



Klagenemnda for offentlige anskaffelser

Saken gjelder: Feil kunngjøring. Evaluering av pris. Vedståelsesfrist. Habilitet.

Innklagede gjennomførte en åpen tilbudskonkurranse om utvidelse av gravplass ved Sørbo Kirke. Klagenemnda kom til at innklagede hadde brutt regelverket ved å gi motstridende opplysninger i henholdsvis kunngjøringen og konkurransegrunnlaget. Klagers anførsler om at innklagede hadde brutt regelverket ved å foreta en ulovlig direkte anskaffelse og at innklagedes rådgivende ingeniør var inhabil ved gjennomføring av konkurransen, førte ikke frem. Klagenemnda tok ikke endelig stilling til klagers anførsler knyttet til evalueringen av klagers tilbud under tildelingskriteriet «Pris».

Klagenemndas avgjørelse 25. mars 2019 i sak 2017/341

Klager: Lindanger Maskin AS

Innklaget: Rennesøy kommune

Klagenemndas

medlemmer: Bjørn Berg, Marianne Dragsten og Karin Fløistad

Bakgrunn:

- (1) Rennesøy kommune (heretter innklagede) kunngjorde 21. mars 2017 en konkurranse om utvidelse av gravplass ved Sørbo kirke. Anskaffelsens verdi ble i kunngjøringen punkt II.1.7) estimert til kroner 2 923 681. Tilbudsfrist ble i konkurransegrunnlaget satt til 25. april 2017.
- (2) I konkurransegrunnlaget punkt 0.6 («Anbudsregler») fremgikk det at «Som anbudsregler gjelder reglene i Forskrift om offentlige anskaffelser.

Byggherren forbeholder seg retten til, uten forhandlinger, å inngå kontrakt basert på det for byggherren beste anbudet.

Videre forbeholder byggherren seg retten til å forhandle nærmere med en eller flere tilbydere om vilkårene for bestilling av hele oppdraget eller deler av dette, samt retten til å forkaste samtlige.

Byggherren tar forbehold om endelig intern godkjenning av tilbudene før kontrakt kan undertegnes».

- (3) Kontrakt ville tildeles på bakgrunn av tildelingskriteriene «Pris» som talte 80 prosent, «Kompetanse, referanser og gjennomføringsevne» som talte 10 prosent og «Byggetid» som talte 10 prosent.
- (4) Under «Evaluering» i konkurransegrunnlaget var følgende opplyst:

1. «Pris

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

Ved evaluering av pris vil kontrollregnet anbudssum og eventuell prisstigning bli lagt til grunn.

2. *Kompetanse, referanser og gjennomføringsevne*

Ved evaluering vektlegges dokumentasjon innlevert sammen med anbudet.

3. *Byggetid*

Samlet byggetid vil bli lagt til grunn.»

- (5) I konkurransegrunnlaget under «*Vedståelse av anbud*» stod det at «*Anbudet er bindende i 90 kalenderdager fra anbudsfristens utløp.*»
- (6) Innen utløpet av tilbudsfristen mottok innklagede tilbud fra fem leverandører, herunder fra Lindanger Maskin AS (heretter klager) og fra Finnøy Grave- og Sprengningservice AS (heretter valgte leverandør).
- (7) Etter tilbudsfristens utløp avholdt innklagede forhandlinger/avklaringsmøter med klager og valgte leverandør, som leverte de høyest rangerte tilbudene. Innklagede sendte e-post til klager 9. juni 2017 med oppsummering fra møtet og liste over punkter som skulle besvares.
- (8) Som vedlegg til e-posten fulgte en tabell med prisposter som var gjennomgått på møtet og noen poster der pris ble etterspurte. Innklagede etterspurte pris på følgende to nye prisposter, begge beskrevet som «*Ny post*»: «*Støp av mur i toppen*» og «*TRANSPORT utenfor ANLEGGSSOMRÅDET – ANBRAKT VOLUM TIL STED*». Som merknad til sistnevnte post stod det «*Kommer til anvendelse dersom masser ikke kan benyttes på området*». Denne prisposten er av partene også omtalt som «*transport av masser til tipp*».
- (9) I tabellen etterspurte innklagede også pris på postene «*TOSIDIG TØRRMUR*» og «*GRØFT - UTTAK OG UTLEGGING*». Som merknad til sistnevnte hadde innklagede skrevet: «*Det bes om alternativ pris med redusert dybde til 2 meter i grøft for løsmasse. Grøftesnitt ivaretar dybde inntil 4 m*». Prisen klager tidligere hadde gitt på denne posten var kroner 700 per meter. Denne prisen var ført inn i tabellen og antall meter hadde innklagede oppgitt til 350.
- (10) Klager innga revidert tilbud datert 15. juni 2017, der det blant annet fremgikk at: «*Masser til tipp kr 10,- pr.m3 godkjent tipp.*

[...]

Vanger til bekkinntag er tatt med som naturstein.

Tosidig tørrmur har vi gått gjennom på nytt og gått bort fra innleige av Virgo som utførende. Vi utfører murerarbeidet selv og kan dermed redusere prisen. Vi trodde krav til mur – dokumentasjonen var strengere, derfor gjør vi det selv. Prisen på alt murerarbeid som 5.3 er oppgitt til 205 m2 se vedlegg prislister 3 sider. Bilder vedlagt. Støyp topp mur kr 100,- pr.l.m.

Pris på grøft til 2m kan reduseres til kr 100,- pr.l.m

Vi vil benytte oss av en gartner til å være med å flytte treet.»

(11) I brev av 20. juni 2017 ble leverandørene informert om at innklagede hadde til hensikt å inngå kontrakt med valgte leverandør. Valgte leverandørs tilbud hadde fått totalt 8,7 av 10 poeng, mot 8,6 poeng til klagers tilbud. Klager ble dermed rangert som nr. 2.

(12) I brevet stod det videre:

«Ifølge konkurransegrunnlaget Generell del pkt. 06 anbudsregler, forbeholder byggherre seg retten til å forhandle om vilkårene for bestilling av hele oppdraget eller deler av dette, samt retten til å forkaste samtlige. [...] Evaluering er i henhold til punkt 0.6 «tildelingskriterier og vekting», i konkurransegrunnlaget generell del. Maks poengsum for «Pris» er 10 poeng og maks poengsum for «Kompetanse, referanser og gjennomføringsevne» er 5 poeng. Maks poeng for «Byggetid» er 5 poeng.»

(13) Klager sendte samme dag spørsmål om utregningen av poeng på kriteriene «Kompetanse» og «Byggetid». Spørsmålene ble besvart av innklagede på e-post 21. juni 2017.

(14) Den 28. juni 2017 ble det avholdt et avklaringsmøte mellom innklagede og valgte leverandør. I møtoreferatet, datert 5. juli 2017, fremgikk det blant annet «Kontraktsum kr. 3 654 601». Dette var det samme beløpet, med benevnelsen «Kontraktssum inkl mva», som sto i avtaledokumentet signert av innklagede og valgte leverandør.

(15) Klager påklaget tildelingen i brev av 30. juni 2017. Klagen ble delvis tatt til følge i innklagedes brev av 4. juli 2017, der innklagede innrømmet «ugunstig/feilaktig poenggivning i forhold til kriterier i anbudsgrunnlaget. Vedlagte tabell viser ny poenggivning, hvor det er brukt 10 poeng for hver av de 3 kriteriene. Vekting vil da bli i tråd med konkurransegrunnlaget. Resultatet blir imidlertid samme forhold mellom de to mest gunstige tilbud, med 2 desimaler [...]».

(16) På forespørsel fikk klager tilsendt referater fra forhandlingene og reviderte tilbudspriser på e-post 5. juli 2017. Etter gjennomgang av de oversendte dokumentene påpekte klager overfor innklagede at postene for «Støp av mur i toppen» og «TRANSPORT utenfor ANLEGGSSOMRÅDET – ANBRAKT VOLUM TIL STED», ikke var tatt med i evalueringen av pris. Til dette svarte innklagede i e-post 10. juli 2017 at «[...] Etter avklaringsmøter/forhandlingsmøter er det bedt om opsjonspriser på to nye poster. Begge disse postene er opsjonspriser, som kan komme til anvendelse. Det er forespurt om opsjonspriser, i tilfelle det kan bli aktuelt å benytte disse. Derfor er det bedt om enhetspris på disse. Opsjonspriser er ikke vektlagt i prisberegningen og er derfor ikke med i evalueringen.»

(17) Avtale om kjøp av grunn, med formål om utvidelse av gravplass for Sørbø kirke, ble inngått 1. august 2017 mellom grunneier Kjersti Sørbø og innklagede, ved teknisk sjef Bård-Ove Pedersen. I avtalen stod det blant annet:

«Kjøpssum Kr. 0,-

Grunneier forplikter seg til å avstå grunn mot følgende vederlag:

Rennesøy kommune anlegger en kjerrevei med overskytende masse fra grunnen som utvikles til gravplass [...]».

- (18) Som nærmere begrunnelse for hvorfor innklagede utelot de to nye prispostene i evalueringen av tilbudsprisene, utdypet innklagede i e-post til klager 11. august 2017:

«[...] Som tidligere redegjort for ble det på grunn av veldig lik poengsum for tilbyder som ble innstilt som nr. 1 og nr. 2 innkalt til forhandlings/oppklaringsmøte, hvor det ble bedt om reviderte priser på enkelte av postene for å se om det var grunnlag for å redusere enkelte av postene. Ved evaluering av reviderte priser, ble differansen større enn ved evaluering av tilbud ved anbudsåpning.

I forhandlings/oppklaringsmøtet ble det gitt uttrykk for at Rennesøy kommune ønsket en pris på transport av masser til tipp som sikkerhet / «worst-case», men ettersom vi oppfattet at det var lite sannsynlig at denne posten kom til utførelse har vi valgt å ikke ta den med i evalueringen. Rennesøy kommune står fast ved at vi ikke var forpliktet til å ta inn opsjonsprisen i evalueringen. Dette fremgår også av oppsummeringen fra forhandlingsmøtet hvor det er beskrevet at denne posten «kommer til anvendelse dersom masser ikke kan benyttes på området». Det ble aldri formidlet at dette var en post som tilbyder måtte forvente kom til utførelse og Rennesøy kommune kan ikke se at det foreligger brudd på kravet til forutberegnelighet i anskaffelsesloven § 5 ved å ikke inkludere denne posten i evalueringen.

Det samme gjelder posten knyttet til «støp av mur i toppen». I forespørselen ble tilbyderne bedt om å prise en mur som ikke inkluderte støp av mur, se vedlagte prinsippskisse som viser en mur uten støp i toppen. Dette er muren tilbyderne måtte forvente kom til utførelse. Da Rennesøy kommune ba om å få en pris på støp av mur i toppen var dette for å forsikre oss om at vi hadde en pris å forholde oss til dersom prosjektet hadde økonomi til å støpe / andre grunner tilsa at vi måtte gjøre dette, men det var aldri tale om at denne posten skulle komme til utførelse uten at det ble funnet forsvarlig/nødvendig - senere i prosessen. På samme måte som transport posten (til tipp) ble det derfor bedt om en pris slik at vi visste hva vi hadde å forholde oss til. Ettersom det ikke var sikkert at noen av disse postene kom til utførelse fant vi det riktig å ikke inkludere postene i tilbudssummen som ble evaluert [...]».

- (19) Etter det opplyste ble kontrakt mellom innklagede og valgte leverandør inngått 17. august 2017.
- (20) På forespørsel fra klager sendte innklagede e-post 22. august 2017 med ny beregning av tilbudsprisene der opsjonsprisene var inkludert. Beregningen viste da at klagers og valgte leverandørs tilbud fikk lik poengsum, på 9,49 poeng. Innklagede presiserte i e-posten at: *«[...] Vi står like fullt fast ved vår tidligere avgjørelse, om at opsjonspriser ikke skal være en del av vurderingen, da den etter all sannsynlighet ikke kommer til anvendelse. Dette ble også, som tidligere poengtert, tydelig kommunisert til tilbyderne i forhandlings/avklaringsmøte.»*
- (21) Klage over avslag på begjæring om innsyn i enhetspriser i valgte leverandørs tilbud ble oversendt Fylkesmannen i Rogaland 5. oktober 2017. Innklagedes avslag på innsyn ble stadfestet av Fylkesmannen i brev datert 4. april 2018.
- (22) Klagen ble brakt inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser 19. desember 2017.
- (23) Nemndsmøte i saken ble avholdt 25. mars 2019.

Anførsler:

Klager har i det vesentlige anført:

- (24) Innklagede har brutt regelverket ved å feilaktig kunngjøre konkurransen som en åpen anbudskonkurranse over EØS-terskelverdi etter reglene i anskaffelsesforskriften del III. Konkurransen er gjennomført som en åpen tilbudskonkurranse, og skulle vært kunngjort som dette etter anskaffelsesforskriften del II.
- (25) Innklagede har brutt kravet til forutberegnelighet i anskaffelsesloven § 4 ved å utelate opsjonsprisene fra evalueringen av tildelingskriteriet «Pris».
- (26) Uavhengig av opsjonsprisene, har innklagede foretatt en regnefeil ved utregning av klagers tilbudspris ved å legge til grunn feil pris for prisposten «GRØFT - UTTAK OG UTLEGGING». Feilen har medført at kontrakten er tildelt feil leverandør.
- (27) Innklagede har foretatt en ulovlig direkte anskaffelse ved å inngå kontrakt med valgte leverandør 1. september 2017, i overkant av en måned etter vedståelsesfristens utløp.
- (28) Det anmodes om at klagenemnda pålegger innklagede å fremlegge valgte leverandørs fullstendige tilbud i usladdet versjon, jf. klagenemndsforordningen § 11.
- (29) Innklagedes rådgivende ingeniør var inhabil ved gjennomføring av konkurransen. Grunneieren som innklagede inngikk avtale med, er niesen til innklagedes rådgivende ingeniør.
- (30) Det bes om at klagenemnda uttaler seg om vilkårene for erstatning.

Innklagede har i det vesentlige anført:

- (31) Innklagede erkjenner at konkurransen er utlyst som en åpen anbudskonkurranse over EØS-terskelverdi etter reglene i anskaffelsesforskriften del III. Dette er imidlertid en mindre forseelse. Det fremgår av anbudsgrunnlaget og gjennomføring av konkurransen ellers at den er arrangert som en tilbudskonkurranse under EØS-terskelverdi etter reglene i anskaffelsesforskriften del II. Leverandørene har forstått kunngjøringen i tråd med dette, og har innlevert tilbud deretter. Feilen har derfor ikke hatt betydning for klager, og det foreligger ikke brudd på anskaffelsesloven § 4.
- (32) Det bestrides at opsjonsprisene skulle tas med i evalueringen av tildelingskriteriet «Pris». Alle postene med opsjonspriser ble ekskludert fra evalueringen da det var lite sannsynlig at de kom til utførelse. Det ble formidlet i forhandlingsmøter at disse postene kun ble innhentet som sikkerhetsventiler dersom prosjektering mot formodning skulle fravikes. Det var forutberegnelig for leverandørene at disse postene ikke ble inkludert i beregning av tilbudsprisene.
- (33) Det bestrides at innklagede har lagt til grunn feil pris for prisposten «GRØFT - UTTAK OG UTLEGGING» ved utregning av klagers tilbudspris. Uansett er ikke feilen relevant da den ikke har hatt innvirkning på resultatet av konkurransen.
- (34) Innklagede vedgår at kontrakt med valgte leverandør ble inngått etter utløpet av vedståelsesfristen som var ca. 25. juli 2017. Kontrakt er imidlertid inngått under en måned etter vedståelsesfristens utløp, og det var ingen vesentlige endringer av grunnlaget for konkurransen eller leverandørens opprinnelige tilbud mellom vedståelsesfristen og

kontraktsinngåelse. Forsinket kontraktsinngåelse har således ikke hatt innvirkning på saken. Dersom klagenemnda skulle finne at innklagede har brutt regelverket på dette punktet, er bruddet uansett lite alvorlig og det bør ikke ilegges overtredelsesgebyr.

- (35) Utlevering av enhetspriser i valgte leverandørs tilbud vil være brudd på taushetsplikt etter forvaltningsloven § 13.
- (36) Det bestrides at innklagede var inhabil under gjennomføring av anskaffelsen.
- (37) Klager har ikke krav på erstatning.

Klagenemndas vurdering:

- (38) Klager har deltatt i konkurransen, og har saklig klageinteresse, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Konkurransen gjelder utvidelse av gravplass ved Sørbø kirke, som er en bygge- og anleggsanskaffelse. Anskaffelsens verdi er i kunngjøringen punkt II.1.7) estimert til kroner 2 923 681. I tillegg til lov om offentlige anskaffelser 17. juni 2016 nr. 73 følger anskaffelsen etter sin art og verdi forskrift om offentlige anskaffelser 12. august 2016 nr. 974 del I og del II, jf. forskriften §§ 5-1 og 5-3.

Dokumentfremleggelse

- (39) Klager har bedt klagenemnda om å ta stilling til om det i denne saken er grunn til å pålegge innklagede å fremlegge opplysninger etter klagenemndsforordningen § 11. Anmodningen gjelder nærmere bestemt sladdede enhetspriser i valgte leverandørs tilbud, som inngikk i vurderingen av tildelingskriteriet «Pris». Klager begrunner dette med at de aktuelle opplysningene er relevante som bevis for den avgjørelsen som skal treffes.
- (40) Som redegjørelsen nedenfor viser, er det ikke nødvendig at valgte leverandørs enhetspriser gjøres tilgjengelig for å ta stilling til lovligheten av tilbudsevalueringen under tildelingskriteriet «Pris».
- (41) På denne bakgrunn finner ikke klagenemnda grunn til å anmode nemndsleder om å vurdere hvorvidt innklagede skal pålegges å fremlegge ytterligere dokumentasjon etter klagenemndsforordningen § 11.

Habilitet

- (42) Klager anfører at innklagedes rådgivende ingeniør var inhabil ved gjennomføringen av konkurransen. Klager viser til at ingeniøren er onkelen til grunneieren som innklagede kjøpte grunnen av.
- (43) Ved gjennomføringen av en anskaffelse som er omfattet av anskaffelsesforordningen, gjelder reglene om habilitet i forvaltningsloven § 6 til § 10, jf. forskriften § 7-5 (1).
- (44) Det er på det rene at ingeniøren deltok i tilretteleggelsen av grunnlaget for avgjørelsen om valg av leverandør i den aktuelle konkurransen, jf. forvaltningsloven § 6 første ledd.
- (45) Det er ikke anført, og heller ikke holdepunkter for, at ingeniøren er inhabil etter reglene i forvaltningsloven § 6 første ledd bokstav a til d. Avgjørende blir da om «*andre særegne forhold foreligger som er egnet til å svekke tilliten til hans upartiskhet*», jf.

forvaltningsloven § 6 annet ledd. I denne vurderingen skal det blant annet legges vekt på «om avgjørelsen i saken kan innebære særlig fordel, tap eller ulempe for ham selv eller noen som han har nær personlig tilknytning til [...]».

- (46) Avgjørelsen som skulle treffes i denne saken var tildeling av kontrakt om utvidelse av en gravplass til en av tilbyderne i konkurransen. Grunneieren var ikke blant disse. Det er heller ikke redegjort for forhold som tilsier at hun hadde tilknytning til noen av tilbyderne. Klagenemnda kan heller ikke se at den forestående avtaleinngåelsen om grunnavståelse, mellom kommunen og ingeniørens niese, ga grunnlag for å svekke tilliten til ingeniørens upartiskhet i forbindelse med gjennomføringen av konkurransen.
- (47) Klagers anførsel om inhabilitet kan dermed ikke føre frem.

Feil kunngjøring

- (48) Konkurransen følger som nevnt forskriften del I og del II. Det er videre på det rene at konkurransen er gjennomført som en tilbudskonkurranse etter del II. Av kunngjøringen fremgikk det imidlertid at anskaffelsen skulle gjennomføres som en åpen anbudskonkurranse etter forskriften del III. Innklagede har dermed brutt kravet til forutberegnelighet i loven § 4 ved å gi motstridende opplysninger i henholdsvis kunngjøringen og konkurransegrunnlaget, jf. eksempelvis klagenemndas saker 2017/134, premiss 20 og 2013/142, premiss 30.
- (49) Så vidt nemnda kan se, er det imidlertid ingen holdepunkter for at denne feilen har hatt noen betydning, verken for utfallet av eller interessen for å delta i konkurransen.

Ulovlig tildelingsevaluering – opsjoner

- (50) Klager anfører at innklagede har brutt regelverket ved å utelate flere priser fra evalueringen av tilbudene. Anførselen gjelder for det første de to nye postene «*Støp av mur i toppen*» og «*TRANSPORT utenfor ANLEGGSSOMRÅDET – ANBRAKT VOLUM TIL STED*», som innklagede etterspurte etter forhandlingsmøtet i e-post av 9. juni 2017. Anførselen gjelder for det andre prisposten «*GRØFT - UTTAK OG UTLEGGING*», hvor innklagede ba om «*[a]lternativ pris med redusert dybde til 2 meter*». Når det gjelder denne siste prisposten fremholder klager at innklagede har gjort en regnefeil.
- (51) Innklagede viser til at disse prispostene var opsjoner, og at arbeidene mest sannsynlig ikke ville komme til utførelse. Innklagede fremholder videre at dette ble tydelig kommunisert til tilbyderne på forhandlingsmøte.
- (52) Opsjoner kjennetegnes nettopp ved at opsjoner gjelder ytelser som ikke nødvendigvis vil komme til utførelse. I tidligere nemndspraksis om opsjoner har nemnda uttalt at hvorvidt opsjoner skal tas med i tildelingsevalueringen, og hvilken vekt de i så fall skal ha, beror på hva tilbyderne med rimelighet kunne forvente ut fra opplysningene i konkurransegrunnlaget og eventuell etterfølgende informasjon, jf. eksempelvis klagenemndas avgjørelser i sakene 2015/130, premiss 56 og 2013/97, premiss 82 med videre henvisninger.
- (53) Disse avgjørelsene gjelder det tidligere regelverket, mens foreliggende anskaffelse er gjennomført som en tilbudskonkurranse i henhold til forskriften del II. Nemnda går likevel ut ifra at det disse avgjørelsene gir uttrykk for er overførbart også til en slik konkurranse, se til sammenligning klagenemndas avgjørelse i sak 2018/196, premiss 38

flg. Nemnda la i den avgjørelsen til grunn at det gjelder som et generelt prinsipp at oppdragsgivere ikke kan konkretisere tildelingskriteriene på en måte som, hvis dette hadde vært kjent på forhånd, kunne hatt betydning for tilbudsutformingen, men at dette ikke er til hinder for at oppdragsgiver konkretiserer tildelingskriteriene på en måte som er påregnelig for tilbyderne.

- (54) I foreliggende sak ble klager og valgte leverandør innkalt til dialog. Slike dialogmøter vil for eksempel kunne brukes til å gjøre leverandørene oppmerksom på forhold som kan ha betydning for evalueringen av tilbudene, som for eksempel hvorvidt opsjoner vil inngå ved evalueringen. Av ulike grunner, for eksempel for å unngå taktisk prising, kan det likevel være grunn for oppdragsgiver til ikke å forplikte seg med hensyn til hvordan tilbudene vil bli evaluert.
- (55) På bakgrunn av dette antar nemnda at det etter omstendighetene vil kunne regnes som en akseptabel fremgangsmåte dersom det er tilfellet, slik innklagede hevder, at det ble tydelig kommunisert til tilbyderne på forhandlingsmøtet at det var høyst usikkert om de aktuelle arbeidene ville komme til utførelse. Klager bestrider imidlertid at denne store usikkerheten var noe tilbyderne ble orientert om.
- (56) For klagenemnda er det ikke fremlagt noe møtereferat som beskriver at dette har vært tema på forhandlingsmøtet. Heller ikke opplysningene i det reviderte prisskjemaet besvarer dette. Partenes uenighet om hva som ble uttalt på møtet utgjør etter dette et rent bevisspørsmål, som ikke egner seg for klagenemndas skriftlige saksbehandling.
- (57) Når det gjelder spørsmålet om hvorvidt innklagede brøt regelverket ved å ikke ta hensyn til opsjonene, fremgår det av det reviderte prisskjemaet om «*TRANSPORT utenfor ANLEGGSSOMRÅDET – ANBRAKT VOLUM TIL STED*», at denne posten «*Kommer til anvendelse dersom masser ikke kan benyttes på området*». At dette var lite sannsynlig fremkommer imidlertid ikke. For både denne og posten om «*Støp av mur i toppen*», mangler klagenemnda tilstrekkelig grunnlag for å uttale seg om tilbyderne med rimelighet kunne forvente at prisen på disse arbeidene ville holdes utenfor evalueringen.
- (58) Når det gjelder posten «*GRØFT - UTTAK OG UTLEGGING*» ba innklagede som nevnt om en «*[a]lternativ pris med redusert dybde til 2 meter i grøft for løsmasse*».
- (59) Partene er her uenig om hvorvidt dette alternativet utgjorde en opsjon. Slik nemnda oppfatter klager, hevder klager å ha forstått prisforespørselen slik at innklagede med dette presiserte at prosjektet skulle gjennomføres med en grøftedybde på to meter.
- (60) Innklagede har på sin side uttalt at man ville ha pris på to meter dyp grøft tilgjengelig i tilfelle opprinnelig prosjektering på fire meter dyp grøft måtte endres. Som for postene om transport av masser og støp av mur, har innklagede fremholdt at sannsynligheten var liten for at dette arbeidet ville komme til utførelse.
- (61) Også avgjørelsen av dette spørsmålet vil del dels bero på hva som ble uttalt i forhandlingene mellom partene. Nemnda mangler også grunnlag for å uttale seg om tilbyderne med rimelighet kunne forvente at prisen på disse arbeidene ville holdes utenfor evalueringen.
- (62) Når det gjelder det forhold at innklagede reduserte klagers tilbudssum med kr 100 per løpemeter grøft, er det enighet mellom partene at det her har skjedd en feil. Hvorvidt

feilen her bestod i at innklagede gjorde et for lavt fratrekk i klagers tilbudssum, eller om feilen bestod i at det i det hele tatt ble gjort et fratrekk, beror imidlertid på om grøftedybden på 2 meter utgjorde et alternativ (en opsjon), eller om innklagede hadde valgt denne alternative grøftedybden, slik klager gjør gjeldende. Dette har som nevnt klagenemnda ikke grunnlag for å ta stilling til.

Vedståelsesfrist – ulovlig direkte anskaffelse

- (63) Klager anfører at innklagede har foretatt en ulovlig direkte anskaffelse ved å inngå kontrakt med valgte leverandør ca. en måned etter utløpet av vedståelsesfristen.
- (64) Det følger av forskriften § 8-15 tredje ledd at oppdragsgiver «*innen rimelig tid*» etter utløpet av vedståelsesfristen, kan spørre aktuelle leverandører om å fastholde tilbudet. Vedståelsesfristen kan bare forlenges, og tilbudet bare fastholdes etter utløpet av fristen, når dette ikke fører til en «*vesentlig endring av grunnlaget for konkurransen eller leverandørens opprinnelige tilbud*».
- (65) Tilbudsfrist ble i konkurransegrunnlaget satt til 25. april 2017. Det fremgikk av konkurransegrunnlaget at «*Anbudet er bindende i 90 kalenderdager fra anbudsfristens utløp.*» Vedståelsesfristen var altså omkring 25. juli 2017. Etter det opplyste inngikk innklagede kontrakt med valgte leverandør 17. august 2017, uten at vedståelsesfristen ble forlenget.
- (66) Klagenemnda har i en rekke avgjørelser behandlet tilfeller hvor oppdragsgiver har inngått kontrakt etter utløpet av vedståelsesfristen, se eksempelvis klagenemndas sak 2016/97, premiss 44 flg. I sakens premiss 48 konkluderer nemnda slik:
- «I det foreliggende tilfellet er det gått i underkant av fem uker fra vedståelsesfristens utløp, til kontrakt ble inngått med valgte leverandør. Klager har ikke vist til forhold som skulle tilsa at det i denne perioden har skjedd "vesentlige endringer av grunnlaget for konkurransen". Klagenemnda finner heller ikke holdepunkter for at det har skjedd slike.»*
- (67) Innklagedes kontraktsinngåelse representerte på denne bakgrunn ikke en ulovlig direkte anskaffelse.
- (68) Tilsvarende gjør seg gjeldende i vår sak. Klager har ikke vist til forhold som tilsier at det i perioden mellom vedståelsesfristens utløp og kontraktsinngåelse har skjedd noe som førte til en «*vesentlig endring av grunnlaget for konkurransen eller leverandørens opprinnelige tilbud*», slik det fremgår av forskriften § 8-15 tredje ledd. Klagenemnda finner heller ikke grunnlag for å konstatere dette.
- (69) Innklagedes kontraktsinngåelse etter utløpet av vedståelsesfristen utgjør etter dette ikke en ulovlig direkte anskaffelse.
- (70) Klagers anførsel kan ikke føre frem.

Konklusjon:

Rennesøy kommune har brutt kravet til forutberegnelighet i loven § 4 ved å gi motstridende opplysninger i henholdsvis kunngjøringen og konkurransegrunnlaget.

Klagers anførsler om at Rennesøy kommune har brutt regelverket ved å foreta en ulovlig direkte anskaffelse og at innklagedes rådgivende ingeniør var inhabil ved gjennomføring av konkurransen, har ikke ført frem.

Klagenemnda tok ikke endelig stilling til klagers anførsler som gjelder evalueringen av klagers tilbud under tildelingskriteriet «Pris».

For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,

Bjørn Berg

Dokumentet er godkjent elektronisk