



Klagenemnda for offentlige anskaffelser

Saken gjelder: Avvisning av tilbud. Avlysning av konkurranse.

Innklagede gjennomførte flere konkurranser for inngåelse av kontrakt om bygging av samlokalisert fagskole og tannklinikk i Grimstad kommune. Klager ble tildelt kontrakt, men en av konkurransens øvrige tilbydere begjærte midlertidig forføyning og fikk medhold i at klagers tilbud inneholdt vesentlige avvik fra anskaffelsesdokumentene. Innklagede avviste derfor klagers tilbud og avlyste konkurransen. Klager var ikke part i forføyningssaken for tingretten og anførte for klagenemnda at tilbudet ble urettmessig avvist og videre at konkurransen ble urettmessig avlyst. Klagenemnda var enig med tingretten i at klagers tilbud inneholdt avvik fra anskaffelsesdokumentene, og klagenemnda fant at avviket ikke kunne anses ubetydelig. Anførselen om at avviket var vesentlig, og dermed også medførte avvisningsplikt, ble avvist som uhensiktsmessig for behandling i nemnda. Når klager ikke fikk medhold i at tilbudet ikke var urettmessig avvist, fant klagenemnda at heller ikke avlysningen av konkurransen var urettmessig.

Klagenemndas avgjørelse 27. januar i sak 2020/241

Klager: Consto AS

Innklaget: Agder Fylkeskommune

Klagenemndas

medlemmer: Finn Arnesen, Kristian Jåtog Trygstad og Elisabeth Wiik.

Bakgrunn:

- (1) Agder fylkeskommune (heretter *innklagede*) kunngjorde 29. september 2018 en åpen anbudskonkurranse for oppføring av en samlokalisert fagskole og tannklinikk i Grimstad kommune.
- (2) Innen tilbudsfristen mottok innklagede tilbud fra BRG Entreprenør AS (heretter *BRG*), Veidekke (heretter *Veidekke*) og Consto AS (heretter *klager*). Alle tilbudene ble avvist og innklagede avlyste konkurransen.
- (3) Den 27. mars 2019 inviterte innklagede de tre tilbyderne til en ny konkurranse med forhandling. I forkant av at invitasjonen ble sendt ut, gjorde innklagede visse endringer i konkurransegrunnlaget. Endringene besto i hovedsak av en reduksjon av kravet til antall parkeringsplasser på fagskoletomten, en åpning for å ta i bruk tilleggsareal og presiseringer vedrørende kravene til snumulighet for lastebil.
- (4) Endringen som er sentral for denne saken, gjaldt konkurransegrunnlagets del II, «*Detaljregulering*». Det fulgte blant annet av dette punktet at:

«I det videre listes viktige premisser som prosjektet må legge til grunn:

Postadresse
Postboks 511
Sentrum
5805 Bergen

Besøksadresse
Zander Kaaes gate 7
5015 Bergen

Tlf.: 55 19 30 00

E-post: post@knse.no
www.klagenemndssekretariatet.no

Det skal vises snumulighet for lastebil. Denne kan ikke kombineres med parkeringsplasser, da veien blir kommunal. Snumuligheter skal plasseres ved enden av kommunal vei.»

- (5) Den 7. mai 2019 sendte innklagede ut følgende presisering til konkurransegrunnlagets punkt om «*Snumulighet mm.*»:

«Kommunal vei slutter ved Fagskoletomten, og snumulighet for lastebil er krevd at skal legges inn på selve Fagskoletomten. Denne må anlegges slik at den ikke «blandes» med areal for persontrafikk eller parkeringsarealer for biler.»

- (6) Innklagede inviterte de tre tilbyderne til forhandlingsmøte 28. mai 2019, med frist for innlevering av reviderte tilbud 5. juni 2019. Ved tilbudsfristens utløp forelå reviderte tilbud fra samtlige tilbydere.
- (7) Den 7. juni 2019 meddelte innklagede at klager var innstilt som vinner av konkurransen.
- (8) BRG påklaget tildelingsbeslutningen 18. juni 2019, men innklagede fant verken grunnlag for å omgjøre denne eller avlyse konkurransen. Den 24. juni 2019 begjærte BRG midlertidig forføyning ved Aust-Agder tingrett, med krav om at innklagede unnlot å inngå kontrakt med klager inntil rettskraftig avgjørelse i hovedsaken forelå.
- (9) Muntlige forhandlinger i Aust-Agder tingrett ble avholdt 26. og 27. september 2019. Grunnlaget for hovedkravet var at klagers tilbud skulle vært avvist fra konkurransen fordi tilbudet inneholdt vesentlige avvik fra kravene i anskaffelsesdokumentene vedrørende snumulighet for lastebil.
- (10) Begjæringen ble tatt til følge i kjennelse av 7. oktober 2019, der BRG fikk medhold i at klagers tilbud inneholdt vesentlige avvik vedrørende snumulighet for lastebil, med den følge at innklagede ble forbudt å inngå kontrakt med klager. Kjennelsen ble ikke anket og BRG tok ikke ut stevning i hovedsaken innen fristen satt i kjennelsen, med den konsekvens at forføyningen falt bort.
- (11) Ved brev 5. november 2019 avviste innklagede klagers tilbud, med den begrunnelse at tilbudet inneholdt så vesentlige avvik fra konkurransegrunnlaget at det utløste avvisningsplikt. Dette var i tråd med tingrettens avgjørelse i forføyningssaken.
- (12) Ved brev av samme dato avviste innklagede også Veidekkes tilbud, også her med den begrunnelse at det forelå så store avvik fra konkurransegrunnlaget at det utløste avvisningsplikt.
- (13) Innklagede sto da igjen med tilbudet fra BRG, og besluttet derfor å avlyse konkurransen. I meddelelsen om avvisning og avlysning, datert 5. november 2019, fremgikk følgende:

«Det vises til tilbud inngitt av Consto AS i konkurranse for totalentreprise på bygging av fagskole og tannklinikk. Det vises videre til tildelingsbeslutning datert 7. juni 2019 hvor det er opplyst at Consto tildeles kontrakt.

BRG Entreprenør AS begjærte midlertidig forføyning mot Aust-Agder fylkeskommunes tildelingsbeslutning, med påstand om at det var begått en [feil] ved gjennomføring av konkurransen. Aust-Agder tingrett avsa sin kjennelse 7. oktober 2019 hvoretter fylkeskommunen forbys å inngå kontrakt med Consto. Det er tingrettens vurdering at

Constos tilbud skulle ha vært avvist fra konkurransen under henvisning til at det inneholder vesentlige avvik fra anskaffelsesdokumentene.

Fylkeskommunen har foretatt en fornyet vurdering av tingrettens kjennelse og det er foretatt en fornyet gjennomgang av tilbudet til Consto. Fylkeskommunen har på dette grunnlaget besluttet at tilbudet til Consto skal avvises fra konkurransen. I det følgende gis en nærmere begrunnelse for fylkeskommunens avvisningsbeslutning.

Fylkeskommunen har besluttet å avvise to av tre tilbud fra konkurransen. Fylkeskommunen har etter dette saklig grunn til å avlyse konkurransen. Ny anbudskonkurranse vil bli utlyst innen kort tid.»

- (14) Klager påklaget innklagedes beslutning om avvisning og avlysning i brev av 7. november 2019, men klagen ble ikke tatt til følge.
- (15) Klagen ble sendt til Klagenemnda for offentlige anskaffelser 10. mars 2020.
- (16) Nemndsmøte i saken ble avholdt 20. januar 2021.

Klager har i det vesentlige anført:

- (17) Innklagede har brutt regelverket ved å avvise klagers tilbud. Det foreligger ikke grunnlag for avvisning etter forskriften § 24-8 (1) bokstav b, da klagers tilbud ikke inneholder «*avvik fra anskaffelsesdokumentene*».
- (18) Dersom klagenemnda mot formodning kommer til at klagers tilbud inneholder avvik fra anskaffelsesdokumentene, anføres det subsidiært av avviket ikke er «*vesentlig*», jf. forskriften § 24-8 (2) bokstav a. Det er i høyden å anse som et ubetydelig avvik som uansett ikke kvalifiserer til avvisning etter § 24-8 (1) bokstav b og/eller § 24-8 (2) bokstav a.
- (19) Som følge av at klagers tilbud ikke inneholder «*vesentlige avvik fra anskaffelsesdokumentene*», ble også konkurransen urettmessig avlyst. Det forelå ikke «*saklig grunn*» til å avlyse konkurransen, jf. forskriften § 25-4 (1).

Innklagede har i det vesentlige anført:

- (20) Avvisningen av klagers tilbud er rettmessig, ettersom tilbudet inneholder «*avvik fra anskaffelsesdokumentene*». Tilbudet oppfyller ikke kravene som stilles til snuområdet for lastebil som følger av konkurranseprogrammet del II og vedlegg 20. Tilbudet oppfyller heller ikke kravene etter NS8407 om at entreprenøren skal sikre at det gis nødvendige tillatelser. Avvikene er hver for seg tilstrekkelige til at innklagede både kan og skal avvise tilbudet. Samlet sett er avvikene «*vesentlige*» og det forelå derfor en plikt til å avvise klagers tilbud. Klagers tilbudte løsning for snumulighet for lastebil vil hindre utkjøring fra parkeringsplassen. Det vises til tingrettens vurdering av dette, som også er lagt til grunn av innklagede ved avvisningen av klagers tilbud. Det har ikke fremkommet nye opplysninger i klagen som gir grunnlag for å tilsidesette tingrettens vurdering.
- (21) For det tilfellet at klagenemnda skulle komme til at det ikke foreligger «*vesentlige avvik*» i klagers tilbud, anføres det at innklagede hadde rett til å avvise tilbudet som følge av at det inneholdt avvik fra anskaffelsesdokumentene «*som ikke må anses ubetydelige*», jf. forskriften § 24-8 (2) bokstav a.

- (22) Ettersom avvisningen av klagers tilbud var rettmessig, forelå det «saklig grunn» til å avlyse konkurransen etter forskriften § 25-4 (1).

Klagenemndas vurdering:

- (23) Klager har deltatt i konkurransen, og har saklig klageinteresse, jfr. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Konkurransen gjelder oppføring av fagskole og tannklinikk, og er en bygg- og anleggsanskaffelse. I tillegg til lov om offentlige anskaffelser 17. juni 2016 nr. 73 følger anskaffelsen forskrift om offentlige anskaffelser 12. august 2016 nr. 974 del I og III, jf. forskriften §§ 5-1 og 5-3.
- (24) Klager anfører at innklagede urettmessig har avvist deres tilbud fra konkurransen, da klagers tilbud ikke inneholdt «vesentlige avvik fra anskaffelsesdokumentene», jf. forskriften § 24-8 (1) bokstav b.
- (25) Under henvisning til at dette spørsmålet var gjenstand for behandling i Aust-Agder tingrett i forbindelse med BRG sin begjæring om midlertidig forføyning, har innklagede fremholdt at klagen bør avvises som uhensiktsmessig for behandling etter klagenemndsforordningen § 9.
- (26) Det følger av klagenemndsforordningen § 6 (3) at dersom spørsmålet som er gjenstand for klagen er avgjort ved «dom» i første instans, kan ikke klagen tas til behandling. Den omstendighet at et spørsmål tidligere har vært behandlet som ledd i en midlertidig forføyning er imidlertid ikke i seg selv til hinder for at klagenemnda kan behandle saken. En slik forutgående domstolsbehandling kan imidlertid tilsi at saken er uhensiktsmessig for behandling i klagenemnda i henhold til klagenemndsforordningen § 9.
- (27) Tingretten fant at det forelå vesentlige avvik mellom klagers tilbud og konkurransegrunnlaget, slik at innklagede hadde plikt til å avvise klager etter forskriften § 24-8 (1) bokstav b, og avsa den 7. oktober 2019 slik kjennelse:
- 1. Agder fylkeskommune skal unnlate å inngå kontrakt med Consto AS inntil det foreligger en rettskraftig avgjørelse i hovedsaken.*
- 2. Den midlertidige forføyningen faller bort dersom BRG Entreprenør AS ikke har tatt ut stevning i hovedsaken innen to uker fra rettens forføyningskjennelse er rettskraftig.*
- [...]
- (28) BRG Entreprenør tok ikke ut søksmål innen fristen. Forføyningen falt dermed bort, og avvisningsbeslutning ble truffet 5. november 2019.
- (29) Gjennom sine anførsler inviterer klager klagenemnda til å ta standpunkt til de samme spørsmålene tingretten, etter muntlige forhandlinger, tok stilling til i forføyningssaken, og basert på samme faktum. Saken for klagenemnda skiller seg likevel fra forføyningssaken ved at klager ikke var part i denne.
- (30) Svaret på spørsmålet om klagers tilbud inneholder «avvik fra anskaffelsesdokumentene», beror på en tolkning av tilbudet i lys av konkurransegrunnlaget. Dette er en vurdering saksbehandlingsreglene for klagenemnda legger godt til rette for å foreta.

- (31) Det foreligger avvik mellom tilbud og konkurransegrunnlag dersom oppdragsgiver – ved å akseptere tilbudet – ikke kan kreve oppfyllelse i henhold til konkurransegrunnlaget.
- (32) I konkurransegrunnlaget var det angitt at snumulighet for lastebil *«kan ikke kombineres med parkeringsplasser, da veien blir kommunal. Snumuligheter skal plasseres ved enden av kommunal vei.»* Innklagede presiserte dette ved en tilføyelse til konkurransegrunnlaget den 7. mai 2019:

«Kommunal vei slutter ved Fagskoletomten, og snumulighet for lastebil er krevd at skal legges inn på selve Fagskoletomten. Denne må anlegges slik at den ikke «blandes» med areal for persontrafikk eller parkeringsarealer for biler.»

- (33) Klagers begrunnelse for at tilbudet ikke inneholder avvik, er at løsningen i tilbudet innebærer at lastebilene ved snuing benytter noen meter av parkeringsplassen, men ikke arealet på selve biloppstillingsplassene. Klager mener formuleringen om at snumulighet ikke må *«blandes»* med areal for persontrafikk eller parkeringsarealer, ikke kan anses som et minstekrav, men som en løsningsbeskrivelse. Til dette viser nemnda til tingrettens vurdering:

«Presiseringen den 7. mai 2019 utdyper kravene til snumulighet, og innebærer dessuten at det tvilsmoment som måtte ligge i om «parkeringsplasser» omfatter manøvreringsareal og tilkomst, er eliminert. Det er etter rettens syn klart at «parkeringsarealer» omfatter den plass man vil trenge for å manøvrere kjøretøyene inn og ut av parkeringsplassene. At kravene er absolutte, gjentas i presiseringen ved bruken av begrepet «må». Til bruken av begrepet «blandes» i presiseringen, som brukes med anførselstegn, kan ikke retten se at denne ordbruken bringer inn nevneverdig nytt sammenlignet med bruken av ordet kombineres under Detaljregulering. Verken bruken av blandes eller anførselstegnene gir objektive holdepunkter for at kravet er lempet ved presiseringen. Retten finner for øvrig at «persontrafikk» omfatter både gående, syklende og transport av personer med motoriserte kjøretøy.»

- (34) På denne bakgrunn kom tingretten til at anskaffelsesdokumentene må forstås slik at snuplass for lastebil verken kan plasseres på parkeringsplasser, manøvreringsarealet bilene trenger for å komme inn og ut av den enkelte parkeringsplass eller kjørearealet inne på området som er avsatt til parkeringsplasser. Nemnda slutter seg til tingrettens tolkning. Klagers tilbud inneholder dermed avvik fra anskaffelsesdokumentene.
- (35) Ved vurderingen av om avviket i klagers tilbud anses *«vesentlig»*, inngår blant annet momenter som avvikets størrelse, viktigheten av bestemmelsene det avvikes fra, om avviket er egnet til å forrykke konkurransen og i hvilken grad avviket kan prissettes, se eksempelvis Borgarting lagmannsretts avgjørelser i sakene LB-2015-72805 (*BT Signaal*) og LB-2017-94201. Vurderingen av om avviket i foreliggende sak er vesentlig, er lite egnet for skriftlig behandling. Deler av begrunnelsen for at avviket ble ansett vesentlig, er basert på vitneførsel om tekniske og faktiske forhold som nemnda ikke har tilgang til. Klagenemnda har derfor kommet til at denne anførselen avvises som uhensiktsmessig for behandling i nemnda, jf. klagenemndsforordningen § 9.
- (36) For klagenemnda har imidlertid innklagede anført at avvisningen under enhver omstendighet er i samsvar med forordningen § 24-8 (2) bokstav a, og derfor rettmessig. Bestemmelsen gir avvisningsrett ved avvik fra anskaffelsesdokumentene og uklarheter *«som ikke må anses ubetydelige»*.

- (37) Det avviket klagenemnda har konstatert at foreligger, jf. avsnitt 30 flg., kan ikke karakteriseres som ubetydelig. Klagenemnda finner derfor at innklagede hadde rett til å avvise klagers tilbud, og dermed at avvisningen ikke utgjør et brudd på anskaffelsesreglene.
- (38) Klagers anførsel om at det ikke forelå saklig grunn til å avlyse konkurransen, bygger på et premiss om at avvisningen av klagers tilbud var urettmessig. Når klagenemnda har funnet at avvisningen var rettmessig, kan heller ikke denne anførselen føre frem.

Konklusjon:

Agder Fylkeskommune har ikke brutt regelverket for offentlige anskaffelser ved å avvise klagers tilbud og avlyse konkurransen.

For klagenemnda for offentlige anskaffelser,

Finn Arnesen

Dokumentet er godkjent elektronisk