



Klagenemnda for offentlige anskaffelser

Saken gjelder: Avvisning av tilbud, uklart konkurransegrunnlag, bytte av underleverandør

Innklagede gjennomførte en åpen tilbudskonkurranse for anskaffelse av totalentreprise for utvidelse av tømmerkai på Ørstaterminalen. Klager anførte at valgte leverandørs tilbud skulle vært avvist som følge av et forbehold mot en kontraktsbestemmelse om ansvar for skade på tilliggende konstruksjoner. Forbeholdet besto i at kravet til ansvarsgrunnlag ble skjerpet fra uaktsomhet til grov uaktsomhet. Nemnda kom til at det måtte ha fremstått som klart for alle tilbyderne at dette var en mindre vesentlig kontraktsbestemmelse, og at risikoen for skade på tilliggende eiendom var marginal. Det var heller ingen holdepunkter for at noen av tilbyderne hadde priset inn noe risikotillegg. Forbeholdet hadde dermed ingen reell økonomisk verdi, og utgjorde ikke et vesentlig avvik. Klager fikk heller ikke medhold i at konkurransegrunnlaget var uklart eller at det var et brudd på regelverket at valgte leverandør skiftet underleverandør uten innklagedes godkjenning.

Klagenemndas avgjørelse 2. april 2019 i sak 2018/20

Klager: A. Våge AS

Innklaget: Ørsta kommune

Klagenemndas medlemmer: Halvard Haukeland Fredriksen, Georg Fredrik Rieber-Mohn og Jakob Wahl

Bakgrunn:

(1) På vegne av Ørsta kommune (innklagede) kunngjorde Norconsult AS 11. februar 2017 en åpen tilbudskonkurranse for anskaffelse av totalentreprise for utvidelse av tømmerkai på Ørstaterminalen. Anskaffelsens verdi ble i kunngjøringen estimert til 20 000 000 kroner. Tilbudsfristen var 3. april 2017.

(2) Konkurransegrunnlaget del I punkt 1.1 opplyste hvilke kontraktsbestemmelser som ville komme til anvendelse:

«Som kontraktsbestemmelser gjelder NS 8407 Alminnelige kontraktsbestemmelser for totalentrepriser med de korreksjoner som fremgår av del II -Kontraktsgrunnlaget, punkt B.2 Spesielle kontraktsbestemmelser.»

(3) Konkurransegrunnlaget del II punkt A.2 beskrev kontraktarbeidets omfang som følger:

«Eksisterende kai for Ørstaterminalen utvides ca 90 meter mot øst med en bredde på ca 18 meter og legges i forlengelsen (ut i sjø) av nabogrense gnr/bnr 50/2/1. Den nye kaien er tenkt utført med stålrørspeler som fundamenteres ned til fjell, rektangulære betongbjelker for opplegg av kaidekke, prefabrikkerte betongelementer lagt mellom bjelker, samt en stedstøpt betongplate over elementene. I tillegg skal det etableres en

lastfordelingsplate og landanker i bakkant av kaidekket. Kaien skal utstyres med pullerter for fortøyning av båter. Før etablering av kaidekket skal dagens fylling utvides, slik at en oppnår en tenkt kaibredde på ca 18 meter og en forenkling av dagens situasjon.

Entreprenør skal levere en komplett kaikonstruksjon og opparbeiding av terminalområdet i bakkant av den nye kaien. Kaien skal dimensjoneres for lagring, lasting og lossing av tømmer, samt være tilpasset for anløp av mindre cruiseskip.»

(4) I punkt C.3.3.1 fremgikk følgende:

«Grunnforhold i sjø:

Det er foretatt geoteknisk undersøkelse av område iht. geoteknisk datarapport fra Norconsult av 02.12.2016 (vedlegg 6). Det er påvist berg i alle borepunkt og løsmasser over berg varierer fra 0,3 - 2 meter i 5 av 6 borepunkt. Totalentreprenør skal legge rapport til grunn for videre prosjektering av fylling og kaikonstruksjon.

Grunnforhold i fylling:

Fylling bak planlagt kai er brukt som lagring av tømmer, og har på denne måte blitt tungt belastet over tid uten påviste problem eller skader. Det forutsettes at grunnen i dette området har kapasitet nok til å tåle også fremtidig belastning og bruk. Entreprenør er likevel ansvarlig for å utføre prøvetaking og kontroll av masser, og det kan være nødvendig å foreta noe masseutskifting i bærelag. Totalentreprenør skal medta alle nødvendige grunnarbeider knyttet til etablering av nytt kaidekke og bearbeidet landareal i bakkant av kai. Masser skal ha tilstrekkelig kapasitet til å tåle belastning fra tiltenkt bruk.»

(5) I punkt 6 «Tildelingskriterier» fremgikk det at kontrakt skulle tildeles det økonomisk mest fordelaktige tilbudet basert på «Pris» (85 prosent) og «Kvalitet» (15 prosent). Om evalueringen sto det følgende:

«I evalueringen av pris vil det bli tatt hensyn til følgende elementer:

- Tilbudspris korrigert for ev. regnefeil.*
- Oppdragsgivers vurdering av prisvirkning av ev. forbehold og avvik som ikke er av en karakter som gjør at tilbudet blir avvist. Vurderingen vil bli basert på en «worst-case» betraktning.»*

(6) Innklagede fikk inn fem tilbud innen tilbudsfristen, herunder fra A. Våge AS (klager) og PEAB/K. Nordang AS (valgte leverandør). Det ble gjennomført dialog med alle tilbyderne, som fikk mulighet til å levere reviderte tilbud.

(7) Valgte leverandørs reviderte tilbud inneholder følgende forbehold:

«Skader på tilliggende bygninger eller konstruksjoner som er forårsaket av våre arbeider og som ikke skyldes grov uaktsomhet kan ikke lastes entreprenøren.»

(8) Innklagede informerte i brev 26. mai 2017 om at kontrakten ble tildelt valgte leverandør. Klager påklaget tildelingsbeslutningen, som ble annullert ved e-post 30. juni 2017.

- (9) Etter ytterligere dialog med tilbyderne gjennomførte innklagede en ny evaluering av tilbudene. I brev 5. juli 2017 informerte innklagede om at valgte leverandør var tildelt kontrakten med en vektet score på 9,93 poeng, mens klager var rangert som nummer to med 9,79 poeng. Vedlagt tildelingsbrevet var en evalueringsrapport, utarbeidet av Norconsult AS, hvor det fremgikk følgende:

«TILBYDERS AVVIK OG FORBEHOLD

Iht. konkurransebeskrivelsen pkt. 4.2.1 skal alle avvik eller forbehold fremgå samlet i tilbudet som et eget vedlegg. Tilbydere kan ikke påberope avvik og forbehold som er beskrevet andre plasser i tilbudet. Det er ikke funnet noen avvik eller forbehold fra noen av tilbyderne.

Det er derimot funnet noen presiseringer og forutsetninger som enkelte tilbydere opplyser i tilbudsbrevene sine. Det anbefales derfor at oppdragsgiver tar opp dette med aktuell tilbyder ved kontraktsmøte.»

- (10) Kontrakt ble inngått med valgte leverandør 21. juli 2017.
- (11) Saken ble brakt inn for klagenemnda 19. januar 2018.
- (12) Nemndsmøte ble avholdt 1. april 2019.

Anførsler:

Klager har i det vesentlige anført:

- (13) Valgte leverandørs tilbud skulle vært avvist som følge av at det var tatt et vesentlig forbehold til kontrakten.
- (14) Konkurranses grunnlaget var uklart, noe som gjorde at tilbudene som kom inn, ikke inneholdt nok informasjon til å evaluere tilbudene i henhold til tildelingskriteriene.
- (15) Det utgjør et brudd på regelverket at valgte leverandør byttet underentreprenør etter at kontrakten var tildelt.

Innklagede har i det vesentlige anført:

- (16) Forbeholdet i valgte leverandørs tilbud innebærer ikke et vesentlig avvik.
- (17) Konkurranses grunnlaget er ikke uklart. Konkurransen gjelder en totalentreprise der leverandørene selv må gjøre de nødvendige vurderinger og tilby en løsning de mener vil gi en konkurransemessig fordel ut fra de angitte tildelingskriteriene og deres vekt.
- (18) Innklagede hadde ingen innvendinger mot at valgte leverandør skiftet underleverandør, og dette utgjør ikke et brudd på anskaffelsesregelverket.

Klagenemndas vurdering:

- (19) Klager har deltatt i konkurransen, og har saklig klageinteresse, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Konkurransen gjelder totalentreprise for utvidelse av tømmerkai, noe som er en bygge- og anleggsanskaffelse. Anskaffelsens verdi er i kunngjøringen estimert til 20 000 000 kroner. I tillegg til lov om offentlige anskaffelser 17. juni 2016 nr. 73 følger anskaffelsen etter det opplyste forskrift

om offentlige anskaffelser 12. august 2016 nr. 974 del I og II, jf. forskriften §§ 5-1 og 5-3.

Uklart konkurransegrunnlag

- (20) Klager anfører at konkurransegrunnlaget var uklart med hensyn til hva som skulle leveres, og hvordan dette ville bli evaluert. Dette innebærer et brudd på anskaffelsesloven § 4. Uklarhetene har ifølge klager medført at tilbudene ikke kan sammenlignes, og at klager har fått for lite uttelling for at deres tilbudte løsning inkluderer en rekke komponenter som ikke inngår i leverandørs tilbudssum.
- (21) Klagenemnda er ikke enig i at det var uklart hva som ville gi uttelling ved evalueringen. Kontrakten skulle tildeles det økonomisk mest fordelaktige tilbudet basert på «Pris» (85 prosent) og «Kvalitet» (15 prosent), og prisen skulle evalueres basert på den totale tilbudssummen. Konkurransen gjaldt en totalentreprise hvor de tekniske kravene og tegningsgrunnlaget var angitt i konkurransegrunnlaget del II. Utover dette sto leverandørene fritt til å tilby den løsningen de mente ville gi en konkurransemessig fordel. På bakgrunn av den opplyste vekten av tildelingskriteriene fremstår det klart at så lenge den tilbudte løsningen oppfyller kravene i konkurransegrunnlaget del II, skulle det svært mye til for at høyere tilbudt kvalitet eller annen meroppfyllelse ville kunne gi en konkurransemessig fordel som kunne veie opp for høyere pris. Klagers anførsel fører ikke frem.

Valgte leverandørs tilbud skulle vært avvist

- (22) Klager anfører at valgte leverandørs tilbud skulle vært avvist som følge av at det var tatt forbehold mot bestemmelsen i NS 8407 om at totalentreprenøren er ansvarlig for uaktsom skade på tilliggende konstruksjoner. Forbeholdet gikk ut på at det alminnelige erstatningsansvaret er erstattet med ansvar bare for skade voldt ved grov uaktsomhet.
- (23) Det følger av forskriften § 9-6 at oppdragsgiver skal avvise et tilbud som «*inneholder vesentlige avvik fra anskaffelsesdokumentene*». Ved vurderingen av om et avvik er vesentlig må det sees hen til om avviket forrykker konkurransen mellom tilbyderne, jf. eksempelvis klagenemndas avgjørelse i sak 2013/67.
- (24) Det følger av konkurransegrunnlaget at den eneste konstruksjonen i umiddelbar nærhet av den nye kaien, er den eksisterende kaien og et bakenforliggende lagringsområde for tømmer. Begge deler er slik nemnda forstår det eid av kommunen, slik at tilbyderne ved utformingen av tilbudet kunne legge til grunn at alle forhold ved disse konstruksjonene som har betydning for utførelsen av entreprisen, er opplyst om i konkurransedokumentene. Området bak den nye kaien er til dels omfattet av entreprisen, og entreprenørens ansvar og plikter ved håndteringen av dette området følger dermed av konkurransegrunnlaget. Det er for øvrig opplyst at området tåler høy belastning. Risiko for skade på eksisterende kai er ikke nevnt i konkurransedokumentene.
- (25) Basert på informasjonen i konkurransegrunnlaget må det ha fremstått klart for alle tilbyderne at totalentreprisen skulle utføres på et område som i liten grad hadde tilliggende konstruksjoner, og at risikoen for skade var liten. I lys av dette er det vanskelig å se hvordan forskjellen på alminnelig culpaansvar og ansvar for grov uaktsomhet skal kunne gi utslag i tilbyderens priser eller på annet vis være egnet til å gi valgte leverandør en konkurransefordel. Innklagede har også redegjort for at kommunens vurdering var at

det ut fra forholdende på utførelsesstedet normalt vil forutsette grov uaktsomhet dersom tilliggende konstruksjoner skal bli påført skade i forbindelse med arbeidene. Basert på denne vurderingen ble det lagt til grunn at forbeholdet ikke hadde noen reell økonomisk verdi.

- (26) Klager har på sin side ikke gitt noen indikasjoner på at risikoen for skade på tilliggende eiendom var et forhold som ble priset inn i selskapets tilbud. Klager har heller ikke på annen måte underbygget at forbeholdet utgjorde et konkurransefortrinn for valgte leverandør. Slik saken er opplyst, er det ikke holdepunkter for at forbeholdet ga valgte leverandør en konkurransefordel sammenlignet med de øvrige tilbyderne. Klagenemnda er av denne grunn kommet til at forbeholdet ikke kan karakteriseres som et vesentlig avvik.

Utskifting av underleverandør

- (27) Klager anfører at det utgjør et brudd på anskaffelsesreglene at valgte leverandør, etter at kontrakten var tildelt, erstattet underleverandør for peling med et nytt firma. Klager har i denne forbindelse vist til at innklagede ikke godkjente utskiftningen, slik som forutsatt i NS 8407 pkt. 10.3.
- (28) Anførselen er knyttet til innklagedes kontraktsoppfølging, og klager har ikke konkret begrunnet hvorfor dette utgjør et brudd på anskaffelsesregelverket. Klagenemnda er enig med innklagede i at skifte av underleverandør ikke kan anses som noen vesentlig endring av kontrakten. Klagers anførsel kan ikke føre frem.

Konklusjon:

Ørsta kommune har ikke brutt regelverket for offentlige anskaffelser.

For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,

Halvard Haukeland Fredriksen

Dokumentet er godkjent elektronisk