



**Klagenemnda  
for offentlige anskaffelser**

Advokat Alf Kirkesæther AS  
Postboks 475

9615 HAMMERFEST  
Norge

*Deres referanse*

*Vår referanse*  
2011/0323-11

*Dato:*  
15.04.2013

## **Avvisning av klage på offentlig anskaffelse**

Det vises til Deres klage på offentlig anskaffelse av 21. november 2011 vedrørende anskaffelse av miljøopprydding ved Olavsvern orlogsstasjon utenfor Tromsø. Klagenemndas sekretariat har besluttet å avvise klagen som uhensiktsmessig for behandling i klagenemnda, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 9. Grunnen er at klagen klart ikke kan føre fram. Sekretariatets avvisningsbeslutning kan påklages til klagenemndas leder innen 3 virkedager etter at den ble gjort kjent for klager.

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

### **Bakgrunn:**

- (1) Forsvarsbygg (heretter kalt innklagede) kunngjorde 24. august 2011 en åpen anbudskonkurranse for anskaffelse av miljøopprydding ved Olavsvern orlogsstasjon utenfor Tromsø. Tilbudsfrist var angitt til 15. september 2011, men ble senere utsatt til 20. september 2011.
- (2) I kunngjøringen punkt II.1.5 var det gitt en *"Kort beskrivelse av anskaffelsens art og omfang"*:

*"Miljøopprydding i og like utenfor tørrdokken ved Olavsvern i Tromsø kommune. Tiltaksområdet har en utstrekning på ca 6000m<sup>2</sup>, hvorav ca 4000m<sup>2</sup> utgjøres av tørrdokken. Mudringsvolumet er på ca 2500m<sup>3</sup>, hvorav ca 1500 m<sup>3</sup> er i området utenfor tørrdokken.*

#### *1. Klargjøring av tiltaksområdet:*

*- Identifisere og merke gjenstander og anlegg av permanent karakter i tiltaksområdet, som ikke skal påføres skade og som derfor må tas behørlig hensyn til under mudringen.*

**Postadresse:**  
Postboks 439 Sentrum  
5805 Bergen

**Besøksadresse:**  
Rådhusgaten 4  
5014 Bergen

Telefon: +47 55 59 75 00    postmottak@kofa.no  
Telefaks: +47 55 59 75 99    [www.kofa.no](http://www.kofa.no)

- Fjerne synlig, løst avfall og gjenstander på bunnen som er uønsket i deponiet, og som kan skape problemer for den påfølgende mudring.

## 2. Mudring av tiltaksområdet:

- I området like utenfor utløpet til tørrdokken, ned til ca 20m dyp skal mudres 10-20cm. Massene skal legges til avvanning i tørrdokken.

## 3. Etter avvanning skal massene transporteres til godkjent deponi."

- (3) I konkurransegrunnlaget del I punkt 17 "TILBUDETS INNHOLD OG ORGANISERING" fremkom det vedrørende "Tilbudsbrev":

*"Avvik og forbehold av enhver art i forhold til konkurransegrunnlaget skal klart, utvetydig og uttømmende fremgå av tilbudsbrevet, og med henvisning til hvor i tilbudet forbeholdet fremkommer (sidetall og punktnummer)."*

- (4) I konkurransegrunnlaget del II var det lagt til grunn at gjeldende kontraktsbestemmelser var NS 8405 Norsk bygge- og anleggskontrakt 2. utgave av oktober 2008, med en rekke tillegg, presiseringer og unntak.
- (5) I konkurransegrunnlaget del III C "Milepæler" fremgikk det blant annet at kontraktsarbeidet skulle være ferdigstilt innen 1. mars 2012. Om overskridelse av milepælen fremgikk det at dette ikke var dagmulktbelagt.
- (6) I konkurransegrunnlaget del III D "Administrative bestemmelser" fremgikk det av punkt 2 "TIDSPLANLEGGING, KOSTNADSSTYRING OG RAPPORTERING", underpunkt 2.1 "Tidsplan":

*"Entreprenøren / leverandøren skal utarbeide en tidsplan som dekker kontraktsarbeidet.*

*Tidsplanen skal være detaljert til et nivå som gjør det mulig å vise alle aktiviteter som pågår på ukebasis samt planlagt arbeid / status på de ulike byggefronter. Videre skal tidsplanen vise viktige logiske sammenhenger i prosjektgjennomføringen.*

*Alle kontraktsfestede milepæler skal vises i tidsplanen. Bestillings- og leveringsmilepæler for alle større / kritiske innkjøp vises. Grensesnitt mot andre parter (parter (eks. tekniske infrastruktur, SD-anlegg, etc.) må identifiseres der dette er relevant."*

- (7) Ut fra sammenhengen fremgikk det at tidsplanen ikke skulle innleveres som en del av tilbudet – denne skulle utarbeides etter at kontrakt var inngått.
- (8) Innen tilbudsfristen mottok innklagede tilbud fra tre tilbydere, herunder Arctic SeaWorks AS (heretter kalt klager), og SeaBed Services AS (heretter kalt valgte leverandør)
- (9) Fra klagers tilbudsbrev, punkt 1 "Arbeidsbeskrivelse", gjengis:

## **"Forutsetninger**

- *Ventetid på dykkere dersom funn av sprenglegemer ihht satser i grunnlag for regningsarbeider.*
- *Det forutsettes at lyttebøye ikke inneholder farlige stoffer eller radioaktivitet*
- *Det forutsettes at plasthallen på stedet kan benyttes ved frost.*
- *Nødvendige tillatelser er gitt og i samsvar med tilbudsgrunnlaget.*

### **Forbehold**

*ASW tar intet ansvar for feil eller mangler i tilbudsgrunnlaget. Det tas forbehold mot force majeure. Det tas værforbehold."*

- (10) Klagers tilbud ble avvist ved brev av 7. oktober 2011:

*"I deres tilbud av 18.9.2011 er det i tilbudsbrevet beskrevet følgende forbehold: "Det tas værforbehold". Dette er et forbehold som ikke lar seg prise, og tilbudet lar seg derfor ikke bedømme i forhold til de øvrige tilbudene.*

*Ved å ta et generelt "værforbehold" i tilbudsbrevet forskyver dere også risikofordelingen i kontrakten, utover det som er utgangspunkt i NS 8405 som ligger til grunn for kontraktsbestemmelsene i konkurransen. Dette anses derfor som et forbehold mot den risikofordeling som følger av kontrakten, og er et vesentlig forbehold mot kontraktsvilkårene.*

*Avvisningen hjemles i forskrift mot offentlige anskaffelser § 11-11 (1) litra d og litra f."*

- (11) Tildelingsbeslutningen ble også meddelt tilbyderne ved brev av 7. oktober 2011. Her fremgikk det blant annet at:

*"Et tilbud avvises da tilbudet har et vesentlig forbehold som ikke lar seg prise, og tilbudet lar seg derfor ikke bedømme i forhold til de øvrige tilbudene. Forbeholdet anses også som et vesentlig forbehold mot kontraktsvilkårene. Tilbudet avvises med hjemmel i forskrift om offentlige anskaffelser § 11-11 (1) litra d og litra f."*

- (12) Klager fremmet en klage over avvisningsbeslutningen ved brev av 19. oktober 2011. Innklagede opprettholdt avvisningen ved brev av 24. oktober 2011. Her ble avvisningen ytterligere begrunnet både faktisk og rettslig, og hjemmelen utvidet til å omfatte forskriften § 11-11 (1) bokstav e, og § 11-11 (2) bokstav a.

- (13) Innklagede inngikk kontrakt med valgte leverandør 1. november 2011.

### **Anførsler:**

#### **Klagers anførsler:**

- (14) Innklagedes har brutt regelverket ved å avvise klagers tilbud.
- (15) Forbeholdet i klagers tilbuds brev har ikke noe reelt innhold, og kan derfor ikke bedømmes som et forbehold.

- (16) Forbeholdet har for det første ingen innvirkning på tilbudsprisen, og slik kontrakten er regulert, vil det heller ikke være mulig å kreve vederlagsjustering på grunn av forbeholdet. Klagers pris er gitt delvis som rund sum, og delvis ved mengderegulerbare priser, ved bruk av innklagedes summeringsskjema. Klagers pristilbud er klart og entydig, og uten forbehold. Værforbeholdet kan heller ikke teoretisk sett ha betydning for kontraktsprisen når prisen er en kombinasjon av runde summer og regulerbare mengder. Vanskelig vær vil ikke kunne påvirke pris, kun fremdrift.
- (17) Værforbeholdet kan bare oppfattes som et forbehold knyttet til vær som hindrer utførelsen av kontraktarbeidet. NS 8405 punkt 24.3 har regler om force majeure som overlapper et værforbehold vinterstid på kysten av Troms. Forbeholdet er derfor uten betydning.
- (18) For det tilfelle at forbeholdet vurderes å ha noen virkning, er det ikke vesentlig. Det følger motsetningsvis av forskriften § 11-11 (1) bokstav d at det er adgang til å ta forbehold som ikke er vesentlige.
- (19) Værforbeholdet må ses i lys av anskaffelsen gjelder sjøarbeid midtvinters på kysten av Troms. Til dette kommer at forbeholdet vil konsumeres av kontraktens ordinære bestemmelser om force majeure, og i det minste at det vil være vesentlig overlapp.
- (20) I konkurransegrunnlaget del III C er det angitt dato for ferdigstillelse av kontraktarbeidet, men med angivelse av at det ikke vil påløpe dagmulkt. I del III D punkt 2.1 "*Tidsplan*" er det angitt at partene "*skal utarbeide en tidsplan som dekker kontraktarbeidet*". Fremdriften gjestod derfor å avtale. Ved disse bestemmelsene har også innklagede synliggjort at fremdrift og ferdigstillestidspunkt er mindre viktig enn normalt. Dette tilsier at forbeholdet, og den mulige konsekvensen av det, ikke er vesentlig.
- (21) Også i denne forbindelse fremholdes at forbeholdet ikke kan virke inn på kontraktsvederlaget.
- (22) På bakgrunn av det resultat sekretariatet har kommet til nedenfor, gjengis ikke klagers anførsler knyttet til avvisning begrunnet med klagers forutsetning om bruk av innklagedes plashall, eller de øvrige påberopte hjemlene for avvisning.

#### ***Innklagedes anførsler:***

- (23) Klagers tilbud er rettmessig avvist fra konkurransen, som følge av at det inneholdt vesentlige forbehold og avvik, og for øvrig ikke kunne bedømmes i forhold til de øvrige tilbudene.
- (24) Avvisningen var for det første begrunnet med at klagers værforbehold var vesentlig, jf. § 11-11 (1) bokstav b.
- (25) Klager kan ikke høres med at forbeholdet overlappes av forbeholdet om force majeure. Det er ikke grunnlag for å tolke værforbeholdet innskrenkende til kun å gjelde de situasjonene som allerede omfattes av force majeure-forbeholdet. En objektiv tolkning av tilbudsbrevet tilsier at værforbeholdet er ment å gi en selvstendig virkning.
- (26) Klager har ved værforbeholdet tatt forbehold mot driftsmessige konsekvenser av vær som etter sin art ligger under terskelen for force majeure. Forbeholdet gjelder således

forhold som klager, etter kontrakten, ikke kunne kreve fristforlengelse eller tilleggsvederlag på bakgrunn av. Klager har med dette forskjøvet risikoen for værforhold med negative konsekvenser for fremdriften over på innklagede. Dette må klart anses som vesentlig.

- (27) Det at overtredelse av kontraktens ferdigstillelsesdato ikke var dagmulktbelagt, og at fremdriftsplanen skulle utarbeides mellom partene etter tildeling, svekker ikke betydningen av klagers værforbehold. Ferdigstillelsesdatoen er ikke mindre kontraktrettslig forpliktende fordi den ikke er dagmulktbelagt, og øvrige misligholdsbeføyelser består. Utarbeidelse av tidsplanen innebærer heller ikke muligheter for fravikelse av kontraktens ferdigstillelsesdato.
- (28) På bakgrunn av det resultat sekretariatet har kommet til nedenfor, gjengis ikke innklagedes anførsler knyttet til klagers forutsetning om bruk av innklagedes plasthall, eller de øvrige påberopte hjemlene for avvisning.

### **Sekretariatets vurdering:**

- (29) Klager har deltatt i konkurransen, og har saklig klageinteresse, jf. forskrift om Klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Konkurransen gjelder miljøoppdydding, og var kunngjort som en bygge- og anleggsanskaffelse. I kunngjøringen var anskaffelsen angitt som en utførelsesentreprise, med CPV-kode 45241400-2 (Anleggsarbeid i forbindelse med Dokk) for hovedanskaffelsen, og 90510000-5 (Avfallshåndtering) for tilleggsanskaffelsen. Innklagede benyttet kunngjøringsskjemaet for anskaffelser under EØS' terskelverdier. I tillegg til lov om offentlige anskaffelser følger anskaffelsen etter sin opplyste art og verdi forskrift om offentlige anskaffelser av 7. april 2006 nr 402 del I og II, jf. forskriftens §§ 2-1 og 2-2.
- (30) Klager har anført at avvisningen av klagers tilbud er urettmessig.
- (31) Det følger av forskriften § 11-11 (1) bokstav d at oppdragsgiver har plikt til å avvise tilbud som *"inneholder vesentlige forbehold mot kontraktsvilkårene"*.
- (32) I sitt tilbudsbrev hadde klager tatt et forbehold mot force majeure, og et værforbehold. Som kontraktsbestemmelser for ytelsen fra innklagedes side var NS 8405, med enkelte presiseringer, lagt til grunn. Etter disse bestemmelsene ville leverandøren ha rett på fristforlengelse eller tilleggsvederlag ved force majeure.
- (33) Værforbeholdet i klagers tilbudsbrev er upresist angitt. Det er uklart under hvilke værforhold forbeholdet skulle trå i kraft, og hvilke nærmere virkninger klager forbeholdt seg. Slik tilbudet var formulert må det likevel kunne legges til grunn at risikoen for konsekvenser av værforhold i en viss grad er overført fra leverandør til innklagede utover det som var angitt i kontraktsbestemmelsene.
- (34) Til tross for at partene synes enige om at forbeholdet ikke kunne medføre direkte prismessige konsekvenser, at det er uklart under hvilke værforhold forbeholdet ville aktualiseres, tilsier den nevnte risikoforskyvningen alene at forbeholdet er vesentlig.
- (35) Slik saken foreligger er det imidlertid ikke nødvendig å ta endelig stilling til om vesentlighetsterskelen er oppfylt. Innklagede viste i sitt brev av 24. oktober 2011 til at innklagede også kunne avvise tilbudet etter § 11-11 (2) bokstav a. Etter denne

bestemmelsen kan oppdragsgiver avvise et tilbud når tilbudet, *"etter forsøk på avklaring etter § 12-1 (forhandlingsforbudet ved anbudskonkurranser), inneholder avvik, forbehold, feil, ufullstendigheter, uklarheter eller lignende som ikke må anses ubetydelige"*.

- (36) Plikten til å forsøke avklaringer gjelder ikke i foreliggende tilfelle, da det er klart at forbeholdet er av en slik art at det ikke kunne avklares innenfor rammene av forhandlingsforbudet i forskriften § 12-1, jf. også klagenemndas sak 2013/8 premiss (46) flg. På bakgrunn av den nevnte risikoforskyvningen forbeholdet innebar, er det også klart at forbeholdet ikke er *"ubetydelig"*. Innklagede hadde derfor rett til å avvise tilbudet. Klagers anførsel om at klager er urettmessig avvist fører derfor klart ikke frem.
- (37) Ettersom sekretariatet har funnet at klagen klart ikke kan føre fram, avvises den som uhensiktsmessig for behandling i klagenemnda, jf. klagenemndsforskriften § 9.

Jonn Sannes Ramsvik  
*gruppeleder (e.f.)*

Eirik Vikan Rise  
*førstekonsulent*