



Klagenemnda for offentlige anskaffelser

Klager har deltatt i en begrenset anbudskonkurranse om bygging/oppgradering av Trintom skole. Klagenemnda fant at innklagede ikke har brutt regelverket for offentlige anskaffelser i forbindelse med angjeldende anbudskonkurranse.

Klagenemndas avgjørelse 8. februar 2010 i sak 2009/126

Klager: NCC Constructions AS

Innklaget: Gran kommune

Klagenemndas medlemmer: Morten Goller, Jakob Wahl og Tone Kleven

Saken gjelder: Bruk av kontraktsstandard. Avvisning av tilbud. Likebehandling.

Bakgrunn:

(1) Gran kommune (heretter kalt innklagede) kunngjorde den 29. oktober 2008 en begrenset anbudskonkurranse om bygging/oppgradering av Trintom skole. Av kunngjøringsteksten punkt II.2.1 fremgår at estimert verdi på kontrakten er mellom 60 og 70 MNOK. Frist for mottak av anmodning om deltakelse var satt til 10. desember 2008, jf kunngjøringsteksten punkt IV.3.4).

(2) Av kunngjøringsteksten punkt VI.3) *Tilleggsinformasjon* fremgår at anskaffelsen er tenkt utført som totalentreprise, hvorav følgende hitsettes:

"Byggingen er tenkt utført i totalentreprise. Dog er det slik at oppdragsgiver vil gå langt i prosjekteringen før prosjektet sendes ut på anbud. Leverandøren vil, om han ønsker det, kunne overta oppdragsgiverens rådgiver i byggeteknikk. Leverandøren vil ikke kunne overta de øvrige av oppdragsgiverens rådgivere".

(3) 16 leverandører leverte inn forespørsel om deltakelse i konkurransen innenfor fristen. 10 leverandører ble prekvalifisert i januar 2009, deriblant NCC Construction AS (heretter kalt klager) og AF Gruppen Norge AS. Tilbudsunderlaget for totalentreprisen (konkurransegrunnlag) ble sendt ut til de prekvalifiserte leverandørene den 23. februar 2009.

- (4) Av konkurransegrunnlagets del B "Tilbudsinnbydelse" side 7 hitsettes følgende vedrørende ansvaret for de prosjekterte løsningene:

"Arbeidene skal settes bort i samsvar med etterfølgende tilbuds- og kontraktsbestemmelser:

1. [...]

Tilbyderen skal overta alle prosjekteringsdokumenter og det hele og fulle ansvaret for disse. Ved at tilbyderen leverer inn tilbudet forutsettes at tilbyderen går god for de prosjekterte løsninger og godkjenner dokumentene fullt og helt

[...]

4. *Beskrivelse og tegninger er utarbeidet av.*

SG arkitektur AS

Frydenlund og Høyer AS

ECT AS

RAAD AS

5. *Dersom tilbyder finner at tilbudsgrunnlaget ikke gir tilstrekkelig veiledning, kan han be om tilleggsopplysninger hos Gran kommune ved Ragnar Kjørven.*

Forespørsel om tilleggsopplysninger skal være skriftlig og skal være Gran kommune i hende senest 15 dager før utløpet av tilbudsfristen. Tilleggsopplysninger kan gis inntil 10 dager før utløpet av tilbudsfristen.

[...]

7. *Eventuelle forbehold må tas i eget brev som skal følge tilbudet. Tilbudet gis på tilbudsskjema i kap. 0 supplert med forpliktende tilbudsbrief. Samtlige poster i tilbudsskjema samt opsjoner skal fylles ut. Eventuelle avvik fra kravspesifikasjon skal tilbys som opsjonspris i tilbudsbriefet.*

8. [...]. *Tilbudet sendes/leveres i lukket konvolutt og skal være Gran kommune i hende innen tirsdag den 28. april 2009 kl. 14.00.*

[...]

10. *Byggearbeidene påbegynnes sommeren 2009.*

Bygging og utearealer som inngår i fase 1 skal være klar for ferdigbefaring sommeren 2010.

Bygging og utearealer som inngår i fase 2 skal være klar for ferdigbefaring sommeren 2011. ”.

- (5) Fra konkurransegrunnlagets del C *”Tilbudsbestemmelser”* hitsettes følgende:

”2. Tilbyderne er prekvalifisert. Tildelingskriteriet er pris.

3. Vedståelsesfristen settes til 90 dager.

[...]

11. Forbehold som under tilbudsevalueringen ikke lar seg kostnadsberegne kan føre til at tilbudet anses som ufullstendig og avvises.

Totalentreprenøren bes vektlegge klarhet i det leverte tilbud.

- (6) Av konkurransegrunnlagets punkt D *”Kontraktsbestemmelser”* fremgikk det følgende:

”Som kontraktsbestemmelser gjelder Norsk Standard 3431, 2. utgave september 1994, ”Alminnelige kontraktsbestemmelser for totalentreprise” om utførelse av bygg og anleggsarbeider, med suppleringer og endringer som følger av nedenstående ”Spesielle kontraktsbestemmelser”. Ved avvik mellom de generelle og spesielle kontraktsbestemmelser, gjelder de spesielle bestemmelsene foran de generelle.

Spesielle kontraktsbestemmelser:

[...]

NS 3431 pkt. 11.1

Dersom totalentreprenøren ønsker å velge andre materialer, utførelse og tekniske løsninger enn det som fremgår av tilbudsdokumentene, skal han ha gjort oppmerksom på dette i sitt tilbudsbrev, jfr. tilbudsbestemmelsene.

[...]

NS 3431 pkt. 37.5

Punktet utgår i sin helhet og erstattes av: "Enhver utbedring etter fastslått mangel ved kontraktsarbeidet som totalentreprenøren har ansvaret for, skal bringe prosjektet tilbake i kontraktsbestemt stand."

Totalentreprenørens undersøkelse og vurdering av dokumenter som leveres av byggherren før anbudsinngivelsen

Totalentreprenøren skal ha kontrollert alle dokumentene som er utarbeidet av byggherren og som inngår i tilbudsgrunnlaget og skal ved inngåelse av kontrakt overta dokumentene og det fulle og hele ansvar for disse og de prosjekterte løsninger. Dersom totalentreprenøren ikke vil overta dette ansvaret skal han ha gjort seg oppmerksom på dette i sitt tilbudsbrief og begrunnet hvorfor.

Dersom totalentreprenøren ikke varsler i forbindelse med inngivelse av tilbudet, taper han retten til å påberope seg dokumentene fra byggherren som grunnlag for fristforlengelse, ekstra betaling eller erstatning. "

- (7) Fra konkurransegrunnlagets del F "Orientering om prosjektet" hitsettes følgende vedrørende bakgrunnen for anskaffelsen:

"På bakgrunn av et forprosjekt som er godt forankret i brukerorganisasjonen og politisk vedtatt, har eiendomsavdelingen i Gran kommune engasjert en prosjekteringsgruppe bestående av prosjekteringsleder og arkitekt fra SG arkitektur as, rådgiver bygg fra Frydenlund og Høyer as, rådgiver VVS fra Raad AS og rådgiver elektro fra ECT AS, som har planlagt og utarbeidet tilbudsgrunnlaget."

- (8) Fra konkurransegrunnlagets del G "Entrepriseform" hitsettes følgende:

"Arbeidene skal utføres som totalentreprise. All videre prosjektering og alle søknader for offentlig behandling med unntak av søknad for rammetillatelse skal inngå i tilbudet."

- (9) Av konkurransegrunnlagets del L "Prosjektering" fremgår følgende vedrørende risikoen for prosjekteringen:

"Det foreliggende prosjekt er prosjektert som tegningsmaterialet og beskrivelsen viser. Det forutsettes at prosjektert materiale overføres til totalentreprenør, og legges til grunn for videre prosjektering. Det er ikke ønskelig med alternative løsninger.

Den videre prosjektering for alle fag påhviler totalentreprenøren. [...]

Alt prosjekteringsmateriale skal oversendes byggherrens representant til gjennomsyn i god tid (min. 14 dager) før de skal benyttes på byggeplassen.

Dette fritar ikke entreprenøren fra å ha det totale og absolutte ansvar for prosjekteringen slik at de angitte funksjons- og kvalitetskrav oppfylles."

- (10) Fra konkurransegrunnlagets del O "Tilbudskjema" hitsettes følgende vedrørende overtakelse av prosjekteringsansvar som tilbyderne skulle underskrive på:

"Det bekreftes herved at vi har gjennomgått det prosjekterte materialet og overtar ansvaret for dette og de prosjekterte løsninger fullt og helt."

- (11) Av konkurransegrunnlagets punkt om "Funksjonsbeskrivelse" fremgår følgende om prosjektering og søknader:

"001 Prosjektering

[...]

Ved inngåelse av kontrakt skal tilbyder med sin organisasjon overta det fulle og hele ansvar for det prosjekterte materialet og at prosjektet gjennomføres ihht. gjeldende lover og regler, og på en slik måte at tilbyder fullt og helt står inne for de løsninger som er valgt. For at tilbyder skal ha grunnlag for å overta dette ansvaret er det gitt ekstra tid til gjennomgang med mulighet for å kommentere det forelagte materialet. Det er derfor nødvendig at tilbyder tilknytter seg en prosjekteringsgruppe som gjennomgår det foreliggende prosjektet og bistår tilbyder i byggeperioden. [...].

Kostnader til kvalitetssikring av foreliggende materiale samt all videre prosjektering og oppfølging medtas i dette kapittel.

[...]

002 Søknader

Det er søkt og mottatt rammetillatelse for det foreliggende prosjekt. Rammetillatelse med merknader er vedlagt tilbudsinnbydelsen.

Det er verd å merke seg at det ikke gis igangsettingstillatelse på avkjøring/gangvei/parkering før klagesak er ferdigbehandlet, og reguleringsplan endelig godkjent. Disse arbeidene skal utføres i fase 2, og vil ikke berøre igangsettingstillatelse for fase 1.

Det er søkt og mottatt arbeidstilsynets samtykke. Samtykke med merknader ligger vedlagt tilbudsinnbydelsen.

Tilbyder skal overta søkerfunksjonen og medta alle nødvendige søknader og godkjenninger i sitt tilbud. Tilbyder må påregne å søke igangsetting i flere faser. Antatt at det minimum må inndeles i følgende faser:

Peling og kulvert

Igangsetting fase 1

Igangsetting fase 2

Byggherre dekker gebyrer for offentlig behandling."

- (12) Tilbudsbefaring ble avholdt med de 10 prekvalifiserte leverandørene den 11. mars 2009. Innenfor tilbudsfristens utløp den 28. april 2009 mottok innklagede tilbud fra seks av de prekvalifiserte leverandørene, herunder tilbud fra klager og AF Gruppen Norge AS. De fire øvrige leverandørene meldte avbud. Vedståelsesfristen for tilbudene var satt til 90 dager, dvs til den 27. juli 2009. Tilbudet fra klager var 59,2 MNOK inkl.mva og var det laveste tilbudet. Nest laveste tilbudet var innlevert av AF Gruppen AS ("AFG") og var på 61,6 MNOK inkl. mva.

- (13) Fra klager sitt tilbud datert 28. april 2009 hitsettes følgende:

"Vi har gleden av å inngi tilbud på utførelse av prosjektering og bygging av ovennevnte prosjekt. Arbeidet tilbys utført for

Kr 45.480.000 eks.mva

Tilbudet omfatter alle arbeider i henhold til mottatt tilbudsmateriale med de presiseringer og endringer som fremkommer nedenfor.

[...]

Utførelse

Mottatt tilbudsunderlag er meget oversiktlig og godt spesifisert, og byggherrens valgte løsninger kommer godt frem. Vi har imidlertid vurdert en del løsninger som svært kostnadskrevende og har lagt andre løsninger til grunn for vår tilbudspris. Valgte løsninger gir samme funksjonalitet og overflater som de beskrevne løsninger, og NCC er ansvarlig for at valgte løsninger tilfredsstiller alle offentlige forskriftskrav. De områdene vi har sett på, er:

Fundamentering m/stålkjemper

Utførelse av frittstående gulv på grunn

Takkonstruksjon

Dersom byggherren fastholder angitte løsninger, kan dette utføres for en samlet sum på

Kr 47.390.000,- ekskl. mva.

Tilbudssummen inkluderer samtlige ytelser i hht byggherrens kravspesifikasjon og med de presiseringer som er angitt nedenfor.

Evt. andre endringer som kan gi besparelser, vil bli behandlet som ordinære endringsforslag i utførelsesperioden.

Diverse presiseringer

Alufasader/glass

Herdet glass er tilbudt der det er angitt på tegning.

Romskjema- mengder

Mengder oppgitt i romskjema er lagt til grunn for tilbudet.

Vinduskjema

Mengder oppgitt i vindusskjema er lagt til grunn for tilbudet.

[...]

Kontraktsbestemmelser

Vi har enkelte kommentarer til Deres kontraktsbestemmelser. Dette gjelder punktet "Totalentreprenørens undersøkelse og vurdering av dokumenter som leveres av byggherren før anbudsinnbydelse" (punktet etter NS 3431 pkt 37.5). Formuleringer her kan også få konsekvens for foreslåtte endringer i pkt 9.7-9.9. Vi ønsker å diskutere formuleringene rundt pkt 9.7-9.9 og punktet etter pkt 37.5 i forhandlingene før eventuell kontraktsinngåelse.

Begrunnelsen for dette er at under tilbudsregningen har vi ikke hatt anledning til å kontrollere riktigheten av dokumentene og de prosjekterte løsningene. Det er derfor ikke mulig å prise risikoen ved å ta over ansvaret for dokumentenes innhold. For å unngå unødvendige risikopåslag og for å gjøre vårt tilbud mest mulig sammenlignbart med konkurrentenes kan vi ikke ta den risikoen nå.

For øvrig er tilbudet basert på NS 3431 og de endringer og tilføyelser som fremgår av tilbudsgrunnlaget.

[...]

Annet

Vi forutsetter at tilbudsgrunnlaget godkjennes av offentlige myndigheter".

(14) Fra AF Gruppen Norge AS sitt tilbud datert 28. april 2009 hitsettes følgende:

"Tilbudssum:

Tilbudet er basert på tilbudsunderlaget til byggherren i tillegg til presiseringer i dette brevet.

I tilbudssum er alle løsninger som er tegnet og beskrevet lagt til grunn.

Fremdrift og pris på tilbudssum er basert på oppstart arbeider i fase 1 til 16.06.09. Vi har beregnet ca 24 mnd byggetid fra oppstart til overlevering av alle arbeider 01.08.11. Dette forutsetter bestilling senest 18.05.09.

Ved å gjennomføre prosjektet i henhold til alternativ fremdriftsplan, endret fundamenteringsløsning og endret bunnplateløsning (opsjon A og B), så vil AF kunne tilby arbeidene utført for følgende sum:

Alternativ tilbudssum:

[...]

Forurensede masser utover grunnundersøkelser og uidentifiserte gjenstander i grunnen er byggherrens ansvar og bekostes av BH.

Klagesak vedrørende adkomst til byggeplass under fase 2 forutsettes avklart av BH innen frist for innsending av søknad om IG for fase 2.

Det presiseres for ordens skyld at buete vegger og annet leveres som faseterte vegger, og ikke konstant buete konstruksjoner.

[...]

Vi vedstår oss tilbudet i 90 dager".

(15) Den 13. mai 2009 ble det avholdt et møte mellom representanter fra AF Gruppen Norge AS, SG Arkitektur AS og Gran kommune (GK). Fra møtereferatet hitsettes følgende:

"1 Generelt

GK har til hensikt å inngå avtale med AF.

GK vil umiddelbart etter dette møtet orientere de øvrige tilbydere om valget og gi tilbyderne en rimelig frist til å klage på beslutningen.

GK vil vente med/tar forbehold om kontraktsinngåelse til mulige klager fra

andre tilbydere er mottatt og vurdert.

2. Tilbudet fra AF

2.1 Tilbudssum

Tilbudssum for prosjektert løsning: kr 49.300.244,- ekskl. mva.

2.2 Forbehold

AF har følgende forbehold:

- 1) Forurensede masser utover grunnundersøkelser og uidentifiserte gjenstander i grunnen er byggherrens ansvar og bekostes av BH.*
- 2) Klagesak vedrørende adkomst til byggeplass under fase 2 forutsettes avklart av BH innen frist for innsending av søknad om igangsettingstillatelse for fase 2.*
- 3) Buede vegger og annet leveres som faseterte vegger, og ikke konstant buede konstruksjoner.*

2.3 Opsjoner

AF har tilbudt alternative løsninger som opsjoner. GK vurderer om de vil gjøre bruk av de tilbudte opsjoner. Vurderingen foretas i forbindelse med kontraktsinngåelsen, alternativt etter kontraktsinngåelsen."

- (16) Innklagede meddelte i brev av 14. mai til klager at selskapets tilbud var blitt avvist. Det ble samtidig opplyst at også et annet tilbud var blitt avvist, og at kommunen hadde til hensikt å inngå kontrakt med AF Gruppen Norge AS (heretter kalt valgte leverandør). Frist for å klage på tildelingen var satt til 22. mai 2009. Fra brevet hitsettes følgende:

"Vi meddeler herved at tilbudet avvises.

Dere har følgende forbehold:

- 1. Under "diverse presiseringer" fremgår at det er mengder i romskjemaet og vindusskjemaet samt omfang av herdet glass angitt i tilbudsdokumentene som er lagt til grunn for prisen.*
- 2. Under "kontraktsbestemmelser" fremgår det at dere ikke har hatt anledning til å kontrollere riktigheten av de prosjekterte løsninger, at det derfor ikke er mulig for dere å prise risikoen ved å overta ansvaret for dokumentenes innhold og at dere ikke kan ta risikoen nå.*

3. Under "annet" fremgår det at dere forutsetter at tilbudsgrunnlaget godkjennes av offentlige myndigheter.

Dere tar altså forbehold mot å overta risikoen for mengder, for de prosjekterte løsninger og dokumentenes innhold for øvrig og som dere skriver, at tilbudsgrunnlaget blir godkjent av offentlige myndigheter.

Dette er forbehold som gjør at vi ikke klarer å bedømme deres tilbud i forhold til de øvrige tilbudene.

Vi viser til forskrift om offentlige anskaffelser § 20-13 punkt (1), underpunkt f: "Et tilbud skal avvises når det på grunn av avvik, forbehold, feil, ufullstendigheter, uklarheter eller lignende i en anbudskonkurranse kan medføre tvil om hvordan tilbudet skal bedømmes i forhold til de øvrige tilbudene".

Det er gitt en regneperiode på nesten 11 uker (nesten 10 uker om påskeuka fratrekkes). Vi mener derfor at dere har hatt rik anledning til å kontrollere alle sider ved tilbudsgrunnlaget, herunder prosjekterte løsninger, mengder, tilfredsstillelse av krav i lover og forskrifter, bedømmelse av hvorvidt prosjektet vil bli godkjent av offentlige myndigheter m.v.

Protokoll fra tilbudsåpningen følger vedlagt.

Vi kan opplyse at også tilbyder nr 4, som har høyest pris, er avvist på grunn av forhold ved tilbudet. De øvrige 4 tilbyderne har ingen vesentlige forbehold.

Vi har til hensikt å inngå avtale med AF Gruppen Norge AS (tilbyder nr. 6) som har nest laveste pris.

Vi takker for deres interesse.

En eventuell klage på vår beslutning må fremsettes for oss innen fredag den 22.mai 2009 kl. 12.00."

- (17) Klager påklaget avvisningen den 18. mai 2009. I klagen ble det bedt om å få opplyst om klagen ville bli realitetsbehandlet før kontrakt ble inngått. Det ble videre bedt om minst fire virkedager fra meddelelse om at klagen eventuelt ikke var tatt til følge, til kontrakt ble inngått.

- (18) Den 22. mai 2009 sendte klager e-post til innklagede, hvor det ble bedt om bekreftelse på at innklagede ville behandle klagen, og at kontrakt ikke ville bli inngått før klagen var blitt behandlet.
- (19) Senere samme dag sendte klager begjæring om midlertidig forføyning til Gjøvik tingrett med påstand om at Gran kommune skulle forbys å inngå kontrakt. Innklagede svarte på klager sin e-post senere på dagen, og svaret ble oversendt til Gjøvik tingrett av klager. Fra innklagedes e-post hitsettes følgende:

"Vi opprettholder vår beslutning om at deres tilbud avvises, med den samme begrunnelsen som er gitt i vårt brev av 14.05.09.

Vi er fortsatt av den oppfatning at dere har hatt rikelig tid til å kontrollere alle sider ved tilbudsgrunnlaget.

Vi mener at vi har forholdt oss til forskrifter om offentlige anskaffelser, fullt og helt, og ser ikke at det er grunnlag for at konkurransen skal avlyses.

Arbeidene er bestilt av AF Gruppen Norge AS i dag".

- (20) Gjøvik tingrett tok begjæringen til følge i kjennelse av 25. mai 2009, hvorav det i slutningen ble slått fast at innklagede fikk forbud mot å inngå kontrakt inntil Klagenemnda for offentlige anskaffelser eventuelt hadde behandlet saken. Forutsetningen var at klage ble brakt inn for nemnda innen 2. juni 2009 kl 16.00.
- (21) Saken ble brakt inn for klagenemnda den 2. juni 2009.
- (22) Innklagede ga i brev av 5. juni 2009 en ytterligere begrunnelse for beslutningen om å avvise klagers tilbud, hvorav følgende hitsettes:

"2. Begrunnelse for avvisning gitt i brev fra Gran kommune 14.05. 2009

[...]

Det at begrunnelsen for avvisningen ble opprettholdt, betyr ikke at klagen ikke har blitt behandlet. Det betyr derimot at klagen har blitt gjennomgått, men at kommunen ikke har endret sitt syn på saken på bakgrunn av klagen. Dette er vesensforskjellig fra å ikke gi klagen "realitetsbehandling".

3. Ytterligere presisering av begrunnelsen for avvisning

Gran kommune hadde i herværende sak både plikt og rett til å avvise tilbudet, jf. anskaffelsesforskriften § 20-13 (1) og (2).

NCC opplyser i tilbudet at de har tatt følgende forbehold:

Forbehold mot å overta risikoen for mengder.

Forbehold mot å påta seg risikoen for prosjekterte løsninger. Dette begrunnes med at NCC ikke har hatt anledning til å kontrollere riktigheten av de prosjekterte løsninger.

Forbehold om at tilbudsgrunnlaget godkjennes av offentlige myndigheter.

Gran kommune har utlyst en konkurranse hvor det er lagt til grunn at entreprenøren skal ha ansvar for de forholdene NCC tar forbehold mot, herunder ansvaret for prosjekterte løsninger. Dette er grunnleggende kontraktsforutsetninger som NCC må legge til grunn hvis de velger å inngi et tilbud i konkurransen. Et forbehold mot å påta seg denne risikoen innebærer et forbehold mot vesentlige elementer i konkurransegrunnlaget. Alene av den grunn skal tilbudet fra NCC avvises i henhold til anskaffelsesforskriften § 20-13 (1) (d).

Forbehold av den karakter som NCC har tatt, herunder forbehold mot å påta seg risikoen for prosjekterte løsninger, er det ikke mulig å verdsette betydningen av. De fire andre aktuelle tilbyderne har ikke tatt et slikt forbehold, og det blir derfor umulig for kommunen å sammenligne NCCs tilbud med de øvrige tilbudene. Tilbudet skal av den grunn avvises i henhold til anskaffelsesforskriften § 20-13 (1) (f).

For ordens skyld påpekes det også at Gran kommune hadde rett til å avvise tilbudet i henhold til anskaffelsesforskriften § 20-13 (2) (a) da forbeholdene klart ikke kan anses ubetydelige.

Konkurransegrunnlagets bestemmelser om adgangen til å ta forbehold, åpner selvfølgelig ikke for å ta forbehold som er vesentlige eller av en slik karakter at det ikke lar seg prissette slik at tilbudene av den grunn ikke blir sammenlignbare.”

- (23) Etterfølgende muntlige forhandlinger i saken ble gjennomført for Gjøvik tingrett den 18. juni 2009, hvor det ble fattet kjennelse om oppheving av den forutgående kjennelsen om midlertidig forføyning.
- (24) Kontrakt i saken ble signert av valgte leverandør den 25. mai 2009 og av innklagede den 25. juni 2009.

Anførsler:

Klagers anførsler:

I. Brudd på bruk av kontraktsstandarder

- (25) Klager anfører at innklagede prinsipalt har brutt forskriften § 3-11 (1), subsidiært kravet til god forretningsskikk i forskriften § 3-1, ved å forutsette i konkurransegrunnlaget at tilbyderne må overta ansvaret for feil i prosjekteringsgrunnlaget som innklagede selv har fått utarbeidet i forkant av konkurransen. Dette er et avvik fra kontraktsstandarden NS 3431 punkt 37.5
- (26) Det vises til at forskriften § 3-11 (1) som hovedregel innebærer en ordensforskrift for oppdragsgiver, men at innklagede her har vesentlig tilsidesatt grunnleggende standarder. Dette kan anses som brudd på bestemmelsen, jf. klagenemndas avgjørelse i sak 2008/222. Når avvik fra standarden fremstår som urimelig utnyttelse av innklagedes sterke stilling som kjøper, vil dette etter klagers oppfatning også kunne være i strid med kravet til god forretningsskikk i forskriften § 3-1.
- (27) Etter klagers oppfatning fremstår det som lite rimelig at tilbyderne skal påta seg ansvaret for eventuelle prosjekteringsfeil i et prosjekteringsgrunnlag som byggherren selv har fått utarbeidet i forkant av konkurransen. Prosjekteringsgrunnlaget er meget omfattende, og slik klager ser det kan en liten prosjekteringsfeil i verste fall medføre svært store kostnader å rette opp.

II. Brudd på kravet til fremgangsmåten ved avvisning

- (28) Klager anfører at innklagede har brutt forskriften § 20-15 ved at klager ikke ble meddelt avvisning av tilbudet snarest mulig.
- (29) Det vises til at det kun var 8 kalenderdager fra meddelelsen om avvisningen ble sendt ut til klagefristen gikk ut. Med tanke på den tiden som har gått fra konkurransen ble kunngjort (3/4 år), og den lange tiden det gikk fra tilbudet ble levert inn til man ble meddelt avvisningen (1 ½ måned) fremstår den korte klagefristen som ubegrunnet. Klagefristen var videre så kort at det var reell risiko for at klager ikke ville kunne klare å stanse kontraktsinngåelsen, selv om det skulle vise seg å være feil ved avvisningen og/eller kontraktstildelingen.

III. Manglende begrunnelse for at klagen over avvisningsbeslutningen ikke er tatt til følge

- (30) Klager anfører at innklagede har brutt forskriften § 22-3, kravet til forutberegnelighet i loven § 5 og kravet til god forretningsskikk i forskriften § 3-1 ved å ikke gi en begrunnet tilbakemelding på hvorfor klagen over innklagedes beslutning om å avvise selskapets tilbud ikke ble tatt til følge.
- (31) Det vises til at valg av tilbud er utøvelse av offentlig myndighet, selv om det ikke treffes enkeltvedtak. I følge klager følger det derfor både av det offentliges stilling, og av forutsetningene i forskriften, at man har en plikt til å realitetsbehandle klager og gi en begrunnelse for hvorfor klagen eventuelt ikke tas til følge. Det vises til at innklagede ikke har gitt annen tilbakemelding og begrunnelse for å avvise klagen? enn at tildelingen opprettholdes. Dette gjør det umulig å etterprøve om saksbehandlingen har vært forsvarlig og om beslutningsgrunnlaget er korrekt.

IV. Brudd på kravet til avvisningsgrunn

- (32) Klager anfører at innklagede har brutt forskriften § 20-13 (1), bokstav f ved å avvise tilbudet fra klager som følge av tre angivelige forbehold og avvik, jf i det følgende.

Forbehold mot ansvar for detaljprosjektering

- (33) Det vises til at innklagede må foreta rimelige anstrengelser med hensyn til å takserer de økonomiske konsekvensene av forbeholdene eller avvikene, og at det ikke burde være vanskelig for oppdragsgiver å verdsette verdien av forbeholdet. Dersom kommunen forutsetter at det er normal god standard på det prosjekterte materialet, vil ikke forbeholdet ha noen økonomiske konsekvenser. Dersom det er gjort prosjekteringsfeil, vil kommunen i utgangspunktet ha et erstatningskrav mot den prosjekterende og dennes forsikringsselskap. Forbeholdet anses dermed for ikke å ha noen økonomiske konsekvenser for innklagede. Klager viser til forskriften § 20-13 (2) bokstav a, der det forutsettes at avvik eller forbehold som må anses for ubetydelig ikke kan medføre avvisning. Avstanden i tilbudsprisene til klager og valgte tilbyder var dessuten så stor at en prising av tilbudet ikke ville medført noen endret rangering av tilbudene.

Forbehold mot ansvar for byggherrens feil

- (34) I følge klager kan heller ikke avvisning som følge av "forbehold" om offentlige godkjenninger av byggeprosjektet være noen avvisningsgrunn. Dette er ikke risikoforskyvning, da det er byggherren som har ansvaret for at de nødvendige offentlige godkjenninger blir gitt.

Forbehold om mengder

- (35) Når det gjelder uttalelsen om mengder som ligger til grunn for tilbudet, vises det til at dette ikke kan anses for et "forbehold" i anskaffelsesregelverkets forstand. I følge klager kunne vederlagsjusteringer ved endrede mengder skje i henhold til konkurransegrunnlaget. Etter klagers mening er det ikke mulig å gi tilbud på disse forutsetningene uten at tilbyderne gir noen opplysninger om mengdene som ligger til grunn for tilbudet.

V. Brudd på kravet til likebehandling

- (36) Klager anfører at innklagede har brutt kravet til likebehandling i loven § 5 ved å avvise tilbudet fra klager som følge av forbehold og avvik mens tilbudet fra valgte leverandør ikke er avvist.
- (37) I følge klager har valgte tilbyder også tatt forbehold som kan sammenlignes med de eventuelle forbehold og avvik som foreligger i klagers tilbud. Klager mener det er uklart hva som ligger i forbeholdene mot forurensede masser og "uidentifiserte gjenstander i grunnen". Det vises til NS 3431 punkt 8.2.2 om at totalentreprenøren har risikoen for forhold i grunnen, med mindre det er forhold entreprenøren "ikke burde ha oppdaget eller burde tatt dem i betraktning". Valgte leverandør har tatt forbehold mot risikoen for forurensede masser "ut over grunnundersøkelser". I følge klager er dette ikke det samme som forhold man ikke burde ha oppdaget eller tatt i betraktning. Klager viser til

at det er ikke noe som skulle tilsi at det er forurensning i grunnen, kan sammenlignes med at det ikke er noe som kan tilsi at det er feil i prosjekteringsgrunnlaget.

VI. Avvisning av valgte leverandør sitt tilbud som følge av ikke bindende tilbud

- (38) Videre vises det til at valgte leverandør har forutsatt i tilbudet at fremdrift og priser forutsetter bestilling senest 18. mai 2009. Ved at klagefristen gikk ut den 22. mai 2009, og kontrakt ble signert etter dette, forelå det derfor i realiteten ingen bindende tilbud fra valgte leverandør. Dette må også medføre avvisning av valgte leverandør sitt tilbud.

Innklagedes anførsler:

I. Brudd på bruk av kontraktsstandarder

- (39) Innklagede bestrider at konkurransegrunnlaget er i strid med forskriften § 3-11 (1) og (2) første punktum ved at det er gjort unntak fra kontraktsstandarden NS 3431 punkt 37.5.
- (40) Det vises til at forskriftsbestemmelsen kun inneholder en anbefaling om å benytte kontraktsstandarder, men at det ikke er forbud mot å endre og komme med utfyllende bestemmelser til standardene, jf FADs veileder til reglene om offentlige anskaffelser side 131.
- (41) Videre vises det til at innklagede valgte å benytte en spesialform av totalentreprise hvor entreprenøren skulle overta risikoen for svært detaljerte prosjekterte løsninger som innklagede hadde fått utarbeidet forut for konkurransen. Innklagede var tydelig i konkurransegrunnlaget på at det var denne entrepriseformen som skulle benyttes. I følge innklagede kan det forhold at entreprenøren skal overta prosjektering som er mer detaljert enn vanlig, ikke anses å være et avvik fra standarden av en slik karakter at det gjør entrepriseformen ulovlig.

II. Brudd på kravet til fremgangsmåten ved avvisning

- (42) Innklagede anfører at kravene til meddelelse i forskriften § 20-15 er oppfylt.
- (43) Det vises til at det avgjørende hensynet bak kravet er at leverandørene skal få vite om avvisningen i tide til at denne kan påklages før kontraktsinngåelsen. Det vises til klagenemndas avgjørelse i sak 2008/105.
- (44) I følge innklagede foregikk evalueringen av tilbudene og vurderingen av avvisningen av klagers tilbud parallelt og i løpet av en tidsperiode på ca 2 uker. Klager ble meddelt avvisningen i brev av 4. mai 2009 og fikk klagefrist tilsvarende klagefristen på tildeling av kontrakt, dvs til 22. mai 2009. Avvisningen ble påklaget i brev av 18. mai 2009 og realitetsbehandlet av innklagede i brev av 22. mai 2009. Klager fikk dermed mulighet til å påklage og få klagen behandlet innen kontrakten ble signert av valgte leverandør den 25. mai 2009 og av innklagede den 25. juni 2009.

III. Manglende begrunnelse for at klagen over avvisningsbeslutningen ikke er tatt til følge

- (45) Innklagede anfører at forskriften ikke har noen uttrykkelige regler om hvordan en klage over en avvisning av et tilbud skal behandles ut over at oppdragsgivere må følge kravene til god forretningsskikk i loven § 5.
- (46) Ut i fra kravet til god forretningsskikk kan det i følge innklagede utledes et krav om en forsvarlig klagebehandling, jf. klagenemndas avgjørelse i sak 2008/187. Det foreligger imidlertid ingen plikt til å begrunne hvorfor klagen ikke tas til følge. Det vises til at klagen i foreliggende sak ikke inneholdt noen opplysninger som tilsa at det var grunnlag for omgjøring av beslutningen om avvisning av klagers tilbud.

IV. Brudd på kravet til avvisningsgrunn

- (47) Innklagede anfører at det forelå både en rett og en plikt til å avvise klagers tilbud.
- (48) Det vises til at forskriften § 20-13 (1) bokstav d og e fastsetter at det ikke kan tas vesentlige forbehold mot kontraktsvilkårene eller kravspesifikasjonen. Dersom forbeholdet har betydning for konkurranseforholdet mellom leverandørene, er det etter innklagedes mening klart at forbeholdet må anses som vesentlig. Etter forskriften § 20-13 (1), bokstav f er det en plikt til å avvise tilbud dersom det "*kan medføre tvil*" om hvordan tilbudet skal bedømmes i forhold til de øvrige tilbudene.

Forbehold mot ansvar for detaljprosjektering

- (49) Avvikene fra konkurransegrunnlaget i klagers tilbud anses som vesentlige forbehold mot konkurransegrunnlaget, både enkeltvis og samlet. Ansvar for prosjekterte løsninger er en grunnleggende kontraktsforutsetning som klager måtte legge til grunn da selskapet valgte å inngi tilbud i konkurransen. Det er ikke riktig at det var adgang til å ta et generelt forbehold mot å overta ansvaret for prosjekterte løsninger, da denne adgangen kun var nevnt fordi det skulle være adgang til å reservere seg mot feil som tilbyderne eventuelt oppdaget i forkant av tilbudsinnleveringen. Leses konkurransegrunnlaget under ett, er det ikke noe tvil om at det var en absolutt forutsetning at leverandørene skulle overta det hele og fulle ansvaret for de prosjekterte løsninger og at det ikke var adgang til å ta forbehold mot dette. I følge innklagede var dette et viktig element i konkurransegrunnlaget, og tilbyderne skulle skrive under på at man påtok seg dette ansvaret i tilbudsskjemaet. Det vises også til at det i konkurransegrunnlaget var lagt opp til at tilbyderne skulle få ekstra god tid til å gjennomgå underlaget i konkurransen. Tilbyderne skulle på den bakgrunn kalkulere risikoen for feil inn i sin tilbudspris. I følge innklagede er tilbyderne fagkyndige foretak som har bedre forutsetninger for å regne på dette enn kommunen, og derfor fant innklagede det hensiktsmessig med denne løsningen. Videre vises det til at tilbyderne kunne kontakte innklagede dersom noe var uklart i konkurransegrunnlaget. Et forbehold mot å påta seg denne risikoen, innebærer dermed et forbehold mot vesentlige elementer i konkurransegrunnlaget, slik at risikoen for kontraktsmessig oppfyllelse forskyves i innklagedes disfavør.

Forbehold mot ansvar for byggherrens feil

- (50) I følge innklagede er det heller ikke mulig å prissette den økonomiske betydningen av klagers forbehold på dette punkt. Det vises til at klager selv skrev i tilbudet at det ikke var mulig å prise risikoen ved å ta over ansvaret, samt at klager ikke ville ta denne risikoen nå. Det vises til at det gjelder et meget omfattende prosjekteringsgrunnlag, og at en liten prosjekteringsfeil i verste fall kan medføre svært store kostnader å rette opp. Ingen av de øvrige tilbyderne har tatt et slikt forbehold. Videre vises det til at i alle fall én leverandør, og antagelig flere, avstod fra å inngi tilbud på grunn av forutsetningen om at risikoen for de prosjekterte tegningene skulle overtas. Det vises til at leverandøren har risikoen for at tilbudet er avgitt på en slik måte, både med hensyn til innhold og rekkevidde, at det er klart hvordan det skal bedømmes.

Forbehold om mengder

- (51) For så vidt gjelder forbeholdet vedrørende ansvar overfor det offentlige, vises det til at det var uttrykkelig forutsatt i konkurransegrunnlaget at totalentreprenøren skulle påta seg dette ansvaret, jf. konkurransegrunnlaget punkt.. Klagers forbehold på dette punkt medfører at det ble umulig å sammenligne tilbudet med de andre tilbudene.
- (52) Innklagede anfører også at det forelå en rett til å avvise tilbudet etter forskriften § 20-13 (2) bokstav a, da forbeholdene klart ikke kan anses ubetydelige. I dette tilfellet var det ikke noe å avklare, og da kan det ikke være en forutsetning for å avvise etter denne bestemmelsen at avklaring ikke har funnet sted.

V. Brudd på kravet til likebehandling

- (53) Innklagede anfører at valgte leverandør sine bemerkninger til konkurransegrunnlaget ikke er egentlige forbehold av betydning, og at det ikke foreligger grunnlag for å avvise valgte leverandør sitt tilbud. Kravet til likebehandling er dermed ikke brutt.
- (54) For så vidt gjelder ansvar for forurensede masser i grunnen, vises det til at valgte leverandør med sin presisering av ansvarsområde ikke har flyttet ansvar fra totalentreprenøren og over på byggherren. Innklagede viser til NS 3431 punkt 8.2.2, hvor det fastsettes at entreprenøren ikke har ansvar for forhold i grunnen som han ikke burde oppdaget eller tatt i betraktning. I følge innklagede er det ingen opplysninger som tilsier at det er forurensning i grunnen, og at det i de to rapporter vedlagt konkurransegrunnlaget vedrørende grunnundersøkelser ikke er avdekket forurensning. På den bakgrunn er en eventuell forurensning i grunnen ikke et forhold som totalentreprenøren burde ha oppdaget eller tatt i betraktning. Innklagede viser til at det erfaringsmessig er betydelig oftere feil i prosjekteringsgrunnlag enn det forekommer forurensede masser og uidentifiserte gjenstander i grunnen som burde ha vært oppdaget/tatt i betraktning av totalentreprenøren.
- (55) Når det gjelder valgte leverandørs bemerkning om at klagesak vedrørende adkomst til byggeplass under fase 2 forutsettes avklart av byggherre innen frist for innsending av søknad om igangsettingstillatelse, anses det heller ikke som et forbehold. Dette er en

forutsetning som ligger i konkurransegrunnlagets punkt om "*Funksjonsbeskrivelse*" under punkt "002 Søknader".

VI. Avvisning av valgte leverandørs tilbud som ikke bindende

- (56) Anførselen om at valgte leverandør sitt tilbud skulle vært avvist som følge av at det ikke var bindende ved vedståelsesfristens utløp bestrides. Innklagede viser til kjennelsen fra Gjøvik tingrett av 24. juni 2009 side 9 om at: "*Tilbudet fra AFG stiller ikke noe absolutt krav til fremdrift, men skisserer en byggetid på 24 måneder basert på bestilling en angitt dato. Det fremgår videre eksplisitt av tilbudet at AFG godtar en vedståelsesfrist på 90 dager*".

Klagenemndas vurdering:

- (57) Klager har deltatt i konkurransen og har saklig klageinteresse, jf. forskrift 15. november 2002 nr. 1288 om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6, 2. ledd. Klagen er rettidig. Anskaffelsen er gjennomført som en totalentreprise, og anskaffelsens omfang var på mellom 60 og 70 MNOK. Anskaffelsen er dermed en bygge- og anleggsanskaffelse over EØS- terskelverdi, og omfattes av lov om offentlige anskaffelser 16. juli 1999 nr. 69 og forskrift om offentlige anskaffelser 7. april 2006 nr. 402 del I og del III.

I. Brudd på bruk av kontraktsstandarder

- (58) Klager har anført at innklagede prinsipalt har brutt forskriften § 3-11 (1), subsidiært kravet til god forretningsskikk i forskriften § 3-1, ved å forutsette i konkurransegrunnlaget at tilbyderne må overta ansvaret for feil i prosjekteringsgrunnlaget utarbeidet av oppdragsgiver i forkant av konkurransen. Det er vist til at dette er brudd på kontraktsstandarden NS 3431 punkt 37.5.
- (59) Etter forskriftens § 3-11(1) skal oppdragsgiver som "*hovedregel*" benytte balanserte- og fremforhandlede kontraktsstandarder ved inngåelse av kontrakt. I sak 2003/138, jf. sak 2006/112 premiss (42- 43), tok klagenemnda stilling til hva bestemmelsen konkret innebærer:

"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 [som tilsvarende gjelder § 3-11(1)] 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) [som tilsvarende gjelder § 3-11(2)]. Verken lovens eller forskriftens formål er imidlertid å regulere avtaleforholdet mellom partene etter at kontrakt er inngått. "

- (60) I denne saken har innklagede ved fastsettelsen av hvilken kontrakt som skal gjelde mellom innklagede og valgte leverandør tatt utgangspunkt i NS 3431, men så eksplisitt

fraveket standardens punkt 37.5 når det konkret gjelder entreprenørens ansvar for detaljerte tegninger som allerede er prosjektert ved tidspunktet for tilbudsinnleveringen. Dette utgjør en klar risikooverføring fra oppdragsgiver til leverandøren. Spørsmålet i det følgende blir derfor hvorvidt dette kan anses i samsvar med forskriften § 3-11 (1).

- (61) Innklagede har dokumentert at man har vært tydelig i konkurransegrunnlaget på dette avviket fra kontraktsstandarden, og at tilbyderne var gitt ekstra tid i forbindelse med tilbudsinnleveringen til å vurdere det prosjekterte grunnlaget vedlagt konkurransegrunnlaget, jf punkt vedrørende "*Funksjonsbeskrivelsen*". Det er også opplyst at ingen av de øvrige tilbyderne har protestert på denne entrepriseformen. Basert på dette er klagenemnda kommet til at innklagedes fravikelse av aktuelle bestemmelse i NS 3431 ikke kan anses å være i strid med forskriften § 3-11 (1). Dette basert på at aktuelle bestemmelse kun kan anses som en ordensforskrift, samt at det uttrykkelig fremgår av forskriftsbestemmelsen at kravet om bruk av fremforhandlede og balanserte kontraktsstandarder kun gjelder som en hovedregel. Klagenemnda kan heller ikke se at fravikelsen kan anses for å utgjøre et brudd på kravet til god forretningsskikk i forskriften § 3-1. Klagers anførsel på dette punktet fører således ikke frem.

II. Brudd på kravet til fremgangsmåten ved avvisning

- (62) Klager har anført at innklagede har brutt forskriften § 20-15 (1) ved at klager fikk meddelelsen om avvisning av tilbudet kun 8 kalenderdager før klagefristen gikk ut.
- (63) Etter forskriften § 20-15 (1) følger det at en oppdragsgiver "*snarest mulig*" skal ta stilling til spørsmålet om avvisning. Klagenemnda har lagt til grunn at oppdragsgiver i alle fall må gi en melding om avvisning før kontraktsinngåelse, jf. klagenemndas sak 2008/105 (premiss 34), jf. også EU-domstolens sak C-82/98 "*Alcatel*". Hensynet bak bestemmelsen er at klager skal få anledning til å være med i konkurransen dersom avvisningen viser seg å være uriktig, og å få satt i gang tiltak for å få stanset anskaffelsesprosedyren/kontraktsinngåelse. I klagenemndas sak 2008/32 premiss (43) ble det i denne sammenheng lagt til grunn at en leverandør som er avvist har klagerett. For at klageretten skal være reell, må kontrakt med valgte leverandør ikke inngås før eventuelle klager fra de øvrige leverandørene er ferdigbehandlet hos oppdragsgiver, jf. klagenemndas sak 2008/32 premiss (44) og EU-domstolens sak C-82/98 "*Alcatel*".
- (64) I foreliggende sak avviste innklagede klagers tilbud i brev av 14. mai 2009. Det er dokumentert at klager fikk klagefrist tilsvarende klagefrist på tildeling av kontrakt, dvs til den 22. mai 2009. Avvisningen ble påklaget i brev av 18. mai 2009. Innklagede realitetsbehandlet klagen i brev av 22. mai 2009, hvor avvisningsbeslutningen ble opprettholdt og det ble orientert om at arbeidene ble bestilt av valgte leverandør samme dag. Klager sendte begjæring om midlertidig forføyning til Gjøvik tingrett den 22. mai 2009 for å få stanset kontraktsinngåelsen. Begjæringen ble tatt til følge den 25. mai 2009. Etterfølgende muntlige forhandlinger i saken ble gjennomført for Gjøvik tingrett den 18. juni 2009, hvor det ble fattet kjennelse om oppheving av den forutgående kjennelsen om midlertidig forføyning. Selv om kontrakt i saken ble signert av valgte leverandør allerede den 25. mai 2009, signerte ikke innklagede kontrakten før den 25. juni 2009. Basert på dette legger klagenemnda til grunn at klager er gitt en reell og

tilstrekkelig klagemulighet innen kontrakt ble inngått. Klagers anførsel på dette punkt fører derfor ikke frem.

III. Manglende begrunnelse for at klagen over avvisningsbeslutningen ikke er tatt til følge

- (65) Klager anfører at innklagede har brutt forskriften § 22-3, kravet til forutberegnelighet i loven § 5 og kravet til god forretningsskikk i forskriften § 3-1 ved ikke å gi en begrunnet tilbakemelding på hvorfor klagen over innklagedes beslutning om å avvise selskapets tilbud ikke ble tatt til følge.
- (66) Klagenemnda uttalte følgende i sak 2008/187 premiss (33) vedrørende anførsel om brudd på begrunnelsesplikten i klageomgangen:

"Anskaffelsesforskriften § 22-3 inneholder ikke noe krav til oppdragsgivers behandling av en mottatt klage på tildeling. Heller ikke forskriften § 20-16 sier noe om oppdragsgivers begrunnelsesplikt ved mottatt klage. De grunnleggende kravene i anskaffelsesloven § 5 må imidlertid ivaretas fra kunngjøring og frem til kontrakt er inngått. Klager mener derfor at begrunnelsesplikten i dette tilfellet kan forankres i kravet til gjennomsiktighet og etterprøvbarhet i anskaffelsesloven § 5. I denne saken hadde det stor betydning for klager å få et begrunnet avslag på sin klage, samtidig som det ikke ville påført innklagede noe merarbeid av betydning å gi en begrunnelse. Innklagede har derfor brutt kravet til gjennomsiktighet og etterprøvbarhet i lovens § 5 ved å ikke begrunne avslaget på klagen."

- (67) I denne saken har innklagede gitt en utfyllende begrunnelse for hvorfor klager sitt tilbud ble avvist i brev av 14. mai 2009. I svaret datert 22. mai 2009 på klagen over avvisningsbeslutningen fra klager uttalte innklagede at avvisningsbeslutningen ble opprettholdt. Det ble også uttalt eksplisitt at dette ble gjort med den samme begrunnelsen som var gitt i brevet av 14. mai 2009. Basert på dette fant innklagede naturlig nok ikke grunn til å begrunne dette ytterligere. Videre har innklagede i brev av 5. juni 2009 uttalt at det ikke ble gitt ytterligere begrunnelse i forbindelse med realitetsbehandlingen av klagen den 22. mai 2009 som følge av at klager ikke ga nye opplysninger i sin klage på beslutningen om avvisning. Basert på dette, finner nemnda at kravene til gjennomsiktighet og etterprøvbarhet i loven § 5 er ivaretatt. Klagers anførsel på dette punktet fører ikke frem.

IV. Brudd på kravet til avvisningsgrunn

- (68) Klager anfører at innklagede har brutt forskriften § 20-13 (1), bokstav f ved å avvise tilbudet fra klager som følge av angivelige forbehold og avvik. Innklagede avviste klagers tilbud i brev av 14. mai 2009 i medhold av forskriften § 20-13 (1), bokstav f, men viste også til forskriften § 20-13 (1) bokstav d og e som avvisningsgrunn i brev av 5. juni 2009 vedrørende ytterligere begrunnelse. Avvisningen skjedde under henvisning til tre forskjellige forhold.

Forbehold mot ansvar for detaljprosjektering

- (69) Nemnda tar først stilling til hvorvidt innklagede hadde plikt til å avvise tilbudet som følge av at klager hadde tatt vesentlig forbehold fra kontraktsvilkår.
- (70) Av forskriften § 20-13 (1), bokstav d følger det at oppdragsgiver har plikt til å avvise et tilbud når *"det inneholder vesentlige forbehold mot kontraktsvilkårene"*. Dersom oppdragsgiver avviser et tilbud uten å ha nødvendig hjemmel i regelverket, vil dette utgjøre et brudd på kravene til forutberegnelighet og likebehandling i lovens § 5, jf. klagenemndas saker 2009/99 premiss (14) og 2009/103 premiss (14).
- (71) I konkurransegrunnlaget er NS 3431 pkt 37.5 i sin helhet erstattet med følgende formulering: *"Enhver utbedring etter fastslått mangel ved kontraktsarbeidet som totalentreprenøren har ansvaret for, skal bringe prosjektet tilbake i kontraktsbestemt stand"*. I klagers tilbud er det uttalt at klager ønsker å diskutere dette punktet i forhandlingene før eventuell kontraktsinngåelse. Dette må etter nemndas oppfatning anse som et forbehold mot de gjeldende kontraktsvilkår.
- (72) Spørsmålet blir så om dette er vesentlig. Klager har begrunnet forbeholdet i tilbudet med at klager under tilbudsregningen ikke har hatt *"anledning til å kontrollere riktigheten av dokumentene og de prosjekterte løsningene. Det er derfor ikke mulig å prise risikoen ved å ta over ansvaret for dokumentenes innhold. For å unngå unødvendige risikopåslag og for å gjøre vårt tilbud mest mulig sammenlignbart med konkurrentenes kan vi ikke ta den risikoen nå"*. Nemnda finner at klager med dette har tatt et vesentlig forbehold mot kontraktsvilkårene. Innklagede hadde dermed plikt til å avvise klagers tilbud i medhold av forskriften § 20-13 (1) bokstav d. Klagers anførsel på dette punktet fører ikke frem.

Øvrige avvisningsgrunner

- (73) Da innklagede hadde plikt til å avvise klagers tilbud som følge av vesentlig forbehold mot kontraktsvilkårene, finner ikke nemnda grunn til å behandle hvorvidt innklagede hadde rett eller plikt til å avvise klagers tilbud på de øvrige grunnlag som er blitt benyttet av som avvisningsgrunn.

V. Brudd på kravet til likebehandling

- (74) Klager har anført at innklagede har brutt kravet til likebehandling i loven § 5 ved å avvise tilbudet fra klager som følge av forbehold og avvik mens tilbudet fra valgte leverandør ikke er avvist. Det er vist til at valgte tilbyder også tatt forbehold i sitt tilbud som kan sammenlignes med de eventuelle forbehold og avvik i klagers tilbud.
- (75) Slik nemnda ser det, vil spørsmålet om innklagede har brutt kravet til likebehandling kun være relevant å drøfte i de tilfellene hvor oppdragsgiver har en skjønsmessig adgang til å avvise et tilbud, jf *"kan"* i forskriften § 20-13 (2). Dersom det foreligger en plikt for oppdragsgiver å avvise et tilbud, jf *"skal"* i forskriften § 20-13 (1), vil det ikke være en relevant problemstilling å drøfte hvorvidt oppdragsgiver har brutt kravene til

likebehandling. Nemnda tar først stilling til hvorvidt innklagede hadde plikt til å avvise valgte leverandør sitt tilbud som følge av vesentlig forbehold.

- (76) Av forskriften § 20-13 (1) bokstav d følger det at oppdragsgiver har plikt til å avvise et tilbud når *"det inneholder vesentlige forbehold mot kontraktsvilkårene"*. Dersom oppdragsgiver avviser et tilbud uten å ha nødvendig hjemmel i regelverket, vil dette utgjøre et brudd på kravene til forutberegnelighet og likebehandling i lovens § 5, jf. klagenemndas saker 2009/99 premiss (14) og 2009/103 premiss (14).
- (77) Når det gjelder forurensede masser er det i henhold til konkurransegrunnlaget NS 3431 punkt 8.2.2 som skal gjelde, hvorav det følger at totalentreprenøren har risikoen for forhold i grunnen, med mindre entreprenøren *"godtgjør at han ikke burde ha oppdaget dem eller tatt dem i betraktning"*. I valgte leverandør sitt tilbud fremgikk det følgende vedrørende ansvar for masser: *"Forurensede masser utover grunnundersøkelser og uidentifiserte gjenstander i grunnen er byggherrens ansvar og bekostes av BH"*. Innklagede har i sitt tilsvaret vist til at man har vurdert dette som en presisering av ansvarsområde, som ikke har flyttet ansvar fra totalentreprenøren og over på byggherren. Videre har innklagede opplyst at det ikke foreligger noen opplysninger som tilsier at det er forurensning i grunnen, og at det i de to rapportene vedlagt konkurransegrunnlaget vedrørende grunnundersøkelser ikke er avdekket forurensning i grunnen. Innklagede har på den bakgrunn funnet at forurensning i grunnen ikke er et forhold som totalentreprenøren burde ha oppdaget eller tatt i betraktning, mao at dette er innklagedes risiko.
- (78) Nemnda finner således at innklagede har vurdert angjeldende presisering til å være uten betydning i forhold til kontraktsvilkårene, og verdsatt dette til null. Valgte leverandør sin presisering vedrørende NS 3431 pkt 8.2.2 er blitt lagt til grunn som en akseptert løsning. Innklagedes vurdering i så henseende er ikke blitt dokumentert overfor nemnda, ut over at det fremkommer i møtereferatet datert 15. mars 2009 mellom innklagede og valgte leverandør at valgte leverandør har tatt forbehold vedrørende ansvar for forurensede masser i sitt tilbud. Slik nemnda ser det, burde innklagede av hensyn til kravet om forutberegnelighet og etterprøvbarhet dokumentert at dette forhold er blitt vurdert til å være et forbehold av ingen betydning fra gjeldende kontraktsvilkår. Klager har imidlertid ikke anført at innklagede har brutt disse kravene, og nemnda finner dermed ikke grunn for å gå nærmere inn på dette forhold. Nemnda legger på den bakgrunn til grunn innklagedes vurdering om at valgte leverandør ikke har tatt et forbehold av betydning. Som en følge av det, finner nemnda at innklagede ikke hadde plikt til å avvise valgte leverandør sitt tilbud etter forskriften § 20-13 (1) bokstav d. Klagers anførsel på dette punktet fører ikke frem.

. VI. Avvisning av valgte leverandør sitt tilbud som følge av ikke bindende tilbud

- (79) Klager har anført at valgte leverandør sitt tilbud skulle ha vært avvist som følge av at tilbudet ikke var bindende på tidspunktet for kontraktssignering. Det er vist til at valgte leverandør har forutsatt i sitt tilbud at fremdrift og priser forutsetter bestilling senest 18. mai 2009. Når klagefristen gikk ut den 22. mai 2009, og kontrakt ble signert etter dette, forelå det derfor i realiteten ingen bindende tilbud fra valgte leverandør.

- (80) Av forskriften § 19-6 (1) fremgår det at: *"Oppdragsgiver skal fastsette en vedståelsesfrist, som angir tiden tilbudene er bindende"*. I konkurransegrunnlagets del C *"Tilbudsbestemmelser"* fremgår det under punkt 2 at vedståelsesfristen for tilbudene settes til 90 dager etter tilbudsfristen, dvs 27. juli 2009. Valgte leverandør har oppgitt i sitt tilbud datert 28. april 2009, som er sammenfallende med tilbudsfristen, at tilbudet vedstås i 90 dager. Kontrakt i saken ble signert av valgte leverandør den 25. mai 2009 og av innklagede den 25. juni 2009. Innklagede har i sitt svar vist til kjennelsen fra Gjøvik tingrett av 24. juni 2009 side 9 om at: *"Tilbudet fra AFG stiller ikke noe absolutt krav til fremdrift, men skisserer en byggetid på 24 måneder basert på bestilling en angitt dato. Det fremgår videre eksplisitt av tilbudet at AFG godtar en vedståelsesfrist på 90 dager"*.
- (81) På den bakgrunn finner nemnda at innklagede kunne legge til grunn valgte leverandør sitt tilbud som bindende på tidspunktet for kontraktsinngåelsen. Klagers anførsel på dette punktet fører heller ikke frem.

Konklusjon:

Gran kommune har ikke brutt regelverket for offentlige anskaffelser..

For klagenemnda for offentlige anskaffelser

8. februar 2009


Jakob Wahl