



Klagenemnda
for offentlige anskaffelser

Innklagede gjennomførte en åpen anbudskonkurranse for anskaffelse av totalentreprise på oppføring av ny skole på Bråtejordet. Klagenemnda fant at innklagede ikke hadde brutt regelverket ved ikke å avvise valgte leverandørs tilbud etter forskriften § 20-13 (1) bokstav d, e eller f. Klagers anførsel om at utdanningsnivå ikke kunne vektlegges under tildelingskriteriet "Erfaring/referanser for tilbudt personell", førte heller ikke frem.

Klagenemndas avgjørelse 16.09.2014 i sak 2013/12

Klager: Skanska Norge AS

Innklaget: Skedsmo kommune

Klagenemndas medlemmer: Arve Rosvold Alver, Georg Fredrik Rieber-Mohn og Andreas Wahl

Saken gjelder: Avvisning av tilbud. Tilbudsevaluering. Erstatning.

Bakgrunn:

(1) Skedsmo kommune (heretter innklagede) kunngjorde 8. oktober 2012 en åpen anbudskonkurranse for anskaffelse av totalentreprise på oppføring av ny skole på Bråtejordet. Anskaffelsens verdi er ikke angitt i kunngjøringen eller konkurransegrunnlaget. De innkomne tilbudsprisene er på cirka 137 til 187 millioner kroner. Tilbudsfrist er i kunngjøringen punkt IV.3.4 angitt til å være 15. november 2012.

(2) I konkurransegrunnlaget, bok 0, side 0.2 blir det opplyst:

"Eventuelle forbehold eller vilkår skal klart fremkomme av tilbudsbrevet. Forbehold vil kunne medføre at tilbudet blir forkastet iht. lov om offentlige anskaffelser."

(3) I konkurransegrunnlaget punkt 2.1 blir det opplyst:

"Skedsmo kommune skal oppføre ny skole på Bråtejordet. Kommunens prosjektgruppe har sammen med prosjekteringsgruppen videreutviklet prosjektet frem til et underlag for en totalentreprisekonkurranse. I tillegg til gjennomføringen av nybygget med tilhørende utomhusarbeider skal totalentreprenøren stå ansvarlig for videre prosjektering og tilrettelegging av prosjektet med prosjektgruppen."

Engasjert prosjektgruppe med White Arkitekter AB og Norconsult AS har utarbeidet et konkurransegrunnlag med sikte på at skolen skal stå klar for elever og lærere til skolestart i august 2014."

- (4) I konkurransegrunnlaget punkt 2.3 blir det opplyst:

"Det er søkt om rammetillatelse for prosjektet. Behandling vil foregå parallelt med tilbudskonkurransen og svar er ventet i oktober/november."

- (5) I konkurransegrunnlaget punkt 2.4 blir det opplyst:

"Prosjektet gjennomføres som en totalentreprise. Totalentreprenøren knytter til seg de underentreprenører og leverandører det er behov for."

Konkurransegrunnlaget for totalentreprise er utarbeidet av arkitekt og rådgivere som oppdragsgiver har knyttet seg til for dette avgrensede oppdraget. Totalentreprenøren overtar utført prosjektarbeid og prosjektgruppa i sin helhet. Totalentreprenør, sammen med engasjert prosjektgruppe, har ansvaret for videre prosjektering og utførelse. Kostnader for videre prosjektering, ihht prosjektanvisning for de prosjekterende og ytelsesbeskrivelse for arkitekt og rådgiverbistand, er således låst ihht pristilbud som byggherren har mottatt i forbindelse med anbudskonkurranse på gruppekontrakt. Eventuell prosjektering ut over det som fremkommer av prosjektanvisning for de prosjekterende og ytelsesbeskrivelse for arkitekt og rådgiverbistand, skal medtas i pristilbudet fra totalentreprenør."

- (6) I konkurransegrunnlaget punkt 5.2 går det frem at:

"Tilbudspriser/-sum skal angis i Bok 1, Tilbudssammendrag. Alle poster i tilbudssammendraget skal være utfylt, og tilbudssammendraget skal være datert og underskrevet. I tillegg skal alle poster i underliggende tilbudsskjemaer i kravspesifikasjonen være utfylt. Manglende utfylling av enkeltposter gir grunnlag for forkastelse av tilbud."

- (7) I konkurransegrunnlaget punkt 5.4 blir det opplyst at:

"Eventuelle forbehold skal klart fremgå av tilbudsbrevet. Forbehold skal være presise og entydige slik at oppdragsgiver kan vurdere disse uten kontakt med leverandøren. I den grad forbehold ikke er kommet til uttrykk i tilbudsbrevet anses de ikke tatt fra tilbyders side."

Leverandøren oppfordres til å prise alle forbehold. Forbehold som ikke lar seg kostnadsberegne vil kunne føre til at tilbudet anses ufullstendig og blir avvist."

Det er ikke anledning til å ta vesentlige forbehold mot konkurransegrunnlaget (forbehold mot grunnleggende elementer). Tilbud som inneholder forbehold av denne art vil bli avvist."

- (8) I konkurransegrunnlaget punkt 6.2 blir følgende opplyst om tildelingskriteriene:

<i>"Kriterier</i>	<i>Dokumentasjon</i>	<i>Vekting</i>
<i>Pris Beregnet pris i henhold til tilbudssammendrag</i>	<i>Komplett utfylt tilbudsskjema/-sammendrag.</i>	<i>60%</i>

<i>Erfaring/referanser for tilbudt personell</i> <i>Entreprenørens tilbudte personer:</i> - anleggsgartnermester - prosjektleder - anleggsleder <i>De tilbudte personer skal ha kompetanse i og erfaring fra prosjekter med tilsvarende størrelse og kompleksitet.</i>	1. CV for entreprenørens prosjektleder, anleggsleder. 2. Liste over de viktigste prosjekter entreprenørens prosjektleder og anleggsleder har hatt ansvaret for de siste <u>fem</u> år, herunder opplysninger om verdi, tidspunkt, samt navnet på den offentlig eller private mottaker	20%
Gjennomføringsplan/ferdigstillelse	Beskrivelse/detaljert fremdriftsplan som viser hvordan arbeidet vil bli gjennomført og kravene oppfylt.	20 %"

- (9) I konkurransegrunnlaget punkt 7 blir det opplyst:

"Som kontraktbestemmelser gjelder: «NS 8407 av 2011 – Alminnelige kontraktbestemmelser for totalentrepriser» med de tilføyelser og endringer som fremgår nedenfor. Disse tilføyelsene og endringene er overordnet NS 8407."

- (10) I tilbudsskjemaet inntatt i bok 1 punkt 0.1 går det frem at:

"Alle postene skal fylles ut. Manglende utfylling gir grunnlag for forkastelse av tilbud."

- (11) I tilbudsskjemaet punkt 0.1-11-0.1.12 blir det brukt formuleringen "Evt kostnadskonsekvenser forbundet med [...]".

- (12) Tilbudsskjemaet punkt 0.4 gjelder timepriser og påslagsprosenter:

"For regningsarbeider skal nedenstående timepriser for arbeid og påslag for materialer og utstyr nyttes. Disse timepriser og påslag skal dekke alle entreprenørenes direkte og indirekte kostnader og alle påslag for dekning av risiko, fortjeneste m.v. Prisen skal være inklusive alle påslag, lønnsutbetalinger med akkordtillegg og formannslønn, alle sosiale avgifter, forsikringspremier, håndverktøy, reiseutgifter, diett og alle påslag samt øvrige utgifter som kan få innvirkning på timepriser, deriblant andel av rigging og drift av byggeplass (NS 3419), hovedadministrasjon og fortjeneste. Priser oppgis eksklusive mva."

- (13) I tilbudsskjemaet punkt 0.4.1 går det frem:

"PROSJEKTERING
Fast pris:

<i>White, Ark</i>	<i>Norconsult, RIB, RIV, RIE</i>	<i>White, LARK</i>	<i>Sum</i>
<i>2.217.000kr</i>	<i>3.088.000kr</i>	<i>230.000kr</i>	<i>5.535.000kr</i>

Priser er ekskl. m.v.a.

Reiseutgifter dekkes separat iht. Statens satser for dette.

For presisering av fastpris – Se del 13 – Ytelsesbeskrivelse prosjektering.

Timepris revisjon og tilleggsbestillinger;

<i>Arkitekt:</i>	<i>kr. 1.000,- ekskl. m.v.a.</i>
<i>Landskapsarkitekt</i>	<i>kr. 1.000,- ekskl. m.v.a.</i>
<i>Rådgivende Ingeniør RIB, RIV, RIE</i>	<i>kr. 1.000,- ekskl. m.v.a.</i>
<i>Rådgivende ingeniør RIBr, RIA, RIG</i>	<i>kr. 1.300,- ekskl. m.v.a.</i>
<i>Rådgivende Ingeniør RIB, spesiella</i>	
<i>Analyser, jordskjelv mm</i>	<i>kr. 1.300,- ekskl. m.v.a.</i>
<i>Teknisk tegner</i>	<i>kr. 875,- ekskl. m.v.a."</i>

- (14) I tilbudsskjemaet punkt 0.4.8 går det frem:

"Påslagsprosenter:

<i>Materialinnkjøp:</i>	<i>..... %</i>
<i>Maskinleie:</i>	<i>..... %</i>
<i>Transport:</i>	<i>..... %</i>
<i>Underentreprenører/ - leverandører:</i>	<i>..... %</i>
<i>Koordinering av spesialleveranser:</i>	<i>..... %"</i>

- (15) I notat fra de prosjekterende, vedlagt konkurransedokumentene bok 1-13 opplyses at:

"Tilbudet omfatter prosjektering av Bråtejordet Skole som nybygg slik det er tegnet og beskrevet i totalentreprisegrunnlaget og uten vesentlige endringer. Imidlertid forutsettes at det avholdes oppstartsmøte med entreprenør for gjennomgang og omforening av leveransene. Dette må gjøres før kontraktsignering. Videre er dette viktig for å avklare oppdragets innhold, og grensesnitt mot øvrige aktører og anleggsdeler."

- (16) Innklagede mottok fem tilbud, heriblant fra Skanska Norge AS (heretter klager) og Betonmast AS (heretter valgte leverandør).

- (17) I valgte leverandørs tilbud av 15. november 2012 går det frem at:

" • Eventuelle offentlige krav, utover det som fremkommer av anbudsunderlaget, er byggherrens ansvar."

- (18) Vedrørende grunnarbeider opplyser valgte leverandør i tilbudet:

" • Det tas forbehold mot fornminner, forurensede masser, alunskifer, rør og kabelgater samt eksisterende konstruksjoner i grunnen."

(19) Vedrørende prosjektering opplyser valgte leverandør i tilbudet:

*" • Prosjekteringsgruppa White Arkitekter AB/Norconsult AS er som angitt i tilbudsunderlaget ARK, RIB, RIE, RIV, Akustikk (RIA) og Brann (RIBr)
• Det forutsettes en nærmere gjennomgang og omforening av leveransene med prosjekteringsgruppa som skal tiltransporteres oss før kontraktsinngåelse.
• Vi har også medtatt prosjektering for geoteknikk og bygningsfysikk
• Modalanalyser for jordskjelvlaster er ikke medregnet, men kan utføres av Norconsult."*

(20) I valgte leverandørs utfylte tilbudsskjema, punkt 0.4.8 har valgte leverandør lagt til en post for tiltransport med 15 % påslagsprosent.

(21) I anskaffelsesprotokollen går det frem at valgte leverandørs tilbud var på 137 637 112 kroner, mens klagers tilbud var på 160 527 631 kroner.

(22) Når det gjelder evalueringen av tildelingskriteriet *"Erfaring/referanser for tilbudt personell"*, går det frem av anskaffelsesprotokollen at følgende underkriterier/poengnivå ble lagt til grunn:

Poeng	Utdanning	Fartstid – relevant	Relevante prosjekter
10	Siv.ing / Master	> 15 år	Svært bra
8	Ing. / Bachelor	10 – 15	Meget bra
6	Tekn. fagskole el. Mester	5 – 10	Bra
4	Fagbrev	1 – 5	Mindre bra
2	VGS / grunnskole	Under ett år	Dårlig
0	Ikke dokumentert	Ikke dokumentert	Ikke dokumentert

(23) I tildelingsbeslutning til klager av 28. november 2012 meddelte innklagede at valgte leverandør ble innstilt som vinner av konkurransen. Begrunnelsen var:

"Betonmast Romerike AS, har inngitt det laveste tilbudet, ca. 16 % lavere enn nest laveste tilbud. Tilbyder oppnår høyeste score på kriterie 2, Erfaring / referanser tilbudt personell. Når det gjelder kriterie 3, Gjennomføringsplan /ferdigstillelse, er tilbyder vurdert som svært bra, og oppnår nest høyeste score på dette kriteriet. Totalt sett fremstår tilbudet fra tilbyder 1, Betonmast Romerike AS, som det økonomisk mest fordelaktige tilbudet."

Tilbudet fra Skanska AS, ligger ca 16% høyere enn laveste tilbud. Tilbyder scorer svært bra på kriterium 2; Erfaring / referanser tilbudt personell og oppnår høyeste score på kriterium 3; Gjennomføringsplan / ferdigstillelse. Totalt sett er tilbudet rangert som nr 2 i konkurransen. Vurderingene er gjort på grunnlag av dokumentasjon som fulgte tilbudet og sett i forhold til øvrige tilbydere."

- (24) I møtoreferat fra møte mellom innklagede og valgte leverandør, datert 10. desember 2012, punkt 2, går det frem at valgte leverandør hevdet at deres tilbud måtte tillegges 11 millioner kroner for å oppfylle konkurransegrunnlagets krav.
- (25) I brev til innklagede av 10. desember 2012 klager klager på tildelingsbeslutningen.
- (26) I brev av 14. desember 2012 avsto innklagede klagen.
- (27) Nemndsmøte i saken ble avholdt 15. september 2014.

Anførsler:

Klagers anførsler:

Avvisning grunnet vesentlige avvik fra konkurransegrunnlaget

- (28) Måten konkurransegrunnlaget punkt 5.4 er formulert på, tilsier at oppdragsgiver ville avvise tilbud ved mindre avvik enn det som følger av anskaffelsesregelverket.
- (29) Vedrørende prosjektering fremkommer det av tilbuds brevet at valgte leverandør forutsetter "en nærmere gjennomgang og omforening av leveransene med prosjekteringsgruppa som skal tiltransporteres oss før kontraktsinngåelse". En forutsetning om gjennomgang og omforening før kontraktsinngåelse skaper rom for tolkning vedrørende omfanget av prosjekteringsytelsene, og åpner for forhandlinger.
- (30) Modalanalyse for jordskjelvlaster og eventuelle konsekvenser for byggets konstruksjon som måtte følge av denne, er ikke inkludert i tilbudet til tross for at det fremkommer konkrete krav til slike analyser i konkurransegrunnlaget.
- (31) Flere prosjekteringsfag er utelatt i prisskjemaet i bok 0, punkt 0.1. Valgte leverandør har ikke fylt ut samtlige poster i tilbudsskjemaet. To av postene er markert "inkl." mens tre av postene er helt utelatt.
- (32) Disse forholdene må hver for seg, og i hvert fall samlet, anses som vesentlige avvik som fører til avvisningsplikt, jf. forskriften § 20-13 (1) bokstav e.

Avvisning grunnet vesentlige forbehold mot kontraktsvilkårene

- (33) Valgte leverandørs tilbud inneholder flere forbehold som hver for seg og samlet må anses som vesentlige forbehold som fører til avvisningsplikt, jf. forskriften § 20-13 (1) bokstav d.
- (34) I tilbuds brevet har valgte leverandør opplyst at "Eventuelle offentlige krav, utover det som fremkommer av anbudsunderlaget, er byggherrens ansvar". Holdt opp mot standarden kommunen har lagt til grunn for anskaffelsen, NS 8407, er dette et forbehold til dennes punkt 14.4 fjerde ledd.

- (35) Videre har valgte leverandør opplyst at *"Det tas forbehold mot fornminner, forurensede masser, alunskifer, rør og kabelgater samt eksisterende konstruksjoner i grunnen."* Med dette overfører valgte leverandør risikoen etter NS 8407 punkt 23.1 til byggherren for forhold som kunne vært avdekket ved kontakt med relevante myndigheter.

Avvisning grunnet tvil om hvordan tilbudet skal bedømmes i forhold til de øvrige tilbudene

- (36) Forbeholdene og avvikene i valgte leverandørs tilbud medfører tvil om hvordan tilbudet skal bedømmes i forhold til de øvrige, jf. forskriften § 20-13 (1) bokstav f.
- (37) Ingen av forbeholdene eller avvikene er prissatt slik konkurransegrunnlaget gir anvisning på, og det er heller ikke mulig å prissette dem basert på tilbudets formulering.
- (38) Innklagedes prissetting av avvik og forbehold i valgte leverandørs tilbud gir ikke riktig uttrykk for realitetene i tilbudet. Sett i forhold til de tilleggene valgte leverandør mener å ha krav på, fremstår det som kommunen har gått utover sin skjønnsfrihet hva gjelder fastsettelse av tilleggene.
- (39) Differansen mellom tilbudssummen som fremkommer av valgte leverandørs tilbud og den korrigerte tilbudssummen i evalueringsskjemaet er på 181 797 kroner.
- (40) Av referat fra møte mellom kommunen og valgte leverandør 10. desember 2012 punkt 2, fremgår det at valgte leverandør hevdet at deres tilbud som følge av forbehold måtte tillegges ca. 11 millioner kroner for å oppfylle konkurransegrunnlagets krav. Videre beløper valgte leverandørs forbehold om 15 % påslag for tiltransport av prosjekterende seg alene på 839 250 kroner.

Vurdering av tildelingskriteriet "Erfaring/referanser for tilbuds personell"

- (41) Ved korrekt anvendelse av tildelingskriteriet *"Erfaring/referanser for tilbuds personell"* ville forskjellen mellom tilbudet fra valgte leverandør og klager bli noe lavere, hvilket har betydning for vurderingen av avvisningsplikt etter forskriften § 20-13 bokstav f.
- (42) Under kriteriet *"Erfaring/referanser for tilbuds personell"* har kommunen vektlagt tre ulike faktorer for tilbuds personell – utdanning, erfaring (i tid) og erfaring fra tilsvarende prosjekter. At utdannelsesnivå skal vektlegges fremkommer ikke av tildelingskriteriet. Kommunen har altså vektlagt andre forhold enn konkurransegrunnlaget åpner for.
- (43) Dokumentasjonskravet om personellets CV gir kun uttrykk for hvilken type dokumentasjon som skal medtas i tilbudet. Det at dokumentasjonen forteller mer om personellet enn det som er nødvendig for å dokumentere oppfyllelse av kriteriet kan ikke medføre at innholdet i tildelingskriteriet endres.

Erstatning

- (44) Klagenemnda bes uttale seg om grunnlag for krav om erstatning etter anskaffelsesloven § 11.

Innklagedes anførsler:

Avvisning grunnet vesentlige avvik fra konkurransegrunnlaget

- (45) Avvisningsreglene er ikke formulert på en annen måte enn det som fremgår av anskaffelsesforskriften.
- (46) Formuleringen om prosjektering innebærer ikke et avvik fra konkurransegrunnlaget. Det er naturlig at valgte tilbyder ønsker en gjennomgang med prosjekterende før kontrakten er signert. Formuleringen åpner ikke for forhandlinger om omfanget av prosjekteringsytelsene.
- (47) Det er korrekt at prisen for modalanalyser ikke er tatt med i tilbudet fra valgte leverandør. Forholdet ble priset, men ansett uten betydning da det var så stor forskjell i pris mellom tilbudene. Modalanalyser skal utføres av Norconsult AS, som har antydnet en timeramme på 300 timer for analysen. Dette kan ikke betegnes som et vesentlig avvik, da det utgjør ca. 0,2 % av totalsum.
- (48) Det er ikke korrekt at flere prosjekteringsfag er unnlatt i prisskjemaet. Når det gjelder manglende utfyllt prisskjema, er to av postene markert "*inkl.*".
- (49) De tre postene som klager hevder er utelatt, er post 0.1.11-0.1.13. For disse postene fremgår det av prisskjemaet:

"Evt. kostnadskonsekvenser forbundet med [...]"

En naturlig språklig forståelse av disse postene er at postene bare skal prises dersom de har kostnadskonsekvenser. Videre har ikke postene en verdi som medfører plikt til avvisning.

Avvisning grunnet vesentlige forbehold mot kontraktsvilkårene

- (50) Valgte leverandørs presisering om at "*Eventuelle offentlige krav, ut over det om fremkommer av anbudssunderlaget, er byggherrens ansvar*" innebærer ikke en overføring av risiko fra valgte leverandør til kommunen i henhold til NS 8407 punkt 14 som kan danne grunnlag for plikt til avvisning.
- (51) Valgte leverandørs opplysning om at "*Det tas forbehold mot fornminner, forurensede masser, alunskifer, rør og kabelgater samt eksisterende konstruksjoner i grunnen*" har ikke overført risiko til innklagede vedrørende grunnforhold. Slike forhold vil være byggherrens risiko. Presiseringen har derfor ingen reell betydning for oppdragsgiver.
- (52) Det vises videre til at fornminner er avklart i rammetillatelsen, og det er ingen grunn til å anta at der er forurensede masser i grunnen ettersom tomten ligger på et jordbruksareal. Det er heller ingen grunn til å tro at det er rør og kabelgater på jorden, ei heller gjemte konstruksjoner i grunnen. Byggherre har foretatt arkeologiske utgravninger på jordbruksarealet, og det er ikke funnet forekomster som skulle tilsi at det er fornminner på tomten. Det vises blant annet til at Riksantikvaren har bekreftet at de arkeologiske utgravningene er ferdige og at vilkårene for tillatelsen er oppfylt og at det omsøkte området er klargjort for anleggsvirksomhet. Kommunen har således vurdert det slik at det er usannsynlig at det vil oppstå noen uforutsette forhold vedrørende grunnen.

Avvisning grunnet tvil om hvordan tilbudet skal bedømmes i forhold til de øvrige tilbudene

- (53) Det foreligger ikke uklarheter, forbehold eller lignende som gir valgte leverandør rett til tillegg i tilbudssummen, og innklagede har derfor avslått å imøtekomme slike krav fra valgte leverandør. Klagenemnda må foreta en vurdering av tilbudet slik det forelå ved tilbudsfristens utløp, og ikke basert på de krav valgte leverandør i ettertid har fremsatt.
- (54) Innklagede bestrider at valgte leverandør har tatt forbehold om 15 % tillegg for tiltransport av de prosjekterende. Ser man på konkurransegrunnlagets oppbygning og prisskjema fremstår dette som klart. Valgte leverandørs utfylling av punkt 0.4.8 knytter seg til *"timepriser og påslagsprosenter"* og gjelder således tilleggsarbeid/endringsarbeid og ikke et tillegg for tiltransport av prosjekterende som ligger i kontraktens totalsum, jf. også konkurransebestemmelsene som er klare på dette.

Vurdering av tildelingskriteriet "Erfaring/referanser for tilbudt personell"

- (55) Evalueringen av tildelingskriteriet *"Erfaring/referanser for tilbudt personell"* er i samsvar med konkurransegrunnlaget og anskaffelsesregelverkets krav til forutberegnelighet.
- (56) Det fremgår av konkurransegrunnlaget at tilbudt personell skal ha kompetanse og erfaring fra prosjekter med tilsvarende størrelse og kompleksitet, og at dette skal dokumenteres med CV for tilbudt prosjektleder og anleggsleder. CVens oversikt over hva slags utdanning, arbeidserfaring og kurs vedkommende har, utgjør relevant erfaring og kompetanse.
- (57) Dersom underkriteriet utdanning utelates fra tildelingskriteriet, vil differansen i den totale poengsummen mellom valgte leverandør og klager reduseres fra 49 poeng til 44 poeng, og vil dermed ikke ha betydning for resultatet av konkurransen.

Klagenemndas vurdering:

- (58) Klager har deltatt i konkurransen, og har saklig klageinteresse, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Konkurransen gjelder en åpen anbudskonkurranse for anskaffelse av totalentreprise på oppføring av ny skole på Bråtejordet som er en bygge- og anleggsanskaffelse. Anskaffelsens verdi er ikke angitt i kunngjøringen eller konkurransegrunnlaget. De innkomne tilbudsprisene er på cirka 137 til 187 millioner kroner. I tillegg til lov om offentlige anskaffelser følger anskaffelsen etter sin (opplyste) art og verdi forskrift om offentlige anskaffelser av 7. april 2006 nr 402 del I og III, jf. forskriften §§ 2-1 og 2-2.

Avvisning grunnet vesentlige avvik fra konkurransegrunnlaget

- (59) Klager anfører at valgte leverandørs tilbud inneholder flere avvik som hver for seg og samlet må anses som vesentlige avvik som fører til avvisningsplikt, jf. forskriften § 20-13 (1) bokstav e.
- (60) Det følger av forskriften § 20-13 (1) bokstav e at et tilbud skal avvises dersom det *"inneholder vesentlige avvik fra kravspesifikasjonene i kunngjøringen eller konkurransegrunnlaget"*. Det er ikke grunnlag for klagers anførsel om at måten konkurransegrunnlaget er formulert på tilsier at oppdragsgiver ville avvise tilbud ved mindre avvik enn det som følger av anskaffelsesregelverket.

- (61) Klager anfører at valgte leverandørs tilbud inneholder et avvik ved at det forutsettes *"en nærmere gjennomgang og omforening av leveransene med prosjekteringsgruppa som skal tiltransporteres oss før kontraktsinngåelse"*.
- (62) Etter forskriften § 21-1 (1) er det ved en anbudskonkurranse *"ikke tillatt å endre tilbudene eller forsøke å endre tilbudene gjennom forhandlinger"*. Klager fremholder at forutsetningen skaper rom for tolkning vedrørende omfanget av prosjekteringsytelsene, og åpner for forhandlinger.
- (63) I foreliggende sak sammenfaller imidlertid valgte leverandørs forutsetning med de prosjekterendes forutsetning i notat vedlagt konkurransedokumentene bok 1-13. Gjennomgangen og omforeningen skal videre skje opp mot de andre prosjekterende, og ikke opp mot innklagede. Forutsetningen innebærer dermed ikke en rett til å endre tilbudet gjennom forhandlinger etter tilbudsfristens utløp, og det er heller ikke tale om en forutsetning av en slik karakter at tilbudet ikke kan anses som bindende, se til sammenligning klagenemndas avgjørelse i sak 2011/254. Klagers anførsel om at valgte leverandørs tilbud skulle vært avvist på dette grunnlaget fører derfor ikke frem.
- (64) Klager anfører videre at valgte leverandørs tilbud inneholder avvik ved at valgte leverandør ikke har fylt ut samtlige poster i tilbudsskjemaet. I tilbudsskjemaet i bok 1 punkt 0.1 går det frem at: *"Alle postene skal fylles ut"*. I valgte leverandørs tilbud var to av postene markert *"inkl"*, mens tre av postene var helt utelatt.
- (65) Det er på det rene at valgte leverandør ikke har utfylt samtlige poster i prisskjemaet. Imidlertid er to av postene markert *"inkl."*, altså at prisen for postene er inkludert i øvrige priser. De resterende postene som ikke var utfylt, var i prisskjemaet formulert som poster for *"Evt. kostnadskonsekvenser [...]"*. At disse postene ikke var utfylt, innebærer derfor ikke et avvik fra konkurransegrunnlagets føringer om prissetting, men at postene ikke hadde kostnadskonsekvenser.
- (66) Klager anfører videre at valgte leverandørs tilbud inneholder et vesentlig avvik ved at modalanalyse for jordskjelvlaster og eventuelle konsekvenser for byggets konstruksjon som måtte følge av denne, ikke er inkludert i tilbudet til tross for at det fremkommer konkrete krav til slike analyser i konkurransegrunnlaget.
- (67) Det er på det rene at modalanalyser ikke er tatt med i tilbudet til tross for at dette var etterspurt i konkurransegrunnlaget. Det foreligger dermed et avvik. Spørsmålet er om avviket er *"vesentlig"*.
- (68) Ordlyden i forskriften tilsier at det kun er kvalifiserte avvik som gir avvisningsplikt. Av klagenemndas praksis fremgår det at det ved vurderingen blant annet skal legges vekt på hvor stort avviket er, hvor viktig forholdet det avvikes fra er, og i hvilken grad et avvik vil kunne forrykke konkurransen, jf. blant annet klagenemndas saker 2008/58, 2009/12 og 2011/350.
- (69) I valgte leverandørs tilbudsbrief var det opplyst at analysene kunne utføres av Norconsult, og det var i konkurransegrunnlaget bok 1, punkt 0.4.1 oppgitt timepriser for revisjon og tilleggsbestillinger av prosjektering for modalanalyser. Sett hen til at avviket kan prises, og at avvikets prismessige konsekvens kun utgjør 0,2 % av totalsummen, må dets innvirkning på konkurransen mellom tilbyderne anses tilstrekkelig vektlagt etter

forskriften § 20-13 (1) bokstav f. Klagers anførsel om at valgte leverandørs tilbud skulle vært avvist grunnet vesentlige avvik fra konkurransegrunnlaget fører ikke frem.

Avvisning grunnet vesentlige forbehold mot kontraktsvilkårene

- (70) Klager anfører at valgte leverandørs tilbud inneholder flere forbehold som hver for seg og samlet må anses som vesentlige forbehold som fører til avvisningsplikt, jf. forskriften § 20-13 (1) bokstav d.
- (71) Oppdragsgiver har plikt til å avvise tilbud som inneholder *"vesentlige forbehold mot kontraktsvilkårene"*, jf. forskriften § 20-13 (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.
- (72) Klager anfører at valgte leverandør har tatt et forbehold mot NS 8407 punkt 14.4 fjerde ledd, ved at det ble opplyst i tilbudsbrevet at *"Eventuelle offentlige krav, utover det som fremkommer av anbudsendelaget, er byggherrens ansvar."*
- (73) NS 8407 punkt 14.4 fastsetter at kontraktsgjenstanden skal være i samsvar med lover, forskrifter og offentlige vedtak. Dersom det etter at totalentreprenøren har avgitt sitt tilbud, skjer forandringer i lover og forskrifter eller fattes enkeltvedtak som innebærer at kontraktsgjenstanden må endres, kan totalentreprenøren påberope seg dette som en endring. Det følger av punkt 14.4 fjerde ledd at endringen bare kan påberopes dersom totalentreprenøren *"ikke burde tatt forholdene [...] i betraktning da tilbudet ble gitt, og han heller ikke burde unngått følgene av dem"*.
- (74) Slik valgte leverandørs tilbud er formulert, vil risikoen for endringer i lover, forskrifter og offentlige vedtak tilligge byggherren også i tilfeller der totalentreprenøren burde tatt forholdene i betraktning, og burde ha unngått følgene av dem. Det foreligger dermed et forbehold.
- (75) Innklagede har ikke kommentert en eventuell konsekvens av et slikt forbehold, men må forutsetningsvis ha vurdert det slik at dette ikke ville kunne bli en aktuell problemstilling. Klager har ikke påvist at innklagedes forutsetning er feilaktig. Slik saken er opplyst kan forbeholdet uansett ikke anses som vesentlig.
- (76) Videre anfører klager at valgte leverandør har tatt et forbehold mot NS 8407 punkt 23.1, ved at det er opplyst i tilbudsbrevet at *"Det tas forbehold mot fornminner, forurensede masser, alunskifer, rør og kabelgater samt eksisterende konstruksjoner i grunnen."*
- (77) NS 8407 punkt 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"*.
- (78) Valgte leverandørs forbehold er generelt utformet, og omfatter derfor også slike forhold.
- (79) Valgte leverandør har derfor tatt forbehold mot kontraktsvilkårene som omfatter forhold ved grunnen som entreprenøren hadde grunn til å regne med ved utarbeidelsen av tilbudet.

- (80) Innklagede har vurdert forbeholdets betydning, og vist til at fornminner er avklart i rammetillatelsen, og at ettersom tomten ligger på et jordbruksareal er det ikke noen grunn til å anta at der er forurensede masser i grunnen. Det er heller ingen grunn til å tro at det er rør og kabelgater på jordet, ei heller gjemte konstruksjoner i grunnen. Byggherre har foretatt arkeologiske utgravninger på jordbruksarealet, og det er ikke funnet forekomster som skulle tilsi at det er fornminner på tomten. Det vises blant annet til at Riksantikvaren har bekreftet at de arkeologiske utgravningene er ferdige og at vilkårene for tillatelsen er oppfylt, og at det omsøkte området er klargjort for anleggsvirksomhet. Kommunen har således vurdert det slik at det er usannsynlig at det vil oppstå noen uforutsette forhold vedrørende grunnen.
- (81) Rekkevidden av valgte leverandørs forbehold er begrenset til å gjelde forhold ved grunnen som entreprenøren hadde grunn til å regne med ved utarbeidelsen av tilbudet. På bakgrunn av innklagedes redegjørelse, må det kunne legges til grunn at det ikke finnes slike forhold som entreprenøren burde ha tatt i betraktning. Forbeholdet kan derfor ikke anses vesentlig.
- (82) Valgte leverandørs tilbud skulle derfor ikke avvises i medhold av forskriften § 20-13 (1) bokstav d. Klagers anførsel fører ikke frem.

Vurdering av tildelingskriteriet "Erfaring/referanser for tilbudt personell"

- (83) Klager har anført at utdanningsnivå ikke kan vektlegges under tildelingskriteriet *"Erfaring/referanser for tilbudt personell"*, siden det ikke var nevnt uttrykkelig i konkurransegrunnlaget. Innklagede har på sin side henvist til at det fremgår av konkurransegrunnlaget at tilbudt personell skal ha kompetanse og erfaring fra prosjekter med tilsvarende størrelse og kompleksitet, og at utdanning utgjør relevant kompetanse.
- (84) Ved tildelingsevalueringen har oppdragsgiver et relativt vidt skjønn som bare i begrenset grad kan overprøves. Klagenemnda kan imidlertid prøve om oppdragsgivers evaluering er saklig, forsvarlig og i samsvar med de angitte tildelingskriteriene, jf. blant annet 2013/93 premiss (20).
- (85) Under tildelingskriteriet var det opplyst at *"De tilbudte personer skal ha kompetanse i og erfaring fra prosjekter med tilsvarende størrelse"*. Dokumentasjonskravet for tildelingskriteriet var blant annet CV for entreprenørens prosjektleder og anleggsleder. Kriteriet slik det er beskrevet indikerer at det er et vidt spekter av faglig kompetanse som kan vektlegges under kriteriet.
- (86) Det som skulle anskaffes var totalentreprise for bygging av ny skole på Bråtejordet, herunder oppføring av nybygg med tilhørende utomhusarbeider, samt videre prosjektering og tilrettelegging av prosjektet med prosjektgruppen. Utdannelse vil være en type kompetanse som er relevant for innklagede, og vil derfor omfattes av en naturlig forståelse av kriteriet slik det er beskrevet i konkurransegrunnlaget, selv om dette ikke fremgikk uttrykkelig. Det var dermed ikke feil av innklagede vektlegge utdanningsnivå i evalueringen av kriteriet *"Erfaring/referanser for tilbudt personell"*.
- (87) Klagers anførsel om at utdanningsnivå ikke kan vektlegges under tildelingskriteriet *"Erfaring/referanser for tilbudt personell"* fører ikke frem.

Avvisning grunnet tvil om hvordan tilbudet skal bedømmes i forhold til de øvrige tilbudene

- (88) Klager har anført at forbeholdene og avvikene i valgte leverandørs tilbud medfører tvil om hvordan tilbudet skal bedømmes i forhold til de øvrige, jf. forskriften § 20-13 (1) bokstav f.
- (89) Klagenemnda har uttalt at det skal være en lav terskel for når mangler vet 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). Nemnda har likevel lagt til grunn at det "*kun foreligger en avvisingsplikt i de tilfeller der tvilen kan ha hatt betydning for tilbudets rangering blant de andre tilbudene*", jf. klagenemndas sak 2009/281 premiss (22) og 2010/94 premiss (25). Oppdragsgiver har i utgangspunktet en plikt til å prissette avvik, forbehold eller lignende, jf. klagenemndas sak 2009/281 premiss (22). Dersom den prismessige konsekvensen av et forbehold lar seg fastsette, vil det normalt ikke foreligge "*tvil*" om hvordan tilbudet skal bedømmes, og forholdet til de øvrige leverandørene vil med dette være ivaretatt. Vurderingen av et konkret forholds prismessige konsekvens ligger til oppdragsgivers innkjøpsfaglige skjønn, og kan bare i begrenset grad overprøves av klagenemnda, jf. klagenemndas sak 2012/70 premiss (39) og 2011/308 premiss (88).
- (90) Som grunnlag for vurderingen av forbeholdene i valgte leverandørs tilbud, har klager vist til at valgte leverandør i et møte 10. desember 2012 har hevdet at deres tilbud måtte tillegges 11 millioner kroner for å oppfylle konkurransegrunnlagets krav. Hvilket grunnlag valgte leverandør baserte dette på, er imidlertid ikke opplyst, og innklagede har opplyst at valgte leverandørs krav ble tilbakevist, og at avvikene utelukkende ble vurdert ut fra dennes tilbud.
- (91) Prisforskjellen mellom klagers og valgte leverandørs tilbud var på over 22 millioner kroner. Det er klart at priskonsekvensene av modalanalyser og et eventuelt 15 % påslag for tiltransport av prosjekterende, ikke ville kunne rokke ved rangeringen av tilbudene. Valgte leverandørs tilbud skulle derfor heller ikke avvises i medhold av forskriften § 20-13 (1) bokstav f.

Erstatning

- (92) Klagenemnda er kommet til at valgte leverandørs tilbud ikke skulle avvises. Klager er da ikke berettiget til erstatning.

Konklusjon:

Skedsmo kommune har ikke brutt regelverket for offentlige anskaffelser.

For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,

Arve Rosvold Alver