



Klagenemnda for offentlige anskaffelser

Saken gjelder: Avklaring eller retting av tilbud. Avvisning av tilbud. Tildelingsevaluering.

Innklagde gjennomførte en åpen tilbudskonkurranse for anskaffelse av totalentreprise for ombygging av Kirkenes politihus. Klager anførte at innklagede hadde gjennomført en dialog i strid med konkurransegrunnlaget og anskaffelsesregelverket. Klager anførte også at valgte leverandør hadde tatt en rekke forbehold som måtte anses for å være så vesentlige at tilbudet skulle avvises. Videre anførte klager at evalueringen var gjort i strid med tildelingskriteriene som var satt for deltakelse i konkurransen. Ingen av disse anførselene førte frem. Klagers anførsel om at innklagede hadde brutt det generelle prinsippet om god forretningsskikk førte heller ikke frem.

Klagenemndas avgjørelse 22. september 2020 i sak 2019/670

Klager: Barents Byggconsult AS

Innklaget: Statsbygg

Klagenemndas medlemmer: Finn Arnesen, Bjørn Berg og Marianne Dragsten

Bakgrunn:

(1) Statsbygg (heretter *innklagede*) kunngjorde 14. mai 2019 en åpen tilbudskonkurranse for anskaffelse av totalentreprise for ombygging av Kirkenes politihus. Anskaffelsens verdi ble estimert til 14 millioner kroner. Tilbudsfrist ble angitt til 11. juni 2019.

(2) Det stod i konkurransegrunnlaget punkt 3.2 «Prinsipper for tilbudskonkurransen» at:

«Konkurransen skal gjennomføres på en saklig og forsvarlig måte som gir lik behandling av tilbyderne. Tilbyderne har ikke rett til gjennom avtale, samordnet praksis eller på annen måte, å søke å påvirke konkurransens utfall.

Statsbygg planlegger i utgangspunktet å gjennomføre konkurransen uten å ha dialog med leverandørene. På denne bakgrunn oppfordres tilbyderne til å levere sitt beste tilbud ved innleveringsfristen. Dialog kan likevel bli gjennomført dersom oppdragsgiver vurderer det som formålstjenlig.»

(3) Tildelingskriteriene i konkurransen var «pris» (70 prosent) og «kvalitet» (30 prosent).

(4) Under tildelingskriteriet «kvalitet» ble det pekt på at «[e]rfaring fra arbeider med sikringsbygg og graderte dokumenter vil vektlegges særskilt.» Leverandørene skulle dokumentere oppfyllelse av tildelingskriteriet på følgende måte:

«Tilbudt personell

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

Navn og CV for følgende tilbudte personell. CV skal inneholde opplysninger om utdannelse, kurs, arbeidserfaring og redegjørelse for personens kompetanse:

- prosjektleder/ anleggsleder (den som blir stedlig representant på byggeplass) hos totalentreprenør
- tilbudt saksbehandler for RIV

Referanseprosjekter

Redegjørelse for tilbudt personells (se ovenfor) referanseprosjekter med overføringsverdi de siste årene (maks 3). Redegjørelsen skal minimum inneholde følgende opplysninger og være på ca 1 A4-side pr referanseprosjekt:

- prosjektets navn
- oppdragsgiver
- type bygg, størrelse i m² og kostnad
- oppdragets kontraktsverdiverdi eks mva
- type entreprise
- tilbudt personells oppgaver/rolle i prosjektet
- oppstartstidpunkt og ferdigstillestidspunkt (år)/hvis ikke ferdigstilt - hvor man er i prosjektet.

Prosjekterende skal også opplyse i hvilke faser oppdraget ble utført.

- (5) Del fem i konkurransegrunnlaget omhandlet «Avvik fra konkurransegrunnlaget. I punkt 5.1 «Generelt om forbehold og avvik» stod det at:

«Statsbygg oppfordrer til å gi tilbud uten forbehold eller avvik. I stedet for å gi tilbud med forbehold og avvik bør leverandørene stille spørsmål til Statsbygg, jf. pkt 1.6 ovenfor. Det understrekes at tilbyder har risikoen for uklarheter i eget tilbud og at uklarheter, forbehold og avvik kan medføre avvisning. Før tilbyder eventuelt avgir tilbud med forbehold eller avvik, bør de rettslige konsekvenser av dette derfor vurderes.

Dersom forbehold eller avvik tas, skal forbehold/avvik klart fremgå av tilbudsbrevet. Forbehold/avvik skal være presise og entydige, slik at Statsbygg kan vurdere disse uten kontakt med tilbyder. Forbehold/avvik som ikke kan prises av Statsbygg, vil etter all sannsynlighet medføre avvisning av tilbudet.»

- (6) Innen tilbudsfristen mottok innklagede fire tilbud, herunder fra Barents ByggConsult AS (heretter klager) og Peab Bjørn Bygg AS.

- (7) Den 14. juni 2019 sendte innklagede en e-post til Peab Bjørn Bygg AS hvor det det stod:

«Viser til mottatt tilbud og tilbudsbrev datert 11.06.2019. Vi ser av tilbudsbrevet at det er to forhold som vil kunne ha en økonomisk konsekvens.

Det gjelder følgende forhold:

- *Bytting av vinduer kan skje med uten å rive solavskjerming på utsiden*
- *Da bygget er oppgitt som elementbygg i betong har vi ikke medtatt noe brannsikring av stålkonstruksjoner*

For at vi skal kunne sammenligne tilbudene må vi be dere vurdere ovennevnte forhold og sende oss deres eventuelle økonomiske konsekvensen knyttet til disse.

Hører fra dere innen mandag 17.06.2019, Kl 15.00.»

(8) Peab Bjørn Bygg AS svarte på e-posten at:

«Vi har gått gjennom og kan fjerne følgende forbehold for kr 250.000,- eks. mva.:

- *Bytting av vinduer kan skje med uten å rive solavskjerming på utsiden*
- *Da bygget er oppgitt som elementbygg i betong har vi ikke medtatt noe brannsikring av stålkonstruksjoner»*

(9) I brev datert 28. juni 2019, fremgikk det at innklagede hadde til hensikt å inngå kontrakt med Peab Bjørn Bygg AS (heretter *valgte leverandør*). Valgte leverandør fikk en skår på 9,95 mot klagers skår på 10 under tildelingskriteriet «pris». Under tildelingskriteriet «kvalitet» fikk valgte leverandør full skår både på tilbudt stedlig byggeplassledelse og kvalitet på tilbudt personell – RIV. Klager fikk full skår under kvalitet på tilbudt personell – RIV, men 8,5 skår under tilbudt stedlig byggeplassledelse.

(10) Klager klaget til innklagede og det ble sendt en rekke brev mellom klager og innklagede. I et udatert brev fra innklagede med svar på klagers brev av 4. juli 2019 stod det:

«Vi kan heller ikke se at BBC måtte vært gitt et høyere score ut fra prosjektleders erfaring med sikkerhetsprosjekter og gradert informasjon. Tilbudt prosjektleders arbeid med Politihuset i Kirkenes, det ene av to prosjekter som i klagen oppgis å være relevant i sikkerhetssammenheng, har ikke vært oversett. Dette var et mindre prosjekt gjennomført i regi av Statsbygg, prosjektet gikk imidlertid ikke etter sikkerhetsloven, men hadde et langt enklere sikkerhetssystem etter politiregisterloven. Vurderingen var at prosjektet hadde begrenset overføringsverdi. Det andre prosjektet som nevnes i klagen, byggingen av «Strongroom» for Forsvarsbygg, har vi ikke oppfattet er kompetansegivende i forhold til sikkerhet. I tilbudet er det ikke oppgitt at arbeidene omfattet befatning med graderte opplysninger eller sikkerhetsloven.»

(11) Klager skrev den 14. august 2019 til innklagede at det det ville bli inngitt midlertidig forføyning dersom innklagede ikke godtok kravene fra klager. I et brev fra innklagede datert 16. august 2019 stod det:

«Vi gjør oppmerksom på at en forføyningssak kan forsinke byggeprosjektet i en grad som kan ramme virksomheten i nødmeldingstjenestene. Skulle det bli en forføyningssak med krav om å stanse kontraheringen, vil staten kunne anføre at saksøkers krav står i klart misforhold til den skade som kan oppstå. Vi gjør i denne forbindelse oppmerksom på at en begjæring om midlertidig forføyning som ikke fører frem, kan medføre at saksøker

pådrar seg et erstatningsansvar. Av hensyn til fremdriften i prosjektet, ønsker vi ikke å gi ytterligere utsettelse på tidspunktet for når kontrakten kan signeres.»

- (12) Innklagede har opplyst at kontrakt med valgte leverandør er inngått.
- (13) Saken ble brakt inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser ved klage datert 9. desember 2019.
- (14) Nemndsmøte i saken ble avholdt 21. september 2020.

Anførsler:

Klager har i det vesentlige anført:

- (15) Innklagede har hatt dialog med tilbyder i strid med eget konkurransegrunnlag.
- (16) Valgte leverandør har tatt en rekke forbehold som må anses for å være så vesentlige at tilbudet skal avvises.
- (17) Evalueringen var gjort i strid med tildelingskriteriene som var satt for deltakelse i konkurransen. Innklagede brøt anskaffelsesregelverket ved å vektlegge utdanning uten at konkurransegrunnlaget stilte krav til utdanning
- (18) I CV-en for prosjektleder fra klager var angitt referanseprosjekter som kan klassifiseres som erfaring fra arbeider med sikringsbygg og graderte dokumenter. Videre kommenterer klager at det ikke er angitt under tildelingskriteriene i konkurransegrunnlaget at referanseprosjekter skal være utført etter eller underlagt sikkerhetsloven.
- (19) Innklagede har fremsatt noe som oppfattes som en trussel ovenfor klager og at dette var i strid med de grunnleggende prinsippene i anskaffelsesloven § 4, samt det generelle prinsippet om god forretningsskikk.
- (20) Valgte tilbyder skulle ha vært avvist, og kontrakten skulle ha vært tildelt klager

Innklagede har i det vesentlige anført:

- (21) Oppdragsgivers egne regler for konkurransen stengte ikke for at innklagede gjennomførte dialog om avvik i tilbudene.
- (22) Tilbudet fra valgte leverandør inneholdt ikke avvik utover de som ble prissatt og frafalt under dialogen.
- (23) Konkurransegrunnlaget åpnet for å vektlegge utdanning og det hefter ingen feil ved evalueringen av tildelingskriteriet «*kvalitet*».
- (24) Det er ikke gitt trusler og innklagede har ikke opptrådt i strid med prinsipper for god forretningsskikk i forbindelse med klagebehandlingen i sommer.

Klagenemndas vurdering:

- (25) Klager har deltatt i konkurransen, og har saklig klageinteresse, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Konkurransen gjelder totalentreprise for ombygging av Kirkenes politihus som er en bygge- og anleggsganskaffelse. Anskaffelsens verdi er estimert til 14 millioner kroner. 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 del II, jf. forskriften §§ 5-1 og 5-3.

Dialog i strid med konkurransegrunnlaget

(26) Klager anfører at innklagede hadde dialog med tilbyder i strid med eget konkurransegrunnlag.

(27) Det følger av forskriften § 9-3 (3) at «[o]ppdragsgiveren skal i anskaffelsesdokumentene opplyse om han planlegger å ha dialog med leverandørene. Dersom oppdragsgiveren planlegger dialog, skal han angi hva dialogen vil gjelde og så vidt mulig beskrive hvordan dialogen vil bli gjennomført».

(28) I konkurransegrunnlaget punkt 3.2 stod det at:

«Statsbygg planlegger i utgangspunktet å gjennomføre konkurransen uten å ha dialog med leverandørene. På denne bakgrunn oppfordres tilbyderne til å levere sitt beste tilbud ved innleveringsfristen. Dialog kan likevel bli gjennomført dersom oppdragsgiver vurderer det som formålstjenlig.»

(29) Klagenemnda oppfatter konkurransegrunnlaget som at innklagede ikke hadde planlagt å ha dialog med leverandørene. Det klare utgangspunktet er at oppdragsgiver ikke blir bundet av hva han «planlegger». Oppdragsgiver plikter kun å angi hva han «planlegger» å gjøre, og har som hovedregel rett til å ombestemme seg, se sak 2017/30 premiss 25. Det var derfor ikke noe plikt å opplyse hva en eventuell dialog måtte gjelde.

(30) Det stod i konkurransegrunnlaget punkt 5.1 at:

«Statsbygg oppfordrer til å gi tilbud uten forbehold eller avvik. I stedet for å gi tilbud med forbehold og avvik bør leverandørene stille spørsmål til Statsbygg, jf. pkt 1.6 ovenfor. Det understrekes at tilbyder har risikoen for uklarheter i eget tilbud og at uklarheter, forbehold og avvik kan medføre avvisning. Før tilbyder eventuelt avgir tilbud med forbehold eller avvik, bør de rettslige konsekvenser av dette derfor vurderes.

Dersom forbehold eller avvik tas, skal forbehold/avvik klart fremgå av tilbudsbrevet. Forbehold/avvik skal være presise og entydige, slik at Statsbygg kan vurdere disse uten kontakt med tilbyder. Forbehold/avvik som ikke kan prises av Statsbygg, vil etter all sannsynlighet medføre avvisning av tilbudet.»

(31) Klagenemnda er av den oppfatning at punktet ikke kan leses som at innklagede har frasagt seg retten til å la dialogen omfatte retting av avvik. Nemnda oppfatter punktet som en oppfordring til tilbydere å levere tilbud uten avvik og til orientere tilbyderne om at avvik kan medføre avvisning..

(32) Klagers anførsel fører ikke frem.

Vesentlige avvik og avvisningsplikt

(33) Klager anfører at valgte leverandør har tatt en rekke forbehold som må anses for å være så vesentlige at tilbudet skal avvises.

- (34) Det følger av forskriften § 9-6 (1) bokstav b at «*[o]ppdragsgiveren skal avvise et tilbud som inneholder vesentlige avvik fra anskaffelsesdokumentene.*»
- (35) Det avgjørende er ikke om forholdet er formulert som et avvik, men om det i realiteten innebærer et avvik fra konkurransegrunnlaget.
- (36) 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.
- (37) Klager fremholder at valgte leverandørs uttalelse i tilbudet om at de har forutsatt «*[a]t vi rekker å bestille, levere og montere vinduer og dører innenfor oppgitt tidsramme for prosjektet. Noen dører og vinduer kan ha over 8 uker leveringstid*» må forstås som et vesentlig avvik.
- (38) Klagenemnda anser at valgte leverandørs uttalelse utgjør et avvik. Uttalelsen innebærer imidlertid ikke at valgte leverandør vil ha krav på et høyere vederlag dersom de går utenfor prosjektets tidsramme. Valgte leverandør må uansett forholde seg til konkurransens gjennomføringsplan og mulighet for dagmulkt ved forsinkelser. Innklagede har derfor ikke risiko for å betale mer ved en eventuell forsinket leveringstid. Nemnda er derfor av den oppfatning at avviket ikke kan anses vesentlig.
- (39) Videre fremholder klager at valgte leverandørs uttalelse i tilbudet om at «*[d]ersom det skal ettermonteres folie på innsiden av vinduer med sikkerhetsglass kan dette medføre tap av garanti og fravik fra sikkerhetsklasse*», må forstås som et avvik.
- (40) I referatet fra tilbudsbeferingen ble det angitt at sikkerhetsnivået på komponentene ville oppgis først etter kontraktsignering med valgte leverandør. I forlengelsen av dette ble det opplyst at det i «*tilbudsskjema etterspørres derfor ulike enh.priser på sikkerhetskomponenter som vil bli benyttet*».
- (41) I tilbudsskjemaet var det bedt om enhetspriser på en rekke komponenter. For en del av komponentene var det spesifisert at det skulle gis pris for vindu «*med sikkerhetsglass*». Der det var bedt om pris på vinduer med folie på innsiden, var det ikke spesifisert at vinduet skulle være med sikkerhetsglass.
- (42) Klagenemnda kan ikke se at det var et krav om at sikkerhetsglass skulle folieres. Nemnda forstår det slik at ikke alle eksisterende vinduer skulle erstattes med vinduer med sikkerhetsglass. Valgte leverandørs uttalelse fremstår som informasjon til innklagede om følgene av eventuell ettermontering av folie på innsiden av vinduer med sikkerhetsglass. Nemnda anser ikke denne informasjonen som et avvik.
- (43) Klagers anførsel fører ikke frem.

Ulovlig evaluering

- (44) Klager anfører at evalueringen var gjort i strid med tildelingskriteriene. Klager hevder at innklagede ikke har stilt noen konkrete krav til utdanning, men at innklagede til tross for dette har valgt å trekke klager i poeng sammenlignet med valgte leverandørs tilbudte prosjektleder.
- (45) Oppfyllelse av tildelingskriteriet «*kvalitet*» skulle blant annet dokumenteres ved å fremlegge navn og CV for prosjektleder/anleggsleder (stedlig representant på

byggeplass). Det var angitt at CV-en skulle inneholde opplysninger om utdanning, kurs, arbeidserfaring og redegjørelse for personens kompetanse.

- (46) Da det ble etterspurt opplysninger om utdanning, er det etter klagenemndas oppfatning klart at innklagede hadde anledning til å differensiere mellom tilbudene blant annet ut fra dokumentert utdanning. Det at bachelor i allmenn byggfag og ett års tilleggsutdanning fra NTNU ble vurdert som noe bedre enn fagskoleingeniør, anser nemnda at innklagede er nærmest til å vurdere.
- (47) Klager anfører videre at innklagede ikke hadde anledning til å vektlegge positivt at prosjektleder fra valgte leverandør hadde sikkerhetsklarering fra forsvaret, da sikkerhetsklarering hos Forsvaret ikke nødvendigvis tilsier at en har *«erfaring fra arbeider med sikringsbygg og graderte dokumenter»*.
- (48) Det stod i CV-en til valgte leverandørs tilbudte prosjektleder under *«språk og annen kompetanse»*:
- «Sikkerhetsklarering*
- Sikkerhetsklarering fra Forsvaret i forbindelse med byggprosjekt.»*
- (49) I evalueringen stod det at *«[h]an har sikkerhetsklarering fra forsvaret og således erfaring fra arbeider med sikringsbygg og graderte dokumenter.»*
- (50) Valgte leverandørs prosjektleder var sikkerhetsklarert i forbindelse med et byggeprosjekt hos forsvaret. Prosjektlederen har da kunnskap om det regimet sikkerhetsloven etablerer for å håndtere gradert informasjon. Klagenemnda er av den oppfatning at innklagede, på bakgrunn av prosjektlederens CV, hadde grunnlag for å trekke konklusjonen at han hadde *«erfaring fra arbeider med sikringsbygg og graderte dokumenter»*.
- (51) Klager anfører at det i CV-en for prosjektleder fra klager var angitt referanseprosjekter som kan klassifiseres som erfaring fra arbeider med sikringsbygg og graderte dokumenter. Videre kommenterer klager at det ikke er angitt under tildelingskriteriene i konkurransegrunnlaget at referanseprosjekter skal være utført etter eller underlagt sikkerhetsloven.
- (52) Klagenemnda er av den oppfatning at *«erfaring fra arbeider med sikringsbygg og graderte dokumenter»* ikke kan forstås slik at det ble etterspurt erfaring med sikkerhetslovens regime for håndtering av graderte opplysninger. Innklagede har opplyst om at klager ikke har fått noe uttelling for sikkerhet. Imidlertid omfattet et av klagers oppgitte referanseprosjekt, Ombygging Pass og ID i politihuset i Kirkenes, blant annet et sikkerhetssystem etter politiregisterloven. Det kan derfor stilles spørsmål ved om innklagede skulle vurdert dette prosjektet som erfaring fra sikringsbygg og graderte dokumenter. Imidlertid ble valgte leverandørs tilbudte byggeplassleder vurdert av innklagede til å ha høyere formell utdanning og til å ha vist til større referanseprosjekt. Nemnda har ikke holdepunkter for at en eventuell bedre uttelling om erfaring fra sikringsbygg og graderte dokumenter, ville endret konkurransens utfall.
- (53) Klager anfører at innklagede skulle vektlagt opplysningene i tilbudene om at klager hadde andre ansatte og underleverandører som hadde erfaring med sikkerhetsloven. Under tildelingskriteriet *«kvalitet»* skulle prosjektleder/anleggsleder og saksbehandler for RIV

vurderes. Klager kan derfor ikke høres med at andre ansattes kompetanse enn dette skulle bli vektlagt.

(54) Klagers anførsel fører ikke frem.

Brudd på det generelle prinsippet om god forretningsskikk

(55) Klager har anført at innklagede har fremsatt noe som oppfattes som en trussel ovenfor klager og at dette var i strid med de grunnleggende prinsippene i anskaffelsesloven § 4, samt det generelle prinsippet om god forretningsskikk.

(56) Ut ifra informasjon klagenemnda har mottatt om kommunikasjonen mellom partene, kan ikke nemnda se at det er grunnlag for å konstatere brudd på regelverket på dette punktet.

Konklusjon:

Statsbygg har ikke brutt regelverket for offentlige anskaffelser.

For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,

Bjørn Berg

Dokumentet er godkjent elektronisk