



Klagenemnda for offentlige anskaffelser

Innklagede har gjennomført en åpen anbudskonkurranse vedrørende anskaffelse av bilførende hurtigbåt i Hadsselfjordbassenget i Nordland. Klagenemnda fant at innklagede har brutt regelverket om offentlige anskaffelser ved ikke å avvise valgte leverandørs tilbud. Det ble i denne forbindelse vist til at tilbudet som er inngitt av valgte leverandør inneholder forbehold av en slik størrelse at tilbudet ikke kan anses som virksomt. Videre fant klagenemnda at innklagede har brutt loven § 5 ved å legge feil faktum til grunn ved evalueringen av klagers tilbud. Klagers øvrige anførsler ble ikke behandlet.

Klagenemndas avgjørelse 31. oktober 2011 i sak 2011/254

Klager: Torghatten Nord AS

Innklaget: Nordland fylkeskommune

Klagenemndas medlemmer: Arve Rosvold Alver, Kai Krüger, Jakob Wahl.

Saken gjelder: Avvisning av valgte leverandørs tilbud.

Bakgrunn:

- (1) Nordland fylkeskommune (heretter kalt innklagede) kunngjorde 16. februar 2011 en åpen anbudskonkurranse for anskaffelse av bilførende hurtigbåt i Hadsselfjordbassenget i Nordland. Kontraktperioden skal være på åtte år fra 1. oktober 2012 til 30. september 2020 med mulighet for forlengelse i 1 + 1 år. Tilbudsfristen var satt til 27. april 2011. Kontrakten har en estimert verdi på mellom 80 og 90 millioner kroner. I kunngjøringen punkt II.1.6 "CPV klassifisering" var hoved anskaffelsen angitt med CPV kode 60600000.

- (2) Av konkurransegrunnlaget punkt 1 "TILBUDSINNBYDELSE" fremgikk det blant annet om anskaffelsen at:

"Det bes om tilbud i to ulike alternativer basert på samme ruteplan men med ulik rutehastighet.

Mottatte tilbud regnes også som søknad om løyve for drift av ruta, og TILBYDEREN som blir valgt vil få enerett til drift av den aktuelle ruta i løyve/kontraktperioden."

- (3) I konkurransegrunnlaget punkt 2.8 "Kriterier for valg av tilbud" var det opplyst at det skulle inngis ett tilbud for en rutehastighet på 19,9 knop og ett tilbud for en rutehastighet på 25 knop. Av samme punkt fremgikk også at:

"OPPDRAGSGIVER vil først foreta valg av rutehastighet. OPPDRAGSGIVER vil inngå kontrakt med den TILBYDER som har det økonomisk mest fordelaktige tilbudet for

valgt rutehastighet. Med det økonomisk mest fordelaktige tilbud forstås det tilbudet som etter OPPDRAGSGIVERs totalvurdering, foretatt etter de spesifiserte tildelingskriteriene under, fremstår som gunstigst.

I vurderingen av tilbudene vil laveste pris bli tillagt størst vekt, slik at valgt tilbud blir det som gir OPPDRAGSGIVER lavest totalsum over avtaleperioden på 8 år, slik det fremkommer i tilbudet iht. vedlegg 6.

Andre kriterier enn pris vil kun bli vurdert dersom det foreligger andre tilbud innenfor en prisdifferanse på inntil 3,0 % over laveste totalsum. De tilbud som ligger innenfor denne prisdifferansen vil bli vurdert etter følgende kriterium:

- Alder på båt basert på år båten er kjølsturket

Dersom to TILBYDERE har samme rangering basert på byggeår, vil TILBYDER med lavest pris bli valgt."

- (4) I konkurransegrunnlaget punkt 4.6.1 "Minimumskrav til fartøy" var det stilt en rekke krav til fartøyet. Blant annet var det stilt krav til:

"

1. Krav til rutefart/servicefart	Skal holde ruteplanen uten problemer under vanlige operasjonelle forhold, og under moderate vær/vindforhold etc. Krav til kontinuerlig marsj-/servicefart i rute ved tilbud 1: <u>Minimum 19,9 knop.</u> Krav til kontinuerlig marsj-/servicefart i rute ved tilbud 2: <u>Minimum 25,0 knop</u> Fartøyet skal måles i følgende lastekondisjon: Fullastet med passasjerer, og lastet med min. 50 % kjøretøyer/gods/bunkers.
(...)	(...)
6. Passasjersertifikat	Minimum 48 passasjerer i fartsområde D (3)
7. Bagasje plass	Båten skal ha tilstrekkelig skjermet bagasje plass for alle passasjerer med inntil 25 kg pr. passasjer
8. Kjøretøyer og øvrig godskapasitet	Minimum 8 PBE eller et tungt kjøretøy eller lignende med totalvekt inntil 20 tonn. For dette kjøretøyet må dekket ha 10 tonns akseltrykk i en lengde av minimum 12 meter og total dekkslengde minimum 13 meter. Hvis lastekapasiteten tillater det, skal fartøyet i tillegg til 1 tungt kjøretøy kunne ta min. 2 PBE. Eksempler på kjøretøyer over PBE-størrelse, men

	<i>under 20 tonn totalvekt:</i>	
	<i>Anleggsmaskin,</i>	
	<i>5,5 tonn + henger/traktor</i>	<i>Totalvekt 12 tonn</i>
	<i>Dyrebil 10-20 tonn</i>	<i>Totalvekt >20 tonn</i>
	<i>Utrykningskjøretøy</i>	<i>Totalvekt 4 tonn</i>
	<i>Sykebil</i>	<i>Totalvekt 4 tonn</i>
	<i>Kjøretøy for gårdsbruk</i>	
	<i>Traktor</i>	<i>Totalvekt 4,5 tonn</i>
	<i>Tilhenger med last</i>	<i>Totalvekt 6,5 tonn</i>
	<i>(...)</i>	

"

- (5) I konkurransegrunnlaget punkt 4.6.1 var det henvist til at fartøytekniske data skulle oppgis i henhold til vedlegg 1 "*Fartøyskjema*". Fartøyskjemaet var utformet som to kolonner, hvor kolonnen til høyre anga hvilke opplysninger som skulle oppgis. Under overskriften "*Generelt*" skulle det oppgis opplysninger om skipets eier, byggeår med mer. Under overskriften "*Kapasiteter*" skulle det blant annet opplyses om: "*Servicehastighet i normaldrift i knop (80-85 % belastning)*", og under overskriften "*Annet*" skulle det inngis opplysninger om "*Hovedmotor kw*"
- (6) I spørsmålsrunden før tilbudsinnlevering ble innklagede bedt om å redegjøre nærmere for hvordan punktet i fartøyskjemaet om motorbelastning skulle forstås sammen med kravene til rutehastighet:

"Spørsmål:

I fartøyskjema er det definert at tilbyder skal oppgi servicefart i normaldrift. Samtidig er det satt (80-85 %), dette er ikke nevnt i konkurransegrunnlaget for øvrig. Er det slik å forstå at motoreffekten skal rates til 80-85 % av maksimum uttak og da gjøre 19,9 eller 25 knop? Hvordan vil oppdragsgiver kontrollere dette i ettertid og hvilke konsekvenser vil det være om en tilbyder har ett uttak i servicefart på eksempelvis 95 %?

Svar:

Maksimal effektuttak på motor i normal driftskondisjon ved alt 1 (19,9 knop) skal være ca. 80-85 % ref. motorleverandørens anbefalinger. Det skal være tilsvarende effektuttak ved alt 2 (25 knop). Dersom det fremkommer at motorleverandørens anbefalinger er maks. 75 % som kontinuerlig marsj/rute fart så er det 75 % som gjelder. Dette er som regel oppgitt i tabeller for de enkelte motorer. Dersom oppdragsgiver oppdager at effektuttaket er 95 % ved normaldrift under behandling av tilbudet, risikerer tilbudet å bli avvist siden båten ikke tilfredsstiller kravspesifikasjonene.

Dersom oppdragsgiver oppdager dette i ettertid når båten er satt i drift, vil det kunne medføre krav om bytte av motorer, samt gi kvalitetsbøter siden det må forventes at båten ikke vil opprettholde korrekt servicefart under drift. Erfaringene fra båter med høyt effektuttak er lavt timetall på motorene før overhaling trengs og for lav servicefart ved litt vær og vind. Dette er ikke ønskelig".

- (7) Innen tilbudsfristen mottok innklagede flere tilbud innenfor hvert av de to hastighetsalternativene. Dette var blant annet fra Torghatten Nord AS (heretter kalt klager) og Boreal Transport Nord AS (tidligere Veolia Transport AS, heretter kalt valgte leverandør).
- (8) Klager innga ett tilbud innenfor 19,9 knops alternativet basert på bruk av fartøyet M/F Vetlefjord og ett tilbud innenfor 25 knops alternativet basert på bygging av et nytt fartøy.
- (9) Av side 1 i klagers tilbudsbrief fremgikk at klager hadde tatt forbehold vedrørende besetning:

"Torghatten Nord AS har i sitt tilbud lagt til grunn to manns besetning. Da det innen leveringsfristen ikke har vært mulig å avklare hvorvidt to manns besetning er realiserbart på fartøy av denne type og størrelse, er det tatt forbehold i forhold til bemanning. Forbeholdet kan sannsynligvis avklares før kontraktstildeling. Dersom rederiet må benytte 3 manns besetning, er dette priset til kr. 128 255, 2 i måneden som samlet er 12 315 500 over anbudets 8 år."

- (10) Valgte leverandør innga to tilbud innenfor hvert av de to hastighetsalternativene. Innenfor 25 knops alternativet innga valgte leverandør ett tilbud basert på samme fartøy som klager, dvs. M/F Vetlefjord, og ett tilbud basert på bygging av et nytt fartøy. I tilbudsbriefet for 25 knops alternativet var det blant annet opplyst følgende:

"Oppsummering av vårt tilbud"

Vi planlegger å bruke M/F Vetlefjord for å betjene ruten. Fartøyet vil i tilfellet bygges om for å tilfredsstille minimumskravene stilt av Oppdragsgiver i konkurransegrunnlaget når det gjelder spesifikasjoner på helse, miljø og sikkerhet. Dette er i tråd med vår egen ambisjon om å yte en service utover det forventede, samt vår helse-, miljø- og sikkerhetspolitikk hvor vi har nullvisjon som innebærer at vi skal jobbe for en virksomhet uten skader på personer, materiell og miljø"

- (11) I vedlegg 1 "Fartøykjema" hadde valgte leverandør på "Servicehastighet i normaldrift i knop (80-85 %)" oppgitt 25 knop og på "Hovedmotor kw" oppgitt 2 x 630.
- (12) I tilbudet til valgte leverandør var også salgsbeskrivelsen for M/F Vetlefjord vedlagt. Av denne fremgikk at fartøyet hadde maks fart på 28 knop og marsjfart på 26 knop.
- (13) Av valgte leverandørs tilbud fremgikk videre at det var tatt forbehold om at selskapet ville få kjøpe M/F Vetlefjord fra Fjord 1 ved eventuell kontraktstildeling. Forbeholdet hadde følgende ordlyd:

"Forbehold"

Tilbudet er gitt på forutsetning av kjøp av M/F Vetlefjord ID 0902.0025, til maks pris 2,5 mill Euro, som indikert av megler i den vedlagte annonsen.

Ved eventuell aksept av dette tilbudet vil Tilbyder straks sørge for å få avklart kjøpet av M/F Vetlefjord. Tilbyder vil umiddelbart etter avklaring foreligge informere Oppdragsgiver."

- (14) Fartøyet M/F Vetlefjord eies av Fjord 1. I e-post av 10. mai 2011 kontaktet innklagede Fjord 1 for å få avklart hvorvidt M/F Vetlefjord var til salgs, og tilgjengelig for tilbyderne:

"Jeg viser til dagens samtale angående Vetlefjord.

To tilbydere for anbud i Hadsselfjorden har lagt til grunn bruk av Vetlefjord. Dette er Veolia og Torghatten Nord. Vi ønsker bekreftelse på at båten er til salgs og at han er tilgjengelig for disse tilbyderne."

- (15) Fjord 1 svarte i e-post av 11. mai 2011:

"Det er korrekt at "Vetlefjord" sirkuleres for salg. Vi har gjort avtale med Torghatten Nord at båten er tilgjengelig for salg for dette selskapet dersom de vinner fram med anbudet i Hadsselfjordbassenget. Tilsvarende avtale har vi ikke gjennomført med Veolia Transport. Vårt selskap har fått henvendelse fra Veolia Transport, men har ikke gitt dette en bekreftelse på lik linje med forpliktelsen overfor Torghatten Nord."

- (16) Klagers kjøpsopsjon gjaldt frem til 1. juni 2011.

- (17) I brev av 25. mai 2011 informerte klager om at forbeholdet om to manns besetning var opphevet, på bakgrunn av avklaring fra sjøfartsdirektoratet, og at tilbudet nå stod ved lag uten forbehold.

- (18) I e-post av 6. juni 2011 ba innklagede valgte leverandør innen 7. juni 2011 om å fremlegge dokumentasjon på at M/F Vetlefjord var disponibel for selskapet.

- (19) Klager svarte i e-post av 7. juni 2011:

"Vi bekrefter herved at vi er i en konstruktiv dialog med selger av Vetlefjord om kjøp av dette fartøyet. Som en ser av svaret til Fjord 1 har de nå også en annen potensiell kjøper. Dersom vi får tilsagnet om drift av Hadsselfjordbassenget, vil vi tilstrebe oss på å få kjøpt Vetlefjord så snart som mulig."

- (20) Innklagede kontaktet på ny valgte leverandør i e-post av 15. august 2011:

"Hei. I forbindelse med klagebehandlingen for anbudet i Hadsselfjorden er hevdet at det lå en usikkerhet i deres anbud for kjøp av Vetlefjord siden det var satt en premiss på 2,5 mill euro for kjøp av båten. Dersom det kan fremlegges en dokumentasjon, kjøpekontrakt, ol på at dere har tilgang på båten kan dette bidra til å gi saken bedre fremdrift og forhåpentligvis snarlig avklaring."

- (21) Valgte leverandør svarte på e-post dagen etter:

"Hei. Vedlagt følger ferdig kjøpekontrakt som er klar for signering straks vi har en avtale med Dere."

- (22) I brev datert 29. juni 2011 ble tilbyderne informert om at fylkesrådet i møte den 28. juni 2011 hadde valgt 25 knop som rutehastighet. Det ble videre opplyst at valgte leverandør var innstilt som vinner av konkurransen. Vedlagt brevet fulgte anskaffelsesprotokollen, som gav detaljerte opplysninger om innklagedes vurderinger av tilbudene. Fra denne hitsettes følgende utdrag:

3.2 Vurdering av tilbydere

Det er to tilbydere i ruta, Veolia Transport Nord as og Torghatten Nord as. Dagens operatør i ruta er Torghatten Nord as. Begge tilbyderne fyller kravspesifikasjonens minstekrav slik det fremkommer i konkurransegrunnlagets kap. 3. Begge tilbyderne er erfarne drivere av hurtigbåter gjennom mange år og innehar kapasitet og kompetanse for drift av denne ruta.

Veolia Transport Nord har to tilbud.

Veolia Transport Nord tilbud 1

Dette er det laveste tilbudet fra Veolia og forutsetter bruk av MS Vetlefjord. Selskapet har forbehold om mulighet for kjøp av denne båten fra Fjord 1. Nordland fylkeskommune har ved henvendelse til selskapet den 6.6.2011 bedt om bekreftelse fra Veolia Transport Nord at de har tilgang til oppgitt båt i tilbudet. I mail av 7.6 bekrefter selskapet at Fjord 1 har båten for salg og at Veolia er aktuell kjøper for båten. Forhandlinger må føres mellom Fjord 1 og Veolia før endelig kjøp kan bli avklart.

Veolia Transport Nord tilbud 2

Dette tilbudet er basert på bygging av ny båt og tilbudet har ingen forbehold.

Torghatten Nord as

I sitt tilbud på 19,9 knop forutsetter selskapet bruk av MS Vetlefjord. Ved 25 knop vil selskapet bygge ny båt. Torghatten Nord har i sitt tilbud forbehold på 3 manns besetning på båtene ved begge rutehastighetene. Selskapet oppgir at dette vil ha en merkostnad på 12.312.500 kr. Bemanning fastsettes av Sjøfartsdirektoratet. Oppdragsgiver sammenligner tilbudene basert på samme forutsetninger, og legger til grunn 3 manns besetning for sammenligning. Dette medfører en økning av selskapets pris på 12.312.500. kr. Korrigert pris med 3 manns besetning for 19,9 knop kan settes til 114,986 mill kr og for 25 knop til 123,089 mill. kr. I brev av 25.05.2011 har selskapet trukket sitt forbehold på 3 manns besetning på ny båt ved 25 knop. Men siden dette brevet er kommet inn etter anbudsfristen kan ikke trekk av dette forbehold tas til følge.

NOx-kostnader. I sitt regneark har Torghatten Nord medtatt NOx kostnadene i linje 15 i totalkostnadene i regnearket. For å sikre at det ligger samme forutsetninger til grunn har vi kontaktet Veolia Nord as med forespørsel om Nox kostnadene er innarbeidet i regnearkets driftskostnader. Det er gitt bekreftelse fra Veolia Nord at Nox kostnadene er innarbeidet i kostnadsposten andre skipskostnader.

Dette gir følgende vurderingsgrunnlag for tilbudene:

Tilbyder	Rutefart 19,9 knop <i>Pris (eks.mva)</i>	Rangering 19,9 knop	Rutefart 25 knop <i>Pris (eks.mva)</i>	Rangering 25 knop
Veolia Transport Nord as	113.384.968,-	2	117.170.319,-	2
Veolia Transport Nord as	108.288.622,-	1	110.936.545,-	1
Torghatten Nord as	114.986.077,-	3	123.089.695	3

M/S Vetlefjord er en bilførende båt som i dag eies av Fjord 1. Båten ligger ute for salg. Båten er bygd i 2002, og har i dag plass til 60 passasjerer og 8 biler. Servicefarten er 27 knop. Båtens lengde er 25,75 meter. Med tilpasninger i forhold til konkurransegrunnlaget vil båten bli godkjent for bruk i ruta."

- (23) Klager klaget på tildelingen i brev av 18. juli 2011. Klager anførte flere grunnlag for at valgte leverandørs tilbud innenfor 25 knops alternativet skulle ha vært avvist. Det ble blant annet anført at tilbudet skulle ha vært avvist i medhold av forskriften § 11-11 (1) bokstav e ettersom valgte leverandør, etter klagers mening, har oppgitt feil fremdriftseffekt for M/F Vetlefjord, og at fartøyet med riktig fremdriftseffekt ikke klarer å yte 25 knop innenfor den oppgitte lastekondisjonen. Fra klagen hitsettes:

"Da Torghatten skulle inngi tilbud i konkurransen, så måtte en velge båt for henholdsvis 19,9 og 25 knop. Torghattens tilbud er basert på — og utarbeidet i samarbeid med — nåværende eier av båten Fjord 1. Fjord 1 har assistert Torghatten ved vurdering av Vetlefjords muligheter på dette punkt, og utfylling av vedlegg 1 fartøyskjema. Det fremgår tydelig av fartøyets spesifikasjoner, at effekten er 2x610 kW, noe som også understøttes av fartøysdata fra Fjord1. Motoren selges for øvrig med 610 kW som effekt. Som dokumentasjon fremlegges

Bilag 2: Fartøyhåndbok med hoveddata for Vetlefjord

Bilag 3: Teknisk salgsdokumentasjon - Utskrift fra motorleverandørens hjemmesider om motoreffekt

Dette innebærer at Vetlefjord kun kunne tilbys innenfor 19,9 knops alternativet, og ikke for alternativet på 25 knop. Fremdriftseffekten på Vetlefjord innebærer at den ikke klarer å levere i forhold til kravet om 25 knop.

Motsatt har Veolia oppgitt 2x 630 kW som fremdriftseffekt i sitt tilbud på Vetlefjord. Dette er imidlertid feil fremdriftseffekt for båten. Påstemplet effekt er 610 kw. Motoren kan kanskje kjøres hardere, men dette vil være i strid med det kravet som ble uttrykt i svaret om at båten skulle kunne opereres i vær og vind og over tid med korrekt servicefart. Dette innebærer at Veolia har tilbudt en båt innenfor 25 knops alternativet som ikke oppfyller minstekravene i kravspesifikasjonen pkt. 4.6.1.

Det følger av langvarig KOFA praksis at avvik fra obligatoriske minstekrav i kravspesifikasjonen innebærer "vesentlige avvik", som skal lede til avvisning."

- (24) Av fartøyhåndboken fra Fjord 1, vedlagt klagen av 18. juli 2011, fremgikk følgende data om M/F Vetlefjord:

<i>"Fart:</i>	<i>28 knop</i>	
<i>Byggemateriale:</i>	<i>Aluminium</i>	
<i>Bilkapasitet:</i>	<i>8 personbilar</i>	
<i>Passasjerar:</i>	<i>70 passasjerar</i>	
<i>Hovedmotor:</i>	<i>2 stk MTU12V183TE72</i>	<i>610 kW totalt</i>
<i>Hjelpemotor:</i>	<i>2 stk. John Deere</i>	<i>50 kW totalt"</i>

- (25) I klagen hadde klager også vedlagt utfylt "Fartøyskjema" over M/F Vetlefjord, hvor klager hadde oppgitt at båtens hovedmotor er 2 x 610 og servicehastighet i normaldrift er 25 knop. I tillegg var det vedlagt en utskrift fra motorleverandørens hjemmesider med overskriften *"Technical Sales Dokumentation 12V183TE72"*. Under punkt *"1. POWER-RELATED DATA (power ratings are net brake power to ISO 3046)"* fremgikk blant annet at *"Fuel stop power ISO 3046"* var 610 kW.

- (26) På bakgrunn av klagen tok innklagede i e-post av 31. august 2011 kontakt med verftet som har bygget M/F Vetlefjord og ba om bekreftelse på at fartøyet oppfylte kravet til fremdriftseffekt:

"Vi har innstilt Veolia som vinner av tilbud i Hadsselfjorden. Veolia har lagt inn tilbud på bruk av Vetlefjord her. Båten skal kjøpes fra Fjord 1. Det er fremkommet klage på vår innstilling. Klagen anfører at det i krevd lastekondisjon ikke kan oppnås 25 knop fart. I forbindelse med prøvekjøring av båten har Veolia rapportert at båten i snitt gjorde 26,25 knop. Dette var med forholdsvis tom båt. Veolia oppga at motorene var stilt ned til 83 % effektuttak. Maks godkjent effektuttak er 85 % dersom ikke motorfabrikantene anbefaler annet.

Oppgitt lastekondisjon er:

Fartøyets fart skal måles i følgende lastekondisjon: Fullastet med passasjerer, og lastet med min. 50 % kjøretøyer/gods/bunkers.

Kan du ut fra din kjennskap til båten bekrefte at båten kan kjøre i 25 knop ved ovennevnte lastekondisjon?"

- (27) Fra verftets svar i e-post av 2. september 2011 hitsettes:

"Kan opplyse om at følgende ble registrert ved levering av fartøyet fra vårt verksted:

Dødvekt under prøvetur: 12 tonn

Registrert fart på prøvetur 26,25 knop ved 2 x 610 kW motoreffekt

I henhold til våre fartskurver kreves en motoreffekt på ca. 2 x 530 kW ved 25 knop og 12 tonn dødvekt.

Krav til dødvekt er følgende:

Fartøyets fart skal måles i følgende lastekondisjon: Fullastet med passasjerer, og lastet med min. 50 % kjøretøyer/gods/bunkers

I henhold til spesifikasjon kan vi derfor sette opp følgende dødvekttabell:

48 passasjerer a 85 kg = 4.080 kg
50 % av 10 tonn dekkslast = 5.000 kg
50 % av 3000 l brennolje = 1.260 kg
50 % av 500 l ferskvann = 250 kg
50 % av diverse vekter = 250 kg
Sum dødvekt i hht krav = 10.840 kg

Med utgangspunkt i krav skal derfor prøveturslasten på 12 tonn som ble benyttet på Vetlefjord (ex. Fjordlys) være ok.

- (28) Svaret fra verftet ble videresendt klager som i e-post av 9. september 2011 fremsatte følgende innsigelser:

"Jeg har konferert med Torghatten Nord, og de setter stor pris på at fylket har gjort tiltak for å avklare de forhold som vi har påpekt. Men vi forstår ikke helt hvordan svaret fra Gustav Oma skal forstås slik at anførselen om vesentlige avvik er imøtegått? Det vi har påpekt er at Vetlefjord ikke kan oppfylle fartskravet uten å bryte effektkravet på maksimalt uttak 80-85 % slik dette fremgår av konkurransegrunnlaget. Slik vi leser Omas svar kreves det 2x530 kW uttak for å få 25 knops fart med 12 tonn dødvekt. Dette alene gir et effektuttak på 86,9 % i forhold til 610kW motorytelse. I tillegg kommer at Oma har benyttet 50 % av 10 tonn dekkslast i sin beregning av kondisjon, det riktige er vel 50 % av 20 tonn dekkslast ihht kravet i anbudet. Det vil vel bare forverre regnestykket."

- (29) Innklagede avviste klagen i brev av 22. august 2011.

- (30) Klager klaget på tildelingen på ny i brev av 29. august 2011.

- (31) På bakgrunn av klagene tok innklagede også kontakt med importør og motorprodusentens representant i Norge, Bertel O. Steen Teknikk AS som i e-post av 15. september 2011 svarte at:

"Ok, det vi kjenner til vedr denne båten er at det var installert 2 x MTU 12V 183 TE72 med en ytelse på 610kW ved 2100 omdr. Det er en 1A applikasjon. Det er ikke riktig at motor kan gå med 100 % last hele dagen og det anbefales ikke heller. Jeg finner ikke anbefalt lastfordeling i denne omgang, som eksempel vedlegger jeg for motortypen MTU 12V2000M60 som er i samme applikasjon 1A"

- (32) Av skjemaet fremlagt av Bertel O. Steen Teknikk AS fremgikk blant annet følgende:

Application Group	1A	1B	1DS	3A/3C
-------------------	----	----	-----	-------

Engine Model	Basis: Mercedes Benz	<u>1850</u> rpm	<u>2000</u> rpm	<u>1900</u> rpm	<u>2100</u> rpm	<u>2100</u> rpm	<u>2300</u> rpm	<u>1500</u> rpm	<u>1800</u> rpm
6R 183 TE62	OM 447 LA	275	-	-	-	-	-	-	-
8V 183 TE62	OM 442 LA	-	365	-	-	-	-	-	-
12V 183 TE62	OM 444 LA	-	550	-	-	-	-	-	-
6R 183 TE72	OM 447 LA	-	-	305	-	-	-	-	-
8V 183 TE72	OM 442 LA	-	-	-	405	-	-	-	-
12V 183 TE72	OM 444 LA	-	-	-	610	-	-	-	-
6R 183 TE92	OM 447 LA	-	-	-	-	370	-	-	-
8V 183 TE92	OM 442 LA	-	-	-	-	-	490	-	-
12V 183 TE92	OM 444 LA	-	-	-	-	-	735	-	-
6R 183 TE52	OM 447 LA	-	-	-	-	-	-	228	275
8V 183 TE52	OM 442 LA	-	-	-	-	-	-	243	367
12V 183 TE52	OM 444 LA	-	-	-	-	-	-	455	550

- (33) I e-post av 20. september videreformidlet innklagede svar fra motorprodusentens representant i Norge:

"For å få mer informasjon om type motor som er installert i båten er Bertel O. Steen Teknikk AS kontaktet. Dette firma er importør og motorprodusentens representant i Norge. De opplyser at motortype MTU 12V 183 har ulike effektklasser avhengig av type bruk motoren er tenkt benyttet til. Se vedlegg effektklasser MTU motor. Her fremkommer det at motor MTU 12V 183 kan ha 735 kw ved injektorer type TE92 og 610 kw ved injektorer type 72. Endring av effekt fra 610 kw til 735 kw kan dermed enkelt gjøres ved å bytte injektorene (innsprøyttingsdysene) samt justering av pumpetrykket. Det kan derfor anses at motorene på 610 kw er nedskalerte fra motorer 735 kw.

Vi viser til tidligere mail fra Gustav Oma ved Oma Båtbyggeri som er verftet som har bygget båten. Båten kan ut fra verftets fartskurver oppnå 25 knop ved et effektuttak på 2 x 530 kw. Det er også slik at motorleverandøren aksepterer et effektuttak over 85 % i perioder, men ikke i 100 % av tiden."

- (34) Klagen ble på ny avvist av innklagede i brev av 20. september 2011.

- (35) Saken ble brakt inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser i brev av 14. september 2011.

Anførsler:

Klager har i det vesentligste anført

- (36) Klager anfører at klagers selskap skulle vært tildelt kontrakten. Det vises til at den gjennomførte konkurransen er heftet med en rekke feil i strid med regelverket om offentlige anskaffelser. Innklagede har plikt til å rette feilene og resultatet av rettingen er at klagers selskap blir vinner av konkurransen.

Avvisning av valgte leverandørs tilbud

- (37) Det valgte tilbudet må avvises da det inneholder et vesentlig forbehold, jf. forskriften § 11-11 (1) bokstav d. Det er alminnelig kjent i anbudsretten at det er adgang til å ta forbehold i anbud, så lenge forbeholdet ikke gjør anbudet uforpliktende, jf. Kai Krüger, Norsk kontraktsrett, 1989, side 111.
- (38) I tilbudet har valgte leverandør basert seg på bruk av M/F Vetlefjord. Valgte leverandør har imidlertid tatt forbehold om mulighet for kjøp av denne båten fra Fjord 1, og hadde således ikke rådighet over M/F Vetlefjord på tilbudstidspunktet. Dette i motsetning til klager som på dette tidspunktet hadde en gyldig kjøpsopsjon på M/F Vetlefjord. Slik klager ser det kunne valgte leverandør dermed ikke avgi et juridisk bindende tilbud basert på bruk av M/F Vetlefjord. Dette innebærer at valgte leverandør har tatt et forbehold som gjør tilbudet uforpliktende. Innklagede kan dermed ikke kontrahere i samsvar med valgte leverandørs tilbud da det er usikkert hvorvidt selskapet vil få rådighet over fartøyet tilbudet er basert på.
- (39) Klager viser til at tilbyderne i henhold til konkurransegrunnlaget skulle oppgi fartøyets navn, eier og nærmere spesifikasjoner. Slik angivelse forutsetter at tilbyder faktisk kan dokumentere rådighet over det aktuelle fartøyet. Når slik rådighet ikke kan dokumenteres og det i stedet tas forbehold om "*mulighet for kjøp*", foreligger det etter klagers syn et forbehold mot en grunnleggende forutsetning for konkurransen, nærmere bestemt at tilbudet skulle inngis for en bestemt båt som innklagede kunne evaluere. Valgte leverandør har således levert et tilbud hvor selskapet ikke er kontraktsrettslig forpliktet til å levere i henhold til tilbudet. Innklagede kunne heller ikke være sikker på at valgte leverandør ville få kjøpe M/F Vetlefjord fra Fjord 1.
- (40) Det valgte tilbudet skulle uansett ha vært avvist i medhold av forskriften § 11-11 (1) bokstav f. Innklagede forsøkte i brev av 6. juni 2011 å avklare forbeholdet med valgte leverandør, men heller ikke i brev av 7. juni 2011 kunne valgte leverandør bekrefte rådighet over M/F Vetlefjord. Valgte leverandør gir kun uttrykk for at fartøyet er til salgs og at selskapet eventuelt må gå i forhandlinger med Fjord 1 om kjøp av båten. Etter hva klager har forstått er det imidlertid også aktuelt for Fjord 1 å gå i forhandlinger med en tredje interessent. Det foreligger således relativ bedømmelsestvil i henhold til hvorvidt tilbudet fra valgte leverandør er bindende og ved at det er usikkert hvilken båt valgte leverandør vil benytte. Dersom det valgte tilbudet ikke avvises må forbeholdet prissettes slik at tilbudene kan sammenlignes.
- (41) Det valgte tilbudet skulle også ha vært avvist i medhold av forskriften § 11-11 (1) bokstav d da tilbudet inneholder et vesentlig avvik fra kravspesifikasjonen. I

kravspesifikasjonen er det oppstilt nærmere angitte krav til rute 2. Fartøyet skal holde en marsj/servicefart på 25 knop målt ved lastekondisjonen: *"Fullastet med passasjerer, og lastet med min. 50 % kjøretøyer/gods/bunkers."* Ved marsjfart skal fartøyet også ha maksimalt effektuttak på motor på 80-85 %.

- (42) Valgte leverandør har oppgitt feil fremdriftseffekt for M/F Vetlefjord. Fremdriftseffekten for båten er 2 x 610 kW og ikke 2 x 630 kW slik valgte leverandør har oppgitt. Det fremgår tydelig av fartøyets spesifikasjoner at effekten er 2 x 610 kW, noe som også støttes av fartøydata fra Fjord 1. Motoren selges for øvrig med 610 kW som påstemplet effekt. Dette er dokumentert i fartøyhåndboken med hoveddata for M/F Vetlefjord og i den tekniske salgsdokumentasjonen fremlagt i klagen til av 18. juli 2011. Dette betyr at det fartøyet som er tilbudt og spesifisert, og som skal evalueres, yter 2 x 610kW. Slik fartøyet er tilbudt klarer M/F Vetlefjord ikke å yte 25 knop og samtidig opprettholde maksimalt uttak på 80-85 %. Beregningen fra Oma Baatbyggeri viser at det er inntatt en dødvekt på 10 840 kilo i regnestykket. Etter klagers mening er denne lastekapasiteten for lav ettersom lastekapasiteten skal være 50 % av 20 tonn, ikke 50 % av 10 tonn, som verftet har benyttet i sin beregning. Riktig sum dødvekt skal da være 15 840 kilo. Det må altså 50 % mer last til for å oppnå den kondisjonen innklagede har satt som krav i konkurransegrunnlaget. Dersom man på tross av denne feilen legger til grunn verftet sin effektberegning på 530 kW, og sammenholder med den motoren valgte leverandør har tilbudt får man følgende regnestykke: Effektbehov delt på motorens effekt $(530/610) = 86,6 \%$ for å holde 25 knop med dødvekt på 10 840 kilo.
- (43) Valgte leverandørs tilbud er således basert på uttak på 86,6 %, mens maksimalt uttak var angitt å være 80-85 %. Klager bemerker imidlertid at det reelle uttaket også vil overstige 86,6 % da verftet i sin beregning har benyttet for lite last. Dette utgjør etter klagers oppfatning et vesentlig avvik fra kravspesifikasjonen og tilsier at valgte leverandørs tilbud må avvises fra konkurransen.
- (44) Innklagede har vist til at opplysninger fra importøren av motorene viser at M/F Vetlefjord lar seg oppgradere til 735kW ved å skifte injektor. Dette vil imidlertid medføre en endring av båten som også innebærer endring av motorenes typebetegnelse. Det er ingenting i valgte leverandørs tilbud som tilsier at en slik endring skulle gjennomføres. Tvert imot er tilbudet spesifisert med typebetegnelsen på eksisterende motorer. Uttalelsen fra importøren bekrefter således at det foreligger et avvik fra fartskravet.
- (45) Klager er enig med innklagede i at innklagede under evalueringen i utgangspunktet kunne legge til grunn opplysningene slik de fremgikk av valgte leverandørs tilbud. Klager er imidlertid uenig i at innklagede lovlig kan unnlate å avvise valgte leverandørs tilbud nå når innklagede er gjort oppmerksom på avviket.
- (46) I klagenemndas avgjørelse i sak 2006/219 uttales det at oppdragsgiver må kunne legge til grunn de opplysningene som fremkommer av tilbudene, med mindre det foreligger spesielle forhold som gir oppdragsgiver oppfordring til å foreta en kontroll. I dette tilfellet er innklagede under klagebehandlingen, før kontrakt er inngått, gjort kjent med at det foreligger et avvik i valgte leverandørs tilbud. Innklagede hadde således all mulig grunn til å kontrollere opplysningene nærmere.

Tilbudsevalueringen

- (47) Innklagede har brutt regelverket ved å evaluere klagers tilbud på feil grunnlag. Klager innga et tilbud med to manns besetning. På tilbudstidspunktet var det imidlertid ikke endelig avklart hvorvidt dette lot seg gjøre. Klager hadde derfor tatt et forbehold om at besetningen kunne økes til tre. I brev av 25. mai 2011 til innklagede opplyser klager at forholdet er avklart, og at tilbudet kan legges til grunn med to manns besetning. Avslutningsvis i brevet fremgår det at *"Dette tilbudet står derved ved lag uten forbehold"*.
- (48) Når det gjelder problemstillingen knyttet til bemanning mener klager at dette egentlig ikke er å anse som et forbehold i anskaffelsesrettslig forstand. I tilbudet har klager opplyst at tilbudet vil være enten to eller tre manns besetning, avhengig av avklaring fra Sjøfartsdirektoratet om hvorvidt to manns besetning var realiserbart. Dette er således ikke et forbehold i tradisjonell forstand, men en opplysning om at det foreligger et uavklart forhold. I den grad det er nødvendig å klassifisere, må forholdet anses som en uklarhet i tilbudet. Avgjørende blir da om dette er et forhold som lovlig kan avklares. Etter klagers oppfatning er det klart at dette er et forhold som kan avklares, da dette ikke vil representere en endring av tilbudet, men bare en bekreftelse på at tilbudet ikke skal endres. Det faktum at forbeholdet ble avklart 25. mai 2011 innebar ingen endring av klagers tilbud, da det opprinnelig var lagt til grunn to manns besetning. Oppsummeringsvis er situasjonen slik at klager reelt sett ikke har tatt et forbehold, men kun har presisert at tilbudet avhengig av en bestemt ytre begivenhet vil kunne være basert på to mann (slik som beskrevet), eller basert på tre mann (med en nærmere angitt tilleggskostnad). Når avklaring skjer før tildelingen, slik at tilbudet består uendret, må dette legges til grunn.

Kravet til likebehandling

- (49) Innklagede har uansett forskjellsbehandlet klager og valgte leverandør ved å forsøke å avklare forbeholdet i valgte leverandørs tilbud angående rådighet over fartøyet, samtidig som klagers opplysninger om bortfall av det inngitte forbeholdet om tre manns besetning ble avvist av oppdragsgiver. Dersom avklaringene vedrørende valgte leverandørs tilbud ikke var i strid med forhandlingsforbudet, kan heller ikke en avklaring av klagers tilbud være i strid med forhandlingsforbudet. Innklagedes håndtering er uansett i strid med kravet til likebehandling, jf. loven § 5.

Innklagede har i det vesentligste anført:

Avvisning av valgte leverandørs tilbud

- (50) Innklagede hadde ikke plikt til å avvise valgte leverandørs tilbud på grunn av forbeholdet om kjøp av M/F Vetlefjord.
- (51) Av tilbudet til valgte leverandør fremgår det at dersom deres tilbud blir innstilt, vil selskapet inngå kjøpekontrakt vedrørende M/F Vetlefjord for oppfyllelse i henhold til kontrakten. Forutsetningen er dermed ikke et forbehold mot kontraktsvilkårene som gir valgte leverandør en konkurransefordel fremfor andre tilbydere. I konkurransegrunnlaget er det ikke oppstilt krav til rådighet over fartøyet eller til at kontrakt vedrørende fartøy må være inngått for å inngi tilbud. Det må derfor anses tilstrekkelig at dette oppfylles på tildelingstidspunktet. Videre påpekes at det å inngi tilbud med en slik forutsetning, er en praktisk måte å gjennomføre tilbudsinngivelsen på, og er vanlig praksis i tilsvarende konkurranser. Erfaringer fra samferdselssektoren

har for øvrig vist at det alltid er slik at den som vinner konkurransen får hånd om det aktuelle fartøyet.

- (52) Innklagede hadde ingen indikasjoner på at valgte leverandør ikke ville kunne inngå kjøpskontrakt om M/F Vetlefjord dersom tilbudet ble innstilt. Derimot fikk innklagede bekreftet situasjonen slik den fremstod i tilbudet, nemlig at fartøyet kunne kjøpes av valgte leverandør, jf. anskaffelsesprotokollen punkt 3.2. Dette er nå ytterligere bekreftet ved at det foreligger en fremforhandlet kjøpekontrakt vedrørende M/F Vetlefjord, klar for undertegnelse ved kontraktsinngåelse mellom valgte leverandør og innklagede. Avklaringene som er gjort kan ikke anses å være i strid med forhandlingsforbudet.
- (53) Innklagede bestrider å ha plikt til å avvise det valgte tilbudet etter forskriften § 11-11 (1) bokstav d, da det valgte tilbudet etter innklagedes oppfatning ikke inneholder et vesentlig avvik i henhold til konkurransegrunnlaget. Innklagede viser til at det i konkurransegrunnlaget er stilt krav til effekt og utnyttelse som valgte leverandør ikke har tatt forbehold mot, eller på annen måte gitt opplysninger om ikke vil overholdes. Det sentrale er at valgte leverandør er bundet av innklagedes kravspesifikasjon, og at det ikke er noe i det valgte tilbudet som tilsier at valgte leverandør har ment å fravike denne. Innklagede står da i en posisjon hvor oppfyllelse i henhold til kontrakten kan kreves, og dersom valgte leverandør ikke evner dette, må dette løses innenfor kontraktens bestemmelser. Undersøkelser innklagede har gjort viser at dersom det er nødvendig å oppgradere motorene, vil dette kunne gjøres med enkle midler, og kostnadene tilfaller selvfølgelig valgte leverandør. Det er således ikke tale om at valgte leverandør gis tillatelse til å oppgradere fartøyet under anbudskonkurransen.
- (54) Innklagede avviser at det foreligger en plikt for oppdragsgiver til å undersøke om opplysningene i tilbudet fra valgte leverandør er korrekt med hensyn til motorstørrelse. I praksis er det lagt til grunn at det ikke kan oppstilles noe krav til oppdragsgiver om å kontrollere opplysningene i tilbudene, med mindre det foreligger forhold som gir spesiell foranledning til det. I dette tilfellet var det ikke forhold som tilsa at opplysningene fra valgte leverandør om fartøyet M/F Vetlefjord ikke kunne legges til grunn av innklagede. I klageprosessen har klager kommet med udokumenterte innsigelser mot fartøyet og etter innklagedes mening kan ikke dette foranledige noen plikt for innklagede til å gjøre nærmere avklaringer. På tross av dette har innklagede foretatt undersøkelser ved å kontakte verftet som har produsert M/F Vetlefjord og importøren av den motortypen som er installert. Opplysningene fra importøren er at motorene til M/F Vetlefjord lar seg oppgradere til 735 kW ved å skifte injektor. Det kan således legges til grunn at det er mulig å gjøre endringer på motorene med enkle midler som helt klart innebærer at motorene vil kunne overholde fartskravet og kravet til effektuttak på 80-85 %. Innklagede finner dermed ikke grunn til å gå nærmere inn på spørsmålet om dette er mulig med motorene på 610 kW.
- (55) Innklagede er således av den oppfatning at fartøyet M/F Vetlefjord tilfredsstiller, eller med mindre justeringer, vil kunne tilfredsstille kravene som er satt i konkurransegrunnlaget. Det foreligger dermed ikke et vesentlig avvik fra kravspesifikasjonen.
- (56) Når det gjelder klagers utregning av effektuttak, er det innklagedes subsidiære oppfatning at motorene på M/F Vetlefjord allerede er "tatt ned" fra 735 til 610 kW for å sikre lang levetid. Dette for å forhindre at mannskapet skal "trumpkjøre" motorene ved feil eller slurv. Når en regner ut effektuttak på motorene må en således starte på 735 kW

og ikke 610kW, slik klager gjør i sin beregning. Innklagede mener den fremlagte dokumentasjonen viser at det er tale om samme motor når det gjelder effekt på 610 og 735 kW, men at det er injeksjonene som er forskjellig i de to tilfellene, se betegnelsen 12V 183 som er felles og TE 92 som er forskjellig. Det må således legges til grunn at kravet til effektuttak kan overholdes med 25 knop av fartøyet M/F Vetlefjord.

- (57) Atter subsidiært bestrider innklagede at det er tale om avvik når det gjelder utnyttelse av motorene, selv om en bygger på klagers beregninger. Innklagede legger til grunn at det ikke er bestridt at motoren til M/F Vetlefjord overholder kravet til 25 knop. Når det gjelder kravet til effektutnyttelse, bemerker innklagede at det i fartøyskjemaet er oppstilt krav om 80-85 % utnyttelsesgrad. I svar på spørsmål er det opplyst at utnyttelsesgraden skal være ca. 80-85 % ref. motorleverandørens anbefalinger. Innklagede anfører at det ikke kan legges til grunn at en omtrentlig angivelse skal anses som minstekrav. En eventuell beregning av en utnyttelsesgrad på 86,6 % kan heller ikke anses som noe avvik fra et omtrentlig krav, og i alle fall ikke et vesentlig avvik. I denne sammenheng vises til at motorleverandøren kan ha andre anbefalinger, som eventuelt vil måtte følges opp etter kontraktsinngåelse dersom kontroll viser at effektuttak ikke overholdes.

Tilbudsevalueringen

- (58) Innklagede bestrider at det var feil å evaluere klagers tilbud basert på tre manns besetning. Klager innga et tilbud med to manns besetning, men da det var uklart hvorvidt dette lot seg gjøre var det samtidig tatt forbehold om at besetningen kunne økes til tre. Innklagede anså det som sannsynlig at klagers forbehold om tre manns besetning ville komme til anvendelse og la derfor dette til grunn ved evalueringen. I brev av 25. mai 2011 opplyser klager at forholdet er avklart og at tilbudet kan legges til grunn med to manns besetning. Innklagede kunne imidlertid ikke vektlegge disse opplysningene da de først ble kjent etter tilbudsfristens utløp. En forutsetning for å avklare er at avklaringen ikke endrer innholdet i tilbudet, jf. forskriften § 21-1. En avklaring i dette tilfellet vil ha betydning for hvilken pris som skal legges til grunn for evalueringen av klagers tilbud. Innklagede påpeker at avklaringsadgangen med hensyn til pris er meget snever, jf. Rt. 2003 s.1531 (Veidekke). Denne saken er noe annerledes enn saken i Rt. 2003 s.1531, da det gjelder en avklaring av hvilke to i tilbudet inngitte priser som skal legges til grunn for evalueringen. Dette kan imidlertid ikke være avgjørende. Klager har ved å inngi to alternative priser mulighet til å spekulere i hvilken pris som skal legges til grunn, dersom det gis anledning til å avklare i ettertid. Dette vil kunne påvirke konkurranseforholdet mellom tilbyderne og avklaring må derfor anses avskåret. Det hører derfor innenfor innklagedes skjønn å vurdere betydningen av forbeholdet og prissette dette. I dette tilfellet kan innklagede således ikke ta hensyn til supplerende informasjon fra klager innsendt etter tilbudsfristens utløp.

Kravet til likebehandling

- (59) Innklagede bestrider at det utgjør et brudd på kravet til likebehandling å vurdere forbeholdet til klager annerledes enn forbeholdet til valgte leverandør. Dette fordi forbeholdet til valgte leverandør ikke er egnet til å gi tilbyderen mulighet til taktisk prising, men derimot går på tilgjengeligheten av tilbudt fartøy. Der tilbyder ikke er i besittelse av fartøyet selv, vil dette sjelden være avklart før tildelingsbeslutningen foreligger. Klagers forbehold gir imidlertid selskapet mulighet til å spekulere i om de vil oppfylle med to eller tre manns besetning etter at prisene til konkurrentene er blitt kjent

Klagenemndas vurdering:

- (60) Klager har deltatt i konkurransen, og har saklig klageinteresse, jf. forskrift om Klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er også rettidig. Anskaffelsen gjelder transport på vannvei som er en uprioritert tjeneste, jf. forskriften vedlegg 6, kategori 19 og følger etter sin opplyste verdi 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).
- (61) Klager har anført at klagers selskap skulle vært tildelt kontrakten. Som grunnlag for sin påstand har klager anført en rekke grunnlag knyttet til brudd på regelverket om offentlige anskaffelser.

Hvorvidt det foreligger plikt til å avvise valgte leverandørs tilbud

- (62) I henhold til forskriften § 11-11 (1) bokstav d har oppdragsgiver plikt til å avvise et tilbud når *"det inneholder vesentlige forbehold mot kontraktsvilkårene."* Bestemmelsen er et utslag av likebehandlingsprinsippet. Vesentlige forbehold kan gi leverandøren en konkurransefordel, og medføre at tilbudene blir vanskelig å sammenligne, jf. Fornyings og administrasjondepartementets *"Veileder til reglene om offentlige anskaffelser"* 2006 side 164.
- (63) Lov og forskrift om offentlige anskaffelser inneholder ingen definisjon av hva som menes med *"forbehold"* i regelverkets forstand. Ordlyden i § 11-11(1) bokstav d trekker i retning av at det må foreligge en reservasjon mot de konkrete kontraktsvilkårene slik de er presentert i konkurransegrunnlaget. Dette støttes av lagmannsrettens avgjørelse i LH-2009-4591, sml. også EF- domstolens avgjørelse C-234/89 (Storebælt), hvor det fremgår at det først dreier seg om et forbehold hvor det foreligger en uoverensstemmelse mellom tilbudet og kontraktsvilkårene presentert i konkurransegrunnlaget. Forståelsen støttes også av M Goller *"Vesentlige avvik og forbehold"* Tff 2011, hvor det heter på side 99 i artikkelen at *"Vurderingstemaet for om det foreligger et forbehold er [...] hvorvidt oppdragsgiver, hvis det inngås kontrakt med den aktuelle tilbyder, kan kreve utførelse i samsvar med det opprinnelige kontraktsforslaget eller ikke"*.
- (64) I forskriften § 11-11 (2) bokstav d fremgår at oppdragsgiver har rett til å avvise et tilbud dersom *"tilbudet ikke er signert, eller på grunn av andre forbehold ikke kan anses bindende"*. Bestemmelsen regulerer etter sin ordlyd både formfeil og forbehold som innebærer at tilbudet som sådant ikke er bindende. Slik nemnda ser det, tilsier sammenhengen mellom de to bestemmelsene at det må være tatt forbehold mot konkrete kontraktsvilkår for å statuere avvisningsplikt i medhold av forskriften § 11-11 (1) bokstav d. Forbehold som kan resultere i at tilbudet ikke kan anses som bindende gir etter ordlyden bare rett, men ingen plikt til avvisning.
- (65) Av valgte leverandørs tilbud fremgikk det som referert ovenfor under (13) at

"Tilbudet er gitt på forutsetning av kjøp av M/F Vetlefjord ID 0902.0025, til maks pris 2,5 mill Euro, som indikert av megler i den vedlagte annonsen. Ved eventuell aksept av dette tilbudet vil Tilbyder straks sørge for å få avklart kjøpet av M/F Vetlefjord. Tilbyder vil umiddelbart etter avklaring foreligge informere Oppdragsgiver."

- (66) Etter klagenemndas syn knytter forbeholdet seg til tilbudet på en slik måte at dette ikke kan anses som et rettslig dispositivt tilbud. Valgte leverandør påtar seg bare å levere tjenesten dersom han velger å gjennomføre et kjøp av "Vetlefjord" og med en særlig forutsetning om pristak. Tilbudet kan kanskje tolkes som en forpliktelse til å arbeide for å kjøpe fartøyet, men uttrykker etter ordlyden bare at tjenesten utføres hvis – og bare hvis – man bestemmer seg for å kjøpe. Spørsmålet er da om et slikt tilbud overhodet er egnet til deltagelse i en anbudskonkurranse.
- (67) Forskriften § 11-11 (2) d kan leses dit hen at oppdragsgiver står fritt i spørsmålet om avvisning – jf. at hele bestemmelsens annet ledd handler om "kan"-regler som grunnlag for avvisning. Nemnda stiller seg sterkt tvilende til om forskriften kan tas på ordet her. Ganske visst er et ikke-bindende tilbud ikke uttrykkelig nevnt som et avvisningsalternativ i første ledd. Til nød kunne man se første ledds bokstav f som hjemmel for å avvise et mangelfullt tilbud som – når det ikke er rettslig bindende – vanskelig kan sammenlignes med øvrige tilbud i konkurransen. Klager har anført at uklarheten knyttet til hvorvidt valgte leverandør ville få rådighet over M/F Vetlefjord medførte tvil om hvordan tilbudet skulle sammenlignes med de øvrige tilbudene, og at tilbudet derfor skulle ha vært avvist allerede etter forskriften § 11-11 (1) bokstav f. Det kan også reises spørsmål ved om et tilbud med et så omfattende forbehold mot oppdragsgivers kjøpsforutsetning medfører at forskriften § 11-11 (1) d (om vesentlige avvik fra kontraktsvilkårene) vil slå inn. Men det står fast at ordlyden i § 11-11 (2) d stenger for begge disse tolkningsalternativene.
- (68) Forutsetningen i valgte leverandørs tilbud innebærer ikke en konkurransefordel fremfor øvrige tilbydere. Valgte leverandørs forbehold gjelder etter klagenemndas oppfatning verken kravspesifikasjoner eller konkrete kontraktsvilkår i konkurransegrunnlaget, men må betraktes som et forbehold som kan resultere i at tilbudet som sådan ikke blir bindende, i og med at valgte leverandør kun anser seg som bundet dersom kjøpet av M/F "Vetlefjord" blir gjennomført.
- (69) Nemnda vil se det slik at det er en underliggende klar forutsetning i regelverket om offentlige anskaffelser at en konkurranse bare kan gjennomføres i forhold til tilbud som ved tilbudsbehandlingen er rettslig virksomt bindende. Nemnda anser det som lite tvilsomt at EU direktiv 2004/18 ved definisjonen av begrepet "tenderer" i artikkel 1 nr. 8 sitert:

"An economic operator who has submitted a tender shall be designed a "tenderer" "

forutsetter et avtalerettslig bindende tilbud, jf. for øvrig forutsetningen i forskriften § 11-2 om "Tilbudets utforming" og særlig § 11-5 (1) om skjæringspunktet for tilbakekall av tilbud. Bestemmelsene som bygger på grunnleggende regler i avtaleloven § 7 om tilbakekall av tilbudsvirkning før tilbudet kommer til adressatens kunnskap (ved offentlige anskaffelser justert ved forskriftens særlige fristregel). "Tilbud" etter regelverket om offentlige anskaffelser må derfor leses i sammenheng med overordnede regler om avtaleinngåelse ved utveksling av tilbud og aksept (etter regelverket tildeling etterfulgt av formalisering etter forskriften § 13-3).

- (70) Spørsmålet om hvordan forskriften § 11-11 (2) d skal forstås er mangelfullt belyst ved forberedelsen av forskriften 2006. Den tidligere forskrift av 2001 begrenset seg til det første alternativ om manglende underskrift. I FAD Veileder 2006 er bestemmelsen omhandlet slik (pkt 13.3 s. 169):

”Ikke signert eller av andre grunner ikke anses bindende

Tilbud som ikke er signert, eller av andre grunner ikke anses bindende, kan avvises, jf. §§ 11-11 annet ledd bokstav d og 20-13 annet ledd bokstav d. Oppdragsgiver har derfor ikke en plikt til å avvise et tilbud uten underskrift, men kan vurdere om tilbudet skal avvises, forutsatt at de grunnleggende kravene om likebehandling mv. ivaretas. Bestemmelsen må sees i sammenheng med bestemmelsene om adgang til retting av feil.”

Det synes ved dette forutsatt at ikke signert men etter sammenhengen allikevel bindende tilbud kan rettes etter forskriften § 12-1 (3) (”åpenbare feil i tilbudet”). I Amdal og Roll-Mathiesen Kommentar (2004) heter det i tilknytning til forløperen for dagens regel dagjeldende (2001) § 8-5 (3):

”Dersom tilbudet ikke er undertegnet, har oppdragsgiver rett, men ikke plikt, til å avvise tilbudet, jf. 8-10 (2) bokstav e. Avhengig av de konkrete omstendigheter kan det tenkes at et tilbud uten undertegning ikke kan anses bindende, det vil si løftevirkning i avtalerettslig forstand. Et tilbud som ikke er bindende kan anses som ikke avgitt. Da må tilbyder i ettertid avgi et skriftlig utsagn med løftevirkning, men dette vil da skje etter at tilbudsfristen er løpt ut. Det vil si at det objektivt sett foreligger et for sent innkommet tilbud. Slike tilbud skal avvises i henhold til (dagjeldende § 8-10 (1) bokstav a).”

Nemnda har ikke holdepunkt for å anta at departementet har ment å innskrenke den avvisningsadgang som her er forutsatt.

- (71) Etter dette mener nemnda at oppdragsgiver har plikt til å avvise tilbud med så omfattende forbehold at tilbudet ikke kan anses som avtalerettslig rettsoperativt. Klager gis medhold i at tilbudet fra valgte leverandør skulle vært avvist.
- (72) Forskriften har ingen regel om at bare bindende tilbud kan vurderes ved anbudskonkurranse, men avvisning synes etter det ovenstående åpenbart forutsatt i § 11-2 sammenholdt med § 11-11 (1) bokstav a. Nemnda finner det da naturlig å anse tildelingen til valgte leverandør som et brudd på disse bestemmelsene.

Tildelingsevalueringen av klagers tilbud

- (73) Spørsmålet er om oppdragsgiver ved evalueringen av klagers tilbud skulle ha vektlagt de etterfølgende opplysningene om at det var to manns besetning klager tilbydde.
- (74) Klagenemnda bemerker innledningsvis at oppdragsgiver ved evalueringen av tilbudene utøver et vidt innkjøpsfaglig skjønn. Hensett til oppdragsgivers vide skjønn er klagenemndas prøvingsadgang begrenset. Klagenemnda kan bare overprøve skjønnsutøvelsen dersom det foreligger formelle regelbrudd, dersom oppdragsgiver har brutt de grunnleggende kravene i loven § 5, dersom oppdragsgiver har lagt feil faktum til grunn, eller dersom skjønnsutøvelsen er usaklig, sterkt urimelig eller vilkårlig
- (75) Når det gjelder adgang til avklaring er hovedregelen i henhold til forskriften § 12-1 (1) at det ved åpen og begrenset anbudskonkurranse *”ikke [er] 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.”* I følge forskriften § 12-1 (2) bokstav a er det imidlertid adgang for oppdragsgiver *”å innhente nærmere opplysninger hos leverandørene for å få klarlagt uklarheter og ufullstendigheter i tilbudene. Avklaring skal unnlates dersom*

uklarhetene og ufullstendighetene er slike at tilbudene skal avvises i henhold til § 20-13 (avvisning på grunn av forhold ved tilbudet)."

- (76) I FADs veileder 2006 uttales det på s. 150 følgende om grensen mellom avklaringsadgangen og avvisningsplikten:
- (77) *"Oppdragsgiver har en viss adgang til å ta kontakt med leverandøren for å få klarlagt uklarheter og ufullstendigheter i tilbudene. Det er imidlertid kun adgang til å foreta avklaringer dersom det ikke er forhold ved tilbudet som gjør at oppdragsgiver plikter å avvise det. Dette vil særlig gjelde tilbud der det grunnet uklarheter og lignende er tvil om hvordan tilbudet skal bedømmes i forhold til de øvrige tilbudene. Det er derfor kun uklarheter som knytter seg til ikke-vesentlige forhold som kan avklares, i motsatt fall foreligger en avvisningsplikt. Dette innebærer at oppdragsgiver ikke har adgang til en avklaring som påvirker rangeringen av tilbudene, se omtale av KOFA sak 2003/35 nedenfor."*
- (78) I juridisk teori er det tatt til orde for at en praktisering i samsvar med ordlyden i forskriften § 21-1 (2) bokstav a er svært streng i tilfeller der oppdragsgiver er i tvil om et avvik er vesentlig, men mener at dette sannsynligvis ikke er tilfelle, jf. Goller *"Vesentlige avvik og forbehold"* Tff 2011 s. 125. Synspunktet synes å ha støtte i enkelte avgjørelser fra EU-domstolen, hvor det for visse tilfeller også oppstilles en avklaringsplikt. I sak T-195/08 heter det at oppdragsgiver har plikt til å avklare en uklarhet når omstendigheter i saken, som oppdragsgiver har kjennskap til, *"viser, at tvetydigheten sandsynligvis kan forklares på en enkel måte og nemnt kan fjernes."* I denne saken var det foretatt en avklaring og domstolen tok derfor ikke stilling til betydningen av uklarheten dersom denne ikke hadde blitt avklart. Normen er således kun knyttet opp mot uklarhetens karakter. Tilsvarende synspunkter fremkommer i sak T-63/06.
- (79) Klager har i sitt tilbud presisert at det er lagt til grunn to manns besetning. På tilbudstidspunktet var det imidlertid uklart om dette var gjennomførbart på den aktuelle typen fartøy, og klager hadde derfor tatt forbehold om tre manns besetning. Det forelå således en uklarhet i tilbudet som hadde betydning for totalprisen og derav også for rangeringen av klagers tilbud. Det var imidlertid opplyst i tilbudet at besetningsantallet mest sannsynlig kunne avklares før kontraktsinngåelse, og det var inntatt en egen pris for det tilfellet at klager måtte oppfylle med tre manns besetning. Premissene i tilbudet var således lagt på en slik måte at det var klart hva som var tilbudt dersom det innen tilbudsfristen kom til en avklaring angående besetning. Avklaring var avhengig av en ytre objektiv begivenhet, bekreftelse, eventuelt avkreftelse fra Sjøfartsdirektoratet om at to manns besetning kunne benyttes på denne typen fartøy. Ettersom prisen var fastlagt i tilbudet for begge alternativer hadde klager på denne bakgrunn ingen adgang til å spekulere. Da det var to manns besetning som var lagt til grunn i tilbudet kan klagenemnda ikke se at avklaringen som kom to uker før tilbudsfristen endret klagers tilbud.
- (80) Når innklagede først fikk seg forelagt opplysningene om at tilbudet lot seg gjennomføre ved bruk av to manns besetning slik det var lagt til grunn i tilbudet, har klagenemnda, i lys av det som er uttalt over, vanskelig for å se at innklagede kunne se bort fra disse opplysningene ved evalueringen. Etter klagenemndas oppfatning har innklagede følgelig med urette lagt til grunn tre manns besetning ved evalueringen av klagers tilbud. Tilbudet kunne og skulle vært rettet etter klagers innmelding. Dette utgjør et

brudd på loven § 5 siden innklagede dermed har lagt til grunn feil faktum i evalueringen av klagers tilbud.

- (81) På bakgrunn av resultatet nemnda har kommet til over finner nemnda ikke grunn til å ta stilling til klagers øvrige anførsler.
- (82) Nemnda skal ikke uttale seg om virkningene av de påviste regelbrudd, jf. klagenemndsforordningen § 12.

Konklusjon:

Nordland fylkeskommune har brutt forordningen § 11-11 (1) bokstav a, jf. § 11-2 ved ikke å avvise valgte leverandørs tilbud.

Nordland fylkeskommune har brutt loven § 5 ved å legge til grunn feil faktum ved evalueringen av klagers tilbud.

Klagers øvrige anførsler ble ikke behandlet.

Bergen, 31. oktober 2011
For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,

Kai Krüger