



Klagenemnda for offentlige anskaffelser

Saken gjelder: Avvisning av tilbud.

Innklagede gjennomførte en åpen anbudskonkurranse for anskaffelse av totalentreprise for en barneskole med idrettsarena. Klager anførte at valgte leverandørs tilbud inneholdt et vesentlig avvik som ga innklagede plikt til å avvise tilbudet. Klagers anførsel førte ikke frem.

Klagenemndas avgjørelse 9. februar 2022 i sak 2021/2100

Klager: Veidekke Entreprenør AS

Innklaget: Halden kommune

Klagenemndas

medlemmer: Kjersti Holum Karlstrøm, Arnt Skjefstad og Elisabeth Wiik.

Bakgrunn:

(1) Halden kommune (heretter *innklagede*) kunngjorde 17. november 2020 en åpen anbudskonkurranse for anskaffelse av totalentreprise for en barneskole med idrettsarena i Halden, også kalt Os-prosjektet. Anskaffelsens verdi var ikke opplyst. Tilbudsfrist var 11. februar 2021.

(2) I konkurransegrunnlaget var det opplyst at «NS 8407 Alminnelige kontraktsbestemmelser for totalenterpriser» ville gjelde som alminnelige kontraktsvilkår. Videre var det presisert følgende spesielle kontraktsvilkår om «Avtalt risikoovergang – prosjektering»:

«Totalentreprenøren har risikoen for løsninger og annen prosjektering som er utarbeidet av byggherren før kontraktsinngåelsen.

Ved offentlige anskaffelser anses totalentreprenøren for å ha foretatt kontroll i henhold til NS 8407 pkt. 24.2.2 før innlevering av tilbudet.»

(3) Som del av konkurransegrunnlaget var det inntatt flere rapporter om grunnundersøkelser for arealet prosjektet skulle utføres på, gjennomført av GrunnTeknikk AS. Av den geotekniske datarapporten datert 26. juni 2018 fremgikk følgende:

«Følgende undersøkelser er utført:

- 5. stk. totalsonderinger. Boringene er avsluttet i faste masser på stort dyp. Det er utført innboring i antatt fjell i 2 av borpunktene. Overgangen til fjell må vurderes som høyst usikker.»

(4) Videre fremgikk det av samme rapport hvor dypt de fem totalsonderingene var boret. Tre av totalsonderingene var boret 50 meter uten at det var boret i fjell. De to siste

totalsonderingene var boret 38,9 meter og 48,5 meter hvor det var boret henholdsvis 2,0 og 2,1 meter i fjell.

- (5) I teknisk notat datert 26. juni 2018 var det angitt følgende om grunnforholdene:

«Dybde til morenelaget varierer fra ca 17-28 m. Innboring i morenelaget viser at dette er mektig og at overgang til berg er vanskelig å definere. Det er utført innboring i fjell på 2 av de utførte borpunktene men dette må anses som sannsynlig fast morene. Resterende dype boringer er avsluttet på 50 m dyp i antatt svært fast morene.»

- (6) Innklagede mottok flere spørsmål til konkurransen, som ble besvart innen tilbudsfristen. Ett av spørsmålene gjaldt fundamentering:

«Vi viser til anbudsgrunnlagets dokumenter fra «Grunn Teknikk». Vi oppfatter dette slik at kompensert fundamentering kan aksepteres med de forutsetninger og konsekvenser den løsning vil gi over tid. Er dette riktig oppfattet?»

Underlaget gir liten eller ingen informasjon om lengder til fjell. Er det ønskelig med opsjon i tilbudet basert på peleløsning med en antatt avstand til fjell som avregnes? Dette slik at Halden kommune velger løsning ut fra pris/risiko.»

- (7) Til dette svarte innklagede:

«TE står fritt til å velge fundamenteringsmetode, innenfor forskriftskravene. Dersom TE har valgt en peleløsning kan TE regne med en snittlengde på valgte peleløsning på 50m. Lengder avregnes i entreprisen. TE må i sitt tilbud ha oppgitt enhetspris pr/lm pel. Lengde på pel er basert på lengder oppgitt i grunnundersøkelser i rapport fra Geoteknikk fra 29.06.2018.»

- (8) Før tilbudsfristen mottok innklagede tilbud fra to leverandører, Veidekke Entreprenør AS (heretter klager) og AF Gruppen Norge AS.

- (9) Ved brev 28. februar 2021 ble leverandørene informert om at kontrakt var tildelt AF Gruppen Norge AS (heretter valgte leverandør).

- (10) Av valgte leverandørs tilbud fremgikk følgende under overskriften «Forbehold»:

«Leverandøren har følgende forbehold med angivelse av konsekvenser for tid og kostnad:

Vi har medregnet 311 stk stålkjernepeler Ø70 for trykk med gjennomsnittlig lengde med 50 m til fjell. Økning utover dette vil bli avregnet med kr [...] pr lm.»

- (11) Klager begjærte midlertidig forføyning den 10. mars 2021 for å få stanset kontraktsinngåelsen. I kjennelse avsagt 20. mars 2021 fant Halden tingrett at klager ikke hadde sannsynliggjort et hovedkrav. Klager anket så kjennelsen til Borgarting lagmannsrett, som avsa kjennelse 14. mai 2021. Lagmannsretten kom også til at det ikke var sannsynliggjort et hovedkrav.

- (12) Kontrakt med valgte leverandør ble inngått 1. juni 2021.

- (13) Klagen ble brakt inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser 25. november 2021.

(14) Nemndsmøte i saken ble avholdt 7. februar 2022.

Anførsler:

Klager har i det vesentlige anført:

- (15) Innklagede har brutt regelverket ved ikke å avvise valgte leverandørs tilbud, som inneholder et vesentlig avvik. Valgte leverandørs tilbud inneholder et forbehold mot den risikofordeling som er angitt i konkurransegrunnlaget, og innklagede kan dermed ikke kreve oppfyllelse i henhold til konkurransedokumentene.
- (16) Innklagede har akseptert at leverandørene baserer fundamenteringsløsningen i sitt tilbud på en snittlengde for peler på 50 meter ned til fjell. Det er imidlertid ikke akseptert forbehold mot antall peler, type pel eller dimensjon på pelene. Valgte leverandør har tatt et forbehold som medfører at valgte leverandør kan kreve kompensasjon fra innklagede dersom det er behov for et større antall peler, andre typer peler eller peler med annen dimensjon enn det som er angitt i forbeholdet.
- (17) En objektiv tolkning av ordlyden i forbeholdet, plassering av forbeholdet i tilbudsbrevet og at forbeholdet angir at økning ut over det angitte vil avregnes, innebærer en risikoforskyvning fra valgte leverandør til innklagede. En slik risikoforskyvning gir valgte leverandør en konkurransefordel, og utgjør derfor et vesentlig avvik. Forbeholdet kan ikke tolkes dit at det kun gjelder lengder ut over 50 meter til fjell, da dette gjør at store deler av forbeholdet blir fullstendig innholdsløst.
- (18) Tilbudet inneholder i alle tilfeller et avvik på bakgrunn av uklarhetsregelen. Ved tolkningen av tilbudet åpnes det for flere tolkningsalternativer, og uklarhetsregelen medfører her at tilbudet må tolkes i disfavør av den som har avgitt tilbudet. Det er leverandøren som har risiko for uklarheter i tilbudet. Innklagede legger her til grunn en for høy terskel for når uklarhetsregelen aktualiseres. Det kan heller ikke presumeres at tilbudet er i samsvar med konkurransegrunnlaget, slik presumsjonsprinsippet legger opp til, da uklarhetsregelen vil gå foran dette prinsippet.
- (19) Videre medfører forbeholdet tvil om hvordan tilbudet skal bedømmes opp mot øvrige tilbud. Det foreligger derfor relativ bedømmelsestvil, som i alle tilfeller medfører at tilbudet inneholder et vesentlig avvik.
- (20) Det anmodes om at klagenemnda uttaler seg om hvorvidt vilkårene for å kreve erstatning for positiv kontraktsinteresse anses oppfylt, jf. klagenemndsforordningen § 12 andre ledd, siste setning. Avvisningsplikten etter anskaffelsesforordningen er en klar og presis regel, uten innslag av skjønnsfrihet, og den manglende avvisningen kvalifiserer ikke til unnskyldelig rettsvillfarelse. Den manglende overholdelse av avvisningsplikten hadde også alvorlige konsekvenser for konkurransen, da kontrakt skulle vært tildelt klager.

Innklagede har i det vesentlige anført:

- (21) Det bestrides at regelverket er brutt. Valgte leverandørs tilbud inneholder ikke et vesentlig avvik.
- (22) Teksten i valgte leverandørs tilbud må forstås slik at det informeres om hvor mange trykkpeler det er planlagt at skal gå ned til fjell, og det er angitt pris per løpemeter for avregning av lengder til fjell. Dette er i overensstemmelser med det svar som ble gitt på valgte leverandørs spørsmål om avstand til fjell, og at innklagede har påtatt seg risiko for

antall meter ned til fjell. Det er klart at uttalelsen ikke vil medføre en risikoforskyvning for kostnader eller fremdrift knyttet til valgte leverandørs egen prosjektering og utførelse. Det bemerkes også at begge leverandører har inntatt sine forutsetninger for fundamenteringsløsning i sine tilbud.

- (23) Den siste opplysningen som gis i tilbudet er den forutsatte «*gjennomsnittlig lengde*» til fjell, og det er dette pronomenet «*dette*» i neste setning viser til. Dette er også den variable faktoren innklagede etter anskaffelsesdokumentene skulle ha risikoen for, og som er omtalt i spørsmål og svar i forkant av tilbudslevering.
- (24) Anvendelse av uklarhetsregelen ved tolkning av tilbud er kun relevant dersom det etter en tolkning av tilbudet på bakgrunn av alle relevante tolkningsfaktorer ikke kan fastsettes en materiell løsning på tolkningsspørsmålet. Det foreligger ikke slik uklarhet knyttet til valgte leverandørs tilbud.
- (25) Dersom klagenemnda skulle komme til at det foreligger et avvik ved valgte leverandørs tilbud, er avviket uansett ikke vesentlig. Et eventuelt forbehold vil være begrenset til peler for trykk. Dette utgjør en svært begrenset del av det totale prosjektet, og risikoen for et økt behov for trykkpeler er ikke et sentralt vilkår i konkurransen. En eventuell overføring av risiko til innklagede på dette begrensede området er heller ikke egnet til å forrykke konkurransen mellom tilbyderne. Et eventuelt forbehold kan prissettes og medfører ikke noen tvil om rangeringen av tilbudene.
- (26) Klagers anførsel om at det foreligger relativ bedømmelsestvil bygger på en uriktig forståelse av rettsreglene. Det foreligger uansett ikke uklarhet ved valgte leverandørs tilbud når det tolkes objektivt i samsvar med sin ordlyd, kontekst og entreprisens system.
- (27) Dersom klagenemnda skulle komme til at valgte leverandørs tilbud inneholder et vesentlig avvik, og at det forelå avvisningsplikt, kan denne eventuelle feilen uansett ikke danne grunnlag for erstatningsplikt. Ved vurderingen av tilbudene er det lagt til grunn samme tolkning av tilbudene som både tingretten og lagmannsretten har lagt til grunn. Denne forståelsen av tilbudet må anses som klart forsvarlig, og kan vanskelig anses som et tilstrekkelig kvalifisert brudd på anskaffelsesreglene til at kommunen kan pålegges erstatningsansvar.

Klagenemndas vurdering:

- (28) Klager har deltatt i konkurransen, og har saklig klageinteresse, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Konkurransen gjelder totalentreprise for Os-prosjektet i Halden kommune, som er en bygge- og anleggsanskaffelse. Anskaffelsens estimerte verdi var ikke opplyst i konkurranse-dokumentene. De innkomne tilbudene var imidlertid på 493 millioner og 514 millioner kroner ekskl. mva. 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 del III, jf. forskriften §§ 5-1 og 5-3.
- (29) Klagenemnda skal ta stilling til om innklagede har brutt regelverket ved ikke å avvise valgte leverandørs tilbud. Tilbudet skulle ifølge klager ha vært avvist fordi det inneholder et forbehold som forskyver risikoen for valgt fundamenteringsløsning fra valgte leverandør til innklagede, i strid med konkurransegrunnlaget.

- (30) Det følger av forskriften § 24-8 (1) bokstav b) at oppdragsgiver «skal» avvise et tilbud som inneholder «*vesentlige avvik fra anskaffelsesdokumentene*».
- (31) Avvik foreligger dersom oppdragsgiver – ved å akseptere tilbudet – ikke kan kreve oppfyllelse i henhold til konkurransegrunnlagets kravspesifikasjon, jf. blant annet LB-2019-85112. Hvorvidt et tilbud inneholder avvik beror på en tolkning av tilbudet i lys av konkurransegrunnlaget. Leverandøren har risikoen for uklarheter i tilbudet, og oppdragsgiver har risikoen for uklarheter i konkurransegrunnlaget, jf. forskriften §§ 14-1 (5) og 23-3 (2).
- (32) Utgangspunktet for tolkningen av konkurransegrunnlaget er hvordan det fremstår for alle rimelig opplyste og normalt påpasselige leverandører, se til sammenligning klagenemndas avgjørelse i sak 2019/731, avsnitt 39, med videre henvisning til EU-domstolens avgjørelse i sak C-42/13 *Cartiera dell'Adda*.
- (33) Av konkurransegrunnlaget fremgikk det at alminnelige kontraktsvilkår fulgte av NS 8407. Om risiko for grunnforhold fremgår det følgende av NS 8407 punkt 23.1 første ledd:
- «Byggherren har risikoen for forhold ved grunnen dersom de avviker fra det totalentreprenøren hadde grunn til å regne med ved utarbeidelsen av tilbudet.»*
- (34) Det var også angitt spesielle kontraktsvilkår om risikoovergang, herunder at «*[t]otalentreprenøren har risiko for løsninger og annen prosjektering som er utarbeidet av byggherren før kontraktsinngåelsen*».
- (35) På spørsmål om konkurransegrunnlaget åpnet for kompensert fundamentering som følge av at grunnrapporten inneholdt lite eller ingen informasjon om lengde til fjell, svarte innklagede som følger:
- «TE står fritt til å velge fundamenteringsmetode, innenfor forskriftskravene. Dersom TE har valgt en peleløsning kan TE regne med en snittlengde på valgte peleløsning på 50m. Lengder avregnes i entreprisen. TE må i sitt tilbud ha oppgitt enhetspris pr/lm pel. Lengde på pel er basert på lengder oppgitt i grunnundersøkelser i rapport fra Geoteknikk fra 29.06.2018.»*
- (36) Klagenemnda forstår konkurransedokumentene slik at entreprenører som valgte peleløsning i mangel av detaljerte opplysninger i grunnrapporten, skulle legge til grunn en snittlengde på 50 meter til fjell i sitt tilbud. Dersom snittlengden oversteg dette, kunne totalentreprenøren avregne lengder i entreprisen, og det skulle i tråd med dette angis pris per lengdemeter per pel. Risikoen for at gjennomsnittslengden på 50 meter til fjell stemte overens med de faktiske grunnforholdene, lå dermed hos byggherren. Dette er i tråd med NS 8407 punkt 23.1 første ledd, jf. femte ledd med videre henvisning til tredje ledd. Slik saken er opplyst, er det også slik klager har forstått konkurransedokumentene. Totalentreprenøren hadde på sin side risiko for valg av fundamenteringsløsning.
- (37) Spørsmålet i det videre er om valgte leverandør har tatt et forbehold mot denne risikofordelingen i sitt tilbud.
- (38) Vedlagt konkurransegrunnlaget var det en mal for tilbudsskjema som leverandørene skulle fylle ut. Under overskriften «*Forbehold*» var det angitt følgende tekst: «*Leverandøren har følgende forbehold med angivelse av konsekvenser for tid og*

kostnad:», etterfulgt av et felt som leverandørene kunne fylle inn. I valgte leverandørs tilbud var det fylt inn følgende:

«Vi har medregnet 311 stk stålkjernepeler Ø70 for trykk med gjennomsnittlig lengde med 50 m til fjell. Økning utover dette vil bli avregnet med kr [...] pr lm.»

- (39) Klager har for det første anført at formuleringen må forstås slik at det i valgte leverandørs tilbudte fundamenteringsløsning utelukkende skulle benyttes 311 stålkjernepeler Ø70 for trykk, og at valgte leverandør ved dette har forbeholdt seg retten til å fakturere for enhver økning i antall peler av denne typen, samt enhver bruk av andre typer peler eller peler med en annen dimensjon som eventuelt benyttes i tillegg til disse.
- (40) Klagenemnda er ikke enig i at formuleringen kan forstås slik. Det fremgår en rekke steder i valgte leverandørs tilbud at både peler for trykk, kalksementpeler og strekkstag ville benyttes til fundamentering, og er inkludert i den tilbudte løsningen. At tilbudet inkluderte andre typer peler, fremgikk også av valgte leverandørs fremdriftsplan, hvor både «Kalk/ement» og «Strekstag/peling» var angitt som aktiviteter.
- (41) Videre har klager anført at plasseringen av teksten under overskriften «Forbehold», med tyngde må telle i retning av at teksten var ment som et forbehold.
- (42) Ved tolkningen av valgte leverandørs tilbud skal det gjøres en konkret, objektiv vurdering. I prinsippet er det uten betydning om leverandøren har kalt forholdet et forbehold eller ikke, se NOU 2014: 4 *Enklere regler – bedre anskaffelser* på side 229.
- (43) Slik klagenemnda ser det, må formuleringen i tilbudet leses i sammenheng med at det i spørsmål og svarrunden ble gitt nye opplysninger om hvilken avstand til fjell som skulle legges til grunn ved utarbeidelsen av tilbudet. Det ble i den forbindelse presisert at tilbud med peleløsning måtte opplyse om enhetspris per lengdemeter pele, for det tilfellet at de reelle grunnforholdene ikke samsvarte med opplyst snittlengde. Ved høyere snittlengde, skulle kostnadene ligge hos byggherren, i tråd med risikofordelingen i NS 8704 punkt 23.1 første ledd, jf. tredje ledd. I lys av dette, fremstår formuleringen i valgte leverandørs tilbud ikke som et forbehold, men som en redegjørelse for typen peler det er aktuelt å bruke mer av ved høyere snittlengde, samt pris per lengdemeter for disse. At valgte leverandør har tatt inn informasjonen under overskriften «Forbehold», kan ikke endre dette.
- (44) Klagenemnda kan etter dette heller ikke se at formuleringen medfører at valgte leverandørs tilbud er uklart, eller at det foreligger relativ bedømmelsestil.
- (45) Klagers anførsel om at klagers tilbud skulle vært avvist, fører ikke frem.

Konklusjon:

Halden kommune har ikke brutt regelverket for offentlige anskaffelser.

For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,

Elisabeth Wiik

Dokumentet er godkjent elektronisk