



Klagenemnda for offentlige anskaffelser

Saken gjelder: Avvisning av tilbud og avklaring eller retting av tilbud

Innklagede gjennomførte en åpen anbudskonkurranse for bygging av en barnehage. Klager anførte at innklagede var forpliktet til å bruke retten til å avvise valgte leverandørs tilbud ved ikke ubetydelige avvik, ettersom valgte leverandørs pris var gitt under forutsetning av oppstart som planlagt og at utomhusarbeider måtte skje på egnet årstid. Videre anførte klager at det forelå avvisningsplikt fordi valgte leverandørs byggetid var unormalt lav, og at innklagede hadde foretatt en ulovlig avklaring. Klagers anførsler førte ikke frem.

Klagenemndas avgjørelse 16. april 2019 i sak 2018/11

Klager: Strand & Stubø Entreprenør AS

Innklaget: Kristiansund kommune

Klagenemndas

medlemmer: Finn Arnesen, Kristian Jåtog Trygstad og Jakob Wahl

Bakgrunn:

- (1) Kristiansund kommune (heretter *innklagede*) kunngjorde 20. september 2017 en åpen anbudskonkurranse for et totalentrepriseoppdrag om bygging av en barnehage. Arbeidet omfattet også utomhusarbeider. Anskaffelsens verdi var estimert til kroner 60 millioner. Tilbudsfristen var 6. november 2017.
- (2) I konkurransegrunnlaget punkt A.3 var det opplyst at planlagt byggestart var januar 2018. Forbehold skulle angis i tilbudsbrevet og prises av leverandøren, jf. punkt B.2.2 og B.2.6.
- (3) Tildelingskriteriene var «Vederlag» og «Byggetid». Om kriteriet «Byggetid» var følgende presisert:

«Det anbudet som har kortest byggetid får ingen tillegg for byggetid. På øvrige anbud vil det som en del av evalueringen bli lagt til en tilleggssum på kr 20.000,- eks mva pr ekstra arbeidsdag. Dette utregnes manuelt, og sum i Mercell korrigeres av byggherren i hht dette etter at tilbudsfristen er utløpt.

Eksempelvis vil 20 arbeidsdager lengre tilbudt byggetid gi en korrigerings av sammenlignbar sum med kr. 400.000,- eks mva.»

- (4) Av de alminnelige kontraktsbestemmelsene fremgikk det at byggetiden skulle oppgis i form av antall arbeidsdager, «(mandag-fredag eksklusiv helligdager) fra igangsettelsestillatelse er gitt og frem til innsending av brukstillatelse.» Det ble også vist til at NS 8407:2011 skulle gjelde, med enkelte nærmere presiserte endringer og supplement.

Postadresse
Postboks 511
Sentrum
5805 Bergen

Besøksadresse
Zander Kaaes gate 7
5015 Bergen

Tlf.: 55 19 30 00

E-post: post@knse.no
www.klagenemndssekretariatet.no

- (5) Innen tilbudsfristen mottok innklagede tilbud fra fire leverandører, herunder Strand & Stubø Entreprenør AS (heretter *klager*) og Betonmast Røsand AS (heretter *valgte leverandør*).
- (6) Etter det opplyste tilbød klager en byggetid på totalt 240 dager og totalpris på kroner 65 624 586. To øvrige leverandører tilbød byggetider på henholdsvis 240 og 330 dager.
- (7) Valgte leverandør tilbød en byggetid på 170 dager. Det fremgikk av tilbuds brevet:
- «○ Lønns og prisstigning: Fast pris ihht. post Merzell, forutsatt byggestart jmf fremdriftsplan.
- [...]
- Framdrift – vi tilbyr en byggetid på 170 arbeidsdager. Utomhusarbeider må utføres på egnet årstid i sluttfasen av prosjektet.»
- (8) Vedlagt valgte leverandørs tilbud fulgte en fremdriftsplan der det fremgikk at utomhusarbeider var medberegnet i byggetiden og ferdigstillelsesdato var satt til 23. november 2018. Totalprisen var kroner 66 531 560.
- (9) I brev fra innklagede til valgte leverandør datert 20. november 2017 stilte innklagede følgende spørsmål:
- «Det er tatt inn en setning under «Generelt i tilbuds brevet: «Utomhusarbeider må utføres på egnet årstid i sluttfasen i prosjektet.» Hva innebærer dette.»
- (10) Valgte leverandør gav svar som følger:
- «Med oppstart jmf beskrivelsen (januar 2018) så blir ikke utomhusarbeidene påvirket av årstiden. Utomhus ferdigstilles således samtidig som de øvrige arbeider. I tilfelle oppstart blir utsatt, og ferdigstilling blir i perioden desember – mars, må asfaltering tilsåing o.l. utføres til våren 2019.»
- (11) I evalueringen ble leverandørenes priser gitt et tillegg på bakgrunn av tilbudt byggetid. Klagers tilbudspris fikk et tillegg på kroner 1 750 000 for lengre byggetid enn valgte leverandør, som hadde kortest byggetid. Etter tilpasningene var det valgte leverandørs tilbud som hadde lavest evalueringspris.
- (12) Innklagede inngikk kontrakt med valgte leverandør 22. desember 2017. Klagen ble brakt inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser 10. januar 2018.
- (13) Nemndsmøte i saken ble avholdt 8. april 2019.

Anførsler:

Klager har i det vesentlige anført:

- (14) Forbeholdene som valgte leverandør har tatt i sitt tilbud om at det forutsettes byggestart som planlagt og at utomhusarbeider må utføres på egnet årstid medfører en slik uklarhet at tilbudet skulle vært avvist, jf. forskriften § 24-8 (2) bokstav a. Forbeholdene er egnet til å skape en buffer for valgte leverandør, samtidig som valgte leverandør fikk god uttelling på tildelingskriteriet byggetid. NS 8407 er ikke relevant ettersom valgte

leverandørs forbehold ikke bare kan tolkes som en opplysning om rett til forlenget byggetid ved kontraktsavvik som skyldes kommunens forhold.

- (15) Valgte leverandørs tilbud skulle også vært avvist fordi den angitte byggetiden ikke var realistisk, jf. forskriften § 24-8 (2) bokstav b. Byggetiden avvek betydelig fra andre tilbud. Innklagede argumenterer dels med betraktninger som er gjort etter evalueringen, noe som er usaklig.
- (16) Innklagede har brutt forskriften § 24-9 ved ikke å kreve redegjørelse fra valgte leverandør for sin korte byggetid.
- (17) Videre har innklagede brutt regelverket ved å stille spørsmål til valgte leverandør knyttet til forbehold om byggetid på en måte som representerer en overtredelse av adgangen til avklaring etter forskriften § 23-5.

Innklagede har i det vesentlige anført:

- (18) Det bestrides at valgte leverandørs tilbud skulle vært avvist. Forskriften § 24-8 (2) bokstav a er en «kan»-regel, og det er dermed innenfor innklagedes frie skjønn, bare underlagt begrensningene i loven § 4, å vurdere om tilbudet skulle avvises. Det fremgår av konkurransegrunnlaget at byggestart var planlagt i januar 2018, og det ble vist til NS8407. Av sistnevnte NS punkt 33.1 fremgår det at «*Totalentreprenøren har krav på fristforlengelse dersom fremdriften hindres som følge av ... b) forsinkelse eller svikt ved byggherrens ytelse etter punkt 22,23 og 24, eller c) andre forhold som byggherren har risikoen for*». Det var dermed byggherrens, innklagedes, risiko at byggestart skjedde senest 31. januar 2018.
- (19) Byggherren vil også ha risiko for værforhold, slik at dersom årstiden forhindret utomhusarbeider ville leverandøren også ha rett på fristforlengelse.
- (20) Det bestrides videre at valgte leverandørs tilbud skulle vært avvist i medhold av forskriften § 24-8 (2) bokstav b. Også dette er en «kan»-regel. Det er uansett bare unormalt lave tilbud som reguleres og ikke leveringstid, jf. forskriften § 24-9 (1) til (3). Under enhver omstendighet er ikke vilkåret i bestemmelsen oppfylt, ettersom valgte leverandør er en meget stor entreprenør med ressurser som kan settes inn for å gjennomføre oppdraget innenfor tilbudt tid. Til sammenligning gjennomfører valgte leverandør et tilsvarende, men større prosjekt med byggetid på 200 arbeidsdager.
- (21) Innklagede har ikke brutt forskriften § 24-9. Det er kun unormalt lave tilbud som rammes, ikke leveringstid, og tilbudet er uansett ikke unormalt lavt.
- (22) Innklagede vedkjenner seg brudd på forskriften 23-5, ettersom tilbudet fra valgte leverandør ikke inneholdt uklarheter. Bruddet er imidlertid bagatellmessig da det ikke har betydning for valget av leverandør.

Klagenemndas vurdering:

- (23) Klager har deltatt i konkurransen, og har saklig klageinteresse, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Konkurransen gjelder bygging av barnehage som er en bygge- og anleggsanskaffelse. Anskaffelsens verdi er estimert til kroner 60 millioner. I tillegg til lov om offentlige anskaffelser 17. juni 2016 nr. 73 følger anskaffelsen etter det opplyste forskrift om offentlige anskaffelser 12. august 2016 nr. 974 del I og III, jf. forskriften §§ 5-1 og 5-3.

- (24) Klager anfører at valgte leverandørs tilbud skulle vært avvist i medhold av forskriften § 24-8 andre ledd bokstav a, ettersom valgte leverandør hadde tatt forbehold om at utomhusarbeider måtte gjennomføres på egnet årstid og at fastprisen var gitt under forutsetning av byggstart i henhold til oppdragsgivers fremdriftsplan.
- (25) Forskriften § 24-8 skiller mellom regler som forplikter oppdragsgiver til å avvise tilbud, og regler som gir oppdragsgiver en rett til å avvise tilbud. Det følger av forskriften § 24-8 andre ledd bokstav a), som klager har vist til, at «*oppdragsgiver kan avvise et tilbud som inneholder avvik fra anskaffelsesdokumentene eller uklarheter som ikke må anses ubetydelige*». Oppdragsgiver har således *rett* etter bestemmelsen, men ingen *plikt*, til å avvise tilbud som inneholder avvik som ikke må anses ubetydelige.
- (26) Slik nemnda forstår det, fremholder klager at en avvisningsplikt i det aktuelle tilfellet kan utledes av de grunnleggende prinsippene i loven § 4 sammenholdt med forskriften § 28 (2) bokstav a. Nemnda er ikke enig i dette. Slik bestemmelsen er utformet må spørsmålet om oppdragsgiver har plikt til å avvise et tilbud grunnet avvik i første rekke vurderes opp mot bestemmelsene i første ledd. Selv om det skulle være slik at valgte leverandørs tilbud inneholder ett eller flere avvik, kan derfor ikke klagers anførsel føre frem.
- (27) Klager anfører videre at innklagede har brutt forskriften § 23-5 ved å foreta avklaringer overfor valgte leverandør uten at det var adgang til dette.
- (28) Innklagede ba valgte leverandør om en forklaring på hva det innebar at «*[u]tomhusarbeider må utføres på egnet årstid i sluttfasen i prosjektet*». Valgte leverandør gav tilbakemelding om at utomhusarbeidene ikke ville bli påvirket av årstiden dersom oppstarten av arbeidene skjedde i tråd med datoen angitt i konkurransegrunnlaget. Ettersom klagers anførsel om at innklagede var forpliktet til å bruke retten til å avvise valgte leverandørs tilbud ikke har ført frem, har nemnda heller ikke grunnlag for å konstatere at innklagede brøt regelverket på dette punktet.
- (29) Klager anfører til sist at valgte leverandørs tilbud skulle vært avvist fordi den angitte byggetiden ikke var realistisk. Innklagede har vurdert byggetiden som realistisk og viser i denne forbindelse til at valgte leverandør er en stor entreprenør med ressurser som kan settes inn for å gjennomføre oppdraget innenfor tilbudt tid. Nemnda har ikke grunnlag for å underkjenne innklagedes vurdering. Klagers anførsel fører ikke frem.

Konklusjon:

Kristiansund kommune har ikke brutt regelverket for offentlige anskaffelser.

For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,

Finn Arnesen

Dokumentet er godkjent elektronisk