



Klagenemnda for offentlige anskaffelser

Innklagede gjennomførte en åpen anbudskonkurranse for anskaffelse av totalentreprise for ombygging og utvidelse av Bakke skole, samt rehabilitering av tilstøtende idrettsbygg. Klagenemnda fant at innklagede hadde brutt forhandlingsforbudet i forskriften § 21-1 (1) med valgte leverandør. Videre konstaterte nemnda at innklagede hadde brutt kravet til forutberegnelighet i loven § 5 og forskriften § 3-1 (4) ved ikke å anvende etterspurte priser for tilleggsarbeider ved evalueringen

Klagenemndas avgjørelse 17. september 2012 i sak 2011/78

Klager: Eide Entreprenør AS

Innklaget: Ullensaker kommune

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

Saken gjelder: Forhandlingsforbudet, forutberegnelighet,

Bakgrunn:

- (1) Ullensaker kommune (heretter kalt innklagede) kunngjorde 28. september 2010 en åpen anbudskonkurranse for anskaffelse av totalentreprise for ombygging og utvidelse av Bakke skole, samt rehabilitering av tilstøtende idrettsbygg. Anskaffelsens verdi er ikke opplyst i kunngjøringen eller konkurransegrunnlaget, men de mottatte tilbudene var i tilbudsprotokollen angitt å være på mellom 102 millioner kroner og 124 millioner kroner. Tilbudsfrist var i kunngjøringen punkt I.V.3.4 angitt til å være 22. november 2010.
- (2) Det fremgikk av konkurransegrunnlaget punkt 0.1.22 "*Valg av tilbud – tildelingskriterium*" at:

*"Tildeling skjer ut i fra hvilket tilbud som har lavest pris.
Følgende kriterier legges til grunn:*

Ved sammenligning av prisene vil det til selve tilbudssummen bli tillagt følgende:

Timer: 500 timer (midlet av tilbudte timepriser, inkl. tekniske entr.)

Materialer: Påslag oppgitt i tilbudsskjema, på kr 500.000,-

Underentreprenører: Påslag oppgitt i tilbudsskjema, på kr. 500.000,-

Forsering: Tilbudt kostnad for forsering i 2 uker.

Forlenget byggetid: Tilbudt kostnad for forlengelse i 2 uker.

Prisstigning: tilbudt fastpris. Dersom fastpris ikke er tilbudt, beregnes prisstigning ved å benytte gjennomsnittet av de siste 3 måneders prisstigning, med antatt jevn produksjon fra byggestart til overtakelse.

*Økt volum tilleggsarb.: Det legges til grunn 13 % tilleggsarbeider.
Sum opsjonspriser
Forbehold som har innvirkning på prisene."*

- (3) I konkurransegrunnlagets punkt 0.2 "*Sammendrag av tilbudet*", punkt 0.2.1 "*Tilbudsskjema*" var det et skjema hvor tilbyderne skulle fylle ut postene 1-9, hvor summen på disse postene skulle utgjøre tilbudssummen.
- (4) På side 9 og 10 i konkurransegrunnlaget bok 0 fulgte plass for utfylling av timepriser, prisstigning og andre kostnader som skulle medtas i evalueringen for å kunne gjøre tilbudene sammenlignbare jf. konkurransegrunnlaget punkt 0.1.22.
- (5) I punktet som omhandlet prisstigning fremkom det at følgende skulle prises:

*"eventuelle tillegg til tilbudssum
Tilbudte fastpris for lønns- og prisstigning frem til ferdigstillelse
Kr....."*

- (6) I punktet om "*regningsarbeider/tilleggsarbeider*" fremkom følgende:

"Dersom tilleggsarbeider utføres som regningsarbeider, gjelder timesatser og påslag tilbudt i det etterfølgende (alle priser skal være inkl. alle påslag, dvs. priser til byggherre eks. mva.)

*Bygningsmessige arbeider:
Timelønn faktureres inkl. alle direkte og indirekte kostnader:
Formann: kr.....pr. time
Fagarbeider kr.....pr. time
Hjelparbeider/læregutt kr.pr. time*

*Tillegg for tilleggsarbeider som byggherren pålegger å utføre utenfor ordinær arbeidstid (0700 – 1600).
Formann: kr.....pr. time
Fagarbeider kr.....pr. time
Hjelparbeider/læregutt kr.pr. time*

*Tilbyderen oppgir her påslagsprosjenter i forbindelse med tilleggsarbeider:
Materialer %
Maskinleier.....%
Transport.....%
Underentreprenør/-leverandør.....%
Koordinering av spesialleveranser.....%."*

- (7) Det var i konkurransegrunnlaget oppført 11 arbeider som opsjoner. Disse skulle prises i tilbudet og medtas i modellen for utregning av laveste pris jf. konkurransegrunnlagets punkt 0.1.22.
- (8) Innklagede mottok 5 tilbud innen tilbudsfristen den 22. november 2010, deriblant fra Eide Entreprenør AS (heretter kalt klager) og Agathon Borgen AS (heretter kalt valgte leverandør).

- (9) Klager hadde i sitt prisskjema gitt en fastpris på lønns- og prisstigning på kroner 2 100 000 eks. mva. Valgte leverandør hadde i tilsvarende prisskjema oppgitt kroner 0,- på denne posten.
- (10) I innklagedes tilsvarende av 13. januar 2011 til klagenemnda er det opplyst at det var to opsjonsposter i klagers tilbud som ikke var priset. Dette var postene for "varmekabel i øvrige ramper" og "reservestrøms aggregat".
- (11) I klagers tilbud fremkom det at klager hadde tatt fem forbehold. Disse forbeholdene var utformet slik:

"Forbehold:

1. *Dersom leveransen som er beskrevet, men ikke medtatt i romskjema, så er disse å anse som inkludert i vår pris.*
 2. *Opsjonspris gulybelegg Herculan Combiguly Pro.
Tillegget utgjør: Kr. 350,- pr. m2. eks. mv.a.*
 3. *Leveranseomfanget av persiennene er noe forskjellig oppfattet av våre tilbydere. Vi vedlegger derfor tilbudet fra Vental Solex for å definere antall persiennene vi har medtatt.*
 4. *M.h.t. asfaltering har vi beregnet arbeidene utført etter den standard som Ullensaker kommune krever for sine anlegg.*
 5. *Vi forutsetter at grunnen ikke inneholder forurenset masse".*
- (12) I referat fra avklaringsmøte med klager 6. desember 2010 fremkom følgende om asfalteringsarbeider:

Nr.	Sak/forbehold/forutsetning	Avklaring	Frist
1.4	<i>M.h.t. asfaltering har vi beregnet arbeidene utført etter den standard som Ullensaker kommune krever for sine anlegg</i>	<i>For å sammenligne mottatte tilbud på samme grunnlag må Eide Entreprenør AS gi pris i samsvar med beskrevet krav, dvs. iht statens vegvesens håndbok 018 og 017.</i> <i>Tilbakemelding fra Eide i mail av 08.12.2010: Pristillegg på kr. 735.000,- eks mva i tillegg til det som er medregnet i tilbudssummen etter den standard som kommunen</i>	

		<i>krever for sine anlegg.</i>	
--	--	--------------------------------	--

- (13) I referat fra avklaringsmøte med klager 6. desember 2010 fremkom følgende om opsjoner:

<i>Nr.</i>	<i>Sak/forbehold/forutsetning</i>	<i>Avklaring</i>	<i>Frist</i>
<i>1.8</i>	<i>Opsjoner</i>		
<i>1.8.1</i>	<i>Opsjonspris på varmekabel i øvrige ramper mangler. Kfr. 45 Varme, side 19 av 42 i kravsspesifikasjon for elektrotekniske anlegg, bakke skole</i>	<i>Eide Entreprenør AS kommer tilbake med pris</i>	<i>09.12.10</i>
<i>1.8.2</i>	<i>Opsjonspris på reservestrøms aggregat mangler. Kfr. 61 Reservestrøms aggregat, side 31 av 42 i kravsspesifikasjon for elektroteknisk anlegg.</i>	<i>Eide Entreprenør AS kommer tilbake med pris</i>	<i>09.12.10</i>

- (14) I e-post fra klager datert 9. desember 2010 fremkom følgende priser på de opsjonene som ikke var priset i det opprinnelige tilbudet:

"Pkt. 1.8.1.

Opsjonspris varmekabler utvendig – Kr. 205 000,- eks.m.v.a.

Pkt. 1.8.2.

Opsjonspris på reservestrømsaggregat – kr. 275 000,- eks. m.v.a."

- (15) I innklagedes tilsvare av 13. januar 2011 til klagenemnda er det opplyst at det var tre opsjonsposter i valgte leverandørs tilbud som ikke var priset. Dette var postene for "varmekabel i øvrige ramper", " reservestrøms aggregat" og "kombielastisk gulv".

- (16) I referat fra avklaringsmøte med valgte leverandør 7. desember 2010 fremkom følgende om opsjoner:

<i>Nr.</i>	<i>Sak/forbehold/forutsetning</i>	<i>Avklaring</i>	<i>Frist</i>
<i>1.5</i>	<i>Opsjoner</i>		

1.5.1	<i>Opsjonspris på kr. 204.308,- eks mva på varmekabel i øvrige ramper ligger inne i tilbudet. Kfr. 45 Varme, side 19 av 42 i kravspesifikasjon for elektrotekniske anlegg, Bakke skole.</i>	<i>Agathon Borgen AS har bekreftet i mail av 08.12.2010 at dette er medregnet i tilbudssummen. Medregnet pris på kr. 204.380,- eks mva trekkes ut fra tilbudssummen</i>	
1.5.2	<i>Opsjonspris på kr. 275.000,- eks mva på reservestrøms aggregat ligger inne i tilbudet. Kfr. 61 Reservestrøms aggregat, side 31 av 42 i kravspesifikasjon for elektrotekniske anlegg.</i>	<i>Agathon Borgen AS har bekreftet i mail av 08.12.2010 at dette er medregnet i tilbudssummen. Medregnet pris på kr. 275.000,- eks mva trekkes ut fra tilbudssummen</i>	
1.5.3	<i>Opsjonspris på Kombielastisk gulv er ikke oppgitt. Kfr. K-bygget – Bok 1, pkt. 2.5.3 Gulvbelegg i gymsalen</i>	<i>Agathon Borgen AS har bekreftet at kombielastisk gulv kan leveres for et tillegg på kr. 335,-/m2 eks mva i tillegg til anbudspris.</i>	

- (17) Ved tildelingsbrev av 10. desember 2010 ble det informert om at innklagede hadde til hensikt å tildele kontrakten til Agathon Borgen AS. Det ble i dette brevet opplyst at tilbudet fra valgte leverandør var kroner 527 776,20,- inkl. mva. lavere enn tilbudet fra klager.
- (18) I innklagdes tilsvaer til klagenemnda av 13. januar 2011 fremkom det at følgende punkter ble tatt med i sammenligningen av de innkomne tilbudene:

<i>Tildelingskriterium</i>
<i>Pristilbud</i>
<i>Gjennomsnitts timepris x 500 t</i>
<i>Materialpåslag</i>
<i>UE. Gj.påslag</i>
<i>Forsering</i>

<i>Forlenget byggetid</i>
<i>Oppgitt fastpris for lønns- og prisstigning</i>
<i>Økt volum tilleggsarb: 13% x (pristilbud + oppgitt fastpris for lønns- og prissigning)</i>
<i>Sum samlede opsjoner</i>
<i>Sum samlet pris inkl mva</i>

- (19) Klager sendte en e-post til innklagede 14. desember 2010. I denne e-posten ble det kommentert at klager mente dennes tilbud var det laveste. Klager kommenterte at det i valgte leverandørs tilbud ikke kunne være rom for at opsjonsprisene var inkludert. Videre påpekte klager at det ved beregningen av tilleggsarbeider burde blitt tatt hensyn til at klager hadde en lavere timepris for bygningsarbeidere og et lavere påslag for alle innkjøpte leveranser.
- (20) Innklagede svarte på denne e-posten 14. desember 2010, og holdt fast ved at valgte leverandørs tilbud var det rimeligste.
- (21) Klager sendte en ny e-post til innklagede angående de samme forholdene den 15. desember 2010. Denne e-posten ble besvart av innklagede samme dag, hvor innklagede fastholdt sin tildelingsbeslutning.
- (22) Klager påklaget tildelingen i brev datert 23. desember 2010.
- (23) Innklagede avslo klagen i brev datert 17. januar 2011.
- (24) Kontrakt ble signert med valgte leverandør den 13. januar 2011.
- (25) Saken ble brakt inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser (heretter kalt klagenemnda) 3. mai 2012.

Anførsler:

Klagers anførsler:

Brudd på kravet til forutberegnelighet i loven § 5 og forskriften § 3-1 (4)

- (26) Klager anfører at innklagede har brutt kravet til forutberegnelighet på fire ulike grunnlag.
- (27) Klager anfører for det første at innklagede har brutt kravet til forutberegnelighet i loven § 5 (3) og forskriften § 3-1 (4) ved at prisen for "økt volum tilleggsarb." ble satt til 13 % av tilbyderens "pristilbud + oppgitt fastpris for lønns- og prisstigning". Ved dette har

innklagede lagt til grunn at tilleggsarbeidene vil bestå av en lik fordeling mellom ulike arbeidere og materialer som hovedarbeidene. Dette er etter klagers oppfatning ikke riktig. Erfaringsmessig relaterer 30 % av tilleggsarbeider seg til tekniske fag og 70 % seg til bygningsmessige fag (som igjen består av 25 % til lønnskostnader og 75 % til materialkostnader). Når det ikke var angitt noe annet i konkurransegrunnlaget, skulle innklagede tatt utgangspunkt i en slik erfaringsmessig fordeling av kostnader ved utregningen av prisen på tilleggsarbeider, og ikke lagt til grunn en flat sats slik innklagede har gjort. Hadde prisen på tilleggsarbeider blitt utregnet slik klager angir, ville klagers tilbud på tilleggsarbeider vært klart lavere enn valgte leverandørs.

- (28) Klager anfører for det andre at innklagede har brutt kravet til forutberegnelighet i loven § 5 (3) og forskriften § 3-1 (4) ved ikke å benytte de tilbudte timeprisene og påslagene for tilleggsarbeider ved utregningen av "*økt volum tilleggsarbeider*".
- (29) Klager anfører for det tredje at innklagede har brutt kravet til forutberegnelighet ved å medta klagers tilbudte fastpris for prisøkning i beregningsgrunnlaget som innklagede la til grunn når det skulle regnes ut pris for "*økt volum tilleggsarb.*". Det vises til at det ikke fremgår av konkurransegrunnlaget at tillegget skulle medtas i beregningsgrunnlaget. Beregningen ga et stort utslag fordi "*prisstigning*" var inkludert i valgte leverandør sitt tilbud. Klager hadde oppgitt et fast kronebeløp for "*prisstigning*". Ved å medta kronebeløpet i beregningsgrunnlaget for "*økt volum tilleggsarb.*" har innklagede i realiteten lagt til grunn et høyere kronebeløp enn det som fulgte av klagers tilbud.
- (30) Klager anfører for det fjerde at innklagede har brutt lovens krav til forutberegnelighet, ved ikke å medta byggetid som tildelingskriterium. Det vises til at med valgte modell for lavest pris, ble det uforutsigbart ikke å medta byggetid som tildelingskriterium fordi innklagede fikk et feil kostnadsbilde av det enkelte tilbud. Tildelingen var ikke egnet til å identifisere det prismessig laveste tilbudet, og var i strid med konkurransegrunnlaget og innklagedes egne forutsetninger, jf. forskriften § 22-2

Forskjellsbehandling ved beregning av opsjoner

- (31) Klager anfører at innklagede har forskjellsbehandlet tilbyderne i strid med loven § 5 (1) og forskriften § 3-1 (4) ved å legge til grunn at uprisede opsjoner på varmekabler og reservestromaggregat var inkludert i valgte leverandørs tilbudspris, (og derfor har trukket dette beløpet fra valgte leverandørs tilbud og overført beløpet til posten "*sum opsjonspriser*"), mens det for klager ble lagt til grunn at prisen på opsjoner på varmekabler og reservestromaggregat, ikke var inkludert i klagers tilbudspris. Tilbyder har risikoen for at et tilbud inneholder de poster som er beskrevet i konkurransegrunnlaget. Utgangspunktet er at alle enkeltposter skal betraktes som omfattet av et tilbud på bygge- og anleggsarbeider, med mindre noe annet er angitt eller det foreligger åpenbare feil i tilbudet, jfr. forskriften § 21-2. Innklagede skulle lagt til grunn at alle enkeltposter, med unntak av forbehold som klager uttrykkelig hadde tatt, var inkludert jf. forskriften § 21-2.

Brudd på forhandlingsforbudet ved beregning av opsjoner

- (32) Klager anfører at innklagede har brutt forhandlingsforbudet i forskriften ved å tillate diskusjoner med valgte leverandør om hvorvidt de tre uprisede opsjonspostene var inkludert i tilbudet, etter at anbudsprotokollen var kjent.

Avvising av klagers tilbud

- (33) Klager bestrider at innklagede i ettertid kan påberope seg at selskapets tilbud skulle vært avvist. Det vises til at innklagede har en rett, men ikke en plikt til å avvise et tilbud der det er tatt forbehold som ikke er priset. Ved ikke å avvise klagers tilbud har innklagede akseptert forbeholdet. Det gjøres videre gjeldende at innklagede innenfor rammen av forskriften § 21-1 hadde anledning til å avklare selve innholdet i forbeholdet med klager. Endelig mener klager at avstanden mellom klagers tilbud og valgte leverandørs tilbud uansett var så stor, dersom tilbudene var beregnet riktig, at en prissetting av forbeholdet ikke ville hatt betydning for rangeringen av tilbudene.

Erstatning

- (34) Klager ber klagenemnda om å uttale seg om vilkårene for å kreve erstatning for den positive kontraktsinteresse for klager anses oppfylt.

Innklagedes anførsler:

Brudd på prinsippet om forutberegnelighet i loven § 5 og forskriften § 3-1 (4)

- (35) Innklagede bestrider å ha brutt kravet til forutberegnelighet i loven § 5 (3) og forskriften § 3-1 (4) ved at prisen for "*økt volum tilleggsarb.*" ble satt til 13 % av tilbydernes "*pristilbud + oppgitt fastpris for lønns- og prisstigning*". Det vises til at på tidspunktet for evalueringen var omfanget av faktiske tilleggsarbeider en ukjent størrelse. Enhetspriser og timepriser er avhengig av en mengde som ikke kan forutsies når tilbudene evalueres. En flat beregning var likt for alle og utelukket uenigheter om fordelingsnøkkel per fag osv. Beregningsmåten for "*økt volum tilleggsarb.*" er i overensstemmelse med anskaffelsesregelverket.
- (36) Innklagede bestrider å ha brutt kravet til forutberegnelighet ved å medta klagers tilbudte fastpris på lønns- og prisstigning i beregningsgrunnlaget for "*økt volum tilleggsarb.*". Det vises til at beregningsgrunnlaget for 13 % tillegget var korrigert pristilbudssum tillagt tilbudt fastpris for prisstigning. En prisstigning i kontraktsperioden må hensyntas når en på evalueringstidspunktet skal søke å komme frem til en mest mulig sammenlignbar pris for hva entreprisen vil koste. At prisstigningen skulle tillegges tilbudssummen fremgår av konkurransegrunnlaget bok 0 punkt 0.1.22 og prisskjemaet på side 9.
- (37) Innklagede bestrider å ha brutt lovens krav til forutberegnelighet, ved ikke å medta byggetid som tildelingskriterium. Det vises til at kommunen er forpliktet til å gjennomføre evalueringen i overensstemmelse med det som er tilkjennegitt i konkurransegrunnlaget. Byggetid er ikke inntatt i konkurransegrunnlaget under forhold som skal vektlegges ved evalueringen og kan følgelig ikke tillegges betydning. Den prismessige betydning byggetid har, vil uansett være gjenspeilet i den tilbudte sum.

Forskjellsbehandling ved beregning av opsjoner

- (38) Innklagede bestrider å ha forskjellsbehandlet tilbyderne i strid med loven § 5 (1) og forskriften § 3-1 (4) ved behandlingen av de uprisede opsjonene til klager og valgte leverandør. Det vises til at det var på det rene at de uprisede opsjonene ikke var inkludert i klagers tilbud. Dette ble uttalt i avklaringsmøtet og ble bekreftet senere ved at det ble gitt tilbud på pristillegg for opsjonene. Klager har ikke fremlagt

dokumentasjon som viser at prisene for opsjon 1 og 11 var inkludert i tilbudets opprinnelige tilbudssum. Valgte leverandør sitt tilbud inneholdt prisopplysninger om reservestrøms aggregat og varmekabler. Det ble i avklaringsmøtet vist til hvor i tilbudet opsjonsprisene var oppstilt, og dette ble senere bekreftet i e-post. Disse ulikhetene ble behandlet ulikt ved at klagers tilbud ble endret prismessig iht. de senere innkomne pristilleggene fra klager. For valgte leverandørs tilfelle, ble tilbudet kun omdisponert fordi postene var feilplassert i relasjon til korrekt bruk av den tilkjennegitte modellen i punkt 0.1.22. Utfallet av avklaringene var ulikt for de to tilbyderne. Det forelå således ikke lenger lik situasjon for klager og valgte leverandør og ulik etterfølgende behandling representerer således ikke brudd på kravet om likebehandling i regelverket.

Brudd på forhandlingsforbudet ved beregning av opsjoner

- (39) Innklagede bestrider å ha brutt forhandlingsforbudet i forskriften ved å tillate diskusjoner med valgte leverandør om hvorvidt uprisede opsjonsposter var inkludert i leverandørens tilbud. Det vises til at avklaringene med valgte leverandør ikke medførte noen prisendringer av tilbudet for opsjon 1 og 11, og at avklaringen derfor ikke var utført i strid med forhandlingsforbudet i forskriften § 21-1(2) jf. (1). Vedrørende opsjon 10 vises det til at differansen mellom valgte leverandør og klager på dette punktet var på kroner 6150,- eks. mva., kroner 7687,50 inkl. mva. Endringen i prisen på opsjon 10 er således ikke i strid med forskriften § 21-1 (1) fordi den ikke får betydning for konkurranseforholdet.

Avvisning av klagers tilbud

- (40) Innklagede hevder å ha gjort avklaringer med klager utover den adgang forskriften § 21-1 (2) bokstav a tillater. Det vises til at klager leverte et tilbud som inneholdt et uklart forbehold knyttet til asfaltarbeider som viste seg å være et avvik fra fastsatte krav i kravspesifikasjonen. Forbeholdet lot seg ikke prise uten kontakt med klager. Avviket medførte følgelig tvil om hvordan klagers tilbud skulle vært bedømt i forhold til de øvrige tilbudene, og tilbudet fra klager skulle følgelig vært avvist jf. forskriften § 20-13 (1) bokstav f.

Brudd på forhandlingsforbudet ved behandlingen av klagers tilbud

- (41) Innklagede hevder at tilbudet fra klager ble endret i strid med forskriften § 21-1 (1). Det vises til at klager som følge av avklaringer med innklagede angående opsjonene om varmekabler i øvrige ramper og reservestrøms aggregat endret sitt tilbud.

Erstatning

- (42) Innklagede bestrider at vilkårene for den positive kontraktsinteresse for klager er oppfylt. Innklagede bestrider også at vilkårene for den negative kontraktsinteresse er oppfylt, da klager som følge av et selvforskyldt avvik i tilbudet skulle vært avvist etter en obligatorisk avvisningsgrunn.

Klagenemndas vurdering:

- (43) Klager har deltatt i konkurransen, og har saklig klageinteresse, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Anskaffelsen gjelder totalentreprise for ombygging og utvidelse av Bakke skole, samt rehabilitering av tilstøtende idrettsbygg, som er en bygge- og anleggsanskaffelse. Anskaffelsens verdi er

ikke opplyst i kunngjøringen eller konkurransegrunnlaget, men de mottatte tilbudene var i tilbudsprotokollen angitt å være på mellom 102 millioner kroner og 124 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 III, jf. forskriften §§ 2-1 og 2-2.

Hvorvidt innklagede har brutt regelverket ved ikke å ha byggetid som tildelingskriterium

- (44) Klager anfører at innklagede har brutt lovens krav til forutberegnelighet ved ikke å medta byggetid som tildelingskriterium.
- (45) Hvilke tildelingskriterier oppdragsgiver velger å bruke, er i utgangspunktet opp til oppdragsgiver å bestemme selv. De eneste begrensningene regelverket oppstiller her er at tildeling enten skal skje på basis av lavest pris eller det økonomisk mest fordelaktige tilbud, og hvis sistnevnte alternativ velges, skal de kriteriene som benyttes, ha tilknytning til kontraktsgjenstanden, jf. forskriften § 22-2. Klagers anførsel kan etter dette ikke føre frem.

Hvorvidt innklagede har brutt forhandlingsforbudet med valgte leverandør

- (46) Klager anfører at innklagede har brutt forhandlingsforbudet i forskriften § 21-1(2) jf. (1) ved å tillate diskusjoner med valgte leverandør om hvorvidt de tre opsjonspostene som ikke var priset i selskapets tilbud, skulle anses innkalkulert i andre poster i tilbudet.
- (47) Innklagede hevder på sin side at avklaringene med valgte leverandør ikke er utført i strid med forhandlingsforbudet i forskriften. Innklagede viser til at avklaringene ikke medførte prisendringer i valgte leverandørs tilbud for opsjon 1 og 11. Her ble de tilbudte priser kun flyttet til riktig sted i tilbudet, altså fra poster i hovedtilbud til de relevante poster for opsjonspriser. Dette ble gjort etter avklaring med valgte leverandør, og disse avklaringene er således etter innklagedes syn ikke i strid med forhandlingsforbudet. Vedrørende opsjon 10, har innklagede erkjent at prising av denne opsjonen burde skjedd uten kontakt med valgte leverandør. Innklagede hevder imidlertid at endringen i opsjon 10 ikke er i strid med forhandlingsforbudet, fordi den ikke får betydning for konkurranseforholdet.
- (48) Forhandlingsforbudet i anbudskonkurranser er regulert i forskriften § 21-1. I bestemmelsens første ledd første punktum fremkommer det at ved åpen anbudskonkurranse er det ikke tillatt å endre tilbudene eller forsøke å endre tilbudene gjennom forhandlinger. I annet punktum eksemplifiseres dette forbudet til å gjelde "*pris, leveringstid eller andre forutsetninger som har betydning for konkurranseforholdet*". Denne bestemmelsen kan ikke forstås slik at det ved endringer av pris skal foretas et konkret skjønn over om endringen har forrykket konkurranseforholdet. Enhver forhandling om prisendring vil således være i strid med forhandlingsforbudet.
- (49) Etter forskriften § 21-1 (2) bokstav a har oppdragsgiver adgang til å innhente nærmere opplysninger hos leverandørene for å få klarlagt uklarheter og ufullstendigheter i tilbudene, med mindre uklarhetene eller ufullstendighetene er slik at tilbudene skal avvises i henhold til § 20-13.

Vedrørende poster for priser i bygge- og anleggstilbud er det gitt en særregel i § 21-2:

"Ved bygge- og anleggsarbeider 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, jf. § 21-1 (forhandlingsforbudet ved anbudskonkurranser) tredje ledd".

- (50) Forskriften § 21-2 regulerer altså hvordan manglende prisutfylling i et bygge- og anleggstilbud skal behandles. Dersom en upriset post ikke skyldes en åpenbar feil, skal den anses innkalkulert i andre poster. Det er i dette tilfellet usikkert hvorfor valgte leverandør ikke hadde priset opsjonspostene, men dette kan ikke anses som en åpenbar feil, og de ikke prisede postene skulle derfor vært håndtert etter forskriften § 21-2. Det var dermed ikke adgang for innklagede til å foreta endring eller avklaring med valgte leverandør. Innklagede har dermed brutt forskriften § 21-1 (1).
- (51) Som svar på klagers anførsel om at innklagede har brutt forhandlingsforbudet med valgte leverandør, har innklagede svart at forhandlingsforbudet også er brutt i forhold til klager og at klagers tilbud skulle vært avvist. Siden klagenemnda ikke finner grunn til å uttale seg om det foreligger grunnlag for erstatning i saken, jf. nedenfor i premiss 61, kan nemnda heller ikke se betydningen av å ta stilling til disse anførselene fra innklagede.
- (52) *Har innklagede brutt kravet til forutberegnelighet ved å benytte tilbydernes "pristilbud + oppgitt fastpris for lønns- og prisstigning" som beregningsgrunnlag for posten "økt volum tilleggsarb"?*
- (53) Det er, som fremholdt av klager, på det rene at innklagede satte prisen for "økt volum tilleggsarb." til 13% av tilbydernes tilbud på hovedarbeidet pluss oppgitt fastpris for lønns- og prisstigning. Samtidig ba innklagede også om å få oppgitt timepriser for tilleggsarbeider. Spørsmålet er om det utgjør et brudd på lovens og forskriftens krav om forutberegnelighet når oppgitte timepriser ikke ble tillagt vekt ved evalueringen.
- (54) Ved tildelingsevalueringen har oppdragsgiver et innkjøpsfaglig skjønn som klagenemnda kun i begrenset grad kan overprøve. Klagenemnda kan imidlertid prøve om oppdragsgivers skjønnsutøvelse har vært usaklig eller vilkårlig, basert på feil faktum eller om skjønnets for øvrig er i samsvar med regelverkets grunnleggende krav. Av kravet til forutberegnelighet i loven § 5 og forskriften § 3-1 (4) følger det at oppdragsgiver ved tildelingsevalueringen må evaluere tilbudene i samsvar med de opplysningene som er gitt i konkurransegrunnlaget, jf. for eksempel klagenemndas saker 2009/98 premiss (28), 2010/19 premiss (36) og 2010/262 premiss (23).
- (55) Av konkurransegrunnlaget bok 0 side 9 fremkommer det at tilbyderne skulle oppgi timesatser og påslag for regningsarbeider/tilleggsarbeider. Videre fremgår det av konkurransegrunnlaget punkt 0.1.22 at pris for "økt volum tilleggsarb." ville bli evaluert i prisevalueringen. Når det således både er etterspurt priser for tilleggsarbeider, og innklagede har opplyst at pris på tilleggsarbeider ville bli evaluert, er det naturlig å forstå dette slik at det er de oppgitte prisene for tilleggsarbeid som skal brukes som beregningsgrunnlag for posten for tilleggsarbeider. Det er dessuten disse prisene tilbyderne de facto kan kreve for tilleggsarbeider.
- (56) Når innklagede istedenfor har brukt tilbydernes "pristilbud + oppgitt fastpris for lønns- og prisstigning" som beregningsgrunnlag for posten for tilleggsarbeider, fremstår dette etter nemndas syn som uforsvarlig. Innklagede har etter dette brutt kravet til

forutberegnelighet i loven § 5 og forskriften § 3-1 (4) ved ikke å anvende de etterspurte og tilbudte prisene for tilleggsarbeider som beregningsgrunnlag for posten "*økt volum tilleggsarb.*".

Hvorvidt innklagede har brutt kravet til forutberegnelighet ved å legge til grunn at kostnadsfordelingen ved tilleggsarbeider er den samme som ved hovedarbeider

- (57) Spørsmålet er om innklagede har brutt kravet til forutberegnelighet i loven § 5 og forskriften § 3-1 (4) i evalueringen av posten "*økt volum tilleggsarb.*" ved ikke å legge til grunn at kostnadene ved tilleggsarbeider erfaringsmessig fordeler seg annerledes enn ved hovedarbeider. Ved tildelingsevalueringen har oppdragsgiver som nevnt et innkjøpsfaglig skjønn som klagenemnda kun i begrenset grad kan overprøve, jf. premiss 54 foran.
- (58) Konkurranses grunnlaget inneholder ingen opplysninger om hvordan fordelingen av ulike kostnader skulle være ved evalueringen av tilleggsarbeider. Når det heller ikke er holdepunkter for at innklagede hadde grunn til å regne med en bestemt fordelingsnøkkel for ulike typer kostnader ved tilleggsarbeider, og klager heller ikke har dokumentert at den fordeling klager legger til grunn, er den riktige, kan klagenemnda ikke se at det var uforsvarlig av innklagede å legge til grunn at kostnadsfordelingen ved tilleggsarbeider skulle være som ved hovedarbeider. Klagers anførsel på dette punktet fører dermed ikke frem.

*Hvorvidt innklagede har brutt kravet til forutberegnelighet ved å inkludere klagers fastpris for lønns- og prisstigning i beregningsgrunnlaget for posten "*økt volum tilleggsarb.*"*

- (59) Siden klagenemnda er kommet til at innklagede skulle lagt til grunn tilbydernes tilbudte priser for tilleggsarbeider som beregningsgrunnlag for posten "*økt volum tilleggsarb.*", går nemnda ikke nærmere inn på denne anførselen.

Erstatning

- (60) Basert på det resultat klagenemnda er kommet til ovenfor, finner nemnda ikke grunn til å uttale seg om vilkårene for erstatning for klager er oppfylt, jf. klagenemndsforskriften § 12 (2).

Konklusjon:

Ullensaker kommune har brutt forhandlingsforbudet i forskriften § 21-1 (1) ved behandlingen av valgte leverandørs tilbud.

Ullensaker kommune har brutt kravet til forutberegnelighet i loven § 5 og forskriften § 3-1 (4) ved ikke å anvende de etterspurte og tilbudte prisene for tilleggsarbeider som beregningsgrunnlag for posten "*økt volum tilleggsarb.*".

Klagers øvrige anførsler har enten ikke ført fram eller ikke blitt behandlet.

Bergen, 17. september 2012

For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,

Andreas Wahl