



**Klagenemnda
for offentlige anskaffelser**

Saken gjelder: Forbehold. Forhandlingsforbud

Innklagede gjennomførte en åpen anbudskonkurranse for rivning av to bygninger i Nesna kommune. Deler av rivningsarbeidet gjaldt fjerning av farlig avfall i de aktuelle bygningene. Valgte leverandør tok forbehold om farlig avfall i rivningsmassene. I valgte leverandørs tilbud var det samtidig beskrevet hvordan det farlige avfallet ville bli håndtert. Når valgte leverandørs tilbud ble lest i sammenheng var det derfor lite nærliggende å forstå tilbudet på den måten at kostnader for fjerning av det farlige avfallet ikke var inkludert i tilbudet. At det ble avklart med valgte leverandør at kostnadene for fjerning av det farlige avfallet var inkludert ble ikke ansett som et brudd på forhandlingsforbudet. Klager fikk heller ikke medhold i sin anførsel om at valgte leverandør skulle vært avvist.

Klagenemndas avgjørelse 20.01.2017 i sak 2016/164

Klager: Øijord & Aanes Entreprenørforretning AS

Innklaget: Nesna kommune

Klagenemndas

medlemmer: Karin Fløistad, Halvard Haukeland Fredriksen, Tone Kleven

Bakgrunn:

- (1) Nesna kommune (heretter "innklagede") kunngjorde en åpen anbudskonkurranse for rivning av to bygninger, "Hvitfløya" og "Gulfløya" av gamle Nesna skole i Nesna kommune. Endelig tilbudsfrist ble angitt til 22. juli 2016.
- (2) De to fløyene som skulle rives utgjorde to av tre gjenværende bygninger av gamle Nesna skole. Fløyene hadde til sammen ca. 1 400 kvm grunnflate.
- (3) Kontrakt ville ifølge konkurransegrunnlaget tildeles det mest økonomisk fordelaktige tilbudet basert på pris ("*inkl alle komponenter*") som skulle vektes med 80 prosent og løsningsforslag som skulle vektes med 20 prosent.
- (4) I prisskjemaet var det under overskriften "*Pris på ytelser*" angitt følgende: "*Disse to bygningene ved siden av ny Nesna skole og påbygd Nesna musikkskole skal rives komplett. Det betyr inkl. alt fundamentering, fjerning av alt avfall med deponibevis og avfallsplan, gjenfylling av anleggsplassen, matjord og [tilsåing]. Inkl. alle nødvendige frakoplinger, gravemeldinger og fotodokumentasjon. Anleggssikring er inkludert. inkl. sikring, tilpasning og oppgradering av yttervegg, grunnmur og tak på musikkskolen. Ferdig finish med bordkledning og maling (nordsida).*" Etter dette punktet var det stiplet en linje hvor tilbyderne skulle oppgi anbudspris. Tilbyderne skulle også oppgi timesatser for mannskap.
- (5) I følge kontrakten som var vedlagt konkurransegrunnlaget skulle "*Kontraktssummen [...]* inkludere alle omkostninger som er nødvendige for å utføre samtlige tjenester som går

Postadresse

Postboks 439 Sentrum
5805 Bergen

Besøksadresse

Zander Kaaes gate 7
5015 Bergen

Tlf.: 55 59 75 00

Faks: 55 59 75 99

E-post: post@kofa.no

Nettside: www.kofa.no

frem av anbudsokumentet. Kontraktssummen skal også omfatte omkostninger som følge av gjeldene offentlige påbud, verne og miljøtiltak."

- (6) Etter utlysningen ble innklagede kjent med at bygningen sannsynligvis inneholdt farlige avfallsstoffer, og innklagede fikk utarbeidet en rapport av SINTEF Molab som skulle *"kartlegge omfanget av helse- og miljøfarlige materialer i bygningsmassen"*. I denne rapporten fremgikk det at bygget inneholdt omfattende mengder asbest og også andre giftige avfallsstoffer som måtte håndteres riktig ved rivningen av bygget, herunder PCB/tungmetaller i maling i gul fløy, håndtering av en mulig nedgravd oljetank og miljøskadelige stoffer i gulvbelegg. Rapporten ble lagt ut på Doffin, og dermed inntatt som en del av konkurransegrunnlaget.
- (7) Innen utløpet av tilbudsfristen mottok innklagede tilbud fra både Øijord & Aanes (heretter "klager") og Norsk Sanerings Service AS (heretter "valgte leverandør"). Valgte leverandør innga et tilbud på rivning av bygningene for kroner *"931 760,- eks. mva, og iht vedlagte prisskjema"*. Videre fremgikk det av valgte leverandørs tilbud at:
- (8) ***"Tilbudet inkluderer:***
- ✓ ***Komplett rivning iht beskrivelse [uthevet her]***
 - ✓ *Grundig sortering på byggeplass*
 - ✓ *Rigging av nødvendig utstyr*
 - ✓ *Arkivkode*
 - ✓ *At Norsk Sanerings Service AS vil følge opp prosjektet med egen HMS ingeniør til utarbeiding av prosjektspesifikke HMS- /KS-planer i forkant av rivingsprosjektet.*
 - ✓ *At oppgaveanalyser utføres i forkant for å analysere hvilke operasjoner som krever en SJA.*
 - ✓ *At det er en selvfølge for oss å hele tiden holde arbeidsplassen ryddig for å unngå skader og uhell.*
 - ✓ *At vi kan tilby å disponere lærling på anleggsplassen"*
- (9) Under neste overskrift *"Forbehold"* fremgikk det at *"NSS tar forbehold om farlig avfall i rivningsmassene"*.
- (10) I valgte leverandørs beskrivelse av rivningsarbeidet fremgikk det blant annet at:
- *"Elektronisk utstyr, kabler, og annet EE-avfall fjernes og samles i egen container. Lysrør leges hele i låsbar kasse. Det brukes deklarasjonsmunnner i henhold til sjekkliste for miljøsanering. Eventuelt elektronisk utstyr med innhold av kvikksølv kartlegges og fjernes varsomt.*
 - *Annet miljøfarlig avfall som kan fjernes manuelt saneres før maskinell rivning. Gulvbelegg fjernes med strippemaskin og samles i egen container sammen med vinylfliser og vinylfliser. Deklareres som farlig avfall.*
 - *Miljøfarlig maling med innhold av pcb/tungmetaller med innhold av miljøfarlige stoffer over grenseverdi for farlig avfall, skrapes løse malingsflak av og samles opp før demontering og transport. Det kommuniseres til mottak om innholdet i malingen før eventuell levering."*

- (11) Beskrivelsen videre gjenspeilte de øvrige kravene som fremkom av miljørapporten, herunder asbestsanering og behandling av oljeforurensende masser.
- (12) Klager tilbød å utføre arbeidet for kroner 1 195 000. Det er opplyst at dette var den nest laveste tilbudssummen i konkurransen.
- (13) Innklagede sendte e-poster til samtlige tilbydere 26. juli 2016 for å forsikre seg om at miljørapporten var hensyntatt i tilbudet: *"Før vi vil begynne med konkret anbuds vurdering så ønsker vi å forsikre oss at dere har tatt framliggende miljørapport som grunnlag for deres beregning og at det ikke framligger noen slags regnefeil."* Valgte leverandør svarte ved e-post samme dag at *"Tilbudet er slik det står. Ber om å få oversendt anbudsprotokoll"*. Innklagede svarte: *"Hei vi takker! Protokollen må vente da saksbehandler selv og jeg er på ferie."*
- (14) Også klager besvarte henvendelsen og bekreftet at *"prisen er ihht til fremliggende rapport"*.
- (15) Innklagede sendte på nytt en e-post til valgte leverandør 16. august 2016, hvor de ga en oversikt over hvem som deltok i konkurransen. De opplyste samtidig om at *"et firma har trukket sitt anbud etter at miljørapporten ble lagt ut på Doffin"*. På nytt ba innklagede om en bekreftelse på at *"deres anbud også gjelder ihht. til den fremlagte miljørapporten"*. Valgte leverandør bekreftet samme dag at *"Vi bekrefter at tilbud er levert ihht. til forespørsel fra Nesna Kommune"*.
- (16) Ved brev datert 26. august 2016 ble kontrakt tildelt valgte leverandør. Klager fremmet samme dag en klage, hvor klager blant annet gjorde gjeldende at valgte leverandør hadde tatt forbehold mot kostnadene som var nødvendige for å rive i tråd med funnene i miljørapporten. Ved brev av 25. oktober 2016 avviste innklagede klagen.
- (17) Klagen ble brakt inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser 4. november 2016. Innklagede avventer kontraktsinngåelse i påvente av nemndas behandling.
- (18) Nemndsmøte i saken ble avholdt 19. januar 2017.

Anførsler:

Klager har i det vesentlige anført:

- (19) Innklagede har brutt regelverket ved ikke å avvise valgte leverandørs tilbud som følge av at valgte leverandør tok forbehold *"om farlig avfall i rivningsmassene"*.
- (20) Innklagede hadde uansett ikke adgang til å ta kontakt med valgte leverandør for å klarlegge innholdet i forbeholdet. Tilbudet må derfor avvises.

Innklagede har i det vesentlige anført:

- (21) Klagers anførsel bestrides. Det er ingen tvil om hvordan tilbudet skal bedømmes i forhold til de øvrige tilbudene. Det er klart at den foreliggende miljørapporten var en del av grunnlaget for tilbudet fra valgte leverandør, dette er også bekreftet av valgte leverandør i etterfølgende e-post korrespondanse. Innklagede forstår forbeholdet slik at det knytter seg til tilleggsarbeider for eventuelt ytterligere farlig avfall utover det som fremgår av miljørapporten. Dette er vederlag som leverandøren uansett har krav på ut fra bransjepraksis og norsk standardkontrakt. Ytterligere tilleggskostnader for farlig avfall

vil uansett ikke overstige differansen mellom valgte leverandørs tilbud og klagers tilbud, slik at forbeholdet uansett ikke har virket inn på rangeringen.

Klagenemndas vurdering:

- (22) Klager har deltatt i konkurransen, og har saklig klageinteresse, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Konkurransen gjelder rivning av bygninger, noe som er en bygge- og anleggsanskaffelse. 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 II, jf. forskriften §§ 2-1 og 2-2.
- (23) Klager har anført at innklagede hadde plikt til å avvise valgte leverandørs tilbud som følge av at valgte leverandør inntok et forbehold om farlig avfall i rivningsmassene.
- (24) I konkurransegrunnlaget fremgikk det at *"bygningene ved siden av ny Nesna skole og påbygd Nesna musikkskole skal rives komplett. Det betyr inkl. alt fundamentering, fjerning av alt avfall med deponibevis og avfallsplan, gjenfylling av anleggsplassen, matjord og [tilsåing]. Inkl. alle nødvendige frakoplinger, gravemeldinger og fotodokumentasjon. Anleggssikring er inkludert. inkl. sikring, tilpasning og oppgradering av yttervegg, grunnmur og tak på musikkskolen. Ferdig finish med bordkledning og maling (nordsida)."*
- (25) Når miljørapporten ble lastet opp på Doffin, og dermed inntatt som en del av konkurransegrunnlaget, innebærer dette at prisen skulle omfatte også kostnadene som ville påløpe for å fjerne det miljøfarlige avfallet.
- (26) I valgte leverandørs tilbud ble det i tilbudsbrevet uttrykt følgende: *"NSS tar forbehold om farlig avfall i rivningsmassene"*. Isolert sett kan forbeholdet tolkes på to ulike måter. Det første alternativet er at kostnader for fjerning og deponering av det farlige avfallet ikke var inkludert i tilbudet. Det andre alternativet er at det gjelder fjerning av farlig avfall utover det som fremkom av miljørapporten. Det sistnevnte alternativ er slik innklagede har forstått forbeholdet.
- (27) Hvis forbeholdet forstås slik at tilbudet ikke inkluderer fjerningen av det farlige avfallet, er det klart at forbeholdet må anses som et vesentlig forbehold i henhold til forskriften § 11-11 (2) bokstav d.
- (28) Når tilbudet leses i sammenheng er imidlertid en slik forståelse lite nærliggende. I tilbudsbrevet ble det gitt uttrykk for at tilbudet på kroner 931 760 eks. mva. inkluderte *"komplett rivning iht beskrivelse"*. Den tilhørende beskrivelsen reflekterte nettopp rivningen av de to byggene i tråd med beskrivelsen i miljørapporten, hvor de ulike kategoriene av farlig avfall listes opp. Valgte leverandørs tilbud er derfor mest nærliggende å forstå på den måten at kostnader til fjerning av det farlige avfallet som var beskrevet i miljørapporten var inkludert i tilbudet
- (29) Denne tolkningen støttes også av valgte leverandørs pristilbud. Dette er riktignok klart lavere enn klagers, men ikke så mye lavere at det gir grunnlag for å mistenke at valgte leverandør hadde oversett miljørapporten. Etter det opplyste vil utgiftene til fjerning av det farlige avfallet kunne utgjøre opp mot 50 prosent av tilbudssummen.
- (30) Innklagede sendte 26. juli. 2016 e-poster til samtlige tilbydere hvor det ble bedt om tilbakemelding på om tilbyderne hadde *"tatt framliggende miljørapport som grunnlag for*

deres beregning". Nemnda forstår det slik at spørsmålet, som ble sendt til samtlige tilbydere, var foranlediget av at miljørapporten kom sent inn som en del av konkurransegrunnlaget, og at en av tilbyderne trakk seg fra konkurransen som følge av miljørapporten.

- (31) Innklagede sendte en ny e-post 16. august 2016 til valgte leverandør, hvor man på nytt ba om en bekreftelse på at miljørapporten var hensyntatt i tilbudet. Denne henvendelsen synes foranlediget av at valgte leverandør ikke egentlig besvarte spørsmålet som ble stilt.
- (32) Problemstillingen er om innklagede hadde adgang til å foreta disse avklaringene.
- (33) Det forhold som innklagede ønsket avklart var hvorvidt tilbudet fra valgte leverandør inkluderte kostnadene for fjerning av det farlige avfallet.
- (34) I henhold til forskriften § 12-1 (2) bokstav a er det adgang for oppdragsgiver "å innhente nærmere opplysninger hos leverandørene for å få klarlagt uklarheter og ufullstendigheter i tilbudene. Avklaring skal unnlates dersom uklarhetene og ufullstendighetene er slike at tilbudene skal avvises i henhold til § 11-11 (avvisning på grunn av forhold ved tilbudet)."
- (35) I juridisk teori er det argumentert for at det etter omstendighetene bør være anledning å avklare i tilfeller der oppdragsgiver er i tvil om det foreligger et forbehold, men mener at dette sannsynligvis ikke er tilfelle, jf. Goller "Vesentlige avvik og forbehold" Tff 2011 s. 125. Det er ikke eksempler fra nemdspraksis som bygger på en slik tilnærming. En slik tilnærming synes imidlertid lagt til grunn i Borgarting lagmannsretts avgjørelse i LB-2008-610:

"Det forhold at de beste grunner taler for forståelsen at FFs anbud tilfredsstilte kravspesifikasjonen, får betydning for bedømmelsen av om staten kunne og burde ha søkt spørsmålet oppklart etter konkurransereglens punkt 2.14.(2).

Lagmannsretten ser det slik at det ville ha vært hjemmel både i punkt 2.14.(2) a) og b) for en oppklaring. Underpunkt a) gjelder oppklaring av uklarheter så langt uklarhetene ikke gir avvisningsplikt etter punkt 2.12. Lagmannsretten kan ikke se at en her sto overfor en form for uklarhet som kunne utløse plikt til avvisning etter noen av bestemmelsene i punkt 2.12. Henvendelsen til FF skulle ha til hensikt å få bekreftet, eller eventuelt avkreftet, en antakelse om at kravspesifikasjonen var blitt fulgt. Etter omstendighetene måtte staten ha kunnet fremlegge et slikt spørsmål til avklaring på en måte som ikke påvirket forholdet til konkurrentene i anbudet, jf. punkt 2.12.1.(1) c). Det dreier seg som nevnt ikke som en situasjon der FFs anbud inneholdt et avvik fra kravene, punkt 2.12.1.(1) d)."

- (36) Rettstilstanden når det gjelder den nærmere grensen for hvilke avklaringer som lovlig kan gjøres innenfor rammen av forhandlingsforbudet i § 12-1 er ikke avklart. Regelen er heller ikke videreført i den nye forskriften. Rettskildebildet åpner likevel for at det kan være rom for en nyansert tilnærming, og gode grunner taler for at det etter omstendighetene bør være anledning til å foreta avklaringer, i hvert fall i en situasjon som den foreliggende. Den klart mest nærliggende forståelsen av valgte leverandørs tilbud var at kostnader til fjerning av det farlige avfallet som var beskrevet i miljørapporten var inkludert i tilbudet. Valgte leverandørs svar om at "[v]i bekrefter at tilbud er levert iht til forespørsel fra Nesna Kommune" gjør det klart at dette var riktig – tilbudet inkluderte kostnadene til rivning i henhold til miljørapporten.

- (37) Innklagede har som nevnt sett det slik at forbeholdet må forstås som at kostnader til ytterligere tiltak som skal utføres utover det som fremgår av miljørapporten skal dekkes av oppdragsgiver. Et slikt forbehold kan ikke anses som et vesentlig forbehold, men et forbehold hvor priskonsekvensene må estimeres for å kunne ta stilling til om tilbudet må avvises i medhold av forskriften § 11-11 (1) bokstav f.
- (38) Det er også dette innklagede har gjort. Innklagedes beregning er gjort ut i fra valgte leverandørs kostnader til rivning og kostnadene til fjerning av farlig avfall. Innklagede har lagt til grunn at ikke mer enn 50 prosent av tilbudssummen kan knytte seg fjerning av farlig avfall, og at resten knytter seg til selve rivningsarbeidet. Videre legger innklagede til grunn at dersom det blir avdekket ytterligere farlig avfall, er det helt usannsynlig at dette vil utgjøre mer enn 50 prosent av det beløpet som i nåværende tilbud knytter seg til avdekket farlig avfall. Eventuelle tilleggskostnader for farlig avfall vil uansett ikke overstige differansen mellom valgte leverandørs tilbud og klagers tilbud. Klagers anførsler gir ikke grunnlag for å underkjenne denne vurderingen.
- (39) Det er for øvrig ikke anført, og klagenemnda har heller ikke grunnlag for å vurdere om forskjeller ved evalueringen av tilbydernes løsningsbeskrivelse ved tildelingskriteriet *"løsningsforslag"*, skulle kunne føre til at et annet prispåslag skulle kunne endre rangeringen av tilbudene.
- (40) Etter dette finner klagenemnda at forbeholdet ikke *"kan medføre tvil om hvordan tilbudet skal bedømmes i forhold til de øvrige tilbudene"*, jf. forskriften § 11-11 (1) bokstav f. Innklagede hadde dermed ikke plikt til å avvise valgte leverandør på dette grunnlag. Anførselen fører ikke frem.

Konklusjon:

Nesna kommune har ikke brutt regelverket for offentlige anskaffelser.

For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,

Karin Fløistad

Dokumentet er godkjent elektronisk