



**Klagenemnda  
for offentlige anskaffelser**

*Innklagede gjennomførte en begrenset anbudskonkurranse for utbygging av Sørarnøy havn. Fjerning av større steiner i mudremassene skulle prises separat, men det var ikke opplyst hvordan prisen skulle oppgis, og konkurransegrunnlaget kunne tolkes på ulike måter mht denne prisingen. Klagenemnda fant at dette skulle vært klargjort i medhold av kravet til forutberegnelighet, ettersom prisen for fjerning av stein ble avgjørende for prisberegningen. Videre ble arbeidene påbegynt før klagefristen utløp, med den konsekvens at klageren ikke fikk en reell klageadgang.*

**Klagenemndas avgjørelse 3. april 2006 i sak 2005/87**

Klager: Alf Brekken & Sønner AS

Innklaget: Gildeskål kommune

**Klagenemndas medlemmer:** Kai Krüger, Inger Roll-Matthiesen, Siri Teigum.

**Saken gjelder:** Forutberegnelighet. Reell klagefrist.

**Bakgrunn:**

- (1) Gildeskål kommune (heretter kalt innklagede) kunngjorde den 13. september 2004 en begrenset anbudskonkurranse for utbygging av Sørarnøy havn. Utbyggingen skulle blant annet bestå av mudring, bygging av vei, opparbeiding av industriområde, samt vann- og avløpsanlegg til industriområdet.
- (2) Av kunngjøringens punkt II.1.9 fremgikk det at arbeidet ikke kunne deles opp, og av punkt II.1.10 at alternative tilbud ikke ville tas i betraktning.
- (3) Kontrakt skulle tildeles den leverandøren som levert det økonomisk mest fordelaktige tilbudet basert på tildelingskriteriene "pris" og "kapasitet/leveringstid".
- (4) I konkurransegrunnlagets punkt 2.2.3 het det:

***"Mudring***

*Posten omhandler alle arbeider vedr. fjerning av masser i havnebassenget. Det meste av massene er løsmasser som er sand eller leire og mudres ved å pumpe massene til hoveddeponi på Skaugholmen ved fiskerianlegget og innen skjete for å avrette Buskjæret. [...] Fjerning av større steiner i mudremassene oppgjøres etter prosesskoden og skal prises i tilbudsbrief, men ikke tas med i sum, bygglederen skal varsles ved slike inngrep.*

**Postadresse**  
Postboks 439 Sentrum  
5805 Bergen

**Besøksadresse**  
Olav Kyrresgate 8  
5014 Bergen

Tlf.: 55 59 75 00

Faks: 55 59 75 99

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

[...]

*Profil 27-35.*

[...]

*Volum løse steinmasser og sprengt stein vurderes til 1500 m<sup>3</sup> til reduksjon i mudrevolum.”*

- (5) I konkurransegrunnlagets punkt 2.2.5 ”Grunnforhold” stod det at ”eventuelt forekomst av storstein behandles som i post. 4.2.3”. I punkt 4.2.3 het det:

***”Massekontroll***

*Alle masser som ikke er merket regulerbare, skal være kontrollregnet og godkjent av begge parter innen byggestart og innen kontrakten slutes. Entreprenøren må godkjenne vedlagte tverrprofiler eller selv utføre supplerende målinger før arbeidet starter.”*

- (6) Innen tilbudsfristens utløp var det kommet inn tilbud fra tre leverandører, der i blant fra Alf Brekken & Sønner AS (heretter kalt klager) og Grunnfjell AS (heretter kalt Grunnfjell) som senere ble tildelt kontrakt. Grunnfjell hadde inngitt et tilbud som var kr. 48.638,- dyrere enn klagers tilbud.
- (7) I klagers tilbud het det at ”løse steiner i mudringsområdet fjernes for kr. 1000,- pr. stk”.
- (8) I Grunnfjells tilbud var ”eventuelle steiner i mudringsmassene [...] inkludert i prisen”.
- (9) I brev fra innklagedes rådgiver av 1. november 2004 het det:

*”Anbudet fra [klager] har en uklarhet, som ikke kan drøftes i et evt avklaringsmøte, med hensyn til de totale kostnader ved at løse steiner i området fjernes for en pris av kr 1.000,- pr stk. Grunnfjell AS inkl dette i sitt anbud.*

*Fjerning av stein er omtalt i beskrivelsen under post 2.2.3 – Mudring. Begge har forholdt seg til denne.*

*Alf Brekken & Sønner AS har skapt en uklarhet slik at de [to] anbud ikke kan sammenlignes direkte.*

*Ut fra det forhold at byggeledelsen er av den helt klare oppfatning at utgiftene vil minst være kr 50.000,- har Grunnfjell AS innlevert det laveste anbud”.*

- (10) I brev av 10. november 2004 ble klager meddelt at innklagede ville gå i kontraktsforhandlinger med Grunnfjell. Brevet opplyste verken om klageadgang eller klagefrist.
- (11) Kontraktsforhandlingene ble gjennomført og avsluttet 10. november 2004, og anleggsarbeidet startet opp kort tid etter.

- (12) Klager ba i brev av 17. november 2004 om en rimelig frist for å påklage kontraktstildelingen. Klagefrist ble etter dette satt til 30. desember 2004. I e-post av 17. desember 2004 ble fristen forlenget til 30. januar 2005.
- (13) Kontrakt ble formelt underskrevet av innklagede 21. januar 2005 og av en representant for Grunnfjell den 6. februar 2005.

#### **Anførsler:**

##### *Klagers anførsler:*

- (14) Klager anfører at innklagede har brutt regelverket for offentlige anskaffelser.
- (15) Innklagede har forvrengt virkeligheten for å kunne gi jobben til Grunnfjell. Daglig leder i Grunnfjell har direkte tilknytning til innklagede, da han er tidligere rådmann i kommunen.
- (16) Innklagede har i etterkant av anbudsåpningen antatt at muddermassene skulle inneholde minimum 50 store steiner. Klager har priset disse store steinene til kr. 1.000,- per stykk, mens Grunnfjell ikke har priset dem. Dette resulterte i at klagers anbud ble forkastet. Her er det begått en feil, og klager mener å kunne bevise at muddermassene faktisk ikke inneholdt slike store steiner som innklagede har antatt.
- (17) I e-posten fra innklagedes rådgiver står det blant annet om klagers tilbud at *"anbudet fra dette firma har en uklarhet, som ikke kan drøftes i et evt avklaringsmøte, med hensyn til de totale kostnader ved at løse steiner i området fjernes for en pris av kr 1.000,- pr stk. Grunnfjell AS inkl dette i sitt anbud"*. Det ser ut til at innklagede har benyttet denne ene setningen til å velge en lokal entreprenør til å utføre jobben.
- (18) Det blir grovt urimelig å påstå at klager har skapt en uklarhet når klager bare har gjort det som står i konkurransegrunnlagets punkt 2.2.3. Alle postene har regulerbare masser, og entreprenøren kan ikke velges ut fra hva entreprenørene tror mengdene blir, men kun etter de mengder som er oppgitt.
- (19) På tidspunktet da det endelig ble satt en klagefrist, var kontrakt inngått mellom innklagede og Grunnfjell.
- (20) Klager vil kreve kompensasjon for tapte inntekter som klager har hatt etter å ha mistet denne kontrakten.

##### *Innklagedes anførsler:*

- (21) Innklagede bestrider å ha brutt regelverket for offentlige anskaffelser.
- (22) Innklagede har ikke forvrengt virkeligheten for å kunne gi jobben til Grunnfjell. Det opplyses feilaktig fra klagers side at daglig leder i Grunnfjell har direkte tilknytning til innklagede. Dagens rådmann er den fjerde rådmannen i kommunen siden daglig leder i Grunnfjell sluttet i kommunen. Verken nåværende rådmann eller kommunalsjef har noen gang arbeidet sammen med personen som er daglig leder i Grunnfjell.
- (23) Det er ikke omstridt at differansen mellom klagers og Grunnfjells tilbudspris var kr. 48.638,-. Klager priset i tillegg fjerning av løse steiner i muddermassen til kr. 1.000,-

per stein. Som et ledd i prosjektet mudres det ut ca 20.000 kubikkmeter. Ved vurderingen av tilbudene gjorde innklagede blant annet en vurdering av muligheten for tilleggskostnader ut fra sannsynligheten for å finne steiner i muddermassen. Innklagedes skjønnsmessige vurdering var at det var sannsynlig at det vil være så mye steiner i muddermassen at dette ville gjøre tilbudet fra Grunnfjell til det mest prisgunstige for innklagede. Prisdifferansen mer enn oppheves dersom det er så lite som 50 store steiner i den 20.000 kubikkmeter store muddermassen. Regnet på en annen måte: 50 kubikkmeter storstein i muddermassen utgjør 0,25 % av den totale massen. Innklagede har gjort en saklig vurdering og brukt et moderat og forsvarlig skjønn.

- (24) Kontraktsforhandlinger ble gjennomført og avsluttet 10. november 2004, og anleggsarbeidet startet opp kort tid etter. Kontrakt ble formelt underskrevet i januar 2005.

#### **Klagenemndas vurdering:**

- (25) Klager har deltatt i konkurransen og har saklig klageinteresse, jf forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Anskaffelsen følger etter sin verdi forskrift om offentlige anskaffelser del I og III, jf § 2-1, jf § 2-2.
- (26) Konkurranses grunnlagets opplysninger vedrørende fjerning av steiner i mudremassene er ikke entydige. Slik fjerning skal ikke innregnes i mudringen, men prises separat. Konkurranses grunnlaget pkt 4.2.3 fastslår at *"Alle masser som ikke er merket regulerbare, skal være kontrollregnet og godkjent av begge parter innen byggestart og innen kontrakten sluttes"*. Det fastslås videre at denne bestemmelsen skal anvendes for fjerning av stein.
- (27) I utgangspunktet må en slik bestemmelse om *"ikke regulerbare masser"* innebære at det skal oppgis en fastpris for fjerning av stein. På den annen side sier bestemmelsen at det skal skje en kontrollregning som skal godkjennes av begge parter etter at tilbudet er gitt. Det innebærer at det er noe uklart hvilken prisingsmodell som skal benyttes og dermed hvilket grunnlag de innkomne tilbudene skal vurderes på. Uklarheten skyldes innklagede og ikke klager eller Grunnfjell AS. Nemnda har forståelse for at innklagede hadde behov for å begrense sin økonomiske risiko forbundet med fjerning av stein, men må konstatere at innklagede ved måten dette er lagt opp på har åpnet for tilbud som i virkeligheten ikke lar seg sammenligne på betryggende måte. For å oppnå en reell sammenligning måtte oppdragsgiver enten ha oppgitt et estimat steinprisen skulle regnes ut fra – eller skjøvet usikkerheten over på tilbyderne ved å forutsette at en ukjent omfang på steinmassene, eventuelt begrenset oppad/nedad, skulle inngå i den faste prisen.
- (28) Klagenemnda finner etter dette at konkurranses grunnlaget teknisk var feil utformet fordi den endelige prissammenligning i tilbudsevalueringen måtte bero på et skjønn over oppdragets omfang som skulle vært utøvet ved utlysning og kunngjøring. Oppdragets omfang skal være entydig slik at tilbudene kan settes på linje. Når dette ikke er gjort, bryter det med forutsigelighetsprinsippet i lovens § 5.
- (29) Det har imidlertid ikke fremkommet opplysninger for nemnda som tilsier at det kan være tale om økonomisk ansvar for et eventuelt tap klager har lidt ved ikke å få kontrakten.

- (30) I henhold til forskrift om offentlige anskaffelser § 17-3 skal innklagede i rimelig tid før kontrakt inngås meddele alle tilbyderne om hvilken leverandør som skal tildeles kontrakt. Det skal gis en begrunnelse for valget og settes en frist for å påklage avgjørelsen. For å sikre en reell klageadgang må kontrakt ikke inngås før klagefristen er løpt ut.
- (31) Etter utsettelse ble klagefristen satt til 30. januar 2005. Kontrakt ble ikke underskrevet av begge parter før 6. februar 2005. Før klagefristens utløp hadde imidlertid Grunnfjell startet opp anleggsarbeidet. Dersom en irreversibel ytelse leveres helt eller delvis før kontrakt undertegnes av begge parter, vil tilbydernes klagemulighet bli illusorisk, jf klagenemndas avgjørelse i sak 2003/247. Klagenemnda finner etter dette at innklagede har brutt forskriftens § 17-3 ved å sette klagefristen til etter at anleggsarbeidet var påbegynt.
- (32) Ut fra sakens dokumenter kan klagenemnda ikke se at det er grunnlag for å si at daglig leder i Grunnfjell hadde direkte tilknytning til innklagede.
- (33) Klagenemnda kan ikke se at det er grunnlag for klagers anførsel om krav på kompensasjon for tapte inntekter.

**Konklusjon:**

Gildeskål kommune har brutt lovens § 5 ved å anvende et konkurransegrunnlag som ikke sikrer en forutsigelig prissammenligning mellom tilbudene.

Gildeskål kommune har brutt forskrift om offentlige anskaffelser § 17-3 ved at det ikke er gitt en reell klagefrist.

Gildeskål kommune har for øvrig ikke brutt regelverket for offentlige anskaffelser.

For klagenemnda,  
3. april 2006

Siri Teigum