



## Klagenemnda for offentlige anskaffelser

---

**Saken gjelder:** Avvisning, Kvalifikasjonskrav, Habilitet, Tildelingsevaluering

*Innklagede gjennomførte en konkurranse for anskaffelse av vannrenseanlegg. Klagenemnda kom til at det ikke forelå plikt til å avvise valgte leverandør grunnet inhabilitet eller manglende oppfyllelse av kvalifikasjonskrav i konkurransegrunnlaget. Klager fikk imidlertid medhold i at valgte leverandørs tilbud skulle vært avvist grunnet et prisforbehold. Innklagede hadde også brutt prinsippet om etterprøvnbarhet ved ikke å redegjøre for hvordan avviket i valgte leverandørs tilbud var priset.*

### **Klagenemndas avgjørelse 20. oktober 2022 i sak 2022/924**

**Klager:** Hako Total AS

**Innklaget:** Sokndal kommune

#### **Klagenemndas**

**medlemmer:** Bjørn Berg, Karin Fløistad og Arnt Skjefstad

#### **Bakgrunn:**

- (1) Sokndal kommune (heretter *innklagede*) kunngjorde 9. juni 2021 en åpen tilbudskonkurranse for anskaffelse av vannrenseanlegg i tilknytning til vannbehandlingsanlegget i Åna-Sira. Anskaffelsens verdi var estimert til fem millioner kroner. Tilbudsfrist var opprinnelig 19. august 2021, men ble utsatt i to omganger til 1. oktober 2021. I konkurransegrunnlaget var det oppgitt at konkurransen fulgte alminnelig forskrift del I og II.
- (2) Innklagede hadde i februar/mars 2020 gjennomført en MBA-analyse («*Mikrobiell Barriere Analyse*») for anlegget. Bakgrunnen for rapporten var at man så behov for et nytt eller oppgradert system, og i notatet sto det at man hadde gjort «*en enkel analyse*» av tre prosessalternativ. MBA-analysen var en del av anskaffelsesdokumentene.
- (3) MBA-analysen var gjennomført av Asplan Viak AS. Oppdraget var et avrop under en rammeavtale for tekniske konsulenttjenester.
- (4) Asplan Viak AS utarbeidet også et utkast til konkurransegrunnlag for gjeldende konkurranse, som ble sendt innklagede i mai 2020. Den 10. mars 2021 inngikk kommunen avtale med Novaform AS som rådgiver i anskaffelsesprosessen. Novaform AS gikk over utkastet til konkurransegrunnlag, og gjorde tilpasninger.
- (5) Det fulgte av konkurransegrunnlaget at innklagede hadde besluttet å oppgradere vannbehandlingsanlegget i Åna-Sira, for å få senket fargetallet i vannet. Fargetall brukes som mål på vannets innhold av naturlig organisk materiale. Konkurransegrunnlaget la opp til to aktuelle alternativer for å rense drikkevannet. Enten å bygge om eksisterende

**Postadresse**  
Postboks 511  
Sentrum  
5805 Bergen

**Besøksadresse**  
Zander Kaaes gate 7  
5015 Bergen

Tlf.: 55 19 30 00

E-post: [post@knse.no](mailto:post@knse.no)  
[www.klagenemndssekretariatet.no](http://www.klagenemndssekretariatet.no)

bygg for vannbehandling, eller å bygge nytt vannbehandlingssystem ved en allerede etablert råvannspumpestasjon.

- (6) Vedlagt konkurransegrunnlaget var det et dokument kalt «tilbudsgrunnlag» med spesifikasjoner til konkurransegrunnlaget.
- (7) I tilbudsgrunnlaget punkt 8.4 «Prosessvalg», sto det at «Tilbyder står fritt til å anbefale prosess ut fra kravene til vannkvalitet og hygieniske barrierer som framgår av MBA-analysen».
- (8) Under punkt 8.6 i samme dokument var det oppstilt krav til blant annet anleggets kapasitet og driftssikkerhet ved overtakelse:

*«Dersom kravene til prosess ikke er oppfylt i garantitiden skal entreprenøren bekoste og foreta de endringer som er nødvendig for å få anlegget til å fungere som planlagt. Dersom driftskostnadene ikke samsvarer med de angitte kostnader i tilbudet kan byggherren kreve avslag i pris som står i forhold til avviket».*
- (9) Det fulgte av konkurransegrunnlaget at kontrakten mellom entreprenør og byggherre ville baseres på NS8407. Videre sto det at «kontraktssummen indeksreguleres ikke».
- (10) Som kvalifikasjonskrav knyttet til leverandørens tekniske og faglige kvalifikasjoner, var det stilt krav om nødvendig kompetanse og erfaring til å gjennomføre kontrakten på en tilfredsstillende måte. Som dokumentasjonskrav måtte leverandøren gi en beskrivelse av sine «3 mest relevante oppdrag av tilsvarende prosess med min 15 l/s kapasitet». Videre måtte leverandøren dokumentere «faglig kompetanse med erfaring fra gjennomføring av minimum to anlegg i drift av tilbudt prosess og størrelse av anlegget». Det skulle videre oppgis et referanseanlegg som kommunen kunne befare og innhente opplysninger om fra anleggseieren.
- (11) Leverandøren hadde mulighet til å dokumentere erfaringen ved å vise til «kompetanse til personell han råder over og kan benytte til oppdraget», selv om erfaringen til underleverandørene var opparbeidet for en annen leverandør.
- (12) I konkurransegrunnlaget punkt 1.5 sto det at «kontrakten inneholder krav om at leverandøren er tilknyttet en lærlingordning og at lærlinger skal delta i utførelsen av kontraktsarbeidet (...)». Det fulgte videre at kravet kunne oppfylles av leverandøren selv eller av underleverandører. I dokumentet «tilbudsgrunnlag» som fulgte med konkurransegrunnlaget, sto det i punkt 2 at leverandører og underentreprenører burde være godkjente og aktive lærebedrifter. Videre fulgte det at tilbud fra leverandører som ikke tilfredstilte kravet, ville «vektes 10 prosent høyere enn innlevert tilbud».
- (13) Kontrakt ville bli tildelt tilbudet med den laveste kostnaden, basert på tildelingskriteriene «Byggekostnad» (60 prosent) og «Driftskostnader» (40 prosent). Byggekostnaden var definert som «Fastpris på leveranse iht beskrivelse». Driftskostnader skulle beregnes som årlig driftskostnad multiplisert med 20, der energikostnader til strøm for pumping av vann med råvann og rentvann samt interne vannstrømmer og prosess, spyling, kompressorer og blåsemaskiner. Pris på energi var satt til 1,0 kr/kwh. Videre inngikk forbruk av diverse materialer og bemanningskostnader for drift av anlegget utover tre timer per uke.
- (14) Det ble avholdt befarings på eksisterende vannbehandlingsanlegg 22. juni 2021.

- (15) Innklagede mottok tilbud fra fire leverandører innen tilbudsfristen, herunder fra klager. I tildelingsbrev av 3. november 2021 opplyste innklagede at de hadde hensikt å inngå kontrakt med Asplan Viak Engineering AS (heretter *valgte leverandør*). Klagers tilbud endte som nummer to i konkurransen.
- (16) Valgte leverandørs tilbud på nytt anlegg var priset til 10 360 000 kroner, og oppnådde 5,75 vektete poeng for byggekostnad. For driftskostnad oppnådde valgte leverandør 3,48 vektete poeng, totalt 9,23 poeng. Klagers tilbudspris var 15 493 000 kroner, og oppnådde 3,84 vektete poeng for byggekostnad. For driftskostnader oppnådde klager 4 vektete poeng, hvilket ga en totalscore på 7,84 poeng.
- (17) I valgte leverandørs tilbud var det opplyst at bedriften ikke er godkjent og aktiv lærebedrift, men at kravet til lærlingordning ville oppfylles ved bruk av underleverandører, og dokumenteres før inngåelse av kontrakt. Underleverandørene var også oppstilt i en liste over hvilke fagområder de hadde ansvar for.
- (18) Valgte leverandør hadde krysset av for at tilbudet inneholdt forbehold, og spesifiserte:
- «Byggestrøm forutsettes å kunne hentes fra eksisterende anlegg.»*
- «Tilbudsgrunnlaget angir opplegg for behandling av avvik i tilfelle kravene i garanti ikke oppfylles. Vi forutsetter for øvrig at NS 8407 gjelder når det gjelder mangler og mislighold.»*
- «Regulering av kontraktsbeløp skjer basert på tilbudsdato og SSB's indeks for Boligblokk med date 15.9.2021»*
- (19) Valgte leverandør opplistet tre konkrete referanseanlegg som relevante for dette prosjektet:
- «- Lyngdal Vannverk, Lyngdal kommune. Dette anlegget kan kommune befare*
- Brekke VABA , Karmøy kommune*
- Store Langsjø VBA Aurskog Høland kommune»*
- (20) Valgte leverandør har vedlagt referanselister både for egne utførte oppdrag og for «Moldeprosessen» utført av sin underleverandør Asplan Viak AS. Det fremlegges i referanselistene informasjon om hvilken prosess som ble anvendt, hvilken kapasitet prosjektet hadde, når det ble bygget og hvem som er kontaktperson. Referanselisten oppramser også de tre valgte referanseprosjektene som er henvist til i tilbudet. I referanselisten fremkommer kontraktsprisen for alle prosjektene.
- (21) Etter tildelingen oppstod det spørsmål rundt valgte leverandørs habilitet til å delta i konkurransen. Habilitetsinnsigelsen gikk ut på at valgte leverandør er datterselskapet til Asplan Viak AS, som utarbeidet utkast til konkurransegrunnlaget. Spørsmålet ble stilt av en leverandør 8. november 2021. Innklagede besvarte spørsmålet 9. november 2021, og mente at situasjonen ikke hadde hatt betydning for evalueringen.
- (22) Klager fremmet en klage på tildelingen 12. november 2021. I brev av 18. november 2021 avviste innklagede klagen.

- (23) Kontrakt mellom innklagede og valgte leverandør ble inngått 17. desember 2021.
- (24) Klagen ble brakt inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser 16. juni 2022.
- (25) Nemndsmøte i saken ble avholdt 17. oktober 2022.

**Anførsler:**

***Klager har i det vesentlige anført:***

- (26) Valgte leverandør skulle vært avvist grunnet manglende oppfyllelse og dokumentasjon av kvalifikasjonskravet om at leverandøren skal ha den nødvendige kompetansen og erfaringen til å gjennomføre kontrakten på en tilfredsstillende måte. Valgte leverandør har ikke dokumentert rådighet over underleverandørene gjennom forpliktelseserklæringer eller lignende.
- (27) Valgte leverandør skulle vært avvist fordi deres morselskap deltok i forberedelsen av konkurransen, og valgte leverandør har dermed oppnådd en urimelig konkurransefordel som ikke kan avhjelpes på andre måter.
- (28) Valgte leverandørs tilbud skulle vært avvist fordi tilbudet gjennom flere forbehold inneholder vesentlige avvik fra anskaffelsesdokumentene. Forbeholdene gjelder pris, prosessgaranti og byggestrøm.
- (29) Videre skulle tilbudet vært avvist på grunn av brudd på kravet til bruk av lærlinger. Manglende bruk av lærlinger skulle i alle tilfelle innebåret dårligere uttelling ved tilbudsevalueringen.

***Innklagede har i det vesentlige anført:***

- (30) Valgte leverandør dokumenterte oppfyllelse av kvalifikasjonskravene.
- (31) Valgte leverandør hadde ingen konkurransefordel. Asplan Viak AS' bistand var i startfasen av prosessen, og ikke av en slik karakter at det ga en konkurransefordel for Asplan Viak Engineering AS. En eventuell konkurransefordel er uansett utlignet ved utformingen av kravspesifikasjonen, lang tilbudsfrist, nekting av valgte leverandørs ønske om ytterligere utsatt frist, samt at alle leverandørene er gitt tilgang til relevante dokumenter.
- (32) Valgte leverandørs tilbud inneholdt ikke vesentlige avvik. Forbeholdet om prisregulering er ikke vesentlig, og har ikke påvirket konkurransen. Forbeholdene om prosessgaranti og byggestrøm er ikke å regne som avvik. Valgte leverandør oppfylte kravet til bruk av lærlinger gjennom underleverandørene.

**Klagenemndas vurdering:**

- (33) Klager har deltatt i konkurransen, og har saklig klageinteresse, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig.
- (34) Konkurransen gjelder oppgradering eller bygging av nytt vannbehandlingsanlegg, som er en bygge- og anleggsanskaffelse knyttet til produksjon og distribusjon av drikkevann til offentligheten. Anskaffelsens verdi var i kunngjøringen estimert til fem millioner kroner ekskl. mva. I tillegg til lov om offentlige anskaffelser 17. juni 2016 nr. 73 følger

anskaffelsen i utgangspunktet forskrift om innkjøpsregler i forsyningssektorene (forsyningsforskriften) 12. august 2016 nr. 975 del I, jf. forsyningsforskriften §§ 5-1 og 5-2.

- (35) Innklagede har imidlertid kunngjort konkurransen etter alminnelig forskrift del II. Alminnelig forskrift del II innebærer en mer omfattende regulering av anskaffelsesprosessen enn forsyningsforskriften del I, og gir leverandørene en berettiget forventning om at disse reglene vil bli etterlevd. Innklagede har dermed bundet seg til å følge de reglene som følger av alminnelig forskrift del II, jf. EU-domstolens dom i sak C-87/94 (Wallonske busser) premiss 35.

### *Habilitet*

- (36) Klagenemnda tar først stilling til om valgte leverandør skulle vært avvist fra konkurransen fordi man ved å delta i forberedelsen av konkurransen har oppnådd en urimelig konkurransefordel.
- (37) Det følger av forskriften § 9-5 (1) bokstav c, at oppdragsgiveren skal avvise en leverandør «*som har deltatt i forberedelsen av konkurransen og med dette oppnådd en urimelig konkurransefordel som ikke kan avhjelpes med mindre inngripende tiltak, jf. § 8-2*».
- (38) Avvisning på dette grunnlaget forutsetter både at leverandørens deltakelse eller rådgivning har gitt en urimelig konkurransefordel, og at denne fordelene ikke kan utjevnes ved hjelp av egnede tiltak. Egnede tiltak kan ifølge § 8-2 (2) være å sørge for at de andre leverandørene som deltar i konkurransen, mottar de samme relevante opplysningene som er utvekslet i dialogen med leverandøren som har deltatt i planleggingen av konkurransen, eller ved å fastsette en tilstrekkelig frist for mottak av tilbud for å utjevne eventuelle fordeler.
- (39) I rettspraksis er det lagt til grunn at det avgjørende er om rådgiveren har hatt en rolle ved tilretteleggingen av konkurransegrunnlaget som har gitt vedkommende et klart konkurransefortrinn, og denne fordelene heller ikke i det vesentlige er utjevnet før konkurransen er avsluttet, jf. Borgarting lagmannsretts dom i sak LB-2010-201985 (Norconsult). Lagmannsretten uttalte her at det å bidra i forberedelsen av en konkurranse ved å utarbeide grunnlagsdokumenter, normalt i seg selv ikke er til hinder for å delta i den samme konkurransen, se også klagenemndas avgjørelse i sak 2012/144 avsnitt 39.
- (40) I februar/mars 2020 utarbeidet valgte leverandørs morselskap en MBA-rapport, hvor det ble sett på behovet for hygieniske barrierer i ny vannbehandling, og gjort en analyse av tre prosessalternativer. I tillegg ble det i mai 2020 utarbeidet et forslag til konkurransegrunnlag for innklagede.
- (41) Arbeidet med MBA-rapporten og konkurransegrunnlaget ga innsikt i innklagedes behov, og gjorde valgte leverandør klar over at en anskaffelse ville konkurransen utsettes. Det er imidlertid ingen holdepunkter for at valgte leverandørs morselskap har påvirket utformingen av konkurransegrunnlagene på en måte som ga valgte leverandør en konkurransefordel ut over en eventuell tidsfordel. Det endelige konkurransegrunnlaget ble kvalitetssikret og ferdigstilt av Novaform AS, uten kontakt med valgte leverandør eller deres morselskap. MBA-rapporten var vedlagt konkurransegrunnlaget, og kravspesifikasjonen utformet slik at leverandørene fritt kunne velge hvilken

prosessløsning de ønsket å tilby. Klager har ikke vist til konkrete forhold som tilsier at konkurransen har blitt begrenset.

- (42) Det er heller ikke holdepunkter for at informasjonen som ble gitt til leverandørene har vært mangelfull sammenlignet med informasjonen valgte leverandør fikk, eller at tidsfristene i konkurransen har vært for korte.
- (43) Slik saken er opplyst for klagenemnda, har innklagede avhjulpet den eventuelle konkurransefordelen valgte leverandør måtte ha fått gjennom morselskapets involvering. Klagenemnda kan på denne bakgrunn ikke se at det er holdepunkter for at valgte leverandør har hatt en urimelig konkurransefordel.
- (44) Klagers anførsel om at valgte leverandør skulle vært avvist etter forskriften § 9-5 (1) bokstav c, jf. § 8-2, fører derfor ikke frem.

#### *Avvisning av leverandør*

- (45) Klagenemnda tar videre stilling til om valgte leverandør skulle vært avvist som følge av manglende oppfyllelse av kvalifikasjonskravet som gjelder leverandørens nødvendige kompetanse og erfaring til å gjennomføre kontrakten på en tilfredsstillende måte.
- (46) Det følger av forskriften § 9-5 (1) bokstav a at oppdragsgiver «skal» avvise en leverandør som «ikke oppfyller kvalifikasjonskravene».
- (47) I tilbudet til valgte leverandør ble det opplyst at man ville bruke underleverandører for å oppfylle kvalifikasjonskravet. Valgte leverandør skulle blant annet bruke Asplan Viak AS (morselskapet) som underleverandør på all prosjektering, planlegging og byggeledelse. I tillegg ble det opplyst at det skulle brukes underleverandører for fagområdene grunnarbeid, bygg, maskin og elektro/automatikk. Disse underleverandørene var navngitt i tilbudet.
- (48) Klager anfører at ettersom det ikke foreligger forpliktelseserklæringer eller annen dokumentasjon for rådighet over underleverandørene, kan ikke kvalifikasjonskravet anses som oppfylt. Spørsmålet er om forskriften oppstiller et krav om dokumentasjon av rådighet over underleverandørene.
- (49) Det følger av forskriften § 8-7 (3) at «[o]ppdragsgiveren skal angi kvalifikasjonskravene sammen med de tilhørende dokumentasjonskravene i anskaffelsesdokumentene». Det finnes ikke en regel om bruk av, eller dokumentasjon for, rådighet over underleverandører for anskaffelser som følger forskriften del II.
- (50) For anskaffelser som følger del III, er det eksplisitt angitt i forskriften § 16-10 (1) at en leverandør kan støtte seg på kapasiteten til andre virksomheter for oppfyllelse av krav til tekniske og faglige kvalifikasjoner. Dersom en leverandør støtter seg på kapasiteten til andre virksomheter, «skal han dokumentere at han råder over de nødvendige ressursene», for eksempel ved å «fremlegge en forpliktelseserklæring fra disse virksomhetene», jf. § 16-10 (2).
- (51) Det legges til grunn i praksis at også etter forskriften del II har leverandørene adgang til å støtte seg på kapasiteten til andre virksomheter for å oppfylle kvalifikasjonskravene.

- (52) I LB-2014-58107 vurderte Borgarting lagmannsrett om det kunne innfortolkes et krav om forpliktelseserklæring etter analogi fra regelverket i del III som ikke kom til anvendelse på anskaffelsen. Retten la til grunn at dette ville harmonere dårlig med hensynet til forutberegnelighet. En slik analogisk anvendelse ble også avvist i EU-domstolen i sak C-95-10 (Strong Seguranca). Domstolen presiserte imidlertid at oppdragsgivere har anledning til å innta tilsvarende regler i kvalifikasjonskravene. Dette var tilfellet i klagenemndas avgjørelse 2016/167, hvor oppdragsgiver hadde inntatt en tilsvarende regel fra del III i konkurransegrunnlaget, som oppstilte et krav om å dokumentere rådighet over underleverandører, selv om anskaffelsen fulgte del II.
- (53) Forskriften oppstiller etter dette ikke et krav til å dokumentere rådighet over underleverandørene. Spørsmålet videre er om oppdragsgiveren selv har inntatt et slikt krav i konkurransegrunnlaget.
- (54) Det fulgte av konkurransegrunnlaget at leverandøren kunne dokumentere relevant erfaring ved å vise til *«kompetanse til personell han råder over og kan benytte til oppdraget»*, selv om erfaringen til underleverandørene var opparbeidet for en annen leverandør.
- (55) Leverandørene måtte altså for det første råde over underleverandørenes personell, og for det andre kunne benytte personellet til dette oppdraget. Det fremgikk imidlertid ikke noe i konkurransegrunnlaget om at rådigheten over underleverandørene måtte dokumenteres. Klagenemnda er av den oppfatning at formuleringene i konkurransegrunnlaget ikke kan tas til inntekt for at innklagede hadde oppstilt et dokumentasjonskrav i form av forpliktelseserklæring eller lignende.
- (56) Spørsmålet i det videre er om valgte leverandør oppfyller kvalifikasjonskravet om nødvendig kompetanse og erfaring til å gjennomføre kontrakten på en tilfredsstillende måte, i lys av det begrensede dokumentasjonskravet.
- (57) Kvalifikasjonskravet for leverandørens tekniske og faglige kvalifikasjoner var at leverandøren skulle *«ha den nødvendige kompetansen og erfaringen til å gjennomføre kontrakten på en tilfredsstillende måte»*. Oppfyllelse av kvalifikasjonskravet skulle dokumenteres ved en *«beskrivelse av leverandørens 3 mest relevante oppdrag av tilsvarende prosess med min 15 l/s kapasitet»*, som inkluderte *«angivelse av oppdragets verdi, tidspunkt og mottaker»*. Leverandøren kunne som nevnt dokumentere erfaringen ved å vise til kompetansen og erfaringen til underleverandører som var planlagt brukt i utførelsen av prosjektet.
- (58) Det var angitt i tilbudet at det var valgte leverandør som skulle stille de garantier som kreves for gjennomføring av prosjektet. Det er tydelig at valgte leverandør innehar en overordnet kontrollrolle for prosjektet. Det er Asplan Viak AS som underleverandør som skal stå for prosjektering, planlegging og byggeledelse. I tilbudet er også de øvrige underleverandørene navngitt, og det er beskrevet konkret hvilke områder de skal anvendes på.
- (59) Valgte leverandør viser i tilbudet til referanseprosjekter for oppfyllelse av kvalifikasjonskravet. Det fremlegges informasjon om hvilken prosess som ble anvendt, hvilken kapasitet prosjektet hadde, når det ble bygget og hvem som er kontaktperson. Det er også lagt ved en ytterligere referanseliste for anlegg i drift frem til 2010 som er utført av Asplan Viak AS, deres underleverandør på prosjektering, planlegging og

byggeledelse. Det er videre vedlagt en referanseliste fra valgte leverandør med prosjekter de har utført som totalentreprise. Denne listen omfatter også de tre valgte referanseprosjektene som er henvist til i tilbudet. I referanselisten fremkommer kontraktsprisen for alle prosjektene.

- (60) Referanseprosjektene viser at valgte leverandør har overordnet kontroll på prosjektene den har gjennomført, og viser evne til å velge kompetente underleverandører. Når leverandøren er en totalentreprenør må oppdragsgiver stole på leverandørens evne til å velge riktige underleverandører. Dette ble avgjørende for lagmannsretten i LB-2014-58107, hvor det *«ikke var noen spesielle forhold eller opplysninger som ga grunn til oppdragsgiver å kontrollere nærmere at tilbyder kunne stille med de ressursene han hadde opplyst om»*. Det var dermed forsvarlig av oppdragsgiver å legge til grunn at leverandøren kunne stille med de opplistede ressursene. Dette utgangspunktet får særlig betydning når konkurransegrunnlaget som her ikke oppstiller et dokumentasjonskrav om forpliktelseserklæringer.
- (61) Valgte leverandør har levert den dokumentasjonen som konkurransegrunnlaget uttrykkelig ber om. Klagenemnda kan ikke se at innklagedes vurdering av at valgte leverandør oppfylte kvalifikasjonskravet, er beheftet med noen rettslige mangler.
- (62) Klagenemnda har etter dette kommet til at oppdragsgiver ikke var pliktig å avvise leverandøren grunnet manglende oppfyllelse av kvalifikasjonskravene etter § 9-5.

#### *Avvisning av tilbud*

- (63) Klager har anført fire potensielle avvik i tilbudet til valgte leverandør. Disse gjelder forbehold om indeksregulering av pris, forbehold om prosessgaranti, forbehold om byggestrøm og manglende oppfyllelse av kravet til lærlingebedrift.
- (64) Det følger av forskriften § 9-6 (1) bokstav b at oppdragsgiver *«skal»* avvise tilbud som inneholder *«vesentlige avvik fra anskaffelsesdokumentene»*.
- (65) Et avvik foreligger dersom oppdragsgiver, ved å akseptere tilbudet, ikke kan kreve oppfyllelse i henhold til anskaffelsesdokumentene, jf. blant annet lagmannsrettens kjennelse i sak LB 2019-85112. Hvorvidt tilbudet inneholder avvik avgjøres ut fra en sammenligning av de krav som er fastsatt i anskaffelsesdokumentene og det som fremgår av tilbudet.

#### *Forbehold om prosessgaranti*

- (66) Klagenemnda tar først stilling til om det foreligger et forbehold om prosessgaranti som utgjør et avvik fra anskaffelsesdokumentene.
- (67) Om innklagedes krav om prosessgaranti, var det angitt i anskaffelsesdokumentene at *«[d]ersom kravene til prosess ikke er oppfylt i garantitiden skal entreprenøren bekoste og foreta de endringer som er nødvendig for å få anlegget til å fungere som planlagt»*.
- (68) Valgte leverandør hadde inntatt følgende formulering om prosessgarantien i tilbudet:

*«Tilbudsgrunnlaget angir opplegg for behandling av avvik i tilfelle kravene i garanti ikke oppfylles. Vi forutsetter for øvrig at NS 8407 gjelder når det gjelder mangler og mislighold.»*



- (69) Slik klagenemnda leser utdraget fra valgte leverandørs tilbud, utgjør det ikke et forbehold. Forutsetningen forstås å gjelde resterende mangler og mislighold som ikke reguleres av kravet om prosessgaranti, og at NS 8407 vil få anvendelse på dette. Dette må leses som en presisering av tilbudsgrunnlaget, og tilleggsinformasjon om tilfeller som kan falle utenfor.
- (70) Opplysningen om prosessgaranti i tilbudet innebærer ikke et avvik.

#### *Forbehold om byggestrøm*

- (71) Klager anfører at valgte leverandør har tatt forbehold om å hente byggestrøm fra eksisterende anlegg, og at dette medfører en priskonsekvens som ikke lar seg fastsette.
- (72) I valgte leverandørs tilbud var det angitt at «*[b]yggestrøm forutsettes å kunne hentes fra eksisterende anlegg*».
- (73) Spørsmålet er om formuleringen om at strømmen forutsettes «*hentes fra eksisterende anlegg*» må forstås som et økonomisk forbehold med priskonsekvens.
- (74) Formuleringen kan forstås på flere måter, men det mest naturlige ut fra sammenhengen er å forstå dette som en presisering. Uttrykksmåten må anses begrenset til kun den faktiske muligheten for å hente ut strøm, og sier ikke noe om hvem som skal ta kostnaden for det. Det er ingen holdepunkter for at valgte leverandør ikke har tenkt å betale for strømmen de henter ut. Det ligger heller ikke i formuleringen at oppdragsgiver må ta merkostnaden for det tilfelle at byggestrøm mot formodning ikke kan hentes ut fra eksisterende anlegg.
- (75) Formuleringen i valgte leverandørs tilbud om byggestrøm utgjør ikke et avvik.

#### *Mangel på lærlingordning*

- (76) Klager anfører at det ikke er noen dokumentasjon på at verken valgte leverandør selv eller underleverandørene er tilknyttet en lærlingordning.
- (77) I konkurransegrunnlaget punkt 1.5 oppstilles det krav om at leverandøren er tilknyttet en lærlingordning og at lærlinger skal delta i utførelsen av kontraktarbeidet. Det presiseres også at kravet både kan oppfylles av leverandøren eller en eller flere av dens underleverandører. I tilbudsgrunnlaget vedlagt konkurransegrunnlaget fremgår det at «*tilbud fra tilbydere som ikke tilfredsstiller kravet [til lærlingordning] vektas 10 % høyere enn innlevert tilbud*». Konkurransegrunnlaget oppstiller ikke et dokumentasjonskrav om lærlingebedrift som må fremvises ved tilbudsfristen.
- (78) Valgte leverandør har i tilbudet krysset av på at de ikke er lærlingebedrift. Det opplyses imidlertid om at kravet vil bli oppfylt gjennom bruk av underleverandører, og at dokumentasjon på dette ville bli fremvist før inngåelse av eventuell kontrakt. Underleverandørene som skulle oppfylle kravet til lærlingordning var navngitt i tilbudet.
- (79) Det er ikke holdepunkter som tilsier at innklagede i denne saken hadde oppfordringer til å undersøke spørsmålet nærmere. Innklagede har for øvrig fremlagt dokumentasjon på at underleverandørene oppfylte kravet for klagenemnda.
- (80) Det foreligger ikke et avvik fra konkurransegrunnlaget på dette punktet.

### *Forbehold om pris*

- (81) Klagenemnda tar til slutt stilling til om forbeholdet om pris innebærer et vesentlig avvik. Det følger av konkurransegrunnlaget punkt 1.1 at «kontraktsummen indeksreguleres ikke». Det samme fremgår av tilbudsgrunnlaget punkt 6 hvor det står at NS 8407 skal gjelde som kontraktbestemmelser, med endring i punkt 26.2: «Prisene skal være faste og ikke indeksregulerte».
- (82) Valgte leverandørs tilbud går ut på at det vil skje en regulering av kontraktbeløpet «basert på tilbudsdato og SSB's indeks for Boligblokk med dato 15.09.2021».
- (83) Det er enighet om at prisforbeholdet er et avvik fra anskaffelsesdokumentene. Spørsmålet er om avviket kan klassifiseres som «vesentlig».
- (84) Ved vurderingen av om avviket er vesentlig kan det legges vekt på karakteren av kravet det avvikes fra, størrelsen på avviket, viktigheten av bestemmelsen det avvikes fra, og kravets betydning for oppdragsgiveren. Det må også sees hen til hvorvidt avviket kan forrykke konkurransen eller risikoen i kontraktsforholdet og i hvilken grad avviket er egnet til å prissettes.
- (85) Dersom avviket har medført mulig konkurransevidning eller forskyver risikoen er det nærliggende å tale om et vesentlig avvik. Det følger av NOU 2014:4 s. 228 at dersom forbeholdet medfører en risiko for at leverandøren får en konkurransefordel, må avviket anses som vesentlig. Forskyvning av risiko kom opp i EU-domstolens sak C-243/89 (Storebælt). I saken hadde leverandøren tatt et forbehold mot å påta seg prosjekterings- og mengderisikoen, til tross for at anskaffelsesdokumentene sa at leverandørene skulle bære risikoen for prosjektering og utførelse. EU-domstolen kom til at forbeholdet utgjorde et vesentlig avvik.
- (86) Når det gjelder muligheten for å prise et avvik, er det i praksis lagt til grunn det kan ha betydning for om avviket er vesentlig, se klagenemndas avgjørelse 2011/308 premiss 88. I NOU 2014:4 s. 238 fremgår det at oppdragsgiver plikter å gjøre tilbudene sammenlignbare. Dette innebærer at dersom oppdragsgiver ønsker å ta i betraktning et tilbud som inneholder et avvik med økonomisk verdi, vil han være forpliktet til å prissette dette. Prissetting av et avvik kan etter omstendighetene ivareta konkurransen mellom leverandørene, hvor det i evalueringen tas hensyn til avvikets prismessige konsekvens. Foretas det ikke en prissetting, vil leverandøren få en urimelig konkurransefordel som følge av avviket. Det følger videre av forarbeidet at dersom det ikke er mulig å prissette avviket, må avviket alltid anses som vesentlig.
- (87) Det fulgte som nevnt av konkurransegrunnlaget at prisen ikke vil indeksreguleres. Leverandørene må derfor innkalkulere denne risikoen ved prisingen av tilbudene, særlig i lys av den ekstraordinære markedssituasjonen som har utviklet seg som følge av koronapandemien. Ved kalkulering av prisen må totalentreprenørene vurdere det totale risikobildet ved en fastpriskontrakt. Det vil være naturlig at leverandørene setter prisen høyere enn ved en indeksregulert kontrakt.
- (88) Slik konkurransegrunnlaget er utarbeidet ligger risikoen for en fremtidig kostnadsutvikling i markedet hos leverandørene. Ved å ta prisforbeholdet flytter valgte leverandør denne risikoen over til oppdragsgiver. Prisen til valgte leverandør tar utgangspunkt i andre forutsetninger enn hva de andre leverandørene kunne.

- (89) Prisforbeholdet i valgte leverandørs tilbud har forrykket konkurranseforutsetningene og medfører at tilbudene ikke kan gjøres sammenlignbare.
- (90) Innklagede opplyser om at de forbeholdet er blitt prissatt i forbindelse med evaluering og sammenligningen av tilbudene høsten 2021. Dette skjedde i møte mellom to av Novaforms ansatte, hvor de vurderte betydningen av indeksforbeholdet. Vurderingen og prisingen ble imidlertid ikke skrevet ned eller på annen måte dokumentert.
- (91) Det følger av anskaffelsesloven § 4 at oppdragsgiver har en overordnet plikt til å opptre i samsvar med prinsippet om etterprøvbarhet. I en situasjon hvor oppdragsgiver ønsker å ta med et tilbud med avvik videre i konkurransen, forutsettes det at dette avviket kan prissettes og at selve prissettingen kan dokumenteres for å ivareta leverandørens mulighet til å etterprøve anskaffelsesprosessen.
- (92) Avviket gjelder for prising av selve prosjektet og har sentral innvirkning på rekkefølgen blant leverandørene. Viktigheten av avviket medfører en strengere dokumentasjonsplikt for oppdragsgiver, for å sikre likebehandling i konkurransen. Det er opplyst at innklagede i vurderingen kalkulerte prisstigningen «*ut fra erfaringstall, historiske tall fra SSB og overdrevne fremtidige tall*». Som følge av korona skjedde det et uforutsett hopp i priser for byggevarer som ikke var mulig å forutse. Den spesielle situasjonen man står overfor i dag medfører større usikkerhet rundt forsvarligheten av prissetting når man ser til historiske tall. Når innklagede heller ikke kan vise til konkrete tall, blir prisingen av avviket for vagt.
- (93) Ettersom innklagede ikke har mulighet til å dokumentere hvordan avviket er prissatt, er klagenemnda kommet til at oppdragsgiver bryter med prinsippet om etterprøvbarhet etter anskaffelsesloven § 4.
- (94) Tilbudet inneholder et vesentlig avvik fra anskaffelsesdokumentene og skulle vært avvist etter forskriften § 9-6.
- (95) Bruddene som klagenemnda har konstatert kan ha påvirket resultatet av konkurransen, og klagegebyret skal derfor tilbakebetales, jf. klagenemndsforordningen § 13.

### **Konklusjon:**

Sokndal kommune har ikke brutt regelverket ved ikke å avvise valgte leverandør grunnet inhabilitet eller manglende oppfyllelse av kvalifikasjonskrav i konkurransegrunnlaget

Sokndal kommune har brutt regelverket ved ikke å avvise valgte leverandørs tilbud, som følge av valgte leverandørs prisforbehold.

For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,

Bjørn Berg

*Dokumentet er godkjent elektronisk*