



Klagenemnda for offentlige anskaffelser

Saken gjelder: Tildelingsevaluering. Avvisning av tilbud.

Innklagede gjennomførte en åpen anbudskonkurranse for totalentreprise for etablering av et offentlig parkeringsanlegg i kvartal 99 i Bodø sentrum. Klager anførte at innklagede brøt regelverket ved å gi klagers tilbud et urettmessig pristillegg under tildelingskriteriet pris. Klagenemnda kom til at klagers beskrivelse av spuntløsning innebar avvik fra konkurransegrunnlagets krav. Klager fikk dermed ikke medhold i at pristillegget var urettmessig. Klager fikk heller ikke medhold i at valgte leverandørs tilbud inneholdt vesentlige avvik mot grunnleggende risikobestemmelser i kontrakten. Klagenemnda kom til at innklagede hadde brutt regelverket ved at valgte leverandørs forbehold om risikoen for forurensede masser ikke ble håndtert som et avvik. Avviket var ikke vesentlig, da prising av avviket ikke kunne påvirke utfallet av konkurransen.

Klagenemndas avgjørelse 29. oktober 2019 i sak 2018/128

Klager: NCC Norge AS

Innklaget: Bodø kommune

Klagenemndas medlemmer: Alf Amund Gulsvik, Sverre Nyhus og Elisabeth Wiik

Bakgrunn:

- (1) Bodø kommune (heretter *innklagede*) kunngjorde 18. oktober 2017 en åpen anbudskonkurranse om totalentreprise for bygging av et offentlig parkeringsanlegg i kvartal 99 i Bodø sentrum. Anskaffelsens verdi ble estimert til 88 millioner kroner. Tilbudsfristen var 22. november 2017, men ble senere endret til 6. desember 2017.
- (2) Tildeling av kontrakt skulle skje ut fra følgende tildelingskriterier:

<i>Type kriterium</i>	<i>Vekt</i>	<i>Krav/vurderingsgrunnlag</i>	<i>Vedlegg nr.</i>
<i>Pris (inkl. ev. opsjoner)</i>	75 %	<i>Tilbudsskjema</i>	<i>Vedlegg 2.1</i>
<i>Kvalitet</i>	10 %	<i>Beskrivelse av entreprenørens tilbudte løsninger produkter for hvert fag, inndelt iht. bygningsdelstabellen. Se nærmere beskrivelse i punkt 6.2.</i>	<i>Vedlegg 2.2</i>

<i>Oppdragsgjennomføring og organisasjon</i>	<i>15 %</i>	<i>Dokumentasjon i henhold til punkt 6.3</i>	<i>Vedlegg 2.3</i>
--	-------------	--	--------------------

- (3) Det var angitt i konkurransegrunnlaget at det ved evalueringen under tildelingskriteriet «Pris», blant annet ville bli tatt hensyn til:

«- Oppdragsgivers vurdering av prisvirkning av ev. forbehold og avvik som ikke er av en karakter som gjør at tilbudet blir avvist. Vurderingen vil bli basert på en "worst-case" betraktning.»

- (4) Tildelingskriteriet «Kvalitet» ble i konkurransegrunnlaget beskrevet slik:

«Beskrivelsen skal omfatte følgende dokumentasjon:

- Bygningsmessige løsninger skal beskrives, herunder fundamentering, spunt, hovedbæresystem, etasjeskillere, overflater, dører og kvalitet generelt.*
- Beskrivelse av system og produkter for ventilasjon/luftbehandling, varmeanlegg samt forhold knyttet til styring av anleggene.*
- Beskrivelse av system og produkter for Elektro- og teletekniske installasjoner.*
- Beskrivelse av system og produkter for automasjon.*
- Beskrivelse av omleggingsarbeider for kraft- tele- og røranlegg,*
- Beskrivelse av prosjektmaterialet inkl arbeids- og produksjonstegninger som skal utarbeides.*

Beskrivelsen skal være så detaljert at byggherren i forbindelse med anbudsevalueringen kan vurdere de enkelte materialer, utførelser, systemer og produkter opp mot kravspesifikasjonen og eventuelt innhente supplerende opplysninger.

I evalueringen av kriteriet vil det bli benyttet poengskala fra 0 til 10, hvor ytterpunktene på skalaen ikke nødvendigvis benyttes. Det vil bli benyttet det antall desimaler som er nødvendig for å skille mellom tilbudene.»

- (5) Det var angitt følgende om «Eksisterende forhold i grunnen»:

«Det ligger kraft- og signalkabler langs Hålogalandsgata og Prinsens gate som kommer i konflikt med planlagt spunt. I Nyholmsgata må vannledning samt to avløpsledninger som kommer i konflikt med spunt flyttes. Anleggene skal flyttes i samarbeid med ledningseiere.»

- (6) Det fulgte videre av kravspesifikasjonen punkt 1, «Rigg og drift»:

«Rigg plasseres innenfor byggeplassgjerdet. Entreprenøren kan foreslå å benytte andre riggområder. Byggeplassgjerdet plasseres maksimalt 1 meter utenfor spunt.»

- (7) I kravspesifikasjonen punkt 2.0, «Arealkrav», var det blant annet angitt at:

«Prosjektet skal utføres som vist på vedlagte tegninger, og som beskrevet i denne kravspesifikasjon. Ved evt. uoverensstemmelse mellom tegninger og kravspesifikasjon, gjelder kravspesifikasjon foran tegninger. Forskriftskrav går foran tegninger og krav stilt i kravspesifikasjon.

- (8) For arbeider hvor byggherren ønsker fastlagte løsninger, er det beskrevet konkrete utførelser og materialer. For øvrige arbeider er kravspesifikasjonen å forstå som en funksjonsbeskrivelse, der det er opp til entreprenør å velge løsninger iht. gjeldende regelverk og de generelle krav som er satt i kravspesifikasjonen.» Kravspesifikasjonen punkt 2.0.1, gjaldt tomte- og grunnforhold. Her var det blant annet angitt at:

«Planlagt parkeringsgarasje vil etableres hovedsakelig under dagens og fremtidig terrengnivå mot Prinsens gate. Bygget etableres i 2 etasjer. Nødvendig utgravning vil bli opptil cirka 8 – 9 meter. På grunn av nærliggende veier på alle sidene av tomten, vil det bli behov for avstivet utgravning med spunt i anleggsfasen.»

- (9) I kravspesifikasjonen punkt 2.1.4 «Støttekonstruksjoner» var det nærmere spesifisert hvordan spuntingen skulle skje på hver side av tomten. Det var også angitt at:

«Spunt vil være nødvendig som en midlertidig støttekonstruksjon i anleggsfasen. I permanent tilstand (brukstilstand) er det fylt tilbake rundt bygget og da er det ikke lenger behov for spunt.

Av erfaring fra tidligere prosjekt i området, kan trolig spunt av typen AZ17-700 installeres. Minimumskrav til spuntdimensjon er derfor AZ17-700 eller tilsvarende. Det forutsettes bruk av kraftig spuntrigg med fastmontert vibrolodd med nedtrekkskraft. Selv om beregningene vil kunne vise at en slankere spunt enn dette vil være sterk og stiv nok, skal det ikke brukes slankere spunt noe sted på tomten på grunn av de faste massene som kan gi utfordring med å ramme ned slankere spunt. Det må påregnes forgraving i spuntlinjen forut for installasjon av spunt.

Spuntveggen er forutsatt forankret med lissestag med innboring og forankring i berg. Øverste stagra plasseres generelt 2,5 meter under ferdig terreng. For spunt mot Nyholmmsgata tilpasses stagra infrastruktur i grunnen. Bergoverflaten utenfor tomten er kartlagt med supplerende boringer på sydøstsiden av Fylkeshuset samt boringer ved Konrad Klausens vei i nordvest. Dette gir grunnlag for en vurdering av nødvendige staglengder.

*Ettersom spuntlinjen vil ligge tett opptil eksisterende veier med trafikk i anleggsperioden, må det medtas en dimensjonerende trafikklast lik $10 \text{ kPa} * 1,3 = 13 \text{ kPa}$ på terrengflaten bak spunten i beregningene. Dette er i tråd med Statens vegvesens håndbok V220 med lastfaktor 1,3.*

Spunten må rammes ned til berg langs Prinsens gate, samt langs kortsidene. Langs Hålogalandsgata (der denne går parallelt med Konrad Klausens vei), kan det vurderes å etablere spunten som en styletespunt. Dette vil si at kun noen av spuntnålene (cirka en tredjedel) rammes ned til berg, mens øvrige nåler avsluttes i løsmasser og sveises i skjøtene slik at alle henger på de som er rammet til berg. Dette kan gi innsparinger i antall kvadratmeter spunt, men noe ekstra arbeid med sveising. I forhold til blant annet infrastruktur i grunnen, settes det generelt av til spunting en sone på 2,8 meter fra utside vegg til utside spunt.

For Nyholmsgata reduseres denne avstanden til 1,4 meter. Stag må tilpasses infrastruktur i grunnen. For Nyholmsgata forgraves det til to meter under terreng. Spunt kappes minst 2,5 meter under terreng i dette området»

- (10) Vedlagt konkurransegrunnlaget fulgte en miljøteknisk grunnundersøkelse utarbeidet av Norconsult. Grunnundersøkelsen anga estimater på mengder forurensede masser og byggavfall i området for utgraving av løsmasser for garasjeanlegget. Det ble konkludert med at:

«Det er påvist forurensning over normverdi i løsmassene der det skal graves for nytt garasjeanlegg i kvartal 99. Det må derfor utarbeides en tiltaksplan for forurenset grunn jf. bestemmelser i forurensningsforskriftens kapittel 2 om bygging og graving i forurenset grunn. Forurensede masser kombinert med spor av avfall medfører at store deler av arealet må håndteres som forurenset. Imidlertid vil forurensningen gjelde i ulike sjikt og ikke i hele gravedypet. Tiltaksplanen skal godkjennes av Bodø kommune som forurensningsmyndighet før oppstart av anleggsarbeidet.»

- (11) I sammendraget til den miljøtekniske undersøkelsen fremgikk det at «[d]et ble funnet rester av byggavfall i 5 av 15 prøvepunkt», og at det ikke kan «utelukkes at området inneholder mer rester av byggavfall».

- (12) Konkurransegrunnlaget var også vedlagt en tiltaksplan for forurenset grunn. I tiltaksplanen var det inntatt en tabell over «Estimat på mengde løsmasser forurenset med miljøgifter ut fra dybde til observert leire og borepunkt med påvist forurensning. I tillegg kommer løsmasser som inneholder byggavfall».

- (13) I tillegg var det blant annet angitt at: «Beregnes en egenvekt for løsmassene på 1,9 (Norsk gjenvinning standardtall), og volumet til 700 fm³ gjør vi et grovt estimat på 1 400 tonn forurensede masser i tilstandsklasse 2 og 3 med de arealene som er skissert inn i Figur 5. Ettersom avgrensingen av forurenset areal er usikker blir også mengde forurensede masser usikre.

I tillegg kommer masser som inneholder byggavfall. Arealet med byggavfall som er skissert inn i Figur 4 og Figur 5 er på ca. 2 200 m². Regner vi byggavfall i en dybde på ca. 1 meter, som er gjennomsnittet for observert dybde til leire ved naverboring, utgjør dette et volum løsmasser med byggavfall på ca. 2 200 m³. Omfanget av løsmasser som må håndteres i forhold til byggavfall er usikkert, og overlapper med løsmasser som er forurenset med miljøgifter.

Beregner vi 1 500 fm³ som forurenset med byggavfall innenfor skisserte tiltaksområder vil dette utgjøre 2 850 tonn avfall. Totalt vil da masser over normverdi og masser med byggavfall grovt estimert da være på 4 250 tonn (1 400 + 2 850). Alternativt kan avfall sorteres ut for høyere oppnåelse av rene masser, noe som vil kreve nøyere oppfølging med dokumentasjon av rene masser og eventuelt byggavfall. Videre må utkjøringen av rene masser følges godt opp hvis volumet rene masser skal maksimeres.

- (14) En avgrensning av forurenset areal bør gjennomføres med supplerende prøvetaking for å verifisere rene masser både i forhold til innhold av miljøgifter og rester av avfall. Se kapittel 2.4 om supplerende prøvetaking og kontroll.»Det ble avholdt tilbudsbefering 30. oktober 2017. I referatet fra beferingen fremgikk det blant annet at det «må settes midlertidig spunt rundt hele byggetomta, ref beskrivelse i Kravspesifikasjon».

(15) Innen tilbudsfristen mottok innklagede tre tilbud, herunder fra NCC Norge AS (heretter *klager*) og Gunvald Johansen Bygg AS (heretter *valgte leverandør*).

(16) I klagers leveransebeskrivelse, var det beskrevet følgende løsning i punkt 212, «Byggegrøp»:

«Det forgraves til ca. Kt 10 fra akse B+ vest til akse C øst. Deretter etableres støttekonstruksjon med borede rør fra Kt. 10 og ned til fjell. Fra akse B+ vest til akse C øst, langs akse D utføres utgraving som åpen byggegrøp uten støttekonstruksjon.

Utgraving utføres til generelt gravenivå Kt. 6.35. Deretter lokal utgraving for punktfundamenter ferdig avrettet på Kt. 6.20.»

(17) Av valgte leverandørs tilbud fremgikk det innledningsvis blant annet et ønske om å «presisere følgende endringer og suppleringer»:

«• Post 2.0.1 Tomte- og grunnforhold

På grunn av at byggets geometri og plassering i forhold til nærliggende veier på alle sider av tomten, vil det bli nødvendig av sikkerhetsmessige grunn å avsperre deler og eller hele vegbredden i anleggsperioden hvor grunn- og pelearbeidene skal utføres.

• Post 2.0.1 Tomteforhold,

Den foreliggende tiltaksplan, av 17.10.2017, for håndtering av forurenset grunn er forutsatt lagt til grunn i vår tilbudssum. Hhv. 1400 tonn (700 m³) klasse 2-3 og byggavfall 2850 tonn (1500 m³). Dersom det påvises forurensede masser utover dette, vil dette bli oppgjort i henhold til faktisk mengde forurensede masser, omforent med byggherre/oppfølging og kontroll. Evt. massejusteringer er medtatt som opsjon.»

(18) I valgte leverandørs tilbud var det også angitt at:

«Hvis det påtreffes forurensede masser under arbeidene vil disse sorteres ut og deponeres hos IRIS Viken. Det må også tas prøver der tidligere undersøkelser viser at det kan være forurensede masser. Viser for øvrig til tiltaksplan for forurensede masser som vil bli fulgt.»

(19) Valgte leverandør anga blant annet følgende om støttekonstruksjoner:

«1. Oppdragsgiver må forsikre at det ikke finnes strøm/ledninger i grunnen for hele spuntlinjen. Her henvises det til foreliggende utomhusplan/VA-plan i anbudsgrunnlaget.

Lager for rør og materiell opprettes; ca. 25 x 25 meter.»

(20) Valgte leverandør ble tildelt kontrakten i brev av 9. januar 2018.

(21) På tildelingskriteriet «Kvalitet» fikk både klager og valgte leverandør 8 av 10 mulige poeng.

(22) Valgte leverandørs tilbud hadde en tilbudssum på 172 675 990 kroner inkl. mva. Til denne summen hadde innklagede lagt til 461 125 kroner for nitrogenfylt slukkeanlegg, som ikke var innført i tilbudsskjemaet. Evalueringsprisen utgjorde dermed 173 137 115

kroner. Valgte leverandørs tilbud hadde med dette den laveste prisen. Under tildelingskriteriet «Pris» fikk valgte leverandør dermed 10 poeng.

- (23) Også i klagers tilbudssum, på 171 637 806 kroner inkl. mva., var det lagt til 461 125 kroner for nitrogenfylt slukkeanlegg.
- (24) I brev av 11. januar 2018 opplyste innklagede videre at klagers tilbud var tillagt et «pristillegg på 5 mill kroner inklusiv mva. for forlenging av spunt». Evalueringsprisen utgjorde på denne bakgrunn totalt 180 679 224 kroner. Klagers tilbud fikk på denne bakgrunn 9,81 poeng og ble rangert som nummer to på priskriteriet.
- (25) I begrunnelsen for pristillegget på 5 millioner kroner, fremgikk følgende:

«NCC har tilbudt en spuntløsning som er vurdert som ikke akseptabel og/eller gjennomførbar. I Nyholmsgata er løsningen ikke gjennomførbar pga. konflikt med eksisterende VA-ledninger, fjernvarmerør og kabelanlegg som ligger i grunnen. I Prinsens gate vil løsningen medføre stor risiko for fjernvarmerør som ligger i gata. For Hålogalandsgata vil løsningen medføre lang stengetid for gata, og det er uklart om løsningen lar seg gjennomføre pga. plass. Den medfører også at ett felt av Hålogalandsgata må stenges i lengre tid. Bodø kommune har av den grunn gitt NCCs tilbud et pristillegg på 5 mill kroner inklusiv mva. for forlenging av spunt. Prisen er framkommet etter en skønsmessig vurdering. Det er antatt behov for å supplere med ca. 1800 m² spunt til kostnad ca 3200 kr/ m² tilsvarende ca kr 6,3 mill kroner. Videre er det tatt hensyn til redusert omfang for grave- og tilfyllingsarbeider tilsvarende ca kr 1,3 mill kroner. Med dette tillegget blir evalueringspris for NCC kr 180 679 224 mot Gunvald Johansen Bygg AS kr 177 328 873. Det gir en vektet poengsum for pris for Gunvald Johansen bygg AS på 7,50 mot NCCs poengsum på 7,36. Differanse i Gunvald Johansens fordel 0,14 poeng.»

- (26) Av evalueringsrapport av 6. januar 2018, fremgikk følgende om evalueringen av klagers tilbud under tildelingskriteriet «Kvalitet»:

«Det er tilbudt en spunt-løsning som avviker fra ytelsesbeskrivelsen. Topp spunt legges 5 meter under terreng-nivå og i en sone er det antatt at spunt ikke er nødvendig. Det er i hovedsakelig antatt graveskråning 1: 1 ved utgraving over OK spunt.

[...]

Tilbudssum er korrigert med sum som er beregnet å tilsvare spunt-løsning som er i tråd med kravspesifikasjonen. I evalueringen trekkes det derfor ikke for kvalitet av tilbudt løsning.»

- (27) Klager påklaget tildelingsbeslutningen 24. januar 2018. Klagen ble avslått 12. februar 2018, samtidig som kontrakt mellom innklagede og valgte leverandør ble inngått.
- (28) Nemndsmøte i saken ble avholdt 21. oktober 2019.

Anførsler:

Klager har i det vesentlige anført:

- (29) Innklagede har brutt regelverket ved evalueringen av klagers tilbud, ved å gi et urettmessig pristillegg under tildelingskriteriet pris. Pristillegget er gitt som følge av klagers spuntløsning, men etter konkurransegrunnlaget skulle dette ha vært evaluert under kriteriet kvalitet.
- (30) Innklagede har brutt regelverket ved ikke å avvise valgte leverandørs tilbud, på grunn av avvik i anskaffelsesdokumentene. Valgte leverandør har tatt forbehold vedrørende risiko for ledninger i grunnen, og for forurensede masser og byggavfall.
- (31) Under enhver omstendighet skulle valgte leverandør ha vært gitt et betydelig pristillegg under tildelingskriteriet pris, som følge av avvik fra anskaffelsesdokumentene.

Innklagede har i det vesentlige anført:

- (32) Innklagede hadde rett til å gi klagers evalueringspris et pristillegg, da klagers tilbud inneholdt avvik fra konkurransegrunnlagets tekniske minstekrav. Avviket bestod i at klager planla å benytte en enklere og billigere løsning for sikring av byggegropen enn det som var forhåndsdefinert i konkurransegrunnlaget.
- (33) Innklagede bestrider at formuleringene i valgte leverandørs tilbud innebærer noe forbehold eller avvik fra det som er bestemt i konkurransegrunnlaget. For det tilfellet at formuleringene må leses som avvik, er disse under enhver omstendighet ikke vesentlige.

Klagenemndas vurdering:

- (34) Klager har deltatt i konkurransen, og har saklig klageinteresse, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Konkurransen gjelder en kontrakt om totalentreprise for etablering av et offentlig parkeringsanlegg, som er en bygge- og anleggsanskaffelse. I tillegg til lov om offentlige anskaffelser 17. juni 2016 nr. 73 følger anskaffelsen forskrift om offentlige anskaffelser 12. august 2016 nr. 974 del I og III, jf. forskriften §§ 5-1 og 5-3.

Tildelingsevaluering

- (35) Klager anfører at innklagede har brutt regelverket ved å gi klagers tilbud et urettmessig pristillegg på 5 millioner kroner under tildelingskriteriet «*Pris*». Pristillegget ble gitt da innklagede mener at klagers tilbud inneholder et avvik. Tillegget er beregnet ut fra forventet kostnad for å utstede en endringsordre for å få utførelsen i tråd med kravspesifikasjonen.
- (36) Klager anfører primært at tilbudet ikke innebærer et avvik. Subsidiært anføres det at avviket skulle vært vurdert ved å gi trekk under tildelingskriteriet «*Kvalitet*» og ikke under tildelingskriteriet «*Pris*». Størrelsen på pristillegget er ikke bestridt.
- (37) Det var i kravspesifikasjonen beskrevet en spuntløsning, som skulle gå rundt hele tomten. I referatet fra tilbudsbeifaringen ble det understreket at det «*må settes midlertidig spunt rundt hele byggetomta, ref beskrivelse i Kravspesifikasjon*».
- (38) I klagers leveransebeskrivelse var det angitt at:

«Det forgraves til ca. Kt 10 fra akse B+ vest til akse C øst. Deretter etableres støttekonstruksjon med borede rør fra Kt. 10 og ned til fjell. Fra akse B+ vest til akse C øst, langs akse D utføres utgraving som åpen byggegrop uten støttekonstruksjon.»

- (39) Klagenemnda forstår det slik at partene er enige om at klager med dette har tilbudt en annen løsning for spunt enn det som var beskrevet i kravspesifikasjonen.
- (40) Klagers anførsel er at det i en totalentreprisekontrakt er en kontraktsmessig *«umulighet»* at en oppdragsgiver stiller krav til totalentreprenøren om å benytte en bestemt utførelse, samtidig som totalentreprenøren har risikoen for at løsningen er gjennomførbar. Så lenge parkeringsanlegget blir levert i tråd med kravene, er det opp til entreprenøren hvordan byggearbeidet skal utføres.
- (41) En totalentreprise kjennetegnes av at entreprenøren påtar seg både prosjektering og utførelse i sin avtale med byggherren. Resultatet skal oppfylle alle lov- og forskriftskrav og funksjonskrav, men skal også oppfylle kravene til metoder og materialer som er bestemt av byggherren i kontrakten. Utover dette, står totalentreprenøren fritt til å velge hva slags materiale, utførelse og løsninger han vil oppfylle kontrakten med, jf. NS 8407 punkt 14.6.
- (42) Av kravspesifikasjonen fremgikk det at innklagede på flere punkter hadde valgt ikke å beskrive konkrete utførelser eller materialer. Kravspesifikasjonen skulle på disse punktene forstås som en funksjonsbeskrivelse. For enkelte arbeider ønsket innklagede imidlertid en bestemt løsning. For disse arbeidene var det beskrevet konkrete utførelser og/eller materialer. Spuntingen var et slikt arbeid. Det var i kravspesifikasjonens punkt 2.0.1 angitt: *«På grunn av nærliggende veier på alle sidene av tomten, vil det bli behov for avstivet utgraving med spunt i anleggsfasen»*. Det var nærmere spesifisert konkret for hver side av tomten hvordan spuntingen skulle skje. Det var videre stilt krav om hvor stor avstand det maksimalt skulle være mellom yttervegg i parkeringshuset og spunt, hvor det var skilt mellom ulike sider av bygningen (2,8 meter eller 1,4 meter). Det var i forlengelsen stilt krav om maksimal avstand for plassering av byggeplassgjerd utenfor spunt. Dette må anses som bestemte krav til utførelsen. Totalentreprenøren kunne altså ikke velge å fravike disse kravene i konkurransegrunnlaget, uten at det ville utgjøre avvik fra anskaffelsesdokumentene.
- (43) Klager har anført at klagers beskrevne metode for midlertidige støttekonstruksjoner ikke innebærer et avvik, da den oppfyller det klager forstår er funksjonskrav til sikring av konstruksjoner rundt byggegropen og til trafikkavvikling. Klager mener at den tilbudte løsningen dermed gir et kvalitativt like godt resultat for innklagede. Dette er bestridt av innklagede, som har vist til at løsningen særlig vil innebære risiko for konstruksjoner i bakken og en større grad av stengte veier enn oppdragsgivers løsning beskrevet i konkurransegrunnlaget.
- (44) Nemnda kan ikke ta stilling til det faktiske faglige spørsmålet om klagers foreslåtte metode vil gi et kvalitativt like godt resultat som det innklagede har satt krav om. Det avgjørende må være at klager har beskrevet en annen metode enn den det er satt krav om i konkurransegrunnlaget og en metode som nemnda må legge til grunn at innklagede hatt rett til å stille krav om.
- (45) Klagenemnda har på denne bakgrunn kommet til at klagers valg av spuntløsning utgjør et avvik fra det som var beskrevet i konkurransegrunnlaget.

- (46) Klager har anført at dersom den tilbudte løsningen utgjør et avvik, skulle dette vært hensyntatt ved at det ble gitt et poengtrekk under kvalitet og ikke ved å gi et pristillegg. Nemnda er ikke enig i det. Oppdragsgiver har en plikt til å ta tilstrekkelig hensyn til et avvik, og dette kan gjøres enten ved å gi trekk på et kvalitativt kriterium eller ved å gi et pristillegg. Hvordan dette gjøres vil i utgangspunktet være underlagt oppdragsgivers skjønn, eventuelt begrenset av hva som er kommunisert i konkurransegrunnlaget.
- (47) Tildelingskriteriet «Kvalitet» skulle ifølge konkurransegrunnlaget evalueres basert på en beskrivelse av entreprenørenes tilbudte løsninger og produkter for hvert fag. Beskrivelsen skulle blant annet omfatte bygningsmessige løsninger, herunder spunt. Ved evalueringen under tildelingskriteriet «Pris» skulle det blant annet tas hensyn til «[o]ppdragsgivers vurdering av prisvirkning av ev. forbehold og avvik som ikke er av en karakter som gjør at tilbudet blir avvist». Vurderingen skulle baseres på en «worst case»-betraktning.
- (48) I denne anskaffelsen var der dermed angitt i konkurransegrunnlaget at innklagede ville vurdere den prismessige betydningen av eventuelle avvik under evalueringen av tildelingskriteriet «Pris». Innklagede har dermed håndtert avviket i tråd med konkurransegrunnlaget.
- (49) Innklagede har etter dette ikke brutt regelverket, ved å gi klagers tilbud et pristillegg under tildelingskriteriet «Pris».

Avvisning av valgte leverandørs tilbud

- (50) Klager anfører at innklagede har brutt regelverket ved ikke å avvise valgte leverandørs tilbud.
- (51) Det følger av forskriften § 24-8 første ledd bokstav b, at oppdragsgiver har plikt til å avvise tilbud som inneholder «vesentlige avvik fra anskaffelsesdokumentene».
- (52) Klager fremholder for det første at tilbudet fra valgte leverandør inneholder et vesentlig avvik som innebærer en generell risikooverføring fra valgte leverandør til innklagede for kabler og ledninger i grunnen.
- (53) Det er angitt i valgte leverandørs tilbud at: «Oppdragsgiver må forsikre at det ikke finnes strøm/ledninger i grunnen for hele spuntelinjen. Her henvises det til foreliggende utomhusplan/VA-plan anbudsgrunnlaget».
- (54) Etter NS 8407 punkt 23.1 har byggherren risikoen for forhold ved grunnen dersom det avviker fra det totalentreprenøren hadde grunn til å regne med ved utarbeidelsen av tilbudet. Etter punkt 23.2 har entreprenøren en undersøkelsesplikt. Der oppdragsgiver har gitt opplysninger om kabler og rør, svarer oppdragsgiver for dette, og totalentreprenøren vil normalt ikke ha en egen undersøkelsesplikt i tillegg. Punkt 23.4 fastsetter at alle foreliggende opplysninger i saken skal tas i betraktning ved avgjørelsen av hva totalentreprenøren hadde grunn til å regne med.
- (55) Formuleringen i valgte leverandørs tilbud er generell, og innebærer ut fra sin formulering en risikooverføring til oppdragsgiver for strøm/ledninger i grunnen som entreprenøren «hadde grunn til å regne med», jf. NS 8407 punkt 23. Slik klagenemnda ser det, kan forbeholdet ut fra de konkrete omstendighetene imidlertid ikke karakteriseres som et avvik fra anskaffelsesdokumentene.

- (56) Slik anskaffelsen var gjennomført, var det gitt detaljerte opplysninger i konkurransegrunnlaget om lokaliseringen av strøm/ledninger i grunnen. Klagenemnda mener dermed at tilbyderne etter systemet i NS 8407 punkt 23, kunne legge til grunn at byggherren hadde gitt tilstrekkelige opplysninger om forhold av betydning for utførelsen av entreprisen knyttet til strøm/ledninger i grunnen. Nemnda mener det derfor i realiteten ikke kan «*finnes strøm/ledninger i grunnen*» i spuntlinjen som innklagede ikke allerede har ansvaret for. Nemnda er av denne grunn kommet til at formuleringen i valgte leverandørs tilbud ikke kan karakteriseres som et avvik.
- (57) Klager har for det andre fremholdt at tilbudet fra valgte leverandør inneholder avvik vedrørende risikoen for forurensede masser og byggavfall.
- (58) Det fremgikk av valgte leverandørs tilbud at «*[d]en foreliggende tiltaksplan, av 17.10.2017, for håndtering av forurenset grunn er forutsatt lagt til grunn i vår tilbudssum*». På samme side sto det videre at «*[d]ersom det påvises forurensede masser ut over dette, vil dette bli oppgjort i hht. faktisk mengde forurensede masser, omforent med byggherre/oppfølging og kontroll*».
- (59) Konkurransegrunnlaget var vedlagt en miljøteknisk grunnundersøkelse, der det var påvist forurensning i grunnen. Basert på den miljøtekniske grunnundersøkelsen var det utarbeidet en tiltaksplan for prosjektet. I tiltaksplanen var det angitt et «*grovt estimat*» over forurensede masser i grunnen. Det var videre angitt at «*avgrensningen av forurenset areal er usikker*» og «*areal med mengder forurensede masser er usikre og må følges opp i prosjektet*».
- (60) Klager anfører at formuleringene i tiltaksplanen innebærer at entreprenøren har risikoen dersom mengdene skulle være større enn tiltaksplanen angir, da dette er noe entreprenøren hadde grunn til å regne med ved utarbeidelsen av tilbudet, jf. NS 8407 punkt 23. Innklagede mener at tiltaksplanen definerer volumet entreprenøren har grunn til å regne med, og at entreprenøren vil ha krav på tilleggsvederlag dersom det skulle være større forurensede masser.
- (61) Slik nemnda forstår reguleringen i NS 8407 punkt 23, vil entreprenøren ha mengderisikoen slik tiltaksplanen var angitt. Nemnda mener dermed at formuleringen i valgte leverandørs tilbud innebærer at mengderisikoen overføres til oppdragsgiver, og at entreprenøren får et krav på endringsordre dersom mengden overskrides.
- (62) Klagenemnda har etter dette kommet til at det foreligger «*avvik*» fra anskaffelsesdokumentene vedrørende risikoen for forurensede masser og byggavfall, jf. forskriften § 24-8 første ledd bokstav b. Innklagede har dermed brutt regelverket for offentlige anskaffelser ved at valgte leverandørs forbehold om risikoen for forurensede masser ikke ble håndtert som et avvik.
- (63) Spørsmålet for nemnda er videre om forbeholdet er vesentlig og gir plikt til avvisning.
- (64) Både klager og innklagede har fremlagt regnestykker som viser hvor stor økning det må være i forurensede masser for at det skal påvirke rangeringen. Klager har beregnet et «*worst case*»-scenario til å gi valgte leverandør krav på tilleggsvederlag på 3 millioner kroner. Gitt resultatet nemnda er kommet til på spørsmålene ovenfor, vil et slikt evaluert tillegg til valgte leverandørs pris ikke være egnet til å påvirke rangeringen. Avviket er dermed ikke vesentlig, da det ikke har betydning for utfallet av konkurransen.

(65) Bruddet på regelverket, som klagenemnda har konstatert, gir ikke grunnlag for tilbakebetaling av klagegebyret i henhold til klagenemndsforskriften § 13.

Konklusjon:

Bodø kommune har ikke brutt regelverket, ved å gi klagers tilbud et pristillegg under tildelingskriteriet «*Pris*».

Bodø kommune har ikke brutt regelverket ved ikke å avvise valgte leverandørs tilbud som følge av vesentlige avvik mot grunnleggende risikobestemmelser i kontrakten.

Bodø kommune har brutt regelverket for offentlige anskaffelser ved at valgte leverandørs forbehold om risikoen for forurensede masser ikke er håndtert som et avvik. Avviket er ikke vesentlig da prising av avviket ikke kan påvirke utfallet av konkurransen.

For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,

Alf Amund Gulsvik

Dokumentet er godkjent elektronisk