



## Klagenemnda for offentlige anskaffelser

Innklagede gjennomførte en direkte anskaffelse vedrørende rehabilitering av vinduer i syv skoler i Oslo-området. Klagenemnda fant at innklagede hadde handlet i strid med prinsippet om etterprøvbarhet i lov om offentlige anskaffelser § 5 ved at det ikke var dokumentert at kvalifikasjonskravene var vurdert, og ved at vurderingen av tildelingskriteriene kvalitet og leveringstid ikke – eller kun mangelfullt – var dokumentert. Innklagede hadde videre handlet i strid med prinsippet om forutberegnelighet i lov om offentlige anskaffelser § 5 ved å basere anskaffelsen på et konkurransegrunnlag som stiller motstridende krav. Klagenemnda fant også at innklagede hadde handlet i strid med prinsippet om etterprøvbarhet og gjennomsiktighet i lov om offentlige anskaffelser § 5, og regelverkets forutsetning om mulighet for rettslig overprøving ved å unnlate å meddele leverandørene tildelingsbeslutningen og unnlate å gi mulighet til å påklage beslutningen. Klagers øvrige anførsler førte ikke fram.

**Klagenemndas avgjørelse 22. januar 2007 i sak 2006/29 – 17**

Klager: Grindland Trevarefabrikk AS

Innklaget: Undervisningsbygg Oslo KF

**Klagenemndas medlemmer:** Siri Teigum, Bjørg Ven, Jakob Wahl.

**Saken gjelder:** Etterprøvbarhet. Meddelelse.

**Bakgrunn:**

- (1) Undervisningsbygg Oslo KF (heretter kalt innklagede) utlyste 13. september 2005 en åpen anbudskonkurranse vedrørende rehabilitering av vinduer i syv skoler i Oslo-området.
- (2) Innklagede mottok to tilbud før tilbudsfristen. Den ene leverandøren anvendte et kontraktsgrunnlag som ikke var en del av konkurransen, og unnlot å levere HMS-erklæring og ble derfor avvist. Konkurransen ble deretter avlyst på grunn av manglende konkurranse.
- (3) Innklagede besluttet så å gjennomføre en direkteanskaffelse med hjemmel i forskrift om offentlige anskaffelser § 11-2 bokstav f. Direkteanskaffelsen bygget ifølge innklagede på de delene av det opprinnelige konkurransegrunnlaget som omfattet Ris, Fagerborg og Ullevålsveien skole; de tre skolene som i innbydelsens punkt A.2.1 er opplyst å være satt på såkalt "Gul liste" av byantikvaren i Oslo.

**Postadresse**  
Postboks 439 Sentrum  
5805 Bergen

**Besøksadresse**  
Olav Kyrresgate 8  
5014 Bergen

Tlf.: 55 59 75 00  
Faks: 55 59 75 99

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

- (4) Grindland Trevarefabrikk AS (heretter kalt klager) ble sammen med to andre leverandører bedt om å inngi tilbud. Det er ikke opplyst om noen frist for å inngi tilbud.

- (5) Det ble i konkurransegrunnlagets punkt A.1 nummer 8 bedt om at leverandørene i forhold til kvalifikasjonskravet "tekniske kvalifikasjoner" blant annet fremla følgende:

"

- *Dokumentasjon av egenskaper ved produktene som i henhold til gjeldende Norsk Standard eller annen teknisk spesifisering, for eksempel NBI Teknisk godkjenning, inklusive eventuelle produktspesifikk monteringsveiledning. Det vises til NBI blad 533.102.*
- *Dokumentasjon på at produktene tilfredsstiller kravene til Norsk Dør- og Vinduskontroll (NDVK) og at de merkes med kontrollordningens merke. Det vises til NBI blad 533.102."*

- (6) Tildeling skulle skje på basis av hvilket tilbud som var det økonomisk mest fordelaktige. Fra konkurransegrunnlagets punkt A.1 nummer 9 hitsettes tildelingskriteriene:

"

| <i>Vekt</i> | <i>Kriterier</i>                                                                                                                                                                 |
|-------------|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| 40%         | <b>Økonomi:</b><br><i>Pris for beskrevet løsning</i>                                                                                                                             |
| 30%         | <b>Kvalitet</b><br><i>Kvalitet på produksjon og ferdig leveranse, herunder levetid og driftskostnader. Forbehold som har innvirkning på ytelsens omfang, art eller kvalitet.</i> |
| 30%         | <b>Leveringstid</b><br><i>Tilbyders plan for gjennomføring av leveransene hvor det dokumenteres at tilbyder har kapasitet til å overholde frist for ferdigstillelse.</i>         |

"

- (7) Under konkurransegrunnlagets punkt A.2.9 fremgikk følgende:

*"Vinduene skal utføres slik at det ikke er behov for å søke om fasadeendring iht. Plan- og bygningsloven og at vinduene tilfredsstiller krav satt av Byantikvaren i Oslo i forhold til at de er bevaringsverdige iht. "Gul liste".*

(...)

*Vindusleverandøren har ansvar for produksjonsmåltaking, se kontraktsbestemmelsenes pkt. 14.2."*

- (8) Fra kravspesifikasjonens punkt "01.2 PRISGRUNNLAG" hitsettes:

*"Leverandør er fullt ut ansvarlig for sin vurdering av hvilke krav som må tilfredsstilles."*

- (9) Av kravspesifikasjonen for Ris og Fagerborg skole fremgikk videre blant annet følgende om krav til vinduene henholdsvis under punkt 03.16.1 og 03.17.1:

*"2-lags energiglass med ES-belegg.*

*(...)*

*Bunnglasslister av brennlakkert aluminium i samme farge som vindu for øvrig.*

*(...)*

*Sprosser: Pålimte med kittfals (ute og inne)."*

- (10) Noen av de sidehengslede vinduene skulle etter kravspesifikasjonen være utadslående, og noen skulle være innadslående.
- (11) Klager leverte 5. oktober 2005 tilbud på såkalte koblede vinduer, som er en teknisk løsning som avviker fra kravspesifikasjonen. Klager begrunnet avviket med at koblet vindu etter klagers erfaring var et krav byantikvaren stilte for bygg på Gul liste.
- (12) Innklagede ba deretter klager om å inngi tilbud – etter eget sigende "så snart som mulig" – på ikke-koblede vinduer, noe klager gjorde ved brev av 14. oktober 2005.
- (13) Valgte leverandør tilbød ikke-koblede vinduer i sitt tilbud av 28. september 2005, et tilbud som opprinnelig gjaldt den tidligere utlyste konkurransen. Deretter fikk valgte leverandør mulighet til å levere tilbud på koblede vinduer. Tilbudet på koblede vinduer ble levert 31. oktober 2005. Det ble holdt avklaringsmøte med valgte leverandør 15. november 2005.
- (14) Den tredje leverandøren tilbød både koblede og ikke-koblede vinduer i sitt tilbud 4. november 2005.
- (15) Innklagede foretok deretter avklaringer med byantikvaren i Oslo, og det ble klart at byantikvaren ønsket koblede vinduer. Leveransens omfang ble også noe redusert etter føringer fra byantikvaren. Blant annet ble Ullevålsveien skole trukket helt ut av leveransen.
- (16) Det framgår av brev datert 20. desember fra innklagedes konsulent til innklagede at klagers tilbudte pris på de to aktuelle skolene var henholdsvis kr. 2 391 264,- og kr. 2 028 823,-, mens tilsvarende tilbudte priser fra valgte leverandør var på kr. 1 382 324,- og kr. 1 292 327,-.
- (17) Følgende framgår avslutningsvis i brevet:

*"Det anbefales å inngå avtale med [valgte leverandør] som har den laveste tilbudssummen for begge skolene, forutsatt at prøvevinduer som leveres i løpet av januar 2006 godkjennes av Byantikvaren. Oppsetting av prøvevinduer er inkludert i tilbudssummen.*

*Tilbudt leveringstid er i perioden uke 13 til 23 i 2006, noe som anses å være innenfor akseptabel frist for leveransen i forhold til de øvrige byggeaktiviteter som planlegges på Fagerborg og Ris skole."*

- (18) Innklagede tok kontakt med klager per telefon 20. desember 2005. Av e-post av 21. desember fra klager fremgikk følgende:

*"Som nevnt – så lenge det ikke er et fredet objekt, men kun vernet, er detaljer på utvendig fasade, altså ikke det innvendige, det som ligger til innenfor antikvarens ansvar. Om profilene på innsiden at karm, ramme og losholt også ønskes kopiert, kan [klager] også gjøre det (...)."*

- (19) Tildelingsbeslutning i tråd med konsulentens anbefaling fremgår av protokoll for direkte anskaffelse signert 22. desember 2005.

#### **Anførsler:**

##### *Klagers anførsler:*

- (20) Innklagede har ikke dokumentert at valgte leverandør oppfylte dokumentasjonskravene som var oppstilt som kvalifikasjonskrav.
- (21) Konkurranses grunnlaget er tvetydig fordi krav som stilles i kravspesifikasjonen er uforenlige med kravet om at leveransen skal være i samsvar med byantikvarens kriterier. Det er heller ikke tilstrekkelig til å møte byantikvarens krav at de tilbudte vinduene er koblet, ettersom betegnelsen kun sier noe om hvilket konstruksjonsprinsipp som er brukt. Det stilles blant annet designmessige krav utover dette.
- (22) Tilbudene har heller ikke vært sammenlignbare.
- (23) Konsekvensene av tvetydighetene forsterkes ved at risikoen for hvilke krav som må tilfredsstilles, i konkurransegrunnlaget veltes over på leverandørene.
- (24) Innklagde har ikke dokumentert hvordan de forskjellige tilbudene er evaluert i forhold til tildelingskriteriene.
- (25) Klager hevder å ha blitt ekskludert da ny, revidert forespørsel ble utsendt. Fristen for å gi tilbud på ikke-koblede vindu var dessuten for kort.
- (26) Klager har ikke blitt opplyst om tildelingen og har således blitt fratatt klagemulighet.

##### *Innklagedes anførsler:*

- (27) Hvorvidt innklagede skulle beskrive ytelsen som koblet eller ikke-koblet løsning, er en beslutning som ligger innenfor innklagedes anskaffelsesfaglige skjønn. Innklagede var klar over at kravspesifikasjonen ikke nødvendigvis ville harmonere med alle krav fra byantikvaren for de tre skoler på "gul liste". Meningen var her å skape et konkurransegrunnlag som la til rette for likebehandling, og å anvende kontraktsmekanismer til å regulere eventuelle endringer etter pålegg fra byantikvaren.

- (28) Ved direkteanskaffelsen var avklarings-/forhandlingsmulighetene før kontraktsinngåelse store nok til at risikoplassering kunne avklares her.
- (29) Forskjellsbehandling har ikke forekommet idet det ikke har vært utstedt nytt konkurransegrunnlag. Innklagede har kun gitt alle tilbyderne mulighet til å gi pris på både koblede og ikke-koblede vinduer. Formålet var å få sammenlignbare tilbud. Klager kunne dessuten tatt seg lenger tid til å utforme tilbud på ikke-koblede vindu. Innklagede ga nemlig ingen absolutt frist, men nøyde seg med å be om å få tilbudet "så snart som mulig".
- (30) Valgte leverandørs tilbud var mye bedre enn klagers, og klager hadde ikke reell mulighet til å få tildelt kontrakt. Innklagede hadde derfor ingen plikt til å forhandle med klager. Til tross for dette tok innklagede kontakt med klager for å få bekreftet at tilbudene var kvalitativt sammenlignbare. Kravet til likebehandling er dermed ivarettatt.

#### **Klagenemndas vurdering:**

- (31) Klager har deltatt i konkurransen og har saklig klageinteresse, jf forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Anskaffelsen er en direkteanskaffelse, og reguleres av lov om offentlige anskaffelser og forskrift om offentlige anskaffelser av 15. juni 2001 nr. 616 del I, jf. forskriftens § 11-2 (2).

#### *Etterprøvbarhet*

- (32) I konkurransegrunnlaget ble det stilt som kvalifikasjonskrav at leverandørene dokumenterte blant annet "egenskaper ved produktene (...) i henhold til Norsk Standard eller annen teknisk spesifisering", og at produktene tilfredsstilte kravene til Norsk Dør- og Vinduskontroll (NDVK). I vedlegg til prosesskrift under saksforberedelsen for KOFA, har innklagedes konsulent hevdet at valgte leverandører var sertifisert i NDVK. Innklagede har imidlertid ikke dokumentert at valgte leverandør oppfylte kvalifikasjonskravene, og har heller ikke dokumentert at det ble foretatt en vurdering av om kvalifikasjonskravene var oppfylt. Innklagede har med det brutt kravet til etterprøvbarhet i lov om offentlige anskaffelser § 5.
- (33) Innklagede har stilt pris, kvalitet og leveringstid som tildelingskriterier. Pris skulle etter konkurransegrunnlaget vektes med 40 %, mens de andre to tildelingskriteriene skulle vektes med 30 % hver.
- (34) For tildelingsbeslutningens begrunnelse henviser anskaffelsesprotokollen til innstillingen fra innklagedes konsulent. I konsulentens innstilling begrunnes valget med at valgte leverandør hadde lavest tilbudssum, og at leveringstiden for valgte tilbud ble ansett for å være "innenfor akseptabel frist". Det er ikke opplyst hvordan tildelingskriteriet kvalitet er vurdert.
- (35) Tildelingskriteriet leveringstid er etter brevet mangelfullt vurdert idet det ikke er mulig å rangere tilbudene når bare ett tilbud er vurdert, og dette i tillegg kun ble vurdert som "innenfor akseptabel frist". Innklagede har unnlatt å dokumentere, eller mangelfullt dokumentert, hvordan tildelingskriterier som til sammen skal vektes med 60 % er vurdert. Klagenemnda finner at innklagede også på dette punktet har brutt kravet til etterprøvbarhet i lov om offentlige anskaffelser § 5.

#### *Uklart konkurransegrunnlag*

- (36) I konkurransegrunnlaget stilles krav om at "vinduene tilfredsstiller krav satt av Byantikvaren i Oslo i forhold til at de er bevaringsverdige iht. 'Gul liste'". En mer teknisk beskrivelse av leveransen fremgår av kravspesifikasjonen som inngår som en del av konkurransegrunnlaget. Klager hevder at den tekniske beskrivelsen ikke harmonerer med kravene som byantikvaren stiller til bygg på "Gul liste". Innklagede erkjenner å ha vært klar over at den nærmere kravbeskrivelsen ikke nødvendigvis ville harmonere med alle krav fra byantikvaren. Klagenemnda legger til grunn at konkurransegrunnlaget stiller motstridende krav, og det er således skapt usikkerhet i forhold til hva som etterspørres. Dette er i strid med prinsippet om forutberegnelighet i lov om offentlige anskaffelser § 5.
- (37) Klagenemnda går her ikke nærmere inn på konsekvenser for risikofordelingen, og konsekvenser i form av vanskelig sammenlignbare tilbud som denne uklarheten eventuelt har hatt.

#### *Opplysningsplikt*

- (38) Etter forskrift om offentlige anskaffelser § 3-8 (3) skal innklagedes beslutning om hvem som skal tildeles kontrakt, meddeles leverandørene i samsvar med § 10-3 og § 17-3. Etter § 10-3 og § 17-3, begges første ledd, skal innklagedes tildelingsbeslutning "skriftlig meddeles samtidig til alle deltakerne skriftlig i rimelig tid før kontrakt inngås." Etter bestemmelsenes annet ledd skal meddelelsen inneholde begrunnelse for valget og en klagefrist. Klagenemnda tar ikke stilling til om §§ 10-3 og 17-3 kan anvendes direkte i dette tilfellet. Dette fordi kravet om meddelelse og begrunnelse uansett følger av prinsippet om etterprøvbarehet og gjennomsiktighet i lov om offentlige anskaffelser § 5. Kravet om klagemulighet er en forutsetning for regelverket, jf eksempelvis lov om offentlige anskaffelser §§ 7 og 8. Klagenemnda legger til grunn at innklagede overhodet ikke har sendt ut noen meddelelse med begrunnelse, men kun meddelte valget da klager tok kontakt etter at kontrakt var inngått. Dette er i strid med prinsippet om gjennomsiktighet og etterprøvbarehet i lov om offentlige anskaffelser § 5 og regelverkets forutsetning om mulighet for rettslig overprøving.
- (39) Klagenemnda har ikke grunnlag for å si at det er sendt ut et nytt konkurransegrunnlag hvor klager har blitt ekskludert fra mottakerlisten.
- (40) Klager har ikke opplyst lengden på fristen til å inngi tilbud på ikke-koblede vinduer, og klagenemnda har derfor heller ikke grunnlag for å vurdere om fristlengden er i samsvar med regelverket.

#### **Konklusjon:**

Undervisningsbygg Oslo KF har handlet i strid med prinsippet om etterprøvbarehet i lov om offentlige anskaffelser § 5 ved at det ikke er dokumentert at kvalifikasjonskravene er vurdert, og ved at vurderingen av tildelingskriteriene kvalitet og leveringstid ikke – eller kun mangelfullt – er dokumentert.

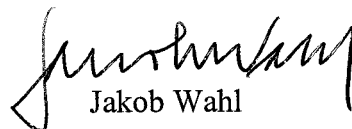
Undervisningsbygg Oslo KF har handlet i strid med prinsippet om forutberegnelighet i lov om offentlige anskaffelser § 5 ved å basere anskaffelsen på et konkurransegrunnlag som stiller motstridende krav.

Undervisningsbygg Oslo KF har handlet i strid med prinsippet om etterprøvbarehet og gjennomsiktighet i lov om offentlige anskaffelser § 5 og regelverkets forutsetning om mulighet for rettslig overprøving ved å unnlate å meddele leverandørene tildelingsbeslutningen.

Klagers øvrige anførsler har ikke ført fram.

For klagenemnda,

22. januar 2007



Jakob Wahl