



Klagenemnda for offentlige anskaffelser

Saken gjelder: Konkurransereform. Endring av konkurransegrunnlag. Avvisning av tilbud.

Innklagede gjennomførte en konkurranse med forhandling for anskaffelse av en entreprise for bygging av infrastruktur, gater og plasser i Sandvika sentrum øst. Klager anførte at vilkårene for å gjennomføre en konkurranse med forhandling uten forutgående kunngjøring etter forskriften § 13-3 ikke var oppfylt. Klagenemnda kom til at vilkårene etter § 13-3 ikke var oppfylt. Klagers subsidiære anførsel om urettmessig avvisning ble ikke behandlet.

Klagenemndas avgjørelse 12. juni 2024 i sak 2024/0558

Klager: Agaia AS

Innklaget: Bærum kommune

Klagenemndas

medlemmer: Bjørn Berg, Hanne S. Torkelsen og Elisabeth Wiik

Bakgrunn:

- (1) Bærum kommune (heretter *innklagede*) kunngjorde 9. juni 2023 en konkurranse med forhandling om bygge- og anleggsarbeider i Sandvika sentrum øst. Frist for å levere forespørsel om å delta i konkurransen var 16. august 2023.
- (2) Arbeidene skulle utføres som en generalentreprise etter NS 8405. Oppdraget var i kunngjøringen beskrevet slik:

«Entreprisen omfatter teknisk infrastruktur og gater og plasser i Sandvika sentrum øst som skal bygges i kommunal regi etter NS 8405 samtidig med omfattende utbygging av private kvartaler i samme området. Det er planlagt et meget tett system av teknisk infrastruktur. Overflatene skal utføres i høy kvalitet med gatevarme, steinbelegg, møblering og beplantning. Det kommunale prosjektet omfatter også anlegg for kabelselskaper og fjernvarme/-kjøling.»

- (3) I prekvalifiseringsgrunnlaget var det gitt en antatt fremdrift:

Milepæl	Tidspunkt/frist
Utsendelse av konkurransegrunnlag	september 2023
Frist for levering av tilbud i trinn II	Oktober/november 2023
Forhandlinger	November/desember 2023
Tildeling av kontrakt	Januar 2024
Antatt periode for gjennomføring av kontraktsarbeidene	April 2024 – sommeren 2026 (kan bli noe utsatt)

Postadresse:

Postboks 511 Sentrum
5805 Bergen

Besøksadresse:

Zander Kaaes gate 7
5015 Bergen

Telefon: +47 55 19 30 00 post@knse.no

- (4) Det fremgikk av prekvalifiseringsgrunnlaget at leverandørene i prekvalifiseringsfasen skulle dokumentere oppfyllelse av kvalifikasjonskravene. Konkurransgrunnlaget ville først bli tilgjengeliggjort i konkurransefasen.
- (5) I konkurransefasen skulle tildeling skje på bakgrunn av hvilket tilbud som hadde det beste forholdet mellom pris, kvalitet og miljø.
- (6) Innklagede mottok fire søknader innen fristen for prekvalifiseringen fra Agaia AS (heretter *klager*), Braathen Landskapsentreprenør AS, Isachsen Anlegg AS og Skaaret Landskap AS. Samtlige fire leverandører kvalifiserte seg, og ble invitert til å inngi tilbud.
- (7) I konkurransegrunnlaget var det stilt materialkrav til steintypene som skulle benyttes i prosjektet. Kravene til de ulike steintypene var gitt i følgende tabell:

Type flate	Materialkrav	Krav til overflate
1a	Varm, lys brun granitt med blek rosa og grønne grunnfarger. Middels til grov-kornet. Relativt homogen uten større linjestrukturer.	Finhugget grad 1 manuelt med 1 piggs meisel
1b	Hovedmineral: Kvarts, feltspat, kloritt og epidot.	Finhugget grad 4
1c	Min. bøyestrekfasthet 16 MPa. Vannabsorpsjon maks 0,25 %. Min. trykkfasthet 300 MPa.	Flammet
2a	Varm lys grå granitt, finkornet som gir et homogent utseende. Kort transportavstand ønskes av hensyn til klima. Transportavstand fra steinbrudd til levering i Sandvika, inklusive transport i forbindelse med bearbeiding hvis dette gjøres på et annet sted skal oppgis. Hovedmineral: Kvarts, feltspat og plagioklas.	Finhugget grad 1
2b		Finhugget grad 4
2c	Min. bøyestrekfasthet 13 MPa. Vannabsorpsjon maks 0,2 %. Min. trykkfasthet 150 MPa.	Flammet
3a	Varm, lys rød granitt. Middels til grov-kornet. Relativt homogen uten linjestrukturer. Hovedmineral: Alkalifeltspat, kvarts, plagioklas, biotitt og opaker.	Flammet
	Min. bøyestrekfasthet 11 MPa. Vannabsorpsjon maks 0,4 %. Min. trykkfasthet 220 MPa.	
4a	Anortositt med dyp brun farge med lilla og blå krystaller og jevnt fordelte svarte innslag. Grov korning og noe variasjon i krystallenes størrelse og avstand. Hovedmineral: Plagioklas, feltspat, pyroksin, opaker og kloritt.	Fargeslipt
4b	Min. bøyestrekfasthet 10 MPa. Vannabsorpsjon maks 0,2 %. Min. trykkfasthet 150 MPa.	Grovhugget grad 1

- (8) Leverandørene skulle levere steinprøver «for å sikre at steinen som tilbys er i henhold til kravene satt i konkurransegrunnlaget med hensyn til utseende, farge, mønster, struktur og overflater, i tillegg til steinens geologiske kvalitet».
- (9) Det fulgte videre av konkurransegrunnlaget at steinprøvene skulle være merket med «navn og adresse på produsent/leverandør, i tillegg til steinens handelsnavn, riktig bergartsnavn, type bearbeidelse/overflate, land og lokalitet for bruddsted og sted for overflatebehandling». I tillegg skulle dokumentasjon på steinens geologiske kvalitet medfølge. Dokumentasjonen skulle minimum beskrive «bøyestrekfasthet, vannabsorpsjonsevne og trykkfasthet».
- (10) Under tildelingskriteriet kvalitet var underkriteriet «Kvalitet stein» et av tre underkriterier. Innklagede opplyste at steinens «utseende og øvrige kvaliteter som oppfyller spesifikasjonene vil bli vurdert som et tildelingskriterium».
- (11) Innen tilbudsfristen 14. desember 2023 mottok innklagede tilbud fra de fire kvalifiserte leverandørene.
- (12) Innklagede avviste samtlige fire tilbud 9. februar 2024. Det fremgikk av meddelelsene om avvisning at leverandørene hadde levert tilbud som ikke oppfylte kravspesifikasjonene for stein. Klager ble avvist under henvisning til at tilbudet inneholdt vesentlig avvik etter forskriften § 24-8 (1) bokstav b. De tre andre leverandørene ble avvist da innklagede vurderte at tilbudene inneholdt avvik som «i det minste gir grunnlag for» avvisning etter § 24-8 (2) a.
- (13) Innklagede avlyste konkurransen 9. februar 2024. I meddelelsen om avlysning begrunnet innklagede avlysningen slik:
- «I konkurransen mottok Bærum kommune tilbud fra fire leverandører. Samtlige tilbud er avvist etter FOA §§ 24-8 (1) litra b eller 24-8 (2) litra a fordi tilbudene inneholder avvik og vesentlig avvik fra anskaffelsesdokumentene. Når samtlige tilbud er avvist kan Bærum kommune ikke gå videre med konkurransen. Det foreligger derfor saklig grunn til å avlyse konkurransen, jf. FOA § 25-4 (1).*
- Bærum kommune inviterer innen kort til en ny konkurranse med forhandlinger etter FOA § 13-3. Grunnlaget for prekvalifiseringen er ikke endret.*
- På grunn av tekniske begrensninger i Merccell blir den nye konkurransen kunngjort i system for «konkurranse under terskel» for å kunne krysse av for, og følge prosess for, «kun utvalgte deltakere.»*
- (14) I den nye konkurransen utarbeidet innklagede to følgeskriv med oversikt over endringer i konkurransedokumentene. Det var blant annet gjort endringer i mengdebeskrivelsene og endringer i konkurransereglene. Det fulgte av det nye konkurransegrunnlaget at forventet tidspunkt for tildeling av kontrakt var endret til medio mai og forventet anleggsstart var satt til juli/august med rigging i juni.
- (15) Kravene til steintypene var endret og endringene var skrevet med uthevet skrift i tabellen:

Type flate	Materialkrav	Krav til overflate
1a	Varm, lys brun granitt med blek rosa og grønnlige grunnfarger. Middels til grov-kornet. Relativt homogen uten større linjestrukturer.	Finhugget grad 1 manuelt med 1 piggs meisel
1b	Hovedmineral: Kvarts, feltspat, kloritt og epidot.	Finhugget grad 4
1c	Min. bøyestrekfasthet 16 MPa. Vannabsorpsjon maks 0,25 %. Min. trykkfasthet 200 MPa.	Flammet
2a	Lys grå granitt med varm grunnfarge*, hovedsakelig middels til grovkornet, der kornigheten gir et homogent utseende, uten linje- og planstrukturer.	Finhugget grad 1
2b	*Varm grunnfarge har fargetoner som går mot beige/rødlig, ikke mot grå/hvit/blå.	Finhugget grad 4
2c	Hovedmineral: Kvarts, kalifeltspat (mikroklin), plagioklas og biotitt. Min. bøyestrekfasthet 13 MPa. Vannabsorpsjon maks 0,2 %. Min. trykkfasthet 150 MPa.	Flammet
3a	Varm, lys rødbrun granitt med spredte hvite krystaller . Middels til grovkornet. Relativt homogen uten linje- og plan strukturer. Hovedmineral: Alkalifeltspat, kvarts, plagioklas, biotitt og opaker. Min. bøyestrekfasthet 11 MPa. Vannabsorpsjon maks 0,4 %. Min. trykkfasthet 195 MPa.	Flammet
4a	Anortosit med dyp brun farge med lilla og blå krystaller og jevnt fordelte svarte innslag. Grov korning og noe variasjon i krystallenes størrelse og avstand. Hovedmineral: Plagioklas, feltspat, pyroksin, opaker og kloritt.	Fargeslipt
4b	Min. bøyestrekfasthet 10 MPa. Vannabsorpsjon maks 0,2 %. Min. trykkfasthet 150 MPa.	Grovhugget grad 1

- (16) Kvalitet på stein var et av flere underkriterier som skulle evalueres under tildelingskriteriet «Kvalitet». Under beskrivelsen av tildelingskriteriet kvalitet hadde innklagede lagt til at «[s]pesifikasjonene er absolutte».
- (17) Alle fire leverandører leverte tilbud innen tilbudsfristen 6. mars 2024.
- (18) Innklagede vurderte at to av klagers steinprøver ikke oppfylte krav stilt i konkurransegrunnlaget. Gjennom konkurransegjennomføringsverktøyet stilte innklagede klager følgende spørsmål 18. mars 2024:

«Hei

Vi har spørsmål knyttet til innleverte steinprøver for steintype nr. 4 Anortositt, og prising av poster i mengdebeskrivelsen. I konkurransegrunnlagets del 1 konkurranseregler beskrives krav til stein, samt steinprøver. For steinprøver står det bl.a.:

«Vareprøver for stein med dokumentasjon skal medfølge tilbudet iht. tabell under for å sikre at steinen som tilbys er i henhold til kravene satt i konkurransegrunnlaget med hensyn til utseende og overflatebehandling, i tillegg til steinens hovedmineraler og geologiske kvalitet ...»

«Alle steinprøvene skal ha størrelse 20x20x2 cm, og være merket med navn på produsent/leverandør og navn på tilbyder. I tillegg skal steinprøvene merkes med steinens handelsnavn, riktig bergartsnavn og type bearbeidelse/overflate.»

Som det fremgår av tabellen på s. 8 og 9 i Del 1 Konkurranseregler og i poster angitt nedenfor, skal steintype nr. 4a og 4b Anortositt leveres med overflater som er henholdsvis fargeslipt (4a) og grovhugget grad 0.b (4b).

Steinprøvene dere har levert er merket/angitt med flammet overflate for 4a, og grovhugget for 4b. Det synes derfor som dere ikke har levert prøver på overflater som angitt i konkurransegrunnlaget.

Det er derfor uklart for kommunen hvilken overflatebehandling dere har priset i mengdebeskrivelsen i de postene der anortositt er beskrevet (3.OGP.761.100 Topp: grovhugget grad 0b, 3.OGP.761.102 Topp: grovhugget grad 0b, 3.OGP.773.26 Varierende overflate: Fargeslipt sitteflate med jevne overganger til grovhugget grad 1, 3.OGP.773.27 Varierende overflate: Fargeslipt sitteflate med jevne overganger til grovhugget grad 1, 5.OGP.761.7 Topp: grovhugget grad 0b).

Vi ber om at dere i løpet av onsdag 20. mars 2024 svarer her i Mercell på om:

- Dere har levert/merket feil steinprøver og samtidig gir en forklaring på hvordan feilen har oppstått, eller om*
- Dere tilbyr stein i samsvar med de innleverte prøvene og den overflatebehandlingen som disse har/er merket med.»*

(19) Klager svarte følgende samme dag:

«Hei,

Viser til overnevnte spørsmål vedrørende innleverte steinprøver på Anortositt.

Vi har beklageligvis levert steinprøver med feil overflatebehandling for steintype 4a. Som merket, har den en flammet overflate, mens den vi tilbyr er fargeslipt. Hva gjelder steintype 4b, er innlevert steinprøve grovhugget grad 0.b og iht. beskrivelsen i konkurransegrunnlaget. Feilen har skjedd i forbindelse med bestilling av steinprøver hos leverandør og ved en glipp ikke blitt fanget opp før innlevert til Bærum kommune.

Vi ønsker imidlertid å bekrefte at det er riktig overflatebehandling vi har priset i mengdebeskrivelsen.»

- (20) Innklagede avviste klager 21. mars 2024 under henvisning til at tilbudet inneholdt avvik fra anskaffelsesdokumentene, jf. forskriften § 24-8 andre ledd bokstav a. Innklagede viste til at steintype 4b hadde feil type overflatebehandling. Steinprøven klager hadde levert hadde overflatebehandling «*grovhugget*» og ikke «*grovhugget grad 0.b*» som var kravet.
- (21) Klagen ble brakt inn for klagenemnda 10. april 2024. Innklagede har utsatt kontraktsinngåelse i påvente av klagenemndas avgjørelse.
- (22) Nemndsmøte i saken ble avholdt 10. juni 2024.

Anførsler:

Klager har i det vesentlige anført:

- (23) Vilkårene for å gjennomføre en konkurranse med forhandling uten forutgående kunngjøring etter forskriften § 13-3 er ikke oppfylt. Den forutgående konkurransen var en konkurranse med forhandling og ikke en anbudskonkurranse. Innklagede har i tillegg gjort vesentlige endringer i anskaffelsesdokumentene. En eventuell kontraktsinngåelse vil representere en ulovlig direkte anskaffelse.
- (24) Subsidiært anføres det at innklagede har brutt regelverket ved å avvise klager fra den andre konkurransen. Avviket gjelder feil overflatebehandling for én av ni steinprøver i en konkurranse med forhandling. Klager har i avklaringen bekreftet at de har priset inn riktig overflatebehandling i mengdebeskrivelsen. Avvisningen er både uriktig og uproporsjonal.

Innklagede har i det vesentlige anført:

- (25) Vilkårene for å gjennomføre en konkurranse med forhandling uten forutgående kunngjøring er oppfylt. Unntaksbestemmelsen i forskriften § 13-3 bokstav a må tolkes slik at den omfatter forutgående konkurranser med forhandlinger. Innklagede har ikke gjort vesentlige endringer i anskaffelsesdokumentene.
- (26) Innklagede har ikke brutt regelverket ved å avvise klager. Klagers tilbud oppfylte ikke kontraktens absolutte krav om overflatebehandling og må anses å inneholde et vesentlig avvik jf. § 24-8 første ledd bokstav b.

Klagenemndas vurdering:

- (27) Klager har deltatt i konkurransen, og har saklig klageinteresse, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Konkurransen gjelder bygging av infrastruktur, gater og plasser i Sandvika som er en bygge- og anleggsanskaffelse. Anskaffelsens verdi er estimert til 200-300 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 III jf. forskriften §§ 5-1 og 5-3.
- (28) Klagenemnda skal først ta stilling til om vilkårene for å gjennomføre en konkurranse med forhandling uten forutgående kunngjøring er oppfylt.
- (29) Det følger av forskriften § 13-3 bokstav a at oppdragsgiver kan benytte konkurranse med forhandling uten forutgående kunngjøring dersom oppdragsgiveren i en forutgående «*åpen anbudskonkurranse*» eller «*begrenset anbudskonkurranse*» bare mottok

«uakseptable tilbud». Oppdragsgiveren kan ikke foreta «vesentlige endringer» i kravspesifikasjonen eller kontraktsvilkårene.

- (30) Det følger videre av § 13-2 bokstav e at et tilbud er å regne som uakseptabelt dersom oppdragsgiveren ikke kan akseptere tilbudet fordi det inneholder «avvik fra anskaffelsesdokumentene eller uklarheter som ikke må anses ubetydelige» m.m.
- (31) Forskriften § 13-3 gjelder etter sin ordlyd bare i de tilfellene hvor den forutgående konkurransen var en anbudskonkurranse. Tilsvarende forutsetning følger også av anskaffelsesdirektivet artikkel 32 nr. 2 bokstav a.
- (32) I konkurranser med forhandlinger vil konkurranseformen i seg selv kunne reparere forhold som medfører at tilbudene er uakseptable. Forskriften § 23-9 første og andre ledd stenger ikke for å forhandle med tilbud som inneholder vesentlige avvik, så lenge det endelige tilbudet ikke inneholder slikt avvik jf. LB-2022-60123 og KOFA-sak 2021/2139. Forutsetningen er at endringen ikke fører til konkurransevridding eller forskjellsbehandling. Behovet for å gjennomføre en etterfølgende konkurranse med forhandling uten forutgående kunngjøring vil være derfor være begrenset.
- (33) Innklagede avviste samtlige tilbud fra den opprinnelige konkurransen grunnet avvik fra kravspesifikasjonens krav til steintypen granitt. Etter klagenemndas syn hadde innklagede adgang til å forhandle om tilbudene slik at leverandørene kunne fått mulighet til å frafalle avvikene. Innklagedes argumentasjon for å tolke § 13-3 utvidende bygger på en forutsetning om det motsatte, noe det altså ikke er grunnlag for, slik nemnda vurderer dette.
- (34) Klagenemnda mener at det ikke er grunnlag for en utvidende tolkning av forskriften § 13-3. Ordlyden i både direktivet og forskriften er spesifikk og omfatter ikke konkurranser hvor den forutgående konkurransen var en konkurranse med forhandling. Valget fra lovgiver synes å være bevisst da tilsvarende regel i forskrift 12. august 2016 nr. 975 om innkjøp i forsyningssektoren (forsyningsforskriften) eksplisitt omfatter konkurranser med forhandlinger jf. forsyningsforskriften §§ 9-2 bokstav a jf. 17-2. I tillegg er som sagt behovet for en slik regel begrenset.
- (35) Klagenemnda er etter dette kommet til at vilkårene for å gjennomføre en konkurranse med forhandling uten forutgående kunngjøring ikke er oppfylt, jf. forskriften § 13-3.
- (36) Bruddet som er konstatert kan påvirke utfallet av konkurransen, og klagegebyret skal derfor tilbakebetales, jf. klagenemndsforskriften § 13.
- (37) På grunn av resultatet klagenemnda har kommet til, blir klagers subsidiære anførsel ikke behandlet.

Konklusjon:

Bærum kommune har brutt anskaffelsesregelverket ved ikke å oppfylle vilkårene for å gjennomføre en konkurranse med forhandling uten forutgående kunngjøring, jf. forskriften § 13-3.

For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,

Bjørn Berg

Dokumentet er elektronisk godkjent og har ingen signatur