



**Klagenemnda
for offentlige anskaffelser**

Innklagede har gjennomført en åpen anbudskonkurranse for anskaffelse av bygge- og anleggsarbeider på kommunal vei og terrengplanering på Buskerud gård. Klagenemnda fant at innklagede ikke hadde brutt regelverket ved å avvise tilbudet fra klager fordi dette inneholdt et forbehold som kunne medføre tvil om hvordan tilbudet skulle bedømmes i forhold til de øvrige tilbudene, jf. forskriften § 11-11 (1) bokstav f.

Klagenemndas avgjørelse 13. mai 2014 i sak 2012/112

Klager: Senter-Bygg Entreprenør AS

Innklaget: Buskerud fylkeskommune

Klagenemndas medlemmer: Tone Kleven, Kai Krüger, Georg Fredrik Rieber-Mohn

Saken gjelder: Forbehold, avvisning av tilbud.

Bakgrunn:

- (1) Buskerud fylkeskommune (heretter innklagede) kunngjorde 5. mars 2012 en åpen anbudskonkurranse for anskaffelse av bygge- og anleggsarbeider på kommunal vei og terrengplanering på Buskerud gård. Det er i tilsvaret fra innklagede opplyst at anskaffelsens verdi var anslått til 10 millioner kroner. Tilbudsfrist var i kunngjøringen punkt IV.3.4 angitt til 22. mars 2012.
- (2) I konkurransegrunnlaget punkt 1.4 "*Kvalifikasjonskrav og tildelingskriterier*" var det oppstilt to tildelingskriterier: "*Pris*" og "*Byggetid*". Tildelingskriteriet pris skulle dokumenteres med utfylt tilbudsskjema, og opplysninger om eventuelle forbehold, avvik eller alternative løsninger i tilbudsbrevet. Tildelingskriteriet byggetid skulle dokumenteres på følgende måte:

"Tilbyder fremdriftsplan. Planen skal vise tilbudt byggetid, dvs. oppstart og ferdigstillestidspunkt. Planen skal vise alle hovedaktiviteter og sentrale milepæler. Planen skal vise at tilbudt byggetid er gjennomtenkt og faktisk lar seg gjennomføre."
- (3) I konkurransegrunnlaget punkt 2 var det inntatt et anbudsskjema, som tilbyderne skulle fylle ut. I punkt 2.9 "*Forbehold*" skulle tilbyderne krysse av enten på alternativet "*Det tas INGEN forbehold*" eller alternativet "*Forbehold er angitt i anbudsbrev datert Og det er totalt ... stk. forbehold*"
- (4) Av konkurransegrunnlaget punkt 7.1 "*Generelle anskaffelsesregler*" fremgikk det at NS 8405 skulle gjelde som kontraktbetingelser med endringer og tilføyelser som angitt i kapittel 8.1. Videre fremgikk følgende:

"Som en del av anbudet skal det medfølge et forpliktende signert og datert Anbudsbrev. Brevet skal inneholde anbudssum og eventuelle leveringstider, forbehold, fremdrift mv. Samtlige forbehold skal beskrives i anbudsbrevet, og være formulert på en slik måte at deres økonomiske konsekvenser kan vurderes ved anbudsbedommelsen, selv om de også fremgår og/eller er avmerket i andre dokumenter. Forbehold og anmerkninger som anbyder gjør i tekst eller mengdeoppstilling uten å omtale disse konkret i anbudsbrevet, anses som ugyldige."

- (5) Partene har opplyst at i NS 8405 fremkommer følgende i punkt 24.3:

"Partene har krav på fristforlengelse dersom fremdriften av deres forpliktelser hindres av forhold utenfor deres kontroll, så som ekstraordinære værforhold, offentlige påbud og forbud, streik, lockout og overenskomstbestemmelser."

- (6) Senter-Bygg Entreprenør AS (heretter klager) var blant tilbyderne som leverte tilbud innen tilbudsfristen 22. mars 2012. I klagers tilbudsbrev stod det på side en, sammen med klagers forbehold, at "[v]i har forutsatt at kommunal vei ikke har aksellastrestriksjoner i anleggsperioden". Det fremgikk ikke noe om hva konsekvensene ville bli for pris eller leveringstid dersom det ble innført aksellastrestriksjoner.
- (7) Innklagede sendte et brev til klager 2. april 2012, og informerte om at klagers tilbud var avvist fra konkurransen med den begrunnelse at innklagede ikke kunne vurdere priskonsekvensen av klagers forbehold mot "telerestriksjoner".
- (8) Klager sendte en klage på avvisningsbeslutningen i brev datert 20. april 2012, hvor det ble påpekt at det var i strid med regelverket å avvise klagers tilbud fra konkurransen, ettersom klagers forutsetning om aksellast ikke utgjorde et forbehold. Innklagede svarte i brev datert 26. april, og tok ikke klagen til følge.
- (9) Saken ble brakt inn for klagenemnda 30. april 2012. Innklagede har opplyst at kontrakt med valgte leverandør er inngått.
- (10) Nemndsmøte i saken ble avholdt 12. mai 2014.

Anførsler:

Klagers anførsler:

- (11) Klager anfører at innklagede har brutt regelverket ved å avvise tilbudet fra klager med hjemmel i forskriften § 11-11 (1) bokstav f, selv om klagers tilbud ikke inneholdt et forbehold. Klager forutsatte i sitt tilbud at den kommunale veien ikke hadde aksellastrestriksjoner i anleggsperioden. I NS 8405 fremgår det at partene har krav på fristforlengelse dersom fremdriften hindres av noe utenfor partenes kontroll. Når det gjelder restriksjoner på kommunal vei, er dette noe som ligger utenfor partenes kontroll. Slike restriksjoner er derfor ikke leverandørens risiko i utgangspunktet, og forbeholdet medfører ingen forskyving av risikoen mellom partene. Det er da heller ikke et forbehold, og avvisningen er i strid med forskriften § 11-11 (1) bokstav f.

Innklagedes anførsler:

- (12) Innklagede bestrider at det var i strid med regelverket å avvise klagers tilbud. Det er ikke naturlig å forstå klagers forbehold slik at det kun er et forbehold om fristforlengelse i henhold til bestemmelsene i NS 8405. Forbeholdet er så vidt formulert at det medfører en

risiko for andre økonomiske konsekvenser for innklagede. Slik forbeholdet var formulert var det heller ikke mulig å foreta en skjønnsmessig prising av forbeholdet.

Klagenemndas vurdering:

- (13) Klager har deltatt i konkurransen, og har saklig klageinteresse, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Konkurransen gjelder bygge- og anleggsarbeider på kommunal vei og terrengplanering på Buskerud gård. Innklagede har opplyst at anskaffelsens verdi var estimert til kroner 10 millioner. I tillegg til lov om offentlige anskaffelser følger anskaffelsen etter sin art og verdi forskrift om offentlige anskaffelser av 7. april 2006 nr. 402 del I og II, jf. forskriften §§ 2-1 og 2-2.
- (14) Klager anfører at innklagede har brutt regelverket ved å avvise tilbudet fra klager med hjemmel i forskriften § 11-11 (1) bokstav f, ettersom klagers forutsetning knyttet til aksellastrestriksjoner ikke var et forbehold.
- (15) Forskriften § 11-11 (1) bokstav f angir at et tilbud skal avvises dersom *"det på grunn av avvik, forbehold, feil, ufullstendigheter, uklarheter eller lignende i en anbudskonkurranse kan medføre tvil om hvordan tilbudet skal bedømmes i forhold til de øvrige tilbudene"*.
- (16) Ved vurderingen av om innklagede hadde plikt til å avvise klagers tilbud etter denne bestemmelsen, må klagenemnda først ta stilling til om klagers forutsetning om at det ikke ble innført aksellastrestriksjoner var et forbehold.
- (17) Klager har vist til at kommunale restriksjoner på veien er noe som ligger utenfor klagers kontroll, og at klager derfor etter bestemmelsen i NS 8405 punkt 24.3 ville ha rett til fristforlengelse i slike tilfeller. Klagers forutsetning om at det ikke var aksellastrestriksjoner på veien innebar derfor etter klagers oppfatning ikke annet enn det som alt følger av bestemmelsen i NS 8405.
- (18) For at et forhold skal gi rett til fristforlengelse etter bestemmelsen i NS 8405 punkt 24.3 er det for det første et vilkår at fremdriften av forpliktelsen *"hindres"* av dette forholdet. For det andre må dette hinderet være utenfor partenes kontroll. Aksellastrestriksjoner innebærer at det settes en grense for hvor stor aksellast som tillates på en vei. Dette kan enten være total stenging av veien, eller mindre begrensninger. Slike restriksjoner er midlertidige og kan gis dersom *"forhold på vegen eller i dens omgivelser, arbeid på vegen eller vegens tilstand tilsier det"* jf. vegtrafikkloven § 7. Etter hva klagenemnda forstår, er det relativt vanlig at det innføres slike midlertidige aksellastrestriksjoner for å bevare veien, ved for eksempel under teleløsning om våren. Klagenemnda antar at aksellastrestriksjoner i enkelte tilfeller kan være en slik hindring, som er utenfor partenes kontroll, og dermed gir rett til fristutsettelse. I andre tilfeller vil en slik restriksjon kunne håndteres ved å benytte andre kjøretøy/laste lettere eller lignende. Det kan heller ikke utelukkes at slike restriksjoner er forutberegnelige for tilbyderne i en slik grad at tilbyderne må ta høyde for dem ved utformingen av sine tilbud.
- (19) Klagers forutsetning er svært generelt utformet, slik at enhver aksellastrestriksjon omfattes, også der restriksjonen var høyst forutberegnelig, eller vil ha liten/ingen betydning for fremdriften. Videre sier ikke forutsetningen noe om hvilke konsekvenser slike restriksjoner vil få. Det mest nærliggende er likevel at arbeidene vil kunne bli dyrere eller forsinket. Klagers forutsetning innebærer, etter en normal språklig forståelse, at oppdragsgiver ikke kan kreve kontrakten gjennomført til avtalt ferdigstillestid eller pris, dersom det innføres aksellastrestriksjoner. Dette går lengre enn den retten til

fristforlengelse som følger av NS 8405 punkt 24.3. Punktet gir ikke rett til pristillegg, jf. her NS 8405 pkt. 25.2 om tillegg ved hindringer som byggherren har risikoen for og som derfor går lenger enn henvisningen til pkt. 24.3. Pkt. 25.2 er ikke anført av klager, og det fremgår ikke om adkomstveien i saken kan anses som en byggherrehindring. Innklagede har korrekt påpekt at forbeholdet er så vidt formulert at det medfører risiko for andre økonomiske konsekvenser enn fristutsettelse. Klagers forutsetning om at det ikke innføres aksellastrestriksjoner utgjør dermed et forbehold om både fristforlengelse og pristillegg.

- (20) Spørsmålet blir dermed om forbeholdet kan medføre tvil om hvordan tilbudet skal bedømmes i forhold til de øvrige tilbudene.
- (21) Klagenemnda har i sin tidligere praksis uttalt at det skal være en lav terskel for når en mangel ved et tilbud *"kan medføre tvil"* om hvordan tilbudet skal bedømmes i forhold til de øvrige tilbudene, jf. klagenemndas saker 2008/202 premiss (30) og 2009/281 premiss (21). Dette er en konsekvens av forhandlingsforbudet ved anbudskonkurranser, og av at det er leverandøren som har ansvaret for å utforme tilbudet korrekt. Når det gjelder vilkåret om bedømmelsestvil *"i forhold til de øvrige tilbudene"*, er det i klagenemndas praksis slått fast at det *"kun foreligger en avvisningsplikt i de tilfeller der tvilen kan ha hatt betydning for tilbudets rangering blant de andre tilbudene"*, jf. klagenemndas saker 2009/281 premiss (22) og 2010/94 premiss (25). Vilkaåret er altså at det må foreligge relativ bedømmelsestvil. Det er derfor ikke nok at det er usikkert hvordan et avvik, forbehold eller lignende skal prises; denne usikkerheten må i tillegg medføre tvil om hvordan tilbudet skal rangeres i forhold til de øvrige tilbudene. Oppdragsgiver har i utgangspunktet en plikt til å forsøke å prissette avvik, forbehold, eller lignende, jf. klagenemndas sak 2009/281 premiss (22), noe som er et utslag av den generelle bestemmelsen i loven § 1 om å *"sikre mest mulig effektiv ressursbruk"*. Såfremt det ikke er tale om et vesentlig avvik eller forbehold, ville det harmonere dårlig med lovens formål om det skulle foreligge en plikt til å avvise et tilbud som for eksempel utvilsomt er det økonomisk mest fordelaktige.
- (22) Det avgjørende for om klagers tilbud er rettmessig avvist, blir dermed om klagers forbehold knyttet til aksellastrestriksjoner kunne prises på en slik måte at det ikke kunne medføre tvil om hvordan tilbudet skulle rangeres i forhold til de øvrige tilbudene.
- (23) Innklagede har opplyst at klagers forbehold ble bedømt slik at det ikke kunne prises. Takseringen av forbehold og avvik er underlagt innklagedes skjønn, og kan bare i begrenset grad overprøves av klagenemnda. Klagers forbehold var utformet generelt og uten at det klart fremkom hva konsekvensen av forbeholdet kunne bli. Basert på dette er det vanskelig å se hvordan innklagede kunne prise forbeholdet i klagers tilbud på en forsvarlig måte. Klagenemnda finner ikke grunnlag for å underkjenne innklagedes konklusjon om at klagers forbehold knyttet til aksellastrestriksjoner ikke var mulig å prissette i en slik grad at tilbudene kunne sammenlignes.
- (24) Klagers tilbud var ikke sammenlignbart med de øvrige tilbudene, og avvisningen var dermed berettiget med hjemmel i forskriften § 11-11 (1) bokstav f.

Konklusjon:

Buskerud fylkeskommune har ikke brutt regelverket for offentlige anskaffelser.

Bergen, 13. mai 2014

For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,

Kai Krüger