



Klagenemnda for offentlige anskaffelser

Saken gjelder: Avvisning av tilbud

Innklagede gjennomførte en åpen anbudskonkurranse om en samspillsentreprise for bygging av Guldbergaunet fotballhall. Klager anførte at innklagede hadde brutt anskaffelsesregelverket ved å avvise klagers tilbud. Klagenemnda kom til at klagers forbehold vedrørende koronasituasjonen, utgjorde et vesentlig avvik. Omgjøringen av tildelingen av kontrakt til klager og avvisningen av klagers tilbud var dermed ikke i strid med regelverket.

Klagenemndas avgjørelse 11. august 2021 i sak 2021/595

Klager: Consto Midt-Norge AS

Innklaget: Steinkjerbygg KF

Klagenemndas

medlemmer: Finn Arnesen, Marianne Dragsten og Kristian Jåtog Trygstad

Bakgrunn:

- (1) Steinkjerbygg KF (heretter *innklagede*) kunngjorde 22. mai 2020 en åpen anbudskonkurranse for anskaffelse av en totalentreprise med samspill for Guldbergaunet fotballhall. Kontraktens varighet var angitt til 12 måneder. Tilbudsfrist ble i kunngjøringen angitt til 12. juni 2020.
- (2) Kontrakten ville bli tildelt tilbudet med det beste forholdet mellom pris og kvalitet, basert på tildelingskriteriene «Pris» (vektet 60 prosent), «Kvalitet på tilbud team: Tilbud personells kompetanse og erfaring» (vektet 30 prosent) og «oppdragsforståelse» (vektet 10 prosent).
- (3) I konkurransegrunnlaget var det opplyst om følgende:
«Dersom forbehold eller avvik tas, skal forbehold/avvik klart framgå av tilbudsbrevet. Forbehold/avvik skal være presise og entydige, slik at Steinkjerbygg KF kan vurdere disse uten kontakt med tilbyder. Forbehold/avvik som ikke kan prises, vil etter all sannsynlighet medføre avvisning av tilbudet.»
- (4) Innklagede mottok fem tilbud innen tilbudsfristen, herunder fra Consto Midt-Norge AS (heretter *klager*) og Hugaas Entreprenør AS.
- (5) I tildelingsbrev 6. juli 2020 ble det informert om at klager var tildelt kontrakten.
- (6) Hugaas Entreprenør AS påklaget tildelingsbeslutningen. Det ble i klagen påpekt at konkurransegrunnlaget ikke åpnet for at innklagede kunne forespørre oppdragsgivere om deres erfaringer fra leverandørenes oppgitte referanseprosjekt.

- (7) Den 5. august 2020 mottok klager melding om at tildelingsbeslutningen var blitt annullert. I nytt tildelingsbrev 19. august 2020 ble kontrakten tildelt Hugaas Entreprenør AS.
- (8) Klager påklaget den nye tildelingsbeslutningen 8. september 2020.
- (9) I forbindelse med behandlingen av denne klagen konkluderte innklagede med at både klagers og Hugaas Entreprenør AS' tilbud inneholdt avvik. Begge avvikene ble vurdert som vesentlige, og leverandørenes tilbud ble avvist fra konkurransen i brev 21. september 2020. Det fremgikk av samme brev at konkurransen ble avlyst.
- (10) Avvisningen av klagers tilbud var foranlediget av følgende forbehold:
- «Generelt forbehold om Korona-situasjonen som pr dato er uavklart, i den grad det påvirker produksjonen som følgende av leveranser, stengte grenser og eller valutaforhold.»*
- (11) Innklagede begrunnet avvisningen slik:
- «Det fremstår ut fra denne formuleringen klart at Consto ved forbeholdet har ment å overføre risiko til oppdragsgiver for virkninger av korona-situasjonen, knyttet til økt byggetid og kostnadsnivå, som følge av blant annet forsinkede eller uteblitte leveranser fra underleverandører, og økte valutakostnader. Den konkrete rekkevidden av forbeholdet er uklart, men det anses ikke tvilsomt at forbeholdet forutsetter en betydelig risikooverføring i oppdragsgivers disfavør. Forbeholdet representerer derfor et vesentlig avvik fra anskaffelsesdokumentene, jf. FOA § 28-1 (1) bokstav b.*
- I tillegg påpekes det at forbeholdet ikke kan prises, noe som ytterligere underbygger at det foreligger et vesentlig avvik i henhold til bestemmelsen.»*
- (12) Klager påklaget avvisningen 25. september 2020. Innklagede fastholdt avvisningen og avlysningen av konkurransen i brev 8. oktober 2020.
- (13) Innklagede har senere utlyst konkurransen på nytt 12. november 2020, og kontrakt for prosjektet er inngått med Næringsbygg AS.
- (14) Klagen ble brakt inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser 19. mars 2021.
- (15) Nemndsmøte i saken ble avholdt 9. august 2021.

Anførsler:

Klager har i det vesentlige anført:

- (16) Innklagede har brutt regelverket ved å omgjøre den opprinnelige tildelingsbeslutningen.
- (17) Innklagede har brutt anskaffelsesregelverket ved å avvise klagers tilbud. Forbeholdet innebærer ingen endring av det som allerede følger av NS 8407. Avviket i klagers tilbud er uansett ikke vesentlig, da det verken skaper rangeringstvil eller øker den økonomiske risikoen for oppdragsgiver. Avviket ville bare kunne gjøre seg gjeldende om pandemien utviklet seg på en måte som ikke var mulig å forutse på tilbudstidspunktet, altså forhold utenfor klagers kontroll. Dersom valutaforbeholdet gir en rett som ikke allerede følger av

kontrakten eller annen bakgrunnsrett, er innklagede pliktig til å vurdere om forbeholdet kunne prissettes på et saklig og forsvarlig grunnlag uten å skape rangeringstvil.

- (18) Innklagede trengte ikke å legge vekt på forbeholdet, fordi partene i samspillfasen skulle fastlegge risiko og forutsetninger og fastsette fastprisen for utførelsen av arbeidet.
- (19) Innklagedes unnlattelse av å lese tilbudsdocumentet utgjør et selvstendig brudd på forskriften § 24-10 første og tredje ledd. Oppdragsgiver skal iht. forskriften § 24-10 «snarest» ta stilling til spørsmålet om avvisning, og snarest gi leverandøren en skriftlig meddelelse om avvisningen. Dersom klagers tilbud hadde blitt avvist før den første tildelingen, ville konkurransen blitt avlyst da de øvrige tilbudene lå langt over oppdragsgivers budsjett. I så fall ville klager kunne reist innsigelser på et tidligere tidspunkt i prosessen, og vesentlige kostnader knyttet til klageprosessene kunne ha vært unngått.

Innklagede har i det vesentlige anført:

- (20) Innklagede hadde en plikt til å omgjøre tildelingen og avvise tilbudet.
- (21) Et tilbud med vesentlig avvik skal avvises etter forskriften § 24-8 (1) bokstav b). Det aktuelle forbeholdet om koronasituasjonen var vidtrekkende og uavgrenset. Dette innebar en betydelig overføring av risiko med hensyn til både fremdrift og kostnad for innklagede.
- (22) Forbeholdet medfører i tillegg relativ bedømmelsestvil siden det ikke kan prises på en forsvarlig måte. En stor del av leveransen til prosjektet besto av stålmaterialer, som er typisk valutautsatte leveranser. Forbeholdet overfører risikoen for valutasvingninger, noe som utgjør en uforutsigbar økonomisk risiko for en vare som allerede er utsatt for store svingninger i markedet.
- (23) Innklagede kunne ikke se bort fra forbeholdet ved evalueringen av tilbudene selv om det skulle være en innledende samspillfase.
- (24) Det bestrides at det foreligger et selvstendig brudd på forskriften § 24-10. Innklagede tok stilling til spørsmålet om avvisning av klagers tilbud så snart innklagede ble oppmerksom på at formuleringen innebar et vesentlig forbehold.

Klagenemndas vurdering:

- (25) Klager har deltatt i konkurransen, og har saklig klageinteresse, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Konkurransen gjelder en åpen anbudskonkurranse for anskaffelse av en totalentreprise med samspill i tidligfase for Guldbergaunet fotballhall som er en bygge- og anleggsanskaffelse. I tillegg til lov om offentlige anskaffelser av 17. juni 2016 nr. 73 følger anskaffelsen forskrift om offentlige anskaffelser av 12. august 2016 nr. 974 del I og III, jf. forskriften §§ 5-1 og 5-3.

Avvisning av klagers tilbud

- (26) Det følger av forskriften § 25-1 (4) at en tildelingsbeslutning kan omgjøres før kontrakt er inngått, dersom den «er i strid med forskriften». Ved regelbrudd som gjør kontraktstildelingen ulovlig har oppdragsgiver ikke bare en rett, men også en plikt til å korrigere feilen.

- (27) Klagers tilbud ble avvist med grunnlag i forskriften § 24-8 (1) bokstav b). Det følger av denne bestemmelsen at oppdragsgiver «*skal*» avvise et tilbud som inneholder «*vesentlige avvik fra anskaffelsesdokumentene*».
- (28) Av klagers tilbud fremgikk følgende:
- «Generelt forbehold om Korona-situasjonen som pr dato er uavklart, i den grad det påvirker produksjonen som følgende av leveranser, stengte grenser og eller valutaforhold.»*
- (29) Klager anfører at passusen «*som pr dato er uavklart*» begrenser forbeholdets rekkevidde og viser at forbeholdet bare er relevant dersom det oppstår en situasjon som på tilbudstidspunktet ikke hadde materialisert seg. Dette kunne derfor ikke anses som et avvik.
- (30) Klagenemnda er ikke enig i klagers forståelse av forbeholdet. Det fremgår at det oppstilles et *generelt forbehold* knyttet til koronasituasjonen, hvor klager forbeholder seg retten til å kreve fristforlengelse eller vederlagsjustering dersom denne fører til hindringer eller merkostnader. Etter klagenemndas syn er det naturlig å lese den aktuelle passusen som en forklaring på hvorfor det tas et generelt forbehold. Tilbudet skal for øvrig tolkes objektivt, og det er klager som har risikoen for eventuelle uklarheter i tilbudet, jf. forskriften § 23-3 (2). Den forståelsen av forbeholdet som klager har gjort gjeldende, fremgår ikke av ordlyden. Hvis meningen var å begrense rekkevidden, kunne og burde dette ha vært gjort.
- (31) Klager har videre anført at forbeholdet ikke gir andre rettigheter enn de som følger av NS 8407 punkt 33.3. Det er klagenemnda ikke enig i. Det følger av bestemmelsens tredje ledd at totalentreprenøren ikke kan påberope seg fristforlengelse ved hindringer som han eller hans kontraktsmedhjelpere «*burde ha tatt i betraktning ved inngåelsen av sine respektive kontrakter, eller med rimelighet kunne ventes å unngå eller overvinne følgene av*». En slik begrensning – som etter klagenemndas syn var relevant på tidspunktet konkurransen ble gjennomført – følger ikke av klagers forbehold. NS 8407 punkt 33.3 gjelder for øvrig fristforlengelse ved hindringer utenfor partenes kontroll. Klagers valutaforbehold kan dermed uansett ikke forankres i denne bestemmelsen.
- (32) Klagenemnda går deretter over til å vurdere om avviket er «*vesentlig*». Forbeholdet innebærer en betydelig overføring av risiko fra klager til innklagede, både når det gjelder fremdrift og kostnader. Klagenemnda har ingen rettslige innvendinger mot at innklagede har ansett denne risikooverføringen som tilstrekkelig til at avviket skal anses som vesentlig. Klagenemnda er også enig med innklagede i at det er vanskelig å prise den risikoen som er overført.
- (33) Anskaffelsesregelverket er til hinder for at kontrakt inngås med en leverandør som har levert et tilbud med et vesentlig avvik. Klagers anførsel om at partene kunne ha håndtert avviket i samspillsfasen, fører derfor ikke frem. Den opprinnelige tildelingen av kontrakt til klager var «*i strid med forskriften*», og innklagede hadde plikt til å omgjøre tildelingen og korrigere feilen.
- (34) Innklagede har etter dette ikke brutt regelverket ved å avvise klagers tilbud.

(35) På bakgrunn av den konklusjon klagenemnda er kommet til, behandles ikke klagers øvrige anførsler.

Konklusjon:

Steinkjerbygg KF har ikke brutt regelverket for offentlige anskaffelser.

For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,

Kristian Jåtog Trygstad

Dokumentet er godkjent elektronisk