



Klagenemnda for offentlige anskaffelser

Innklagede gjennomførte en åpen anbudskonkurranse for anskaffelse av nye vann- og avløpsledninger, samt kabler for strøm og tele i Gran kommune. Klagenemnda fant at klagers tilbud var rettmessig avvist, og at innklagede ikke hadde plikt til å foreta avklaringer av klagers tilbud, jf. forskriften § 12-1 (1)

Klagenemndas avgjørelse 29. august 2011 i sak 2011/140

Klager: Åsmund Pettersen & Sønn AS

Innklaget: Gran Kommune

Klagenemndas medlemmer: Arve Rosvold Alver, Kai Krüger og Georg Fredrik Rieber Mohn.

Saken gjelder: Avvisning av tilbud. Avklaringer.

Bakgrunn:

- (1) Gran kommune (heretter kalt innklagede) kunngjorde 10. februar 2011 en åpen anbudskonkurranse vedrørende anleggelse av nye vann- og avløpsledninger, samt kabler for strøm og tele. Frist for inngivelse av tilbud var satt til 18. mars 2011. Valg av tilbud skulle skje ut fra laveste pris.
- (2) I konkurransegrunnlaget punkt 2.1.1 "*Prosjektets art og omfang*" var det opplyst følgende:

«Gran kommune skal legge nye vann- og avløpsledninger, samt tilhørende kummer inn i Emseområdet i Gran kommune. Kommunen skal også etablere en ny hovedvannledning langs Movegen, med tilhørende trykkøkingsstasjon.

Hadeland energi as skal legge kabler og trekkerør for høyspent, lavspent og data i de samme traseene som VA-anlegget går i. De skal i tillegg ha noen separate strekk utenom VA- traseene.

(...)

Anskaffelsen omfattes av «Forskrift om offentlige anskaffelser» og ligger under EØS-terskelverdiene.»

- (3) Av konkurransegrunnlaget punkt 4.1.1 fremgikk at "*Som alminnelige kontraktsbestemmelser gjelder NS 8406 "Norsk bygge- og anleggskontrakt", siste utgave (...)*"

Postadresse
Postboks 439 Sentrum
5805 Bergen

Besøksadresse
Rådhusgaten 4
5014 Bergen

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

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

- (4) I NS 8406 punkt 19.1 heter det at:

"Byggherren kan ved endringsordre pålegge entreprenøren endringer.

En endring kan gå ut på at entreprenøren skal yte noe i tillegg til eller i stedet for det opprinnelig avtalte, at ytelsens karakter, kvalitet, art eller utførelse skal endres, eller at avtalte ytelser skal utgå.

En endring må stå i sammenheng med det ytelsen omfatter, og ikke være av en vesentlig annen art enn det opprinnelig avtalte arbeid. Er ikke annet avtalt, kan ikke byggherren pålegge entreprenøren endringer ut over 15 % netto tillegg til kontraktssummen."

- (5) I kravspesifikasjonen punkt 02.6 - 02.27 var det under hvert punkt opplyst at det skulle benyttes pukkfraksjon 8-16 mm ved fundament og sidefylling/beskyttelseslag. Eksempelvis fremgikk det av punkt 02.6:

"H10.331

KOMPLETT LEDNINGSGRØFT

BUNNBREDDE 1,0m

DYBDE INNTIL 2.0m

GRAVESKRÅNING 2:1

JORDGRØFT

Fundament: Pukk 8 – 16mm

Sidefylling/beskyttelseslag: Pukk 8 – 16mm

Gjenfylling: Stedlige masser med jevn gradering. I veg/plass legges veioppbyggingsmasser."

- (6) Innen tilbudsfristens utløp mottok innklagede tilbud fra seks leverandører, heriblant fra Åsmund Pettersen & Sønn AS (heretter kalt klager) og Rune Øvergård AS (heretter kalt valgte leverandør).
- (7) Av klagers tilbud fremgikk det at klager for omfylling av rør forutsatte bruk av pukkfraksjon 4-22 eller 4-16.
- (8) I brev av 23. mars 2011 ble klager informert om at selskapets tilbud var avvist. Av brevet fremgikk følgende:

«I anbudsbrief forutsettes det at omfylling av rør utføres med pukkfraksjon 4-22. Dette er i strid med konkurransegrunnlaget og tilbudet må derfor avvises. Det vises til forskrift om offentlige anskaffelser § 11-11, e og f.»

- (9) Klager påklaget avvisningen i brev av 24. mars 2011. Av klagen fremgikk blant annet følgende:

"Info:

Til orientering kan vi også levere pukk 8-16 dersom kommunen ønsker dette. Vi tilbydde pukk 4-16 fordi dette var en fraksjon som vi kunne produsere fra overskuddsstein på

Brandbu idrettsanlegg. Denne massen er som sagt ikke laget enda, slik at dersom det er ønskelig kan vi lage 8-16 istedenfor."

- (10) Klagen ble avvist av innklagede i brev av 30. mars 2011.
- (11) Klager påklaget avvisningen på nytt i brev av 31. mars 2011. Også denne klagen ble avvist av innklagede i brev av 6. april 2011.
- (12) Kontrakt ble inngått med valgte leverandør 12. mai 2011.
- (13) Saken ble brakt inn for klagenemnda for offentlige anskaffelser i brev av 26. mai 2011.

Anførsler:

Klagers anførsler:

- (14) Klagers tilbud er urettmessig avvist. Begrunnelsen for avvisningen var at klager tilbød pukkfraksjon 4-22 eller 4-16, og ikke 8-16 slik som etterspurt i konkurransegrunnlaget. Etter klagers mening har klager tilbudt et produkt som tilfredsstiller beskrivelsen i konkurransegrunnlaget. At klager tilbød pukkfraksjon 4-22 eller 4-16 var ment som en opplysning. Dersom klager hadde blitt forespurt kunne klager selvfølgelig ha tilbudt pukkfraksjon 8-16 til samme pris.
- (15) Innklagede har brutt regelverket ved ikke å foreta en avklaring av klagers tilbud angående tilbudt pukkfraksjon, før klagers tilbud ble avvist.

Innklagedes anførsler

- (16) Innklagede bestrider at klagers tilbud er urettmessig avvist. Av kravspesifikasjonen fremgår det eksplisitt at det ved omfylling av rør skal benyttes pukkfraksjon 8-16 ved fundament og sidefylling. Denne pukkfraksjonen ble valgt på grunn av at den har god dreneringsevne, og fordi faren for utilsiktede setninger er mindre ved denne pukkfraksjonen. Klager har tilbudt pukkfraksjon 4-22 eller 4-16, noe som utgjør et vesentlig avvik fra kravet i konkurransegrunnlaget. Innklagede hadde derfor plikt til å avvise klagers tilbud, jf. forskriften § 11-11 (1) bokstav e.
- (17) Innklagede hadde uansett rett til å avvise klagers tilbud i medhold av forskriften § 11-11 (2) bokstav a.
- (18) Innklagede hadde ingen plikt til å avklare med klager hvorvidt klager kunne tilby pukkfraksjon 8-16.

Klagenemndas vurdering:

- (19) Klager har deltatt i konkurransen, og har saklig klageinteresse, jf. forskrift om Klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er også rettidig. Anskaffelsen er en bygge- og anleggsanskaffelse og følger etter det opplyste lov 16. juli 1999 nr. 69 om offentlige anskaffelser og forskrift 7. april 2006 nr. 402 om offentlige anskaffelser del I og del II, jf. forskriften § 2-1 (5), jf. 2-2 (1).
- (20) Problemstillingen er om klagers tilbud er urettmessig avvist.

- (21) Det følger av forskriften § 11-11 (1) bokstav e at oppdragsgiver har plikt til å avvise et tilbud som *«inneholder vesentlige avvik fra kravspesifikasjonene i kunngjøringen eller konkurransegrunnlaget»*.
- (22) Det er ubestridt at klager har tilbudt andre pukkfraksjoner enn det som var etterspurt av innklagede, og at klagers tilbud på dette punktet avviker fra kravspesifikasjonen. Spørsmålet blir om avviket er vesentlig.
- (23) Utgangspunktet etter forskriften er at vesentlige avvik fra kontraktsspesifikasjonene i konkurransegrunnlaget medfører både rett og plikt til avvisning. Hvis tilbudet er uklart eller tvetydig, kan oppdragsgiver avklare med tilbyder uten at dette bryter med forhandlingsforbudet ved anbudskonkurranser – forskriften § 12-1 (2) bokstav a. Klager hevder at innklagede burde ha foretatt en avklaring av hvorvidt klager kunne tilby den etterspurte pukkfraksjon 8-16. I følge forskriften § 12-1 (1) er det i utgangspunktet forbudt å endre eller forsøke å endre tilbudene gjennom forhandlinger ved åpen eller begrenset anbudskonkurranse. Den avklaring som klager etterlyser ville nødvendigvis betydd en endring av klagers tilbud, og dermed ikke være tillatt. Som det fremgår av ordlyden går avvisningsregelen i § 11-11 (1) bokstav e foran regelen om avklaring, jf. § 12-1 (2) bokstav a. Det er etter dette på det rene at innklagede ikke kunne oppnådd en endring av klagers pukkvalitet under evalueringen av tilbudene. Spørsmålet er da om terskelen for hva som utgjør en vesentlig endring allikevel kan nyanseres i de tilfelle der oppdragsgiver uansett vil være sikret en leveranse etter konkurransegrunnlagets spesifikasjoner.
- (24) Mens avvikende tilbud ved kjøp og tjenester normalt har avgjørende betydning for hva oppdragsgiver kan forvente fra sin antatte leverandør, ligger dette noe annerledes an i bygge- og anleggsbransjen. De norske omforente standardvilkår for bygge- og anleggsarbeider har alle bestemmelser om oppdragsgivers adgang til å kreve endringer og tillegg – mot tillegg i kontraktssummen. I vår sak gjelder NS 8406 *”Forenklet norsk bygge- og anleggskontrakt”*, der hjemmelen for å kreve endringer og tillegg mot tillegg til avtalt kontraktssum er nedfelt i pkt 19.1:

”Byggherren kan ved endringsordre pålegge entreprenøren endringer. En endring kan gå ut på at entreprenøren skal yte noe i tillegg til eller i stedet for det opprinnelig avtalte, at ytelsens karakter, kvalitet, art eller utførelse skal endres, eller at avtalte ytelser skal utgå.”

I dette ligger at hensynene bak avvisningsregelen i forskriften § 11-1 (1) bokstav e får en noe annen karakter enn ved kjøp av varer og tjenester etter oppdragsgivers spesifikasjoner. Tildeling stenger ikke for at oppdragsgiver som byggherre under kontraktsavviklingen oppnår en ytelse svarende til kontraktsspesifikasjonene, slik at oppmerksomheten da må rettes mer mot prismekanismen for endringer og tillegg enn mot ytelsens substans. Etter alt å dømme kunne innklagede således ha rekvirert pukkfraksjon 8-16 selv om denne ikke inngikk i klagers tilbud.

- (25) I klagenemndas avgjørelse i sak 2011/55 var spørsmålet om innklagede som oppdragsgiver i medhold av disse reglene hadde adgang til å anta et tilbud som avvek fra konkurransegrunnlagets spesifikasjoner (varmeanlegg og AV-utstyr). Innklagede hadde i saken taksert endringene og nemnda kunne med støtte i saksopplysningene legge til grunn at de anslåtte pristillegg ikke hadde betydning for rangeringen mellom tilbyderne, slik at det ikke forelå tvil om hvordan tilbudet skulle bedømmes i

konkurransen. Nemnda la til grunn at det avvikende tilbud da kunne håndteres som et taksert forbehold:

(72) Det må etter dette vurderes hvorvidt avvikene er vesentlige, jf forskriften § 20-13 bokstav e. Når det gjelder dette spørsmålet må det som innklagede har påpekt tas hensyn til at kontraktsbestemmelsene gir innklagede adgang til å pålegge tilleggs- og endringsarbeider. Det må være klart at innklagede i medhold av disse reglene kan pålegge valgte leverandør en utførelse i samsvar med konkurransegrunnlaget. Klagenemnda kan heller ikke se at konkurransegrunnlaget er utformet på en slik måte at innklagede har forpliktet seg til å avvise et tilbud med de aktuelle avvikene. Det forhold at valgte leverandør har tilbudt en avvikende utførelse er tilstrekkelig ivaretatt ved vurderingen av hvorvidt tilbudet skal avvises i medhold av forskriften § 20-13 bokstav f. Klagers anførsel om at valgte leverandør skulle vært avvist i medhold av forskriften § 20-13 bokstav e fører derfor ikke frem.

- (26) Vår sak ligger noe annerledes an. Innklagedes avvisning er påklaget og spørsmålet er ikke om klagers tilbud kunne vært antatt etter innklagedes preferanse. Innklagede har etter NS 8406 ingen plikt til å henskyte spørsmålet om pukkvalitet til senere endringsordre – og kan heller ikke anses for ha plikt til å vurdere om den foretrukne pukkvalitet kunne leveres allikevel – eller foreta en usikker beregning av hva en eventuell endring vil beløpe seg til. Klagers anførsel om at man kunne levere endret pukkfraksjon til samme pris er fremkommet i ettertid og har derfor ikke betydning. Nemnda peker også på at klagers tilbud er et åpenbart avvik fra presise kontraktsspesifikasjoner som klager er nærmest til å ta risiko for. Det kunne f.eks vært tilbudt alternativer og avvik etter forskriften §§ 11-3 og § 11-4, hvilket ikke ble gjort.
- (27) Etter dette er nemnda kommet til at klagers tilbud med tilhørende usikkerhet må anses som et vesentlig avvik fra kontraktsspesifikasjonene. Innklagede hadde derfor både plikt og rett til å avvise klagers tilbud i medhold av forskriften § 11-11 (1) bokstav e. Innklagedes avvisning opprettholdes og klagers anførsel fører ikke frem
- (28) Klagers anførsel om at innklagede hadde plikt til å foreta en avklaring av klagers tilbud kan under henvisning til overstående heller ikke ført frem, jf. forskriften § 12-1 (1).

Konklusjon:

Gran kommune har ikke brutt regelverket om offentlige anskaffelser.

Bergen, 29. august 2011
For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,

Arve Rosvold Alver