



Vedlegg 1 av: 1
Sak: 2003/138 - 14

**Klagenemnda
for offentlige anskaffelser**

Klagenemndas avgjørelse 1. september 2003 i sak 2003/138

Klager: Ole K. Karlsen
Postboks 63 Grefsen
0409 Oslo

Innklaget: Oslo kommune v/ Friluftsetaten
Postboks 4695 Nydalen
0405 Oslo

Klagenemndas medlemmer: Inger Marie Dons Jensen, Inger Roll-Matthiesen, Andreas Wahl

Saken gjelder: Spørsmål om plikt til å benytte fremforhandlede og balanserte kontraktsstandarder, avvisning på grunn av forbehold

Bakgrunn:

Oslo kommune v/Friluftsetaten (heretter kalt "innklagede") kunngjorde den 29.11.2002 en åpen anbudskonkurranse for totalentreprisen for oppføringen av en ny idrettshall. Idrettshallen skal oppføres i tilknytning til den allerede eksisterende Trasophallen i Oslo, og konkurransen omfatter i tillegg oppgradering og oppussing av den eksisterende idrettshallen.

Det fremgår av konkurransegrunnlaget at oppdraget skal reguleres av standardavtalen NS 3431 (Alminnelige kontraktsbestemmelser om utførelse av totalentrepriser). Innklagede har imidlertid gjort en rekke unntak fra standardavtalen. Innklagede har blant annet under punkt "9.2 Samlet dagmulkt" bestemt at NS 3431 pkt. 25.2 fjerde ledd skal utgå, noe som medfører at standardens begrensning av samlet dagmulkt til 10% av kontraktssummen ikke skal gjelde. Under punkt "10.1 Dagmulkt og erstatning" er NS 3431 pkt. 39.2 bokstav e) fraveket slik at skyldkravet ved totalentreprenørens erstatningsplikt for tap utover merkostnader ble senket fra forsett eller grov uaktsomhet til simpel uaktsomhet. Videre har innklagede fraveket NS 3431 pkt. 4.1 bokstav b) og c) slik at konkurransegrunnlaget skal gå foran leverandørens tilbud i tilfelle av motstrid. Øvrige unntak er ikke av interesse i saken her.

Tilbudsfristen ble fastsatt til 28.2.2003. Ole K. Karlsen AS (heretter kalt "klager") var blant leverandørene som leverte tilbud. Av tilbudet fremgikk det at "Anbudet er basert på NS 3431 – totalentreprise". Det ble avholdt presentasjonsmøter med deltakerne i konkurransen. I etterkant av klagers presentasjonsmøte, sendte innklagede til klager en rekke spørsmål med

Postadresse
Postboks 8014 Dep.
0030 Oslo

Besøksadresse
Einar Gerhardsens plass 1 (R4)
0030 Oslo

Tlf.: 22 33 70 10
Faks: 22 33 70 12

E-post: post@kofa.no
Nettside: www.kofa.no

ønske om "tilbakemelding/avklaring". Ett av spørsmålene relaterte seg til formuleringen i klagers tilbud om at anbudet var basert på NS 3431. Spørsmålet lød som følger: "Betyr dette at dere ikke aksepterer de spesielle vilkår som er oppgitt i konkurransegrunnlaget og som kan være i strid med NS 3431? Hvis ikke – spesifiser hvilke vilkår / punkter dette gjelder". I tillegg presiserte innklagede at "Generelt gjelder tilbudsbeskrivelsens ytelses- og funksjonskrav inklusive krav i lover og forskrifter fremfor eventuelle forutsetninger gjort i tilbudet/tilbudets delbeskrivelser".

Klager besvarte henvendelsen den 28.4.2003. Klager fremhevet at "Pkt. 9.2 på side 5 i kontraktsdokumentet kan ikke aksepteres. Pkt. 10.1 på side 6 i kontraktsdokumentet kan ikke aksepteres. Dvs. at standardens krav blir gjeldende". Klager presiserte her at konkurransegrunnlagets klausuler om samlet dagmulkt og skyldkrav ved erstatning for tap utover merkostnader ikke ble akseptert. I tillegg fremhevet klager at "Vi forutsetter at vårt tilbuds-brev med alle tilleggsopplysninger gjelder foran tilbudsbeskrivelsens ytelses- og funksjonskrav".

I brev av 23.6.2003 meddelte innklagede at klager var avvist fra konkurransen. Avvisningen var begrunnet med at tilbud som inneholder vesentlige forbehold skal avvises, jf. forskrift av 15.6.2001 om offentlige anskaffelser § 8-10(1) bokstav c) jf. § 8-6(3). Klager påklaget beslutningen overfor innklagede i brev av 27.6.2003. Den 1.7.2003 avviste innklagede klagen, og henviste samtidig til at klagers tilbud kunne vært avvist også etter § 8-10(1) bokstav c) jf. § 8-6(1) og etter § 8-10(1) bokstav d).

Anførsler:

Klagers anførsler:

Innklagede handlet i strid med pålegget i forskrift om offentlige anskaffelser § 3-9 om å benytte seg av fremforhandlede og balanserte kontraktsstandarder når slike foreligger.

Innklagede handlet i strid med regelverket ved å avvise klagers tilbud under henvisning til at klager la NS 3431 til grunn for oppdraget.

Klagers forbehold var uansett ikke vesentlige, og § 8-10(1) bokstav c) jf. § 8-6(3) hjemler da ikke avvisning.

§ 8-6(1) retter seg mot avvik fra konkurransegrunnlaget, og ikke mot forbehold i kontraktsvilkårene. Bestemmelsen hjemler derfor ikke avvisning av klagers tilbud.

§ 8-10(1) bokstav d) er ikke relevant for vurderingen, ettersom forbehold mot de kontraktsvilkår som fremgår i konkurransegrunnlaget, alene reguleres av § 8-10(1) bokstav c) jf. § 8-6(3).

Innklagedes anførsler:

§ 3-9 pålegger ikke innklagede en plikt til å bruke fremforhandlede og balanserte standardvilkår når slike foreligger. Bestemmelsen kan kun forstås som en sterk oppfordring. Et eventuelt pålegg ville innebære et inngrep i partenes avtalefrihet som verken er hjemlet i lov om offentlige anskaffelser av 1999 nr. 69 eller forskrift om offentlige anskaffelser.

§ 3-9 kan ikke tolkes som et pålegg om å bruke standardkontrakten uforandret.

Det følger da av § 8-10(1) bokstav c) jf. § 8-6(3) at innklagede pliktet å avvise klagers forbehold mot de kontraktsbestemmelser innklagede hadde lagt til grunn, forutsatt at disse var vesentlige.

Klagers forbehold forskyver risikoen vedrørende grunnleggende elementer i totalentreprisen over på innklagede. Det må videre legges til grunn at klagers forbehold har virket inn på klagers samlede tilbudspris, og at de dermed medfører en betydelig forandrening av konkurransen mellom leverandørene. Forbeholdene er således vesentlige.

Klagers forbehold er umulige å prissette, slik at tilbudene ikke kan gjøres sammenlignbare. § 8-10(1) bokstav d) medfører da at klagers tilbud skal avvises. Det samme følger av § 8-10(1) bokstav c) jf. § 8-6(1).

Klagenemndas vurdering:

Klager har deltatt i den aktuelle konkurransen og har således saklig klageinteresse, jf. forskrift av 15.11.2002 om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig.

Innklagede har lagt til grunn at anskaffelsens verdi overstiger terskelverdiene, jf. forskrift om offentlige anskaffelser § 2-2(1). Klagenemnda legger dette til grunn. Anskaffelsen reguleres da av forskriftens del I og del II, jf. § 2-1(2).

Plikt til å bruke fremforhandlede og balanserte kontraktsstandarder

Av forskrift om offentlige anskaffelser § 3-9 følger at "*Der det finnes fremforhandlede og balanserte kontraktsstandarder skal disse som hovedregel brukes ved inngåelse av tjenestekontrakter og bygge- og anleggskontrakter*". Spørsmålet er om bestemmelsen innebærer en plikt for innklagede til å benytte den aktuelle kontraktsstandard NS 3431 i avtalen som skal inngås.

Både ordlyden i § 3-9 og bestemmelsens forarbeider indikerer at innklagede har plikt til å benytte fremforhandlede og balanserte kontraktsstandarder der slike finnes. Nærings- og handelsdepartementets veileder til forskrift om offentlige anskaffelser forutsetter imidlertid at bestemmelsen kun oppstiller "*en klar anbefaling*" om å bruke fremforhandlede og balanserte kontraktsstandarder.

Etter klagenemndas oppfatning har det formodningen mot seg at bestemmelsen skal tolkes som noe mer enn en ordensforskrift. Lov og forskrift om offentlige anskaffelser regulerer i all hovedsak prosedyren frem til kontrakt er inngått. § 3-9 er et unntak. Dersom det er en aktuell problemstilling, skal oppdragsgiver i konkurransegrunnlaget orientere om hvilke kontraktsvilkår som skal benyttes, jf. forskriftens § 5-1(2) bokstav h). Verken lovens eller forskriftens formål er imidlertid å regulere avtaleforholdet mellom partene etter at kontrakt er inngått.

Klagenemnda legger til grunn at innklagede ikke har plikt til å benytte NS 3431 for anskaffelsen. Det kan da heller ikke leses inn i regelverket noe forbud mot å gjøre unntak fra en standardkontrakt som anvendes. Klagenemnda kan ikke se at innklagede har brutt regelverket om offentlige anskaffelser ved de unntak som er gjort.

Avvisning av klagers tilbud

Klager har lagt NS 3431 til grunn for sitt tilbud og ikke akseptert de unntakene innklagede har gjort. Spørsmålet er om klagers forbehold medfører en rett for innklagede til å avvise tilbudet.

I følge § 8-10(1) bokstav c) skal et tilbud avvises dersom det inneholder et avvik fra konkurransegrunnlaget som er i strid med reglene i § 8-6. I følge § 8-6(3) kan det ikke tas vesentlige forbehold mot kontraktsvilkårene. Det er følgelig på det rene at innklagede plikter å avvise et tilbud som inneholder vesentlige forbehold.

Klagers forbehold om at kontrakten skal reguleres av NS 3431 innebærer blant annet at samlet dagmølt begrenses til 10 % av kontraktssummen, og at skyldkravet ved entreprenørens erstatningsplikt ved tap utover merkostnader skal være forsett eller grov uaktsomhet, ikke simpel uaktsomhet. Forbeholdene innebærer at risikoen for kontraktsmessig oppfyllelse forskyves i innklagedes disfavør ut fra innklagedes forutsetninger i konkurransegrunnlaget.

Partene har overfor klagenemnda ikke gjort noe forsøk på å prise disse forbeholdene, som utelukkende vil komme til anvendelse ved kontraktsbrudd fra leverandørens side. Klagenemnda kan da vanskelig ta stilling til de økonomiske konsekvensene av forbeholdene, all den tid dette vil avhenge av helt konkrete forhold som ikke er tilstrekkelig belyst gjennom den skriftlige saksbehandlingen for nemnda.

Forskriftens § 8-10(1) bokstav d) fastslår at oppdragsgivere plikter å avvise tilbud som inneholder forbehold som kan medføre tvil om hvordan tilbudet skal bedømmes i forhold til de øvrige tilbudene. Det er på det rene at bestemmelsen både retter seg mot forbehold mot kontraktsvilkårene og mot andre avvik fra konkurransegrunnlaget. De omtalte forbeholdene er i seg selv presise og entydige, men konsekvensene av forbeholdene fremstår som uklare, jf ovenfor. Basert på de fremlagte opplysninger finner ikke klagenemnda at det er grunnlag for å overprøve innklagedes vurdering om at forbeholdene skaper tvil om hvordan tilbudet skal bedømmes i forhold til de øvrige tilbudene, og at innklagede hadde hjemmel i § 8-10(1) bokstav d) for å avvise klagers tilbud.

Klagenemnda finner det etter dette ikke nødvendig å gå nærmere inn på andre avvisningsgrunnlag.

Konklusjon:

Det er ikke grunnlag for å konstatere at Oslo kommune, Friluftsetaten, har brutt regelverket for offentlige anskaffelser ved å avvise Ole K. Karlsen AS fra konkurransen om totalentreprisen om oppgradering og oppføring av ny idrettshall på Oppsal i Oslo.



For klagenemnda,

Inger Roll-Matthiesen,

8.9.2003