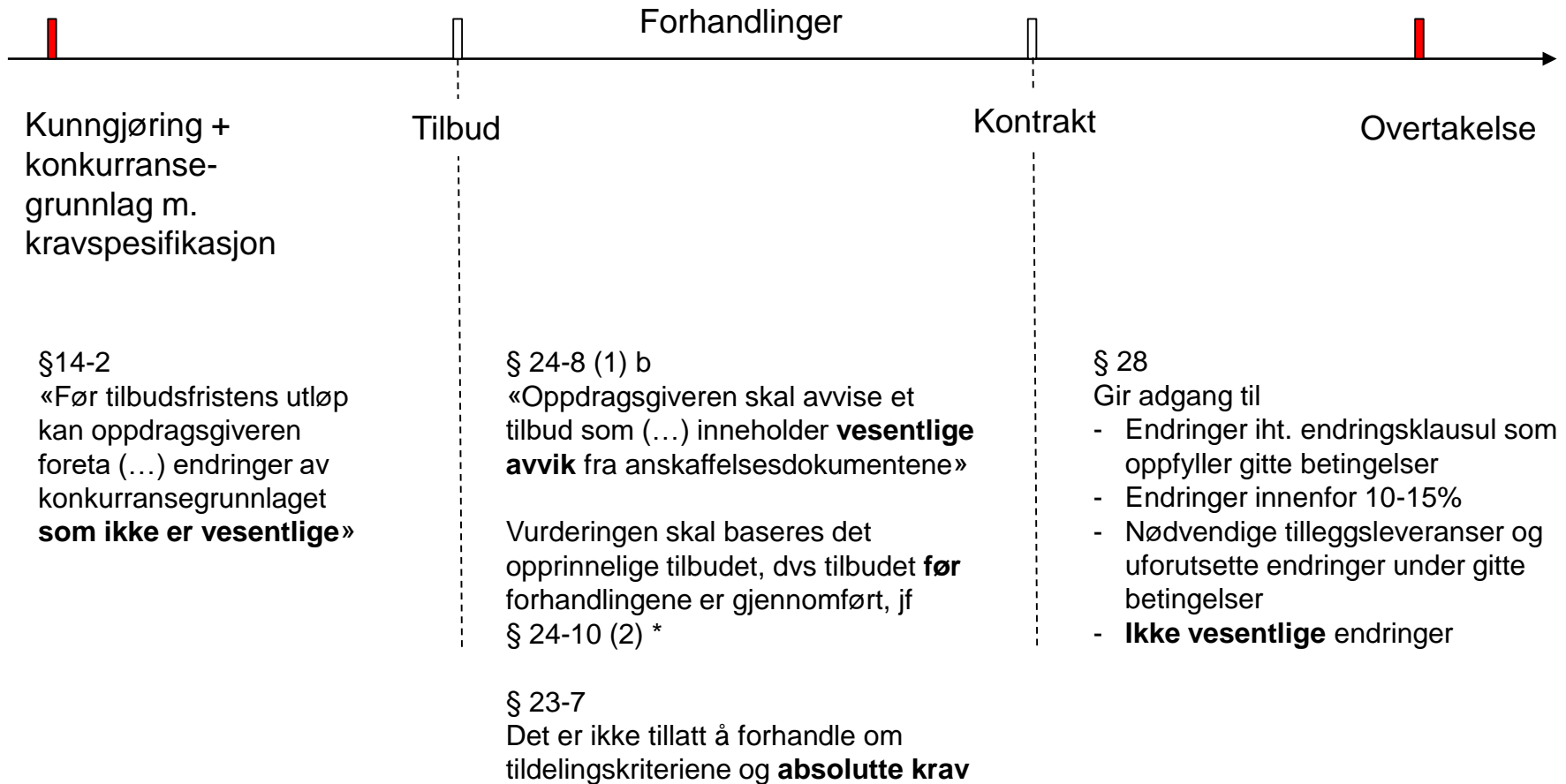
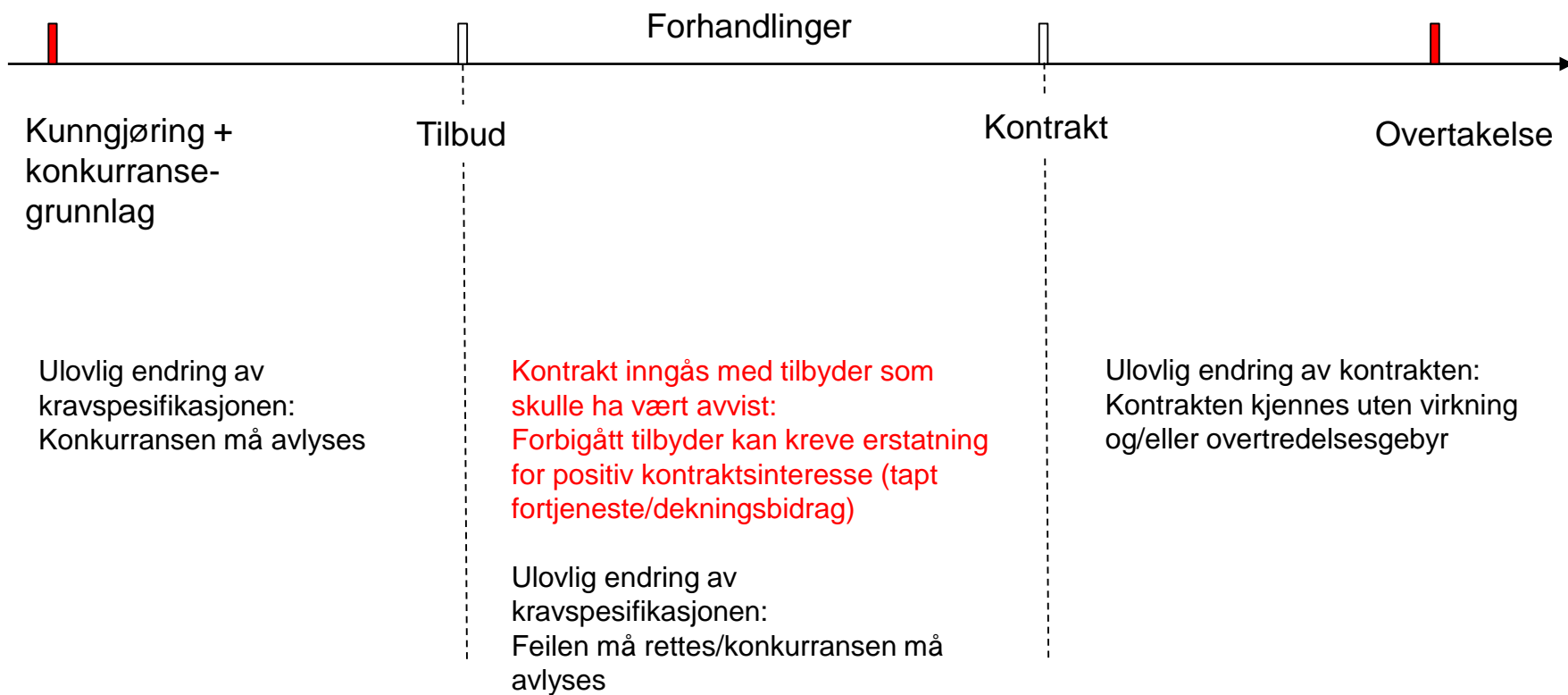


# Minstekrav og vesentlige avvik





\* Jf C-561/12. Annen regel i del II (og i Danmark !, jf dansk veileder pkt 10.5.6)





**Ikke spørsmål om avviket er «vesentlig», men om avviket gjelder et «bindende krav», jf bl.a C-561/12:**

SVV i Estland arrangerte konkurranse med forhandling. Kravspesifikasjonen:

- Bredden på midtrabatten skulle være 13,5m de første 5 km og 6m de siste 8 km.
- Ikke adgang til å gi alternative tilbud.
- Tildelingskriteriet var lavest pris.

Én av tilbyderne baserte tilbudet på at midtrabatten var 6m på hele strekningen. Estisk HR stilte fire spørsmål til EU-domstolen. Spørsmål nr 1 lød:

*«Skal artikkel 30, stk 2 i [direktiv 2004/18] fortolkes således, at en ordregivende myndighet kan føre forhandlinger med tilbudsgiverne om tilbud, som ikke svarer til de bindende krav, der er fastsat i kontraktens tekniske spesifikasjoner?»*

EU-domstolen innledet med å bemerke at direktivet ”**i bestemte tilfelle** tillader anvendelsen av et udbud med forhandling henblik på at tilpasse de af tilbudsgiverne afgivne bud til de krav, der er stillet i udbudsbekentgørelsen, i udbudsbetingelserne og i eventuelle supplerende dokumenter, og for at finde frem til det bedste tilbud”

Deretter uttaler domstolen følgende:

”Selv om den ordregivende myndighed råder over en forhandlingsbeføjelse inden for rammerne af et udbud med forhandling, er den således stadig forpligtet til at drage omsorg for, at **de krav i kontrakten, som den har givet en bindende karakter**, bliver overholdt. Hvis dette ikke var tilfældet, ville princippet om, at de ordregivende myndigheder handler på en gennemsigtig måde, blive tilsidesat, og det formål, der er anført i denne doms foregående præmis, ville ikke kunne blive opfyldt.

Hvis det anerkendtes, at et bud, der ikke var i overensstemmelse med de bindende betingelser, kunne antages med henblik på en forhandling, ville fastsættelsen af bindende betingelser i udbuddet i øvrigt miste enhver virkning, og det ville ikke være muligt for den ordregivende myndighed at forhandle med tilbudsgiverne på et for disse fælles grundlag baseret på de nævnte betingelser og følgelig at behandle disse lige.

Henset til ovenstående betragtninger skal det første spørgsmål besvares med, at artikel 30, stk. 2, i direktiv 2004/18 ikke tillader en ordregivende myndighed at føre forhandlinger med tilbudsgiverne om tilbud, som ikke opfylder de bindende krav, der er fastsat i udbuddets tekniske specifikationer.”

Kofa 2008/58 avsnitt 46:

*«Ved vurderingen av om avviket er vesentlig må det ses hen til blant annet hvor stort avviket er, hvor viktig forholdet det avvikes fra er, og i hvilken grad et avvik vil kunne forrykke konkurransen. Der oppdragsgiver uttrykkelig har benevnt et forhold som et minstekrav, vil vilkåret i hvert fall som et klart utgangspunkt være oppfylt.»*

Kofa 2016/138 avsnitt 29:

*«Det følger av praksis fra EU-domstolen at oppdragsgiver er forpliktet til å sikre oppfyllelse av «the terms and conditions of the tender specifications, which they have freely chosen to make mandatory», jf. Underrettens avgjørelse i sak T-40/01 (Scan Office Design) premiss 76. Hvorvidt oppdragsgiver har oppstilt et ufravikelig krav, beror på en konkret tolkning av det aktuelle kravet. Oppdragsgivers formulering av kravet vil her være av betydning. **Det avgjørende er imidlertid om konkurransegrunnlaget samlet sett må forstås slik at manglende oppfyllelse av kravet uten videre vil medføre avvisning**, jf. klagenemndas sak 2013/139 (KOFA-2013-139) premiss 31.»*

Spørsmålet er altså:

Må konkurransegrunnlaget **samlet sett** forstås slik at manglende oppfyllelse av kravet **uten videre** vil medføre avvisning?

Oslo tingrett – TOSLO-2016-67346

- Jernbaneverket (JBV) hadde tildelt kontrakt for tunnelarbeid i Ekebergåsen til Condotte («Drill&Blast»)
- JBV arrangerte deretter konkurranse for etablering av jernbane fra Ekebergåsen til Sentralbanestasjonen («Civil»)
- Kravspesifikasjonen for Civil fastsatte at det skulle utføres spesifikke tiltak for å sikre fjellet over tunnelarbeidene i Drill&Blast.
- Tilbyder nr 1, Skanska priset angitt løsning
- Tilbyder nr 2, Condottes tilbud var basert på en alternativ løsning: Entreprenøren valgte en teknikk for fremføring av tunellen i Drill&Blast-kontrakten som fjernet behovet for å gjøre tiltak i Civil-kontrakten.

Konklusjon: Tilbudet fra Condotte var i strid med et «absolutt minstekrav» og skulle ha vært avvist. Kr 305 mill i erstatning til Skanska (positiv kontraktsinteresse).



## Eidsivating lagmannsrett – LE-2015-102226

Lørenskog kommune inviterte til åpen anbudskonkurranse om samspillentreprise for oppføring av ny skole. Kravspesifikasjonen anga at «bygget med tilhørende uteområde skal prosjekteres i samsvar med detaljreguleringsplan for Ødegården». Hents prosjektforslag inneholdt følgende avvik:

- Byggets nordøstre hjørne lå utenfor byggegrensen i reguleringsplanen (ca 27-36 m<sup>2</sup> dvs 1% av total byggeflate)
- Bygget overskred maksimal byggehøyde i reguleringsplanen
- Bekken var lagt i rør under store deler av eiendommen noe som var i strid med kravene i reguleringsplanen

Konklusjon: Ovennevnte var samlet et vesentlig avvik. Kr 20 mill i erstatning til Seby (positiv kontraktsinteresse).

## Borgarting lagmannsrett – LB-2015-72805

Statens vegvesen (SVV) inviterte til anbudskonkurranse om anskaffelse av ny IKT-løsning for bompengebetaling. Kravspesifikasjonen anga at SVV skulle ha «opphavsrett og alle andre immaterielle rettigheter» til den programvaren som leverandøren utviklet i oppdraget. Leverandøren skulle ha risikoen for at løsningen tilfredstilte norske krav.

IBMs tilbud og kontrakten inneholdt forbehold mht ovennevnte krav. Etter å ha gjennomført forhandlinger (!) aksepterte SVV å ha «delt opphavsrett» med IBM og at SVV skulle redegjøre for aktuell lovgivning, og ha risiko for feil og ufullstendige råd.

Konklusjon: Ovennevnte var samlet et vesentlig avvik. Kr 25 mill i erstatning til BT Signal (positiv kontraktsinteresse).

Eidsivating lagmannsrett – LE-2014-188806 (forføynings sak)

Kongsvinger kommune inviterte til begrenset anbudskonkurransen om samspillentreprisen for oppføring av ny skole. Kravspesifikasjonen anga at prosjektet hadde en økonomisk ramme på maks 250 millioner kroner eks. mva.

Gunstigste tilbud hadde en totalpris på kr 228 mill. Byggherrekostnadene ble beregnet til 67 mill. Samlet prosjektkostnad ville altså bli 295 mill, hvilket var 33 mill over justert ramme. Kommunen planla å håndtere denne overskridelsen ved å «ta ned» kontraktssummen med 15 mill i samspillfasen samt øke budsjettet med 18 mill.

Konklusjon: Tiltakene er en vesentlig endring og ulovlig. Beslutningen om å inngå samspillkontrakt med Ø.M. Fjeld settes til side.

Kofa 2015/17 (se også 2014/34)

Helse Bergen HF inviterte til åpen anbudskonkurranse om levering av operasjonslamper og undersøkelseslamper.

Kravspesifikasjonen var inndelt i

- A-krav = «Minstekrav»: «Obligatorisk (skal oppfylles i sin helhet). Besvarelse av minstekrav vil legges til grunn for Oppdragsgivers vurdering og konklusjon ja eller nei mht. hvorvidt kravet er oppfylt».
- B-krav = «Bør-krav»: «B-krav er undermomenter til tildelingskriteriene som annonsert i kap. 6 og er relatert til et tildelingskriterium. Besvarelse av evalueringskrav vil ligge til grunn for Oppdragsgivers evaluering og poengsetting».

Et av A-kravene var at de tilbudte lampearmene skulle ha en totallengde på minimum 1700 mm. Ingen av tilbyderne kunne tilby dette. Armene var fra 5-10% for korte.

Konklusjon: «Slik konkurransegrunnlaget var utformet i foreliggende sak, der innklagede uttrykkelig hadde angitt at krav som var merket med bokstav «A» («minstekrav») var obligatoriske og skulle oppfylles i sin helhet, finner klagenemnda at manglende oppfyllelse av dette kravet utgjør et «vesentlig avvik», jf. forskriften § 20-13 (1) bokstav e.»

Kofa 2013/139

Sandnes kommune inviterte til åpen anbudskonkurranse om rammeavtale for medisinteknisk utstyr og tekniske hjelpemidler.

«For de etterspurte produktene var nærmest samtlige krav oppstilt i kolonnen som var benevnt minstekrav. I konkurransegrunnlaget var det opplyst at tilbud som inneholdt vesentlige forbehold eller avvik fra minstekrav, *kunne* avvises, og at vesentlige avvik fra kravspesifikasjonen *vil kunne* føre til at tilbudet forkastes. Konkurransegrunnlaget var dermed lagt opp slik at avvik fra minstekrav ikke nødvendigvis ville bli ansett som vesentlige. Innklagede hadde også i konkurransegrunnlaget tatt høyde for at mangler ved tilbudte produkt i tilbudsskjemaet og kravspesifikasjonen, *ville føre til trekk i vurderingen* av tildelingskriteriet produktkvalitet. Det var dermed også kommunisert at mangler ved produktene i forhold til de angitte minstekravene kunne aksepteres.

Innklagedes *svar på spørsmålet* som ble stilt til post 31 i dokumentet benevnt «Spørsmål og svar» gir også uttrykk for at de angitte minstekrav ikke var ufravikelige. I spørsmålet fremgikk det at vanlige smertepumper i markedet ikke hadde luftdetektor, men at det ble antatt at vanlig smertepumpe var det som ble etterspurt. Ved å bekrefte at «vi ønsker vanlig sprøyte/smertepumpe», ga dermed innklagede uttrykk for at avvik fra krav om luftdetektor var akseptabelt og ikke ble regnet som vesentlig. At innklagede benevnte kravene til produktene i konkurransegrunnlaget som minstekrav, er upresist, men det fremkom likevel tilstrekkelig klart at ethvert avvik fra produktkravene ikke kunne regnes som vesentlig.»

## Totalentreprisekonkurranse med prosjektforslag

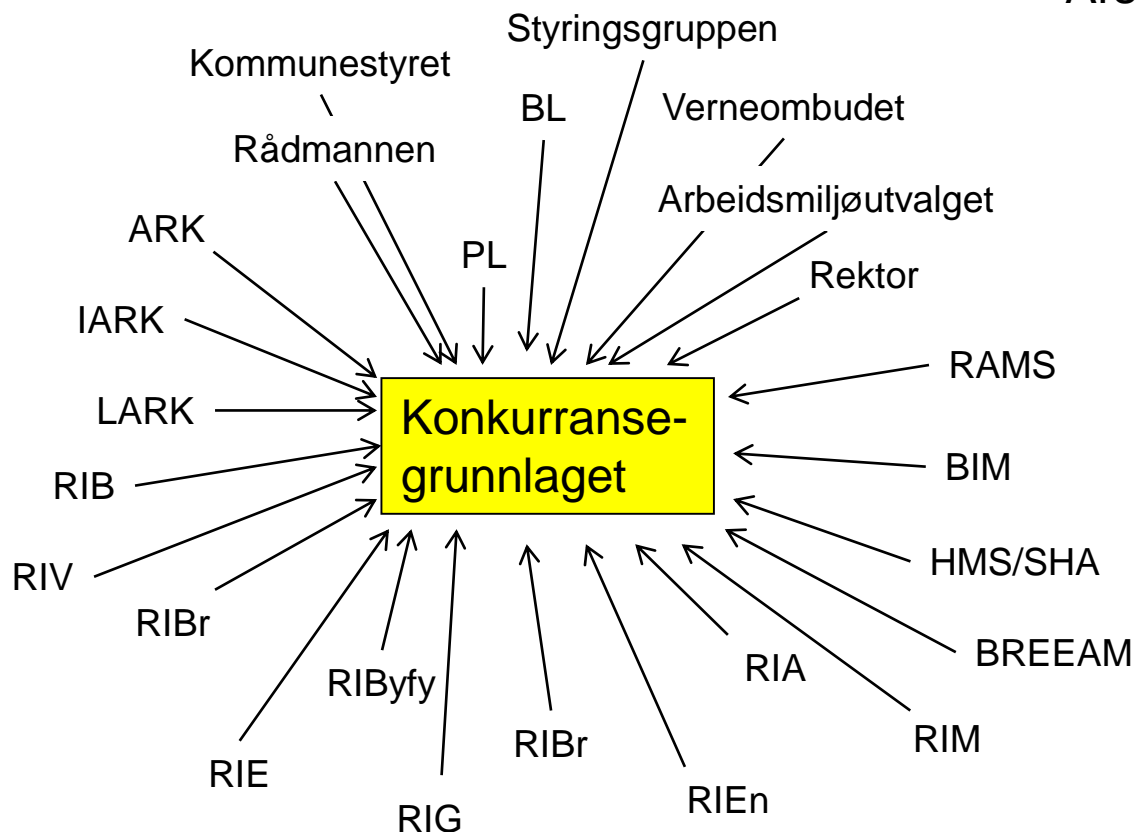
I notat som ligger som vedlegg til kravspesifikasjonen settes krav til at bygget skal bli sertifisert med ratingen «Breeam Excellent». Breeam er et verktøy for å måle et byggs samlede miljøpåvirkning, og klassifiseringen beror på 10 ulike delkriterier, herunder energibruk, transport, arealbruk og forurensning. Normalt vil lav score på enkelte forhold, kunne oppveies med høy score på andre, men i notatet angis at visse av poengkravene for delkriteriene er absolutte og ikke kan fravikes, f.eks at bygget skal ha 2 poeng for klimagassberegning.

Hvis ovennevnte skal tas på ordet fratras entreprenøren muligheten til å benytte betong og stål i bærende konstruksjoner. Kravspesifikasjonen for øvrig gir imidlertid inntrykk av at stål og betong i bærende konstruksjoner er OK, og til og med vil telle positivt i evalueringen av prosjektforslaget fordi det gir større generalitet, fleksibilitet og elastisitet, noe som er sentrale tildelingskriterier.

Noen tilbydere baserer sitt prosjektforslag på bærekonstruksjoner i tre. Andre i stål og betong.



Kravspesifikasjonen er formulert slik at den gir oppdragsgiver for lite handlingsrom – gode tilbud må avvises av (berettiget) frykt for at konkurrentene krever og får medhold i (store) erstatningskrav.



1. Kravspekken lages normalt av mange ulike aktører. Enkelte har sterke særinteresser, jf fig. ovenfor
2. Lang tradisjon i byggebransjen for å gi en detaljert beskrivelse av de spesifikke tekniske løsningene som skal leveres. Ikke vanlig å åpne for alternativer, og/eller å angi målet med anskaffelsen, f.eks angi funksjonskrav.
3. Manglende kunnskap om hvor lite handlingsrom anskaffelsesregelverket kan gi til å velge andre (og bedre) løsninger enn de som er spesifisert, særlig når kravene angis som «mistekrav», «absolutte krav», «skal og bør-krav» osv.



## Organisering av arbeidet

- Det må utarbeides en strategi for å sikre nødvendig handlingsrom før arbeidet med kravspesifikasjonen iverksettes. Problemområdene må identifiseres.
- Alle som utarbeider bidrag til kravspesifikasjonen må gjøres kjent med de sentrale «kjørereglene» for arbeidet
- Én person må gjennomgå konkurransegrunnlaget utelukkende med sikte på å kontrollere at oppdragsgiver har nødvendig handlingsrom

## Kravspesifikasjonen

- Vurder å beskrive ytelsen gjennom å angi målet (f.eks funksjonskrav) i stedet for å beskrive spesifikke løsninger.
- Gi anledning til å gi tilbud på alternative løsninger eller tilbud som avviker fra rammebetingelsene, og angi minstekrav til slike, samt ta med et tildelingskriterium hvor slike tilbud kan evalueres. I hvert fall der det er mulighet for at tilbyderer finner på bedre løsninger enn hva du har gjort, eller hvor det kan vise seg å være fornuftig å tøyne rammebetingelsene.
- Ikke bruk betegnelsene «minstekrav» eller «absolutt krav» med mindre du er sikker på at oppdragsgiver aldri vil akseptere et tilbud som avviker fra kravet - uansett hvor gunstig tilbudet er mht funksjon, leveringstid eller pris.
- Ikke skill mellom «skal og bør krav» uten å presisere at også skal-kravene kan fravikes. Tenk gjennom hvordan eventuelle avvik skal evalueres (beregne pristillegg eller evaluering iht. eget tildelingskriterium)

## Fristene

- Angi realistiske frister.
- Alternativt: Angi ønsket sluttdato og gi anledning til å gi tilbud med senere sluttdato innenfor en angitt periode, samt ta med et tildelingskriterium hvor fremdrift kan evalueres.

## Vederlagsmodellen

- Angi en realistisk vederlagsmodell. Ikke be om fastpris eller takpris når det er umulig å gi slik pris uten å gjøre «vesentlige endringer» i prisgrunnlaget.

## Kontraktsbestemmelsene

- Angi velkjente og/eller balanserte kontraktsbestemmelser.
- Alternativ: Angi hvilke spesifikke bestemmelser som kan fravikes, samt et tildelingskriterium hvor forholdet kan evalueres. (Jeg er usikker på hvor langt man kan gå her...)

## Tildelingskriteriene

Når det arrangeres idekonkurranser eller på annen måte konkurreres om løsninger bør «avvik fra programkrav» e.l. være et tildelingskriterium. Det kan med fordel gis retningslinjer for vurderingen av et slikt tildelingskriterium, f.eks:

- I hvilken grad kompenseres avvikene av andre tiltak i bygget
- Sannsynligheten for at myndighetene vil kunne godkjenne avviket
- I hvilken grad avvikene strider mot de grunnleggende målsettingene ved bygget/anlegget

Kort sagt: Når du skal utarbeide et konkurransegrunnlag, må du alltid spørre deg selv...

**Hva hvis ....?**

Takk for oppmerksomheten