



Klagenemnda for offentlige anskaffelser

Saken gjelder: Avvisning av tilbud, forhandlingsplikt, samspill

Innklagede kunngjorde en konkurranse med forhandling for anskaffelse av ny gang- og sykkelbro. Klager anførte at innklagede hadde brutt regelverket ved å avvise klagers tilbud fra konkurransen, som følge av at klager hadde inntatt flere forbehold i tilbudsbrevet. Klagenemnda var enig med innklagede i at et forbehold om rett til å justere tilbudsprisen som følge av endringer i råvareprisene etter endt samspills- og prosjekteringsfase, utgjorde et vesentlig avvik fra anskaffelsesdokumentene. En anførsel om hva som ble formidlet på et informasjonsmøte, ble avvist som uhensiktsmessig for behandling. Klagenemnda ga for øvrig ikke klager medhold i at innklagede hadde plikt til å gi klager mulighet til å frafalle uakseptable forbehold før klagers tilbud ble avvist

Klagenemndas avgjørelse 4. februar 2022 i sak 2021/2139

Klager: Module Solutions & Systems AS

Innklaget: Vestland fylkeskommune

Klagenemndas medlemmer: Bjørn Berg, Karin Fløistad, Kristian Jåtog Trygstad

Bakgrunn:

(1) Vestland fylkeskommune (heretter *innklagede*) kunngjorde 16. juni 2021 en konkurranse med forhandling for anskaffelse av ny gang- og sykkelbro. Prosjektet skal gjennomføres som et totalentrepriseprojekt med samspill med målpris, basert på NS 8407. Tilbudsfristen var 28. september 2021.

(2) I kunngjøringen var anskaffelsen beskrevet slik:

«Det skal bygges ny gang- og sykkelbru over fv. 582 og bybanen. Brua utføres i kunststoff, i ett spenn, med en spennvidde på ca. 42 m. Føringsbredden er totalt 6,0 m, hvorav 3,0 m gangveg og 3,0 m sykkelveg.

Kontrakten skal tildeles en leverandør som i samarbeid med oppdragsgiver skal detaljprosjekttere, produsere, frakte, sammenstille og montere brua.»

(3) Konkurransesgrunnlagets del B1 punkt 9 «*Avklaringer*» inneholdt opplysninger om både avklaringer og forhandlinger. Det skulle etter planen være forhandlinger med alle leverandørene i konkurransen, men oppdragsgiver forbeholdt seg retten til både å redusere antall tilbud og å tildele kontrakt basert på opprinnelige tilbud dersom forhandlinger ikke ble ansett nødvendig.

(4) I konkurransegrunnlagets regulering av «Valg av tilbud» var det opplyst at oppdragsgiver ville velge tilbudet med det beste forholdet mellom pris og kvalitet, basert på følgende tildelingskriterier:

- *Tilbudssum (vektet 50 prosent)*
- *K1 – Oppdragsorganisering (vektet 20 prosent)*
- *K2 – Oppdragsgjennomføring (vektet 30 prosent)*

(5) Tilbudssum var «tilbudt pris, korrigerert som følge av eventuelle forbehold, regnefeil og avvik fra konkurransegrunnlaget».

(6) Av de vedlagte kontraktsbestemmelsene ble fasene i totalentreprisen beskrevet slik:

- *«Samspills- og prosjekteringsfasen*
- *Produksjonsfasen*
- *Transport- og monteringsfasen*

I Samspills- og prosjekteringsfasen skal entreprenøren og byggherren sammen utvikle prosjektet. Partene skal samarbeide om informasjonsinnhenting, bearbeide informasjonen, diskutere risiko og muligheter for prosjektet og bli enige om løsningsvalg og deretter detaljprosjektene bruen frem til godkjent grunnlag. Til slutt skal partene i fellesskap utarbeide en målpris for kontraktsarbeidet.

Byggherre bærer risikoen for resultat i samspills- og prosjekteringsfasen.

I produksjonsfasen skal entreprenøren utføre alle nødvendige arbeider for å kunne produsere og levere kontraktsgjenstanden.

I transport og monteringsfasen skal entreprenøren planlegge og utføre alle nødvendige arbeider som skal til for å få brua transportert og ferdig montert på brustedet. Byggherren skal være med i planleggingen og kan være behjelpelig med enkelte arbeidsoppgaver etter avtale.

Det er entreprenør som har ansvaret og bærer risikoen for fase 2 og 3.»

(7) I kontraktens nærmere regulering av «Samspills- og prosjekteringsfasen – Generelt» var innholdet i samspillsfasen utdypet på følgende måte:

«Formålet med Samspills- og prosjekteringsfasen er at prosjektet skal videreutvikles ved å forene gode forslag hos byggherren, entreprenøren og andre involverte aktører. Gjennom Samspills- og prosjekteringsfasen skal partene kunne foreta en grundig gjennomgang av prosjektet og kontraktsarbeidet, herunder gjennomgå arbeidsoperasjoner før de starter.

For å oppnå en felles kontraktsforståelse og en felles målsetting er prosedyren for Samspills- og prosjekteringsfasen av stor betydning for partenes videre arbeid.

Samspills- og prosjekteringsfasen består av følgende trinn:

1) Identifisere muligheter og risiko i prosjektet og foreta valg av løsninger med sikte på målpris, detaljprosjektere og følge godkjeningsprosessen hos vegdirektoratet, jf. C2 punkt 8.1, 8.2, 8.3 og 8.4.

2) Entreprenøren skal lage fremdriftsplan for produksjonsfasen og transport- og monteringsfasen, jf. C2 punkt 8.5 og 8.6.

3) Partene skal i samarbeid utarbeide en detaljert kalkyle for å bli enige om kontraktens målpris, jf. C2 punkt 8.7, 8.8, 8.9 og 8.10.»

(8) Ved utarbeidelsen av en detaljert kalkyle, var det presisert at denne skulle ta utgangspunkt i prisskjemaet i del E3 som leverandørene fylte ut som en del av tilbudet.

(9) Innklagede sendte 12. august 2021 ut et notat til potensielle tilbydere med informasjon om blant annet forhandlinger med kvalifiserte tilbydere:

«Alle entreprenører vil bli invitert til å presentere tilbudet sitt. Etter presentasjonene vil det være forhandlinger basert på tilbudet. Etter forhandlingene får alle entreprenører muligheten til å gi et revidert tilbud. Det kan være mer enn en forhandlingsrunde.»

(10) Module Solutions & Systems (heretter *klager*) søkte om prekvalifisering innen fristen, og ble invitert til å levere tilbud. I klagers tilbudsbrief var følgende inntatt under overskriften «Forbehold»:

«Råvarepriser

Grunnet store prisvariasjoner de siste 18 måneder, samt at materialer ikke vil bli kjøpt inn før etter at prosjekteringen er komplett og godkjent har vi lagt de siste 12 måneders gjennomsnitt som grunnlag for råvarekostnader. Det er selvsagt umulig å si hva råvarekostnadene vil være etter endt prosjektering, men for øyeblikket er råvareprisene på «all time high». Rustfritt stål er ca. 30 kr dyrere pr. kilo enn hva det var for 12 måneder siden. Vår vurdering er derfor at et 12 måneders snitt på råvarepriser vil gi det mest sannsynlige prisbildet.

Valuta

Prisen legger til grunn en EUR = NOK valutakurs på 1,00 EUR = 10,00,- NOK

Materialtesting

Priser for materialtesting er iht. beskrevet testprogram.

Prøvemontering

Transport, sammenstilling og monteringsprisen inkludere ikke prøvemontering i Rotterdam.

Fortjeneste

Fortjeneste er også regnet ut for «Transport, sammenstilling og montering» og ikke bare «Sum mannskap i samarbeids og utviklingsfasen» og «Sum materialer og mannskap i gjennomføringsfasen» slik som pristabellen indikerer.»

- (11) Klagers tilbud ble avvist 8. november 2021. Avvisningen ble begrunnet med at klager hadde inntatt flere forbehold og vilkår knyttet til pris og levering av broen. Det ble spesielt vist til at forbehold om valuta og råvarepriser utgjør en betydelig risikoforskyvning og anses som vesentlige avvik.
- (12) Klager påklaget avvisningen 16. november 2021. Innklagede opprettholdt avvisningsbeslutningen 23. november 2021.
- (13) Klager brakte saken inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser 30. november 2021. Innklagede har opplyst at kontrakt ikke er inngått. Saken har vært prioritert for nemnda.
- (14) Nemndsmøte i saken ble avholdt 31. januar 2022.

Anførsler:

Klager har i det vesentlige anført:

- (15) Innklagede har brutt regelverket ved å avvise klagers tilbud fra konkurransen. De forbeholdene innklagede har vist til i sin begrunnelse for avvisningen, utgjør ikke avvik fra anskaffelsesdokumentene.
- (16) For det tilfellet at klagers tilbud må anses å inneholde avvik, hadde innklagede uansett ikke adgang til å avvise klagers tilbud uten først å ha gitt klager anledning til å frafalle uakseptable forbehold. Dette gjelder også dersom avvikene må anses vesentlige. Det følger av plikten til å forhandle om tilbudene, og det følger også av informasjon som ble gitt leverandørene i informasjonsmøte.

Innklagede har i det vesentlige anført:

- (17) Avvisningen av klagers tilbud er i samsvar med anskaffelsesregelverket. Flere av forbeholdene i klagers tilbudsbrief innebærer en betydelig risikoforskyvning. Forbeholdenes prismessige betydning er ikke angitt i tilbudet, og kan ikke beregnes av innklagede. Avvikene må derfor anses vesentlige.
- (18) Det forelå ingen plikt til å avklare eller forhandle om forbeholdene i klagers tilbud før avvisning.

Klagenemndas vurdering:

- (19) Klager har deltatt i konkurransen, og har saklig klageinteresse, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Konkurransen gjelder anskaffelse av ny gang- og sykkelbro, som er en bygge- og anleggsanskaffelse. Anskaffelsens verdi er ikke estimert i anskaffelsesdokumentene. 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 del III, jf. forskriften §§ 5-1 og 5-3.
- (20) Klagenemnda skal ta stilling til om innklagede har brutt regelverket ved å avvise klagers tilbud fra konkurransen.
- (21) Det følger av forskriften § 24-8 (1) bokstav b) at oppdragsgiver skal avvise tilbud som inneholder «*vesentlige avvik*» fra anskaffelsesdokumentene.

- (22) Avvik foreligger dersom oppdragsgiver, ved å akseptere tilbudet, ikke kan kreve oppfyllelse i henhold til kontrakten, inkludert kravspesifikasjonen, slik det blant annet er lagt til grunn i LB-2019-85112. Vurderingen av om et tilbud inneholder avvik, beror derfor på en tolkning av tilbudet i lys av de kontraktsvilkårene og kravene som fremgår av konkurransegrunnlaget. Tilbudet og konkurransegrunnlaget skal tolkes *objektivt*, slik at det man naturlig kan lese ut av ordlyden har stor betydning når innholdet fastlegges. Det er videre slik at leverandøren har risikoen for uklarheter i sitt tilbud, mens oppdragsgiver har risikoen for uklarheter i konkurransegrunnlaget.
- (23) Prosjektet skulle gjennomføres som en samspillskontrakt med målpris basert på NS 8407, der *«hele prosjektet, herunder prosjektering, skal foregå som et samspill mellom leverandør og byggherre»*. Det at valgte leverandørs prosjekt skal videreutvikles etter kontraktsinngåelse, kan åpne for at avvik håndteres i samspillsfasen. På samme måte som ellers skal imidlertid oppdragsgiver ha et forsvarlig grunnlag for å kunne sammenligne tilbudene og utpeke det beste tilbudet i konkurranser om samspillskontrakter. Det innebærer blant annet at oppdragsgiver skal ivareta oppstilte rammer for tilbudene. Den planlagte videreutviklingen av det beste tilbudet i samspillsfasen kan likevel ha betydning for vurderingen av om et avvik er *«vesentlig»*, se blant annet klagenemndas avgjørelse i sak 2020/489 avsnitt (50).
- (24) Innklagede har begrunnet avvisningen med at klagers tilbud inneholdt en rekke forbehold mot konkurransedokumentene, og at forbeholdene hver for seg og samlet utgjør vesentlige avvik. Det er overfor klagenemnda særlig vist til at klager har forbeholdt seg en rett til å justere sine tilbudspriser i tråd med endringer i råvarepriser etter endt samspillsfase.
- (25) I prisskjemaet ble leverandørene bedt om å fylle inn enhetspriser som ble multiplisert med estimert volum og ført til sum. Klager har fylt ut prisskjemaet og dermed gitt enhetspriser.
- (26) Klager har i tilbudet under overskriften *«Forbehold»* oppstilt flere forutsetninger for de tilbudte prisene, slik det fremgår av avsnitt 10 foran. Under punktet *«Råvarepriser»* har klager redegjort for at råvareprisene har vært ustabile i lang tid, og vist til at prisene på tilbudstidspunktet var på sitt høyeste noensinne. Videre har klager vist til at det er umulig å si hva råvarekostnadene vil være etter endt prosjektering. Klager har etter dette vist til at *«et 12 måneders snitt på råvarepriser vil gi det mest sannsynlige prisbildet»*. Klagenemnda er enig med innklagede i at klagers forutsetninger om råvarepriser gjør at klagers råvarepriser ikke var bindende for klager. Etter klagenemndas syn fremgår dette både av teksten som er tatt inn i dette punktet og av plasseringen under omtalen av *«Forbehold»*. At det var slik klager mente at tilbudet skulle forstås underbygges også av klagers besvarelse av tildelingskriteriet *«Oppdragsforståelse»*, hvor klager redegjør for at risiko knyttet til råvarepris langt på vei var forutsatt håndtert i samspillsfasen.
- (27) Klager har anført at denne måten å prise tilbudet på er i tråd med føringene i konkurransegrunnlaget, og at tilbudet dermed ikke inneholder avvik. Det er i den forbindelse vist til konkurransegrunnlagets risikofordeling, der det fremgår at byggherren *«bærer risikoen for resultatet i samspills- og prosjekteringsfasen»*. Det er videre vist til at den endelige målprisen for prosjektet først skulle fastsettes etter den nevnte samspills- og prosjekteringsfasen.

- (28) Leverandørene ga priser for materialer og mannskap til produksjonen og monteringen av broen, i prisskjemaet. Disse prisene skulle senere benyttes som grunnlag for beregningen av målpris etter endt detaljprosjektering. Det er ikke gitt opplysninger i konkurransegrunnlaget om at det var anledning til å gi uforpliktende priser. Klagenemnda kan ikke se at oppdragsgivers risiko for resultatet i samspills- og prosjekteringsfasen medfører at de tilbudte enhetsprisene er uforpliktende ved fastsettelsen av målprisen. Det at prisene skulle detaljeres og kvalifiseres ved utarbeidelsen av målpris, er heller ikke det samme som at prisene i prisskjemaet var ment å være uforpliktende. På denne bakgrunn har klagenemnda kommet til at klagers tilbud inneholder avvik fra anskaffelsesdokumentene.
- (29) Avviket innebærer en risikoforskyvning som gjør at klagers tilbudspriser ikke uten videre kan sammenlignes med øvrige tilbudspriser. Dette er et moment som skal tillegges betydning i vurderingen av om avviket er vesentlig. Det er også konkrete holdepunkter for at avviket har påvirket konkurranseforholdet mellom leverandørene. Innklagede har vist til at klagers priser for «*Sum materialer og mannskap*» er lavere enn konkurrentenes priser, som er inngitt uten den samme forutsetningen. Klager har ikke selv priset avvikets betydning, slik det var bedt om i konkurransegrunnlaget. Avviket har dermed en økonomisk betydning for oppdragsgiver, og avviket gjør det vanskelig å sammenligne klagers tilbud med de øvrige tilbudene i konkurransen. Klagenemnda er etter dette enig med innklagede i at avviket skal anses «*vesentlig*». Derfor finner ikke klagenemnda det nødvendig å gå inn på de øvrige forholdene klager omtalte i punktet «*Forbehold*».
- (30) Det neste spørsmålet blir dermed om innklagede hadde plikt til å avklare og eventuelt forhandle om klagers tilbud før man avviste tilbudet.
- (31) Klager har for det første vist til følgende informasjon som fremgår av referat fra informasjonsmøte om konkurransen 10. august 2021:
- «Legger tilbyder inn antagelser/krav/begrensinger i sine tilbud vil dette naturligvis bli tatt opp i forhandlingene før endelig tilbud. Velger byggherren å akseptere slike antagelser/krav/begrensinger i utvelgelse av tilbud og tildeling av kontrakt, overtar byggherren ansvaret for dette.»*
- (32) Innklagede har vist til at dette er informasjon som ble gitt i tilknytning til et spørsmål om transport av broen, og at uttalelsen derfor ikke gjelder generelt. Etter klagenemndas vurdering fremgår det ikke av referatet om det siterte utdraget gjelder med denne begrensningen. Referatet kan leses slik når det leses i sammenheng, men det kan også leses slik at uttalelsene om antagelser/krav/begrensninger ble tatt opp som et selvstendig – og generelt – tema. Den nærmere vurderingen av hva som ble formidlet på informasjonsmøtet forutsetter en bevisførsel som klagenemnda med sin skriftlige saksbehandling er avskåret fra å foreta. Denne delen av klagen avvises derfor som uhensiktsmessig for behandling, jf. klagenemndsforordningen § 9.
- (33) Klager har for det andre vist til informasjonen som ble sendt ut til leverandørene 12. august 2021, gjengitt i avsnitt 9. Klagenemnda er enig med innklagede i at dette er en generell omtale av forhandlingene og at uttalelsene ikke skal forstås som en forpliktelse til å «*forhandle*» om avvikene i klagers tilbud. En slik forpliktelse mener nemnda at måtte ha blitt kommunisert tydeligere og mer eksplisitt enn det som fremgår av den aktuelle informasjonen.

- (34) Klager har for det tredje vist til forskriften § 23-7 (2) som oppstiller en plikt til å forhandle med alle leverandørene, og som åpner for å forhandle om alle sider av tilbudene. Bestemmelsen oppstiller et forbud mot å «forhandle» om «absolutte krav». Klagenemnda forstår klager dithen at innklagede skulle ha gitt klager anledning til å revurdere forbeholdene omtalt i avsnitt 10 foran, for å gi klager mulighet til å unngå at tilbudet ble avvist. Den tidligere forskriften (2006) ble praktisert slik at oppdragsgiver hadde en rett, og kunne ha en plikt, til å bruke forhandlingene til å gi leverandører en mulighet til å frafalle vesentlige avvik, se for eksempel klagenemndas avgjørelse i sak 2012/47 avsnitt 45 flg.
- (35) Nærings- og fiskeridepartementet og Difi (nå DFØ) har i sine veiledere klart fremholdt at det i dagens regelverk ikke er en slik plikt til å forsøke å forhandle bort vesentlige avvik, men tvert imot en plikt til å avvise slike tilbud uten dialog med leverandørene.¹ Departementet har forankret sitt standpunkt i anskaffelsesforskriften § 24-10 (2) som sier at:
- «Oppdragsgiveren kan utsette avgjørelsen om avvisning til han har foretatt eventuelle avklaringer etter § 23-5. I en konkurranse med forhandling, konkurranse om innovasjonspartnerskap eller konkurransepreget dialog kan oppdragsgiveren utsette avgjørelsen om avvisning etter § 24-8 første ledd bokstav a og c eller annet ledd til han har avsluttet forhandlingene eller dialogen.»*
- (36) Avvisning av tilbud med vesentlige avvik fra anskaffelsesdokumentene er regulert i § 24-8 første ledd bokstav b). Departementet mener at denne avvisningsvurderingen skal foretas på bakgrunn av de opprinnelige tilbudene, siden § 24-10 (2) ikke åpner for at avvisningsvurderingen gjøres etter at forhandlingene er avsluttet.
- (37) Departementets (og DFØs) standpunkt er gitt som etterfølgende uttalelser om hvordan reglene skal forstås, og de skal tillegges liten vekt. Uttalelsene er omstridte og regelverket har vært forstått annerledes av andre.²
- (38) Med det resultatet klagenemnda har kommet til i denne saken, er det ikke nødvendig for nemnda å ta endelig stilling til om oppdragsgiver skal avvise tilbud med vesentlige avvik uten å gi leverandøren mulighet til å frafalle avviket. Nemnda bemerker imidlertid at forskriften ikke uten videre støtter opp om departementets forståelse av regelverket. Selv om § 24-10 (2) ikke åpner for å utsette avvisningsvurderingene etter § 24-8 (1) bokstav b) til forhandlingene er avsluttet, ser ikke forskriften ut til å stenge for at avvisningsvurderingen gjøres etter at det er innledet forhandlinger, men før de avsluttes. Heller ikke anskaffelsesdirektivet, direktiv 2014/24/EU art 29 nr. 7 ser ut til å støtte opp om departementets forståelse. Denne bestemmelsen konstaterer at oppdragsgiver skal kontrollere at de endelige tilbudene oppfyller samtlige minimumskrav. Det er imidlertid ikke ensbetydende med at oppdragsgiver er avskåret fra å gi en leverandør anledning til å frafalle et vesentlig avvik i tilbud som er avgitt før det endelige tilbudet.

¹ Se Departementets veileder punkt 34.4.7.2, tilgjengelig her <https://www.regjeringen.no/no/dokumenter/veileder-offentlige-anskaffelser/id2581234/sec1> og DFØs veileder punkt 3.6, tilgjengelig her https://anskaffelser.no/sites/default/files/forhandlinger-praktisk_veileder_publicert_versjon_6_juni_2017.pdf.

² Se for eksempel Thue mfl *Kommentarutgave* i kommentarene til § 24-10 og Goller mfl. *Anskaffelsesretten i et nøtteskall*, 2. utg. s. 227 flg, og artiklene [Kan vesentlige avvik forhandles bort? – Anbud365](#) og [Om vesentlige avvik kan forhandles bort – en kommentar – Anbud365](#)

- (39) Klagenemnda mener imidlertid at det ikke kan oppstilles en *plikt* til å gi en leverandør anledning til å frafalle et vesentlig avvik i form av en reservasjon mot anskaffelsesdokumentene. I denne vurderingen er ikke norsk praksis knyttet til det tidligere regelverket uten videre relevant. I tillegg til at utgangspunktet for vurderingen er endret ved et nytt direktiv og en ny forskrift, er rammene for forhandlingene nyansert ved praksis fra EU-domstolen, blant annet sak C-561/12. Etter klagenemndas syn gir verken forskriften, direktivet eller praksis grunnlag for å konstatere en slik plikt. Forskriften § 23-3 (2) understreker også at leverandøren har risikoen for uklarheter i tilbudet. Denne risikoplasseringen er vanskelig forenelig med en regel hvor oppdragsgiver pålegges å gi leverandøren en mulighet til å frafalle vesentlige avvik.
- (40) I denne konkrete saken kan ikke klagenemnda se at det er rettslige mangler ved innklagedes beslutning om å avvise klagers tilbud uten først å gi klager anledning til å gjøre tilbudet akseptabelt.
- (41) Klagers anførsler har etter dette ikke ført frem.

Konklusjon:

Klagers anførsel om at innklagede hadde bundet seg til å forhandle om antakelser/krav/begrensninger i sine tilbud ble avvist som uhensiktsmessig for behandling, jf. klagenemndsforordningen § 9.

For øvrig har Vestland fylkeskommune ikke brutt regelverket for offentlige anskaffelser.

For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,

Kristian Jåtog Trygstad

Dokumentet er godkjent elektronisk