



Klagenemnda for offentlige anskaffelser

Saken gjelder: Avvisning av tilbud. De generelle kravene i § 4. Endring av konkurransegrunnlag. Tilbudsevaluering.

Innklagede gjennomførte en konkurranse med forhandling for anskaffelse av en totalentreprisekontrakt for etablering av kontorbygg med tilhørende haller. Klager anførte at det var gjort feil under gjennomføringen av forhandlingene, at tilbudsevalueringen var ulovlig, og at innklagede hadde brutt de grunnleggende prinsippene i loven § 4. Subsidiært anførte klager at valgte leverandørs tilbud skulle vært avvist. Ingen av klagers anførsler førte frem.

Klagenemndas avgjørelse 20. mai 2025 i sak 2025/0058

Klager: Hent AS

Innklaget: Forsvarsbygg

Klagenemndas medlemmer: Wenche Sædal, Hanne S. Torkelsen og Elisabeth Wiik

Bakgrunn:

- (1) Forsvarsbygg (heretter *innklagede*) kunngjorde 5. august 2024 en konkurranse med forhandling for anskaffelse av totalentreprisekontrakt for etablering av kontorbygg og kjøretøyhaller. Anskaffelsens verdi var estimert til 150 millioner kroner ekskl. mva. Konkurransen skulle gjennomføres med prekvalifisering, og frist for inngivelse av forespørsel om deltakelse i konkurransen var 4. september 2024.
- (2) Innen fristen for å sende inn forespørsel om å delta i konkurransen mottok innklagede 15 søknader om prekvalifisering. Fem leverandører ble kvalifisert for deltakelse i konkurransen. Tilbudsfristen var 7. november 2024.
- (3) Kontrakten skulle tildeles tilbudet med lavest pris. For evalueringen av priskriteriet fremgikk det av tilbudsinnbydelsen med prekvalifiseringen punkt 8.2.1 at:

«Det fremgår av prisskjemaet hvilke elementer som inngår i prisevalueringen. Tilbudte priser vil først bli justert for regnefeil og eventuelle annen åpenbar feilprising. Deretter kan prisene i evalueringsøyemed bli justert for avvik og forbehold som ikke er så vidtrekkende at de medfører avvisning».

- (4) Konkurransegrunnlaget oppstilte en rekke krav i funksjonsbeskrivelsen. Av funksjonsbeskrivelsen punkt 0.4 «*Brannteknisk vurdering*» fulgte det at:

«De branntekniske løsningene skal dokumenteres etter TEK17 og Forsvarsbygg sitt kravdokument til prosjektering med tilhørende vedlegg. Løsninger prosjekteres i samsvar med de preaksepterte ytelsene i «Veiledning til forskrift om tekniske krav til byggverk» (VTEK17)

Postadresse:

Postboks 511 Sentrum
5805 Bergen

Besøksadresse:

Zander Kaaes gate 7
5015 Bergen

Telefon: +47 55 19 30 00 post@knse.no

Prosjektering skal resultere i en brannsikkerhetsstrategi (brannteknisk rapport) og branntegninger som dokumenterer at de valgte branntekniske løsningene tilfredsstiller kravene iht Tek 17, samt evt øvrige krav i dette dokumentet».

- (5) Av funksjonsbeskrivelsen punkt 2.1 «Grunn og fundamenter» fulgte det at:

«Det foreligger ikke geoteknisk rapport/vurdering per tid for dette området på basen. Det er forutsatt et dimensjonerende, tillatt grunntrykk på 200 kN/m² basert på tidligere grunndata for området. Det forutsettes graving til bæredyktige/originale masser.

Bærende vegger står på plasstøpt ringmurer med såler/banketter. Bærende søyler står på plasstøpte punktfundamenter og ringmur med banketter. Planlagt bygg forutsettes fundamentert direkte på original grunn. Under gulv legges et kapillærbrytende pukklag. Det forutsettes drensledning rundt bygget. Byggene må markisoleres».

- (6) I funksjonsbeskrivelsen punkt 5.4 «Alarm og signal» fulgte det at:

«Det skal etableres et automatisk og fulldekkende adresserbart brannalarmanlegg i hht EN 54 som forutsettes tilknyttet basens toppsystem. Systemet skal være fullt kompatibelt med Siemens Desigo cc».

- (7) I funksjonsbeskrivelsen punkt 7.1 «Bearbeiding terreng» fulgte det blant annet at:

«Det er forutsatt at grunnen består av ca 0,3 m tykt jordlag over et tørrskorpelag med ca 1,0 m tykkelse. Videre nedover er det fast leire (se for øvrig kap 2.1 Grunn og fundamenter). Terreng i det aktuelle anleggsområdet er tilnærmet flatt.

Terreng rundt bygninger planeres slik at det blir minimum 30 cm fra bakken og opp til utvendig veggkledning. Terreng må planeres med fall slik at overvann renner bort fra bygningene. Fallet ut fra bygningene etter at massene har stabilisert seg skal være minimum 1:50 i en avstand på minimum 3 m fra vegg. Overvann skal ledes til overvannskummer».

- (8) Av funksjonsbeskrivelsen punkt 10.2 «Opsjon – Solstrømproduksjon» fulgte det at:

«Det er store flater på byggene som egner seg til solstrøm-produksjon. I opsjonen skal det leveres komplett anlegg med styringssystem etc. Totalt takareal som antas å være egnet for solcelleproduksjon i prosjektet er 2500 m². Det skal ta hensyn til at byggene kan gå på reservekraft. [...]

I opsjonen skal det minimum spesifiseres antall installert kvadratmeter med solceller, virkningsgrad og forventet årsproduksjon».

- (9) Oppdraget skulle følge NS 8407, supplert med de tilleggene, presiseringene og endringene som fremkom av konkurransegrunnlaget del II.

- (10) Det ble gjennomført tilbudsbeifaring den 3. oktober 2024. Av referatet fra tilbudsbeifaringen punkt 7 følger det at:

«Infrastruktur i bakken

Trafo, IKT og VA tilknytningspunkter ble pekt ut. Annen infrastruktur i bakken som vil berøre utbyggingen ble grovt angitt».

- (11) Innen tilbudsfristen mottok innklagede tilbud fra samtlige kvalifiserte leverandører, heriblant Hent AS (heretter *klager*) og Betonmast Røsand AS.
- (12) I tilbudet til Betonmast Røsand AS fulgte det at:

«Betonmast Røsand (BMR) har tatt utgangspkt i gjeldene konkurransegrunnlag og gjort noen presiseringer der underlag har vært noe uklart og eller ikke er utarbeidet:

Presiseringer til tilbudssum: [...]

- [sladdet]*
- Jmf Funksjonsbeskrivelse, kap 2.1, har vi forutsatt å grave max 0,6 meter under ferdig gulv. Det forutsettes at dette er tilstrekkelig for å oppnå oppgitt grunntrykk. [...]*
- Det forutsettes at off.infrastruktur har kapasitet til nybygget, og det forutsettes selvfall på SP/OV.*
- Evt fornminner og eksisterende rør, kabler og konstruksjoner i grunn som ikke er angitt i konkurransegrunnlaget er ikke hensyntatt.*
- Brannalarmanlegg i selve bygget er medtatt, dog må tilknytting' av brannalarmsentralen opp imot basens eksisterende system avklares nærmere (ikke medtatt)».*

- (13) Etter en gjennomgang av de innkomne tilbudene inviterte innklagede tre leverandører, heriblant klager og Betonmast Røsand AS, til forhandlinger. Forhandlingene ble gjennomført fysisk 20. november 2024. Fristen for innlevering av revidert tilbud var 29. november 2024.
- (14) I det reviderte tilbudet til Betonmast Røsand AS var flere punkter som ble tatt opp under forhandlingene tatt inn og svart ut:

«Oppfølgingsspørsmål og presiseringer fra forhandlingsprotokoll: (...)

5. Antall krysnings av infrastruktur i grunn: På befaring ble det opplyst om 3 områder med krysnings i syd, overvannsrør i vest og eldre vannrør som går på tvers over byggetomt. Dette må inkluderes i tilbudet.

Svar BMR: Dette er ivaretatt.

6. Fordrøyning av overvann: Overvann skal fordrøyes før det sendes ut på ledningsnettet. Entreprenør redegjør for løsning. FB opplyser at man ønsker 28 l/s videreført vannmengde fra fordrøyningsmagasin til overvannsledningen i nord. Avrenning fra tette flater bør forsøkes ledet til grønne flater før det går i rør/magasin. Priskonsekvens for dette må inkluderes i revidert tilbud.

Svar BMR: Dette er ivaretatt. [...]

Svar på presiseringer i tilbudsbrief:

Fra forhandlingsmøte; [...]

- Dere har også presisering [sladdet]*

Svar BMR: Brannkonsept er BMR sitt ansvar. [sladdet]

- Ang.forutsetning om forutsetning om gravedybde: Ferdig gulv vil trolig være høyere enn dagens terreng, da man skal ha skrånende terreng. Det er TE ansvar å oppnå*

tilstrekkelig grunntrykk. Forutsetninger er gitt i kap 2.1 og 7.1 i funksjonsbeskrivelsen.

Svar BMR: For å oppnå tilstrekkelig grunntrykk er det forutsatt gravedybder 60 cm (ca. 30 cm matjord, og 20-30 cm løsmasser) under gulv på grunn. Samt 1 m under fundament (ca. 30 cm matjord, og 50-70 cm løsmasser). Grunnforhold under disse gravedybdene forutsettes ivaretar tilstrekkelig tillatt grunntrykk, og faste masser.

[...]

- Det forutsettes at off.infrastruktur har kapasitet til nybygget, og det forutsettes selvfall på Sp/OV. Forutsetning OK.*

Svar BMR: OK

- Evt fornminner og eksisterende rør, kabler og konstruksjoner i grunn som ikke er angitt i konkurransegrunnlaget er ikke hensyntatt. Forutsetning OK*

Svar BMR: OK

- Oppkobling brannalarmsentral mot basen: OK at dette avklares nærmere, Forsvarsbygg tror det bare er snakk om noen få timer.*

Svar BMR: OK

Svar på opsjoner: [...]

- Opsjon 2 - Solstrøm: Dere har inngitt det nest høyeste pristilbudet her, et stykke bak beste tilbyder.*

o Opplysning fra Forsvarsbygg: Opplysninger krevd i funksjonsbeskrivelsen er ikke gitt (virkningsgrad, forventet årsproduksjon, areal solceller). Etterskrift: Forsvarsbygg ønsker oppgitt kWp. Dette skal oppgis i revidert tilbud. Ber om at entreprenør priser maksimalt utbygging av solstrømproduksjon, dvs 2500 m2.

Svar BMR: [sladdet]».

- (15) Den 2. desember 2024 ble leverandørene informert om at kontrakt var tildelt Betonmast Røsand AS (heretter *valgte leverandør*).
- (16) Klager påklaget tildelingsbeslutningen 12. desember 2024. Innklagede avviste klagen den 13. desember 2024.
- (17) Kontrakt med valgte leverandør ble inngått 8. januar 2025.
- (18) Klagen ble brakt inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser den 9. januar 2025. Klagebehandlingen startet 24. januar 2025, jf. klagenemndsforordningen § 13.
- (19) Nemndsmøte i saken ble avholdt 19. mai 2025.

Anførsler:

Klager har i det vesentlige anført:

- (20) Innklagede har brutt regelverket ved gjennomføringene av forhandlingene. Forhandlingene ble gjennomført i strid med forskriften § 23-7 (3) ved at innklagede i realiteten endret konkurransegrunnlaget ved å forhandle med valgte leverandør om forbeholdene i tilbudet.

- (21) Slik forhandlingene er gjennomført, fikk valgte leverandør en fordel i strid med forskriften § 23-10 (1) og loven § 4. Opplysningene valgte leverandør fikk under forhandlingene gav en ulovlig fordel overfor de øvrige tilbydere, ved at valgte leverandør kunne tilby en mer fastsatt leveranse. Dette underbygges av at valgte leverandør reduserte prisen på det reviderte tilbudet med 5 millioner kroner, sammenlignet med det opprinnelige tilbudet.
- (22) Valgte leverandørs tilbud er ikke sammenlignbart med øvrige tilbud, og inneholder et vesentlig forbehold. Valgte leverandør oppgav enn annen kWp enn klager og den tredje leverandøren gav. Tilbudet skulle derfor vært avvist. Uansett er prispåslaget innklagede gav valgte leverandør i det interne notatet ulovlig. Prispåslaget, som var prisen til konkurransens dyreste tilbud med sammenlignbar kWp, pluss tjue prosent, er skjønnsmessig, bærer preg av vilkårlighet, og mangler begrunnelse.
- (23) Innklagede har videre brutt de grunnleggende prinsippene. Under evalueringen av opsjon på solstrømproduksjon utarbeidet innklagede et internt notat for evalueringsprosessen for ytterligere avklaringer med valgte leverandør, som først ble oversendt klager da det ble bedt om innsyn i valgte leverandørs tilbud. Dokumentet gir videre ingen informasjon om hva eller hvordan manglene ved valgte leverandørs tilbud ble korrigert, og medfører betydelig uklarhet i innklagedes tilbudsevaluering.
- (24) Subsidiært skulle valgte leverandørs tilbud skulle vært avvist. Valgte leverandørs tilbud inneholdt åtte presiseringer, hvor flere av dem utgjør forbehold mot anskaffelsesdokumentene. Forbeholdene i valgte leverandørs tilbud knyttet seg blant annet til brannkonsept, forutsetninger rundt maks utgravingsbehov for oppfyllelse av krav om gravedybder for oppnåelse av grunntrykk, forutsetninger om selvfall på SP/OV, forutsetninger om eventuelle fornminner og eksisterende rør, kabler og konstruksjoner i grunn som ikke er angitt i konkurransegrunnlaget, og forbehold om medtatt tilknytning på brannalarmanlegg. Samlet utgjør forbeholdene i valgte leverandørs tilbud vesentlig avvik. Antall avvik er også relevant i vesentlighetsvurderingen.
- (25) Valgte leverandørs tilbud er sladdet vedrørende brannkonsept, noe som medfører at det ikke er mulig å vite hvorvidt forbeholdet er vesentlig. Likevel er det på grunn av innklagedes funksjonsbeskrivelse grunn til å anta at forbeholdet er vesentlig.
- (26) Presiseringen valgte leverandør har tatt om grunntrykk er et vesentlig forbehold, fordi forbeholdet forskyver risiko fra leverandør til oppdragsgiver. Forutsetningen om gravedybder under gulv på grunn 60 centimeter og under fundament på én meter avviker fra funksjonsbeskrivelsen ved at presiseringen dytter risikoen for at grunnforholdene avviker fra forutsetningene i konkurransegrunnlaget fra valgte leverandør over på innklagede. Risikoen forskyves ved at valgte leverandør presiserer hvor store masser som skulle utgraves under ferdig gulv, mengden masser under fundament, samt hvilken type masser som skal utgraves. Denne risikoforskyvningen er i strid med NS 8407. Forskyvning av risiko skal som hovedregel utgjøre et vesentlig avvik etter C-243/89 (Storbælt). Prisestimatene innklagede har vist til under klagebehandlingen på 200 000 kroner er ikke riktig. Estimaten er bygget på en spekulativ og svært begrenset fortolkning av forbeholdet, hvor innklagede forutsetter at det er kun behov for en begrenset masseutskifting. Videre har innklagede kun foretatt beregningen basert på noen enkeltstående postpriser. Beregningen av worst case-estimaten av kostnadene ved forbeholdet om grunntrykk skulle dermed vært vesentlige høyere.

- (27) Uansett har forbeholdene om brannkonsept og gravedybder/grunntrykk hatt en konkurransevidende effekt. Etter forhandlingene senket valgte leverandør prisen på det reviderte tilbudet med 5 millioner kroner sammenlignet med det opprinnelige tilbudet, og viser at valgte leverandør sine forbehold har hatt en vesentlig økonomisk verdi.

Innklagede har i det vesentlige anført:

- (28) Anskaffelsen er gjennomført i tråd med anskaffelsesregelverket, herunder ble forhandlingene gjennomført i tråd med forskriften § 23-7. For det første er presiseringene i valgte leverandørs tilbud i stor grad i tråd med konkurransegrunnlaget. For det andre er det tillat å innlevere tilbud med en høyere risikoprofil i form av at tilbudet inneholder presiseringer, og forbehold, men da risikerer tilbudet å få trekk i tilbudsevalueringen, samt å bli avvist fra konkurransen.
- (29) Forhandlingene ble gjennomført i tråd med forskriften § 23-10. Innklagede har ingen plikt til å videreformidle opplysninger, presiseringer og eventuelle forbehold i de innleverte tilbudene til samtlige deltakere i konkurransen. Det avgjørende er at innklagede under forhandlingene gav leverandørene tilpassede tilbakemeldinger til sitt tilbud slik at leverandørene hadde lik mulighet til å forbedre sitt tilbud. Det er gjort i denne konkurransen. Blant annet fikk valgte leverandør tilbakemelding på at prisen var høy.
- (30) Valgte leverandørs tilbud oppfylte konkurransegrunnlagets krav til opsjon på solstrømproduksjon. Det er ingen eksplisitte krav som kreves oppfylt i funksjonsbeskrivelsen knyttet til kWp. Valgte leverandør oppgav en effekt på 205 kWp, som var lavere enn klager og Veidekke AS. I lys av at det ikke var stilt spesifikke krav til kWp utgjør ikke dette et avvik. På bakgrunn av at valgte leverandør hadde en lavere virkningsgrad ble det gjort en frivillig vurdering av hva det ville koste å få anlegget opp til høyeste virkningsgrad i konkurransen. Dette hadde innklagede ikke plikt til. Uansett, dersom klagenemnda finner at innklagede var forpliktet til å beregne priskonsekvensen, har innklagede holdt seg innenfor sitt innkjøpsfaglige skjønn. For det første er det ikke gitt at en lavere kWp gir en dårligere løsning, og for det andre er prispåslaget konkret, saklig og forsvarlig.
- (31) Prinsippene i loven § 4 er overholdt. I det interne notatet er det flere forretningshemmeligheter ved valgte leverandørs tilbud, jf. forvaltningsloven § 13, som derfor er unntatt offentlighet. De opplysninger som er gitt er i henhold til regelverket.
- (32) Innklagede hadde ikke plikt til å avvise valgte leverandørs tilbud, ettersom tilbudet ikke inneholdt vesentlige avvik. Presiseringene som klager har vist til i valgte leverandørs tilbud som gjelder brannkonsept, løsning for spillvann og overvann, og risikofordeling for fornminner og eksisterende rør og kabler, er fullt i tråd med konkurransegrunnlagets forutsetninger.
- (33) Presiseringen om utgravingsbehov må forstås som en opplysning om hvordan valgte leverandør planlegger å gjennomføre totalentreprisen i tråd med konkurransegrunnlagets krav om «*graving til bæredyktige/orginale masser*», for å oppnå tilstrekkelig marktrykk. Dersom klagenemnda finner at presiseringen om gravedybder utgjør et avvik fra konkurransegrunnlaget, er avviket uansett ikke vesentlig. I så fall representerer graving 1,3 meter ned til fast leire «*graving til bæredyktige/orginale masser*». I konkurransegrunnlaget følger det at fra denne dybden er det «*fast leire videre nedover*», og det kan dermed ikke oppnås noe større fasthet i massene eller bedre grunntrykk ved å grave seg ytterligere ned i den faste leiren. Det følger av kontrakten at enhver leverandør

ville hatt krav på vederlagsjustering dersom det må graves dypere enn 1,3 meter etter konkurransegrunnlaget.

- (34) Dersom klagenemnda skulle komme til at valgte leverandørs presisering innebærer et forbehold som gir rett på tilleggsvederlag for avvikene gravedybder, utgjør heller ikke det et «*vesentlig*» forbehold. Ved et slik forbehold er det kun differansen mellom forutsetningene i konkurransegrunnlaget og de opplysningene som er gitt om gravedybder, som gir rett på vederlag. I innklagedes internevaluering før inngåelse av kontrakt om kostnadene ved et slikt «*worst case*»- tilfelle, vil tilleggsvederlaget utgjøre omlag 154 000 kroner inklusive transport og utfylling med nye masser. Differansen mellom klager og valgte leverandør er 2,78 millioner kroner, slik at det er klart at forbeholdet ikke forrykket konkurransen.
- (35) Innklagede er videre enig i at forbeholdet om tilkoplingen til eksisterende brannsentral utgjør et avvik. Forbeholdet er imidlertid et nærmest ubetydelig forbehold, hvor vederlaget som kreves av byggherren er begrenset til noen få timer med arbeidsinnsats. Avviket kan ikke anses vesentlig, og heller ikke utløse avvisningsplikt.
- (36) Presiseringen i valgte leverandørs tilbud om brannkonsept og gravedybder var ikke konkurransevridende, men en konsekvens av at den gjennomførte forhandlingen har virket. Den prismessige konsekvensen for de to avvikene er estimert til 200 000 kroner, og kan derfor ikke ha hatt konkurransevridende potensiale.

Klagenemndas vurdering:

- (37) Klager har deltatt i konkurransen, og har saklig klageinteresse, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Konkurransen gjelder anskaffelse av totalentreprisekontrakt for etablering av kontorbygg med tilhørende haller som er en bygge- og anleggsanskaffelse. Anskaffelsens verdi er estimert til 150 millioner kroner ekskl. mva. I tillegg til lov 17. juni 2016 nr. 73 om offentlige anskaffelser (heretter *loven*) følger anskaffelsen forskrift 12. august 2016 nr. 974 om offentlige anskaffelser (heretter *forskriften*) del I og del III, jf. forskriften §§ 5-1 og 5-3.

Avvisning av tilbud

- (38) Klagenemnda tar først stilling til om valgte leverandørs tilbud skulle vært avvist etter § 24-8 (1) bokstav b. Avvisningsspørsmålet er riktignok klagers subsidiære anførsel, men nemnda tar stilling til spørsmålet innledningsvis fordi resultatet har betydning for klagers primære anførsler.
- (39) Etter forskriften § 24-8 (1) bokstav b følger det at oppdragsgiveren «*skal*» avvise et tilbud som inneholder «*vesentlig avvik fra anskaffelsesdokumentene*».
- (40) Et avvik foreligger der et tilbud på ett eller flere punkter skiller seg fra det som fremgår av anskaffelsesdokumentene. Det vil innebære at oppdragsgiveren ikke kan kreve oppfyllelse i henhold til kontrakten dersom tilbudet aksepteres, jf. LB-2019-85112. For å avgjøre om det foreligger avvik, må konkurransegrunnlaget og tilbudet tolkes. Utgangspunktet for tolking av anskaffelsesdokumenter er hvordan de fremstår for rimelig opplyste og normalt påpasselige leverandører, se for eksempel Høyesteretts avgjørelse i HR-2022-1964-A (Flage Maskin), avsnitt 51. Ved tolkningen må det legges stor vekt på den objektive forståelsen av ordlyden, og kontraktsdokumentene må sees i sammenheng,

jf. HR-2022-1964-A (Flage Maskin), avsnitt 51 og LB-2019-85112. Det er leverandøren som bærer risikoen for uklarheter i tilbudet, jf. forskriften § 23-3 (2).

- (41) Klager har konkret vist til fem presiseringer i valgte leverandørs reviderte tilbud. Samtlige av disse presiseringene er inntatt som svar på forhold som innklagede tok opp med valgte leverandør under forhandlingene. Klagenemnda tolker klagers anførsler dit at det er disse fem presiseringene klager anfører utgjør vesentlige avvik. I tillegg viser klager til at valgte leverandør i realiteten har tatt et vesentlig forbehold ved å tilby en annen kWp enn de to øvrige leverandørene for opsjonen med solceller.
- (42) Klagenemnda skal vurdere hvorvidt de anførte presiseringene utgjør «avvik» fra anskaffelsesdokumentene.
- (43) Av funksjonsbeskrivelsen 0.4 «*Brannteknisk vurdering*», gjengitt i sin helhet i avsnitt 5, fulgte det at «*Løsninger prosjekteres i samsvar med de preaksepterte ytelsene i «Veiledning til forskrift om tekniske krav til byggverk» (VTEK17)*». Klager har påpekt at det ikke ble gitt fullstendig innsyn i valgte leverandørs presisering på dette punkt, og at det derfor ikke var mulig å vurdere om presiseringen innebar et avvik. Innklagede har i anledning klagesaken forklart hva som var valgte leverandørs brannstrategi. Det bekreftes også i tilbudet at «*brannkonsept er BMR sitt ansvar*». Klagenemnda kan ikke se, og klager har heller ikke anført at, valgte leverandørs valg av strategi utgjør et «avvik».
- (44) Videre fulgte det av valgte leverandørs reviderte tilbud at «*Evt. fornminner og eksisterende rør, kabler og konstruksjoner i grunn som ikke er angitt i konkurransegrunnlaget er ikke hensyntatt*». Kontrakten følger NS 8407, hvor punkt 23.1 angir at «*byggherren har risikoen for forhold ved grunnen dersom de avviker fra det totalentreprenøren hadde grunn til å regne med ved utarbeidelsen av tilbudet*». Under tilbudsbeifaringen ble samtlige leverandører opplyst om tre områder med krysninger i syd, overvannsrør i vest og eldre vannrør som går på tvers av byggetomten, som valgte leverandør bekrefter «*er ivare tatt*» i sitt reviderte tilbud. Presisering bekrefter dermed kun den allerede etablerte risikofordelen i NS 8507, og utgjør dermed ikke et «avvik».
- (45) Av funksjonsbeskrivelsen punkt 7.1, gjengitt i sin helhet i sakens bakgrunn avsnitt 7, følger det at «*Terrenget må planeres med fall slik at overvann renner bort fra bygningene. Fallet ut fra bygningene etter at massene har stabilisert seg skal være minimum 1:50 i en avstand på minimum 3 m fra vegg. Overvann skal ledes til overvannskummer*». Konkurransegrunnlaget stilte dermed kun krav om drenering, men ikke krav til hvordan dreneringen skulle foretas. At valgte leverandørs i sitt tilbud presiserer at det for drenering skal benyttes med løsning «*selvfall på SP/OV*», utgjør dermed ikke et «avvik».
- (46) Av konkurransegrunnlaget fremgikk det at det var forutsatt at grunnen bestod av et 0,3 meter tykt jordlag over et omtrent 1 meter tykt tørrskorpelag. Under dette var det forutsatt fast leire. Det fremgikk videre at det ikke forelå en oppdatert, geoteknisk rapport, men at det var forutsatt et tillatt grunntrykk på 200 kN per kvadratmeter, og at det var forutsatt graving til bæredyktige eller originale masser. Det var også presisert at planlagt bygg var forutsatt fundamentert direkte på original grunn. Som nevnt følger det av NS 8407 punkt 23.1 at det er byggherren som har risiko for forhold ved grunnen som avviker fra det totalentreprenøren hadde grunn til å regne med ved utarbeidelsen av tilbudet. Slik klagenemnda forstår konkurransegrunnlaget, var det innklagedes risiko dersom grunnforholdene var annerledes enn det som var angitt i konkurransegrunnlaget, og

dersom det var nødvendig å grave dypere enn 1,3 meter for å komme til bæredyktige eller originale masser.

- (47) Valgte leverandør hadde i sitt reviderte tilbud presisert at det for å «*oppnå tilstrekkelig grunntrykk*» var forutsatt gravedybder på 0,6 meter under gulv på grunn, og 1 meter under fundament. Det var videre presisert at «*Grunnforhold under disse gravedybdene forutsettes ivaretar tilstrekkelig tillatt grunntrykk, og faste masser*». Slik klagenemnda leser presiseringen, angir valgte leverandør dermed andre grenser for plasseringen av risiko for grunnforholdene enn det som følger av konkurransegrunnlaget, og utgjør dermed et «*avvik*».
- (48) Videre er partene enige om at valgte leverandørs forbehold om avklaringer for tilkobling til brannalarmsentralen utgjør et «*avvik*». Begrunnelsen er at det fremgikk av valgte leverandørs reviderte tilbud at tilkobling av brannalarmsentralen mot basen måtte avklares nærmere. Oppkoblingen mellom brannalarmsentralen mot basen var dermed ikke tatt med i tilbudet, noe som utgjør et «*avvik*» fra funksjonsbeskrivelsen punkt 5.4, gjengitt i sin helhet i avsnitt 6, om at brannalarmanlegget «*forutsettes tilknyttet basens toppsystem*».
- (49) Klager har videre anført at valgte leverandørs tilbudte opsjon på solstrømproduksjon utgjorde et vesentlig forbehold mot konkurransedokumentene, ettersom valgte leverandør har levert en lavere effekt kWp enn klager og Veidekke AS i konkurransen. Til dette bemerker klagenemnda at innklagede under forhandlingene kun ba leverandørene innta «*oppgitt kWp*» i revidert tilbud, samt at funksjonsbeskrivelsen punkt 10.2, gjengitt i sin helhet i sakens bakgrunn avsnitt 8, ba om at leverandørene som minimum oppgav «*virkningsgrad*». Konkurransegrunnlaget stilte derfor ingen minimumskrav til kWp. Valgte leverandørs tilbud oppgav kWp, og inneholder derfor ikke et avvik på dette punkt.
- (50) Samlet sett inneholdt dermed valgte leverandørs tilbud «*avvik*» fra konkurransegrunnlagets krav om gravedybder og ved forbeholdet om avklaring av tilknytning til brannalarmsentral. Det neste spørsmålet klagenemnda tar stilling til er om disse to avvikene er «*vesentlig*» etter forskriften 24-8 (1) bokstav b.
- (51) Ved vurderingen av om et avvik er vesentlig, må det ses hen til blant annet hvor stort avviket er, hvor viktig forholdet det avvikes fra er, og i hvilken grad et avvik vil kunne forrykke konkurransen, jf. eksempelvis klagenemndas avgjørelse i sak 2020/355, avsnitt 48, med videre henvisninger. Det følger av EU-domstolens sak C-243/89 (Storebælt) at forbehold som forskyver risiko fra leverandør til oppdragsgiver, som en klar hovedregel skal anses vesentlige. Unntak fra denne hovedregelen kan gjøres i tilfeller hvor de konkrete faktiske forholdene i saken tilsier at risikoforskyvningen likevel ikke er vesentlig, se for eksempel klagenemndas avgjørelse i sak 2018/20.
- (52) For presiseringen om gravedybder estimerte innklagede at forbeholdet maksimalt ville utgjøre 154 000 kroner, inklusiv transport og innfylling av nye masser. Estimatet var basert på erfaringstall fra andre infrastrukturprosjekter på Ørlandet, og ble gjort 19. desember 2024, forut for undertegning av kontrakt. Klager har bestridt at estimatet er riktig, og viser til at innklagede har en svært begrenset tolkning og kun har tatt stilling til noen få prisposter. Klager har imidlertid ikke vist til hvordan tolkningen er snever, og hvilke andre prisposter som skulle vært tatt stilling til. Prisforskjellen mellom valgte leverandørs og klagers endelige tilbud var på i underkant av 2,8 millioner kroner. Estimatet kunne dermed vært vesentlig høyere uten at det ville forrykket konkurransen.

Sett i sammenheng med at kontraktsverdien var estimert til 150 millioner kroner vil også et betydeligere prisestimat utgjøre en relativ liten del av kontrakten. Basert på dette har klagenemnda kommet til at avviket om gravedybde ikke utgjør et «*vesentlig avvik*».

- (53) Videre var forbeholdet om brannalarmsentral estimert til kostnad for én dag med arbeidskapasitet, som ville inkludere selve avklaringen og reise tur-retur Ørlandet flyplass. Denne prisen har innklagede estimert til rundt 50 000 kroner. Klager har ikke bestridt beløpet, og klagenemnda legger dermed estimatet til grunn. Det ekstra arbeidet krever også, slik klagenemnda forstår det, en arbeidsdag for en person, noe som er en liten del av hele totalentreprisen hvor det skal bygges et helt nytt bygg. Dette avviket utgjorde dermed en marginal økonomisk kostnad sett i sammenheng med kontraktsverdien, og konkurransen ville ikke kunne ha blitt forrykket ved å ha prissatt avviket. På bakgrunn av dette, har klagenemnda kommet til at avviket om tilkobling til brannalarmsentral utgjør ikke et «*vesentlig avvik*».
- (54) Det følger av praksis at et tilbud som inneholder forbehold som hver for seg ikke er «*vesentlig*», likevel samlet må anses «*vesentlig*», jf. LB-2017-61961, LH-2020-140680 og LE-2015-102226. Ved en prissetting av begge avvikene under ett har innklagede estimert maksimalt 200 000 kroner, slik at avvikene også samlet utgjør en svært liten kostnad i forhold til kontraktsverdien. Også dersom estimatet av prissettingen av gravedybder hadde vært vesentlig høyere, ville ikke avvikene samlet sett medført at konkurransen hadde blitt forrykket. Det har vært mulig for innklagede å prissette begge avvikene, og dermed gjøre tilbudene sammenlignbare. Klagenemnda har på bakgrunn av dette kommet til at forbeholdene heller ikke samlet utgjør «*vesentlig*» avvik etter forskriften § 24-8 (1) bokstav b.
- (55) Klagers anførsler om at innklagede hadde plikt til å avvise valgte leverandørs tilbud har dermed ikke ført frem.

Feil ved gjennomføring av forhandlingene

- (56) Det neste klagenemnda skal ta stilling til, er om innklagede har brutt regelverket ved gjennomføringen av forhandlingene.
- (57) Klager argumenterer for at innklagedes aksept av presiseringene i valgte leverandørs tilbud, i realiteten medførte at konkurransegrunnlaget ble endret i strid med forskriften § 23-7 (3). Forskriftsbestemmelsen angir at eventuelle «*endringer i konkurransegrunnlaget som følge av forhandlingene*» umiddelbart skal sendes til de gjenværende leverandørene. Til dette bemerker klagenemnda at en oppdragsgiver har adgang til å akseptere presiseringer og forbehold, så lenge ikke forbeholdene verken alene eller samlet er «*vesentlig*» etter § 24-8 (1) bokstav b. På lik linje har innklagede adgang til å avvise tilbud med forbehold som ikke er ubetydelig etter forskriften § 24-8 (2) bokstav a. Adgangen til å akseptere forbehold medfører ikke at konkurransegrunnlaget er endret. Klagers anførsler om at konkurransegrunnlaget er endret fører dermed ikke frem.
- (58) Klager har videre vist til at innklagede under forhandlingene opptrådte i strid med forskriften § 23-10 (1).
- (59) Etter forskriften § 23-10 (1) skal oppdragsgiver behandle leverandørene likt i forhandlingene, og at det ikke på en «*diskriminerende måte gi opplysninger som kan gi noen leverandører en fordel fremfor andre*». Det avgjørende er følgelig at leverandørene

har likeverdige muligheter til å forbedre sitt tilbud. Dette innebærer ikke at nøyaktig de samme temaene må tas opp med alle leverandørene. Tvert imot kan tilbudene ha ulike styrker og svakheter som krever ulike tilbakemeldinger fra oppdragsgiver for å oppnå.

- (60) I den foreliggende konkurransen hadde valgte leverandør levert et tilbud med åtte presiseringer for tilbudssummen. Klager hadde på sin side innlevert et uten forbehold eller presiseringer. Følgelig var det ikke behov for å ta opp presiseringer og forbehold med klager for å gi klager en likeverdig mulighet til å forbedre sitt tilbud. Klagers anførsel om at innklagede under forhandlingene opptrådte i strid med forskriften § 23-10 (1) fører dermed ikke frem.

De generelle kravene i § 4

- (61) Det neste klagenemnda tar stilling til er om innklagede har handlet i strid med loven § 4.
- (62) Klager har vist til at valgte leverandørs presisering om brannkonsept og forbeholdet om gravedybder hadde en konkurransevidende effekt.
- (63) Til dette bemerker klagenemnda innledningsvis at presiseringen om brannkonsept var i tråd med konkurransegrunnlaget, og ikke konkurransevidende. Som begrunnelse for at forbeholdet om gravedybder gav valgte leverandør en konkurransefordel har klager vist til at valgte leverandør senket prisen på det reviderte tilbudet med 5 millioner kroner, sammenlignet med det opprinnelige tilbudet. Klager har ikke vist til konkrete holdepunkter for at prisen ble redusert på grunn av forbeholdet om gravedybder. Tvert imot følger det av anskaffelsesprotokollen at valgte leverandør under forhandlingene fikk tilbakemeldinger som tilsa at valgte leverandør måtte senke prisen for å være konkurransedyktig. På bakgrunn av dette har klagers anførsel om at forbeholdene gav valgte leverandør en ulovlig konkurransefordel, ikke ført frem.
- (64) Klager har videre vist til et internt notat utarbeidet av innklagede, som klager fikk oversendt etter tildeling da det ble bedt om innsyn i evalueringsprosessen. Av dokumentet fremgår det opplysninger om gjennomførte avklaringer med valgte leverandør. Ifølge klager fremgår det ikke hva som er korrigert, og hva det er korrigert til. Det er også anført at manglende åpenhet rundt internvurderingen er et brudd på de grunnleggende prinsippene i § 4.
- (65) Av notatet fremgikk det at det ble foretatt avklaringer «*vedrørende tilbudt kWp for solceller og effekt på reservekraft oppgitt i tilbudet*», da det var oppgitt «*en effekt på 20 kVa på reservekraftaggregat*». Det var videre angitt at dette ble ansett som en åpenbar feil, og at innklagede fikk avklart at «*tallet knyttet seg til UPS*». Det fremgikk derfor at teksten hva som ble avklart, nemlig at det oppgitte tallet for reservekraftaggregatet knyttet seg til UPS.¹ Videre bemerker nemnda at klager ikke har rett på mer informasjon om internvurderinger i evalueringsprosessen til innklagede enn det som følger av forskriften § 25-1. Klagers anførsel fører ikke frem.
- (66) På bakgrunn av klagenemndas resultat overfor om at valgte leverandør har oppgitt kWp i tråd med konkurransegrunnlaget, var ikke innklagede forpliktet til å ilegge valgte leverandørs tilbud et prispåslag i evalueringen. Klagenemnda tar dermed ikke stilling til

¹ Uninterruptable Power Supply – avbruddsfri strømforsyning

klagers anførsel om lovligheten av innklagedes vurdering av priskonsekvens for at valgte leverandør har levert et lavere kWp enn klager og Veidekke AS.

(67) Ingen av klagers anførsler er etter dette ført frem.

Konklusjon:

Forsvarsbygg har ikke brutt regelverket for offentlige anskaffelser.

For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,

Elisabeth Wiik

Dokumentet er elektronisk godkjent og har ingen signatur