



Vedlegg 1 av: 1
Sak: 2003/119-11.....

**Klagenemnda
for offentlige anskaffelser**

Klagenemndas avgjørelse 2003 i sak 2003/119

Gaular kommune gjennomførte en åpen anbudskonkurranse av tilbygg med garderober og rehabilitering av svømmehall. Konkurransen ble kunngjort i lokalavisen, men ikke i Norsk lysingsblads elektroniske database. I anbudsprotokollen fremgikk at klagers tilbud var lavest i pris, mens Åsen og Øvrelid AS leverte det tredje laveste tilbud. I innstillingen til kommunen opplyste rådgivende arkitekt at Åsen og Øvrelid AS' tilbud om kortere byggetid trolig innebar store besparelser i forhold til den byggetid som var forutsatt i konkurransegrunnlaget. Åsen og Øvrelid AS ble dermed anbefalt dersom kortere byggetid var viktig for kommunen, mens tilbudet fra klager ble opplyst å "være et aktuelt alternativ" dersom kort byggetid var av mindre betydning. Kommune besluttet å inngå kontrakt med Åsen og Øvrelid AS. Klagenemnda fant at anskaffelsen skulle vært kunngjort i Norsk lysingsblads elektroniske database. Det var også i strid med regelverket å basere anskaffelsen på NS 3400. Det skulle dessuten vært klargjort i kunngjøringen eller konkurransegrunnlaget dersom leveringstid var et tildelingskriterium. Klagenemnda la til grunn at vilkårene for å få erstattet den positive kontraktsinteressen kunne være til stede.

Klagenemndas avgjørelse 8. september 2003 i sak 2003/119

Klager: Harald Kapstad AS

Innklaget: Gaular kommune

Klagenemndas medlemmer: Siri Teigum, Bjørg Ven, Morten Goller

Saken gjelder: Manglende kunngjøring. Feil faktum. Manglende evaluering av tildelingskriteriene. Krav på erstatning.

Bakgrunn:

Kunngjøring og konkurransegrunnlag

Gaular kommune (heretter kalt "innklagede") gjennomførte en åpen anbudskonkurranse vedrørende anskaffelse av tilbygg til Sande skule med garderober og rehabilitering av svømmehall. Fristen for å melde sin interesse var 10. mars 2003. Konkurransen ble ikke kunngjort i DOFFIN databasen.

Av konkurransegrunnlaget fremgikk følgende:

"Eventuelle spørsmål i samband med anbudsgrunnlaget kan rettast til dei respektive rådgjevarane innen for dei fristane som går fram av NS 3400".

Videre fremgikk:

"Arbeidet baserer seg på oppstart juni 2003.

a) - overlevering symjehall 15.12.03, overlevering øvrig areal: 01.04.04.

b) - i samsvar med anbudsbrief

(kryss av i aktuell rubrikk)".

Postadresse
Postboks 8014 Dep.
0030 Oslo

Besøksadresse
Einar Gerhardsens plass 1 (R4)
0030 Oslo

Tlf: 22 33 70 10
Faks: 22 33 70 12

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

Under punktet "Anbudsvilkår" ble følgende opplyst:

"Som generelle anbudsvilkår for dette prosjektet/denne entreprisa gjeld NS 3400 med følgende supplement:

Val av anbud jfr. pkt. 13.

Ved val av anbud vil byggherren legge vekt på så vel pris, forventet kvalitet, kompetanse og kapasitet (best anbud-prinsippet)."

Det innkom seks tilbud innen tilbudsfristen, herunder fra Harald Kapstad AS (heretter kalt "klager") og fra firmaet Åsen & Øvrelid AS.

Klagers tilbud

Klager tilbød å utføre arbeidet ved Sande skule for kr 2.925.031 inkl. mva. Forutsatt oppstart i juni 2003, tilbød klager overlevering av svømmehallen pr. 15.12.03 og det øvrige areal den 01.04.04.

Åsen og Øvrelid AS' tilbud

Åsen og Øvrelid AS tilbudssum var kr. 3.015.185,- inkl. mva. Forutsatt oppstart i uke 23, tilbød firmaet ferdigstilling av hele anlegget - bortsett fra utomhusarbeidene - innen 15. desember 2003.

Evaluering av tilbudene

I anbudsprotokollen fremgikk det at klagers tilbud på kr. 2 925 031,- var lavest i pris. Åsen & Øvrelid AS leverte det tredje laveste tilbud på kr. 3 105 185,-.

Kommunens arkitekt, Arki Arkitektur AS ("ARKI"), foretok en kontrollgjennomgang av tilbudene og utarbeidet et evalueringsskjema. Klagers tilbud ble her gitt et prosentmessig påslag for tiltransport av tekniske entrepriser. Følgende ble rapportert til innklagede i brev av 11. april 2003:

"Etter kontrollgjennomgang inklusive kontroll med omsyn til manglende poster, korreksjon for indekstillegg og administrasjon blir dei evaluerte tilboda som følgjer: (avvik frå protokoll i parantes).

- | | | | |
|----|--------------------|-----------|----------------|
| 1. | Harald Kopstad AS: | 3.113.065 | (+ 188.034) |
| 2. | Åsen & Øvrelid AS: | 3.126.183 | (+ 110.998) |
| 3. | O. Drage AS: | 3.131.168 | (+ 60.503) (.) |

Alle tilbydarane med unntak av Åsen & Øvrelid AS har basert sine tilbod på byggherrens terminplan – det vil si ferdigstilling 01.04.04. Åsen & Øvrelid AS tilbyr heile prosjektet ferdig til 15.12.03, det vil si vesentleg kortare byggetid enn dei øvrige. Kortare byggetid vil gje reduksjon i indekstillegget og i tillegg vil kapitalkostnaden i byggeperioden bli redusert samanlikna med ei lengre byggetid. For samanlikning mellom tilboda vil tilbodet frå Åsen & Øvrelid AS få ein priskorreksjon for indeksregulering som er tilsvarande lågare enn for dei øvrige tilboda som skal indeksregulerast. Effekt av mindre kapitalkostnad er då ikkje inkludert.

Andre forhold som inngår i vurderinga er utslaget av ulik påslagsprosent for administrasjon. Når det gjeld ulike prisar for eventuelt rekningsarbeid vil det berre verte marginale utslag då omfang av rekningsarbeid er relativt beskjedent.

Utifrå kriteria opplista ovanfor er tilboda frå Kapstad AS, Åsen & Øvrelid AS og O. Drage AS økonomisk sett relativt likeverdige, jfr. evalueringskjema. Dersom fordelene for skuledrifta med kort byggetid i kombinasjon med redusert kapitalkostnad i byggeperioden vert vurdert å vere vesentleg, bør Kommunen vurdere å tildele kontrakta til Åsen & Øvrelid AS. Dersom kort byggetid er av mindre betydning kan tilbodet frå Kapstad AS vere eit aktuelt alternativ.”

Et notat av 8. april 2003 fra rektor og vaktmester ved Sande skule, sendt til ARKI og innklagede, understreket de positive virkninger av tidlig ferdigstilling, det vil si i løpet av desember 2003. Det ble blant annet påpekt at en forsering ville innebære en betydelig økonomisk besparelse.

Det ble avholdt kommunestyremøte den 21. mai 2003. Det fremgikk av møteboken at saksdokumentene i kommunestyresaken var anbudsinnstilling fra ARKI, redegjørelse fra økonomisjefen vedrørende renteberegning for alternativ utbygging og notat fra Sande skule v/ rektor. Det ble lagt til grunn at klagers tilbud var billigst i pris. Åsen & Øvrelid AS var nest billigst i pris. Det hitsettes fra saksutredelsen:

”Anbudsokumentet åpner for alternativ ferdigstilling av byggearbeida og ferdigstillingsdato er eit konkurransemoment som vert å vurdere i samband med ”best anbod”-prinsippet. Dette er det åpna for i anbudsokumentet, jfr. pkt 0.2. Byggetid/framdrift og pkt 0.6 Anbudsvilkår. Ein syner elles til lov og forskrifter om offentlige anskaffelser § 10-2, der det heiter at ein har rett til å velge det anbod som for kommunen vil vere det økonomisk beste anbodet.

Kortare byggetid vil gje reduksjon i indekstillegget og eventuelt vil kapitalkostnaden i byggeperioden verte redusert samanlikna med ei lengre byggetid. Kommunen har ikkje nytta eigne byggelån for byggeprosjekta, men oppstilling datert 12.05.2003 frå økonomisjef synes at ein vil spare inn kr. 85.333,- i kapitalkostnader.

ARKI arkitektar AS har i skriv datert 11.04.2003 konkludert med at anboda frå Harald Kapstad AS, Åsen & Øvrelid AS og O. Drage AS er økonomisk sett relativt likeverdige. Dei har vidare konkludert med at dersom fordelene for skuledrifta med kort byggetid i kombinasjon med redusert kapitalkostnad i byggeperioden vert vurdert å vere vesentleg, bør kommunen vurdere å tildele kontrakta til Åsen & Øvrelid AS. Arkitektfirmaet nemner vidare i sitt skriv at dersom kort byggetid er av mindre betydning, kan tilbodet frå Harald Kapstad AS vere eit aktuelt alternativ.

Sande skule v/ rektor har i notat datert 08.04.2003 kome med merknader vedkommande ferdigstilling av bygget til 15. desember 2003. Dei ser svært positivt på at ein kan vere ferdig med byggeprosjektet til denne datoen. Dette er grunna ut frå at det gamle garderobeanlegget er defekt, økonomiske og helsemessige fordelar, samt oppfølging av læreplan og kortare bandlegging av uteområde. (...)

Teknisk sjef tilrår ut frå totalvurdering at det vert å inngå kontraktsforhandlingar med Åsen & Øvrelid. I samsvar med reglementet for byggenemnda § 3, er det byggenemnda som har avgjerdsrett ved val av entreprenør.”

Byggenemnda vedtok deretter - 2 stemmer mot 1, ” å inngå kontraktsforhandlingar med Åsen & Øvrelid AS i samsvar med kontrollrekna og evaluert anbod på kr. 3.126.183,-”.

Tilbyderne fikk deretter skriftlig orientering om at byggherren hadde valgt å inngå kontrakt om bygningsmessig hovedentreprise med Åsen & Øvrelid AS.

Partenes anførsler:

Klagers anførsler

Klager anfører at kommunen har brutt regelverket for offentlige anskaffelser ved ikke å kunngjøre anskaffelsen i Norsk lysingsblads elektroniske database.

Kommunen har også lagt feilaktige forutsetninger til grunn ved påslaget på klagers tilbud.

Det er videre lagt til grunn feil faktum ved vurderingen av det valgte tilbudet, idet evalueringsskjemaets opplysninger om dette tilbudets protokollpris ikke stemmer overens med protokollen.

Det er i konkurransegrunnlaget sagt at anskaffelsen skal baseres på NS 3400. Dette innebærer et brudd på regelverket for offentlige anskaffelser, idet oppdragsgiver dermed baserer prosedyren på regler som til dels er i strid med gjeldende lov og forskrift.

Dersom alternativ byggetid skal tillates, må dette presiseres i kunngjøringen eller i konkurransegrunnlaget. Det er ikke gjort her, og det var derfor uberettiget å legge vekt på dette ved valg av tilbud. Dersom det hadde fremkommet at leveringstid ville bli vektlagt i konkurransen, ville også klager tilbudt tidligere ferdigstillelse.

Notat 8.4.2003 fra Sande skole og notat 12.5.2003 fra økonomisjefen kan ikke legges til grunn for evalueringen.

Innklagedes anførsler:

Det bestrides at regelverket for offentlige anskaffelser er brutt. Gaular kommune har valgt leverandør ut ifra en totalvurdering av det økonomisk mest fordelaktige tilbud.

Manglende kunngjøring i Norsk Lysningsblads elektroniske database vedkommer ikke kontraktstildelingen og har således ikke noe med klagen å gjøre.

Kriterier for valg av tilbud er spesifisert i tilbudsdokumentene, jf. side 02 og 03. Alternativ byggetid er et konkurransekriterium i samsvar med ”best anbud”- prinsippet. Det er ikke forutsatt noen særskilt byggetid, alternativ byggetid er presisert, jf. pkt 02 i anbudsdokumentet.

Det har ikke hatt noen innvirkning at det er brukt feil påslagsprosent ved tiltransportering av tekniske sideentrepriser, da kommunen valgte å ikke tiltransportere de tekniske fagene.

At anbudsprotokollen hadde oppgitt feil sum ble oppdaget og rettet opp i innstillingen fra ARKI.

Notatene fra rektor ved Sande skole og økonomisjefen ble kun benyttet av kommunen ved vurdering i henhold til ”best anbud”-prinsippet og ikke ved ARKIs evaluering og vurdering.

Klagenemndas vurdering:

Klager har deltatt i den aktuelle konkurransen, og har således saklig klageinteresse, jf. forskrift av 15.11.2002 om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig.

Regelverkets anvendelse - krav til kunngjøring -- forskriften § 13-1

Lov av 16. juli 1999 om offentlige anskaffelser (heretter kalt "loven") med forskrifter gjelder i dette tilfelle, jf. loven § 2 bokstav b. På bakgrunn av fremlagt dokumentasjon i saken, legger klagenemnda til grunn at kontrakten ikke overstiger terskelverdiene for bygge- og anleggsprosjekter i forskrift av 15.6.2001 om offentlige anskaffelser (heretter kalt "forskriften") § 2-2(1). Det er derfor reglene i forskriften del III som kommer til anvendelse.

I henhold til forskriftens § 13-1 pliktet innklagede å kunngjøre anskaffelsen i Norsk Lysingsblads elektroniske database ("DOFFIN"). Unnlatelse av dette representerer følgelig et brudd på regelverket for offentlige anskaffelser. Klagenemnda kan imidlertid ikke se at dette har fått konsekvenser for klager.

Forholdet til NS 3400

Offentlige oppdragsgivere kunne tidligere basere seg på NS 3400 ved gjennomføringen av anbudskonkurranser for entrepriseoppdrag. Anbudsinndelingen i foreliggende sak legger til grunn at denne formen fortsatt er anvendelig. NS 3400 regulerer på alle vesentlige punkter spørsmål som i dag er regulert av lov om offentlige anskaffelser med forskrifter. Loven og forskriftene må følges der disse gir andre regler enn NS 3400. Dette gjelder også for anskaffelser etter forskrift om offentlige anskaffelser del III (under terskelverdiene).

Evalueringskriterier - Tildelingskriterier

Oppdragsgiver kan etter forskriften § 17-2 (1) basere valg av tilbud på laveste pris eller på det økonomisk mest fordelaktige. Dersom annet enn pris skal vektlegges ved tildelingen, skal dette fremgå både ved at oppdragsgiver opplyser i kunngjøringen at det økonomisk mest fordelaktige tilbudet vil bli valgt. I følge forskriften § 17-2 (2) skal alle tildelingskriteriene som vil bli lagt til grunn oppgis enten i kunngjøringen eller i konkurransegrunnlaget. Bestemmelsen slår uttrykkelig fast at det er adgang til å vektlegge blant annet "oppfyllestid". Tildelingskriteriene skal dessuten være formulert slik at det er mulig for alle rimelige opplyste og normalt påpasselige leverandører å tolke tildelingskriteriene på samme måte, jf. EF-domstolens dom C-19/00 (SIAC Construction).

I foreliggende sak opplyste konkurransegrunnlagets pkt. 0.6. at byggherren ved valg av anbud ville "legge vekt på så vel pris, forventet kvalitet, kompetanse og kapasitet (best anbudsprinsippet)". Det fremgikk verken av noen kunngjøring eller av konkurransegrunnlaget pkt 06 at leveringstid var et kriterium oppdragsgiver ville legge vekt på. Det var da ikke tillatt å legge vekt på dette ved valg av tilbud. Det var heller ikke tillatt å vektlegge eventuelle besparelser ved kortere byggetid, så lenge dette ikke var opplyst på forhånd. Det kan ikke være tilstrekkelig at konkurransegrunnlaget åpnet for at leverandørene selv kunne foreslå en alternativ byggetid, jf. konkurransegrunnlaget pkt 02, når det ikke var reflektert i pkt 06 at det ville bli lagt vekt på på dette ved valg av tilbud.. Heller ikke henvisningen til NS 3400 og best anbudsprinsippet kan anses å tilfredsstille lovens krav til tilstrekkelig klargjøring av tildelingskriteriene.

Spørsmål om erstatning:

Utgangspunktet er at klager kan kreve erstatning for tapt fortjeneste (den positive kontraktsinteresse) dersom det foreligger vesentlige brudd på regelverket og det er klar

sannsynlighetsovervekt for at klagers tilbud skulle vært valgt, jf. Rt. 2001 s. 1062. I vurderingen av om en feil er vesentlig må det legges vekt på feilens størrelse, type feil og i hvilken grad oppdragsgiver kan lastes for feilene.

Det er etter klagenemndas oppfatning begått alvorlige feil på grunnleggende regler. Det er et overordnet prinsipp at man ikke kan vektlegge andre kriterier ved valg av leverandør enn det som er opplyst på forhånd.

Den fremlagte dokumentasjon i saken, herunder rådgivers innstilling til innklagede, gir inntrykk av at klager ville blitt valgt dersom det ikke var blitt lagt vekt på leveringstid. Dette innebærer at vilkårene for erstatning for den positive kontraktsinteresse kan være oppfylt.

Feil påslagsprosent og feil angivelse av tilbudssum

Innklagede erkjenner å enkelte steder ha lagt til grunn feil påslagsprosent og feil tilbudssum. Dette kan imidlertid neppe ha hatt innflytelse på beslutningen om valg av tilbud, idet klagers tilbud uansett ble vurdert som det laveste i forhold til de kriterier som var angitt i konkurransegrunnlaget.

Konklusjon:

Innklagede har brutt regelverket for offentlige anskaffelser ved ikke å kunngjøre konkurransen i Norsk Lysningsblad elektroniske database.

Innklagede har brutt forskriften § 17-2 ved å ikke angi klare og entydige tildelingskriterier.

For klagenemnda,

Siri Teigum

Oslo, 8.9.2003

