



Klagenemnda for offentlige anskaffelser

Saken gjelder: Avlysning/totalforkastelse

Innklagede gjennomførte en konkurranse om totalentreprise for bygging av ny brannstasjon. Klager anførte at konkurransen var preget av så alvorlige feil, at innklagede hadde plikt til å avlyse konkurransen. Klagenemnda kom til at innklagedes motstridende opplysninger om konkurranseform og regelverk, manglende tilgjengeliggjøring av kontraktvilkårene og uklarheter om innholdet i kvalifikasjonskravene, medførte at det forelå avlysningsplikt.

Klagenemndas avgjørelse 10. januar 2023 i sak 2022/1584

Klager: Consto Midt-Norge AS

Innklaget: Rennebu kommune

Klagenemndas

medlemmer: Bjørn Berg, Marianne Dragsten og Arnt Skjefstad

Bakgrunn:

- (1) Rennebu kommune (heretter *innklagede*) kunngjorde 12. august 2022 en konkurranse om totalentreprise for bygging av ny brannstasjon. Anskaffelsens verdi ble estimert til 40 millioner kroner.
- (2) I kunngjøringen som ble publisert i Doffin var det angitt at konkurransen ble gjennomført som en «Åpen tilbudskonkurranse». Det fremkom også her at innklagede «inviterer til åpen konkurranse om totalentreprise for bygging av Rennebu Brannstasjon».
- (3) I konkurranseverktøyet Merzell var det angitt at konkurransen ble gjennomført som en «åpen anbudskonkurranse».
- (4) Tilbudsfristen ble i kunngjøringen og under tidstabellen i konkurransegrunnlaget satt til 29. september 2022. I konkurransegrunnlaget under punktet «Tilbudsfrist» var fristen satt til 30. september 2022.
- (5) Under punktet «Anskaffelsesprosedyre» i konkurransegrunnlaget var det angitt at anskaffelsen «gjennomføres som en totalentreprise over EØS-terskelverdi, FOA del I og III».
- (6) I konkurransegrunnlaget under punktet «Konkurranseregler» var det angitt følgende:

«Anskaffelsen er regulert av lov om offentlige anskaffelser og forskrift om offentlige anskaffelser ("anskaffelsesforskriften") del III over EØS-terskelverdi.

Oppdragsgiver tar forbehold om at konkurransen kan bli gjennomført ved at det kun gjennomføres eventuelle nødvendige avklaringer og uten at det avholdes forhandlinger. Tilbyderne må derfor komme med sitt beste tilbud, ved innsendelse av tilbud.

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

Oppdragsgiver forbeholder seg retten til å gjennomføre eventuelle forhandlinger i flere faser og redusere det antall tilbud som det skal forhandles om. En slik reduksjon vil skje på bakgrunn av de oppgitte tildelingskriteriene. En første reduksjon kan skje i forkant av forhandlingene.»

- (7) I konkurransegrunnlagets punkt om kunngjøring, var det angitt:

«Konkurransen er kunngjort i Merzell MSS. All kommunikasjon i konkurranseperioden skjer via Merzell, på den måten Merzell angir.

Konkurransen er ikke offentlig kunngjort.»

- (8) Det var henvist til flere bestemmelser i forskriften del III i konkurransegrunnlaget.
- (9) Det fremkom av konkurransegrunnlaget at som kontraktsbestemmelser «gjelder NS8407, med de korreksjoner som fremgår av del II – Kontraktsgrunnlaget, punkt B.2 Spesielle kontraktsbestemmelser». Dette dokumentet var ikke vedlagt anskaffelsesdokumentene.
- (10) I konkurransegrunnlaget under punkt «Grunnlag for tilbudet» var det gitt en oversikt over konkurransegrunnlagets oppbygging, hvor følgende punkter var angitt:

Del I – Konkurranseskildringen (dette dokument) med vedlegg

Del II – Kontraktsgrunnlaget

Avtaledokument

A Generell del

B Kontraktsbestemmelser, NS8407

C Tekniske krav

D Krav til byggeprosessen

E Frister og dagmulker

F Vederlaget

G Oppdragsgivers ytelser

Vedlegg

Eventuelle tillegg og justeringer av utsendt konkurransegrunnlag.

Referater fra befaring eller informasjonsmøte.

Kontraktstekst avklares etter tildeling.

- (11) Det var et eget punkt i konkurransegrunnlaget om avvik og forbehold, hvor det blant annet fremgikk at det «skal redegjøres presist og entydig for ethvert forbehold mot kontraktsvilkårene eller avvik fra kravspesifikasjonene, slik at oppdragsgiver kan vurderes disse uten kontakt med tilbyderer».

- (12) Kvalifikasjonskravene fremgikk av konkurransegrunnlaget punkt 5. Et av kvalifikasjonskravene til leverandørenes tekniske og faglige kvalifikasjoner var angitt slik:

«Sentral godkjenning eller dokumentert kompetanse som angitt i SAK kapittel 11 eller tilsvarende, i tiltaksklasser og godkjenningsområder som angitt i del II kontraktgrunnlaget, pkt. A.2. eller i påkrevde tiltaksklasser og godkjenningsområder.»

- (13) Det var også stilt et kvalifikasjonskrav om «[t]ilfredsstillende kompetanse hos nøkkelpersonell som inngår i oppdragsorganisasjonen». Under dokumentasjonskravet til dette kvalifikasjonskravet var det angitt:

«Evt. bytting av nøkkelperson skal det tilbys personell med minimum tilsvarende kompetansenivå, samt alle evt. kostnader med bytting ikke belastes oppdragsgiver.

Bytting av nøkkelpersonell skal være særlig godt begrunnet.»

- (14) Kontrakt ville tildeles på grunnlag av beste forhold mellom tildelingskriteriene «Pris» (vektet 65 prosent), «Kvalitet» (vektet 20 prosent) og «Framdriftsplan» (vektet 15 prosent). Det var angitt at oppdragsgiver ville vurdere kvalitet basert på CV-er for nøkkelpersonell, oppdragsorganisasjon og kvalitet på leveransen. Om dokumentasjonen for oppfyllelse av kvalitetskriteriet var det videre angitt:

«Organisasjonskart med navngitte nøkkelpersoner ned til og med formannsnivå.

Opplysninger om utdanning og faglige kvalifikasjoner hos entreprenørenes nøkkelpersonell, herunder Prosjektleder, anleggsleder/byggeleder.

Tilbudte ressurser skal benyttes i oppdraget.

Redegjørelse/gjennomføringsplan for prosjektet. Løsningsbeskrivelse max 2 A4 sider.»

- (15) Innklagede mottok fire tilbud innen utløpet av tilbudsfristen, herunder fra B&B Entreprenør AS og Consto Midt-Norge AS (heretter *klager*).
- (16) Kontrakt ble tildelt B&B Entreprenør AS (heretter *valgte leverandør*). Følgende tabell var vedlagt tildelingsmeddelelsen:

	B&B	Consto	HENT	MT Byggteknikk
Pris (kr. eks. mva)	46.355.388	45.642.542	48.171.581	42.761.623
Prispoeng	9,16	9,33	8,73	10
Vektet prispoeng (65%)	5,95	6,06	5,68	6,5
Kvalitet, poeng	9	9	7	3
Kvalitet, vektet (20%)	1,8	1,8	1,4	0,6
Framdrift, poeng	9	8	5	2
Framdrift, vektet (15 %)	1,35	1,2	0,75	0,3
SUM	9,1	9,06	7,83	7,4

- (17) Avslutningsvis i tildelingsmeddelelsen var det angitt:

*«Med bakgrunn tabell over, så innstilles **B&B** for arbeidet, og til forhandling med Rennebu kommune.*

Forhandlinger om avtale vil starte opp ved karensfristen utløp.»

- (18) Etter tilbakemelding fra en av leverandørene som deltok i konkurransen, foretok innklagede en ny vurdering som medførte endring i poengscore for to leverandører under tildelingskriteriet «Kvalitet». Det ble også gitt en utdypende begrunnelse knyttet til hvert tildelingskriterium, og leverandørene fikk tilsendt ny evalueringsmatrise i brev datert 26. oktober 2022 [klagers uthevninger]:

	B&B	Consto	HENT	MT Byggteknikk
Pris (kr. eks. mva)	46.355.388	45.642.542	48.171.581	42.761.623
Prispoeng	9,16	9,33	8,73	10
Vektet prispoeng (65%)	5,95	6,06	5,68	6,5
Kvalitet, poeng	9	9	8	7
Kvalitet, vektet (20%)	1,8	1,8	1,6	1,4
Framdrift, poeng	9	8	5	2
Framdrift, vektet (15 %)	1,35	1,2	0,75	0,3
SUM	9,1	9,06	8,03	8,20

- (19) Klager ba om innsyn i eventuelle klager, eller henvendelser fra andre leverandører i e-post datert 26. oktober 2022. I brev datert samme dag, opplyste innklagede om at det ikke var innkommet skriftlige formelle klager.
- (20) Klager innga to klager på tildelingsbeslutningen i brev av 28. oktober 2022 og 2. november 2022. Ingen av klagen ble tatt til følge av innklagede.
- (21) Saken ble brakt inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser den 9. november 2022. Innklagede har bekreftet at de avventer kontraktinngåelse inntil klagenemnda har behandlet saken, og saken er derfor prioritert.
- (22) Nemndsmøte i saken ble avholdt 9. januar 2023.

Anførsler:

Klager har i det vesentlige anført:

- (23) Innklagede har plikt til å avlyse konkurransen. Konkurransedokumentene og konkurransegjennomføringen har vært preget av alvorlige feil, som kan ha påvirket både deltakerinteressen og utfallet av konkurransen. Feilene kan derfor ikke rettes på annen måte enn ved avlysning.
- (24) Innklagede har flere steder i anskaffelsesdokumentene gitt uklare og motstridende opplysninger om konkurranseform, som er i strid med de grunnleggende prinsippene i loven § 4.
- (25) Innklagede har gitt motstridende opplysninger om tilbudsfristen. Dette er en vesentlig betingelse for konkurransen.
- (26) Innklagede har ikke tilgjengeliggjort sentrale dokumenter tilknyttet konkurransen, herunder kontraktvilkårene. Dette medførte at både klager og valgte leverandør har tatt en rekke forbehold knyttet til kontraktvilkårene i sine tilbud.
- (27) Innklagede har utformet to kvalifikasjonskrav som mangler tilstrekkelige dokumentasjonskrav. Dette medfører en betydelig risiko for at leverandørene ikke er vurdert på like vilkår og er følgelig i strid med likebehandlingsprinsippet.

- (28) Sammenblanding mellom tildelingskriteriet «Kvalitet» og kvalifikasjonskravet om tilfredsstillende kompetanse hos nøkkelpersonell er en ytterligere feil i konkurransen, som medfører avlysningsplikt.
- (29) Kvalifikasjonskravet om sentral godkjenning/dokumentert kompetanse iht. SAK 10, viser til tiltaksklasser og godkjenningsområder som angitt i Del II kontraktsgrunnlaget. Når denne delen av konkurransegrunnlaget ikke var tilgjengelig for leverandørene, var det umulig å vite hva som skulle til for å bli kvalifisert i konkurransen.
- (30) Innklagede har endret evalueringen basert på muntlig korrespondanse med en av leverandørene som deltok i konkurransen. Det er derfor uklart hvordan poengfastsettelsen har skjedd, og hva som er bakgrunnen for den. Innklagedes håndtering av evalueringen av konkurransen er i strid med de grunnleggende prinsippene i loven § 4.
- (31) Subsidiært anfører klager at innklagedes evaluering av tilbudene er ulovlig, usaklig, vilkårlig og sterkt urimelig. Evalueringen er i strid med de grunnleggende prinsippene i lovens § 4.

Innklagede har i det vesentlige anført:

- (32) Det foreligger ikke avlysningsplikt av konkurransen. Eventuelle feil som er begått ved gjennomføringen av konkurransen er ikke tilstrekkelig til å utløse avlysningsplikt.
- (33) Innklagede erkjenner at det i konkurransegrunnlaget var angitt at konkurransen skulle gjennomføres i henhold til forskriften del III. Konkurransens verdi var imidlertid estimert til under EØS-terskelverdien, og det var dermed tilstrekkelig klart at konkurransen skulle gjennomføres som en åpen tilbudskonkurranse etter del II. Det var heller ingen av leverandørene som stilte spørsmål vedrørende konkurranseform, og klagers innsigelse kommer på et sent punkt i anskaffelsen. Feilen medfører ikke avlysningsplikt.
- (34) De ulike angivelsene av tilbudsfrist er ikke tilstrekkelig til å utløse avlysningsplikt av konkurransen. Alle leverandørene som deltok i konkurransen leverte tilbud i tide, og innklagede mottok ingen forespørsler om endring av innleveringstidspunkt.
- (35) Det ble foretatt en revidering av tildelingskriteriet «Kvalitet» etter tilbakemelding om mangelfull begrunnelse fra en av leverandørene. Som følge av den nye evalueringen, ble innklagede oppmerksom på at enkelte forhold ikke var blitt tilstrekkelig premiert. Den nye poenggivningen medførte imidlertid ikke en endring i rangeringen av tilbudene.
- (36) Tildelingsevalueringen er gjennomført i henhold til det som er beskrevet i konkurransegrunnlaget. Innklagede har gitt poengsum som viser hva som er premiert, og hvordan de ulike leverandørene ble evaluert opp mot hverandre. Evalueringen er dermed gjennomført i tråd med regelverket.

Klagenemndas vurdering:

- (37) Klager har deltatt i konkurransen, og har saklig klageinteresse, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Konkurransen gjelder anskaffelse av ny brannstasjon som er en bygge- og anleggsanskaffelse. Anskaffelsens verdi er estimert til 40 millioner kroner.
- (38) Klager anfører at innklagede har gjort flere feil i konkurransen som medfører avlysningsplikt.

- (39) Hvis en oppdragsgiver skal være forpliktet til å avlyse en konkurranse, må det være begått en feil som kan ha påvirket enten deltakerinteressen eller utfallet av konkurransen, og denne feilen må ikke kunne rettes på annen måte enn ved avlysning av konkurransen, se blant annet HR-2019-1801-A, avsnitt 85 og EFTA-domstolens uttalelse i sak E-16/16, avsnitt 106.
- (40) Klagenemnda har i en rekke saker uttalt at konkurransegrunnlaget må utformes slik at det – for en rimelig opplyst og alminnelig aktsom leverandør – fremstår som klart hva det skal leveres tilbud på og hvordan dette skal gjøres. Konkurransegrunnlaget må inneholde tilstrekkelige opplysninger til at leverandørene har et forsvarlig grunnlag for å levere tilbud. Videre er et klart og utvetydig konkurransegrunnlag en nødvendig forutsetning for å sikre at kravet til likebehandling og forutberegnelighet i loven § 4 overholdes. Det avgjørende er hvordan konkurransegrunnlaget må forstås, ikke hva innklagede har ment, jf. klagenemndas avgjørelse i sak 2019/146, premiss 32 med videre henvisninger til blant annet EU-domstolens avgjørelse i sak C-19/00 SIAC Construction. Det er oppdragsgiver som har risikoen for uklarheter i konkurransegrunnlaget.
- (41) I beskrivelsen av anskaffelsen i kunngjøringen som ble publisert i Doffin, fremgikk det at prosedyren for konkurransen var «åpen konkurranse». Videre fremgikk det under punktet «Type konkurranse» at konkurransen skulle gjennomføres som en «åpen tilbudskonkurranse». I konkurransegjennomføringsverktøyet Merzell fremgikk det imidlertid at konkurransen ble gjennomført som en «åpen anbudskonkurranse». Det var også angitt i konkurransegrunnlaget at konkurransen ble gjennomført i henhold til forskriften del I og III.
- (42) Innklagede har erkjent at henvisningen til del III var feil. Innklagede viser til at kontraktens verdi var estimert til 40 millioner kroner, og at det derfor måtte være klart for leverandørene at anskaffelsen ikke oversteg terskelverdien, og dermed skulle følge reglene om åpen tilbudskonkurranse etter forskriften del II. Etter denne prosedyren har oppdragsgiver anledning til å gjennomføre dialog med leverandørene, noe som ikke er tillatt etter reglene om åpen anbudskonkurranse etter forskriften del III.
- (43) Hvilken konkurranseform som anvendes, vil vanligvis være et forhold som er av avgjørende betydning for hvordan leverandørene velger å inngi sine tilbud. Ved åpen anbudskonkurranse, hvor tilbudene ikke kan endres etter tilbudsfristen, vil leverandørene typisk inngi sine beste tilbud umiddelbart. I konkurranser som åpner for forhandlinger, vil leverandørene derimot inngi tilbudene basert på muligheten for å kunne forhandle om optimalisering av innholdet i tilbudene.
- (44) Det var riktignok presisert i konkurransegrunnlaget at det ikke var en garanti for at innklagede ville forhandle om innkomne tilbud, og at «tilbyderne må derfor komme med sitt beste tilbud, ved innsendelse av tilbud». Det kan imidlertid ikke utelukkes at innklagedes motstridende opplysninger knyttet til hvilken konkurransetype og regelverk som fikk anvendelse i konkurransen, har påvirket måten leverandørene har utformet sine tilbud.
- (45) Videre har klager vist til at kontraktsvilkårene ikke var en del av anskaffelsesdokumentene. Anskaffelsesdokumentene skal blant annet inneholde kontraktsvilkårene som skal gjelde for anskaffelsen.

- (46) Det fremgikk av konkurransegrunnlaget at kontrakten ville reguleres av de alminnelige kontraktsvilkårene i NS 8407, med de korreksjoner som fremgikk av konkurransegrunnlaget del II – «Kontraktsgrunnlaget», punkt B.2 «*Spesielle kontraktsbestemmelser*». Kontraktsgrunnlaget var imidlertid ikke gjort tilgjengelig for leverandørene.
- (47) NS 8407 er en standardkontrakt som inneholder alminnelige kontraktsbestemmelser for totalentrepriser. Klagenemnda legger til grunn at standarden er godt kjent for leverandørene som deltok i konkurransen. Spørsmålet er imidlertid om manglende tilgjengeliggjøring av avvik fra standarden har påvirket deltakerinteressen, eller hvordan leverandørene har utformet sine tilbud.
- (48) Det er naturlig at leverandører ser hen til kontraktsvilkårene og risikofordelingen i kontrakten, for å vurdere om de ønsker å delta i en konkurranse. Manglende opplysninger om kontraktsvilkårene vil også kunne ha betydning for utformingen av tilbudene. I denne saken er det opplyst at både klager og valgte leverandør tok forbehold mot kontraktsvilkårene i sine tilbud.
- (49) Innklagede har vist til at ingen av leverandørene ba om å få tilsendt kontraktsdokumentene. Selv om klagenemnda er enig i at leverandørene med fordel kunne bedt om å få tilsendt kontraktsvilkårene, er det likevel oppdragsgiver som har risikoen for mangler og uklarheter i konkurransegrunnlaget.
- (50) Konkurransegrunnlaget hadde også mangler når det kom til kvalifikasjonskravene i konkurransen. For kvalifikasjonskravet om sentral godkjenning eller dokumentert kompetanse etter SAK 10, var det henvist til konkurransegrunnlaget del II for nærmere opplysninger om de gjeldende tiltaksklassene og godkjenningsområdene for kontrakten. Det at denne delen av konkurransegrunnlaget manglet, skaper både en uklarhet om det nøyaktige innholdet i kvalifikasjonskravet, i tillegg til at det kan ha skapt uklarhet om den nærmere avgrensningen av kontraktsgjensstanden.
- (51) Klagenemnda finner at konkurransen, sett under ett, er beheftet med mangler og uklarheter som kan ha påvirket hvordan leverandørene utformet sine tilbud. Det kan heller ikke utelukkes at noen leverandører har avstått fra å delta i konkurransen, som følge av risikoen knyttet til motstridende opplysninger vedrørende konkurranseform, manglende publisering av kontraktsvilkår og uklarheter knyttet til innholdet i kvalifikasjonskravene. Feilene som er påpekt ovenfor gjelder grunnleggende forutsetninger for konkurransegjennomføringen, og klagenemnda kan ikke se at feilene kan rettes på annen måte enn ved avlysning av konkurransen.
- (52) Selv om det ikke har direkte betydning for spørsmålet om avlysningsplikt, bemerker klagenemnda at det fremkom av tildelingsbeslutningen at «*B&B [innstilles] for arbeidet, og til forhandling med Rennebu kommune*». Ettersom konkurransegrunnlaget inneholdt en rekke uklarheter, er det stor fare for at innholdet i disse forhandlingene ville gå utover lovlige avklaringer, og dermed ikke være forenlig med de grunnleggende prinsippene om likebehandling og etterprøvnbarhet.
- (53) Bruddene som er konstatert kan ha påvirket utfallet av konkurransen. Klagegebyret skal derfor tilbakebetales, jf. klagenemndsforordningen § 13.

Konklusjon:

Rennebu kommune har brutt regelverket for offentlige anskaffelser, ved at anskaffelsesdokumentene inneholdt motstridende opplysninger om konkurranseform og regelverk, manglet kontraktsvilkårene og inneholdt uklarheter om innholdet i kvalifikasjonskravene.

For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,

Marianne Dragsten

Dokumentet er godkjent elektronisk