemndas sak 2008/170 (om anskaffelse av NSB togsett) premiss (76). Klagefristen i endringsdirektivet er på "*minst*" ti dager og åpner for at fristen etter omstendighetene bør settes lengre. En klagefrist på bare seks dager er i det foreliggende tilfelle uansett åpenbart for kort når det henses til kontraktens omfang og kompleksitet og det faktum at innklagede ikke umiddelbart ga opplysning om kontraktssummene ved meddelt anbudsåpning, men først etter pågang fra klager. Innklagede har dermed brutt forskriftens § 22-3 første ledd jf. § 20-16 første ledd, ved ikke å gi klager en rimelig frist til å klage over tildelingsbeslutningen.

Brudd på overordnede prinsipper for konkurransen

- (95) Klager har på særskilt grunnlag anført at innklagede har brutt de overordnede prinsipper som gjelder for alle typer konkurranser, jf. lovens § 5 og forskriftens § 3-1. Denne anførselen er ikke nærmere begrunnet av klager, og nemnda har ikke tilstrekkelig grunnlag for å vurdere dette. Anførselen avvises derfor som uhensiktsmessig for behandling i klagenemnda, jf. klagenemndsforordningen § 9.

Erstatning

- (96) Klager har bedt klagenemnda om å vurdere hvorvidt klager har krav på erstatning for den positive, alternativt den negative kontraktsinteresse. Klagenemnda finner ikke grunn til å uttale seg om erstatningsspørsmålet, jf. klagenemndsforordningen § 12 andre ledd siste punktum.

Konklusjon:

Statens vegvesen Region vest har brutt forskriftens § 22-3 første ledd jf. § 20-16 første ledd, ved ikke å gi klager en rimelig frist til å klage over tildelingsbeslutningen.

Klagers øvrige anførsler har ikke ført frem.

For klagenemnda,

5. oktober 2009


Kai Krüger