



Klagenemnda
for offentlige anskaffelser

Innklagede gjennomførte en konkurranse med forhandling for anskaffelse av totalentreprise for fjellboring for avløp og rehabilitering av vann- og avløpsanlegg. Klagenemnda fant at innklagede ikke hadde brutt regelverket ved ikke å avvise valgte leverandør etter forskriften § 11-11 (1) bokstav d, e og (2) bokstav b.

Klagenemndas avgjørelse 25. august 2014 i sak 2013/11

Klager: Norwegian Pipeline Drilling AS

Innklaget: Vestfjorden Avløpsselskap (VEAS)

Klagenemndas medlemmer: Arve Rosvold Alver, Siri Teigum og Andreas Wahl

Saken gjelder: Avvisning av tilbud.

Bakgrunn:

- (1) Vestfjorden Avløpsselskap (VEAS) (heretter innklagede) kunngjorde 20. april 2014 en konkurranse med forhandling i ett trinn for anskaffelse av totalentreprise for fjellboring for avløp og rehabilitering av vann- og avløpsanlegg. Anskaffelsens verdi var i anskaffelsesprotokollen angitt til 8,5 millioner kroner eks. mva. Tilbudsfristen var i kunngjøringen punkt IV.3.4 satt til 21. mai 2012.
- (2) Det fremgikk av kunngjøringens II.1.5 at innklagede planla å legge ned avløpsspumpestasjonen som pumpet kloakk fra Røyken til Asker til fordel for en ny selvfallsledning lagt i grøft frem til fjellet. Det var derfor behov for å bore i fjellet og å rehabilitere vann- og avløpsanlegget.
- (3) I kunngjøringen punkt II.1.9 fremkom det at innklagede ikke ville ta i betraktning alternative tilbud.
- (4) I tilbudsinnbydelsen til konkurransegrunnlaget ble det informert om at det ville bli holdt tilbudsbehandling 2. mai 2012.
- (5) Det ble vedlagt et prisskjema i konkurransegrunnlagets tilbudssammendrag hvor det blant annet fremgikk at post 5.9.6 "Injeksjon" skulle prises som "RS".
- (6) Det fremkom av konkurransegrunnlagets punkt 3.4 at kontrakt ville bli tildelt etter hvem som hadde det økonomisk mest fordelaktige tilbudet basert på tildelingskriteriene "pris" (80%) og "kompetanse, referanser og erfaring, HMS og miljø" (20%). I konkurransegrunnlaget punkt 3.1.4 het det at det var:

"[...] anledning til å gi tilbud på alternative løsninger, i tillegg til de beskrevne løsninger. Alternative løsninger må i tilfelle tilbys som komplett utførelse i eget tilbudssammendrag i tilbudsbrevet e.l."

- (7) Det ble utarbeidet eget konkurransegrunnlag for anskaffelsen, hvor det under punkt 3.1.6 fremgikk:

"Tilbud som ikke er i samsvar med vilkårene i tilbudsdokumentene vil bli avvist."

- (8) I konkurransegrunnlagets punkt 3.3.1 fremkom det:

"Tilbudet skal som et minimum inneholde:

- Utfylt og underskrevet tilbudssammendrag, kap. 1 i denne forespørsel.*
- Utfylt prisskjema, papir og digitalt (Excel-format), levert på CD eller minnepenn*
- Opplysninger om tilbudt leveranse inklusive kataloger/utstyrsspesifikasjoner/tegninger som viser utførelsen.*
- Tilbyder skal følge tilbudsgrunnlagets øvrige krav til opplysninger, herunder dokumentasjon som er etterspurt for utvelgelse og tildeling, kfr. etterfølgende punkter.*

[...]

Ved innlevering av ufullstendige opplysninger, kan det bli aktuelt å avvise tilbudet."

- (9) Under punkt 4.1 i konkurransegrunnlaget fremkom det at kontrakten ville følge NS8407 med mindre annet var bestemt.

- (10) Det fremgikk videre følgende i kravspesifikasjonene punkt 5.9 *"Fjellboring for VA-ledning"*:

"På strekningen kum S6 til pkt S7, ca 120m, skal SP710 legges i borehull i fjell.

Totalentreprenøren vurderer selv hensiktsmessig utførelse, og beskriver dette i sitt tilbudsbrief eller eget vedlegg til tilbudet [...]

Postene for boringen skal til sammen omfatte alle kostnader for alle nødvendige arbeider og leveranser fram til ferdig boret hull klart for inntrekking med forberedende arbeider, all nødvendig rigg/drift og istandsetting.

Anbyderen skal beskrive utstyret som vil bli benyttet, og angi om de angitte toleranser kan overholdes, eller eventuelt komme med forslag til endringer i toleransekravene basert på utstyrets/metodenes nøyaktighet [...]

Anbyder skal gjøre rede for disponibelt boreutstyr og planer for gjennomføringen i anbudet.

Grunnlag

Det er ikke foretatt geologiske undersøkelser, og anbyder må befare og ta hensyn til de stedlige forhold i sitt anbud."

- (11) I kravspesifikasjonene punkt 5.9.2 *"Utmåling, posisjonskontroll"* het det at:

*"Toleranser fra prosjektert eller posisjon som avtales ved befaring før boring starter:
Endepunkt i CTU: Horisontal +1 m*

Vertikal + 0,5 m, - 1 m

Dersom borehullet treffer for lavt inne i CTU til at eksisterende grenrør kan benyttes, må entreprenøren på egen regning etablere nytt grenrør og nødvendig forlengelse av ny SP710 inkl grøft etc."

- (12) Fra kravspesifikasjonene 5.9.6 om "Injeksjon" hitsettes:

"Gjelder injeksjon av evt. svakhetssone i fjellet. [...] Kostnader med forbruk av injeksjonsmasse, stopp i boringen og plassering av packere og oppboring etter injeksjonen tas med her.

Byggherren avgjør om posten skal benyttes.

*a) Rigg og plassering av packere for injeksjon av hull dersom TV-inspeksjonen og evt. lekkasjemålinger viser at det er nødvendig. Inkl. stopptid, oppboring etc
b) Forbruk injeksjonsmasse"*

- (13) Det fulgte også følgende krav av kravspesifikasjonene 5.10.1:

"Det skal leveres og legges en SP710 PE100 SDR17 spillvannsledning fra KLO til tilkoblingspunkt til eksisterende grenrør på eksisterende SP360 inne i CTU.

[...]

Kravspesifikasjon ihht. NKF og NORVAR's VA-miljøblad nr. 11 der ikke annet er spesifisert i denne beskrivelse"

- (14) Innklagede mottok to tilbud innen den første tilbudsfristen, det ene fra Norwegian Pipeline Drilling AS (heretter klager) og det andre fra Oskar Tormod Wike AS (heretter valgte leverandør).

- (15) I klagers første tilbudsbrev, 19. mai 2012, ble "rigg" og "injeksjonsmasse" under punkt 5.9.6 a) og b) i prisskjemaet henholdsvis angitt en prissum med kroner 125 000 og 40 000, til sammen kroner 165 000.

- (16) I valgte leverandørs første tilbudsbrev 21. mai 2012 ble ikke enhetsprisene for de enkelte postene fylt ut i tilbudssammendraget, men det var angitt én totalsum. I prisskjemaet ble "injeksjonsmasse" under punkt 5.9.6 b) priset til kroner 29 pr kg med en anslått mengde på 1000 kg. Videre ble det vedlagt en fremdriftsplan for gjennomføring av prosjektet, men ingen nærmere beskrivelse av prosjektets utføring og utstyr som ville bli brukt. Videre var følgende presiseringer og forutsetninger dessuten inntatt i tilbudet:

"[...] I og med at dere har valgt å benytte NS8407 har vi valgt å prise jobben som totalprosjekt med følgende forutsetninger. Alle poster som står inkl. i tilbudsokumentet er medtatt i tilbudet [...] Hvis fjellkvaliteten er for dårlig, må det aktuelle området støpes ut og bores på nytt. Blir det behov for dette, utføres utstøping som regningsarbeid. Det er ikke tatt høyde for disse arbeidene i vedlagt fremdriftsplan.

Timepriser og injeksjonsmasser er ikke ført til sum, men avregnes etter forbruk.

[...]

Som alternativ til PE-rør kan vi tilby GRP-rør i borehull."

- (17) Det ble gjennomført forhandlinger med klager 19. juni 2012 og 4. juli 2012, og med valgte leverandør 22. juni 2012 og 6. juli 2012.
- (18) I innkalling til forhandlingsmøte 22. juni 2012 fremgikk det under punkt 7 "Eventuelt" at det ble lagt opp til å diskutere både GRP- og PE-rør. Fra møtereferatet med valgte leverandør hitsettes:

"6. Erfaring med GRP og eller PE rør?

Erfaring med begge typer rør. Normalt trekker OTW PE ledninger i mindre dimensjoner, mens det brukes GRP på større dimensjoner. Dette vurderes i forhold til tyngde på rør, og hvor langt ledningen skal trekkes.

7. Ingen alternative løsninger?

Forslag om bruk av GRP-rør i stedet for PE-rør (prisreduserende)"

- (19) I forhandlingsbrev fra innklagede til klager og valgte leverandør 9. juli 2012 ble det sendt forespørsel om reviderte tilbud med svarfrist 13. juli 2012. I brevet stod det følgende:

"7. Varerør

Nytt revidert tilbud vurderes ut i fra at en har mulighet til å bruke GRP-rør som varerør.

8. Rør type på spillvannsledning

Det er anledning til å velge GRP fremfor PE-ledning i borehull, men det stilles samme krav som i konkurransegrunnlaget til ledningsnettet."

- (20) Valgte leverandør og klager innleverte reviderte og endelige tilbud henholdsvis 10. juli 2012 med kroner 10 900 000, og 12. juli 2012 med kroner 11 919 000 uten opsjoner og regningsarbeider medregnet. I valgte leverandørs reviderte tilbud ble det vedlagt en liste over boremaskiner med tekniske beskrivelser samt revidert fremdriftsplan.
- (21) Tildelingsbeslutningen ble sendt ut 19. juli 2012. Her fremgikk det at opsjoner og regningsarbeid kom i tillegg til tilbudsprisen. Opsjonene og regningsarbeidene ble beregnet til kroner 747 900 og 2 116 000 for henholdsvis valgte leverandør og klager.
- (22) Klager sendte en klage på tildelingsbeslutningen 29. juli 2012. Det ble her anført at valgte leverandør skulle ha vært avvist på grunn av forhold ved tilbudet etter forskriften §§ 11-11. Innklagede svarte i brev av 30. juli 2012, og tok ikke klagen til følge. Kontrakt med valgte leverandør ble signert 31. juli 2012.
- (23) Saken ble brakt inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser 31. januar 2013.
- (24) Nemndsmøte i saken ble avholdt 25. august 2014.

Anførsler:

Klagers anførsler:

Avvisning av tilbud

- (25) Innklagede har brutt forskriften § 11-11 bokstav d og e samt oppdragsgivers egen avvisningsregel, ved ikke å avvise valgte leverandør. Valgte leverandørs tilbud inneholder et vesentlig avvik og skal avvises etter forskriften § 11-11 (1) bokstav e ettersom kravene til beskrivelse av utførelse og utstyr etter kravspesifikasjonenes punkt 5.9 ikke er oppfylt. Innklagede har i konkurransegrunnlaget angitt et strengere krav for utfylling av tilbud enn reglene i forskriften, og har angitt hva tilbudet minimum skal inneholde. Tilbud som ikke er i samsvar med minimumskravene, skal avvises.
- (26) Valgte leverandørs tilbud oppfyller ikke konkurransegrunnlagets krav til utfylling av prisskjema. Dette medfører avvisningsplikt etter oppdragsgivers egen avvisningsregel, og utgjør for øvrig et vesentlig forbehold etter forskriften § 11-11 (1) bokstav d.
- (27) Valgte leverandør skulle vært avvist etter forskriften § 11-11 (1) bokstav d som en følge av et vesentlig forbehold mot dårlig fjellkvalitet.
- (28) Subsidiært skulle valgte leverandør vært avvist etter forskriften § 11-11 (2) bokstav d som en følge av at det foreligger tvil om hvordan valgte leverandørs tilbud skal bedømmes i forhold til øvrige tilbud.

Innklagedes anførsler:

Avvisning av tilbud

- (29) Innklagede hadde ikke plikt til å avvise valgte leverandørs tilbud.
- (30) Det foreligger ikke et vesentlig avvik fra kravspesifikasjonene som medfører avvisningsplikt etter forskriften § 11-11 (1) bokstav e. Manglende dokumentasjon i valgte leverandørs opprinnelige tilbud ble vedlagt revidert tilbud etter forhandlinger.
- (31) Det foreligger ikke avvisningsplikt eller vesentlig forbehold som en følge av at enkeltposter i prisskjema ikke er utfylt. Dette skal anses som ufullstendigheter etter forskriften § 11-11 (2) bokstav b som kan avklares gjennom forhandlinger. Ved bygge- og anleggsarbeider skal poster som ikke er priset anses innkalkulert i andre poster, jf. forskriften § 12-2. Punkt 3.1.6 i konkurransegrunnlaget medfører ikke en strengere avvisningsregel enn forskriften.
- (32) Valgte leverandørs krav om regningsarbeid ved dårlig fjellkvalitet utgjør ikke et vesentlig forbehold som medfører avvisning. Kravet kan ikke anses som et forbehold, sett i sammenheng med konkurransegrunnlagets punkt 5.9.6 og byggherrens ansvar for grunnforhold etter NS 8407 pkt. 23. Forbeholdet kan uansett ikke anses som vesentlig.
- (33) Det foreligger ikke plikt til å avvise et tilbud etter forskriften § 11-11 (2) bokstav b. Det finnes ikke grunnlag for å tolke forskriftens "kan"-regel slik. Det dreier seg uansett ikke om avvik eller forbehold som kan medføre tvil om hvordan tilbudet skal vurderes i forhold til øvrige tilbud og kan avvises etter forskriften § 11-11 (2) bokstav d.

Klagenemndas vurdering:

- (34) Klager har deltatt i konkurransen, og har saklig klageinteresse, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Konkurransen gjelder totalentreprise som er en bygge- og anleggsanskaffelse. Anskaffelsens verdi er i anskaffelsesprotokollen estimert til kroner 8,5 millioner eks. mva. 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 del II, jf. forskriften §§ 2-1 og 2-2.

Avvisning på grunn av manglende beskrivelse av utførelse og utstyr

- (35) Klager anfører at innklagede hadde plikt til å avvise valgte leverandørs tilbud, som følge av manglende beskrivelse av utførelse av, og utstyr til, borearbeidene.
- (36) I kravspesifikasjonen punkt 5.9 var det stilt krav om at tilbyderne *"beskriver [...] hensiktsmessig utførelse"* av borearbeidet i sitt tilbudsbrief. Videre skulle tilbyderne *"beskrive utstyret som vil bli benyttet"*.
- (37) Valgte leverandørs første tilbud inneholdt en fremdriftsplan, men ingen beskrivelse av utstyret. Valgte leverandørs reviderte tilbud, etter forhandlingene, inneholdt imidlertid tekniske beskrivelser av boreutstyret samt revidert fremdriftsplan.
- (38) I konkurransegrunnlaget punkt 3.1.6 fremgikk det at tilbud som *"ikke er i samsvar med vilkårene i tilbudsdokumentene vil bli avvist"*. Klager har vist til at innklagede gjennom dette ga seg selv plikt til å avvise tilbud med ethvert avvik. Klagenemnda kan ikke se at innklagede med denne generelle bestemmelsen har gitt seg selv en strengere plikt til å avvise tilbud enn det som følger av forskriften. En slik ubetinget avvisningsregel, som avviker fra forskriftens normalordning, må være *"utvetydig og ikke til å misforstå"*, jf. også sak 2010/337 premiss (24). Heller ikke punkt 3.3.1 om hva tilbudet som *"minimum"* må inneholde av informasjon innbyr til en slik tolkning, ettersom det i punktets siste setning heter at ved manglende opplysninger *"kan [...] bli aktuelt å avvise tilbudet"*.
- (39) Det følger av forskriften § 11-11 (1) bokstav e at oppdragsgiver har plikt til å avvise tilbud som *"inneholder vesentlige avvik fra kravspesifikasjonen"*. Et tilbud som ikke inneholder de opplysningene som kreves i konkurransegrunnlaget, er nærliggende å se som et tilbud med *"ufullstendigheter"*, jf. forskriften § 11-11 (2) bokstav b, se eksempelvis klagenemndas sak 2010/91 premiss (47). I konkurranser med forhandling foreligger det i utgangspunktet ingen plikt til å avvise tilbud med ufullstendigheter, jf. forskriften § 11-11 (2) bokstav b.
- (40) Etter omstendighetene kan innklagede pålegges en avvisningsplikt som følge av kravet til likebehandling etter lov om offentlige anskaffelser § 5, dersom tilbudet etter gjennomførte forhandlinger fortsatt er ufullstendig ved den endelige tilbudsfristen. Den manglende beskrivelsen av boreutstyr ble imidlertid etter klagenemndas syn utbedret i valgte leverandørs reviderte tilbud før den endelige tilbudsfristen, og klagenemnda kan heller ikke se at den fremdriftsplanen som valgte leverandør vedla tilbudet, ikke beskrev *"hensiktsmessig utførelse"* av arbeidene. Klagers anførsel fører ikke frem.

Avvisning på grunn av avvik fra krav om bestemt type rør

- (41) Klager anfører at valgte leverandørs tilbud skulle ha vært avvist etter forskriften § 11-11 (1) bokstav d, som følge av at det var et vesentlig avvik å tilby GRP-rør, når konkurransegrunnlaget krevde at tilbudene skulle tilby PE-rør.
- (42) I kravspesifikasjonene punkt 5.10.1 ble det presisert at det *"skal leveres og legges en SP710 PE100 SDR17 spillvannsledning"* (et rør av polyetylen, heretter PE-rør). I tilbudsbrevet til valgte leverandør *"som alternativ til PE-rør kan vi tilby GRP-rør"* (et rør av glassfiberarmert umettet polyester).
- (43) Innklagede har vist til at det under forhandlingene ble gjort presiseringer som fastslo at røret som valgte leverandør tilbød, ble akseptert. I forhandlingsbrev 9. juli 2012 ble det, før endelig svarfrist 13. juli 2012, åpnet opp for å gi tilbud som bygget på GRP-rør. Innklagede har ved dette endret konkurransegrunnlaget, slik at det ble åpnet for å tilby GRP-rør som en alternativ løsning til PE-rør. Det var da i samsvar med det endelige konkurransegrunnlaget å gi tilbud som baserte seg på GRP-rør.
- (44) At det i en viss utstrekning er adgang til å foreta endringer i konkurransegrunnlaget både før og etter første tilbudsfrist i en konkurranse med forhandling, er ikke tvilsomt etter praksis fra klagenemnda, herunder sak 2005/68 premiss (32), 2009/280 premiss (50) og 2011/120 premiss (29), jf. forskriften §§ 8-2 (1) og 11-8 (2). Klager har verken anført eller kommentert hvorvidt endringen var ulovlig. Klagenemnda går derfor ikke nærmere inn på hvorvidt grensene for å endre konkurransegrunnlaget er overtrådt.
- (45) Klager anfører imidlertid at innklagede hadde plikt til å avvise valgte leverandørs opprinnelige tilbud, og at valgte leverandør derfor ikke kunne inviteres til forhandlinger. Klager viser til at oppdragsgiver etter kunngjøringens punkt II.1.9 ikke ville ta i betraktning alternative tilbud, og at det følgelig ikke spiller noen rolle at innklagede i de etterfølgende forhandlingene har akseptert alternative løsninger.
- (46) Det er etter gjeldende rett noe uklart om, og eventuelt i hvilken utstrekning, oppdragsgiver har plikt til å avvise tilbud som avviker fra obligatoriske krav eller inneholder vesentlige avvik allerede ved første tilbudsfrist i konkurranser med forhandling, jf. klagenemndas avgjørelse i sak 2011/131 premiss (39), sml. EU-domstolens sak C-561/12 (Nordecon) premiss (37)-(38). Klagenemnda finner imidlertid ikke grunn til å ta stilling til dette spørsmålet i foreliggende sak.
- (47) I tilbudsbrevet skrev valgte leverandør at *"som alternativ til PE-rør kan vi tilby GRP-rør"*. Det er uklart hvorvidt valgte leverandør mente at det alene kunne tilbys GRP-rør, eller om dette kunne tilbys i tillegg til PE-rør. Etter klagenemndas syn er dette språklig sett mer nærliggende å forstå som et forhandlingsutspill om at GRP-rør kunne tilbys i tillegg til PE-rør, fremfor et tilbud som avvek fra kravspesifikasjonen. Det er ikke andre holdepunkter for at valgte leverandør ikke kunne tilby PE-rør. Tvert imot tilsier referatet fra forhandlingsmøtet 22. juni 2012 at valgte leverandør hadde anledning til å tilby også PE-rør, jf. premiss (20) ovenfor. Innklagede hadde dermed ingen plikt til å avvise valgte leverandørs opprinnelige tilbud.
- (48) Klager har også i kommentarer 12. mars 2013 anført at valgte leverandørs reviderte tilbud avvek fra konkurransegrunnlaget og kravspesifikasjonen, ved at valgte leverandør ikke priset opsjonen i post 5.9.13 om fôringsrør. Anførselen kom inn over *"seks måneder"* etter kontrakt ble inngått mellom innklagede og valgte leverandør, er dermed fremsatt for

sent, og behandles følgelig ikke av klagenemnda, jf. klagenemndsforordningen § 6 andre ledd andre punktum.

Avvisning på grunn av mangelfull prising

- (49) Klager anfører at valgte leverandørs tilbud må avvises, som følge av mangelfull utfylling av prisskjemaet. Det vises til at prisen er angitt som én fastpris fremfor enhetspriser, og at dette innebærer et vesentlig forbehold etter forskriften § 11-11 (1) bokstav d.
- (50) Spørsmålet er om valgte leverandørs mangelfulle prising i tilbudet utgjør et *"forbehold mot kontraktsvilkårene"*, jf. forskriften § 11-11 (1) bokstav d. For at det skal anses å foreligge et forbehold, må det etter klagenemndas praksis foreligge en reservasjon mot de konkrete kontraktsvilkårene slik de er presentert i konkurransegrunnlaget, jf. drøftelsen i klagenemndas sak 2011/254 premiss (63). Avgjørende er om oppdragsgiver kan kreve utførelse av kontrakten i samsvar med det opprinnelige kontraktsforslaget eller ikke.
- (51) Det er ikke naturlig å regne manglende utfylling av prisskjemaet i tilbudssammendraget som en reservasjon mot kontraktsvilkårene. Manglende utfylling av enhetspriser er nærmere å betrakte som *"ufullstendigheter"* ved tilbudet, slik ordet er brukt i forskriften § 11-11 (2) bokstav b, jf. klagenemndssakene 2012/32 premiss (19), 2011/331 premiss (52) og 2008/202 premiss (32). Valgte leverandør har ikke reservert seg mot å oppfylle deler av kontrakten. Det var tilbudenes totalpris, ikke enhetsprisene, som skulle legges til grunn i evalueringen.
- (52) Etter klagenemndas praksis, sak 2012/32, hvor enhetsprisene ikke var utfylt, uttales det i premiss (20) at dette *"[...] tilfellet skiller seg imidlertid ikke fra tilfeller som faller under forskriften § 12-2, som gir en klar hovedregel om at poster som ikke er priset skal anses innkalkulert i andre poster."* Dette gjaldt etter klagenemndas syn selv om denne måten å prise på, som påpekt av klager i vår sak, kan skape tvil med hensyn til prisberegningen ved eventuelle endringsarbeider.
- (53) Ufullstendig prising er som følge av dette ikke å anse som *"forbehold"* fra kontraktsvilkårene etter forskriften § 11-11 (1) bokstav d. Klagers anførsel fører etter dette ikke frem.

Avvisning på grunn av forbehold om dårlig fjellkvalitet

- (54) Klager har anført at innklagede hadde plikt til å avvise valgte leverandørs tilbud etter forskriften § 11-11 bokstav d, som følge av at valgte leverandør inntok et forbehold om å gjennomføre utstøpning ved dårlig fjellkvalitet som regningsarbeid.
- (55) Oppdragsgiver har plikt til å avvise tilbud som inneholder *"vesentlige forbehold mot kontraktsvilkårene"* etter forskriften § 11-11 (1) bokstav d.
- (56) I sitt tilbudsbrief 21. mai 2012 ga valgte leverandør uttrykk for at hvis *"fjellkvaliteten"* var *"for dårlig"*, måtte området *"støpes ut og bores på nytt"*. I så fall skulle arbeidene utføres som *"regningsarbeid"*.
- (57) Innklagede anfører at valgte leverandørs krav om at utstøpningsarbeider ved dårlig fjellkvalitet skal utføres som regningsarbeid, er i tråd med konkurransegrunnlagets punkt 5.9.6 samt NS 8407 som gjaldt for prosjektet. NS 8407 pkt. 23.1 fastsetter at risikoen for

uforutsette forhold ved grunnen som hovedregel påhviler byggherren, med unntak av forhold som entreprenøren hadde *"grunn til å regne med ved utarbeidelsen av tilbudet"*. Klagenemnda bemerker at det i konkurransegrunnlagets punkt 5.9 *"Grunnlag"* ble lagt opp til at tilbyderne selv måtte befare området, ettersom det ikke var foretatt geologiske undersøkelser.

- (58) Partene er uenige om hvor langt valgte leverandørs betingelse om regningsarbeider rekker. Innklagede mener at dette er begrenset til *"svakhetssoner"* etter konkurransegrunnlagets punkt 5.9.6, mens klager viser til at svakhetssoner er et fagbegrep som har lite med fjellkvaliteten å gjøre. Valgte leverandørs forutsetning om regningsarbeid ved *"for dårlig"* fjellkvalitet favner etter sin ordlyd vidt, med en noe uklar rekkevidde. Det er imidlertid mest nærliggende å forstå den slik at den hovedsakelig gjelder injeksjon ved *"svakhetssoner"*, som beskrevet i konkurransegrunnlagets punkt 5.9.6. At betingelsen sikter til injeksjon av svakhetssoner, støttes av at betingelsen om regningsarbeid uttrykkelig bare gjaldt *"utstøping"*, ikke borearbeidene.
- (59) Dersom forutsetningen også omfatter andre geologiske forhold i berggrunnen, fanges disse formodentlig opp av punkt 23.1 i NS 8407. Det er imidlertid for uklart for klagenemnda hva valgte leverandør hadde *"grunn til å regne med ved utarbeidelsen av tilbudet"*, til å konstatere om, og eventuelt hvilke forhold utover svakhetssonene forutsetningen omfatter. Det ble riktignok gjennomført en tilbudsbeifaring 2. mai 2012, og det ble i konkurransegrunnlagets punkt 5.9 lagt opp til at tilbyderne på egenhånd skulle gjennomføre beifaring. Disse er imidlertid ikke kommentert for klagenemnda. Slik saken er opplyst har ikke klagenemnda holdepunkter for å konkludere med at valgte leverandørs forutsetning påla byggherren risikoen for forhold som etter NS 8407 pkt. 23.1 tilligger entreprenøren. Det legges etter dette til grunn at valgte leverandørs krav om regningsarbeider ved utstøping ikke fravek risikofordelingen i NS 8407. Forutsetningen er således i samsvar med konkurransegrunnlaget, foruten det som gjelder punkt 5.9.6 om svakhetssoner. Det foreligger altså ikke et *"forbehold"* utover dette.
- (60) Ifølge prisskjemaet skulle imidlertid posten *"Injeksjon"* i punkt 5.9.6 prises som *"RS"*, det vil si en rundsum. Valgte leverandør innga et tilbud hvoretter arbeidene som falt under punkt 5.9.6, uttrykkelig skulle skje etter regning. Disse arbeidene var dermed ikke inkludert i valgte leverandørs totale tilbudssum. Denne siden av valgte leverandørs krav om regningsarbeid knyttet til utstøping ved dårlig fjellkvalitet må sies å være et *"forbehold"*.
- (61) Spørsmålet er om forbeholdet om regningsarbeid ved utstøping er *"vesentlig"* etter forskriften § 11-11 (1) bokstav d.
- (62) Ordlyden indikerer at det bare er betydelige forbehold som kan medføre avvisningsplikt. Ved vurderingen av om forbeholdet er vesentlig, vektlegges det etter klagenemndas praksis karakteren av det kontraktsvilkåret som det tas forbehold mot, betydningen for oppdragsgiver, herunder blant annet om forbeholdet innebærer en risikoforskyvning til oppdragsgivers ulempe, betydningen i relasjon til konkurrenter, herunder hvorvidt forbeholdet innebærer en konkurransefordel for leverandøren, og i hvilken grad forbeholdet kan prissettes, jf. blant annet klagenemndas sak 2011/193 premiss (32) med videre henvisninger. Vurderingen er et rettsanvendelsesskjønn som kan overprøves fullt ut, jf. Agder lagmannsretts dom inntatt i LA-2011-100800.

- (63) Det følger av klagenemndas sak 2008/105 at forbehold til prisen berører et *"grunnleggende element"* ved tilbudet, men at det likevel må gjøres en konkret vurdering av om forbeholdet er vesentlig. At forbeholdet angår prisen i denne saken, er dermed ikke alene nok til å fastslå at forbeholdet var vesentlig.
- (64) Forbeholdet i foreliggende sak har økonomisk betydning for innklagede. Forbeholdet får ingen videre materielle konsekvenser for kontraktavviklingen utover at innklagede må bære kostnadene for arbeidene knyttet til injeksjon av svakhetssoner. I tillegg heter det i konkurransegrunnlaget punkt 5.9.6 at byggherren selv *"avgjør om posten skal benyttes"*. Dette tilsier at innklagede i utgangspunktet har kontroll over hvorvidt arbeidene skal utføres eller ei, noe som til gjengjeld kan tas til inntekt for at risikoen i liten grad er blitt forskjøvet til innklagedes ugunst. Samtidig kan det stilles spørsmål ved hvor realistisk det er at innklagede unnlater å gjøre bruk av posten, dersom behovet for utstøpning skulle oppstå.
- (65) Det er ikke kommentert for klagenemnda hvorvidt forbeholdet er forsøkt prissatt av innklagede. Hvilken betydning forbeholdet hadde for konkurransen mellom partene, er dermed vanskelig å fastslå helt presist. Forbeholdet er samtidig av begrenset omfang, og synes å være mulig å takserer. I klagers tilbud er posten samlet priset til kroner 165 000, noe som utgjør 1,17 % av klagers reviderte totalpris. Til dette kommer at valgte leverandør hadde gitt en pris på injeksjonsmassene med kroner 29 pr kg, til sammenligning med klagers kroner 49. De økonomiske konsekvensene av forbeholdet for innklagede vil på grunn av dette anslagsvis være relativt sett små og overskuelige, noe som taler mot at forbeholdet var *"vesentlig"*.
- (66) Differansen mellom klager og valgte leverandørs pris medregnet opsjoner og regningsarbeider utgjorde kroner 2 387 100. Tatt i betraktning klagers prising av injeksjonsposten, ligger forbeholdet med andre ord med god margin innenfor denne differansen. Forbeholdet fikk dermed neppe betydning for rangeringen av tilbudene, og klagenemnda kan følgelig ikke se at valgte leverandør med forbeholdet fikk noe konkurransefortrinn fremfor klager i tildelingsevalueringen. Dette er også et argument mot at valgte leverandørs forbehold var *"vesentlig"*.
- (67) Spørsmålet er ellers i liten grad belyst av partene. Klagenemnda finner etter dette at forbeholdet om å utføre utstøpning ved dårlig fjellkvalitet etter regning ikke er et *"vesentlig forbehold mot kontraktsvilkårene"*, jf. forskriften § 11-11 (1) bokstav d. Klagers anførsel fører dermed ikke frem.

Avvisning av tilbud basert på relativ bedømmelsestil

- (68) Klager anfører subsidiært at innklagede har en plikt til å avvise valgte leverandørs endelige tilbud etter forskriften § 11-11 (2) bokstav b, basert på at borearbeidene ikke er beskrevet, at det foreligger et forbehold om tilleggspris ved dårlig fjellkvalitet og at prisskjemaet ikke er utfyllt. Innklagede bestrider at det er grunnlag for å tolke forskriften § 11-11 (2) bokstav b slik at det foreligger en plikt for oppdragsgiver til å avvise på grunnlag av relativ bedømmelsestil.
- (69) Forskriften § 11-11 (2) bokstav b fastslår, i motsetning til forskriften § 11-11 (1) bokstav f, at et tilbud *"kan avvises"* ved *"avvik, forbehold, feil, ufullstendigheter, uklarheter eller lignende i en konkurranse med forhandling kan medføre tvil om hvordan tilbudet skal*

bedømmes i forhold til de øvrige tilbudene". Ordlyden er klar på at oppdragsgiver her som utgangspunkt har en valgfrihet, ingen plikt til å avvise i disse tilfellene.

- (70) Det er samtidig lagt til grunn i klagenemndas praksis, herunder sak 2011/131 premiss (90), at systematikken i bestemmelsene forutsetter at forhold ved tilbudene som kan skape relativ bedømmelsestvil, avklares underveis i forhandlingene. Slike forhold skal ideelt sett ikke forekomme etter forhandlingene. Det kan da etter omstendighetene være i strid med kravet til likebehandling dersom et tilbud som er beheftet med forhold som medfører relativ bedømmelsestvil, ikke avvises.
- (71) Klagenemnda kan likevel heller ikke se at det er noe grunnlag for å oppstille en avvisningsplikt i medhold av likebehandlingsprinsippet i foreliggende tilfelle. Nemnda finner det tilstrekkelig å vise til at ingen av anførslene ovenfor enkeltvis har ført frem og at forbeholdet om å utføre utstøpninger etter regning ikke kan sies å ha medført relativ bedømmelsestvil, jf. drøftelsen i premiss (69) ovenfor. Spørsmålet er for øvrig ikke kommentert ytterligere av klager. Anførselen fører følgelig ikke frem.

Konklusjon:

VEAS har ikke brutt regelverket om offentlige anskaffelser.

For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,

Andreas Wahl