



**Klagenemnda
for offentlige anskaffelser**

Innklagede gjennomførte en åpen anbudskonkurranse for inngåelse av kontrakt om bygging av en tunnel og tilstøtende veier. I konkurransegrunnlaget var det stilt krav om at maskinprisene for regningsarbeider skulle gjenspeile faktiske kostnader. Klagenemnda fant at dette kravet var lovlig. Klagers tilbud inneholdt avvik fra kravet ved at flere av maskinene var priset til 1 krone per time, og klagenemnda fant derfor at innklagede ikke hadde brutt regelverket ved å avvise klagers tilbud etter forskriften § 20-13 (2) bokstav a.

Klagenemndas avgjørelse 26. august 2013 i sak 2011/265

- Klager:** NCC Construction AS
- Innklaget:** Statens vegvesen Region midt
- Klagenemndas medlemmer:** Magni Elsheim, Kai Krüger, Georg Fredrik Rieber-Mohn, Andreas Wahl og Jakob Wahl
- Saken gjelder:** Krav til tilbudspriser. Avvisning av tilbud.

Bakgrunn:

- (1) Statens vegvesen Region midt (heretter kalt innklagede) kunngjorde 18. mars 2011 en åpen anbudskonkurranse for inngåelse av kontrakt om bygging av en tunnel og tilstøtende veier. Anskaffelsens verdi var ikke angitt i kunngjøringen eller konkurransegrunnlaget. I konkurransegrunnlaget punkt 1 fremgikk blant annet følgende om prosjektet:

"1 Prosjektets art og omfang

Prosjektet rv. 70 Oppdølstranda er et rassikringsprosjekt som omfatter bygging av ny tunnel og tilstøtende veger fra Sunndalsøra til Modalan i Sunndal kommune. Tunnelen blir ca. 7430 m lang. I tillegg skal det bygges et ca. 400 m langt tverrslag. Veg i dagen på Sunndalsøra blir ca. 450 m samt omkjøringsveger og gang-/sykkelveger, og veg i dagen i Modalan blir ca. 1400 m samt gang-/sykkelveger og tilførselsveger."

- (2) Tildelingskriteriet i konkurransen var laveste pris, jf. konkurransegrunnlaget kapittel D1 punkt 3.
- (3) Tilbud i konkurransen skulle gis ved utfylling av konkurransegrunnlaget kapittel G, "TILBUDSOPPLYSNINGER, PRIS OG TILBUDSSKJEMA". Kapittel G, punkt 2, var "Prisskjema mannskap og maskiner". Her fremgikk blant annet følgende:

"Regningsarbeider gjøres opp etter medgatte timer for mannskap og maskiner. Timeprisen skal inkludere påslag til dekning av indirekte kostnader, risiko og fortjeneste, men eksklusive merverdiavgift.

[...]

Timepriser maskiner

For byggherrens innleie av entreprenørens egne og innleide maskiner, betales i henhold til entreprenørens liste over maskinpriser. Alle maskiner som kan tenkes å bli brukt under arbeidene og som ikke må anses å inngå i mannskapsprisen, skal prissettes på listen nedenfor. Maskiner som benyttes men som ikke er prissatt på listen nedenfor, avregnes etter den pris som er oppgitt på den maskin som ligner mest, eventuelt med en middelverdi mellom priser for lignende maskiner på listen. Prisene skal gjenspeile de faktiske kostnadene. Ved lengre tids leie, varighet over 100 timer, forutsettes prisene redusert ved forhandling.

Det betales bare for de timer maskinen har vært i direkte aktivitet på anlegget (eksklusiv ventetid, maskinstell, reparasjon mv).

For ventetid som skyldes byggherrens forhold betales 50 % av de oppgitte timepriser for maskiner eksklusiv fører. I tillegg betales førerlønn med timepris oppgitt i tabell G2.1 dersom fører ikke kan disponeres til annet arbeid.

Tabell G2.2

Maskintype	Vekt, løftekap. mv	Årsmodell	Timepris, kr/t
<i>Maskiner inklusiv fører:</i>			
<i>Tunnelborerigg</i>			
<i>Laddebil for tunnelboring</i>			
<i>Sprøytebetongrigg</i>			
<i>Pallborerigg</i>			
<i>Hjullaster med korg</i>			
<i>Lastebil 14 m3 kasse</i>			
<i>Lastebil 20 m3 kasse</i>			
<i>Gravemaskin belte <20 tonn</i>			
<i>Gravemaskin hjulgående < 20 tonn</i>			
<i>Gravemaskin belte 20 tonn</i>			
<i>Gravemaskin belte 27 tonn</i>			
<i>Gravemaskin belte 35 tonn</i>			
<i>Gravemaskin belte over 40 tonn</i>			
<i>Pigghammer montert på gravemaskin</i>			
<i>Hjullaster 30 tonn</i>			
<i>Veghøvel</i>			
<i>Traktor</i>			
<i>Selvgående vals > 8 tonn</i>			

Tabellen G2.3 fylles ut med priser fra tabell G2.1 og G2.2

Tabell G2.3

Mannskap/maskiner	Timer	Timepris kr/t	Sum i kr
Mannskapstimer			
[...]			
Maskiner inkl. fører:			
Tunnelborerigg	250		
Laddebil for tunnelboring	100		
Sprøytebetongrigg	200		
Pallborerigg	200		
Hjullaster med korg	500		
Lastebil 14 m3 kasse	300		
Lastebil 20 m3 kasse	1000		
Gravemaskin med belte <20 tonn	600		
Gravemaskin hjulgående < 20 tonn	600		
Gravemaskin belte 20 tonn	600		
Gravemaskin belte 27 tonn	600		
Gravemaskin belte 35 tonn	600		
Gravemaskin belte over 40 tonn	500		
Pigghammer mont. på gravemaskin	1000		
Hjullaster 30 tonn	500		
Veghøvel	300		
Traktor	300		
Selvgående vals > 8 tonn	500		
Doser min 25 tonn	1000		
Mannskapstimer – Samhandling			
[...]			
SUM:"			

- (4) Frist for å levere tilbud i konkurransen var 18. mai 2011 klokken 14.00. Blant leverandørene som leverte tilbud i konkurransen var NCC Construction AS (heretter kalt klager).
- (5) Innklagede avviste klagers tilbud fra konkurransen ved brev 24. juni 2011, med hjemmel i forskriften § 20-13 (2) bokstav a. I brevet ga innklagede følgende begrunnelse for avvisningsbeslutningen:

"Bakgrunnen for avvisningen er tilbudets maskintimepriser. I punktet "Timepriser maskiner", på side G-2 i konkurransegrunnlaget fremgår det at "Prisene skal gjenspeile de faktiske kostnadene". Ved å tilby enkelte arbeider til en timepris på en krone, og andre til en pris som klart overstiger de faktiske kostnadene, har Dere priset på en annen måte enn det som er forutsatt i konkurransegrunnlaget. Det foreligger derfor et avvik.

Maskintimeprisene gjenspeiler ikke de faktiske kostnadene, og det er verken aktuelt med eller anledning til noen avklaring etter foa. § 21-1.

En taktisk prising av maskintimene vil medføre en risikoforskyvning i strid med konkurransegrunnlagets forutsetninger, og kan også tenkes å ha uheldige konsekvenser ved kontraktsgjennomføringen. Avviket anses ikke som ubetydelig."

- (6) Klager påklaget avvisningsbeslutningen ved brev 1. juli 2011. I brevet hevdet klager at bestemmelsen i konkurransegrunnlaget om at tilbyderne skulle prise maskinpriser med faktiske kostnader var ulovlig, at de høye maskinprisene i klagers tilbud ikke innebar et avvik fra kravene i konkurransegrunnlaget, og at de lave prisene i klagers tilbud ikke hadde negativ betydning for innklagede. Klager ba også om innsyn i de øvrige tilbydernes priser.
- (7) Innklagede avsto klagen ved brev 5. juli 2011. Innklagede fremholdt at kravet i konkurransegrunnlaget om at timeprisene for maskiner skulle gjenspeile leverandørens faktiske kostnader var lovlig. Det ble også fremholdt at det var kombinasjonen av at 12 maskintyper var priset til 1 krone per time og at 7 maskintyper var tilbudt til en svært høy pris som var grunnen til avvisningen, ikke disse forholdene sett hver for seg. Innklagede ga heller ikke klager innsyn i de øvrige tilbydernes priser, da innklagede anså timepriser som forretningshemmeligheter underlagt taushetsplikt, jf. forskriften § 3-6. Sammen med brevet oversendte innklagede anskaffelsesprotokollen med vedlegg. Her fremgikk i vedlegg 20. mai 2011 blant annet følgende om beslutningen om å avvise klagers tilbud:

"Det er foretatt en vurdering av om tilbudet må avvises etter foa. § 20-13 (1), og konkludert med at en ikke er forpliktet til å avvise tilbudet, jfr. sveisnr. 2011/101538, dok 1-4, samt 7. Avviket er imidlertid av en slik art at Vegvesenet ønsker å benytte seg av anledningen en har til å avvise tilbudet med hjemmel i foa. § 20-13 (2) bokstav a.

"Et tilbud kan avvises når (...) tilbudet, etter forsøk på avklaring etter § 21-1 (forhandlingsforbudet ved anbudskonkurranser), inneholder avvik, forbehold, feil, ufullstendigheter, uklarheter eller lignende som ikke må anses som ubetydelige".

Bestemmelsen oppstiller tre vilkår for avvisning.

For det første må tilbudet inneholde et avvik, forbehold feil, ufullstendighet, uklarhet eller lignende. Som nevnt ovenfor inneholder tilbudet et avvik, og vilkåret er derfor oppfylt.

For det andre må det ha vært gjort forsøk på å avklare uklarheten mv. innenfor rammene av foa. § 21-1. Det er ingen tvil om hvordan NCC har ment å prise maskintimene, og det er derfor verken aktuelt med eller anledning til å foreta noen avklaring etter § 21-1. Dette vilkåret er derfor oppfylt.

Det siste vilkåret er av avviket ikke kan regnes som ubetydelig.

Det foreligger lite praksis mht. hva som skal regnes som ubetydelig etter § 20-13 (2) bokstav a, men det synes som om terskelen er lav. (For eksempel KOFA-2009-134.) Foa. av 2001 hadde en bestemmelse i § 8-10 (2) bokstav b som ga oppdragsgiver en rett til å avvise tilbudet når det ikke oppga prisen slik som forutsatt i

konkurransesgrunnlaget. Den nye bestemmelsen i foa. av 2006 § 20-13 (2) bokstav a er en bestemmelse som tar opp i seg foa. av 2001 § 8-10 (2) bokstav a, b og e. Dette understøtter at det er adgang til å avvise tilbudet fra NCC.

Den avvikende prisingen vil medføre en risikoforskyvning i strid med konkurransegrunnlagets forutsetninger, og kan også tenkes å ha uheldige konsekvenser ved kontraktsgjennomføringen. Det medfører en risiko for at NCC vil forsøke å kanalisere tilleggsarbeider i retning av arbeider som krever den type maskiner som NCC har priset høyt, med de kimer til kontroverser det medfører.

Også av hensyn til de øvrige leverandørene – som har forholdt seg lojale til bestemmelsen – er det riktig å avvise NCCs tilbud, slik at det ikke blir mistanker om at de kan ha fått en konkurransefordel av avviket.

Bedømmelsen om faktiske kostnader ble inntatt i konkurransegrunnlaget for å forhindre at leverandørene priser taktisk. [Sladdet i dokumentet klagenemnda har mottatt.] Avvisning vil ha en preventiv effekt, og det vil virke lite konsistent å ikke avvise NCC sett i lys av at det er et viktig punkt for Statens vegvesen, og at konkurransegrunnlaget vil kunne bli enda strengere hva gjelder taktisk prising i fremtiden.

Avviket er ikke å anse som ubetydelig/bagatelmessig, og NCCs tilbud bør avvises."

- (8) I brev 15. juli 2011 påklaget klager avslaget på innsyn i de øvrige leverandørenes tilbudspriser.
- (9) Klager brakte saken inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser ved brev 26. september 2011. I brev 11. oktober 2011 informerte innklagede klagenemnda om at kontrakt med valgt leverandør, AF Gruppen Norge AS, var signert 8. juli 2011.

Anførsler:

Klagers anførsler:

- (10) Innklagede har brutt regelverket ved å avvise klagers tilbud fra konkurransen etter forskriften § 20-13 (2) bokstav a.
- (11) Innklagede kunne ikke avvise klagers tilbud på grunn av avvik fra kravet i konkurransegrunnlaget om at maskinprisene skulle gjenspeile faktiske kostnader, fordi dette kravet var ulovlig. Det er tre grunner til dette:
- (12) For det første er kravet ulovlig fordi det innebærer at innklagede har satt en øvre og nedre grense for hvilke tilbudspriser som aksepteres. Disse grensene er ikke angitt i konkurransegrunnlaget. Dette medfører at leverandørene ikke har et forsvarlig grunnlag for å inngi tilbud og at innklagede får et fritt skjønn ved vurderingen av om et tilbud skal avvises.
- (13) For det andre er kravet ulovlig fordi det ikke er i samsvar med anskaffelsesrettslige prinsipper. Taktisk prising er i utgangspunktet fullt ut lovlig, jf. Rt. 2003 side 1531 premiss 36. Alle entreprenører priser taktisk, og klager er kjent med at det er tilfellet også i den aktuelle konkurransen.

- (14) For det tredje er kravet ulovlig fordi det ikke var nødvendig for innklagede å stille et slikt krav for å hindre taktisk prising. Innklagede kunne for eksempel ha anslått riktige mengder for regningsarbeidene, i stedet for å be om pris på regningsarbeider som nesten aldri benyttes ved tunnelarbeider. Innklagede kunne også ha differensiert mellom ulike priser ved evalueringen av tilbudene.
- (15) Dersom klagenemnda finner at kravet om at maskinprisene skulle gjenspeile faktiske kostnader var lovlig, anføres at klagers tilbudte maskinpriser ikke avvek fra kravet.
- (16) Kravet om at maskinprisene skal gjenspeile faktiske kostnader må ses i sammenheng med bestemmelsen om at prisene skulle inkludere indirekte kostnader, risiko og fortjeneste. Dette innebærer at kravet må forstås slik at utgangspunktet for prisingen var reelle kostnader, men at leverandørene sto fritt til å gjøre påslag eller fradrag for risiko og fortjeneste. Når kravet forstås på denne måten, avvek verken de høyeste eller de laveste maskinprisene i klagers tilbud fra kravet.
- (17) Når det gjelder de høyeste maskinprisene i klagers tilbud, tar disse utgangspunkt i tilbud fra klagers underleverandører, tillagt et rimelig påslag. Påslaget er satt noe høyere som følge av innklagedes forutsetning om at prisene skulle reduseres ved leie i mer enn 100 timer. Uansett kunne innklagede ikke avvise tilbudet etter forskriften § 20-13 (2) bokstav a på grunnlag av de høyeste maskinprisene uten å avklare hvorvidt disse prisene representerte de faktiske kostnadene, jf. klagenemndas sak 2004/279 premiss (34). En slik avklaring ville ikke endret tilbudet eller påvirket hvordan det skulle bedømmes i forhold til de øvrige tilbudene, og ville dermed ikke vært i strid med forskriften § 21-1.
- (18) Når det gjelder postene som var priset til 1 krone, var bakgrunnen for prisen at klager ønsket å gi innklagede en mest mulig korrekt pris: Videre anså klager det som lite sannsynlig at postene skulle komme til anvendelse. Dette var også i innklagedes interesse, ettersom enkelte av kontraktens formler for prisregulering er gunstigere for innklagede jo lavere kontraktsprisen er. Prisingen er dermed lojal mot innklagede. Uansett kunne ikke innklagede avvise tilbudet som følge av at innklagede mente prisene var urealistisk lave uten å be om en redegjørelse for tilbudets sammensetning, jf. forskriften § 20-14. Dette har innklagede ikke gjort.
- (19) Klagers prising medfører ikke fare for kanalisering av tilleggsarbeider i retning av arbeider som krever den type maskiner som klager har priset høyt. Det er innklagede som bestemmer hvilke regningsarbeider som skal utføres. I den grad klager ville kunnet styre arbeidet i retning av dyre regningsarbeider, skyldes dette dårlig planlegging fra innklagedes side, ved feil angivelse av masser i konkurransegrunnlaget og dårlig prosjektoppfølgning og prosjektstyring. Det er dermed ikke relevant grunnlag for avvising.
- (20) Klager har bedt om innsyn i øvrige tilbyders priser, men har fått avslag fra innklagede. Avslaget er påklaget. Dersom innklagede eller klageinstansen i løpet av klageprosessen ikke gir innsyn i de delene av de øvrige tilbydernes tilbud som gjelder maskinpriser, men uten at det oppgis hvem som har gitt prisene, eller en oversikt over de høyeste og laveste prisene for hver post, anføres at innklagede har brutt regelverket ved å ikke gi innsyn.

- (21) Klager ber om at klagenemnda uttaler seg om hvorvidt vilkårene for at klager kan kreve erstatning for den positive kontraktsinteressen er oppfylt.

Innklagedes anførsler:

- (22) Innklagede har ikke brutt regelverket ved å avvise klagers tilbud med hjemmel i forskriften § 20-13 (2) bokstav a.
- (23) Kravet i konkurransegrunnlaget om at prisene skulle gjenspeile faktiske kostnader var lovlig.
- (24) Oppdragsgiver har rett til å oppstille unntak fra utgangspunktet om at taktisk prising er lov, jf. Rt. 2003 side 1531 premiss 36.
- (25) Kravet var klart og tydelig formulert, og oppfylte dermed vilkåret i EU-domstolens sak C-19/00 (SIAC Construction), om at alle rimelig aktsomme leverandører skal forstå det på samme måte. Kravet innebar ikke at innklagede stilte opp eller praktiserte et pristak for maskintimeprisene. Innklagedes skjønnsmyndighet gikk kun ut på å vurdere om prisene gjenspeilte de faktiske kostnadene.
- (26) At klager mener innklagede kunne benyttet enklere metoder for å hindre taktisk prising medfører ikke at kravet var ulovlig. Mengdebeskrivelsene for regningsarbeidene fremgår i tabell G.2.3, og innklagedes anslag var realistiske.
- (27) De høyeste maskinprisene i klagers tilbud avvek fra kravet om at prisene skulle gjenspeile faktiske kostnader. Det er misvisende å vurdere de høye prisene uavhengig av prisene på 1 krone per time. I taktisk prising ligger nettopp at lave priser må kompenseres med tilsvarende høye priser andre steder i tilbudet. De høyeste prisene i klagers tilbud er 30-40 % høyere enn prisene i de øvrige tilbudene. Dette tilsier at klagers høyeste priser ikke gjenspeilte de faktiske kostnadene.
- (28) Innklagede hadde ikke plikt til å avklare om de høyeste prisene oppfylte kravet i konkurransegrunnlaget før klagers tilbud ble avvist. Det forelå bevisst taktisk prising i strid med konkurransegrunnlaget. Det var ingen uklarheter eller åpenbare feil i tilbudet som innklagede kunne avklare eller rette etter forskriften § 21-1 (2) og (3). Klagenemndas sak 2004/279 har ikke betydning for spørsmålet, da den gjaldt et tilfelle der oppdragsgiver selv hadde skapt en uklarhet ved utformingen av konkurransegrunnlaget. Det er heller ikke grunnlag for avklaring etter § 20-14, ettersom klagers tilbud ikke er avvist som unormalt lavt.
- (29) Avviket i klagers tilbud var ikke ubetydelig. Ordlyden tilsier en lav terskel før retten til avvisning trer inn. Klare avvik fra konkurransegrunnlaget kan vanskelig anses som ubetydelige. I denne saken relaterte avviket seg til prisen, det eneste tildelingskriteriet i konkurransen. Den taktiske prisingen medførte en risikoforskyvning i strid med konkurransegrunnlagets forutsetninger, som kunne få uheldige konsekvenser ved kontraktsgjennomføringen ved at klager ville kunne påberope at det var nødvendig å benytte maskinene med høy pris. Innklagede viser videre til at forskriften av 2001 i § 8-10 (2) bokstav b ga oppdragsgiver rett til å avvise et tilbud når prisen ikke var oppgitt på den måten som var forutsatt i konkurransegrunnlaget. Denne bestemmelsen er tatt opp i dagens forskrift § 20-13 (2) bokstav b. Det er ikke relevant for vurderingen at en eventuell økning av klagers tilbudspris ikke ville hatt betydning for

konkurransesituasjonen, da innklagede ikke har anledning til å oppjustere prisen i klagers tilbud.

- (30) Klager gis ikke innsyn i øvrige leverandørers timepriser, da dette er forretningshemmeligheter og dermed underlagt taushetsplikt, jf. forskriften § 3-6. Det har ikke betydning om prisene anonymiseres, ettersom de fortsatt kan avsløre rabatter og prisstrategi på tjenester firmaene tilbyr. Det kan heller ikke utelukkes at man innen bransjen vil gjenkjenne de ulike tilbydernes tilbud, ettersom det ofte er de samme selskapene som konkurrerer om kontraktene. Når det gjelder klagers ønske om å få fremlagt de høyeste og laveste prisene på postene, kan det opplyses at det er klager selv som har de høyeste og laveste timeprisene i skjemaet.
- (31) Vilkårene for at klager skal kunne kreve erstatning for den positive kontraktsinteressen er ikke oppfylt. Dersom klagenemnda skulle komme til at det foreligger en saksbehandlingsfeil, må dette begrense seg til vektleggingen av de høye prisene, da det er ubestridt at de lave prisene var priset taktisk. Kravet til årsakssammenheng ville dermed ikke være oppfylt, da klagers tilbud likevel ville blitt avvist på grunn av timeprisene på 1 krone per time. Selv om avvsningsbeslutningen skulle vise seg å være feil, er dette ikke en vesentlig feil, jf. Rt. 2001 side 1062.

Klagenemndas vurdering:

- (32) Klager har deltatt i konkurransen, og har saklig klageinteresse, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Konkurransen gjelder inngåelse av kontrakt om bygging av en tunnel og tilstøtende veier, og er en bygge- og anleggsanskaffelse som er kunngjort med CPV-kode 45000000. Anskaffelsens verdi er ikke angitt i kunngjøringen eller konkurransegrunnlaget. Det er opplyst i klagen at klagers tilbud var på 530 503 362,98 kroner eksklusiv merverdiavgift, og valgte leverandørs tilbud var på 573 613 861 kroner eksklusiv merverdiavgift. Dette viser at anskaffelsens verdi oversteg terskelverdiene i forskriften § 2-2. I tillegg til lov 16. juli 1999 nr. 69 om offentlige anskaffelser følger dermed anskaffelsen etter sin art og verdi forskrift 7. april 2006 nr. 402 om offentlige anskaffelser del I og del III.
- (33) Saken gjelder spørsmål om innklagede har brutt regelverket ved å avvise klagers tilbud etter forskriften § 20-13 (2) bokstav a.
- (34) Etter denne bestemmelsen har oppdragsgiver rett til å avvise et tilbud dersom det *"etter forsøk på avklaring etter forskriften § 21-1 (forhandlingsforbudet ved anbudskonkurranser) inneholder avvik, forbehold, feil, ufullstendigheter, uklarheter eller lignende som ikke må anses ubetydelige"*.
- (35) Klager har for det første anført at innklagedes krav i konkurransegrunnlaget kapittel G, punkt 2, om at maskinprisene skulle gjenspeile faktiske kostnader var ulovlig på tre forskjellige grunnlag.
- (36) Oppdragsgivers adgang til i konkurransegrunnlaget å treffe tiltak for å begrense leverandørenes muligheter for taktisk prising er ikke regulert i lov eller forskrift. Spørsmålet om lovligheten av dette kravet innklagede har stilt i denne sak, må derfor vurderes på bakgrunn av grunnleggende anskaffelsesrettslige prinsipper. Det sentrale formål med anskaffelsesreglene er å sikre en effektiv ressursbruk i offentlig forvaltning. Reglene er derfor utformet slik at de skal sikre at offentlige anskaffelser gjennomføres med anbudskonkurranser som medfører at det økonomisk mest fordelaktige eller

billigste tilbudet antas. Det er fullt ut i samsvar med dette formålet at en oppdragsgiver søker å sikre seg mot en form for taktisk prising fra leverandører som vil kunne medføre at det ikke er det beste tilbudet som blir antatt. I denne saken har innklagede søkt å unngå slik prisfastsettelse ved å stille som vilkår at maskinprisene skal reflektere de faktiske kostnader ved bruken. På den annen side er det i utgangspunktet leverandørene som fastsetter sine priser, og en bestemmelse som regulerer hvordan leverandørene skal prise sine tjenester, kan slå uheldig ut, både for oppdragsgiver og leverandører. En bestemmelse som i foreliggende sak, som hindrer leverandører i å tilby svært lave priser, kan i visse tilfeller medføre at oppdragsgiver må betale mer enn nødvendig for en ytelse. Den kan også medføre at leverandører som har legitime grunner for å ønske å prise en ytelse lavt, for eksempel for å komme inn på nye markeder, blir forhindret fra dette. Derved rammes både oppdragsgiver og leverandør. De motstående hensyn som her gjør seg gjeldende, kan ha ulik vekt i ulike situasjoner, og det er neppe mulig å angi en rettslig norm som vil kunne gjelde i alle tilfeller. Forskriften inneholder som nevnt ikke bestemmelser som begrenser oppdragsgivers mulighet til å fastsette hvordan leverandørene skal prise etterspurte varer og tjenester. Ved utformingen av konkurransegrunnlaget har oppdragsgiver som utgangspunkt et vidt innkjøpsfaglig skjønn. Dette innebærer at klagenemnda bare kan prøve om konkurransegrunnlagets innhold er i strid med de grunnleggende kravene i loven § 5 De overordnede og til dels motstående hensyn som er redegjort for i avsnitt (35) må også inngå i vurderingen.

- (37) Klager har for det første anført at kravet om at maskinprisene skulle gjenspeile faktiske kostnader er i strid med anskaffelsesrettslige prinsipper, fordi taktisk prising er fullt ut lovlig. Som begrunnelse for dette har klager vist til Høyesteretts dom i Rt. 2003 (Veidekke) side 1531 premiss 36. Høyesterett uttalte her blant annet at:

"Generelt vil jeg bemerke at utgangspunktet er at anbudsinnbyderen forholder seg til totalprisen i anbudet. Fordelingen på de enkelte poster vil være av mindre interesse for ham. Med mindre annet er bestemt, vil det være opp til anbyderen å fordele totalsummen på de enkelte poster. Anbudsinnbyderens mulighet til å vurdere riktigheten av prisen på de enkelte poster vil ofte være relativt begrenset. At det ikke forutsettes reell prising av alle enkeltposter, fremgår av NS 3400 pkt. 7.3 annet punktum hvor det heter at poster som "ikke er utfylt med pris, skal anses som innkalkulert i andre poster med mindre annet er angitt i anbuds brevet".

- (38) Som det fremgår av det siterte, er det i utgangspunktet opp til leverandørene hvordan de vil fordele kostnadene på de enkelte postene som skal prises i en entreprisekontrakt. Dommen åpner imidlertid for at oppdragsgiver kan fastsette noe annet i konkurransegrunnlaget, jf. formuleringen "[m]ed mindre annet er bestemt". At oppdragsgiver kan være berettiget til å treffe tiltak for å hindre taktisk prising, er også anerkjent av klagenemnda i flere saker, for eksempel klagenemndas saker 2008/204, 2008/191 og 2012/25. I de to sistnevnte sakene uttalte klagenemnda at en tildelingsevaluering basert på stikkprøver i visse tilfeller kan være hensiktsmessig for å unngå taktisk prising. At det er vanlig at leverandører priser taktisk ved inngivelse av tilbud kan på denne bakgrunn ikke i seg selv være tilstrekkelig til å fastslå at kravet om at prisene for maskiner til bruk for regningsarbeid er ulovlig.
- (39) Klager har videre anført at kravet var ulovlig fordi det medfører at tilbyderne ikke har et forsvarlig grunnlag for å inngi tilbud. Det er vist til at kravet medfører at innklagede har satt en øvre og nedre grense for hvilke tilbudspriser som aksepteres, og at disse grensene ikke er oppgitt i konkurransegrunnlaget.

- (40) Det følger av kravene til forutberegnelighet, likebehandling og gjennomskiktighet i loven § 5 at konkurransegrunnlaget må være utformet på en klar og utvetydig måte, jf. klagenemndas sak 2011/249 premiss (32) med videre henvisninger. På bakgrunn av tidligere praksis, herunder EU-domstolens sak C-19/00 (SIAC Construction), konkluderte nemnda i sakens premiss (36) med at dette innebærer et krav om at konkurransegrunnlaget *"må utformes slik at det for en alminnelig aktsom tilbyder fremstår som klart hva det skal gis tilbud på og hvordan dette skal gjøres"* og at det må *"inneholde tilstrekkelige opplysninger til at tilbyderne har et forsvarlig grunnlag for å inngi tilbud"*.
- (41) Kravet var i konkurransegrunnlaget punkt G, punkt 2, formulert som at *"[p]risene skal gjenspeile de faktiske kostnadene"*. Ved tolkingen må dette kravet ses i sammenheng med opplysningen i samme punkt om at alle prisene for regningsarbeider skulle *"inkludere påslag til dekning av indirekte kostnader, risiko og fortjeneste"*. Kravet må på denne bakgrunn forstås slik at prisene for maskinene skulle fastsettes ved at tilbyderne tok utgangspunkt i sine faktiske kostnader for maskinene per time, og la til indirekte kostnader, risiko og fortjeneste. Denne tolkningen medfører at innklagede signaliserte til tilbyderne at det fantes en grense for hvor lave timepriser som ville bli akseptert ved prisingen av maskinene. Den risikoen dette medførte for tilbyderne kan imidlertid ikke sies å være større en det som normalt sett foreligger i alle konkurranser. Det vises i denne sammenheng til at oppdragsgiver i alle konkurranser kan ha rett til å avvise tilbud som fremstår som unormalt lave, jf. forskriften § 20-13 (2) bokstav c. Det er dermed ikke grunnlag for å fastslå at det faktum at grensen for hvilke priser som ville bli godtatt ikke var opplyst i konkurransegrunnlaget medførte at tilbyderne manglet forsvarlig grunnlag for å inngi tilbud, eller at innklagede fikk et ubetinget fritt skjønn ved vurderingen av om et tilbud skulle avvises. Klagers anførsel kan dermed ikke føre frem.
- (42) Klager har til slutt anført at kravet er ulovlig fordi det er unødvendig, da innklagede kunne ha benyttet andre metoder for å hindre taktisk prising.
- (43) Som det fremgår over, har oppdragsgiver et innkjøpsfaglig skjønn ved utformingen av konkurransegrunnlaget. At innklagede kunne ha benyttet andre metoder for å nå samme mål, tilsier dermed ikke i seg selv at et krav er ulovlig. Etter omstendighetene vil det også kunne være meget vanskelig for en oppdragsgiver for eksempel å angi mengden av ytelser som er nødvendig på de enkelte postene i en entreprisekontrakt. Klagers anførsel fører derfor ikke frem.
- (44) Klagenemnda kan i foreliggende sak heller ikke se at kravet om at maskinprisene skulle gjenspeile faktiske kostnader på andre måter er i strid med de grunnleggende kravene i loven § 5. Kravet innebar en begrensning i leverandørens frihet ved prisingen av maskinene. Maskinprisene utgjorde imidlertid kun en liten del av de postene leverandørene skulle prise. Kravet om at maskinprisene skulle gjenspeile faktiske kostnader grep dermed ikke nevneverdig inn i leverandørens frihet ved prisingen av sine tjenester. Dertil kommer at leverandøren, som tidligere nevnt, hadde priset bruken av noen maskiner til 1 krone pr. time, mens andre maskiner hadde en timepris som var meget høy. Dette arrangementet i et regningsarbeid ga inntrykk av en taktisk prising, ved at leverandøren hadde kontroll med hvilke maskiner som til enhver tid skulle brukes. Det er i denne situasjonen forståelig at innklagede ville sikre seg mot at det ble akseptert et tilbud som ville vise seg ikke å være det beste. Kravet om at maskinprisene skulle gjenspeile de faktiske kostnadene, må etter dette anses lovlig.

- (45) Spørsmålet er så om klagers tilbud avvek fra dette kravet i konkurransegrunnlaget.
- (46) Klager har altså tilbudt en rekke maskiner til 1 krone per time, mens øvrige maskiner er priset til mellom 1200 og 1500 kroner per time. Klager og innklagede er uenige om hvorvidt de høyeste prisene var unormalt høye. Innklagede har hevdet at disse prisene var 30-40 % høyere enn de øvrige tilbydernes maskinpriser, mens klager hevder at prisene gjenspeiler de faktiske kostnadene for klager med et rimelig påslag. Klagenemnda har ikke grunnlag for å ta stilling til om de høyeste maskinprisene avvek fra kravet i konkurransegrunnlaget. Klagenemnda finner det heller ikke nødvendig å gå nærmere inne på dette t, da det uansett fremstår som klart at maskinprisene på 1 krone per time avvek fra konkurransegrunnlagets krav.
- (47) Etter ordlyden i forskriften § 20-13 (2) er det kun avvik som "*etter forsøk på avklaring*" ikke er ubetydelig som gir oppdragsgiver rett til å avvise et tilbud.
- (48) I klagenemndas sak 2013/8 premiss (47) uttalte nemnda om dette vilkåret at "*[p]likten til å avklare er begrenset til tilfeller der det konkrete forholdet faktisk kan avklares, som ved ufullstendigheter eller uklarheter, og avklaring lovlig kan gjennomføres etter forskriften § 21-1.*" I foreliggende sak fremgikk det klart av klagers tilbud hvilke maskinpriser som ble tilbudt. Det er ikke tvilsomt at prisene på 1 krone per time avvek fra kravet i konkurransegrunnlaget om at maskinprisene skulle gjenspeile faktiske kostnader. Det forelå altså ingen uklarhet i klagers tilbud som kunne avklares etter forskriften § 20-1, og innklagede hadde derfor ikke plikt til å kontakte klager for å foreta avklaringer.
- (49) Det avgjørende spørsmålet for om innklagede hadde rett til å avvise klagers tilbud er derfor om avviket i klagers tilbud måtte anses som ubetydelig.
- (50) Innklagede har begrunnet avvisningen av klagers tilbud med at det medførte en risikoforskyvning i strid med konkurransegrunnlagets forutsetninger, og at dette kunne medføre uenigheter ved gjennomføringen av kontrakten. Formålet med kravet om at maskinprisene skulle gjenspeile faktiske kostnader var i følge innklagede nettopp å unngå dette. Klager har likevel valgt å ta risikoen ved å avvike fra dette kravet ved prising av maskiner til regningsarbeider i sitt tilbud. Klagenemnda finner at avviket i klagers tilbud ikke var ubetydelig. Innklagede har dermed ikke brutt regelverket ved å avvise klagers tilbud etter forskriften § 20-13 (2) bokstav a.
- (51) Klager har anført at innklagede har brutt regelverket ved å ikke gi klager innsyn i de øvrige leverandørenes maskinpriser.
- (52) Innklagede har nektet klager innsyn i de øvrige leverandørenes maskinpriser fordi disse utgjør forretningshemmeligheter, og dermed er underlagt taushetsplikt, jf. forskriften § 3-6. Prisene er av denne grunn heller ikke fremlagt som bevis for klagenemnda, jf. klagenemndsloven § 11, jf. tvisteloven § 22-3. Klagenemnda har dermed ikke grunnlag for å overprøve innklagedes konkrete vurdering av hvorvidt de øvrige leverandørenes maskinpriser utgjør forretningshemmeligheter. Det fremgår også av klagers anførsler at innklagedes nektelse er pålagt til et overordnet forvaltningsorgan, jf. offentleglova § 32 (1) og forvaltningsloven § 28 (1). Klagenemnda er ikke ment å være et ytterligere overordnet klageorgan for innsynsbegjæringer, jf. klagenemndas sak 2012/103 premiss (17).

- (53) Klagers anførsel avvises på denne bakgrunn som uhensiktsmessig for behandling i nemnda, jf. klagenemndsforordningen § 9 (2).
- (54) **Nemndsmedlem Krüger** slutter seg under noen tvil til konklusjonen i denne saken, men vil tilføye:
- (55) Taktisk prising er blitt svært vanlig i entrepriserforhold og skyldes oftest at byggherrens konkurransegrunnlag har undervurdert volum for enheter i oppdraget, slik at tilbyderne for å oppnå tildeling setter høye priser der man forventer endrings- og tilleggsarbeider, men unormalt lave priser på andre enheter. Ved dette kan et formelt lavpristilbud som antas som det gunstigste i en lavpriskonkurranse til slutt ende opp som noe helt annet enn det formelt laveste tilbud. Siden tilbydere med erfaring og innsikt ser dette når tilbudet forberedes, vil det i praksis også normalt være tale om mangelfull prosjektering på byggherresiden, slik at det kan hevdes at byggherren er den nærmeste til å forebygge uønsket taktisk prising. Når dette er situasjonen, kan man ikke generelt si at en utnyttelse av konkurransegrunnlagets svakheter uten videre og alltid er i strid med kontraktsrettslig lojalitetskrav eller god anbudsskikk. I en svensk utredning om «Osund strategisk anbudsgivning i offentlig opphandling» fra det svenske Konkurrentverket Uppdragsforskningsrapport 2011:1 (forfattet av Karl Lundevall og Kristian Pedersen) uttales det om hva som ikke utgjør osund anbudsgivning (s. 44-45):

"Som exempel på strategisk anbudsgivning som inte är osund kan bland annat nämnas det fallet att den upphandlande myndigheten har efterfrågat produkter som inte är kompletta. Om leverantören vet att den upphandlande myndigheten kommer behöva göra tilläggsköp för att få en fungerande produkt men dessa tilläggsprodukter inte utvärderas i upphandlingen är det sannolikt att anbudsgivarenn sänker sine priser på produkten som utvärderas och höjer sina priser på de delar av produkten som inte utvärderas. Detta kan inte i sig sägas utgöra osund strategisk anbudsgivning."

- (56) I Rt. 2007 s 1479 (*Byggholt*) avviste Høyesterett at tilbyderne har varslingsplikt når man ved anbudsregningen ser at konkurransegrunnlaget er uklart. I den senere Rt. 2012 s. 1729 (*Mika*) holder Høyesterett i premiss (65) allikevel åpen den mulighet at tilbyderne må opptre lojalt og varsle fallgruber for taktisk prising. I emnet har *Roald Hopsnes* forfektet at det uavhengig av anbudsreglene kan følge av det kontraktsrettslige lojalitetskrav at tilbyderne ikke kan utnytte svakheter i konkurransegrunnlaget uten å si fra – Festskrift til Jan Fridthjof Bernt «Undring og erkjennelse» (Fagbokforlaget 2013) s. 221 på s 229-234 – særlig s 233 (med sitat fra *Mika*-dommen premiss (102)).
- (57) Det er blitt vanlig å ta med i konkurransegrunnlaget bestemmelser for å hindre taktisk prising, særlig bestemmelser som pålegger tilbyderne å varsle dersom man oppdager eller bør ha oppdaget uklarheter eller feil i konkurransegrunnlaget. Dette viser at problematikken rundt taktisk prising er under økende oppmerksomhet og at det er behov for avklaring.
- (58) I vår sak er prising av maskintimepriser til én krone et relativt utilslørt tilfelle av fiktiv tilbudsregning. Når disse prisene sammenholdes med de vesentlig høyere timeprisene som forventes aktuelle under arbeidets utførelse, ligger det nær å anta at en tildeling til klager ville endt med at denne tilbyder under utførelsen ikke kan innfri forventningen om laveste tilbud – eller at byggherren overtar en risiko for å måtte honorere et tilbud som ikke er det gunstigste. Når saken ligger slik an, og uten å ta standpunkt til om

regelverket tillater bestemmelser om priskonfigurasjon i tilbudene, mener dette nemndsmedlem at klagers tilbud med rette er avvist.¹

Konklusjon:

Statens vegvesen har ikke brutt regelverket for offentlige anskaffelser.

Bergen, 24. juni 2013

For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,

Kai Krüger

¹ Kommissjonens direktivutkast (2011)896 hadde opprinnelig en bestemmelse i artikkel 22 "illicit conduct" om bl a tilbydernes forpliktelse til å avstå fra å "deliberate provide misleading information that may have a material influence on decisions concerning exclusion, selection or award". Bestemmelsen er tatt ut i det sist verserende utkast 2011/0438 (COD) (23. juli 2013). Derimot foreslås i det seneste utkast artikkel 69 at håndteringen ved avvisning av unormalt lave tilbud skal omfatte både "price" og "costs" og ikke bare - som i gjeldende Direktiv 2004/18 artikkel 55 – "abnormally low tenders".

