



**Klagenemnda
for offentlige anskaffelser**

Saken gjelder: Retting av åpenbar feil, avklaring av tilbud, evaluering

Innklagede gjennomførte en åpen anbudskonkurranse for inngåelse av rammeavtale for spyling av avløpsnett. Valgte leverandørs tilbud var vesentlig billigere enn de øvrige, og innklagede tok kontakt med leverandøren for å høre om de inngitte prisene var inklusive merverdiavgift – slik konkurransegrunnlaget etterspurte. Klager mente at dette var i strid med forhandlingsforbudet. Klagenemnda vurderte, men konkluderte ikke på om manglende påslag av merverdiavgift var åpenbar feil som innklagede hadde plikt til å rette. Nemnda kom til at innklagede uansett ikke hadde brutt forhandlingsforbudet ved å kontakte valgte leverandør for å avklare uklarheten. Innklagedes metode for å evaluere tilbudene, både ved vektlegging av ulike tildelingskriterier og ved valg av vurderingsskala ble funnet å være i strid med kravene til likebehandling og forutberegnelighet.

Klagenemndas avgjørelse 31. mai 2016 i sak 2016/20

Klager: Ragn-Sells AS

Innklaget: Stokke kommune

Klagenemndas

medlemmer: Marianne Dragsten, Halvard Haukeland Fredriksen og Tone Kleven

Bakgrunn:

- (1) Stokke kommune (*heretter innklagede*) kunngjorde 23. september 2015 en åpen anbudskonkurranse for inngåelse av rammeavtale for spyling av avløpsnett. Anskaffelsens verdi ble anslått til 250 000 kroner pr år, og hadde varighet på ca. 14 måneder, med opsjon på forlengelse i 1+1 år. Tilbudsfrist var 14. oktober 2015.
- (2) Rammeavtale ville tildeles det økonomisk mest fordelaktige tilbudet, basert på tildelingskriteriene "*Pris*" (vektet 70 %), "*Utstyr*" (20 %) og "*Responstid*" (10 %). Om "*Pris*" fremgikk det at tilbudet skulle "*prissettes basert på en fast timepris som dekker arbeidslønn og maskinkostnader*". Prisskjemaet var inndelt i en rekke poster – herunder spyling av avløp, rengjøring av sandfang, tømning/rengjøring av pumpeump, TV-inspeksjon av rør, og fem andre timepriser.
- (3) I konkurransegrunnlaget punkt 3.4.2 om tilbudsåpning, fremgikk det at følgende ville leses opp og føres inn i møteprotokollen: "*tilbyderens navn, tilbudets totale honorarramme eks. skatteattest, merverdiavgift, momsattest og firmaattest*".
- (4) I punkt 3.4.8 "*Tilbudsbrev og forpliktende underskrift*" var det skrevet at "*Tilbyder skal oversende signert og datert tilbudsbrev med spesifiserte timerater inkl. merverdiavgift.*" Også i prisskjemaet i tilbudsmappen var det presisert: "*Alle priser inkludert mva.*"
- (5) Innklagede mottok tre tilbud; fra Ragn-Sells AS (*heretter klager*), Spyleteknikk AS (*heretter valgte leverandør*) og TT-Teknikk AS. I tildelingsbeslutningen av 30. oktober

2015 fremgikk det at valgte leverandør hadde oppnådd en samlet poengsum på 7,65, mot klagers 9,85 og siste tilbyders 11,20.

- (6) Vedlagt tildelingsbeslutningen var et brev fra innklagede til tilbyderne *"vedr. avklaring av opplagt feil i ett av tilbudene"*. Herfra gjengis:

"Under gjennomgang av de innkommende tilbud oppdaget kommunen, med stor sannsynlighet, en opplagt feil i tilbudet oss en av tilbyderne. Feilen var tilknyttet merverdien i prising av tjenesten. Siden det aktuelle tilbudet fremsto konsekvent 25 % rimeligere på samtlige priser enn hva som er «vanligvis tilbys av næringen», mente kommunen at det var i kommunens og tilbyderernes interesse å avklare mistanken om en opplagt feil.

Med ønske om å praktisere størst mulig åpenhet, innenfor de rammer som gjelder for offentlig anskaffelser, valgte kommunen den 20.10.2015 å orientere samtlige tilbydere om at vedkommende tilbyder ville bli kontaktet med det formål om å avklare denne mistanke. Den 21.10.2015 mottok kommunen en bekreftelse og beklagelse på at enhetsprisene i tilbudet var oppført eks. mva. og at riktig pris med mva. er 25 % høyere enn hva som er oppgitt i tilbudet."

- (7) Den omtalte tilbyderen var den som senere ble valgte leverandør.
- (8) I evalueringsmatrisen fremgikk det at innklagede hadde vurdert ni ulike prisposter. Valgte leverandørs tilbud var billigst, hvorav de summerte timeprisene utgjorde kr 13762. Dette vil si at de summerte timeprisene opprinnelig, før merverdiavgift ble tillagt, var på kr 11009. De to øvrige tilbyderens priser var til sammenligning på kr 14997, og kr 15000.
- (9) Ved hver av prispostene var tilbyderne gitt 1 poeng, 1,5 poeng eller 2 poeng. Hver av disse poengsummene var multiplisert med 0,7. Samme poengskala var benyttet ved de to andre tildelingskriteriene, *"Utstyr"* og *"Responstid"*, og poengsummene ble her multiplisert med henholdsvis 0,2 og 0,1. Samtlige av de vektete poengsummene var deretter summert til et samlet evalueringsresultat. Tilbyderne fikk lik poengsum ved tildelingskriteriet *"Utstyr"*, og valgte leverandør fikk høyest poengsum på kriteriet *"Responstid"*.
- (10) Innklagede inngikk kontrakt med valgte leverandør 22. januar 2016. Klager brakte saken inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser 1. februar 2016.
- (11) Nemndsmøte i saken ble avholdt 30. mai 2016.

Anførsler:

Klager har i det vesentlige anført:

Åpenbar feil

- (12) Oppdragsgiver har brutt forskriften § 12-1 (1) og (3) ved å la valgte leverandør endre sitt tilbud. Det forelå ikke en åpenbar feil, da valgte leverandørs lave tilbudspriser kunne skyldes andre forhold – eksempelvis feilfakturerings eller taktisk prising. Innklagede kontaktet dessuten valgte leverandør for å avklare om det forelå feil og hvordan den skulle rettes. Nødvendigheten av avklaringen viser at feilen ikke kan ha vært *"åpenbar"*, og at det ikke var *"utvilsomt"* hvordan den mulige feilen skulle rettes.

Avklaring

- (13) Innklagede hadde ikke rett til å avklare om valgte leverandørs priser feilaktig var inngitt eksklusive merverdiavgift. Det forelå ikke en uklarhet eller ufullstendighet ved tilbudet.

Ulovlig evaluering

- (14) Innklagede har brutt kravene til forutberegnelighet og likebehandling i loven § 5 ved å evaluere tilbudene i strid med vektfordelingen angitt i konkurransegrunnlaget. Tildelingskriterienes vekt var henholdsvis 70, 20 og 10 prosent. Prisevalueringen er inndelt i ni ulike kriterier, der hver av poengsummene er multiplisert med 0,7. Poengsummene ved de to andre tildelingskriteriene, "*Utstyr*" og "*Responstid*", er multiplisert med henholdsvis 0,2 og 0,1. Resultatet er at tildelingskriteriet "*Pris*" er vektlagt ni ganger høyere enn det som er angitt i konkurransegrunnlaget.
- (15) Innklagede har i tillegg brutt kravene til forutberegnelighet og likebehandling i loven § 5 ved å evaluere tilbudene etter en grovmasket vurderingsskala (1 poeng, 1,5 poeng og 2 poeng), som ikke reflekterer relevante forskjeller ved tilbudene. Poengskalaen er benyttet ved alle tildelingskriteriene.

Innklagede har i det vesentlige anført:

Åpenbar feil

- (16) Valgte leverandørs lave priser utgjorde en åpenbar feil, og det var åpenbart hva feilen gikk ut på. Innklagede etterspurte priser inklusive merverdiavgift, noe som ikke er vanlig. Valgte leverandørs tilbud fremstod konsekvent 25 % rimeligere på samtlige priser enn hva som vanligvis tilbys, og det var ikke grunnlag for å mistenke taktisk prising.
- (17) En systematisering av tallmaterialet viste at det var klart hva feilen bestod av. Konsekvensen kunne beregnes matematisk (25 % mva.), og dermed var det "*utvilsomt*" hvordan feilen skulle rettes.
- (18) Feilen ble i realiteten rettet av innklagede, selv om det ble løst ved at valgte leverandør ble bedt om å rette feilen selv. Avklaringen må betraktes som en "*kvalitetssikring/dokumentasjon*", se til sammenligning RG-2010-870.

Avklaring

- (19) Det utgjorde ikke et brudd på forskriften § 12-1 at innholdet i valgte leverandørs tilbud ble avklart. Valgte leverandørs tilbud var billigst uansett tolkning, og dermed også det økonomisk mest fordelaktige. Det vises for øvrig til at oppdragsgiver etter omstendighetene har plikt til å avklare forhold vedrørende unormalt lave tilbud, jf. også forskriften § 20-14 (1) og klagenemndas sak 2003/197.
- (20) Innklagede var, med unntak av en helt teoretisk tvil, sikker på at tilbudsprisene ved en feil ikke inneholdt merverdiavgift. Tvilen kunne verken påvirke tilbudenenes rekkefølge, eller på annet grunnlag medføre avvisningsplikt etter forskriften § 11-11 (1).

Evaluering

- (21) Innklagede erkjenner at regelverket ble brutt på de punkter klager anfører. Feilen har imidlertid ikke hatt betydning for rangeringen av tilbudene.

Klagenemndas vurdering:

- (22) Klager har deltatt i konkurransen, og har saklig klageinteresse, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Konkurransen gjelder spyling av avløpsnett som er en prioritert tjenesteanskaffelse i kategori 16. Anskaffelsens verdi er anslått til cirka 800 000 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 og 2-2.

Åpenbar feil

- (23) Klager anfører at innklagede har brutt forhandlingsforbudet i forskriften § 12-1 (1) ved å ta kontakt med valgte leverandør vedrørende tilbudsprisene, og tillate at prisen ble endret til å inkludere merverdiavgift. Innklagede hevder på sin side at det var en åpenbar feil at merverdiavgift ikke var inkludert i valgte leverandørs tilbudspris, og at denne feilen kunne og skulle endres.
- (24) Det følger av forskriften § 12-1 (3) at dersom oppdragsgiver *"blir oppmerksom på åpenbare feil i tilbudet, skal disse rettes dersom det er utvilsomt hvordan feilen skal rettes"*. Bestemmelsen etablerer en plikt for oppdragsgiver til å rette feil på eget initiativ og eget grunnlag. Bestemmelsen har et snevert anvendelsesområde, og det er sjelden det vil være slik at forhold utenfor selve tilbudet medfører retteplikt, jf. også klagenemndas sak 2015/95 avsnitt (19).
- (25) Prisforskjellene mellom de innkomne tilbudene var store. Valgte leverandørs opprinnelige tilbud, på kr 11009, måtte tillegges kr 3988 – altså 36 % – for å tilsvare klagers tilbud – som var det nest billigste. Innklagede har forklart at det ble ansett som åpenbart at tilbudet var feilpriset sammenlignet med det som vanligvis tilbys av næringen.
- (26) Høyesterett tok i dommen inntatt i Rt. 2003 s. 1531 (Veidekke) stilling til hvorvidt en entreprenør hadde krav på å få endret sin enhetspris i en inngått kontrakt på grunn av at posten var feilpriset i den forutgående anbudskonkurransen. Høyesterett uttalte at spørsmålet om det foreligger en åpenbar feil, beror på om feilen er klart påviselig etter hva en normalt forstandig oppdragsgiver måtte oppdage. I den konkrete saken kom Høyesterett til at det ikke forelå retteplikt.
- (27) I vår sak var valgte leverandørs tilbudspriser påfallende lave sammenlignet med de øvrige tilbudene, og ut fra prisforskjellen mellom tilbudet og de øvrige tilbudene i konkurransen, ble manglende påslag for merverdiavgift vurdert som et nærliggende alternativ. Ettersom samtlige av prisene var mye lavere enn konkurrentenes, var det lite trolig at prisene var utslag av taktisk prissetting, se til sammenligning Veidekke-dommen avsnitt 36. Det forhold at tilbudsprisene var påfallende lave er ikke alene tilstrekkelig for å konstatere at feilen er åpenbar, men i vår sak hadde innklagede etterspurt priser «inkl. mva.», hvilket avviker fra det som normalt etterspørres. Klagenemnda finner det imidlertid ikke nødvendig å ta stilling til om det forelå en åpenbar feil da saken avgjøres på annet grunnlag, jfr. nedenfor om avklaringsadgangen.

Avklaring

- (28) Innklagede hevder subsidiært at det var adgang til å kontakte valgte leverandør for å avklare om tilbudsprisene var eksklusive merverdiavgift.
- (29) Innklagede har forklart at man ved evalueringen, med unntak av helt teoretisk tvil, var sikker på at prisene ved en feil ikke inkluderte merverdiavgift. Altså at tilbudets egentlige innhold var noe annet. Av forskriften § 12-1 (2) bokstav a følger det at oppdragsgiver kan innhente nærmere opplysninger hos leverandørene for å få *"klarlagt uklarheter og ufullstendigheter i tilbudene"*. Klagenemnda uttalte i sak 2013/8, avsnitt (48) at enkelte betalingsbetingelser inntatt i et tilbud, der konkurransegrunnlaget uttrykkelig regulerte betalingsbetingelsene, enten kunne forstås som et reelt forbehold, eller *"på den måten at klager har oversett betalingsbetingelsene i kontraktsvilkårene"*. I sistnevnte fall var nemnda åpen for at dette kunne avklares, så fremt det ikke kunne medføre tvil om hvordan tilbudet skulle bedømmes i forhold til de øvrige tilbudene. Forbeholdene var riktignok av helt marginal, om noen, betydning, jf. også henvisningen til sak 2010/103 avsnitt (57). Avgjørelsen viser uansett at tilbudet kan anses uklart selv om tilbudsinnholdet i seg selv ikke er tvetydig.
- (30) I foreliggende sak hadde innklagede en sterk mistanke om at tilbudet var feilpriset, og at feilen bestod i manglende påslag av merverdiavgift. Dette må anses som en uklarhet ved hvordan tilbudet var å forstå. Avklaring kan da finne sted forutsatt at uklarheten ikke er av en slik karakter at tilbudet av den grunn skal avvises, jfr. forskriften § 12-1 (2) bokstav a annet punktum. Det innebærer at dersom uklarheten har ført til at det er tvil om hvordan tilbudet skal sammenlignes med de øvrige, vil en avklaring ikke kunne finne sted. I dette tilfellet er valgt leverandørs tilbud rangert som det beste tilbudet i konkurransen til tross for at tilbudets priser ble tillagt merverdiavgift på 25 %. Uklarheten har dermed ikke medført noen rangeringstvill og det foreligger således rett til å avklare hvorvidt tilbudets priser var inkludert merverdiavgift eller ikke. Under disse omstendighetene kan ikke avklaringen anses som en endring av valgte leverandørs pris i henhold til forskriften § 12-1 (1). Det er heller ikke forhold som tilsier at avklaringen på annen måte er i strid med prinsippene om likebehandling eller gjennomsiktighet, jf. til sammenligning EU-domstolens avgjørelse i sak C-599/10 (SAG ELV Slovensko) premiss 35 flg.
- (31) Klagenemnda har på bakgrunn av dette kommet til at innklagede kunne avklare med valgte leverandør hvorvidt merverdiavgift var inkludert i tilbudsprisene.

Ulovlig evaluering

- (32) Klager anfører at innklagede har brutt kravene til forutberegnelighet og likebehandling i loven § 5 ved å evaluere tilbudene i strid med vektfordelingen angitt i konkurransegrunnlaget, og ved å benytte en vurderingsskala som ikke reflekterte relevante forskjeller mellom tilbudene.
- (33) I konkurransegrunnlaget var det angitt at tildelingskriteriene *"Pris"* ville vektas 70 %, *"Utstyr"* 20 %, og *"Responstid"* 10 %. Av evalueringsmatrisen fremgår det imidlertid at poengsummene ved alle de ni priskriteriene ble multiplisert med 0,7, og poengsummene ved de øvrige to kriteriene med henholdsvis 0,2 og 0,1. Alle disse vektete poengsummene ble summert til et samlet evalueringsresultat. Ved evalueringen hadde innklagede også valgt å rangere tilbudene og tildele 1 poeng, 1,5 poeng eller 2 poeng, uavhengig av hvor mye som skilte tilbudene. Begge disse forholdene innebærer en langt høyere vektlegging av pris enn det som var angitt i konkurransegrunnlaget, og en tilsvarende lavere vektlegging av de øvrige kriteriene. Innklagede har erkjent at begge forholdene utgjør et

brudd på regelverket, men har samtidig vist at en evaluering i tråd med konkurransegrunnlaget gir samme resultat, jf. ovenfor.

- (34) Innklagede har brutt kravene til forutberegnelighet og likebehandling i loven § 5 ved tilbudsevalueringen.

Konklusjon:

Stokke kommune har ikke brutt regelverket ved å avklare med valgte leverandør om de inngitte prisene var eks. mva.

Stokke kommune har brutt regelverket ved evalueringen av tilbudene.

For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,

Marianne Dragsten

Dokumentet er godkjent elektronisk