



Klagenemnda for offentlige anskaffelser

Innklagede gjennomførte en ett trinns konkurranse med forhandling for utførelse av byggetekniske arbeider vedrørende utskifting av membranfilter ved Skjelbreia vannbehandlingsanlegg. Klagenemnda fant at innklagede ikke hadde brutt regelverket om offentlige anskaffelser.

Klagenemndas avgjørelse 3. september 2012 i sak 2011/193

Klager: Goodtech Environment Sørumsand AS

Innklaget: Vestre Toten kommune

Klagenemndas medlemmer: Gro Amdal, Kai Krüger og Jakob Wahl

Saken gjelder: Avvisning av valgte leverandørs tilbud som følge av valutaforbehold og påstått tilbud i strid med antikontraktørbestemmelse.

Bakgrunn:

- (1) Vestre Toten kommune (heretter kalt innklagede) kunngjorde 16. mars 2011 en ett trinns konkurranse med forhandling, for utførelse av byggetekniske arbeider vedrørende utskifting av membranfilter ved Skjelbreia vannbehandlingsanlegg. Anskaffelsens verdi er i kunngjøringens punkt II.2.1) angitt til å være seks millioner kroner. Tilbudsfrist var i konkurransegrunnlaget punkt III "Anbudsinngivelse" angitt til å være 5. mai 2011.

- (2) Av konkurransegrunnlaget punkt A.1 "Orientering" fremgikk det at anskaffelsen gjaldt utskifting av membranfilter ved Skjelbreia vannbehandlingsanlegg som ligger på Eina. Videre fremgikk det følgende av konkurransegrunnlaget punkt A.2 "Prosjektets art og omfang":

"Entreprisen omfatter i hovedsak utskifting av 192 stk. membran filter med L = 6m. Videre skal det skiftes ut tilhørende slanger, koblinger og klemmer i følge beskrivelse under pkt. E Teknisk beskrivelse med mengder. [...]"

- (3) Av konkurransegrunnlaget under punktet B.2.1 "Krav og dokumentasjon", "Tildelingskriterier" fremgikk følgende:

"Det anbud som ses på som økonomisk mest fordelaktig vil bli valgt. Ved anbudsevaluering vil det bli lagt vekt på følgende kriterier, ikke i prioritert rekkefølge:

- *Pris/honorar*
- *Kapasitet*

- *Evne til å utføre oppdraget"*
- (4) Videre fremgikk det kontraktsbestemmelser i konkurransegrunnlaget punkt C, og "*Spesielle kontraktsbestemmelser*" fremgikk under punkt C.2. Det hitsettes fra punkt 3.0 "*Prisreguleringer*":

"3.1 Fast pris

Det skal gis faste priser uten adgang til reguleringer."

- (5) Under punktet "*Spesielle kontraktsbestemmelser*" var også underpunkt 8.0 "*Kontraktører*" inntatt, og det hitsettes:

"Det er ikke tillatt å benytte kontraktører ved utførelse av arbeidene."

- (6) Det fremgikk av konkurransens anskaffelsesprotokoll at fem leverandører leverte inn tilbud i konkurransen, herunder Goodtech Environment Sørumsand AS (heretter kalt klager) og STH Engineering AS (heretter kalt valgte leverandør).

- (7) Av valgte leverandørs tilbud datert 4. mai 2011 fremgikk det følgende:

"Vi viser til anbudsgrunnlaget og har gleden av å tilby utskifting av membraner mm. for Kr. 4 936 294,- ekskl. mva. [...]"

Betingelser / Forutsetninger / Spesifikasjoner

A.4 / F.4 Underentreprenører

Arbeidene utføres i egen regi med 2 av våre egne ansatte samt 2-3 ekstra innleide personer til selve arbeidet med utskifting av membranene.

Retura Østlandet Gjenvinning AS vil fjerne avfallet ved utskiftingen av membranelementer etter at vi har sortert det i egnede containere og levere det til mottak hos GLT Avfall på Gjøvik. [...]"

C.2 Spesielle kontraktsbestemmelser

3.1 Fast pris

Ved endringer i valutakurser på +/- 2 % eller større kan partene kreve regulering av kontraktssummen for hele endringsbeløpet. Basis er kalkulasjonskurs gitt i tabellen nedenfor og reguleringsbeløpet beregnes av entreprenørens dokumenterte innkjøpspris og aktuell betalt vekslingskurs.

<i>03.05.2011</i>	<i>Valuta og kurs</i>	<i>Reguleringsbeløp</i>
<i>Membraner kap. 3</i>	<i>USD / NOK = 5,25</i>	<i>ca USD 615 000</i>
<i>Membraner kap. 4</i>	<i>USD / NOK = 5,25</i>	<i>ca USD 105 000</i>

GRP kap.4	membranhus	EUR / NOK = 7,77	ca EUR 22 000
----------------------------	-------------------	------------------	---------------

[...]

F.2 Timepriser

Mannskap

Regningsarbeider gjøres opp etter medgåtte arbeidstimer. Timeprisen skal inkludere entreprenørens samlede utgifter og påslag.

Mannskapskategori:

Byggeleder / prosjektleder [...]

Formann [...]

Rørlegger [...]

Håndtlanger [...]

Lærling [...]"

- (8) Videre fremgikk det av vedleggene til valgte leverandørs tilbud en oversikt over ansatte i STH Engineering AS, og det hitsettes:

"Navn	Funksjon
Aud Størseth	Daglig leder/ Kontorleder
Toralf Nyrønning	Prosjektleder/Serviceansvarlig
Kjell Eirik Myhre	Prosjektleder
Marit Melhuus	Prosjektleder
Dag Leth-Olsen Jakobsen	Servicetekniker
Steinar Gran	Servicetekniker
Øystein Bye	Serviceingeniør

I tillegg benytter vi ansatte hos Alfsen og Gundersen AS etter behov. Alfsen og Gundersen AS er vårt søsterfirma. [...]"

- (9) Det ble avholdt forhandlinger i perioden 18. til 30. mai 2011.

- (10) Av brev 6. juni 2011 fra valgte leverandør benevnt "Avklaringer etter forhandlingsmøte 30. mai 2011" fremgikk følgende:

1 "Betalingsbetingelser"

[...] Som det fremgår av valutaavhengig beløp utgjør innkjøp av levering av membraner til anlegget ca 66 % av kontraktsverdien pluss ikke valutaavhengig frakt fra Oslo. [...]

2 Valutaregulering

Søk på nett etter prognoser for utviklingen av USD kontra NOK gir relativt få ferske treff og treffene karakteriseres som svært usikre. Siste prognose vi har sett fra midten av mai 2011 gir et bilde av økende USD kontra NOK i løpet av 3. kvartal 2011.

Vi ser av historiske verdier at bare i løpet av den siste måneden har USD-kursen svingt fra 5,25, opp i 5,60 og nå ned i 5,35 igjen. For denne kontrakten utgjør ytterpunktene i denne svingningen godt over NOK 200 000.

STH Engineering AS sin filosofi er at vi driver et seriøst engineering- og entreprenørselskap hvor vi ikke skal basere driften på stor grad av gambling. I dette tilfellet vil en låsing av kurs på USD være gambling på hele vårt netto resultat av en eventuell kontrakt, og kanskje mer til. Derfor kan vi ikke akseptere å fravike vårt valutaforbehold med regulering av valutaavhengig beløp for valutakursendringer større enn +/- 2 %.

Vi har imidlertid regulert tilbudssummen til USD-kurs tilsvarende dagens (06.06.2011) overføringskurs på USD/NOK = 5,3437 og følgelig med regulering for endringer større enn +/- 2 % ut fra denne. Det vil si at det ikke reguleres for våre innkjøp i USD/NOK innenfor området ca 5,23 og 5,45 før endringen går ut over disse verdiene.

Sammen med noen andre mindre justeringer blir nytt tilbudsbeløp således kr 5 000 000,- ekskl. mva."

- (11) Under følger utdrag av innklagedes evalueringsmatrise:

<i>Kapittel</i>	<i>STH Engineering</i>	<i>NOKA</i>	<i>HOH B. Christensen</i>	<i>Goodtech</i>	<i>Kruger Kaldnes</i>
<i>Rigg og drift</i>	<i>(...)¹</i>	<i>(...)</i>	<i>(...)</i>	<i>(...)</i>	<i>(...)</i>
<i>Arbeide utskifting</i>	<i>(...)</i>	<i>(...)</i>	<i>(...)</i>	<i>(...)</i>	<i>(...)</i>

¹ Opplysningen er sladdet som forretningshemmelighet, jf. offentleglova § 13 og forvaltningsloven § 13 nr. 2. Tilsvarende gjelder også andre steder hvor opplysninger er sladdet ved bruk av vanlig parentes.

<i>Filter, deler og trykkrør</i>	3 681 526,00	4 178 288	(...)	4 076 000,00	(...)
Sum ekskl. mva.	(...)	(...)	(...)	(...)	(...)
<i>Lev./monter ny rad</i>	(...)	(...)	(...)	(...)	(...)
Sum ekskl. mva 896stk	(...)	(...)	(...)	(...)	(...)
<i>Rev pris forhandl møte</i>	(...)	(...)	(...)	(...)	(...)
Rev sum ekskl. mva 768stk	4 080 529,00	4 336 988,00	(...)	4 591 000,00	(...)
<i>Bemanning totalt</i>	(...)	(...)	(...)	(...)	(...)
<i>Bemann hovedbedrift</i>	(...)	(...)	(...)	(...)	(...)
<i>Forbehold</i>	<i>Ja</i>	<i>Ja</i>	<i>Nei</i>	<i>Nei</i>	<i>Ja</i>
<i>Type forbehold</i>	<i>Se forbehold</i>	<i>Se tilbud pkt. 4</i>	<i>Ingen</i>	<i>Ingen</i>	<i>Se forbehold</i>
<i>Valutaregulering</i>	<i>EUR=7,77 NOK</i>	<i>1 GBP=8,73 NOK</i>	<i>Nei</i>	<i>Nei</i>	
<i>Valutaregulering</i>	<i>USD=5,25 NOK</i>	<i>1 USD=5,20 NOK</i>	<i>Nei</i>	<i>Nei</i>	<i>USD=5,39 NOK</i>

I matrisen var også inntatt følgende påtegning: 15.06.2011 NOK:USA 5,39.

- (12) I brev av 20. juni 2011 ble tilbyderne meddelt at innklagede hadde til hensikt å inngå kontrakt med valgte leverandør. Av tildelingsmeddelelsen fremgikk videre følgende:

”Tilbydere er vurdert likt med hensyn til kapasitet og evne til å gjennomføre oppdraget.

Oppdragsgiver har ut i fra dette valgt den tilbyder som har tilbudt lavest pris på anbudet som tilfredsstiller ønsket måloppnåelse.

STH Engineering AS kr 4 080 529,00 ekskl. Mva.

*Kontraktsinngåelse er planlagt til **tirsdag 28. juni 2011.***

- (13) Klager påklaget tildelingsbeslutningen ved brev til innklagede 23. juni 2011.
- (14) Klage kom inn til Klagenemnda for offentlige anskaffelser (heretter kalt klagenemnda) ved e-post 1. juli 2011.
- (15) Kontrakt med valgte leverandør ble signert fredag 8. juli 2011, og av brev til klagenemnda 12. juli 2011 med opplysninger om kontraktsinngåelse fremgikk det følgende:

"Da vi er nødt til å få utført denne jobben før vinteren, og det er et par måneders bestillingstid på de filterene som skal brukes fra USA, har vi sett oss nødt til å sette jobben i bestilling.

Dette ble gjort mandag den 4. ds. [...]"

- (16) På forespørsel fra klagenemndas sekretariat hva gjaldt blant annet de ulike tilbudssummene oppgitt i innklagedes evalueringsmatrise, mottok sekretariatet en e-post fra innklagede 30. august 2012. Det hitsettes:

[...] Kap. 4 levering og montering av ny rad med komplette filter rør utgikk av entreprisen. Kontrakt er tegnet til rev sum ekskl. mva 786 stk, [...]

- (17) Klagenemnda forstår ovennevnte dit hen at kontrakten med valgte leverandør således er inngått på bakgrunn av evalueringsmatriSENS kolonner "Sum eksl. mva" og "Rev pris forhandl møte", som for valgte leverandør utgjorde kroner 4 080 529 eksklusiv merverdiavgift.
- (18) Videre fremgikk det av også e-post fra innklagede 30. august 2012 på forespørsel fra klagenemndas sekretariat om valgte leverandørs forbehold knytter seg til kolonnen "Filter, deler og trykkrør" i innklagedes evalueringsmatrise, følgende:

"Ja, valutaforbeholdet er kun knyttet til membranene (filterne) i denne summen."

Anførsler:

Klagers anførsler:

- (19) Klager anfører at innklagede har brutt regelverket om offentlige anskaffelser, ved å ikke avvise valgte leverandørs tilbud grunnet valutaforbehold i tilbudet. Det vises til konkurransegrunnlaget punkt 3.1 "Fast pris", hvor det fremgår at tilbudet skal gis i form av faste priser uten adgang til reguleringer. Valgte leverandør har imidlertid tatt forbehold om valutakurs i sitt tilbud, og således flyttes risikoen for valutasvingninger fra tilbyder til oppdragsgiver. Hertil kommer at langtidsprognoser for kursutviklingen på USD i forhold til NOK varierer fra en kurs på 4,77 til 6,01, jf. Sparebank 1 sin valutasnittprognose fra 22. juni 2011. Det var heller ikke mulig å sikre dollarkursen til under 5,60 norske kroner ved anbudsfristens utløp. Klager fremholder at dette forhold

har betydning for tilbydernes prissetting, eksempelvis er risikovurderingen i henhold til valutasvingninger inntatt i klagers pristilbud. Videre vises til at klager i forhandlingsmøtet med innklagede fikk bekreftet at ingen av tilbyderne hadde tatt forbehold i konkurransen.

- (20) For det annet anføres at innklagede har brutt regelverket om offentlige anskaffelser ved å ikke avvise valgte leverandørs tilbud, idet valgte leverandør benytter seg av innleid mannskap til utførelse av oppdraget i strid med konkurransegrunnlaget punkt 8.0. Det vises til at konkurransegrunnlaget gir klare føringer på at kontraktører ikke godkjennes. Det fremgår imidlertid av innklagedes evalueringsskjema at flere av tilbyderne i konkurransen benytter seg av arbeidskraft som ikke er ansatt i hovedbedriften, og således må anses å være kontraktører. Det fremholdes at ved å ta inn lokale enkeltmannsforetak, rørleggere, vikarbyråer eller personer i tiltak fra NAV endres kostnadsbildet for anskaffelsen seg fullstendig, og dette må anses for å være konkurransevridende. Videre vises til at forannevnte var et forhold som oppdragsgiver selv tok opp i forhandlingsmøtet med klager, og det ble fremhevet at det var positivt at hele klagers bemanning på oppdraget var egne ansatte med lang erfaring i bytte av membranelementer.
- (21) Endelig hevder klager at en avvisning av valgte leverandørs tilbud har betydning for rangeringen i konkurransen. Det fremholdes at det er overveiende sannsynlig at klagers tilbud til innklagede ville hatt vesentlig lavere pris, dersom klager hadde lagt inn valutaforbehold og benyttet seg av innleid arbeidskraft med unntak av prosjektleder og formann.

Innklagedes anførsler:

- (22) Innklagede hevder for det første at klausulen vedrørende "*Fast pris*" inntatt som punkt 3.1 under C.2 "*Spesielle kontraktsbestemmelser*" ikke kan anses som et absolutt krav, idet dette ikke er inntatt i konkurransegrunnlaget under punkt B "*Konkurranseregler*", og var først gjeldende når kontrakt ble signert. Valgte leverandørs tilbud skulle således ikke vært avvist på dette grunnlag.
- (23) For det annet anføres at innklagede ikke har brutt regelverket om offentlige anskaffelser ved å ikke avvise valgte leverandørs tilbud, ettersom valutaforbeholdet verken kan anses som et vesentlig forbehold, eller kan medføre tvil om hvordan tilbudet skal bedømmes i forhold til de øvrige tilbudene, jf. forskriften § 11-11 (1) bokstav d og f. Det vises til at kontrakt ble forutsatt inngått ganske raskt etter tildeling, og at filtrere kan settes i bestilling umiddelbart etter at avtalen er signert. Ved bestilling vil leveransen bli valutasikret av tilbyderne, slik at det på dette tidspunkt ikke lenger ligger noen risiko i kontrakten. Videre vises det til at forbeholdet er begrenset, ved at valgte leverandør selv bærer risikoen for valutasvingninger innenfor pluss/minus to prosent, og at dollarkursen således kan svinge fra 5,25 til 5,45 uten noen form for kompensasjon. Kursen har ikke beveget seg utenfor dette intervallet siden tilbudet ble mottatt. Hva gjelder sammenligning av tilbudene med og uten valutaforbehold, fremholdes at tilbudene lot seg sammenligne i og med at det var snakk om et meget kort tidsrom. Sammenligningen ble gjennomført ved at dollarkursen per sammenligningsdato ble lagt til grunn ved evalueringen av samtlige tilbud, og det har ikke senere vært særlig store utslag grunnet valutasvingninger. Rettslig henviser oppdragsgiver for disse betraktninger til klagenemndas sak

2005/214, hvor klagenemnda aksepterte at tilbud med og uten valutaforbehold kunne sammenlignes når det var snakk om en kort periode.

- (24) Det bemerkes for øvrig at det på forhandlingsmøtet ble opplyst at oppdragsgiver ønsket fast pris uten valutaforbehold for å lettere kunne sammenligne tilbudene. Det ble imidlertid ikke opplyst at dette var en avvisningsgrunn i konkurransen. Innklagede viser også til at prisdifferansen mellom klagers og valgte leverandørs tilbud er på hele 510 000 kroner, og at det skal en betydelig endring i valutakursen til før denne differansen utlignes.
- (25) For det tredje hevder innklagede at valgte leverandørs tilbud ikke er i strid med antikontraktørbestemmelsen i konkurransegrunnlagets kontraktsbestemmelse punkt 8.0. Det vises til at valgte leverandør akter å leie inn mannskap som rørlegger og sjauere for å utføre arbeidet, men at dette ikke er ensbetydende med at selskapet vil benytte seg av kontraktører. Begrepet omfatter selvstendig næringsdrivende firmaer, først og fremst enkeltmannsforetak. Valgte leverandør vil imidlertid ikke benytte seg av denne type bistand, men av arbeidskraft fra lokale firmaer, seriøse personalutleiefirmaer eller utplassert arbeidskraft fra NAV med midlertidig ansettelse i STH Engineering AS så lenge jobben pågår. Denne arbeidskraften vil omfatte tre personer som vil ansettes i selskapet. Videre vil valgte leverandør benytte seg av to erfarne egne ansatte som henholdsvis arbeidsleder og formann. For øvrig fremholdes at oppdragsgiver under tilbudsevalueringen med rette har lagt til grunn at samtlige tilbydere ved å inngi tilbud uten forbehold hva gjelder kontraktørbestemmelsen, har forpliktet seg til å oppfylle kontraktens antikontraktørbestemmelse.
- (26) Endelig viser innklagede til at klager ble rangert som nummer fem av seks tilbydere, og uansett ikke ville fått tildelt kontrakten.

Klagenemndas vurdering:

- (27) Klager har deltatt i konkurransen, og har saklig klageinteresse, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Anskaffelsen gjelder utførelse av byggetekniske arbeider i henhold til utskifting av membranfilter ved Skjelbreia vannbehandlingsanlegg som er en bygge- og anleggsanskaffelse, kategorisert av innklagede med CPV-kode 45252120, anleggsarbeid i forbindelse med vannbehandlingsanlegg. Anskaffelsens verdi er i kunngjøringens punkt II.2.1) angitt til å være seks millioner kroner. I tillegg til lov om offentlige anskaffelser følger anskaffelsen etter sin art og verdi forskrift om offentlige anskaffelser av 7. april 2006 nr. 402 del I og II, jf. forskriften §§ 2-1 (2) og 2-2 (1).

Hvorvidt valgte leverandørs tilbud skulle vært avvist

Valutaforbeholdet

- (28) Klagenemnda forstår klagers anførsel dit hen at valgte leverandørs tilbud skulle vært avvist som følge av at valutaforbeholdet mot amerikanske dollar i tilbudet må anses som et vesentlig forbehold, eller at dette forbeholdet kan medføre tvil om hvordan tilbudet skal bedømmes i forhold til de øvrige tilbudene, slik at det ut fra dette foreligger avvisningsplikt etter forskriften § 11-11 (1) bokstav d og/eller f.
- (29) Hvis allerede konkurransegrunnlaget utelukker tilbud med valutaforbehold, kan avvisningsplikt bygges på forskriften § 11-11 (1) bokstav d som omhandler vesentlige

forbehold mot kontraktsvilkårene. Nemnda viser til sitatet ovenfor under premiss (4) om det skal "... *gis faste priser uten adgang til reguleringer.*"

- (30) Nemnda forstår konkurransegrunnlaget dit hen at bestemmelsen om fast pris er ment å skulle utelukke prisjustering ut fra lønns- og prisstigning under oppdragets utførelse. De norske standardkontrakter for bygg- og anleggsarbeider har regler om slik justering, men det er ikke uvanlig at offentlige byggherrer endrer standardens regel og forutsetter såkalt "fastpriskontrakt" der prisstigning skal innregnes i kontraktssummen. Nemnda mener at det er dette oppdragsgiver har gjort i dette tilfellet. Passusen kan derfor ikke i seg selv utelukke en valutaregulering som den valgte leverandør har inntatt i sitt tilbud. Forbeholdet om valutaregulering kan altså ikke på dette grunnlag medføre avvisningsplikt.
- (31) Spørsmålet er da om forbeholdet etter sitt nærmere innhold medfører at det må anses som et vesentlig forbehold som skal medføre avvisning med hjemmel i forskriften § 11-11 (1) bokstav d (vesentlig forbehold mot kontraktsvilkårene), eller om det må anses som et forbehold som medfører tvil om rangeringen av tilbudene og dermed skal avvises i henhold til forskriften § 11-11 (1) bokstav f.
- (32) Av § 11-11 (1) bokstav d fremgår det at et tilbud skal avvises når "*det inneholder vesentlige forbehold mot kontraktsvilkårene*". Ordlyden i forskriften tilsier at det kun er visse kvalifiserte forbehold som fører til avvisningsplikt. For å avgjøre om et forbehold er vesentlig, må det foretas en konkret vurdering i hvert enkelt tilfelle, jf. klagenemndas saker 2008/105 og 2009/126. Av klagenemndas praksis fremgår momenter det må ses hen til ved vurderingen av om det foreligger et vesentlig forbehold. Blant annet vil det måtte legges vekt på karakteren av kontraktsvilkåret det tas forbehold mot, betydningen for oppdragsgiver, betydningen i forhold til konkurrenter, herunder risiko for at leverandøren får en konkurransefordel og i hvilken grad forbeholdet kan prissettes, jf. blant annet klagenemndas saker 2008/175 og 2009/126.
- (33) Valgte leverandør tilbød i sitt avklaringsbrev 6. juni 2011 en overføringskurs på USD/NOK på 5,3437, og dette gjelder posten "*Filter, deler og trykkrør*" i evalueringsmatrisen. Denne var priset til kroner 3 681 526 av kontraktens totalsum, som var på 4 080 529 kroner. Klager fremholder å ha priset valutasvingninger inn i sitt tilbud. Valgte leverandørs valutaforbehold innebærer ut fra valutamarkedets volatile karakter, en risikoforskyvning i kontrakten og kan således ha forrykket konkurransen i strid med likebehandlingsprinsippet i regelverket. I nærværende sak har valgte leverandør selv i sitt avklaringsbrev til innklagede vist til at låsing av en kurs på amerikanske dollar vil være gambling. Videre viser valgte leverandør til at ytterpunktene i en kurssvingning fra ca. 5,25 til 5,60 vil utgjøre godt over 200 000 kroner for den aktuelle kontrakt.
- (34) Oppdragsgiver må ved håndtering av et forbehold gjøre en konkret risikovurdering av om forbeholdet kan godtas i tilbudsevalueringen, jf. klagenemndas sak 2008/105. Innklagede har i dette tilfelle prisset forbeholdet, og spørsmålet for klagenemnda blir om denne prissettingen fremstår som forsvarlig ut fra de grunnleggende prinsippene i anskaffelsesregelverket jf. klagenemndas sak 2008/105 premiss (30). Vurderingen av forbeholdets prismessige konsekvens ligger til oppdragsgivers innkjøpsfaglige skjønn, og kan bare i begrenset grad overprøves av klagenemnda, jf. blant annet klagenemndas sak 2012/70. Innklagede fremholder at valgte leverandørs valutaforbehold ikke er

vesentlig ettersom forbeholdet er begrenset. Klagenemnda legger i sin vurdering vekt på at det i tilbudet er innkalkulert en valutaendring på pluss/minus to prosent, slik at risikoen ligger i større svingninger i kursen enn fra ca. 5,23 til 5,45. Forbeholdet er således begrenset og i følge innklagede ville bestilling av membranfilter fra USA bli gjennomført raskt etter kontraktsinngåelse. Tidsrommet fra tilbudsinnngivelse 5. mai 2011 til skjæringstidspunktet for valutalåsing, bestillingen av varene 4. juli 2011, var på to måneder. Det justerte forbehold i brev 6. juni 2011 reduserte tidsrommet til ca én måned. Ser man hen til eksempelvis Norges Banks oversikt over *"Valutakurs for amerikanske dollar"* i perioden mai 2010 – juli 2012 synes dollaren å innenfor et en-to måneders perspektiv i snitt ikke å svinge med mer enn opp mot 0,5 kroner.² Etter valgte leverandørs innkalkulering av en svingning i kursen på pluss/minus to prosent fra en kurs på 5,3437, kan det tas utgangspunkt i at innklagede sitter igjen med risikoen for en kursoppgang fra 5,45 opp til omtrent 5,84, når det tas utgangspunkt i den justerte tilbudskursen på 5,3437. Risikoforskyvningen fra valgte leverandør til oppdragsgiver var således begrenset. Hertil kommer at tilbyder som ble rangert som nummer to var omtrent 500 000 kroner dyrere enn valgte leverandørs prising av *"Filter, deler og trykkrør"*, og klager lå omtrent 400 000 kroner høyere i pris på dette punkt. Det henvises videre til klagenemndas sak 2005/214 premiss (25), hvor et valutaforbehold ikke ble ansett som avvisningsgrunn, ettersom innklagede hadde foretatt en vurdering og taksering av forbeholdets betydning, og tillagt det begrenset betydning fordi det var tale om *"korte leveringstider"*. Etter klagenemndas syn vil ca. to måneder fra første tilbud, og ca. én måned fra tilbudsjustering til valutalåsing, anses for å være et kort tidsrom. Ut fra dette anses ikke valutaforbeholdet å være et vesentlig forbehold etter forskriften § 11-11 (1) bokstav d, og klagers anførsel om avvisning på dette grunnlag fører ikke frem.

- (35) Videre må dollarkursen svinge opp mot omtrent 5,72 norske kroner for at valgte leverandørs tilbud ikke lenger skal være lavest i konkurransen.³ Dette utgjør en svingning i denne perioden på omtrent 0,38 kroner fra 5,3437 til 5,72 kroner. Klagenemnda konstaterer at i siste måned før tilbudsinnngivelse svingte dollarkursen med omtrent 0,35 kroner fra 5,25 til 5,60 kroner, jf. valgte leverandørs justerte tilbud/avklaringsbrev av 6. juni 2011. Innklagedes risikovurdering ut fra dette er at forbeholdet ikke innvirker på rangeringen av tilbudene, og dette må etter klagenemndas syn anses forsvarlig. Da foreligger heller ingen avvisningsplikt etter forskriften § 11-11 (1) bokstav f, siden det i slikt tilfelle ikke foreligger *"...avvik, forbehold, feil, ufullstendigheter, uklarheter eller lignende i en anbudskonkurranse kan medføre tvil om hvordan tilbudet skal bedømmes i forhold til de øvrige tilbudene"* jf. klagenemndas saker 2005/16 premiss (24) og 2005/49 premiss (29). Klagers anførsel fører heller ikke frem på dette grunnlag.

Antikontraktørbestemmelsen

- (36) Den neste klagenemnda må ta stilling til er om valgte leverandørs tilbud er i strid med antikontraktørbestemmelsen i konkurransegrunnlaget punkt 8.0, og således innebærer et vesentlig forbehold mot kontraktsvilkårene, eller om dette kan medføre tvil om

² <http://www.norges-bank.no/no/prisstabilitet/valutakurser/usd/mnd/>

³ Dette ut fra totalsummen i posten *"Filter, deler og trykkrør"* på kroner 3 681 526 / på en kurs på 5,3437 kroner = 689424 USD. Videre slik at 689424 USD x en kurs på 5,72 kroner = 3 943 507 kroner, som utgjør en differanse på 261 981 kroner fra valgte leverandørs tilbudssum på kroner 3 681 526 til leverandør nummer to i konkurransen.

hvordan tilbudet skal bedømmes i forhold til de øvrige tilbudene jf. forskrift om offentlige anskaffelser § 11-11 (1) bokstav d og f.

- (37) Av konkurransegrunnlaget punkt 8.0 fremgår at: *"Det er ikke tillatt å benytte kontraktører ved utførelse av arbeidene."* Hva gjelder kontraktørbegrepet, fremstår dette, for klagenemnda, ikke som et entydig begrep, jf. NOU 1997:21 Offentlige anskaffelser side 72. Generelt synes begrepet å være brukt i relasjon til avgrensingen mellom arbeidstagere og næringsdrivende, herunder om private næringsdrivende eller firma som påtar seg å utføre spesifikke oppdrag mot betaling, så som leveranser av varer og/eller tjenester. Begrepet synes videre vanligvis reservert for organisasjonsformer som anses som uheldig/uønsket, og om selvstendige næringsdrivende som arbeider for et firma og som etter arbeidsrettslige eller skatterettslige regler skulle ha vært lønnstagere i firmaet, jf. NOU 1997:21 Offentlige anskaffelser side 72.
- (38) Av valgte leverandørs tilbud fremgår det av punkt *"A.4 / F.4 Underentreprenører"*: *Arbeidene utføres i egen regi med 2 av våre egne ansatte samt 2-3 ekstra innleide personer til selve arbeidet med utskifting av membranene."* Videre har valgte leverandør i tilbudet oppgitt timepriser for følgende mannskap: Byggeleder, formann, rørlegger, håndtlanger og læring, jf. punkt F.2 Timepriser, mannskap. Det fremgår ingen øvrig informasjon i tilbudet eller i avklaringsbrevet av 6. juni 2010 vedrørende bruken av personell for utførelse av oppdraget. Innklagede har imidlertid i sitt tilsvare opplyst at valgte leverandør akter å leie inn mannskap som rørlegger og sjauere for å utføre arbeidet, og at denne arbeidskraften vil være fra lokale firmaer, seriøse personalutleiefirmaer eller utplassert arbeidskraft fra NAV, samt at de to-tre aktuelle personer vil gis midlertidig ansettelse i selskapet så lenge jobben pågår. Det er imidlertid ikke fremlagt dokumentasjon som understøtter sistnevnte opplysninger fra innklagede. Ut fra en naturlig språklig forståelse av valgte leverandørs tilbud, kan klagenemnda likevel ikke se at konstruksjonen med to-tre *"innleide personer"* omfattes av den forståelse av kontraktørbegrepet som legges til grunn over. Ordlyden *"innleide personer"* taler for at dette ikke gjelder enkeltmannsforetak eller selvstendig næringsdrivende, men personer som er ansatt i andre firmaer som driver med utleie av personell. Klagenemnda har heller ikke holdepunkter for å si at valgte løsning er en organisasjonsform som anses som uheldig/uønsket. Hertil kommer at valgte leverandør selv har lagt til grunn at konstruksjonen er en form for bruk av underleverandør, og at dette etter klagenemndas oppfatning synes plausibelt. Klagenemnda har således kommet til at valgte leverandørs tilbud ikke inneholder forbehold mot kontraktørbestemmelsen, og følgelig ikke skulle vært avvist etter forskriften § 11-11 (1) bokstav d eller f. Klagers anførsel fører ikke frem.

Konklusjon:

Vestre Toten kommune har ikke brutt regelverket om offentlige anskaffelser.

Bergen, 3. september 2012

For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,

Kai Krüger