



**Klagenemnda
for offentlige anskaffelser**

Klager deltok i en åpen anbudskonkurranse vedrørende bygging av ny overvannstunnel fra Sakkestad til Karmsundet. Klagenemnda kom til at innklagede hadde brutt forskriften § 11-4 ved å gi motstridende opplysninger om adgangen til å inngi alternative tilbud i kunngjøring og konkurransegrunnlag. Klagenemnda fant at dette var feil som ikke kunne repareres på annen måte enn ved at konkurransen avlyses.

Klagenemndas avgjørelse 22. mars 2010 i sak 2010/8

Klager: Norwegian Pipeline Drilling AS

Innklaget: Karmøy kommune

Klagenemndas medlemmer: Morten Goller, Tone Kleven og Jakob Wahl

Saken gjelder: Avvisning av alternativt tilbud. Avlysning av konkurranse.

Bakgrunn:

- (1) Karmøy kommune (heretter kalt innklagede) kunngjorde 12. oktober 2009 en åpen anbudskonkurranse for bygging av ny overvannstunnel fra Sakkestad til Karmsundet. Til å gjennomføre anskaffelsesprosessen hadde innklagede engasjert et rådgivende ingeniørselskap, COWI AS.
- (2) Det fremgikk av punkt II.1.9 i kunngjøringen at alternative tilbud ikke ville bli tatt i betraktning.
- (3) I konkurransegrunnlaget kapittel 5 "ANBUDSREGLER" fremgikk det at tildeling skulle skje på bakgrunn av det økonomisk mest fordelaktige tilbudet basert på følgende tildelingskriterier:

*"Pris
70 prosent*

*Kompetanse/erfaring fra lignende arbeider, referanser, referanser nøkkelpersonell
20 prosent*

*Anleggstid
10 prosent"*

- (4) I samme kapittel ble videre opplyst at "[d]et gis mulighet til å gi pris på alternative løsninger for gjennomføring i tillegg til den forespurte".
- (5) Av konkurransegrunnlaget kapittel 06 "GROVHULLSBORING" fremgikk en rekke tekniske spesifikasjoner for utførelsen. Fra "omfang" refereres følgende:

Postadresse
Postboks 439 Sentrum
5805 Bergen

Besøksadresse
Olav Kyrresgate 8
5014 Bergen

Tlf.: 55 59 75 00
Faks: 55 59 75 99

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

”Det skal foretas grovhullsboring med diameter 1500 mm over en lengde på 622 m fordelt på to delstrekninger med lengder henholdsvis 192 m og 430 m.

Det øvre grovhullet har en lengde på 192 med et fall på 2 %.

Det nedre grovhullet har en lengde på 430 m. Fallet er 4,4 %. Dette grovhullet skal bores ut i sjø.”

- (6) Til konkurransegrunnlaget var det også vedlagt detaljerte tegninger for trasé for overvannstunnelen.
- (7) Det ble avholdt en befaring 20. oktober 2009. Tilstede var Gunnar Nesse fra Vassbakk og Stol AS, Magnus Birkeland fra Norwegian Pipeline Drilling AS, Jostein Knutsen fra Ølen Betong AS, Magnar Sætre og Roar Titland, fra COWI AS, samt Rolf Arnesen og Johannes Thaule fra kommunen som er innklaget i foreliggende sak.
- (8) Fra møtoreferat, datert 21. oktober 2009, refereres følgende:

”Under anbudsbefaringen kom det fram to spørsmål som ikke kunne besvares direkte. Spørsmålene dreide seg om anleggstid og mulighet for å gi pris på alternative løsninger. [...] Etter avklaring med Karmøy kommune [...] gis også mulighet til å gi pris på alternative løsninger for gjennomføring i tillegg til den forespurte.”

- (9) Det kom inn to tilbud og et alternativt tilbud innen fristen, herunder tilbud fra Vassbakk og Stol AS (heretter kalt valgte leverandør) og Norwegian Pipeline Drilling AS (heretter kalt klager).
- (10) Ved gjennomgang av tilbudene ble det utarbeidet et notat fra COWI AS, datert 21. november 2009. Fra notatet refereres:

Det kom inn anbud fra 2 entreprenører på arbeidene, der det ene firmaet leverte anbud på to alternative løsninger. Anbudssummene før kontrollregning var:

Anbud nr 1: Vassbakk & Stol AS kr. 18.604.235,95 ekskl. mva.

Anbud nr 2: Norwegian Pipeline Drilling as kr. 18.381.895,00 ekskl. mva.

Anbud nr 3: Norwegian Pipeline Drilling as kr. 16.337.000,00 ekskl. mva.

NPD har også gitt pris på en alternativ løsning [...].

Denne løsning ligner på alt. 4 i forprosjektet, som av ulike grunner ikke ble valgt.

Alternativet til NPD innebærer ett langt borehull fra pkt C (endepunktet ved Norevegen) direkte til Karmsundet. For å lede flomvannet fra bekken til borehullet, må det legges en stor betongledning fra pkt B (Vahaugvegen) til borehullet i pkt. C. Traseen legges østover i Vahaugvegen, gjennom privat hage og deretter i sørlig retning langs grensa til Norheim Handelspark, l = ca 200 m.

Hvorvidt dette alternativet i det hele tatt er aktuelt, bør avklares før en evt. evaluerer anbudet på lik linje med de andre. En stor overvannsledning i den traseen som den alternative løsningen forutsetter, ble valgt bort ifm. forprosjektet.

Også her har NDP forutsatt å sprengning en loddrett sjakt ned til borehullet like ved Karmsundet.

Det er ikke funnet regnefeil ved kontrollregning, men det er flere forhold i beskrivelsen som gjør at prisen blir en del høyere. Disse forhold beskrives nedenfor, referanser er fra mottatt anbudsbrief.

Pkt. 3, side 3.

Overvannsledning fra Vahaugvegen (B) til endepunkt øst (C) er forutsatt lagt med Ø1000 mm. Dette er for liten dimensjon, den må være Ø1600 mm med det forutsatte fall. Tilleggs-kostnad kan stipuleres til ca kr. 900.000,-

Pkt. 4, side 3.

Løsningen forutsetter iht. NPD at påslippet til Sakkestadbekken plasseres øst i Vahaugvegen. Dette gir imidlertid ikke likeverdig og sammenlignbar løsning med de andre anbudene. En reduksjon som er foretatt i "veger og plasser" er heller ikke mulig. Tilleggs-kostnad kan stipuleres til ca kr. 1.150.000,-

Pkt VI-2 andre setning side 4.

Herfra siteres:

"Dette alternative tilbudet gitt som RS-poster som inkluderer de fradrag og tillegg som vi har beskrevet. Det forutsettes imidlertid at Deres konsulent foretar nødvendige planendringer med tilhørende justert masseoppsett.

Dette kan være vanskelig å tolke entydig. Det kan oppfattes som entreprenøren ber om reviderte tegninger til bruk for å bygge anlegget, men det kan også bety at han mener prisene skal justeres iht. reviderte tegninger. Det er i så fall umulig å ha full kontroll over kostnadene på dette stadiet.

For øvrig kan det vel diskuteres om dette anbudet er tilfredsstillende utfyllt. Med unntak av borekapittelet består det bare av RS-poster for hvert hovedkapittel.

Pkt VI-2 tredje setning side 4.

Herfra siteres:

"For boringen har vi ikke tatt posten for injeksjonsmasser med i anbudssummen da dette antas unødvendig."

Dette gir ikke likeverdig og sammenlignbar løsning med de andre anbudene. Tilleggs-kostnad kr. 150.000,-

Tilleggsprosjektering, kostnader og tid.

Dette alternativet vil kreve en god del ekstra prosjekteringsarbeid. Den nye traseen er ikke grunnundersøkt, og det er klart at mye av ledningsanleggene også må omprosjekteres. Vi vil grovt anslå dette til 500' kroner.

Tidsmessig vil det også bli et krevende alternativ. Foruten stopp pga. nyprosjektering, vil det også bli nødvendig med en ekstra runde med mange nye grunneierne. Hvorvidt tiden er kritisk for prosjektet er uklart, men en kan ikke se bort fra en utsettelse på et halvt år, og derav risiko for prisstigninger på toppen av prisene som nå foreligger.

Anbud nr 3 har anleggstid ut 2010, forutsatt igangsettingsordre innen de 3 første måneder i 2010.”

- (11) Innklagede avviste klagers tilbud og alternative tilbud i brev 26. november 2009. Fra brevet refereres:

”Vi viser til innkommet anbud datert den 11.11.2009.

Anbudet omfatter 2 løsninger:

- 1. Som beskrevet i anbudsgrunnlaget*
- 2. Alternativ løsning*

[...]

I deres anbudsbrev er det påpekt mulige problemer med å spyle ut boregrusen på strekningen A-C på grunn av et fall mindre enn 3 %. Det anføres videre:

”Vi tar derfor forbehold om å få dekket alle ekstrakostnader med å få ut boregrusen for oppromming av strekningen A-C.”

Med et slikt forbehold finner vi det umulig å foreta en riktig sammenligning med konkurrerende anbud.

Det er gitt tilbud på en alternativ løsning. Tilbudet er gitt summarisk i rundsum-poster og det kan være vanskelig å ha klarhet i hvilke detaljer som er inkludert i summene.

Selve løsningen har tidligere vært drøftet mellom byggherre og konsulent. Løsningen ble i behandlingen av forprosjektet forkastet bl.a. på grunn av ulempene ved en større overvannsledning gjennom og så vidt nær bestående bebyggelse.

Vi finner derfor liten grunn til nå å anta en løsning som tidligere og etter nøye vurdering har vært forkastet. Under henvisning til ovenstående returneres anbudet som avvist.”

- (12) Klager påklaget avvisningen i e-post 2. desember 2009. Fra e-posten refereres:

”Allerede fra mottakelsen av anbudsgrunnlaget var vi innforstått med at vårt tilbud basert på Deres detaljutførelse ikke ville være konkurransedyktig, bl.a. av grunner som helt tydelig går fram av vårt tilbud. Derfor ba vi om å kunne gi tilbud på alternativ utførelse og deltok i anbudskonkurransen fordi det ble akseptert.

Vi er enige i at kommunen uansett ikke skal velge vårt tilbud basert på anbudsgrunnlagets detaljutførelse fordi det åpenbart ikke er det beste tilbudet. Det er uten realitetsbetydning hvilken begrunnelse som legges til grunn.

Vi kan derimot ikke se at det er grunnlag for å avvise vårt alternative tilbud når det er åpnet for alternativer, og kan vanskelig godta at løsningen med tilhørende begrunnelse og priser er avvist allerede før anbudskonkurransen startet.

Dessuten må løsningen være noenlunde fornuftig ut fra Deres brev fordi:

”Selve løsningen har tidligere vært drøftet mellom byggherre og konsulent.”

Kommunen kan umulig ha kjent vår alternative løsning med tilhørende priser før anbudskonkurransen begynte, og bør etter vårt skjønn realitetsvurdere vårt tilbud med tilhørende summer opp mot alle de øvrige kvalifiserte anbudene.

Vi mener vårt alternative tilbud er klart forpliktende og uten forbehold som gir grunnlag for avvisning.

Den eneste konkrete begrunnelsen for Deres syn vi kan se av Deres brev er hensynet til naboer:

"bl.a. på grunn av ulempene med en større overvannsledning gjennom og så vidt bær bestående bebyggelse."

Dette tolkes som om hensynet til en bestemt nabo kan ha vært avgjørende for Deres tidligere oppfatning. Vår begrunnelse for den alternative løsning er det helt motsatte syn på nabohensyn som følger:

"Bl.a. for å bedre forholdene ovenfor naboer og hensynet til HMS...tilbyr vi følgende alternative løsning:"

I tillegg er vår pris og gjennomføringstryggheten langt gunstigere for vårt alternativ utført med vår boremetode.

Vi kan heller ikke se at det nabohensynet som kommunen har oppgitt under noen omstendighet kan forsvare prisforskjellen kr 2.044.985 + mva mellom våre alternative tilbud."

- (13) I brev fra innklagede 16. desember 2009 ble klagen ikke tatt til følge. Fra brevet refereres:

"1. Deres anbud var rettidig innlevert og det var intet ved innleveringen eller anbudets innpakning som skulle tilsi at anbudet ikke skulle åpnes. Anbudet ble derfor åpnet på lik linje med øvrige innkomne anbud.

2. Anbudskonkurransen var da selvsagt startet og altså før vi kjente innholdet i anbudet.

3. Etter at anbudet var åpnet, ble det fort klart at vi ikke kunne akseptere tilbudet på den opprinnelige løsningen. Dette på grunn av forhold som tidligere er nevnt, og vi forstår det slik at de er enig i denne avgjørelsen.

4. Den alternative løsningen ble derfor vurdert, hvoretter vi kom fram til at dette var en løsning som vi ikke ville ha. Vi fant det derfor mest hensiktsmessig å avvise også dette tilbudet. Når vi, som i dette tilfellet, åpnet for å kunne gi tilbud på alternative løsninger, må det etter vårt skjønn være byggherrens rett til å vurdere løsningen som ønskelig eller ikke. Hadde vi gått nærmere inn på en realitetsvurdering av det alternative tilbudet med tilhørende summer opp mot alle de øvrige kvalifiserte anbudene som antydte i deres brev, da hadde vi akseptert den alternative løsningen. Det kunne vi altså ikke.

Vi har oppgitt grunnen for hvorfor løsningen ikke kunne aksepteres. Vi kan gjerne utdype dette nærmere. Under forprosjekteringen var som nevnt dette alternativet vurdert. Vi var ganske fort betenkt over dette alternativet. Den vannmengde som skal ledes gjennom og forbi bebyggelsen representerer flomtoppen i hele Sakkestadvassdraget. Denne flomtoppen er stor — ca 2 - 3 m³/s - og den foreslåtte 1000 mm ville være for liten. Den gangen ble dimensjonen vurdert til 1600 mm, noe avhengig av fallforholdene.

Vi var i dialog med de berørte beboerne som uttrykte en stor grad av utrygghet med tanke på en så vidt stor vannmengde lagt i rør nærmest helt inntil kjellermuren. En slik

utrygghet — kanskje frykt — ønsket vi ikke å utsette beboerne for, og dette alternativet ble derfor forkastet.

NPD må gjerne vurdere dette annerledes, men her legges byggherrens vurdering til grunn.

Skulle vi nå likevel tenke oss å gå inn på det alternativet, taler stor sannsynlighet for at vi måtte ekspropriere oss retten til å legge rørene gjennom bebyggelsen med den tid og den forsinkelse dette ville medføre. Videre vil det faktisk være grunn til å reise spørsmål om hvorvidt vi kunne få ekspropriasjonstillatelse eller et godkjent ekspropriasjonsgrunnlag. Dette fordi en bedre løsning faktisk var mulig.”

(14) Innklagede meddelte klager om valg av leverandør i brev 28. desember 2009.

(15) Klager anmodet deretter innklagede per e-post 30. desember 2009 om å orientere de berørte naboer om innklagedes løsning og klagers alternative tilbud. Med e-posten fulgte et ”tillegg”, datert 24. desember 2009. Fra ”tillegget” refereres:

”Når vi ba om å få gi pris på alternativ løsning var det både for å åpne for reell konkurranse, og for å kunne tilby en boremetode som var bedre og ikke åpnet for store prisøkninger slik anbudsbeskrivelsen gjør. Den boremetoden som anbudsgrunnlaget åpner for har vist seg ubrukelig ved flere tidligere prosjekter under tilsvarende forhold, og åpner for store prisøkninger med injeksjoner under pilothullsboringen fordi boremetoden ikke er egnet for den type fjell.

Ved å avvise vårt alternative tilbud har kommunen etter vårt skjønn derved også avlyst anbudskonkurransen, dvs, at det ikke har vært noen reell anbudskonkurranse.

Hovedregelen om å benytte ”Anbudskonkurranse” er i slike tilfeller som dette ikke anvendelig for denne type arbeider med boring av småtunneler fordi alle aktørene benytter forskjellige metoder med forskjellige kvaliteter.

For å oppfylle regelverkets intensjoner mener vi det offentlige må benytte totalentrepriseformen med adgang til forskjellige tekniske løsninger og ”kjøp med forhandlinger ” med bedømmelse etter totalt sett ”best-prinsippet”.

Vi kjenner selvsagt ikke pristilbudet fra Vassbakk & Stol, men mener bestemt at verken den beskrevne løsningen - eller boremetoden er den beste for kommunen for dette konkrete prosjektet.

Etter vårt skjønn bør kommunen enten forkaste samtlige tilbud — eller behandle de innleverte tilbud etter reglene for ”kjøp med forhandling”.

(16) Klager påklaget avvisningen av det alternative tilbudet for annen gang i e-post til innklagede 4. januar 2010.

”Slik saken står nå er vårt tilbud avvist, og vi antar at kommunen kun har ett tilbud fra SKANSKA-gruppen ved V&S + ES. Vi mener at dette tydelig viser at det ikke har vært noen reell anbudskonkurranse.

Vi mener at anbudsbeskrivelsen både er konkurransevidende og basert på en pilotboringsmetode som ikke holder mål for de aktuelle forhold.

Utførelsen av pilothullet er den desidert mest krevende del av dette arbeidet., og er avgjørende for suksess eller fiasko for prosjektet. [...]

Vi kan vanskelig se at det overhodet er mulig å få til en konkurranse på noenlunde likeverdige vilkår uten å åpne for alternative utførelser og benytte de muligheter for avklaringer som regelverket tillater og som COWI har benyttet for flere tilsvarende arbeider.

Etter vårt skjønn bør kommunen snarest annullere denne "anbudskonkurransen", og deretter foreta en grundigere vurdering av prosjektet."

(17) Saken ble brakt inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser 4. januar 2010.

Anførsler:

Klagers anførsler:

(18) Klager anfører at konkurransen skulle vært annullert. Det var klager som anmodet innklagede om å åpne for alternative tilbud, noe innklagede også gjorde under befaringen. Konkurranses grunnlaget la imidlertid ingen føringer, noe som gjorde det vanskelig å utarbeide flere og mer detaljerte alternative tilbud utover det som ble innlevert, og senere urettmessig avvist. Klager er av den oppfatning at innklagede skulle informert tilbyderne om de tekniske rammevilkår da det ble åpnet for alternative tilbud. Dersom innklagede hadde meddelt disse vilkårene på tidspunktet for befaringen, ville klager lagt fram et annet alternativ. Klager mener at innklagede med dette brøt kravet til forutberegnelighet og likebehandling i loven § 5.

Innklagedes anførsler:

(19) Innklagede anfører at klagers alternative tilbud rettmessig ble avvist. Det var i denne konkurransen ikke åpnet for å levere alternative tilbud. Det vises til konkurransegrunnlaget hvor det ikke var oppstilt alternative minstekrav. Et tilbud som ikke dekker kravene/spesifikasjonene, er ikke et alternativt tilbud, men et tilbud med avvik. Avvikene i klagers tilbud er så omfattende at innklagede hadde en plikt til å avvise tilbudet etter forskriften § 11-11 (1) bokstav e og f, subsidiært § 11-11 (1) bokstav c. Innklagede erkjenner at utformingen av referatet er uheldig all den tid det opplyses at det er anledning til å gi pris på alternative løsninger. Innklagede har dog korrekt krysset av for i kunngjøringen at det ikke er anledning til å levere alternative tilbud.

(20) På bakgrunn av det resultat klagenemnda er kommet til nedenfor, gjengis ikke partenes øvrige anførsler, jf. sak 2009/219 (premiss 30).

Klagenemndas vurdering:

(21) Klager har deltatt i konkurransen og har saklig klageinteresse, jf. forskrift om Klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Anskaffelsen er en bygge- og anleggskontrakt og følger etter det opplyste forskrift om offentlige anskaffelser av 7. april 2006 nr 402 del I og II, jf. forskriftens §§ 2-1 og 2-2.

- (22) Klager har anført at innklagedes avvisning av klagers alternative tilbud er i strid med kravet til forutberegnelighet og likebehandling, og at konkurransen uansett skulle vært annullert. Innklagede bestrider at det var adgang til å inngi alternative tilbud.
- (23) Det følger av forskriften § 11-4 at det skal fremgå av kunngjøring og konkurransegrunnlag hvorvidt oppdragsgiver tillater alternative tilbud.
- (24) Det er på det rene at innklagede har angitt i kunngjøringen at alternative tilbud ikke ville bli tatt i betraktning. Imidlertid er det i konkurransegrunnlaget kapittel 5 "ANBUDSREGLER" opplyst at tilbyderne kan gi pris på alternative løsninger. Det fremgår også av møtereferatet, datert 21. oktober 2009, at innklagede, etter spørsmål fra klager, svarte at "*[d]et gis også mulighet til å gi pris på alternative løsninger for gjennomføring i tillegg til den forespurte.*" Sitatet er en gjentakelse av konkurransegrunnlaget kapittel 5. Etter klagenemndas oppfatning kan opplysningen vanskelig forstås på annen måte enn at innklagede åpnet for å inngi alternative tilbud. Innklagede har dermed gitt motstridende opplysninger om adgangen til å inngi tilbud i kunngjøring og konkurransegrunnlag, og med dette brutt forskriften § 11-4. Innklagedes feil kan i dette tilfellet ikke repareres på annen måte enn ved at konkurransen avlyses.
- (25) Ettersom konkurransen må avlyses, finner klagenemnda ikke grunn til å behandle klagers øvrige anførsler.

Konklusjon:

Karmøy kommune har brutt forskriften § 11-4 ved å gi motstridende opplysninger om adgangen til å inngi alternative tilbud i kunngjøring og konkurransegrunnlag.

For klagenemnda,

22. mars 2010
Jakob Wahl