



**Klagenemnda
for offentlige anskaffelser**

Innklagede gjennomførte en åpen anbudskonkurranse for anskaffelse av en totalentreprise ved bygging av barnehage i Enebakkeveien. Klagenemnda fant at innklagede rettmessig hadde avvist klagers tilbud med hjemmel i forskriftens § 20- 13 (1) bokstav f. Klager fikk heller ikke medhold i sine øvrige anførsler.

Klagenemndas avgjørelse 17. august 2009 i sak 2009/27

Klager: Lønnheim Entreprenør AS

Innklaget: Oslo kommune v/ Omsorgsbygg

Klagenemndas medlemmer: Georg Fredrik Rieber-Mohn, Bjørg Ven, Andreas Wahl.

Saken gjelder: Avvisning av tilbud. Informasjonsplikt. Klagefrist.

Bakgrunn:

- (1) Oslo kommune v/ Omsorgsbygg Oslo KF (heretter kalt innklagede) kunngjorde 31. november 2008 en åpen anbudskonkurranse for anskaffelse av totalentreprise for bygging av barnehage i Enebakkveien 71 A-B. Frist for innlevering av tilbud var i følge konkurransegrunnlaget punkt 2.2, "Tilbudsfrist", 1. desember 2008, men ble senere utsatt til 15. desember 2008.
- (2) I følge konkurransegrunnlaget punkt 1.4.2, "Kontraktsbestemmelser" ville avtaleforholdet bli regulert av konkurransegrunnlagets vedlagte kontrakt med tilhørende standard kontraktsvilkår for Oslo Kommune.
- (3) Av konkurransegrunnlaget punkt 2.9, "Opplysningsplikt", fremgikk det videre at innklagede ville gi en skriftlig melding med en kort begrunnelse dersom tilbudet fra leverandøren avvises. Innklagede uttaler i samme punkt:

"Leverandøren kan skriftlig anmode om en nærmere begrunnelse for avvisningen, forkastelsen eller avlysningen. Oppdragsgiveren plikter å svare på denne henvendelsen senest 15 dager etter at anmodningen er mottatt."

- (4) Av konkurransegrunnlaget fulgte også at tilbud som inneholdt vesentlige forbehold fra konkurransegrunnlaget ville bli avvist. Andre forbehold måtte utformes slik at tilbudet lot seg sammenligne med øvrige tilbud. Det hitsettes fra punkt 2.12, "Forbehold":

"Andre forbehold skal være presise og entydige, slik at oppdragsgiver kan vurdere og prise disse.

[...]

Tilbud som inneholder forbehold som medfører at tilbudet ikke lar seg sammenligne med øvrige tilbud, vil bli avvist.

Leverandørens henvisning til standardiserte leveringsvilkår eller lignende vil bli betraktet som forbehold dersom de avviker fra forliggende konkurranse- eller kontraktsbestemmelse."

- (5) Av kravspesifikasjonen fulgte at entreprenør stod ansvarlig for grunnforholdene på tomten. Det hitsettes følgende fra punkt 210,"Grunn og fundamenter, generelt":

"Alle arbeider skal utføres iht. gjeldende byggeforskrifter, Norsk standard og dagens NBI-detalljer. Totalentreprenøren skal spesifisere ytelsene iht. NS 3420 slik at kvalitet kan kontrolleres. Arbeidene utføres innenfor kategorien "normal" for hvert fagområde. [...]

Det er foretatt grunnundersøkelser på tomten for nytt Parkeringshus, dvs. på nordsiden av eksisterende bygninger [...].

Arkivmaterialet viser at alle eksisterende bygg på tomten er fundamentert på såler i løsmasser. Byggherren har kun foretatt en begrenset geoteknisk undersøkelse på tomten som nevnt ovenfor. Entreprenøren overtar denne og tillegges fullt ansvar for grunnforholdene på tomten, og må selv vurdere om det er behov for kompletterende undersøkelser. Kostnader til undersøkelser vil bli dekket av byggherren."

- (6) Lønnheim Entreprenør AS (heretter kalt klager) var en av leverandørene som ønsket å inngi tilbud i konkurransen. I forbindelse med innhenting av pristilbud på nødvendig detaljprosjektering av totalentreprisen, kontaktet klager Multiconsult AS. Det hitsettes følgende fra e-post datert 5. desember 2008 til Multiconsult AS:

"Vi viser til konkurransegrunnlaget fra Oslo kommune, Omsorgsbygg Oslo KF[...].

Vi ber med dette om deres tilbud på nødvendig RIG Detaljprosjektering iht. konkurransegrunnlaget, dette gjelder for spunt og peling inkl. nødvendig info til RIB for fundamentering, dette også for fund. på løsmasser for mellombygg."

- (7) Av klagers interne oppfølgingsdokument datert 8. desember 2008 fulgte følgende:

"[Multiconsult AS] ringte meg i går kveld (søndag 7.12.08) etter at vi sendte forespørsel på RIG fredag den 05.12.08. [Multiconsult AS] reiste RØDT flagg! [Selskapet] var veldig skeptisk. Sa at vi ikke måtte gå skoa av oss! Sa at [selskapet] mente at P-huset ikke kunne plasseres som angitt, men at dette måtte trekkes ut av skråningen. Vil ikke gi tilbud. Vil ikke binde seg opp da dette er veldig usikkert. Geoteknikere vil ikke ha noe med dette å gjøre. Gir kun muntlig en budsjettpris på kr 300.000,- på geoteknisk prosjektering og kr 100.000,- på oppfølging + mva. Geoteknisk prosjektering sier [Multiconsult AS] må avregnes etter medgått. Vedr. mellombygg, for trangt der til rigg for spunt, må bli spesialløsning. Multiconsult har blitt kontaktet av 4 tilbydere inkl. oss og [Multiconsult AS] har sagt det samme til alle disse. [Multiconsult AS] er redd for at det sitter noen der ute som ikke vet og som blir lurt til ikke å ta forbehold. [Multiconsult AS] sa at [selskapet] hadde gitt beskjed til [...]Omsorgsbygg og bedt dem gi informasjon til tilbyderne om den store risikoen og usikkerheten rundt dette."

- (8) Fra internt oppfølgingsnotat datert 9. desember 2009 hitsettes:

"[Multiconsult AS] ringte meg igjen vedr. geotekniske forhold og forbehold som vi måtte ta. Jeg sa vi ikke hadde fått noen ny info fra Omsorgsbygg etter at [Multiconsult AS] hadde gitt dem råd om å informere tilbyderne om risikoen. Jeg leste opp i tlf. hva vi i våre presiseringer hadde skrevet i forbeholdet, og det syntes [Multiconsult AS] hørt seg greit ut."

- (9) Innen tilbudsfristens utløp mottok innklagede 5 tilbud, deriblant fra klager og HENT AS (heretter kalt valgte leverandør). Fra klagers tilbud punkt 6, "Kravspesifikasjon Prosjektering kap. 82, og Bygning kap 21, Post 210, side 7-8", datert 15. desember 2008, hitsettes:

"Det tas forbehold om skader på eksisterende bygninger etter spunting og peling."

- (10) Klager ble avvist fra konkurransen i brev datert 2. februar 2009. Av brevet fremkom følgende:

"I Deres tilbudsbrev, side 2 punkt 6 siste setning, sies det at "Det tas forbehold om skader på eksisterende bygninger etter spunting og peling".

Omsorgsbygg kan ikke se omfanget av forbeholdet, og det er således usikkert hvordan dette skal kunne prises på et presisjonsnivå som sikrer likebehandling, slik at Lønnheims tilbud blir sammenlignbart med de øvrige tilbudene.

I henhold til FOA § 20-13 (1) bokstav f., skal et tilbud avvises når det på grunn av blant annet forbehold, kan medføre tvil om hvordan tilbudet skal bedømmes i forhold til de øvrige tilbyderne. I dette tilfellet er det vanskelig å sammenligne Lønnheims tilbud med de øvrige tilbyderne fordi forbeholdet medfører usikkerhet med hensyn til prisfastsettingen.

Oppdragsgiver er derfor forpliktet til å avvise tilbudet på grunn av dette.

[...]

Dersom Lønnheim ønsker en ytterligere begrunnelse for avvisningen ber vi om en skriftlig henvendelse om hva De ønsker utdypet.

Når konkurransen er avgjort vil Omsorgsbygg Oslo KF invitere Lønnheim til en debriefing av anskaffelsesprosessen, dersom Lønnheim ønsker dette."

- (11) Klagen kom inn til Klagenemnda for offentlige anskaffelser den 13. februar 2009.

- (12) Kontrakt ble inngått med valgte leverandør den 20. februar 2009.

Anførsler:

Klagers anførsler:

Avvisning av tilbud

- (13) Klager anfører at innklagede, som byggherre, må ha ansvaret for de uforutsigbare grunnforholdene og derav følgekostnadene for å tilpasse utbyggingen etter de stedlige forhold og omkringliggende bebyggelse. Klagers forbehold var nødvendig for å plassere

ansvaret for de vanskelige grunnforholdene på riktig aktør i byggesaken. Klagers forbehold gir med dette ikke grunnlag for avvisning.

- (14) Innklagede presiserer selv i kravspesifikasjonens punkt 210, "*Grunn og fundamenter, generelt*" at den utsendte geotekniske rapporten kun er av begrenset omfang. Under samme punkt tillegges entreprenøren fullt ansvar for grunnforholdene. Klager så seg av denne grunn nødt til å ta et forbehold for ikke å bli sittende med et uforutsigbart og ubegrenset ansvar.
- (15) Klager kontaktet geotekniske firma og forespurte om pristilbud på den geotekniske prosjekteringen for prosjektet. Klager mottok ikke pristilbud for disse prosjekteringsarbeidene ettersom prosjekteringsarbeidene, byggearbeidene og de eventuelle følgeskadene av denne ville bli for risikable og uforutsigbare.

Saksbehandlingen

- (16) NS 3431 punkt 8.1 (1) pålegger byggherren å informere om lokale forhold som han forstår eller burde forstå vil få betydning for gjennomføringen av totalentreprisen. Multiconsult AS informerte innklagede om at risikoen var stor for at blant annet eksisterende bebyggelse ville bli berørt av pele og spuntarbeidene, uten at denne informasjonen ble videreformidlet til tilbyderne. Multiconsult AS kontaktet klager og informerte om denne risikoen.
- (17) Klager var i kontakt med byggleder den 22. desember 2008 og fikk da bekreftet at ingen av de fem tilbyderne var forkastet, men at byggherren hadde behov for den første uken over nyttår for å avgjøre konkurransen. Først den 4. februar kom ny og uventet informasjon om at tilbudet ble avvist. Innklagede oppga heller ikke klagefrist i avvisningsbrevet.

Innklagedes anførsler:

- (18) Innklagede anfører at klagers forbehold var av en slik karakter at innklagede pliktet å avvise klagers tilbud, jf. forskriftens § 20-13 (1) bokstav f. I henhold til konkurransegrunnlaget påhviler risikoen for grunnforholdene og for riktig valg av løsning entreprenøren. Dette betyr at forbeholdet fra klager innebærer en risikooverføring av grunnforholdene fra klager til innklagede i strid med konkurransegrunnlaget. Klagers forbehold var ikke priset og det var heller ikke på annen måte angitt noe om forbeholdets omfang. Innklagede var derfor usikker på hvordan forbeholdet skulle prises slik at klagers tilbud ble sammenlignbart med de øvrige tilbudene.

Saksbehandlingen

- (19) Forskriften stiller ikke krav om at tilbyder skal innrømmes en klagefrist. Det er kun et krav om at avvisningen skal begrunnes, jf. forskriftens § 20-15 (2). Innklagede ville likevel tatt en eventuell klage opp til vurdering eller gitt en nærmere begrunnelse i samsvar med forskriftens § 20-16 (4) dersom klager hadde bedt om det, noe klager aldri gjorde. Innklagede har dermed ikke brutt § 20-15.

Klagenemndas vurdering:

- (20) Klager deltok i konkurransen og har dermed saklig klageinteresse, jf. forskrift om Klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Anskaffelsen følger etter

sin verdi forskrift om offentlige anskaffelser av 7. april 2006 nr 402 del I og III, jf forskriftens §§ 2-1 og 2-2.

- (21) I følge § 20-13 (1) bokstav f. skal et tilbud avvises dersom det inneholder forbehold som *"kan medføre tvil om hvordan tilbudet skal bedømmes i forhold til de øvrige tilbudene"*.
- (22) Av bestemmelsen følger at det er en lav terskel før tilbudet skal avvises grunnet tvil om hvordan tilbudet skal bedømmes i forhold til øvrige tilbud, jf. *"kan"*, sml. klagenemndas uttalelser i sakene 2009/116 (premiss 40), 2008/202 (premiss 30) og 2008/210 (premiss 33), samt i Fornyings- og administrasjonsdepartementets *"Rettleiar til reglane om offentlege anskaffingar"* side 163.
- (23) I foreliggende sak har klager tatt forbehold mot risiko for skader på eksisterende bygninger i forbindelse med grunnarbeidene på tomten. Innklagede anfører at klager kunne ha gitt et påslag i prisen for det risikotillegget grunnforholdene utgjorde, eventuelt på annen måte angitt noe om omfanget av forbeholdet.
- (24) Utgangspunktet ved forbehold som ikke er vesentlige, er at innklagede selv må forsøke å prissette forbeholdet. Forutsetningen er at forbeholdet ikke er så uklart at det er vanskelig å beregne hva det vil bety målt i kroner og øre, sml. klagenemndas sak 2005/16 (Premiss 24). Forbeholdet må tolkes slik at innklagede må ta risikoen for skader på eksisterende bygninger på grunn av grunnforholdene til tross for at innklagede i kravspesifikasjonen pkt. 210 overførte dette ansvaret til tilbyderne. Av den fremlagte dokumentasjon fremgår at innklagede selv hadde begrenset kunnskap om grunnforholdene, og klagenemnda legger til grunn at innklagede ikke hadde forutsetninger for å prise klagers forbehold på en måte som sikret likebehandling av tilbyderne. Nemnda tilføyer at det også var usikkerhet rundt grunnforholdene som var årsaken til at klager selv ikke redegjorde nærmere for forbeholdets omfang, eller selv har gitt et påslag i prisen tilsvarende forbeholdet, jf. betraktninger som kommer frem av klagers interne notat i forbindelse med telefonkorrespondanse med Multiconsult AS og klagers egne anførsler. Når klagers forbehold ikke kunne prissettes, hadde innklagede både rett og plikt til å avvise klagers tilbud, jf. forskriften § 20- 13 (1) bokstav f.
- (25) Klager anfører videre at forbeholdet var nødvendig for å plassere ansvaret for de vanskelige grunnforholdene på riktig aktør i byggesaken og at innklagede må ha ansvaret for de uforutsigbare grunnforholdene. Klagenemnda forstår anførselen slik at innklagede, etter klagers mening, ikke hadde anledning til å stille krav om en risikooverføring fra byggherre til entreprenør i foreliggende tilfelle.
- (26) 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 gjeldende § 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). Verken lovens eller forskriftens formål er imidlertid å regulere avtaleforholdet mellom partene etter at kontrakt er inngått. ”

- (27) I denne saken har innklagede lagt til grunn NS 3431 med enkelte endringer som fremgår av kontrakt av 20. februar 2009. Konkurranses grunnlaget utgjør en del av kontrakten, og det må derfor legges til grunn at bestemmelsen om grunnforholdene gjelder som en del av kontrakten. Klagenemnda kan ikke overprøve rimeligheten av innklagedes kontraktsvilkår og overføringen av risikoen for grunnforholdene. Klagers anførsel fører således ikke frem.

Informasjonsplikt

- (28) Klager anfører videre at innklagede pliktet å informere tilbyderne om risikoen for skade på eksisterende bebyggelse som følge av dårlige grunnforhold på bakgrunn av at Multiconsult AS hadde vært i kontakt med innklagede og påpekt en slik risiko.
- (29) Av kravet til forutberegnelighet følger det at oppdragsgiver må gi de opplysningene som er nødvendig for at leverandørene skal ha et forsvarlig grunnlag å inngi tilbud på basis av, jf. blant annet klagenemndas saker 2008/27 (premiss 48) og 2008/86 (premiss 59), sml. også det ulovfestede kravet til lojalitetsplikt i kontraktsforhold.
- (30) Når kontraktsvilkårene plasserer ansvaret for grunnforholdet på entreprenørene, hadde klager en klar oppfordring til å innhente en nærmere redegjørelse for de geotekniske forholdene i forbindelse med utbyggingen, jf. kravspesifikasjonen punkt 210, inntatt i sakens bakgrunn, som uttrykkelig overlot til entreprenørene å vurdere behovet for geotekniske undersøkelser. Da tilbyderne således var forpliktet til å foreta en selvstendig vurdering av grunnforholdene, kan nemnda ikke se at innklagedes unnlatelse av å informere om Multiconsult AS' vurdering av grunnforholdene har skapt en uforutsigbar situasjon for tilbyderne slik at inngivelsen av tilbud skjedde på uforsvarlig grunnlag, sml. nemndas synspunkt klagenemndas sak 2008/86 (premiss 59). Klagers anførsel fører dermed ikke frem.

Tidspunkt for avvisning av tilbudet, klagefrist

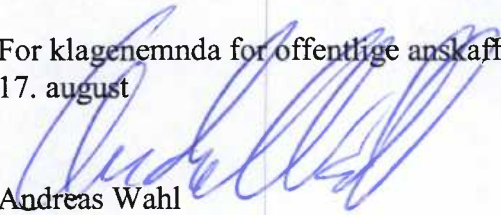
- (31) Klager opplyser også at klagers tilbud først ble avvist 2. februar 2009 til tross av at klager var i kontakt med byggleder 22. desember 2008, og på dette tidspunktet fikk bekreftet at ingen av tilbyderne var forkastet. Klagenemnda forstår anførselen slik at innklagede etter klagers mening ikke har underrettet klagers selskap om avvisningsbeslutningen snarest mulig og at klagefrist ikke ble oppgitt.
- (32) I følge § 20-16 (2) bokstav c. skal oppdragsgiver ”*snarest mulig*” gi skriftlig tilbakemelding med en kort begrunnelse dersom et tilbud blir avvist. 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), sml. også EF-domstolen sak C-82/98 ”*Alcatel*”. Hensynet bak bestemmelsen er at klager skal få anledning til å være med i konkurransen dersom avvisningen viser seg uriktig, og få satt i gang tiltak for å få stanset anskaffelsesprosedyren. I denne sammenheng har klagenemnda også lagt til grunn at en avvist leverandør har rett til å klage på avvisningsbeslutningen, jf. klagenemndas sak 2008/32 (premiss 43).
- (33) I foreliggende tilfelle gikk det 10 virkedager mellom innklagedes meddelelse om avvisning fra konkurransen i brev den 2. februar 2009 og kontraktsinngåelse med HENT

AS den 17. februar 2009. Klager hadde da i utgangspunktet rimelig tid til å inngi klage på avvisning og få denne behandlet før kontraktsinngåelsen, eller igangsette andre rettslige tiltak. Spørsmålet er om innklagede hadde en plikt til å sette en frist for klage i underretningen om avvisning. Etter forskriftens § 22-3 skal meddelelse om hvem som tildeles kontrakt sendes alle som har deltatt i konkurransen uavhengig av om de er blitt avvist eller forkastet. Slik meddelelse skal inneholde frist for å fremsette klage. Forskriftens § 20-16 inneholder derimot ikke krav om å sette frist for klage ved meddelelse om avvisning. Selv om gode grunner kan tale for at oppdragsgiver bør sette en frist, finner ikke nemnda at et slikt krav kan oppstilles i medhold av anskaffelsesloven § 5. Nemnda er derfor kommet til at innklagede ikke handlet i strid med forskriften eller anskaffelsesloven § 5.

Konklusjon:

Oslo kommune/v Omsorgsbygg har ikke brutt regelverket for offentlige anskaffelser.

For klagenemnda for offentlige anskaffelser,
17. august


Andreas Wahl