



Klagenemnda for offentlige anskaffelser

Saken gjelder: Avvisning av tilbud og de generelle kravene i § 4

Innklagede gjennomførte en konkurranse for prosjektering og bygging av en barnehage. Klagenemnda kom til at innklagede hadde brutt forskriften 20-13 (1) bokstav e ved ikke å avvise valgte leverandørs tilbud som følge av manglende oppfyllelse av konkurransegrunnlagets krav til ferdigstillellesdato. Klagers øvrige anførsler ble ikke behandlet.

Klagenemndas avgjørelse 23. januar 2019 i sak 2017/132

Klager: Skanska Husfabrikken AS

Innklaget: Oslo kommune

Klagenemndas

medlemmer: Finn Arnesen, Kristian Jåtog Trygstad og Jakob Wahl

Bakgrunn:

- (1) Oslo kommune (heretter innklagede) kunngjorde 29. juni 2016 en åpen anbudskonkurranse for prosjektering og bygging av Marmorberget barnehage. Anskaffelsens verdi var estimert til mellom kroner 45 000 000 og kroner 49 000 000. Tilbudsfristen var 29. august 2016.
- (2) Innklagede mottok to tilbud innen tilbudsfristen, fra Skanska Husfabrikken AS (heretter klager) og Hent AS. Begge tilbudene ble avvist på grunn av vesentlige avvik fra kravspesifikasjonene. Innklagede avlyste på denne bakgrunn konkurransen med henvisning til forskriften (2006) § 22-1 (1).
- (3) Med henvisning til forskriften § 14-4 bokstav a benyttet innklagede deretter konkurranse med forhandling uten kunngjøring for å anskaffe barnehagebygget. De to deltagerne i den opprinnelige konkurransen, klager og Hent AS (heretter valgte leverandør) ble invitert til å delta i konkurransen 22. november 2016. Invitasjonen ble sendt ut sammen med revidert konkurransegrunnlag. Av invitasjonen fremgikk følgende:

«Etter FOA § 14-4 bokstav a kan oppdragsgiver benytte konkurranse med forhandling uten forutgående kunngjøring der tilbudene i en forutgående åpen anbudskonkurranse er uakseptable i henhold til krav fastsatt i samsvar med § 17-4 (kvalifikasjonskrav) til § 17-14 (Skatteattest), § 20-1 (fremgangsmåte ved valg av leverandører og tildeling av kontrakter), § 20-3 (avvik), § 20-4 (alternative tilbud), § 22-2 (kriterier for valg av tilbud). Videre forutsetninger for gjennomføring av forhandlinger er at det ikke foretas vesentlige endringer i de opprinnelige kontraktsvilkår og at alle leverandørene som oppfyller kravene for deltakelse i konkurransen, og som i den forutgående konkurransen har avgitt tilbud i samsvar med anskaffelsesprosedyrens formelle krav, inviteres til å delta.»

Postadresse

Postboks 511 Sentrum
5805 Bergen

Besøksadresse

Zander Kaaes gate 7
5015 Bergen

Tlf.: 55 19 30 00

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

- (4) Tilbudsfristen var satt til 16. januar 2017, men denne ble senere forlenget til 23. januar 2017.
- (5) I konkurransegrunnlaget punkt 1.4.1 Kontraksperiode, ble det opplyst at barnehage og utomhusområde «*skal overtas av byggherre senest 22.12.2017.*» Denne datoen var lik ferdigstillelsesdatoen som var oppgitt i konkurransegrunnlaget for den åpne anbudskonkurransen som hadde blitt avlyst.
- (6) Begge leverandørene leverte tilbud innen fristen.
- (7) Deretter avholdt innklagede forhandlinger med hver enkelt leverandør per telefon 31. januar 2017. Ifølge referatene fra telefonmøtene ble begge leverandørene i telefonsamtale opplyst om innklagedes budsjetttramme. Av referatet fremgår det videre at en representant for innklagede «*gir beskjed om at vi ikke tror det er mulig å gjennomføre prosjektet innen 2017. Sier at de kan gå litt inn i 2018.*» Det er opplyst at begge leverandørene fikk informasjon om overtagelsesdatoen angitt i konkurransegrunnlaget kunne skyves noe på.
- (8) Klager innga revidert tilbud 7. februar 2017. Valgte leverandør leverte revidert tilbud 15. februar 2017. I valgte leverandørs reviderte tilbud var det angitt at fysisk avslutning skulle skje i uke 15, 2018, og i den tentative fremdriftsplanen var det angitt at «*trimmet*» ferdigstillelse og overlevering var henholdsvis 16. og 17. mai 2018. Klager hadde i sitt tilbud angitt 22. desember 2017 som overtagelsestidspunkt for bygg og utomhus.
- (9) Totalt fikk valgte leverandør 9,58 vektete poeng og klager fikk 9,45 poeng. Valgte leverandør ble tildelt kontrakten, og kontrakt ble inngått 5. mai 2017.
- (10) Klager brakte saken inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser 6. september 2017.
- (11) Nemndsmøte i saken ble avholdt 21. januar 2019.

Anførsler:

Klager har i det vesentlige anført:

- (12) Valgte leverandørs tilbud skulle ha vært avvist som følge av at selskapet tilbød overtagelse 18. mai 2018 og ikke 22. desember 2017, slik konkurransegrunnlaget krevde. Kravet til overtagelsesdato fremstår som et absolutt krav. Dermed er avviket vesentlig og skulle medført avvising, jf. forskriften § 20-13 (1) bokstav d og/eller bokstav e. Selv om kravet ikke skulle anses som absolutt, er det likevel et vesentlig avvik, ettersom det medfører risiko for at leverandøren får en konkurransefordel.
- (13) Det er ikke relevant for saken at innklagede muntlig opplyste om at tilbyderne kunne «*gå litt inn i 2018*». I den grad innklagede i det hele tatt kunne gi nye frister, kan det ikke være tale om så mange uker som ble gitt i utsettelse av frist for ferdigstillelse.
- (14) Basert på resultatet klagenemnda har kommet til nedenfor, gjengis ikke partenes øvrige anførsler.

Innklagede har i det vesentlige anført:

- (15) Det bestrides at valgte leverandørs tilbud skulle ha vært avvist som følge av at det opprinnelige tidspunktet for ferdigstillelse ikke ble opprettholdt i valgte leverandørs tilbud. Innklagede forstod etter mottak av første tilbud i konkurransen med forhandling

at ferdigstillelsesfristen måtte forskyves. Det ble derfor åpnet for at ferdigstillingen kunne forskyves ut i 2018, og begge leverandører fikk beskjed om dette. Dette er også i tråd med den opprinnelige forutsetningen for konkurransen hva gjelder byggetid. Ordbruken «*litt inn i 2018*» må forstås som innenfor første halvdel av 2018. Valgte leverandørs byggetid stemte dessuten overens med gjennomføringstiden som det var lagt opp til i den opprinnelige konkurransen.

Klagenemndas vurdering:

- (16) Klager har deltatt i konkurransen, og har saklig klageinteresse, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Konkurransen gjelder prosjektering og bygging av Marmorberget barnehage, som er en bygge- og anleggsanskaffelse. Anskaffelsens verdi var estimert til mellom kroner 45 000 000 og 49 000 000.
- (17) Konkurransen ble først kunngjort 29. juni 2016. Begge leverandørene som innga tilbud ble imidlertid avvist og konkurransen avlyst. Innklagede benyttet deretter konkurranseformen konkurranse med forhandling uten kunngjøring. Konkurransesgrunnlaget ble sendt til de to deltagerne i den opprinnelige konkurransen 22. november 2016. I tillegg til lov om offentlige anskaffelser 16. juli nr. 69 følger anskaffelsen etter det opplyste forskrift om offentlige anskaffelser 7. april 2006 nr. 402 del I og III, jf. forskriften §§ 2-1 og 2-2.

Ferdigstillelsesdato

- (18) Klager anfører at valgte leverandørs tilbud skulle ha vært avvist på grunn av manglende oppfyllelse av konkurransegrunnlagets krav til ferdigstillelsesdato. Etter forskriften § 20-13 (1) bokstav e, skal tilbud avvises når «*det inneholder vesentlige avvik fra kravspesifikasjonene i kunngjøringen eller konkurransegrunnlaget*».
- (19) I konkurransegrunnlaget fremgikk det at barnehagen med utomhusområde «*skal overtas av byggherre senest 22.12.2017*».
- (20) Etter å ha mottatt tilbud fra begge leverandører, avholdt innklagede telefonmøter med leverandørene. Ifølge referatet fra telefonsamtalen med klager, som ble avholdt 31. januar 2017, fikk klager beskjed om at innklagede ikke trodde det var mulig å gjennomføre prosjektet innen 2017, og at «*de kan gå litt inn i 2018*». Det er opplyst at begge leverandørene fikk informasjon om at overtagelsesdatoen angitt i konkurransegrunnlaget kunne skyves noe på. Det følger av valgte leverandørs tilbud at «*trimmet*» ferdigstillelse og overlevering var henholdsvis 16. og 17. mai 2018. Spørsmålet er om dette representerer et avvik, og om avviket i tilfelle må anses vesentlig.
- (21) Ved avgjørelsen av hvordan konkurransegrunnlaget skal forstås, må det anlegges en objektiv fortolkning. Det samme gjelder etterfølgende endringer og presiseringer av konkurransegrunnlaget, se til sammenligning Rt. 2014 side 866, som gjaldt en kontrakt om drift av ferjesamband inngått etter en konkurranse med forhandlinger.
- (22) Konkurransereformen i foreliggende sak var en konkurranse med forhandling etter en forutgående anbudskonkurranse. Foranledningen var at begge tilbudene ble avvist på grunn av vesentlige avvik fra kravspesifikasjonene. For slike konkurranser er det en forutsetning «*at det ikke foretas vesentlige endringer i de opprinnelige kontraktsvilkår*», hvilket også ble tilkjennegitt overfor leverandørene i invitasjonen til å delta i

konkurransen. Forutsetningen er videre, hvilket også fremgikk av invitasjonen, at leverandørene i den forutgående konkurransen ble invitert til å delta. Det er dette som berettiger unntaket fra kunngjøringsplikten – den nye konkurransen er en videreføring av den opprinnelige, og formålet med forhandlingene er primært at det er tilbudene som skal endres slik at de er i tråd med konkurransegrunnlaget.

- (23) Med dette som bakgrunn er det, med unntak av de endringer som faktisk var gjort i konkurransegrunnlaget, naturlig for leverandørene å gå ut ifra at det her var tale om en videreføring av den opprinnelige konkurransen. Konkurransegrunnlagets angivelse av at barnehagen med utomhusområde «*skal overtas av byggherre senest 22.12.2017*» ble som nevnt ikke endret i det reviderte konkurransegrunnlaget.
- (24) Det må likevel kunne legges til grunn at både innklagede og leverandørene var innforstått med at utsettelsen av kontraktsinngåelse kunne skape utfordringer for muligheten for å ferdigstille barnehagen innenfor fristen.
- (25) Den forutsetning innklagede hadde som følge av dette, og som ble gjort kjent overfor klager, var at innklagede ikke trodde det var mulig å gjennomføre prosjektet innen 2017. Når innklagede basert på dette uttalte at «*de kan gå litt inn i 2018*» kan dette likevel vanskelig forstås på den måten at det var en flere måneder lang forlengelse innklagede ved dette åpnet for. I så fall ville det vært naturlig å tilkjenne dette uttrykkelig overfor klager, slik at klager kunne ta høyde for dette ved utarbeidelsen av tilbudet.
- (26) Nemnda er på denne bakgrunn av den oppfatning at opplysningen om at tilbyderne kunne «*gå litt inn i 2018*» ikke kan forstås slik at overtakelsestidspunktet med dette kunne forskyves til innen utløpet av første halvdel av 2018, slik innklagede har gjort gjeldende. Valgte leverandørs tilbud inneholder følgelig et avvik.
- (27) Opplysninger i konkurransegrunnlaget om dato for overtakelse og ferdigstilling har betydning for leverandørenes vurdering av om de skal delta i konkurransen og for utformingen av tilbud. Den aktuelle anskaffelsen gjaldt prosjektering og bygging av barnehage. Den tiden som vil stå til rådighet fra konkurransen er avsluttet til ferdigstilling vil ikke bare ha betydning for planlegging av ressursbruk og tilgjengelig kapasitet, men også for hvilke løsninger som tilbys.
- (28) Ferdigstillingstidspunktet i valgte leverandørs tilbud må derfor anses som et vesentlig avvik fra konkurransegrunnlaget, som også kan ha virket inn på hva og hvilke priser leverandøren kunne tilby. Dette innebærer at valgte leverandørs tilbud skulle ha vært avvist, jf. forskriften 20-13 (1) bokstav e.
- (29) På bakgrunn av det resultatet klagenemnda har kommet til, tas det ikke stilling til klagers øvrige anførsler.

Konklusjon:

Oslo kommune har brutt forskriften 20-13 (1) bokstav e ved ikke å avvise valgte leverandørs tilbud.

Klagers øvrige anførsler er ikke behandlet.

For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,

Finn Arnesen

Dokumentet er godkjent elektronisk