



**Klagenemnda
for offentlige anskaffelser**

Innklagede gjennomførte en åpen anbudskonkurranse om rammeavtale for anskaffelse av håndverkertjenester – Rørlegger/VVS med tilhørende materiell til flere kommuner i Grenlandsområdet. Klager hadde anført at innklagede hadde brutt de grunnleggende kravene i loven § 5, samt at innklagede hadde handlet i strid med forskriften §§ 13-2 og 8-1, slik at konkurransen burde vært avlyst. Klager anførte også at innsynsreglene var brutt. Klagenemnda fant at innklagede ikke hadde brutt regelverket for offentlige anskaffelser.

Klagenemndas avgjørelse 17. juni 2013 i sak 2013/50

Klager: Telerør AS

Innklaget: Grenlandskommunenes Innkjøpsenhet

Klagenemndas medlemmer: Arve Rosvold Alver, Magni Elsheim, Morten Goller

Saken gjelder: Tildelingskriteriet laveste pris, bruk av prisskjema

Bakgrunn:

- (1) Grenlandskommunenes Innkjøpsenhet (heretter kalt innklagede) kunngjorde 21. januar 2013 en åpen anbudskonkurranse om rammeavtale for anskaffelse av håndverkertjenester – Rørlegger/VVS med tilhørende materiell til Skien, Porsgrunn, Bamble, Kragerø, Siljan og Drangedal kommuner. Oppgitt CPV-klassifisering var 45330000. Anskaffelsens verdi var i kunngjøringen punkt II.1.4 angitt til å være kroner 19 400 000. Tilbudsfrist var 4. mars 2013.
- (2) Av kunngjøringen punkt II.1.5. fremgikk det at tilbyderne kunne velge hvilke områder de ville gi tilbud på.
- (3) Av kunngjøringen punkt IV.2 fremgikk det at tildelingskriteriet for konkurransen var laveste pris. I konkurransegrunnlaget punkt 4.1 og 4.1.1. var dette angitt på følgende måte:

"4.1. Tildelingskriterier

Det forutsettes at alle elementer som må til for å levere varen/tjenesten er inkludert i tilbudet, selv om det ikke er spesifisert.

Påslagsprosenten skal angis i prisskjemaet. Påslagsprosenten skal gjelde for produktene i prisskjema og øvrig sortiment.

Det er sluttsommen i prisskjemaet som utgjør tildelingskriteriet pris.

4.1.1. Pris 100 %

Tilbyder skal anvende prisskjema i vedlegg 1. Prisskjema-rørlegger/VVS.

Her legges prisene for de kommuner som er relevante for tilbyder. Hver kommune har sin egen fane i vedlagte prisskjema."

- (4) I konkurransegrunnlaget punkt 1.1.2. var "innkjøpsvolum for rørlegger VVS år 2011" beskrevet på følgende måte:

"Beskrivelse av produktene som skal anskaffes fremgår under:

Nedenfor vises forbruket for kommunene/tall i millioner NOK 2011 og kan inneholde en del prosjektkjøp. Volumet på tjenesten vil variere fra år til år. (...).

Tallene gir et anslag på omfanget av rammeavtalene, men nevnte beløp medfører ingen forpliktelse med hensyn til uttak innenfor det enkelte fagområdet. Det er kommunenes reelle behov til enhver tid som bestemmer hva som utgjør uttaket i avtaleperiode".

Bamble kommune kr. 1 000 000,

Drangedal kommune kr. 150 000

Kragerø kommune kr. 400 000

Porsgrunn kommune kr. 1 500 000

Siljan kommune kr. 100 000

Skien kommune kr. 1 700 000.

Tilbyder står fritt til å levere tilbud til en eller flere kommune(r)".

- (5) Av konkurransegrunnlaget kapittel 5.1.6, andre ledd fremgikk det at "Eventuelt angitte mengder, volumer, fordeling, størrelser, omfang, prognoser, mv., skal kun være å forstå som anslag, og ikke som forpliktende anslag".
- (6) Av konkurransegrunnlaget punkt 5.13 fremgikk det at:

"5.13.1. Pris

Alle priser og nærmere betingelser for det vederlaget Kunden skal betale for Leverandørens ytelser fremgår av Vedlegg 1 Prisskjema - Rørlegger / VVS.

Alle priser skal oppgis i NOK eksklusive merverdiavgift. Dersom vederlaget skal baseres på løpende timer, skal et estimat for antall timer angis. Dersom Leverandøren ser at estimatet vil overskrides med mer enn 10 (ti) prosent skal Leverandøren straks varsle Kunden skriftlig. I varselet skal Leverandøren angi årsaken til overskridelsen, samt estimert tid for gjenstående arbeid. Eventuell prisreduksjon ved overskridelse av estimat skal angis. Utlegg dekkes bare i den grad de er avtalt. Reisetid faktureres bare hvis det er avtalt.

5.13.1.1. Timepriser

Timeprisene skal inkludere alle leverandørens kostnader og godtgjørelser (dette gjelder arbeidsomkostninger, transport, reisetid, diett, fortjeneste, administrasjon, dokumentasjon, personlige tillegg, gebyrer, avgifter og liknende). Eventuelle gebyrer

relatert til avfallshåndtering fra 5. part belastes oppdragsgiver. Timeprisene beregnes fra oppmøtetidspunkt hos Kunden. Kunden skal ikke betale overtid eller kompensasjon for kvelds-, natt- eller hellidagsarbeid uten at dette er særskilt pålagt."

- (7) Prisskjemaet var vedlagt konkurransegrunnlaget. Det skulle oppgis timepris for fagarbeider, hjelpearbeider og lærling anvendt på et antall oppgitte timer. Det var angitt konkret hva som skulle inkluderes i timeprisen. Videre skulle det oppgis pris for "Diverse arbeid". Det fremkom også at *"tilbyder skal prise det angitte volumet med pris pr. salgsenhet. Sammensetningen er et tenkt tilfelle og volumet på de enkelte elementer er fiktive og ikke nødvendigvis realistiske"*. Prisskjemaet var forhåndsutfyllt med angitte produkter, 1 stk per produkt og leverandør skulle fylle inn påslag i prosent og oppgi pris per salgsenhet inklusive påslaget. Sist i skjemaet var det listet opp produktpakker og forklart at *"pakkene skal inkludere både arbeid, materiell, tilkoblinger av nytt utstyr, samt demontering og bortkjøring av gammelt"*. Leverandør skulle fylle inn antall produktpakker per pakke, og oppgi *"pris pr. salgsenhet inkl. påslag"*. Nederst i prisskjemaet skulle totalpris fremgå.
- (8) I "Spørsmål og svar" - skjema, en oversikt over spørsmål stilt av tilbyderne og svar utarbeidet av innklagede, var følgende spørsmål fem stilt fra klager:

"(...)

Er det korrekt det som er angitt i punkt 4.1.1. at pris er vektlagt 100 %.

Har ikke kompetanse/kapasitet noe som helst betydelse i forbindelse med tildelingskriteriene, utover det som er angitt skal leveres som vedlegg?

Innklagede besvarte dette slik:

(...)

Kompetanse og kapasitet er en kvalifikasjon av leverandøren og ikke et tildelingskriterie."

- (9) Innen tilbudsfristen var det kommet inn tilbud fra seks tilbydere, herunder Telerør AS (heretter kalt klager) og Rørleggeren AS.
- (10) Kontraktstildeling ble meddelt fra innklagede 10. april 2013 og det fremgikk her at klager hadde levert tilbud til alle kommunene. Det var opplyst at klager var tildelt kontrakt for kommunene Siljan og Drangedal, mens Rørleggeren AS vant for kommunene Porsgrunn, Kragerø, Bamble og Skien. Det er opplyst at klager tidligere har hatt rammeavtale med innklagede for levering av håndverkstjenester innenfor fagområdet rørlegger/VVS med tilhørende materiell. Videre er det opplyst at Rørleggeren AS tidligere har hatt rammeavtale med Skien kommune.
- (11) Klager brakte saken inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser (heretter benevnt klagenemnda) ved brev 30. april 2013. Klagen gjaldt kontraktstildeling for kommunene Bamble, Porsgrunn, Kragerø og Skien. I e-post 2. mai 2013 bekreftet innklagede at kontraktsinngåelse ville avvendes inntil saken var behandlet i klagenemnda.

Anførsler:

Klagers anførsler:

- (12) Innklagede har brutt kravene til forutberegnelighet, likebehandling, gjennomsiktighet og etterprøvnbarhet, jf. loven § 5, ved at tilbudsgrunnlaget slik det er utformet ikke reflekterer det faktiske innkjøpsbehovet og ved at det er akseptert en utfylling av tilbudsgrunnlaget som bryter med forutsetningene for tildelingskriteriet "*laveste pris*".
- (13) Innklagede har ikke sørget for at tildelingskriteriet "*laveste pris*" blir gjennomført i praksis og har dermed brutt forskriften § 13-2. Dette fordi feilaktig fordeling av volumet på de ulike produktene har åpnet for spekulativ prising av produktpakkene på en slik måte at laveste totalpris i prisskjemaet ikke reelt sett blir den laveste prisen.
- (14) Innklagede har ikke oppfylt plikten til å gi en tilstrekkelig og fullstendig beskrivelse av hva som skal anskaffes og hva som er kriteriet for tildeling av kontrakt. Konkurransen åpner for taktisk prising og det er ikke mulig å konkurrere på totalpris uten å prise produktpakkene under selvkost. Konsekvensen av dette er at en leverandør vil kunne sette en høyere timepris og et høyere påslag enn øvrige tilbydere, i kombinasjon med underprising av produktpakkene, men likevel vinne konkurransen. En konsekvens er også at denne leverandøren ikke nødvendigvis vil være den rimeligste. Dette representerer et brudd på forskriften § 8-1 (1) a og b.
- (15) Innklagede har handlet i strid med innsynsreglene, ved at det ikke er hjemmel for å unnta delsummene i Rørleggeren AS sitt prisskjema fra offentlighet. Delsummene er ikke forretningshemmeligheter som skal unntas offentlighet.

Innklagedes anførsler:

- (16) Klagers anførsler bestrides. Det ligger innenfor oppdragsgivers innkjøpsfaglige skjønn å avgjøre priselementene som er ønskelig i konkurransen og tildelingen ble gjennomført i henhold til regelverket. Det er i forkant av konkurransen foretatt en vurdering av hvordan priselementene skulle evalueres i forhold til innspill fra de enkelte kommunene i innkjøpssamarbeidet. Det er tatt utgangspunkt i hva kommunene mener er det fremtidige behovet, men det er angitt flere steder i konkurransedokumentene at dette ikke utgjør bindende mengder for uttak i kontraktsperioden.
- (17) Prisskjemaet gir uttrykk for hva som er relevante priselementer i perioden anbudet gjelder for. Produktpakkene som er inntatt er egnet for innkjøpet og er med på å gi oversiktlige og helhetlige innkjøp. Bruk av produktpakkene er basert på erfaringer fra Porsgrunn kommune.
- (18) Det er også relevant at en ved planlegging av en anskaffelse ser hen til behovet man har fremover i tid, og det er planlagt at kommunene i innkjøpssamarbeidet i stor grad skal benytte produktpakker fremover. I og med at timer og produkter inngår i produktpakkene, innebærer økt forbruk av produktpakker at timeantallet og produktmengdene vil bli redusert.
- (19) Det er gitt fullstendig og utvetydig informasjon om tildelingskriteriet og utfylling av prisskjemaet. Alle potensielle leverandører har fått samme kunnskap om hvilke priser som vil være avgjørende for utfallet av konkurransen. Tilbyderne er behandlet likt i evalueringen og resultatet av konkurransen er etterprøvbart for alle. Det at en eller flere

leverandører velger å inngi gode priser på priselementer som får betydning for utfallet av konkurransen medfører ikke brudd på regelverket slik klager anfører. Prisskjemaet var enkelt, oversiktlig og konkret utformet. Innklagede har derfor ikke brutt kravet til forutberegnelighet. Likebehandlingsprinsippet er overholdt ved at alle leverandørene har hatt et forsvarlig grunnlag for å inngi tilbud og det er ikke foretatt forskjellsbehandling i evalueringen eller tildelt kontrakt på vilkårlig grunnlag. Det medfører heller ikke brudd på regelverket å akseptere lave priser i et tilbud så lenge prisene ikke er unormalt lave.

- (20) Enhetsprisene i tilbudet fra Rørleggeren AS anses å være av en slik art at de er omfattet av taushetsplikt ved offentlige anskaffelser. Det foreligger derfor hjemmel for å unnta opplysningene etter forskriften § 3-6, jf. forvaltningsloven § 13.

Klagenemndas vurdering:

- (21) Klager har deltatt i konkurransen, og har saklig klageinteresse, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Konkurransen gjelder rammeavtale for anskaffelse av håndverkertjenester – Rørlegger/VVS med tilhørende materiell til Skien, Porsgrunn, Bamble, Kragerø, Siljan og Drangedal kommune, og er kunngjort som en bygg- og anleggsanskaffelse. Anskaffelsens verdi er i kunngjøringen punkt II.1.4 estimert til kroner 19 400 000. I tillegg til lov om offentlige anskaffelser følger anskaffelsen etter sin opplyste art og verdi forskrift om offentlige anskaffelser av 7. april 2006 nr 402 del I og II jf. forskriftens §§ 2-1 og 2-2, jf.

Begjæring om bevisfremleggelse

- (22) Klager har anmodet klagenemndas sekretariat om å pålegge innklagede å fremlegge Rørleggeren AS sitt prisskjema som bevis. Ettersom opplysningene er vurdert som taushetsbelagte, kan prisskjemaet ikke fremlegges uten departementets samtykke, jf. tvisteloven § 22-3, jf. klagenemndsloven § 11. Sekretariatet fant ikke grunn til å innhente ytterligere informasjon ettersom de aktuelle opplysningene ikke er nødvendige for klagenemndas behandling av saken.

- (23) Klagenemnda finner ikke grunn til å overprøve sekretariatets vurdering.

Tildelingskriteriet lavest pris

- (24) Klager har anført flere grunner for at innklagede har brutt regelverket ved tildelingskriteriet laveste pris. Klager hevder at prisskjema ikke identifiserer hvilken leverandør som faktisk tilbød laveste pris og at det åpner for taktisk prising.
- (25) I den foreliggende sak skulle kontrakt tildeles basert på tildelingskriteriet laveste pris, jf. forskriften § 13-2 (1). Oppdragsgiver må dermed velge en metode som identifiserer det tilbudet som har lavest pris. Ved utformingen av tildelingskriterier har imidlertid oppdragsgiver et relativt vidt innkjøpsfaglig skjønn som klagenemnda i begrenset grad kan overprøve.
- (26) I denne saken valgte innklagede å anvende et prisskjema som metode for å identifisere tilbudet med lavest pris. I prisskjema skulle det angis timepriser, pris på angitte produkter og påslagsprosent for disse, samt pris på angitte produktpakker. I henhold til konkurransegrunnlaget 4.1 var det sluttsummen i det vedlagte prisskjemaet som skulle utgjøre tildelingskriteriet pris. I konkurransegrunnlaget punkt 1.1.2. var det videre angitt

estimerte volum i kontraktperioden for hver kommune. Det var imidlertid presisert at dette ikke var bindende mengder for uttak i kontraktperioden. Timer, materialuttak og produktpakker fremgikk av det vedlagte prisskjemaet. I prisskjemaet var det også estimert volum, men det var opplyst at *"sammensetningen er et tenkt tilfelle og volumet på de enkelte elementer er fiktive og ikke nødvendigvis realistiske"*.

- (27) Klager hevder at basert på historiske tall vil timeforbruk og materialutvalg utgjøre en vesentlig større del av anskaffelsen enn det som kommer til uttrykk ved det estimerte volumet. Videre hevdes at prising av produktpakkene skulle vektlegges uforholdsmessig mye, sammenlignet ved timeprising og produktprising. På denne bakgrunn hevder klager at prisskjema ikke identifiserer det tilbudet som reelt sett vil ha den laveste prisen, og at det åpner for taktisk prising ved at tilbydere med kunnskap om historiske tall vil kunne prise produktpakker lavt.
- (28) I det foreliggende tilfellet var det foretatt en vurdering av kommunenes faktiske behov fremover i tid, og dette estimerte volumet var klart angitt i konkurransegrunnlaget. Det var også klart hvordan prisskjemaet skulle fylles ut, hvilke elementer som skulle prises og hvordan tilbudene ville bli evaluert. Innklagede valgte å benytte produktpakker, og å vekte disse høyt ved evalueringen av tildelingskriteriet pris. Innklagede har forklart det estimerte volumet med at økt bruk av produktpakker ville føre til reduksjon i timeantall og produktmengde sammenlignet med historiske tall. Klagenemnda har ikke holdepunkter for å legge til grunn at innklagedes estimerte volum ikke var reelt. Det er heller ikke holdepunkter for å hevde at vektning av produktpakkene faktisk har ført til taktisk prising på en måte som gjør at prisskjema ikke er egnet til å identifisere det laveste tilbudet. Det var opplyst om bruk av produktpakker i konkurransegrunnlaget, og opplysninger om produktpakkenes vekt ved evalueringen har således vært lik for alle tilbyderne. De grunnleggende kravene i loven § 5 må på bakgrunn av dette anses overholdt. Klagers anførsler om at prisskjemaet ikke er egnet til å identifisere tilbud med laveste pris fører dermed ikke fram.

Innsyn

- (29) Klagenemnda tar normalt ikke stilling til anførsler om brudd på regelverket grunnet unnlatt innsyn. Klagenemnda verken skal eller er ment å være et ytterligere overordnet klageorgan når det gjelder innsynsbegjæringer, jf. eksempelvis klagenemndas avgjørelse i sak 2012/103 hvor det ble lagt til grunn at:

"Både etter offentleglova § 32 (1) og forvaltningsloven § 28 (1) er systemet at en avgjørelse om nektet innsyn kan påklages til det organet som er nærmest overordnet organet som har nektet innsyn i førsteinstans. Klagenemnda verken skal eller er ment å være et ytterligere overordnet klageorgan når det gjelder innsynsbegjæringer. Fordi en vurdering av klagers anførsel om at forskriften §§ 3-5 og 3-6 er brutt ved at det ikke er gitt innsyn i valgte leverandørs enhetspriser vil kreve en overprøving av hvorvidt de opplysningene innklagede har unntatt fra innsyn er opplysninger underlagt lovbestemt taushetsplikt, avvises anførselen som uhensiktsmessig for behandling i klagenemnda, jf. klagenemndsforordningen § 9."

- (30) Også i foreliggende sak vil en vurdering av klagers anførsel kreve en overprøving av hvorvidt opplysninger unntatt fra innsyn er underlagt lovbestemt taushetsplikt. Klagers anførsel avvises derfor som uhensiktsmessig for behandling i nemnda, jf. klagenemndsforordningen § 9.

Konklusjon:

Grenlandkommunenenes Innkjøpsenhet har ikke brutt regelverket for offentlige anskaffelser.

Bergen, 17. juni 2013
For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,

Magni Elsheim