



**Klagenemnda  
for offentlige anskaffelser**

*Innklagede gjennomførte en åpen anbudskonkurranse om totalentreprise ved oppføring av flerbrukshall med tilleggsdel for skole/SFO. Klager anførte at valgte leverandørs tilbud inneholdt vesentlige forbehold mot kontraktsvilkårene i konkurransegrunnlaget, og at forbeholdet gjorde det uklart hvordan tilbudet skulle bedømmes i forhold til de øvrige tilbudene, slik at tilbudet skulle vært avvist etter forskriften §§ 20-13 (1) bokstav d og bokstav f. Klagenemnda fant at valgte leverandørs tilbud ikke kunne forstås slik at det inneholdt et forbehold mot kontraktsvilkårene, og at det dermed var riktig av innklagede ikke å avvise tilbudet. Heller ikke klagers anførsel om brudd på forhandlingsforbudet førte frem.*

**Klagenemndas avgjørelse 5. mai 2014 i sak 2014/32**

**Klager:** Betonmast Østfold AS

**Innklaget:** Fredrikstad kommune

**Klagenemndas medlemmer:** Arve Rosvold Alver, Magni Elsheim og Siri Teigum

**Saken gjelder:** Avvisning av tilbud. De generelle kravene i § 5. Forhandlingsforbud

**Bakgrunn:**

- (1) Fredrikstad kommune (heretter kalt innklagede) kunngjorde 5. november 2013 en åpen anbudskonkurranse for kjøp av bygge- og anleggsarbeider ved oppføring ny flerbrukshall med tilleggsdel for skole/SFO i Lisleby. Anskaffelsens verdi var i konkurransegrunnlaget bok 0 punkt 1 estimert til kroner 87 000 000 ekskl. mva. Tilbudsfrist var i kunngjøringen punkt IV.3.4) angitt til å være 10. januar 2014.
- (2) Det fremgikk av konkurransegrunnlaget bok 0 punkt 11.2 at kontrakten skulle tildeles tilbudet med lavest pris.
- (3) I konkurransegrunnlaget bok 0 punkt 1 sto det at prosjektet skulle gjennomføres "som en Totalentreprise i henhold til NS 8407, med de tilføyelser og endringer som er satt i Kap 12". Av konkurransegrunnlaget bok 0 punkt 12 ("Kontraktsbestemmelser") fremgikk det også, i punktene 12.2 til 12.23, flere unntak fra kontraktsstandarden NS 8407, herunder

**"12.2 Kontraktsdokumenter (NS 8407 pkt. 2.1):**

*Rekkefølgeendring: e) anbuds- og tilbudsgrunnlaget går foran c) totalentreprenørens anbud.*

*[...]*

**12.16 Regulering av kontraktssummen (endring NS 8407 pkt. 26.2)**

*Anbudssummen er fast og vil ikke bli regulert innenfor avtaleperioden.*

**Postadresse**  
Postboks 439 Sentrum  
5805 Bergen

**Besøksadresse**  
Rådhusgaten 4  
5014 Bergen

Tlf.: 55 59 75 00

Faks: 55 59 75 99

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

**12.17 Totalentreprenørens krav til fristforlengelse som følge av byggherrens forhold (NS 8407 pkt. 33.1)**

*Tilføyelse: Det forutsettes at entreprenøren utarbeider sin fremdriftsplan slik at endrings- og tilleggsarbeider som i kostnad utgjør inntil 15 % av kontraktssummen i normaltilfellene, skal kunne utføres uten forlengelse av byggetiden. Ved beregning av fristforlengelse for endrings- og tilleggsarbeider skal det foretas full reduksjon for arbeider som ikke er kommet til utførelse (fradragsarbeider)."*

- (4) Innenfor tilbudsfristen kom det inn fem tilbud, herunder tilbud fra Betonmast Østfold AS (heretter kalt klager) og AF Bygg Østfold (heretter kalt valgte leverandør).
- (5) Det fremgikk av valgte leverandørs tilbud at tilbudet ble innlevert "[m]ed bakgrunn i mottatte anbudsgrunnlag og vedlagte tilbudsforklaringer". Av tilbudet side 2 ("Tilbudsforklaringer") fremgikk det at "[v]årt pristilbud er basert på NS 8407 kontraktsstandard" og videre at "[v]ed fremdrift ihht gitte plan er prisen fast og reguleres ikke for evt. lønns og prisjusteringer".
- (6) Vedlagt tilbudet fulgte en underskrevet erklæring med bekreftelse på at valgte leverandør hadde "... gjennomgått alle dokumenter/tegninger i konkurransegrunnlaget som er lagt ut på Doffin ..." og at tilbudet "... er basert på de oppsatte anbuds- og kontraktsbestemmelser samt orientering om arbeider".
- (7) Innklagede orienterte tilbyderne om sitt valg av leverandør i brev datert 28. februar 2014. Frist for å klage på tildelingsbeslutningen ble satt til 17. mars 2014.
- (8) Klager hevdet i klage på tildelingsbeslutningen ved brev datert 7. mars 2014 at valgte leverandørs tilbud skulle vært avvist og ba samtidig om at karensperioden ble utvidet. Innklagede meddelte i e-post til klager datert 11. mars 2014 at karensperioden ville bli utvidet til 24. mars 2014. Klagen på tildelingsbeslutningen ble besvart i brev av 14. mars 2014, hvor innklagede tilbakeviste klagers anførsler og opprettholdt sitt valg om å tildele kontrakten til valgte leverandør.
- (9) Saken ble brakt inn for klagenemnda for offentlige anskaffelser ved brev datert 25. mars 2014. Innklagede skrev i tilsvarende brev datert 27. mars 2014 at man ville utsette kontraktsinngåelse til etter at klagenemnda hadde behandlet saken.
- (10) Nemndsmøte i saken ble avholdt 5. mai 2014.

**Anførsler:**

**Klagers anførsler:**

*Hvorvidt valgte leverandørs tilbud skulle vært avvist*

- (11) Innklagede har brutt de grunnleggende kravene om likebehandling og forutberegnelighet i loven § 5 og forskriften § 3-1 ved ikke å avvise valgte leverandørs tilbud.
- (12) Valgte leverandør har levert et tilbud som er basert utelukkende på NS 8407. Tilbudet tar ikke høyde for de endringer og tilføyelser i denne kontraktsstandarden som innklagede har gjort i konkurransegrunnlaget. En konsekvens av dette er blant annet at valgte leverandørs tilbud gis forrang foran innklagedes anbuds- og tilbudsdokumenter. Tilbudet

inneholder dermed vesentlige forbehold mot kontraktsvilkårene, og tilbudet skulle derfor ha vært avvist, jf. forskriften § 20-13 (1) bokstav d.

- (13) Under enhver omstendighet innebærer forbeholdet i valgte leverandørs tilbud en risikoforskyvning i innklagedes disfavør som ikke lar seg prissette. Valgte leverandørs formulering om at tilbudet "... er basert på NS 8407 kontraktsstandard", gjør dermed at tilbudet inneholder uklarheter som kan medføre tvil om hvordan tilbudet skal bedømmes i forhold til de øvrige tilbudene, jf. forskriften § 20-13 (1) bokstav f. Tilbudet skulle derfor vært avvist også etter denne bestemmelsen.

#### *Brudd på forhandlingsforbudet*

- (14) I tildelingsbrevet datert 28. februar 2014 fremgikk det at innklagede etter utløpet av klagefristen ville innlede "kontraktsavklaringer" med valgte leverandør, "med henblikk på oppnåelse av kontrakt". Slike avklaringer innebærer et brudd på forhandlingsbudet i anbudskonkurranser, jf. forskriften § 21-1.

#### **Innklagedes anførsler:**

##### *Hvorvidt valgte leverandørs tilbud skulle vært avvist*

- (15) Valgte leverandørs formulering om at deres tilbud "... er basert på NS 8407 kontraktsstandard", kan ikke tolkes slik at valgte leverandør med dette har tatt forbehold mot alle kontraktsbestemmelsene i konkurransegrunnlaget. Valgte leverandør skriver i sitt tilbud datert 28. januar 2014 at tilbudet inngis "[med] bakgrunn i mottatte anbudsgrunnlag og vedlagte tilbudsforklaringer". På side 2 av tilbudet, under "Tilbudsforklaringer", tas kun en liten reservasjon når det gjelder priselementer i kontraktssummen. For øvrig må valgte leverandørs tilbud forstås slik at kontraktsbestemmelsene i konkurransegrunnlaget legges til grunn. Valgte leverandør har da også i vedlegg 1 til tilbudet ("Egenerklæring fra entreprenøren") skrevet under på at tilbudet "... er basert på de oppsatte anbud- og kontraktsbestemmelser samt orientering om arbeider", og at "alle dokumenter [...] i konkurransegrunnlaget" er gjennomgått.
- (16) Forutsatt at formuleringen i valgte leverandørs tilbud må forstås som et forbehold mot kontraktsbestemmelsene i konkurransegrunnlaget, vil forbeholdet vanskelig kunne føre til noen reell rangeringstvil, nesten uansett hvordan forbeholdet prises. Dette fordi prisforskjellen mellom valgte leverandør- og klagers tilbud utgjorde nærmere 1,5 millioner kroner. Ut fra innklagedes forståelse av valgte leverandørs tilbud, finner innklagede for øvrig ingen grunn til å gå nærmere inn på klagers anførsler om at tilbudet skulle vært avvist etter forskriften § 20-13 (1) bokstav f.

#### *Brudd på forhandlingsforbudet*

- (17) Formuleringen i tildelingsbrevet om at det skal "innledes kontraktsavklaringer" med valgte leverandør har ikke til hensikt å åpne for en endring av tilbudet. Innklagede har med denne formuleringen bare ment å uttrykke at en tildelingsbeslutning ikke er ensbetydende med at kontrakt er inngått. For øvrig bemerkes at det ikke vært noen kontakt med tilbyderne etter innlevering av tilbud.

#### **Klagenemndas vurdering:**

- (18) Klager har deltatt i konkurransen, og har saklig klageinteresse, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Konkurransen gjelder

totalentreprise ved oppføring av flerbrukshall med tilleggsdel for skole/SFO, som er en bygge- og anleggsanskaffelse med CPV-kode 45214200 ("*Bygge- og anleggsarbeid i forbindelse med skolebygninger*") og 45212225 ("*Bygningsarbeid i forbindelse med Idrettshall*"). Anskaffelsens verdi er i konkurransegrunnlaget bok 0 punkt 1 estimert til kroner 87 000 000 ekskl. mva. I tillegg til lov om offentlige anskaffelser følger anskaffelsen derfor etter sin art og verdi forskrift om offentlige anskaffelser av 7. april 2006 nr. 402 del I og del III, jf. forskriften §§ 2-1 og 2-2.

- (19) Klager har anført at valgte leverandørs tilbud skulle vært avvist som følge av formuleringen om at tilbudet "*... er basert på NS 8407 kontraktsstandard*".
- (20) Det følger av forskriften § 20-13 (1) bokstav d at et tilbud skal avvises når "*det inneholder vesentlige forbehold mot kontraktsvilkårene*".
- (21) Spørsmålet er om valgte leverandørs tilbud, herunder den nevnte formuleringen om at tilbudet "*... er basert på NS 8407 kontraktsstandard*", må forstås slik at tilbudet inneholder forbehold mot samtlige av innklagedes justeringer og suppleringer i NS 8407, jf. konkurransegrunnlaget bok 0 punkt 12.2 til 12.23. Det avgjørende er hvordan tilbudet i sin helhet er mest naturlig å forstå, ut fra en objektiv tolkning av alle de relevante opplysningene i tilbudsdokumentene, hvor den omstridte formuleringen inngår som én av flere tolkningsmomenter.
- (22) Slik klagenemnda ser det, er det naturlig å oppfatte den omstridte formuleringen i valgte leverandørs tilbud som en bekreftelse på at tilbudet tar *utgangspunkt* i NS 8407, på samme måte som innklagede i konkurransegrunnlaget bok 0 punkt 1 skriver at totalentreprisen skal gjennomføres "*... i henhold til NS 8407 ...*". En slik tolkning støttes blant annet av den vedlagte erklæringen fra valgte leverandør, som bekrefter at valgte leverandør har "*... gjennomgått alle dokumenter/tegninger i konkurransegrunnlaget som er lagt ut på Doffin ...*" og at tilbudet "*... er basert på de oppsatte anbuds- og kontraktsbestemmelser ...*". At valgte leverandør ikke uttrykkelig skriver at tilbudet gjelder med de tilføyelser og endringer i NS 8407 som innklagede gjør i konkurransegrunnlaget, kan ikke tolkes slik at valgte leverandørs tilbud *utelukkende* baserer seg på NS 8407. Dersom valgte leverandør, etter å ha "*... gjennomgått alle dokumenter/tegninger i konkurransegrunnlaget ...*", hadde til hensikt å ta forbehold mot samtlige av innklagedes endringer i NS 8407, er det nærliggende å anta at et slikt omfattende forbehold ville kommet klart frem av tilbudet.
- (23) Innklagede har vist til at valgte leverandør på side 2 av tilbudet ("*Tilbudsforklaringer*") kommer med en presisering som går ut på at prisen, "*[v]ed fremdrift ihht gitte plan*", ikke vil bli regulert for pris- og lønnsjusteringer. Presiseringen knytter seg til konkurransegrunnlaget bok 0 punkt 12.16 og 12.17 (som gjør endringer i NS 8407 punkt 26.2 og 33.1), og innebærer et forbehold om pris- og lønnsjusteringer ved arbeid utenfor angitt fremdriftsplan. En slik presisering, hevder innklagede, ville det ikke vært nødvendig å ta inn i tilbudet hvis valgte leverandør med den ovennevnte formuleringen mente å ta forbehold fra samtlige endringer og tilføyelser som oppstilles i konkurransegrunnlaget.
- (24) Klagenemnda er enig i dette. Det har formodningen mot seg at valgte leverandør mente å forkaste alle de særskilte kontraktsbestemmelsene i konkurransegrunnlaget med én setning, for deretter i neste setning å komme med noen presiseringer hva gjelder priselementene i kontraktssummen.

- (25) Valgte leverandørs tilbud, herunder formuleringen om at tilbudet "*... er basert på NS 8407 kontraktsstandard*", kan på denne bakgrunn ikke forstås slik at tilbudet inneholder forbehold mot samtlige av innklagedes justeringer og suppleringer i NS 8407, jf. konkurransegrunnlaget bok 0 punkt 12.2 til 12.23. Klagers anførsel om at valgte leverandørs tilbud skulle vært avvist på grunn av vesentlig forbehold, fører således ikke frem.
- (26) Klager har videre anført at valgte leverandørs tilbud skulle vært avvist fordi det inneholder uklarheter som kan medføre tvil om hvordan tilbudet skal bedømmes i forhold til de øvrige tilbudene, jf. forskriften § 20-13 (1) bokstav f. Også denne anførselen knytter seg til valgte leverandørs formulering om at tilbudet "*... er basert på NS 8407 kontraktsstandard*". Denne formuleringen, hevder klager, innebærer en risikoforskyvning i innklagedes disfavør som ikke lar seg prissette.
- (27) Som det fremgår av drøftelsen ovenfor, kan den omstridte formuleringen i valgte leverandørs tilbud imidlertid ikke forstås som noe mer enn en bekreftelse på at tilbudet tar utgangspunkt i NS 8407. Formuleringen, lest i sammenheng med de øvrige relevante opplysningene i tilbudsdokumentene, kan da ikke ses som en uklarhet eller lignende som levner "*tvil om hvordan tilbudet skal bedømmes i forhold til de øvrige tilbudene*", jf. forskriften § 20-13 (1) bokstav f. Heller ikke denne anførselen fra klager kan dermed føre frem.

#### *Brudd på forhandlingsforbudet*

- (28) Ved åpen og begrenset anbudskonkurranse er det "*ikke tillatt å endre tilbudene eller forsøke å endre tilbudene gjennom forhandlinger*", jf. forskriften § 21-1 (1). Klager har anført at innklagede har brutt forhandlingsforbudet ved at det i tildelingsbrevet datert 28. februar 2014, fremgikk at innklagede ville innlede "*kontraktsavklaringer*" med valgte leverandør, "*med henblikk på oppnåelse av kontrakt*".
- (29) I sitt tilsvarende overfor klagenemnda har innklagede forklart at formuleringen kun var ment å gi uttrykk for at kontraktstildeling ikke er ensbetydende med kontraktsinngåelse. Det har heller ikke for øvrig vært noen kontakt mellom innklagede og tilbyderne etter innlevering av tilbud i konkurransen. Klagenemnda finner ikke grunn til å betvile dette.
- (30) På denne bakgrunn er det ikke grunnlag for å konstatere at innklagede har brutt forhandlingsforbudet i anbudskonkurranser.

#### **Konklusjon:**

Fredrikstad kommune har ikke brutt regelverket for offentlige anskaffelser.

Bergen, 5. mai 2014

For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,

Arve Rosvold Alver