



Klagenemnda for offentlige anskaffelser

Advokat Mads Torrissen AS

Postboks 43
8001 Bodø

Deres referanse

Vår referanse
2008/156

Dato
15. januar 2008

Avvisning av klage på offentlig anskaffelse

Det vises til Deres klage på offentlig anskaffelse av 28. august 2008. Klagenemndas sekretariat har besluttet å avvise klagen som uhensiktsmessig for behandling i klagenemnda, jf forskrift om Klagenemnd for offentlige anskaffelser § 9. Grunnen er at klagen ikke kan føre frem. Sekretariatets avvisningsbeslutning kan påklages til klagenemndas leder senest tre dager etter at den ble gjort kjent for klager.

Nedenfor gis en oppsummering av bakgrunnen for klagen og sekretariatets vurdering.

Bakgrunn:

- (1) Luftfartstilsynet (heretter kalt innklagede) kunngjorde en åpen anbudskonkurranse om leiekontrakt for et kontorbygg på 6000 m². Kunngjøringen ble sendt til Doffin den 14. desember 2007. Konkurransen ble også kunngjort i TED. Det fremgår av kunngjøringens punkt II.1.5 at anskaffelsen gjelder en leiekontrakt for kontorlokaler for 170 kontorarbeidsplasser med tilhørende fasiliteter. Kontorene var ønsket ferdigstilt innen 1. november 2010.
- (2) I kunngjøringens punkt II.1.2 a) er det krysset av for at anskaffelsen gjelder ”*Utførelse av et bygge- og anleggsarbeid etter spesifikasjoner fra arbeidsgiver.*”
- (3) Konkurranses grunnlaget datert 11. desember 2007 besto foruten anbudsinnbydelse av kontraktsbestemmelser, leiekontrakt med vedlegg og byggeprogram med vedlegg. Det hitsettes fra anbudsinnbydelsen s. 3:

”Konkurranses grunnlaget består i tillegg til denne innbydelsen av:

- Leiekontrakt med tilhørende vedlegg som gjør rede for ansvarsfordelingen mellom utleier og leietaker når det gjelder drift og vedlikehold, som skal følges og fylles ut.*
- Kontraktsbestemmelser for prosjektering og bygging som regulerer fasen fra inngått leiekontrakt til leiekontrakten starter å løpe.*
- Byggeprogram, Prosjekt Luftfartstilsynet -leie av lokaler i Bodø, datert 11. desember 2007 med følgende vedlegg:*
o kravdokument IKT [...]”

Postadresse
Postboks 439 Sentrum
5805 Bergen

Besøksadresse
Olav Kyrresgate 8
5014 Bergen

Tlf.: +47 55 59 75 00 E-post:
postmottak@kofa.no
Faks: +47 55 59 75 99 Nettside: www.kofa.no

- (4) Det hitsettes fra konkurransegrunnlagets punkt 6 Anbudsprosessen punkt 6.6 og 6.7 som gjelder absolutte krav til innlevert materiale samt forbehold:

”6.6 Absolutte krav til innlevert materiale

Følgende dokumenter skal innleveres innen anbudsfristens utløp:

- *Tilbudsbrev, datert og undertegnet av tilbyder.*
- *Datert og undertegnet av en som har fullmakt til å pådra tilbyder forpliktelser. Er tilbudet undertegnet av andre enn den/de som i henhold til firmaattesten kan forplikte tilbyder, bør tilbyder vedlegge fullmakt.*
- *I tilbudsbrevet skal det gis en oppsummering av hovedtrekkene i tilbudet. Videre skal eventuelle forbehold/avvik som er tatt, angis. Det skal også opplyses hvorvidt det er innlevert alternative tilbud.*
- *Dokumentasjon av at kvalifikasjonskravene iht. tabellen under punkt 7.2 ovenfor oppfylles.*
- *Beskrivelse som dokumenterer at kravene til lokalisering (jfr. byggeprogrammet) er oppfylt.*
- *Redegjørelse for reguleringsmessige forhold ved det aktuelle prosjektet. Dokumentasjonen må redegjøre for at prosjektet kan realiseres.*
- *Bekreftelse på at miljøkrav stilt konkret til prosjektet eller i form av lover og forskrifter vil bli fulgt opp.*
- *Fremdriftsplan, basert på den overordende planen som er beskrevet i punkt 4. Det må fremkomme at det er avsatt tid til brukermedvirkning etter inngått kontrakt. Eventuelle betingelser/absolutte frister for å oppfylle ferdigstillestidspunktet må oppgis. Konsekvensvurdering av forskyvninger i framdriftsplanen.*
- *Den etterspurte dokumentasjonen i tabellen for tildelingskriterier, jfr pkt 8.4 og i byggeprogrammet.*
- *Utfylt leiekontrakt og prosjektavtale. Leietiden skal oppgis i tre alternativer — for henholdsvis 10, 15 og 20 år.*
- *All dokumentasjon skal være utformet på norsk.*

Innleveringen av tilbudet skal følge følgende struktur:

- 1. Tilbudsbrev*
- 2. Leiekontrakt*
- 3. Prosjektavtale*
- 4. Tekniske krav i henhold til pkt. 8.4*

6.7 Forbehold fra konkurransegrunnlaget

Forbehold som ikke er priset, vil kunne bli priset av Luftfartstilsynet for at tilbudene skal kunne sammenlignes. Forbehold som ikke lar seg kostnadsberegne, kan føre til at tilbudet anses ufullstendig og avvises.

Eventuelle forbehold skal være særskilt angitt i tilbyders tilbudsbrev selv om disse også er angitt i andre dokumenter i tilbudet. I den grad forbehold ikke er kommet til uttrykk i tilbudsbrevet anses de ikke tatt fra tilbyders side.”

- (5) Tildelingskriteriene fremgikk av konkurransegrunnlagets punkt 8.4:

”8.4 Tildelingskriterier

Utvelgelsen av utleier vil i utgangspunktet bli basert på en samlet vurdering av det totalt sett økonomisk mest fordelaktig tilbudet som oppfyller de absolutte kravene fremsatt i pkt. 6.6.

Faktisk leiekostnad og driftskostnad for vurderingen vil være leiepris inkludert MVA. Pristilbudet vil bli tillagt MVA for de utleiery som ikke har inkludert i tilbudsprisen og som krever MVA i tillegg til tilbuds leiepris.

<i>Vekt %</i>	<i>Kriterier</i>	<i>Dokumentasjon</i>
<i>30 %</i>	<i>Pris</i>	<i>Total leiepris og leiepris pr. m for ulike arealtyper angitt i tilbud og leieavtale (endringsmultiplikator). Driftskostnader pr. år</i>
<i>10 %</i>	<i>Drift og vedlikehold — ansvarsfordeling i henhold til leiekontrakt</i>	<i>Utfylt leiekontrakt, jfr. pkt. 6.6 Beskrivelse som redegjør for prosedyre og omfang av service og vedlikehold.</i>
<i>30 %</i>	<i>Estetiske og funksjonsmessige egenskaper, herunder blant annet:</i> <i>• Fleksibilitet og arealeffektive løsninger</i> <i>• Hvorvidt bygget gjenspeiler tilsynets egenart.</i> <i>• Høy arkitektonisk kvalitet (se byggeprogram — 02 og 03)</i> <i>• Ved evalueringen av tilbudet vil det bli lagt stor vekt på helhetsløsningen av hvordan funksjonskravene er oppfylt og areal-fordelingen mellom de ulike funksjonene og kategoriene innen for den øvre brutto arealramme på 6 000 m²</i>	<i>Tegninger/arealoversikt:</i> <i>• Situasjonsplan 1:500</i> <i>• Planer og fasader 1:400 (alle etasjeplaner, kjeller og takplan som viser tekniske installasjoner)</i> <i>• Snitt 1:200</i> <i>• Fasadetegninger som viser åpningsvinduer og opplegg for vindusvask 1:100 (tilsvarende dersom det velges helt spesielle løsninger, plan /fasade)</i> <i>• Standard kontor - møblerings- og himlingsplan 1:50</i> <i>• Standardkontor — plan- og veggoppriss (alle vegger) 1:50</i> <i>• Snitt gjennom kontor og gangsoner som viser tekniske installasjoner, skjulte og synlige 1:100</i> <i>• Utsnitt av plantegning som viser standard kontorareal inkl. rekreasjonsøy 1:100.</i>

10 %	Oppfyllelse av byggeprogram - kvalitet	Utdyping av byggeprogrammet dersom det er behov for dette. Eventuelle avvik fra byggeprogram skal beskrives spesielt med henvisning til kapittel.
10 %	Prosjektgjennomføring	Prosjektplan som blant annet skal inneholde; organisasjonsplan, møtestruktur, tilrettelegging for gjennomføringen av brukermedvirkning, framdriftsplan (prosjektering og bygging).
10 %	Lokalenes beliggenhet og tilgjengelighet, herunder høy grad av tilgjengelighet for publikum, herunder funksjonshemmede sentrumsnærhet med gangavstand til offentlig kommunikasjon, offentlige kontorer og private servicenæringer.	Egen beskrivelse —jfr. punkt 6.6.

„

- (6) Det hitsettes fra kontraktsbestemmelsene for prosjektering og bygging punkt 6 og 7:

”6. Mislighold

Dersom utleier ikke oppfyller sine plikter etter disse kontraktsbestemmelsene, og dette ikke skyldes leietaker eller forhold leietaker er ansvarlig for, kan leietaker gjøre misligholdsbeføyelser gjeldende ved bl.a. å:

- a) heve leieavtalen, dersom misligholdet er vesentlig,*
- b) kreve utbedring av mangler og/eller*
- c) kreve erstatning*

Dersom en av partene hindres i å oppfylle sine plikter etter kontraktsbestemmelsene i rett tid, skal han straks varsle den annen part om dette. Den som mottar slikt varsel er forpliktet til så vidt mulig å begrense eventuelle skadevirkningen av slik forsinkelse.

Leietaker kan kreve erstatning for både direkte og indirekte tap som følge av forhold

utleieren hefter for.

Ved forsinket overtakelse som ikke skyldes leietaker, kan leietaker kreve at utleier skal betale konvensjonalbot. Konvensjonalboten skal for hver dags forsinkelse utgjøre 1/365 av den årlige leien i henhold til leieavtalens punkt 4.1. Utleiers samlede dagmulktansvar er begrenset til ett års leie. Ansvarsbegrensningen gjelder ikke dersom forsinkelsen har sin årsak i forsett eller grov uaktsomhet hos utleier eller noen han hefter for.

7. Bilag til avtalen

Som bilag, og del av disse kontraktsbestemmelser, følger:

Bilag 1 - Leiekontrakt

Bilag 2 - Byggeprogram

Bilag 3 - Ytelsesbeskrivelse for Totalentrepriseprosjektering”

- (7) Leiekontraktens punkt 4.6 omhandlet leieregulering:

”Partene kan med tre måneders skriftlig varsel, kreve at leien etter punkt 4.1 reguleres 1. januar hvertår med 100% av endringen i Statistisk Sentralbyrås konsumprisindeks, første gang 1. januar 2012 med utgangspunkt i indeks pr 15. november året før.”

- (8) I byggeprogrammet side 9 betegnet innklagede leiekontrakten som ”leiekontraktsutkast”. Avsnittet hvor betegnelsen ble brukt hitsettes:

”Økonomi

Siden dette er et leieprosjekt vil det ikke bli beregnet noen kostnadsramme for prosjektet.

Tilbyder skal oppgi en fast leie i henhold til leiekontraktsutkastet, basert på kravene i dette dokumentet.”

- (9) Av leiekontraktens bilag ”Drifts- og vedlikeholdsutgifter”, i første avsnitt under overskriften ”Drift” på side 2 fremgår følgende:

”Oversikten viser hvordan ansvaret for gjennomføringen av driftsoppgavene og kostnadene for disse tjenestene skal fordeles mellom utleier og leier. Oversikten er retningsgivende og ikke uttømmende.”

- (10) Innklagede arrangerte et informasjonsmøte 8. januar 2008. Det hitsettes fra referatet:

”7. Forholdet til entreprenør etc

Når utbygger er valgt vil Luftfartstilsynet kun forholde seg til utleier og eventuelt til representanten for den virksomhet som får driftsansvaret om denne er en annen enn utleier. Luftfartstilsynet har ikke byggherreansvar, og vil ikke ta oppgaver som hører til en byggherre. All offisiell og bindende kontakt mot ansvarlig entreprenør, byggmester, ingeniører og lignende ivaretas av utleier.

Merk at Luftfartstilsynet skal inngå en leiekontrakt, ikke en byggekontrakt”.

- (11) Den 8. februar 2008 sendte innklagede en e-post om detaljeringsgraden for de prosjekter som skulle tilbys der det blant annet fremgikk at innklagede skulle inngå en leieavtale.

- (12) Aero AS (heretter kalt klager) innga tilbud innen fristen 1. april 2008. I klagers tilbudsbrief av 31. mars 2008 punkt 3 fremgikk følgende mht leiepriser:

"Tilbudsprisen er kr [...] pr. m² pr. år for 5.997 m² basert på prisnivå pr. 15.03.2008.

Leienivået justeres etter SSB's byggekostnadsindeks frem til innflyttingsdato.

Leienivået justeres 1. januar hvert år etter konsumprisindeksen til Statistisk Sentralbyrå med utgangspunkt i indeks pr. 15. november året før. Første leieregulering skal være 1. januar 2012.

[...]

Leieforholdet løper fra det tidspunkt lokalene overtas og i 20 år.

Det vises for øvrig til utfyllt leieavtale og prosjektavtale"

- (13) Under punkt 7 i samme tilbudsbrief fremgikk følgende:

"Avtaleutkast i tilbudsforespørselen aksepteres med de anmerkninger som er medtatt nedenfor:

Det er ikke inngitt alternative tilbud eller opsjonspriser"

- (14) I klagers tilbud var kontraktsbestemmelsene for prosjektering og bygging punkt 6 endret ved at retten til heving ved vesentlig mislighold var fjernet og punkt 7 fjernet i sin helhet. Det hitsettes fra kontraktsbestemmelsene punkt 6:

"6. Mislighold

Dersom utleier ikke oppfyller sine plikter etter disse kontraktsbestemmelsene, og dette ikke skyldes leietaker eller forhold leietaker er ansvarlig for, kan leietaker gjøre misligholdsbeføyelser gjeldende ved bl.a. å:

a) kreve utbedring av mangler og/eller

b) kreve erstatning

Dersom en av partene hindres i å oppfylle sine plikter etter kontraktsbestemmelsene i rett tid, skal han straks varsle den annen part om dette. Den som mottar slikt varsel er forpliktet til så vidt mulig å begrense eventuelle skadevirkninger av slik forsinkelse.

Leietaker kan kreve erstatning for både direkte og indirekte tap som følge av forhold utleieren hefter for.

Ved forsinket overtakelse som ikke skyldes leietaker, kan leietaker kreve at utleier skal betale konvensjonalbot. Konvensjonalboten skal for hver dags forsinkelse utgjøre 1/365 av den årlige leien i henhold til leieavtalens punkt 4.1. Utleiers samlede dagmulktansvar er begrenset til ett års leie. Ansvarsbegrensningen gjelder ikke dersom forsinkelsen har sin årsak i forsett eller grov uaktsomhet hos utleier eller noen han hefter for."

- (15) Den 9. april 2008 tok innklagede kontakt med klager per e-post for å få opplyst leieprisene for henholdsvis 10 og 15 år, samt presisering av spørsmål knyttet til merverdiavgift. I e-post av 5. mai 2008 tok innklagede kontakt med klager for avklaring av parkeringsspørsmål.

- (16) I brev av 10. juli 2008 ble klager avvist fra konkurransen. Det siteres fra brevet:

En gjennomgang av tilbudet viser dessverre at det foreligger en plikt for Luftfartstilsynet til å avvise dette. Plikten til å avvise tilbudet følger av regelverket om offentlige anskaffelser.

Begrunnelsen for at tilbudet må avvises er flere. I tilbudet til AERO Eiendom AS (heretter betegnet AERO) heter det:

'Tilbudsprisen er kr. [.....] pr. m2 pr. år. for 5.997 m2, basert på prisnivå pr. 15.03.2008.

Leienivået justeres etter SSB 's byggekostnadsindeks frem til innflytningsdato.

Leienivået justeres 1. januar hvert år etter konsumprisindeksen til Statistisk Sentralbyrå med utgangspunkt i indeks pr. 15. november året før. Første leieregulering skal være 1. januar 2012."

Formuleringen innebærer et forbehold mot konkurransegrunnlaget og leiekontraktens bestemmelser. I leiekontrakten punkt 4.6 er det forutsatt at leien skal reguleres første gang 1. januar 2012 og basert på Statistisk Sentralbyrås konsumprisindeks og med utgangspunkt i indeks pr. 15. november året før (dvs. 2011). AERO har imidlertid tatt forbehold om at leieprisen justeres fra 15.03.2008. Basert på det forbeholdet som er tatt i tilbudet til AERO, er det ikke mulig å si med sikkerhet hvilken leiepris som egentlig er tilbud. Tilbudet kan således på dette punkt ikke sammenlignes med de øvrige tilbud. Det følger av anskaffelsesforskriften § 20-13(f) at det foreligger en plikt til å avvise et tilbud dersom det inneholder forbehold som "kan medføre tvil om hvordan tilbudet skal bedømmes i forhold til de øvrige tilbudene". Forbeholdet som er tatt vedrørende leiepris innebærer således i seg selv en plikt til å avvise tilbudet.

Anskaffelsesforskriften § 20-13(1)(d) bestemmer at et tilbud skal avvises "når det inneholder vesentlige forbehold mot kontraktsvilkårene." AERO har tatt forbehold både mot leiekontrakten og kontraktsbestemmelsene. Disse forbeholdene medfører også en plikt og en rett for Luftfartstilsynet til å avvise tilbudet til AERO. I og med at beskrivelsen av leiesummen er tilstrekkelig til at det foreligger en avvisningsplikt går vi ikke nærmere inn på dette. Det bemerkes imidlertid at AERO har tatt ut retten til å heve leiekontrakten ved vesentlig mislighold. AERO har også fjernet punkt 7 i kontraktsbestemmelsene som binder leiekontrakt, byggeprogram og ytelsesbeskrivelse opp til kontraktsbestemmelsene."

- (17) Klager påklaget avvisningen i brev av 28. juli 2008 til innklagede. Det hitsettes fra klagen:

"[...]

2 PRISFORBEHOLD

I leieavtalens punkt 4.6 fremgår det at leieprisen kan reguleres 1. januar hvert år, første gang 1. januar 2012. Det fremgår dermed indirekte at den leieprisen som skal oppgis, ikke skal være gjenstand for regulering før 1. januar 2012. Aero har i sitt tilbud bedt om en justering av leienivået etter SSBs byggekostnad i perioden 15. mars 2008 til innflytningsdato, som senest skal være 1. november 2010.

Da vi utformet tilbudet, var vi ikke oppmerksom på at denne prisangivelsen var i strid med anbudsinnbydelsen. I ettertid erkjenner vi likevel at prisen innebærer et forbehold. Derimot bestrider vi at forbeholdet ikke lar seg beregne. Luftfartstilsynet kan gjøre en forsvarlig vurdering av hvilken betydning en regulering i henhold til SSBs

byggekostnadsindeks i perioden mars 2008 til november 2010 vil få for Aeros pristilbud, og deretter sammenligne dette med de øvrige tilbudene.

Vi viser i den forbindelse til konkurransegrunnlaget punkt 6.7, der det heter følgende: Forbehold som ikke er priset vil kunne bli priset av Luftfartstilsynet for at tilbudene skal kunne sammenlignes. Forbehold som ikke lar seg kostnadsberegne kan føre til at tilbudet anses ufullstendig og avvises.

Dette er i samsvar med forskrift om offentlige anskaffelser §§ 20-13 (1) bokstavene d og f samt etablert praksis. Om selve prissettingen av forbehold vises det til Klagenemnda for offentlige anskaffelser sak 2006/52, der nemnda uttalte at:

Det hører under oppdragsgivers innkjøpsfaglige skjønn å foreta en forsvarlig prissetting avforbehold slik at tilbudene kan sammenlignes. Prissettingen kan ikke overprøves av nemnda med mindre den er skjedd på uriktig faktisk grunnlag eller at fastsettelsen ellers ikke er foretatt på forsvarlig måte.

Den refererte saken gjaldt store prispåslag for forbehold vedrørende grunnforhold, som selvsagt vil være usikre. Nemnda hadde likevel ingen innvending mot at oppdragsgiveren foretok en beregning av de økonomiske konsekvensene av forbeholdet, i stedet for å avvise tilbudet. Vi viser også til klagenemndas avgjørelse i sak 2005/16, der det var tatt en rekke forbehold, blant annet en årlig prisjustering. Klagenemnda uttalte at [Tilbyderen} hadde tatt flere forbehold i sitt tilbud. Forbeholdene var ikke så uklare at det skulle være noe i veien for å foreta en beregning av hva de ville bety målt i kroner og øre. Klagenemnda kan derfor ikke se at innklagede skulle eller kunne ha avvist tilbudene fra [tilbyderen} etter forskriftens § 8-10 (1) d.

Forskriftshenvisningene i saken gjelder den forrige forskriften om offentlige anskaffelser.

Regelverket er imidlertid ikke endret når det gjelder rekkevidden av avvisningsplikten ved forbehold .

Når det gjelder vår sak, var det tatt forbehold om regulering i henhold til SSBs byggekostnadsindeks i perioden 15. mars 2008 til 1. november 2010. Byggekostnadsindeksen fra SSB er offentlig tilgjengelig, og svært ofte brukt av aktørene i bransjen. Denne statistikken danner således et godt utgangspunkt for oppdragsgivers innkjøpsfaglige skjønn;

Vedlegg 1: 10.7.2008, Byggekostnadsindeks for bustader

Vi har innhentet et notat vedrørende forventet stigning i byggekostnadsindeksen i perioden 15. mars 2008 til 1. november 2010 fra Prognosesenteret AS ved sjeføkonom Kjell Senneset:

Vedlegg 2: 25.7.2008, Notat om byggekostnadsutviklingen fra Prognosesenteret AS.

[...]

Analysen fra Prognosesenteret AS er standardisert, og var tilgjengelig for oss samme dag som vi bestilte den. Vi mener å med rimelighet kunne forvente at oppdragsgiver innenfor anbudskonkurransens rammer kunne foreta et forsvarlig skjønn over dette indeksforbeholdet, om så er med ekstern bistand som for eksempel fra Prognosesenteret AS.

[...]

Vårt poeng med ovennevnte talleksempel er at vårt prisforbehold med enkle midler lar seg kostnadsberegne i samsvar med bestemmelsen i punkt 6.7 i anbudsinnbydelsen. Luftfartstilsynet kan foreta et forsvarlig og fullt ut lovlig innkjøpsfaglig skjønn over prisen slik den fremgår i vårt tilbudsbrief.

Vår oppfatning er således at det er direkte galt at vårt prisforbehold ikke lar seg kostnadsberegne med tilfredsstillende sikkerhet i samsvar med anbudsinnbydelsen og regelverket om offentlige anskaffelser for øvrig.

[...]

Skulle Luftfartstilsynet anslå at byggekostnadene vil stige mer i de to nærmeste årene, kan oppdragsgiver legge til grunn et høyere prosenttall. Dette så lenge beregningen er forsvarlig, jf det siterte fra klagenemndas avgjørelser ovenfor.

Luftfartstilsynet har altså ingen plikt til å avvise tilbudet fra Aero på bakgrunn av prisforbeholdet. På bakgrunn av at anbudsgrunnlagets punkt 6.7 gir inntrykk av at tilbyderne står fritt til å ta forbehold, samt at det ikke var klart angitt at prisene ikke kunne reguleres før 1. januar 2012, er vi av den oppfatning at Luftfartstilsynet heller ikke har rett til å avvise tilbudet basert på dette forbeholdet.

Vi nevner for ordens skyld at prisen bare er ett av tildelingskriteriene, vektet med 30 %. Spørsmålet er om tilbudet fra Aero kan sammenlignes med de øvrige tilbudene alle kriterier sett under ett, dvs. etter en full tilbudsevaluering, der også elementer utenfor prissettingen er relevante og skal tillegges vekt.

3 PÅSTAND OM FORBEHOLD MOT MISLIGHOLDSBEFØYELSENE

Ved feil skrift fra Aeros side er punkt 6 i kontraktsvilkårene blitt endret noe. For det første bortfaller dette som et eventuelt forbehold i samsvar med anbudsinnbydelsen punkt 6.7 2. avsnitt siste punktum. Her fremgår det at "[I] den grad forbehold ikke er kommet til uttrykk i tilbudsbriefet anses de ikke tatt fra tilbyders side."

Videre innebærer ovennevnte ingen innholdsmessig endring sammenholdt med konkurransegrunnlaget. I tilbudet heter det at

Dersom utleier ikke oppfyller sine plikter eller disse kontraktsbestemmelsene, og dette ikke skyldes leietaker eller forhold leietaker er ansvarlig for, kan leietaker gjøre misligholdsbeføyelser gjeldende ved bl.a. å:

a) kreve utbedring av mangler og/eller

b) kreve erstatning

[. ..]

Uttrykket "bl.a." er understreket her. Dette signaliserer at de opplistede misligholdsbeføyelsene ikke er uttømmende, og at de dermed må suppleres av alminnelig kontraktsvilkår (bakgrunnsretten). Vesentlig mislighold gir generelt grunnlag for hevning og trenger ikke å tas særskilt inn i kontraktsvilkårene. Det vises i den forbindelse til Hagstrøm, Obligasjonsrett, 2004, s. 410 flg. Det er også derfor ikke tvilsomt at et vesentlig mislighold gir grunnlag for å heve en eventuell kontrakt med Aero, på samme måte som overfor de øvrige tilbyderne.

4 KONTRAKTSVILKÅRENES PUNKT 7 - ANGIVELSE AV HVA SOM ER OMFATTET AV KONTRAKTEN

Aero har unnlatt å gjengi kontraktsvilkårenes punkt 7 i sitt tilbud. For det første bortfaller dette som et eventuelt forbehold i samsvar med anbudsinnbydelsen punkt 6.7

2. avsnitt siste punktum "[I] den grad forbehold ikke er kommet til uttrykk i tilbuds brevet anses de ikke tatt fra tilbyders side."

Videre innebærer dette ikke at det er forsøkt å ta forbehold mot det som står i bestemmelsen, nemlig at også leiekontrakten, byggeprogrammet og ytelsesbeskrivelsen er en del av den helheten det inngis tilbud på. Det er selvsagt at leiekontrakten, byggeprogrammet og ytelsesbeskrivelsen er en del av avtalen - det er jo nettopp dette konkurransen gjelder. Det er derfor helt unødvendig å ta inn dette som en del av kontraktsvilkårene, og det faktum at oppstillingen av vedlegg i punkt 7 ikke er inkludert som en del av tilbudet, innebærer ikke at det er tatt forbehold.

Vi understreker at Aero ikke har nevnt noen forbehold i tilbuds brevet. Dette ville vært naturlig dersom Aero hadde ment å ta forbehold mot punktene 6 og 7 i kontraktsvilkårene, og skulle under enhver omstendighet avskjære Aero fra å påberope seg noen forbehold mot punkt 6 og 7.

[...]"

- (18) Innklagede opprettholdt avvisningen i sitt brev av 13. august 2008.
- (19) Saken ble brakt inn for klagenemnda i brev av 28. august 2008. Innklagede avventer inngåelse av kontrakt i saken til klagenemnda har behandlet saken.

Anførsler:

Klagers anførsler:

- (20) Klager anfører at innklagede har brutt kravet til forutberegnelighet i lovens § 5 ved å ha gitt motstridende opplysninger om hvilket regelverk som kommer til anvendelse i kunngjøringen og konkurransegrunnlaget. Det synes som innklagede ved avvisningen har vurdert konkurransen som en konkurranse om bygge- og anleggskontrakt ved å ha anvendt forskriften og dennes del III, hvilket det ikke kan være grunnlag for.
- (21) Anbudet gjelder en reell leiekontrakt, ikke en bygge- og anleggskontrakt. Det var ikke lagt opp til at innklagede skulle ha opsjon på kjøp eller forkjøpsrettsbestemmelser. Det ble i konkurransegrunnlaget og i informasjonsmøte presisert at konkurransen gjaldt en leiekontrakt, mens kunngjøringen er uklar på dette punktet.
- (22) Forskriften om offentlige anskaffelser kommer ikke til anvendelse på anskaffelser som gjelder leie av fast eiendom. Unntaket i forskriftens § 1-3(2)b gjelder også bygg under oppføring. Anskaffelsen er regulert gjennom lov om offentlige anskaffelser. Uavhengig av om lovens § 5 i alminnelighet gir direkte hjemmel for å avvise tilbud, oppstår en reell usikkerhet om hvorvidt det er hjemmel for å avvise tilbudet fra klager, eller om innklagede ut fra prinsippet om forutberegnelighet vil ha en rett eller plikt til å foreta avklaringer. Innklagedes uklare standpunkt til hvilket regelverk som kommer til anvendelse medfører en usikkerhet for tilbyderne som er i strid med det grunnleggende prinsippet om forutberegnelighet i lovens § 5.
- (23) Klager viser til innklagedes annonse av 3. januar 2008 om anbudskonkurranse for leie av lokaler og avisartikkel av 9. januar 2008 fra Avis Nordland som dokumentasjon for at innklagede skulle inngå en leiekontrakt.

- (24) Klager anfører at innklagede har brutt lovens krav om forutberegnelighet i § 5 ved å ha gitt uklare opplysninger om det var tillatt å endre leiekontrakten i konkurransegrunnlaget. Det høye antall avviste tilbud fra profesjonelle aktører taler for at konkurransegrunnlaget har bydd på tolkningstvil.
- (25) Klager viser til at konkurransegrunnlaget fravek fra den alminnelige beregningsmåte for leiepris, og det anføres at konkurransegrunnlaget åpnet for forbehold mot indeksreguleringen.
- (26) Når innklagede fraviker fra det som er den normale måten å fastsette leiepris, og det ikke skal være adgang til å reservere seg mot denne beregningsmåten, må innklagede ha ansvar for at dette kommer klarere frem i konkurransegrunnlaget. Det vises til departementets (FAD) Veileder (2006) til forskriften punkt 9.8 og til at det i anbudsinnbydelsen punkt 6.6 om ”*Absolutte krav til innlevert materiale*” ikke særskilt fremheves at indeksreguleringen er et absolutt krav.
- (27) Klager anfører at innklagede har brutt kravet til forutberegnelighet i lovens § 5 ved å ha avvist tilbudet fra klager. Det anføres at vilkårene for avvisning ikke er oppfylt, uavhengig av om forskriften kommer til anvendelse, da klagers tilbud på en forsvarlig måte kunne sammenlignes med øvrige tilbud. Det vises til punkt 2 i klagers klage til innklagede. I tilbudet fra klager skulle leien reguleres i henhold til Statistisk sentralbyrå sin byggekostnadsindeks frem til innflyttingsdato. Alternativet ville være å sette inn en høyere pris hvor prisstigningen var kalkulert inn.
- (28) Klager anfører at det ikke kan være problematisk å sammenligne tilbudene da innklagede kan prise forbeholdet, jf ovenfor. Det vises videre til at en eventuell usikkerhet ved leieprisen er ubetydelig sammenliknet med den usikkerhet innklagede har akseptert vedrørende driftskostnader.
- (29) Klager anfører at innklagede med enkle midler kunne fått spørsmål om indeksregulering avklart på en forsvarlig måte.
- (30) Det anføres subsidiært at usikkerheten i konkurransegrunnlaget med hensyn til angivelse av pris medfører brudd på lovens krav til forutberegnelighet slik at konkurransen skulle vært avlyst.
- (31) Klager anfører videre at det ikke er grunnlag for å avvise klagers tilbud fordi det inneholder forbehold mot kontraktsvilkårene. Det vises til klagers klage til innklagede av 28. juli 2008 punkt 3 og 4.
- (32) Klager anfører at konkurransegrunnlaget må forstås slik at det åpner for at leiekontrakten kan tilpasses av den enkelte tilbyder. Det vises til at det ble opplyst under informasjonsmøtet at leiekontrakten som fulgte dokumentene var utformet etter standard oppsett fra staten. Dette ble oppfattet som at kontrakten var et generelt utgangspunkt som kunne tilpasses de konkrete forholdene. Det ble ikke sagt at det ikke var adgang til å justere ansvarsforholdene i kontrakten.
- (33) Det vises videre til første kulepunkt på side 3 i anbudsinnbydelsen hvor det står at kontrakten kan fylles ut. Dette støttes av konkurransegrunnlaget punkt 6.6 hvor det sies at eventuelle forbehold og avvik skal angis særskilt. Det følger da forutsetningsvis at det kan gjøres endringer. Det samme følger av punkt 6.7 som gjelder forbehold som

ikke er priset vil kunne prises av innklagede. Det vises også til at det nederst på s. 9 i Byggeprogrammet ble ordet "*leiekontraktsutkastet*" benyttet. Teksten i leiekontraktens vedlegg "*Drifts- og vedlikeholdsutgifter*" støtter denne tolkingen av konkurransegrunnlaget der det fremgår under overskriften Drift at "*Oversikten er retningsgivende og ikke uttømmende*". Dette kan tolkes slik at tilbyder kunne endre på ansvarsfordelingen ved at oversikten kun var retningsgivende og ikke bindende.

- (34) De konkrete endringene klager har foretatt i kontraktsutkastet medfører verken enkeltvis eller samlet vesentlige forbehold mot kontraktsvilkårene og gir derfor ikke grunnlag for å avvise klagers tilbud. Konkurransegrunnlaget har åpnet for å ta mindre vesentlige forbehold, og alle de ovennevnte forbehold kan prissettes.
- (35) Klager anfører videre at, dersom innklagede fastholder at det ikke var mulig å gjøre endringer i avtaleutkastet eller ta forbehold, så er konkurransegrunnlaget så uklart at konkurransen skulle vært avlyst på grunn av brudd på kravet til klarhet og forutberegnelighet.
- (36) Klager anfører subsidært, forutsatt at forskriften får anvendelse og at tilbudet inneholder vesentlige forbehold mot kontraktsvilkårene, jf § 20-13(1) bokstav d, at innklagede har brutt forhandlingsforbudet i anskaffelsesforskriften § 21-1 ved å ha kontaktet tilbyderne og bedt om avklaring av tilbudet.

Innklagedes anførsler:

- (37) Innklagede anfører at anskaffelsen må anses som en bygge- og anleggskontrakt. Det ble derfor krysset av for dette i kunngjøringen, og dette ble gjentatt i informasjonsmøtet den 8. januar 2008, men at det var en leiekontrakt som skulle inngås. Det var dermed klart hvilket regelverk som kom til anvendelse. Måten konkurransen skulle gjennomføres på og hvilket regelverk som kom til anvendelse var dermed forutberegnelig for tilbyderne.
- (38) Hvorvidt anskaffelsesforskriften kommer til anvendelse eller ikke har imidlertid ikke betydning i saken, da de aktuelle avvisningsreglene følger av kravet til likebehandling og derfor gjelder i henhold til anskaffelseslovens § 5. Når det er gjennomført en anbudskonkurranse følger det både av lovens § 5 og av anbudsrettlige prinsipper at det er snever adgang til å rette feil eller foreta avklaringer. Grensedragningen for hva som kan rettes eller avklares må skje etter de samme linjer uavhengig av om de detaljerte prosedyre reglene i anskaffelsesforskriften kommer til anvendelse eller ikke.
- (39) Innklagede har uansett lagt til grunn i kunngjøringen at reglene for bygge- og anleggskontrakter skal benyttes i konkurransen.
- (40) Innklagede kan ikke se at annonsen eller artikkelen vedlagt klagers prosesskrift av 14. november 2008 endrer på at det er reglene for bygge- og anleggskontrakter som skal følges. En oppdragsgiver kan alltid frivillig underlegge seg et strengere regelverk enn det forskriften fastlegger. Innklagede mener det reelt sett er en bygge – og anleggskontrakt som skal inngås, da innklagede skal ha stor innflytelse på utformingen av lokalene.
- (41) Innklagede anfører at han hadde rett og plikt til å avvise klager. En oppdragsgiver er aldri forpliktet til å godta et tilbud med et forbehold som ikke er ubetydelig, jf anskaffelsesforskriften § 20-13(2)a, og har derfor alltid rett til å avvise et slikt tilbud. I dette tilfellet ville det vært i strid med anskaffelsesforskriften § 20-13(2)a, samt kravet

til likebehandling i lovens § 5 å akseptere forbeholdet da forbeholdet er av en slik art at det av den grunn er tvil om hvordan tilbudet skal sammenlignes med de øvrige.

- (42) Innklagede kan opplyse om at to av de øvrige tilbyderne har akseptert at de ble avvist som følge av forbehold mot indeksreguleringen. Det kan videre ikke være tvil om at leiekontrakten forutsetter at indeksreguleringen først skal skje i 2012. Det vises til leiekontraktens punkt 4.6 hvor det uttrykkelig fremgår at første gangs indeksregulering først skal skje i 2012. Det har da ingen betydning at det ikke er vanlig ved denne type leiekontrakter å indeksregulere først etter noen år.
- (43) Når det gjelder departementets (FAD) Veileder (2006) til forskriften punkt 9.8 gjelder denne forskriftens § 3-11 første ledd hvor det blant annet anbefales at man ikke avviker benyttede kontraktsstandarder. I dette tilfellet har innklagede gjort en saklig vurdering av at det er ønskelig at tilbyder skal ta risikoen for prisendringer frem til 2012. Dette er på ingen måte i strid med anskaffelseslovens regler.
- (44) Utgangspunktet er at en leverandør alltid kan ta forbehold som ikke er vesentlige, men at leverandøren alltid løper en risiko ved å ta forbehold da oppdragsgiver ikke er forpliktet til å akseptere tilbud med forbehold med mindre forbeholdet må anses som ubetydelig. Et forbehold mot indeksregulering er klart ikke ubetydelig da det har klare økonomiske konsekvenser og dermed også betydning for hvordan forbeholdet skal evalueres.
- (45) Forskriftens § 20-13(2)a forutsetter at det er forsøkt å foreta avklaringer, men i denne saken var forbeholdet klart, og det er ikke noe krav om å foreta en formålsløs avklaring før avvisning kan finne sted.
- (46) Innklagede anfører at det ikke er grunnlag for å hevde at adgangen til å ta forbehold og ikke minst oppdragsgivers plikt til å godta forbehold, er videre i denne anskaffelsen enn det som følger av alminnelige regler. Det er riktig at konkurransegrunnlagets punkt 6.7 sier noe om hvordan forbehold vil kunne bli behandlet, men denne sier ikke mer enn det som følger av ulovfestede anbudsrettslige regler og de grunnleggende kravene i lovens § 5. Konkurransegrunnlagets punkt 6.6 regulerer ikke spørsmålet om adgangen til å ta forbehold. Bestemmelsen gir instruks om hvilke type dokumentasjon som skal vedlegges tilbudet og har ingenting med herværende problemstilling å gjøre.
- (47) Innklagede anfører videre at det ikke forelå noen uklarhet for innklagede å avklare da det ikke var uklart at klager hadde tatt forbehold mot leiekontraktens bestemmelser om indeksregulering.
- (48) Innklagede anfører at klagers forbehold om indeksregulering medfører tvil om hvordan tilbudene skulle rangeres i forhold til hverandre, og det er ikke mulig å foreta en forsvarlig økonomisk vurdering av den økonomiske betydningen av forbeholdet. Det vil derfor være i strid med kravet om likebehandling å forsøke å foreta en kostnadsberegnelig av forbeholdet. Det ligger uansett til innklagedes innkjøpsfaglige skjønn å vurdere hvorvidt det er akseptabelt å godta et slikt forbehold med den økonomiske usikkerheten som vil være knyttet til det.
- (49) Innklagede kan ikke se at klagers anførsel om usikkerheten knyttet til driftskostnader har betydning for innklagedes rett og plikt til å avvise i dette tilfellet. Det er opp til innklagede å vurdere hvilken innkjøpsfaglig risiko han vil påta seg ved anskaffelsen og

at reguleringen av driftskostnader er i samsvar med standard leiekontrakt. Det vises videre til at antatte driftsutgifter ikke er bindende.

- (50) Når innklagede vurderte det dit hen at det verken var adgang eller ønskelig å akseptere ytterligere usikkerhet rundt total leiepris, er dette et skjønn som bare i begrenset grad kan overprøves. Skjønnets kan ikke sies å være urimelig eller uforsvarlig. Avvisningen fremstår heller ikke som uforutberegnelig. Det foreligger derfor ikke brudd på lovens § 5 ved å avvise tilbudet fra klager.
- (51) Når det gjelder klagers anførsel om at innklagede skulle innhentet konsulentbistand for å kunne foreta et forsvarlig skjønn over indeksreguleringen, anfører innklagede at han hadde tilstrekkelig kompetanse til å vurdere dette selv. Beregningene viser at det knytter seg stor usikkerhet til rangering av tilbudene i forhold til hvilke prognoser som legges til grunn. Rangering av tilbudene endres ved forholdsvis små justeringer av tilbudssummen i henhold til ulike forsvarlige prognoser for beregning av konsumprisindeksen. Dette er således i kjerneområdet om at avvisning skal skje dersom tilbudene ikke kan sammenlignes med de øvrige. Det vises videre til at det hefter stor usikkerhet til hvordan ulike indekser vil utvikle seg fremover. Størrelsen på avviket vil derfor ikke være mulig å beregne på en forsvarlig måte og dermed foreligger det en avvisningsplikt. Denne usikkerheten er uansett av en slik art at en oppdragsgiver ikke er forpliktet til å akseptere og det foreligger i alle fall en avvisningsrett.
- (52) Innklagede fastholder at det foreligger ytterligere avvisningsgrunner knyttet til klagers tilbud. Dette gjelder forbehold mot leiekontrakten og kontraktsbestemmelsene. Klager har tatt ut retten til å heve kontrakten ved vesentlig mislighold, samt fjernet punkt 7 i kontraktsbestemmelsene. Forbeholdene må anses som vesentlige, slik at også disse forbeholdene medfører at det foreligger avvisningsplikt.
- (53) Innklagede anfører at det ikke er anledning til å ta vesentlige forbehold eller forbehold av en slik art at tilbudet som inneholder forbehold ikke kan sammenlignes med de øvrige. Dette følger av kravet til likebehandling samt av forskriftens § 20-13(1) d og f og er helt nødvendige i en anbudskonkurranse hvor det er en forutsetning at tilbudene er sammenlignbare slik de foreligger ved innleveringen, jf forhandlingsforbudet.
- (54) Konkurranses grunnlaget åpner uansett ikke for å endre leiekontrakten slik klager hevder. Konkurranses grunnlaget inneholder ingen bestemmelser om at tilbyder kan foreslå endringer til leiekontrakten. De opplysningene og bestemmelsene klager viser til i denne sammenheng, se klagen side 7, har ingen relevans for den påståtte endringsadgangen.
- (55) Det vises for det første til at det er ikke naturlig å utlede av informasjonene at leiekontrakten er utformet etter standard oppsett fra staten, at det innebærer en rett for tilbyderne til å endre leiekontrakten i sitt tilbud.
- (56) For det annet viser klager til første kulepunkt i konkurranses grunnlaget side 3 hvor det fremgår at leiekontrakten skal ”fyller ut”. Dette er kun en henvisning til at de stedene som i leiekontrakten i utkastet står åpent ved angivelse av ” ” i kontrakten, skal fylles ut i henhold til inngitt tilbud. Dette er ikke ment som en adgang til tilbyderne å fritt endre kontrakten. Når man ser leiekontrakten i sammenheng med kulepunkt 1 i konkurranses grunnlaget, er dette en naturlig objektiv fortolkning.

- (57) For det tredje følger det ikke av at det i byggeprogrammet på side 9 er brukt begrepet *"leiekontraktutkast"*, at tilbyderne sto fritt til å endre på leiekontrakten i sitt tilbud. *"Leiekontraktsutkast"* viser ikke til annet enn at leiekontrakten inntatt i konkurransegrunnlaget må fylles ut før den er en fullstendig leiekontrakt mellom utleier og leietaker. Ordlyden i en bestemmelse i byggeprogrammet kan uansett ikke gi tilbyderne rett til å endre leiekontrakten på generelt grunnlag.
- (58) Til sist viser klager til ordlyden i leiekontraktens vedlegg *"Drifts- og vedlikeholdsutgifter"* og at det der fremgår at *"Oversikten er retningsgivende og ikke uttømmende"*. Betydningen av denne formuleringen er selvfølgelig at det kan tenkes andre drifts- og vedlikeholdsutgifter som ikke er angitt i dette vedlegget. Ordlyden i dette vedlegget kan uansett ikke gi tilbyderne rett til å endre leiekontrakten på generelt grunnlag.
- (59) Innklagede kan ikke se, jf ovenfor, at det var uklarheter til hvordan konkurransegrunnlaget var å forstå, og det var derfor ikke grunnlag for å avlyse konkurransen.
- (60) Innklagede kan ikke se at forhandlingsforbudet er brutt, jf anskaffelsesforskriften § 21-1 første ledd. Klager har ikke utdypet nærmere hva som eventuelt skal være i strid med forhandlingsforbudet. Kontakten mellom partene har uansett ikke medført at tilbudet fra klager på noen måte er blitt endret.

Sekretariatets vurdering:

- (61) Klager har deltatt i konkurransen, og har saklig klageinteresse, jf forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6 2. ledd. Klagen er rettidig.

Regelverk

- (62) Det må først tas stilling til hvilket regelverk som får anvendelse for anskaffelsen. Det er ikke omtvistet at lov om offentlige anskaffelser av 16. juli 1999 nr 69 får anvendelse. Spørsmålet er om forskrift om offentlige anskaffelser av 7. april 2006 nr 402 kapittel III skal følges ved gjennomføring av anskaffelsen.
- (63) Utgangspunktet er at forskrift om offentlige anskaffelser av 7. april 2006 nr 402 får anvendelse ved *"tildeling av offentlige vare-, tjeneste- og bygge- og anleggskontrakter"*, jf forskriftens § 1-3 (1), med mindre det finnes et særskilt unntak fra dette. Det følger av unntaket i forskriftens § 1-3(2)b hvor det fremgår at forskriften ikke kommer til anvendelse på:

"kontrakter om erverv eller leie, uten hensyn til finansieringsform, av jord, eksisterende bygninger eller annen fast eiendom, eller om rettigheter til slik eiendom."

- (64) Sekretariatet finner at det ikke er nødvendig å ta stilling til om anskaffelsen faller inn under unntaket i forskriftens § 1-3 (1) b, da sekretariatet har kommet til at det fremkommer av kunngjøringen punkt II 1.2 a at innklagede har valgt å følge forskrift om offentlige anskaffelser del III ved anskaffelsen. Innklagede må da anses avtalerettslig forpliktet til å følge denne del av forskriften ut fra lovens krav til forutberegnelighet. Det vises til klagenemndas saker 2003/146 og 2003/267. Det kan heller ikke være noe til hinder for at innklagede velger å følge forskriften eller en

strengere del av forskriften dersom dette er ønskelig selv om anskaffelsen formelt sett ikke omfattes av disse reglene.

- (65) Sekretariatet finner etter dette at innklagede har mulighet til, og også forpliktet seg til, å følge reglene i forskriften del III ved gjennomføring av anskaffelsen selv om ikke anskaffelsens verdi og art skulle tilsi dette.
- (66) Anskaffelsen følger etter dette lov om offentlige anskaffelser av 16. juli 1999 nr 69 og forskrift om offentlige anskaffelser av 7. april 2006 nr 402 del III.

Forutberegnelighet

- (67) Klager har anført at innklagede har opptrådt i strid med kravet til forutberegnelighet i lovens § 5 ved å ha gitt motstridende opplysninger om hvilket regelverk som kommer til anvendelse i kunngjøringen og konkurransegrunnlaget.
- (68) Det følger av kravet til forutberegnelighet i lovens § 5 (3) at oppdragsgiver i anskaffelsesprosessen må forholde seg til opplysninger som er gitt i kunngjøringen og i prosessen ellers, se klagenemndas sak 2008/39 premiss (82). Det følger av drøftelsen ovenfor at innklagede gjennom kunngjøringen har forpliktet seg til å følge forskriftens del III ved gjennomføring av konkurransen.
- (69) Klager har anført at innklagede opplyste på informasjonsmøtet 8. januar 2008 at det kun var anskaffelsesloven som ville bli fulgt i anskaffelsesprosessen, mens innklagede hevder at det på samme møte ble opplyst at anskaffelsesforskriften ville bli fulgt. Da referatet ikke sier noe om dette, kan sekretariatet ikke ta stilling til disse påstandene. Klager har ikke dokumentert anførselen utover henvisningen til informasjonsmøtet, og sekretariatet kan ikke se av sakens dokumenter at det fremgår at det kun er anskaffelsesloven som kommer til anvendelse under anskaffelsesprosessen. Sekretariatet bemerker at det ikke foreligger motstrid ved at innklagede følger forskriftens del III ved inngåelse av en leiekontrakt.
- (70) Sekretariatet finner på denne bakgrunn at klagers anførsel om at innklagede har brutt kravet til forutberegnelighet i lovens § 5 ved å ha gitt motstridende opplysninger om hvilket regelverk som kom til anvendelse i kunngjøringen og konkurransegrunnlaget, ikke kan føre frem.

Endringsadgang av leiekontrakten. Avlysning

- (71) Klager har anført at innklagede har brutt lovens krav til forutberegnelighet i § 5 ved å gi uklare opplysninger vedrørende adgang til å endre leiekontrakten i konkurransegrunnlaget. Hvis konkurransegrunnlaget ikke åpnet for å gjøre endringer i avtaleutkastet eller ta forbehold, anføres det at konkurransegrunnlaget var så uklart at konkurransen skulle vært avlyst på grunn av kravet til klarhet og forutberegnelighet i lovens § 5.
- (72) Sekretariatet tar først stilling til om konkurransegrunnlaget må anses uklart med hensyn til om det var adgang til å gjøre endringer i leiekontrakten.
- (73) Utgangspunktet i en åpen anbudskonkurranse er at kontrakten fastsettes ensidig av oppdragsgiver og uten adgang til forhandlinger om vilkårene, jf forhandlingsforbudet i forskriftens § 21-1 (1) sammenholdt med § 17-2 (1), som er til hinder for endringer i konkurransegrunnlaget etter tilbudsfristens utløp.

- (74) Det følger videre av § 20-3 at en leverandør kan ta forbehold som ikke er vesentlige, men at leverandøren alltid løper en risiko ved å ta forbehold da oppdragsgiver ikke er forpliktet til å godta tilbud med forbehold med mindre forbeholdet må anses som ubetydelig, jf forskriftens § 20-13(2)a.
- (75) Klager har vist til en rekke forhold til støtte for anførselen om at det er gitt uklare opplysninger i konkurransegrunnlaget med hensyn til adgangen til å endre leiekontrakten. Sekretariatet kan ikke se at disse kan føre frem. At innklagede benyttet en standard leiekontrakt for Staten innebærer ikke en rett for tilbyderne å endre kontrakten. Det vises videre til at kontrakten i byggeprogrammet side 9 er betegnet som *"utkast til leiekontrakt"* ikke medfører en generell rett for tilbyderne til å endre kontrakten. Sekretariatet finner videre at konkurransegrunnlagets punkt 6.7 sier noe om hvordan forbehold vil kunne bli behandlet, men denne sier ikke mer enn det som følger av ulovfestede anbudsrettslige regler og de grunnleggende kravene i lovens § 5. En naturlig språklig forståelse av konkurransegrunnlagets kulepunkt 1 hvor det fremgår at leiekontrakten skal *"fylles ut"*, er at de tomme feltene i kontrakten skal fylles ut i henhold til inngitte tilbud. Klager kan heller ikke bli hørt med argumentet om at ordlyden i leiekontraktens vedlegg *"Drifts- og vedlikeholdsutgifter"* der det fremgår at *"Oversikten er retningsgivende og ikke uttømmende"* kan gi tilbyderne en rett til å endre leiekontrakten på generelt grunnlag.
- (76) Sekretariatet finner at innklagede ikke har gitt uklare opplysninger om det var tillatt å endre leiekontrakten i konkurransegrunnlaget. Klagers anførsel fører ikke frem.
- (77) Klagers anførsel om at konkurransegrunnlaget er så uklart at konkurransen skulle vært avlyst, kan på bakgrunn av resultatet i drøftelsen ovenfor ikke føre frem.

Endringsadgang av indeksregulering. Avlysning.

- (78) Klager har anført at usikkerheten i konkurransegrunnlaget med hensyn til angivelse av pris medfører brudd på lovens krav til forutberegnelighet slik at konkurransen skulle vært avlyst. Sekretariatet viser til leiekontrakten punkt 4.6 hvor det fremgår at leien skal indeksreguleres første gang 1. januar 2012. Det vises videre til anbudsinnbydelsen side 3 hvor det fremgår at leiekontrakten skal følges. Sekretariatet kan etter dette ikke se at kravet til forutberegnelighet er brutt, og klagers anførsel fører ikke frem.

Avvisning av klagers tilbud

- (79) Klager har anført at vilkårene for avvisning ikke er oppfylt, og at innklagede derfor har brutt kravet til forutberegnelighet ved å avvise klagers tilbud.
- (80) Det følger av ordlyden i § 20-13(1) f at plikten til å avvise et tilbud på grunn av forbehold inntreder dersom det *"kan medføre tvil om hvordan tilbudet skal bedømmes i forhold til de øvrige tilbudene"*. Bestemmelsen medfører at oppdragsgiver skal avvise et tilbud som inneholder forbehold av økonomisk betydning som ikke kan prissettes, se for eksempel klagenemndas sak 2003/187.
- (81) Det er ikke omtvistet at klagers tilbud inneholdt et forbehold mot leiekontraktens punkt 4.6 hvor det fremgår at indeksregulering av leien først skal skje i 2012. Klagers tilbud er basert på prisnivå pr 15. mars 2008 og skal justeres etter Statistisk Sentralbyrås byggekostnadsindeks frem til innflyttingsdato jf klagers tilbudsbrief punkt 3.

- (82) Spørsmålet er om klagers forbehold om indeksregulering kan medføre tvil om hvordan tilbudet skal vurderes i forhold til de øvrige tilbudene, jf forskriftens § 20-12(1) f.
- (83) Forbeholdet medfører at tilbudene ikke er direkte sammenlignbare med hensyn til priskriteriet, da de øvrige tilbudene ikke skal indeksreguleres før i 2012. Forbeholdet medfører også at risikoen for prisendringer er overført fra tilbyder til oppdragsgiver.
- (84) Klager har anført at innklagede skulle prissatt forbeholdet, og at det ved en prissettelse ikke ville medføre tvil om hvordan tilbudet skulle vurderes. Innklagede har anført at forbeholdet ikke er kostnadsberegnet fordi det ikke er mulig å foreta en forsvarlig vurdering av den økonomiske betydningen av forbeholdet da det vil hefte økonomisk usikkerhet ved en kostnadsberegning av forbeholdet basert på økonomiske prognoser. Klagenemnda kan ikke grunnlag for å overprøve innklagedes innkjøpsfaglige skjønn på dette punktet, og sekretariatet har kommet til at innklagedes avvisning, er i samsvar med vilkårene for avvisning i forskriftens § 20-13(1) f.

Avklaringsplikt

- (85) Klager har anført at innklagede med enkle midler kunne fått spørsmål om indeksregulering avklart på en forsvarlig måte. Sekretariatet forstår anførselen dit hen at det anføres at innklagede hadde en plikt til å avklare spørsmålet om forbeholdet mot indeksregulering med klager før tilbudet ble avvist. Denne anførselen kan imidlertid ikke føre frem da innklagede ikke kan avklare forhold som skal føre til avvisning i henhold til forskriftens § 20-13, jf premiss (84), og forskriftens § 21-1 a.

Klagers øvrige anførsler

- (86) Sekretariatet kan ikke se at klager har rettslig interesse i å få avgjort de øvrige anførselene, da sekretariatet ovenfor er kommet til at innklagede hadde plikt til å avvise klager, jf klagenemnds forskriftens § 6 (2).
- (87) På basis av ovennevnte kan Deres klage ikke føre frem, og den avvises derfor som uhensiktsmessig for behandling i klagenemnda, jf Klagenemnds forskriften § 9.

Med vennlig hilsen

Ellen Halden Aarrestad
rådgiver

Kopi: Innklagede