



Klagenemnda for offentlige anskaffelser

Innklagede gjennomførte en åpen anbudskonkurranse for anskaffelse av bygningsmessige arbeider i Regjeringskvartalet G-blokk. Klagenemnda fant at innklagede hadde brutt regelverket ved ikke å avvise valgte leverandørs tilbud. Dissens.

Klagenemndas avgjørelse 3. september 2012 i sak 2010/362

Klager: Atlant Entreprenør AS

Innklaget: Statsbygg

Klagenemndas medlemmer: Kai Krüger, Jakob Wahl, Gro Amdal

Saken gjelder: Avvisning av tilbud

Bakgrunn:

- (1) Statsbygg (heretter kalt innklagede) kunngjorde 9. mars 2010 en åpen anbudskonkurranse for anskaffelse av bygningsmessige arbeider i Regjeringskvartalet G-blokk. Anskaffelsens verdi er ikke opplyst i kunngjøringen eller konkurransegrunnlaget, men de mottatte tilbudene var i evalueringsnotat datert 2. august 2010 angitt å være på ca. 6,6 millioner kroner og 7,8 millioner kroner inkl. mva. Tilbudsfrist var i kunngjøringen punkt IV.3.4 angitt til å være 15. april 2010.
- (2) Det fremgikk av konkurransegrunnlaget punkt 4.5 at:

Tildelingen skjer på grunnlag av hvilket tilbud som er det økonomisk mest fordelaktige, basert på følgende kriterier:

Prioritet/vekt	Kriterier	Dokumentasjon
60%	Pris	Komplett tilbudsskjema, se nærmere om prisevalueringen i tilbudsskjemaet
10%	Organisering av byggeplass	1. beskrivelse av hvordan byggeplassen er tenkt bemannet i prosjektets ulike faser 2. CV og referanseliste for byggeplassens administrative ledelse

30%	Oppgaveforståelse	Kortfattet beskrivelse av hvordan byggearbeidet er tenkt gjennomført
-----	-------------------	--

- (3) Det fremgikk av konkurransegrunnlaget punkt 5.1 at
- "Statsbygg oppfordrer til å gi tilbud uten forbehold. Det understrekes at tilbyder har risikoen for uklarheter i eget tilbud og at uklarheter kan medføre avvisning.*
- Dersom forbehold tas, skal forbehold klart fremgå av tilbudsbrevet. Forbehold skal være presise og entydige, slik at Statsbygg kan vurdere disse uten kontakt med tilbyder. Forbehold som ikke kan prises av Statsbygg vil etter all sannsynlighet medføre avvisning av tilbudet".*
- (4) Av konkurransegrunnlaget punkt 5.3 fremkom det at:
- "Det er ikke adgang til å gi tilbud på alternative løsninger".*
- (5) Konkurransegrunnlaget inneholdt et tilbudsskjema som tilbyderne skulle fylle ut ved inngivelsen av tilbud. Det var her oppgitt en rekke punkter hvor produkter og arbeid ble beskrevet, med en kolonne hvor tilbyder skulle føre inn sine priser på disse punktene.
- (6) I tilbudsskjemaets kapittel 14 var det angitt hvilke vinduer som det skulle gis tilbud på. Disse vinduene ble beskrevet som *"Swissflame Structure eller tilsvarende"* og det var videre oppgitt mål og andre egenskaper vinduene skulle ha.
- (7) Innklagede mottok 2 tilbud innen tilbudsfristen 15. april 2010. Tilbudene kom fra Atlant Entreprenør AS (heretter kalt klager) og fra Aanerud Entreprenør AS.
- (8) I tilbudet fra Aanerud Entreprenør AS var det i tilbudets kapittel 14 et forbehold/avvik om at vinduene selskapet tilbød hadde andre tekniske egenskaper enn det som var krevd i tilbudsskjemaet. Forbeholdet/avviket fremkom ved at valgte leverandør i kapittel 14 hadde skrevet inn *"se spec"*. Av dette dokumentet fremgikk det hvilke tekniske egenskaper valgte leverandørs vinduer hadde.
- (9) I brev fra innklagede datert 11. mai 2010 fremgikk det at både klagers og Aanerud Entreprenør AS tilbud var avvist på grunn av at tilbyderne, etter innklagedes oppfatning, ikke hadde priset postene i tilbudsskjemaet slik som det var forespurt at det skulle gjøres.
- (10) Avvisningsbeslutningen av klagers tilbud ble påklaget av klager 18. mai 2010. Det ble vist til at de enkeltposter som ikke var priset skulle anses innkalkulert i andre poster jf. forskriften § 12-2.
- (11) I brev datert 26. mai 2010 opprettholdt innklagede sitt tidligere standpunkt om å avvise tilbudet fra klager.
- (12) Klager fastholdt klagen i brev datert 1. juni 2010.
- (13) Etter en ny vurdering av tilbudene omgjorde innklagede i brev datert 27. juli 2010 sin beslutning om å avvise klagers tilbud og innklagede konkluderte videre med at det ikke var grunnlag for å avvise noen av de innkomne tilbudene. I dette brevet ble det samtidig

meddelt at innklagede ville inngå kontrakt med Aanerud Entreprenør AS (heretter kalt valgte leverandør) umiddelbart etter at den i brevet oppgitte klagefrist var utløpt.

- (14) Av revidert evalueringsnotat datert 2. august 2010 fremkom det at tilbudene fra klager og valgte leverandør ble vurdert som likeverdige når det gjaldt tildelingskriteriene "organisering av byggeplass" og "oppgaveforståelse". Det avgjørende for valget av tilbud var dermed prisen.
- (15) Den 5. august 2010 påklaget klager tildelingen av kontrakten. I klagens andre avsnitt het det at:
- "Ved gjennomgang av evaluering har vi avdekket at Aanerud Entreprenør AS har unnlatt å prise hele kapittel 14 – Glassarbeider. Statsbygg har i sin evaluering satt inn våre priser for dette kapittelet. Aanerud Entreprenør AS har også tatt ett forbehold vedrørende dette kapittelet. De beløp som er innført utgjør etter våre beregninger over 31 % av entreprenørens opprinnelige tilbud".*
- (16) Innklagede avviste i e-post datert 27. august 2010 påstanden om at valgte leverandør ikke hadde priset hele kapittel 14. Dette ble begrunnet med at:
- "Aanerud har priset hovedpostene i kapittel 14, men tatt forbehold om en noe annen teknisk løsning enn beskrevet. Vi har priset forbeholdene og lagt de til tilbudsprisen for å kunne sammenligne tilbudene. Aaneruds tilbud er fortsatt betydelig lavere enn Atlants".*
- (17) Beslutningen om å tildele valgte leverandør kontrakten ble etter dette opprettholdt.
- (18) I e-post datert 13. september 2010 ba klager om dokumentasjon for at valgte leverandør ikke hadde unnlatt å prise poster i kapittel 14, samt en bekreftelse på hvordan innklagede hadde fylt inn de postene som valgte leverandør ikke hadde priset.
- (19) Den 14. september 2010 svarte innklagede per e-post at:
- "Aanerud har tatt forbehold om utøvelse, og forbeholdet har vi ansett å være avvikende utførelse mellom beskrevet løsning og "spec" vedlagt Aaneruds tilbud. Dette forbeholdet er priset".*
- (20) Det ble videre i denne e-posten opplyst om at klagers priser ble benyttet som grunnlag for å prise valgte leverandørs forbehold, da klagers priser var vesentlig høyere enn antatt markedsverdi. Dette ble hevdet å være til ugunst for valgte leverandør i evalueringen.
- (21) Kontraktsmøte ble avholdt 31. august 2010 og kontrakt ble inngått 14. september 2010.
- (22) Saken ble brakt inn for Klagenemda for offentlige anskaffelser (heretter kalt klagenemda) 18. desember 2010.

Anførsler:

Klagers anførsler:

Avvisning av valgte leverandørs tilbud

- (23) Klager har gjort gjeldende at valgte leverandørs tilbud skulle vært avvist av to forskjellige grunner.
- (24) Klager anfører for det første at innklagede har brutt forskriften § 11-11(1) bokstav f ved ikke å avvise tilbudet fra valgte leverandør, idet tilbudet må anses ufullstendig siden samtlige av postene i kapittel 14 ikke var priset, og at dette medfører tvil om hvordan tilbudet skal bedømmes i forhold til de øvrige tilbudene.
- (25) Klager anfører for det andre at innklagede har brutt regelverket ved ikke å avvise valgte leverandørs tilbud som på grunn av forbeholdet om å levere vinduer med en annen teknisk løsning enn det som fremgår av konkurransegrunnlaget, må anses som et alternativt tilbud som det ifølge konkurransegrunnlaget punkt 5.3 ikke var adgang til å inngi.

Avvisning av valgte leverandør

- (26) Klager anfører at innklagede har brutt kravene til forsvarlig saksbehandling, forutberegnelighet og god anbuds- og forretningsskikk i loven § 5, ved ikke å avvise valgte leverandør fra konkurransen.

Brudd på forhandlingsforbudet i forskriften § 12-1 (1)

- (27) Klager anfører at innklagede har brutt forskriften § 12-1 (1) ved å prissette de poster i kapittel 14 i valgte leverandørs tilbud, som ikke var priset av leverandør. Det vises til at det ikke er tillatt å endre pris eller andre forutsetninger som har betydning for konkurranseforholdet.

Erstatning

- (28) Klager ber klagenemda om å uttale seg om vilkårene for erstatning for klager, prinsipalt for den positive kontraktsinteresse, subsidiært den negative kontraktsinteresse, er oppfylt.

Innklagedes anførsler:

Avvisning av valgte leverandørs tilbud

- (29) Innklagede bestrider å ha brutt forskriften § 11-11 (1) bokstav f ved ikke å avvise tilbudet fra valgte leverandør. Det vises til at valgte leverandør hadde priset de aktuelle postene i hovedalternativet som forutsatt, men hadde tatt forbehold knyttet til utførelsen. Forbeholdene mot utførelsen fremgikk ved at valgte leverandør i kapittel 14 hadde skrevet inn "*se spec*". Av "*spec*"-dokumentet fremgikk det hvilke tekniske egenskaper de tilbudte vinduene hadde.
- (30) Innklagede bestrider at tilbudet fra valgte leverandør med de aktuelle forbeholdene kan anses som et alternativt tilbud i forskriftens forstand, og dermed skulle vært avvist på dette grunnlag.

Brudd på forhandlingsforbudet i forskriften § 12-1 (1)

- (31) Innklagede bestrider å ha brutt forskriften § 12-1(1) ved å prissette de poster i kapittel 14 i valgte leverandørs tilbud som ikke var priset av leverandøren. Det vises til at det var tatt forbehold som hadde med den tekniske utførelsen å gjøre, og at disse ikke ble ansett som vesentlige. Innklagede mente det var mulig å prise forbeholdene og gjorde da dette for å kunne sammenligne valgte leverandørs tilbud med de øvrige tilbudene.

Klagenemndas vurdering:

- (32) Klager har deltatt i konkurransen, og har saklig klageinteresse, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Anskaffelsen gjelder bygningsmessig arbeid i Regjeringskvartalet G-blokk som er en bygge- og anleggsanskaffelse. Anskaffelsens anslåtte verdi fremgår ikke av kunngjøringen eller konkurransegrunnlaget. På bakgrunn av tilbudsprisene opplyst i revidert anbudsevaluering legger klagenemnda til grunn at anskaffelsen i tillegg til lov om offentlige anskaffelser etter sin art og verdi følger forskrift om offentlige anskaffelser av 7. april 2006 nr. 402 del I og del II, jf. forskriften §§ 2-1 (2) og 2-2.

Avvisning av valgte leverandør

- (33) Klager har under dette punkt anført at valgte leverandør skulle vært avvist. Det er imidlertid ikke konkretisert nærmere hvorfor klager mener at leverandøren skulle vært avvist, og denne anførselen avvises derfor som for vag til å behandle, jf. klagenemndsforskriften § 9.

Avvisning av valgte leverandørs tilbud - spørsmålet om det foreligger et ufullstendig tilbud

- (34) Innklagede har dokumentert at valgte leverandørs tilbud inneholdt priser for de aktuelle poster vedrørende vinduer som fremgår av konkurransegrunnlagets kapittel 14. Nemnda legger til grunn at tilbudet ikke er ufullstendig. Klagers anførsel om at tilbudet skulle ha vært avvist som en følge av at det var ufullstendig, jf. forskriften § 11-11 (1) bokstav f, kan derfor ikke føre frem.

Avvisning av valgte leverandørs tilbud etter forskriften § 11-11 (1) bokstavene c, e og f

- (35) Forskriften har ulike bestemmelser om avvik, alternativt tilbud og plikt til avvisning.
- (1) Forskriften § 11-3 tillater *avvik* fra konkurransegrunnlagets minstekrav. Bestemmelsen synes dårlig samstemt med avvisningsregelen i § 11-11 (1) bokstav e, som fastsetter avvisningsplikt ved vesentlige avvik fra oppdragsgivers kravsspesifikasjoner. Det er naturlig tolke § 11-3 innskrenkende på dette punkt.
- (2) Forskriften § 11-4 omhandler *alternative tilbud* og fastsetter som regel at oppdragsgiver kan tillate alternative tilbud, forutsatt at det er opplyst om dette i kunngjøringen, og det er angitt minstekrav til alternative tilbud i konkurransegrunnlaget.. Forskriftens regel bygger på Direktiv 2004/18 artikkel 24 om "Variants", som på dette punkt endrer en tidligere hovedregel om at alternative tilbud kunne inngis når konkurransegrunnlaget *ikke* utelukket dette. (3) *Avvisningsregelen* i § 11-11 (1) fastsetter avvisningsplikt ved *regelstridig alternativt tilbud* (bokstav c), *vesentlige forbehold* mot kontraktsvilkårene (bokstav d), *vesentlige avvik fra konkurransegrunnlagets kravsspesifikasjoner* (bokstav e) og ved *ikke sammenlignbare tilbud* (bokstav f).

- (36) Ut fra dette må det avgjøres om valgte leverandørs tilbudte vindusløsning kunne vært evaluert på linje med klagers tilbud (det forelå bare to tilbud).
- (37) Slik nemnda leser partenes anførsler, er det i saken ikke spørsmål om å vurdere valgte leverandørs tilbudte vinduer som ”tilsvarende”, jf. ovenfor (6) og forskriften § 8-3 (4).
- (38) Nemnda har delt seg i spørsmål om avvisning av valgte leverandørs vindustilbud.
- (39) *Flertallet, nemndsmedlemmene Wahl og Krüger*, legger til grunn at valgte leverandørs tilbud om andre vindusspesifikasjoner enn konkurransegrunnlagets ikke er et ”forbehold mot kontraktsvilkårene”. Slike forbehold er etter ordlyden innrettet på kontraktsbestemmelser som tilbyder reserverer seg mot, og dette passer ikke på konkurransegrunnlagets tekniske spesifikasjoner som reguleres i det neste punkt i forskriften § 11-11 (1) bokstav e. Innklagedes anførsel om foretatt taksering av forbehold for å gjøre valgte leverandørs tilbud sammenlignbart fører derfor ikke frem.
- (40) Etter flertallets oppfatning må spørsmålet om avvisningsplikt knyttes til forskriften § 11-11 (1) bokstav c om alternative tilbud i strid med konkurransegrunnlaget, jf. bokstav e om vesentlige avvik. Bokstav f om avvik som medfører relativ bedømmelsestilvillighet dekker ikke vårt tilfelle (jf ovenfor (31)), men måtte uansett tolkes dit hen at bokstavene c og e kan medføre avvisningsplikt selv om tilbudet ikke reiser relativ bedømmelsestilvillighet etter bokstav f.
- (41) Som nevnt må avviksregelen i § 11-3 leses innskrenkende med henblikk på tilfelle der avviket er vesentlig siden avvisning i slikt tilfelle skal skje etter § 11-11 (1) bokstav e. Flertallet går ikke nærmere inn på dette siden denne avvisningsregelen ikke er påberopt av klager.
- (42) Sakens hovedspørsmål er om valgte leverandørs tilbudte vindusløsning skal vurderes som et avvik fra kontraktsspesifikasjonene som kan godtas med de begrensninger som følger av forskriften § 11-1 (1). Etter sammenhengen er forskriftens hovedregel for øvrig at alternative tilbud uten at konkurransegrunnlaget åpner for dette, ikke tillatt, jf. definisjonen i forskriften § 4-1 bokstav k.
- (43) Ved bygg- og anleggsarbeider må forskriftens regel om alternative tilbud normalt anvendes på hele kapitler i postoppstillingen, i all fall i et tilfelle som dette. Konkurransegrunnlagets forbud mot tilbud med alternative løsninger må dessuten naturlig tolkes dit hen at oppdragsgiver forutsetter at tilbudene skal beregnes ut fra konkurransegrunnlagets tekniske spesifikasjoner. Dette må markedet forholde seg til – og aktuelle og potensielle tilbydere har da en forventning om at konkurrerende tilbydere ikke uvarslet og enkeltvis kan inngi avvikende løsninger på de enkelte kapitler, jf. prinsippet om lik behandling av tilbyderne i loven § 5 og forskriften § 3-1 (4).
- (44) Vil oppdragsgiver sikre seg markedets optimale løsninger innen et kapittel må dette varsles etter § 11-4 og i slikt tilfelle kan samtlige tilbydere forholde seg til dette. Konkurransegrunnlaget i vår sak kunne i et tenkt tilfelle ha avholdt deltagende tilbydere eller ikke deltagende leverandører fra å utrede alternative og kanskje bedre løsninger enn de som oppdragsgiver har anvist, både for vinduer og for andre kravspesifikasjoner i konkurransegrunnlaget.

- (45) Når konkurransegrunnlaget utformes slik som i dette tilfelle, er forklaringen gjerne at oppdragsgiver ønsker en gjennomføring av tilbudsevaluering uten de kompliserende vurderinger som alltid vil knytte seg til andre tekniske løsninger enn de som oppdragsgiverens rådgivere har anvist. Alternative løsninger kan tilrettelegge innovasjon og et bedre produkt enn det som oppdragsgiver har sett for seg, men dette er altså et veivalg oppdragsgiver selv må vurdere i forkant i lys av forskriften § 11-4. Denne avklaring ble hensyntatt ved gjennomføringen av direktiv 2004/18 artikkel 24.
- (46) Etter flertallets oppfatning kan oppdragsgiver ikke komme rundt § 11-11 (1) bokstav e ved å takserer avviket for unngå avvisning etter bokstav f. Det er ikke tale om forbehold mot "kontraktsvilkårene". I vårt tilfelle kan man for øvrig ikke vite om valgte leverandørs tilbud i faktisk verdi er høyere eller lavere enn de forskrevne vindusspesifikasjoner. Man kan for eksempel ikke forutsi om en endringsordre for å gjenopprette den forskrevne løsning vil bli billigere eller dyrere enn det/de konkurrerende tilbud.
- (47) Flertallet oppfatter etter dette valgte leverandørs tilbud som et alternativt tilbud som oppdragsgiver ikke har åpnet adgang til men tvert om forbudt i sitt konkurransegrunnlag pkt. 5.3 som sitert ovenfor under (4): "*Det er ikke adgang til å gi tilbud på alternative løsninger*".
- (48) Alternativt tilbud med avvikende tekniske løsninger medfører avvisningsplikt etter § 11-11 (1) bokstav c. Flertallet mener ut fra dette at leverandørs tilbud skulle vært avvist etter forskriften § 11-11 (1) bokstav c.
- (49) *Mindretallet, nemndsmedlem Amdal*, har et annet syn på valgte leverandørs avvikende tilbud og mener at tilbudet med rette ble tatt under betraktning.
- (50) Klager har anført at valgte leverandørs tilbud må anses som et alternativt tilbud, og at det derfor skulle ha vært avvist med hjemmel i forskriften § 11-11 (1) bokstav c.
- (51) Det fremgår av konkurransegrunnlagets kapittel 14 at vinduene som skulle tilbys var: "*Swissflame Structure eller tilsvarende*". Som nevnt ovenfor hadde valgte leverandør i sitt tilbud gitt priser som forutsatt, men påført "*Se spec*" i det utfylte tilbudsskjemaet. I det vedlagte "*spec*"-dokumentet hadde tilbyderens beskrevet hvilke vinduer denne de facto tilbød, og slik mindretallet oppfatter det, avviker disse fra de vinduer som er spesifisert i konkurransegrunnlaget. Spørsmålet er om dette må anses som et alternativt tilbud i anskaffelsesregelverkets forstand.
- (52) I forskriften § 4-1 bokstav k er et alternativt tilbud definert som: "*betegnelse på tilbud som er utarbeidet etter oppdragsgivers oppgitte alternative minimumskrav til ytelse eller funksjon, og eventuelle spesielle krav til utformingen av tilbudet*". I forskriften § 11-4 fremgår det videre at dersom oppdragsgiver vil tillate alternative tilbud, så skal dette angis i kunngjøringen. Oppdragsgiver skal i konkurransegrunnlaget angi de alternative minstekravene til ytelse og funksjon og eventuelle spesielle krav til tilbudets utforming som stilles til alternative tilbud.
- (53) Av forskriften § 11-11 (1) bokstav c følger det at et tilbud skal avvises når:
"det er et alternativt tilbud avgitt i strid med § 11-4 (alternative tilbud)."

- (54) Det på det rene at innklagede ikke hadde åpnet opp for at det kunne inngis alternative tilbud, jf. konkurransegrunnlagets punkt 5.3. Det er da heller ikke oppstilt minstekrav til alternative tilbud i konkurransegrunnlaget. Mindretallet viser til at Fornyings-, administrasjons- og kirkedepartementet i sin veileder til anskaffelsesregelverket uttaler at et alternativt tilbud kun kan anses å foreligge i tilfeller der oppdragsgiver bruker prosedyren for alternative tilbud, jf. veilederen i kapittel 9.6.2. Departementet uttaler videre at reguleringen av alternative tilbud kun kommer til anvendelse der oppdragsgiver har tillatt alternative tilbud og oppgitt minstekrav for de alternative tilbudene. I veilederens punkt 13.3.1 er det også uttalt følgende om alternative tilbud:

”[...] Avvisningsbestemmelsene gjelder kun for alternative tilbud som ikke oppfyller de spesielle kravene som stilles til slike tilbud (prosessuelle krav) [...]”.

Mindretallet er enig med departementet, og vil for øvrig bemerke at en slik forståelse også er i tråd med forskriftens legaldefinisjon av alternative tilbud. Dersom det ikke er åpnet for alternative tilbud i kunngjøringen, og det da heller ikke er oppstilt minstekrav til alternative tilbud i konkurransegrunnlaget, foreligger det per definisjon ikke et alternativt tilbud.

I lys av ovenstående er mindretallet kommet til at det i denne saken ikke kan anses å foreligge et alternativt tilbud i anskaffelsesregelverkets forstand. Klagers anførsel om at tilbudet skulle vært avvist med hjemmel i forskriften § 11-11 (1) bokstav c fører derfor etter mindretallets oppfatning ikke frem.

Anførselen om brudd på forhandlingsforbudet i forskriften § 12-1 (1)

- (55) Klager anfører at innklagedes prissetting av valgte leverandørs forbehold var et brudd på forhandlingsforbudet i forskriften § 12-1 (1).

- (56) Det fremkommer av forskriften § 12-1 (1) at:

"ved åpen og begrenset anbudskonkurranse er det ikke tillatt å endre tilbudene eller forsøke å endre tilbudene gjennom forhandlinger. Det er herunder ikke tillatt å endre pris, leveringstid eller andre forutsetninger som har betydning for konkurranseforholdet".

- (57) Som nevnt under (50) ovenfor, legger mindretallet til grunn at det ikke foreligger et alternativt tilbud i anskaffelsesregelverkets forstand. Valgte leverandørs tilbud må derfor forstås som et ordinært tilbud, men med et forbehold /avvik hva gjaldt konkurransegrunnlagets krav til vinduer. Det er ikke anført at forbeholdet/avviket må anses vesentlig, og mindretallet går derfor ikke nærmere inn på dette.
- (58) Der det foreligger et forbehold/avvik til konkurransegrunnlaget, har oppdragsgiver en plikt til å fastsette en priskonsekvens av forbeholdet/avviket der dette er mulig. Formålet med en slik prisfastsettelse er utelukkende å komme frem til sammenlignbare tilbud ved evalueringen av hvilket tilbud som er det beste i henhold til tildelingskriteriene, eventuelt å konstatere at det foreligger relativ bedømmelsestvil og dermed avvisningsplikt i henhold til forskriften § 11-11 (1) bokstav f. Dette innebærer ikke at det rettslig bindende tilbudet som er avgitt blir endret. Et påslag i tilbudet for evalueringsformål når det foreligger forbehold/avvik innebærer med andre ord ikke

brudd på forhandlingsforbudet som nevnt. Klagers anførsel på dette punkt fører derfor ikke frem.

- (59) Mindretallet vil for øvrig bemerke at det må gjennomføres en konkret vurdering av hvilken økonomisk betydning forbeholdet/avviket kan ha. I denne forbindelse har oppdragsgiver et spillerom for skjønn som nemnda ikke kan overprøve, med mindre skjønnet er foretatt i strid med de grunnleggende kravene i loven § 5 eller på annen måte er uforsvarlig, usaklig, vilkårlig eller bygd på feil faktum. Det er etter mindretallets oppfatning ikke forsvarlig uten videre å legge til grunn priser i andre tilbud for den ytelse det er snakk om, ved en prisfastsettelse av forbehold/avvik. Slike priser kan gi uttrykk for såkalt taktisk prising, og vil derfor kunne ligge utenfor den ramme oppdragsgiver lovlig har ved prisfastsettelsen av forbehold/avvik for den aktuelle posten i konkurransegrunnlaget. Innklagede har benyttet priser fra andre tilbud ved evalueringen (med unntak av en post der markedspris ble lagt til grunn), men har samtidig gjort en vurdering av markedspris for de aktuelle ytelsene, og kommet til at de priser som er benyttet ligger over markedspris. En prisfastsettelse av forbehold/avvik basert på markedspriser ligger innenfor rammen av oppdragsgivers lovlige skjønn. En ”worst case”-betraktning hvor det legges til grunn høyere priser enn markedspris vil også etter omstendighetene kunne være lovlig, men ikke dersom man uten videre legger til grunn høyere priser for tilsvarende poster i andre tilbud i konkurransen.
- (60) Mindretallet konkluderer med at Statsbygg ikke har brutt regelverket ved ikke å avvise valgte leverandørs tilbud.
- (61) Flertallet finner ikke grunn til å uttale seg om erstatning i denne saken.

Konklusjon:

Statsbygg har brutt regelverket ved ikke å avvise valgte leverandørs tilbud etter forskriften § 11-11 (1) bokstav c.

Bergen, 3. september 2012
For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,

Gro Amdal