



**Klagenemnda
for offentlige anskaffelser**

Innklagede gjennomførte en åpen anbudskonkurranse om nye vannledninger. Klagenemnda fant at innklagede ikke hadde oppstilt minstekrav i konkurransegrunnlaget for vurdering av alternative tilbud. Nemnda fant at innklagede hadde brutt kravene til likebehandling ved å anta et alternativt tilbud.

Klagenemndas avgjørelse 18. juni 2007 i sak 2007/6 – 28

Klager: Fred P. Holland AS

Innklaget: Sande Vannverk AS

Klagenemndas medlemmer: Per Christiansen, Siri Teigum og Jacob Wahl

Saken gjelder: Alternativt tilbud. Minstekrav i konkurransegrunnlag.

Bakgrunn:

- (1) Sande Vannverk AS (heretter kalt innklagede) kunngjorde den 13. juni 2006 en åpen anbudskonkurranse om etablering av nye vannledninger ved bruk av retningsstyrt boring. Tildeling skulle skje til det økonomisk mest fordelaktige tilbudet der pris var vektet med 65 %, arbeidsopplegg 25 %, fremdrift 5 % og bestillers erfaring 5 %, jf konkurransegrunnlagets pkt 3.10. Konkurransen var oppgitt å skulle reguleres av forskrift om offentlige anskaffelser av 15. juni 2001 del I og III.
- (2) Det ble holdt tilbudsbefering 28. juni 2006. I referat fra beferingen, hvor alle tilbyderne deltok, ble konkurransegrunnlagets kap 3.9 endret slik at det het at alternative løsninger ville bli vurdert. Tilbudsfrist var 10. juli 2006. Tre leverandører innleverte rettidige tilbud. Det var klager, valgte leverandør Tracs HDD og NCC Construction AS. Klagers tilbud var på kr 1 902 246, Tracs HDD kr 2 072 393 med påtegning om at alternativt tilbud var levert, samt NCC Construction AS kr 3 045 515. Det ble holdt avklarende møter med de to beste tilbyderne henholdsvis den 12. og den 13. juli 2006. Innklagede har lagt frem en e-post av 14. juli 2006 adressert til klager der det het at det ville bli inngått avtale med Tracs HDD etter nærmere klargjøringer var blitt gjort. Det ble da skrevet at tilbyderne ville bli gitt informasjon om beslutningen om hvem som skulle tildeles kontrakten i god tid før kontrakt skulle inngås. I forbindelse med en befering den 22. september 2006 fikk klager opplyst at Tracs HDD hadde fått oppdraget. Klager bestred tildelingen overfor innklagede under henvisning til at de ikke hadde fått

begrunnelse, klagefrist eller tidspunkt for kontraktsinngåelse. Det ble opplyst at Tracs HDD ble valgt fordi de hadde gitt et alternativt tilbud på kr 1 900 000 - "no cure, no pay". Klager fant ikke at de gitte begrunnelser var gode nok. Klage til KOFA ble sendt den 12. januar 2007.

- (3) Fra kunngjøringen av 13. juni 2006 pkt II.1.10 hitsettes:

*"Vil alternative tilbud tas i betraktning
Ja"*

- (4) Fra konkurransegrunnlaget pkt 3.9 hitsettes:

"3.9 Avvik fra konkurransegrunnlaget og alternative løsninger (§ 15-6)

- Tilbud på alternative løsninger utover konkurransegrunnlagets forespurte løsning vil ikke bli vurdert"*

- (5) Fra møtereferat datert 29. juni 2006 fra tilbudsbehandling dagen før, hitsettes:

***"Følgende momenter endres i konkurransegrunnlaget
Kap 3.9 – side 9
Tilbud på alternative løsninger vil bli vurdert."***

- (6) Fra valgte leverandør Tracs HDDs tilbudsbrev av 7. juli 2006, hitsettes:

"----

Med referanse til punkt 7.2.1. ønsker vi også å tilby en alternativ oppgjørsform.

Alternativ oppgjørsform og prosedyre:

Tracs HDD arbeider normalt etter "no cure, no pay" prinsippet. Rundt i Europa ønsker våre kunder i størst mulig grad å vite hva kostnadene er på forhånd. Med alle de avviksskjema, ventetid, etterkalkulasjoner etc er det vanskelig å definere den endelige kostnad. Tracs HDD tilbyr derfor følgende:

Totalt prosjekt, som beskrevet i anbudsmaterialet, utført til fast pris:

NOK 1.900.000,- ex moms

Ovenstående kan forklares slik:

Tracs HDD tager ansvar for hele boreprosjektet til en fast pris på "no cure, no pay" prinsippet. Det vil si at det er våres ansvar å utføre den planlagte oppgaven til fulle. De eneste unntak vi ber om er de forhold som ligger utenfor vår egen kontroll. Dette vil typisk være:

- Kunden endrer på oppdraget*
- Geologien er langt fra den beskrevne*
- Samfunnsmessige forhold som streik, blokade, protester, miljø hensyn som ikke er ivarettatt før oppstart, etc.*

-----"

- (7) Fra e-post sendt fra innklagedes konsulent til klager 14. juli 2007, hitsettes:

"-----"

Viser til avklarende møte i går og telefonsamtale i dag i forbindelse med VA anlegg Nylinna/Wingejordet. Vi ønsker å informere dere om at Sande vannverk AS har til

hensikt å skrive avtale med Tracs HDD. Imidlertid pågår noen utdypninger og klargjøringer i forhold til konkurransegrunnlaget.

Når Vannverket har tatt beslutningen om hvem som skal tildeles kontrakten vil dere bli informert om dette skriftlig i rimelig tid før kontrakt inngås.

”

- (8) Fra brev av 21. november 2006 fra innklagedes konsulent, hitsettes:

”-----

Det siste med skriftlig informasjon om kontraktstildeling er foreløpig ikke utført og VA teknikk as beklager dette. Imidlertid har Panman orientert Fred Holland om avgjørelsen muntlig på tilbudsbehandling på i Sandviksveien 22.09.06.

Bakgrunnen for at Tracs er valgt, er at de ble vurdert til det økonomisk mest fordelaktige tilbud. Grunnlag for dette er i hovedsak at firmaet har gitt et alternativt tilbud relatert til oppgjørsform, som konkurransegrunnlaget i pkt 7.2.1 gir åpning for. Alternativ tilbud fra Tracs HDD er basert på ”No cure, no pay”, med en tilbudssum på kr 1.900.000,- eks. mva.

-----”

- (9) Brev av 2. januar 2007 fra innklagedes konsulent til klager, var vedlagt notat med tilbudsevaluering. Fra notatet, som var datert den 20. juli 2006, hitsettes:

”-----

6.0 AVKLARENDE MØTE

I samråd med byggherren ble enighet om å kalle inn Tracs HDD as og Fred P. Holland as til et avklarende møte. Tracs for å utdype sitt alternative tilbud og arbeidsopplegg og Holland for sitt økonomisk mest fordelaktige tilbud, dersom alternativ tilbud ikke tas med i betraktning.

Tracs HDD as

Møte med Tracs ble avholdt 12.07.06 på teknisk sentral i Sande og følgende personer var tilstede...

Det ble ikke skrevet referat fra møtet men følgende ble konkludert.

- Tracs tar ansvar for ukjente hindringer i grunnen som trestammer, røtter, spuntål og lignende. Kun dersom grunnforholdene er vesentlig annerledes enn beskrevet er det byggherrens ansvar (kulestein, fjell istedenfor leire). Dette er beskrevet ytterligere i e-post fra Tracs datert 13.07.06.*
- No cure no pay er ikke omtalt i norsk standard. NS 3430 må tilpasses.*
- Personalet som opererer boreriggen har 10-12 års erfaring.*
- En strekning etableres i 2 dager. Dag 1 pilotboring, dag 2 rømming og inntrekking.*
- Geolog/laborant analyserer og justerer boreslam under boringen. Volum slam inn og ut registreres kontinuerlig.*
- For øvrig vises det til e-post fra Tracs datert 13.07.06 og 14.07.06 hvor Tracs bl.a. bekrefter at etablering av ledningen til ”Folkets hus” og oppgraving av stikkledninger.*

Fred P. Holland as

Møtet med Fred P. Holland as ble avholdt 13.07.06 på teknisk sentral i Sande og følgende personer var tilstede...

Det ble ikke skrevet referat fra møtet men følgende ble konkludert.

- Personal som opererer boreriggen har 2-3 års erfaring. Fred P. Holland vil være tilstede under hele prosessen og kan ta over ved behov.
- For å unngå for høy trykk i grunn blir strekningene delt i 2. I tillegg utføres det tiltak på røret. Type tiltak ble forklart i møtet men ønskes ikke offentliggjort. Holland tar ansvar for grunneiertyllatelser ifm etablering av ekstra boregrop. Massene vil bli transportert bort fra gropene. Dersom boreslam trenger inn i eksisterende ledninger tar Holland ansvaret for dette.
- Det er ønskelig med oppstart 14. august.
- For øvrig vises til e-post fra Fred P. Holland datert 13.07.06, hvor det blir bekreftet at Holland tar ansvar for stikkledninger og inntrenging av boreslam.

7.0 FORSLAG TIL INNSTILLING

I henhold til konkurranseregler kap 3.10 skal tildeling skje på basis av det økonomisk mest fordelaktige tilbud. Kriterier for valg av tilbud er vektet. I tillegg er det gitt åpning for alternative løsninger.

Tracs har levert et alternativt tilbud basert på "no cure no pay". Vilåårene i "forskrift om offentlige anskaffelser § 15-6 "Avvik fra konkurransegrunnlaget og alternative løsninger" er oppfylt. Som vist på vedlegg 1 har Tracs med sitt alternative tilbud levert det økonomisk mest fordelaktige tilbud. Kvalifikasjonskravene er oppfylt.

Det anbefales at Sande Vannverk as tar til hensikt å inngå en kontrakt med Tracs Information Systems ApS for utførelse av retningsstyrt boring i Nylinna og Wingejordet, basert på "no cure no pay". For at arbeidene skal kunne bestilles/kontrakten inngås tar Sande vannverk AS følgende forbehold:

- Alle erklæringer om gravetillatelser er underskrevet (forventes avklart i uke 33-06, ansvar byggherren)
- Alternativ tilbud med "No cure no pay", innarbeides i NS 3430. (byggherren utarbeider forslag i begynnelsen av uke 33-06). I kontrakten innarbeides også forhold med ansvar for stikkledninger og inntrenging av boreslam som beskrevet i e-post fra Tracs datert 13.07.06 og 14.07.06.

-----"

- (10) Tilbudsevalueringen av 20. juli 2006 var også vedlagt en tabell der de fire tilbudene som ble vurdert fikk følgende samlede vektingstall i prosent av 100: klagers tilbud 92,8, Tracs ordinære tilbud 87,9, Tracs alternative tilbud 95,4 og NCC's tilbud 57,5.

Anførsler:

Klagers anførsler:

Manglende meddelelse om tildeling

- (11) Klager har anført at det ikke er gitt meddelelse om tildelingen i samsvar med kravene i anskaffelsesforskriftens § 17-3, siden klager aldri mottok noen skriftlig melding om tildelingen.

Alternativt tilbud

- (12) Klager har anført at det ikke foreligger noe alternativt tilbud. Det hevdes at dersom det skal være snakk om et alternativt tilbud, må dette gjenspeiles i at det foreligger en alternativ løsning. Det hevdes at den eneste forskjell på tilbudene er prisen. Dersom klagenemnda kommer til at det ikke forelå et alternativt tilbud, hevder klager at det andre tilbudet fra Tracs skulle ha vært avvist da det ikke er anledning til å inngi to tilbud. Det anføres videre at tilbudet skulle vært avvist etter forskriftens § 15-10 (1) c. Under enhver omstendighet hevdes det at tilbudet skulle vært avvist etter forskriftens § 15-10 (1) d fordi det var mangelfullt utfyllt i det Tracs bare hadde gitt en fast pris og ikke priset de enkelte poster, slik de skulle.

Brudd på forhandlingsforbudet

- (13) Klager har anført at innklagede har brutt forhandlingsforbudet ved at det i følge notat fra innklagedes konsulent etter klagers oppfatning er blitt forhandlet om kontraktsvilkår og innhold i tilbudet fra Tracs. Blant annet har Tracs påtatt seg risikoen for hindringer i grunnen, samt at vilkårene i NS 3430 ble besluttet endret.

Uttalelse om erstatningsspørsmålet

- (14) Klager har anført at de er av den oppfatning at de ville ha fått oppdraget, dersom saksbehandlingen hadde foregått etter forskriften og konkurransegrunnlagets bestemmelser. Klagenemnda er derfor bedt om å uttale seg om erstatningsspørsmålet.

Innklagedes anførsler:

Manglende meddelelse om tildeling

- (15) Innklagede har anført at klager ble orientert muntlig om tildelingsbeslutningen. Det beklages at den skriftlige meddelelsen med frist til å klage, ved en forglemmelse ikke ble gitt.

Alternativt tilbud

- (16) Innklagede anfører at det ikke var et alternativ tilbud som forelå fra Tracs, men et tilbud som inneholdt en kreativ oppgjørsform, slik konkurransegrunnlaget hadde bedt om. Tilbudet hevdes ikke å være gitt i strid med forskriftens § 15-10 (1) c eller d. Det hevdes at tilbudet ikke representerte noe avvik i strid med konkurransegrunnlaget eller inneholdt uklarheter som skulle medføre avvisning.

Brudd på forhandlingsforbudet

- (17) Innklagede anfører at det ikke foreligger noe brudd på forhandlingsforbudet, ettersom det ikke ble forhandlet om kontraktsvilkår og innhold i tilbudet. Det ble kun gjennomført avklaringer for blant annet å få bekreftet at partene hadde samme forståelse av oppgjørsformen "no cure no pay" i forhold til kvaliteten på det ferdigstilte prosjektet. Hovedelementene i oppgjørsformen hevdes å være fastlagt i tilbudet ved at Tracs ikke skulle ha vederlag for enkelte poster, og at de overtok en del risiko for grunnforhold.

Uttalelse om erstatningsspørsmålet

- (18) Innklagede anfører at de ikke kan se at klager har lidd noe økonomisk tap. Det hevdes at selv om alle saksbehandlingsregler hadde vært fulgt, ville ikke klagers tilbud ha fått en annen rangering. Selv om klager hadde fått en klagefrist, anfører innklagede at klagen ikke ville ha kunnet føre frem. Det hevdes at klager hadde hatt muligheten til å klage etter at det var blitt gitt muntlig orientering om tildelingen, men før kontrakt var inngått. Under enhver omstendighet hevdes det at erstatningsspørsmålet krever en bevisvurderingen som ikke er egnet for skriftlig behandling i klageorganet.

Klagenemndas vurdering:

- (19) Klager har deltatt i konkurransen og har saklig klageinteresse, jf forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er fremsatt rettidig. Anskaffelsen følger etter sin verdi forskrift om offentlige anskaffelser del I og III, jf. forskriftens § 2-2, jf § 2-1.

Manglende meddelelse om tildeling

- (20) Anskaffelsesforskriftens § 17-3 (1) og (2) lyder slik: "*(1) Oppdragsgivers beslutning om hvem som skal tildeles kontrakt skal skriftlig meddeles samtidig til alle deltakerne i rimelig tid før kontrakt inngås. Med «kontrakt er inngått» menes tidspunktet for undertegning av kontrakt av begge parter. (2) Meddelelsen skal inneholde en begrunnelse for valget og angi frist for leverandører til å klage over beslutningen*". Innklagede har ikke gitt noen skriftlig meddelelse om tildelingen til klager, kun en muntlig meddelelse. Dette er i strid med forskriftens krav.

Alternativt tilbud

- (21) Det er anført at det ikke foreligger noe alternativt tilbud i dette tilfellet. Så vidt klagenemnda kan se har valgte leverandør inngitt et ordinært tilbud basert på enhetspriser, stort kr 2 072 393, som tilfredsstiller konkurransegrunnlagets detaljerte arbeidsbeskrivelse. Sammen med dette tilbudet er tatt med et tilbud om "*no cure, no pay*" med en fastpris på kr 1 900 000, betegnet som et tilbud om alternativ oppgjørsform. Dette tilbud dekket hele boreprosjektet. I åpningsprotokollen er Trac HDD's ordinære tilbudssum oppgitt, og det er opplyst at alternativt tilbud er levert. I notatet av 20. juli 2006 der innklagedes konsulent vurderer tilbudene, er den faste pris oppført som alternativt tilbud. Også prisforskjellen og en ulik regulering av risiki kan tale for at det foreligger et alternativt tilbud. Klagenemnda legger til grunn at "*no cure no pay*"-tilbudet må regnes som et alternativt tilbud.
- (22) Det er oppgitt i kunngjøringen at alternative tilbud ville bli tatt i betraktning, mens det i konkurransegrunnlaget først var oppgitt at slike tilbud ikke ville bli vurdert. Ved tilbudsbehandling, der samtlige tilbydere deltok, ble konkurransegrunnlaget imidlertid endret i samsvar med kunngjøringen. Det ble også meddelt alle tilbydere skriftlig i et referat før tilbudsfristens utløp at alternative tilbud ville bli vurdert. Nemnda finner at rettingen er foretatt i samsvar med kravene i anskaffelsesforskriftens § 12-4, og at alternative tilbud for så vidt kunne inngis i konkurransen.
- (23) Det var imidlertid i konkurransegrunnlaget ikke oppgitt hvilke minstekrav alternative tilbud måtte oppfylle for å komme i betraktning. I

anskaffelsesforskriftens § 12-1 (2) bokstav b heter det bl a at konkurransegrunnlaget må opplyse om de "*minstekrav alternative tilbud må oppfylle ...*". At minstekrav må være oppstilt i konkurransegrunnlaget dersom alternative tilbud skal kunne vurderes, er også lagt til grunn av EF-domstolen i sak C-421/01 (Traunfellner) (se premiss 31 flg). Klagenemnda kan ikke se at det var oppstilt slike minstekrav i konkurransegrunnlaget. Det vil da være vanskelig eller umulig å sammenligne det alternative tilbud med de ordinære tilbud. Dette er i strid med kravet til likebehandling i lov om offentlige anskaffelser (LOA) § 5.

- (24) Innklagede brøt anskaffelsesforskriften § 12-1 (2) b ved ikke å angi minstekrav som alternative tilbud måtte oppfylle og likebehandlingskravet i LOA § 5 ved å anta valgte leverandørs alternative tilbud.
- (25) Nemnda finner etter dette ikke grunnlag for å ta stilling til anførselen om brudd på forhandlingsforbudet.

Uttalelse om erstatningsspørsmålet

- (26) På bakgrunn av de opplysninger som foreligger i saken, finner nemnda ikke grunnlag for å uttale seg om erstatningsspørsmålet, jf forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 12, annet ledd, siste punktum.

Konklusjon:

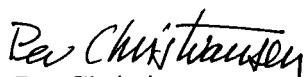
Sande Vannverk AS har brutt kravene i anskaffelsesforskriftens § 17-3 (1) ved ikke å gi skriftlig meddelelse om tildelingsbeslutningen.

Sande Vannverk AS har brutt kravene i anskaffelsesforskriftens § 12-1 (2) b ved ikke å angi minstekrav som alternative tilbud måtte oppfylle.

Sande Vannverk AS har brutt likebehandlingskravet i anskaffelseslovens § 5 ved å anta valgte leverandørs alternative tilbud.

For klagenemnda,

18.06.2007


Per Christiansen