



Klagenemnda for offentlige anskaffelser

Tromsbygg AS v/ Arne Edvardsen
Meieriveien 10
9050 Storsteinnes

Faksnr. 777 21099

Deres referanse

Vår referanse
2008/176

Dato
13.03.2009

Avvisning av klage på offentlig anskaffelse

Det vises til Deres klage på offentlig anskaffelse av 7. oktober 2008. Klagenemndas sekretariat har besluttet å avvise klagen som uhensiktsmessig for behandling i klagenemnda, jf. forskrift om Klagenemnd for offentlige anskaffelser § 9. Grunnen er at klagen ikke kan føre frem. Sekretariatets avvisningsbeslutning kan påklages til klagenemndas leder senest tre dager etter at den ble gjort kjent for klager.

Nedenfor gis en oppsummering av bakgrunnen for klagen og sekretariatets vurdering.

Bakgrunn:

- (1) Målselv kommune (heretter kalt innklagede) kunngjorde 11. juli 2008 en åpen anbudskonkurranse for totalentreprise på oppføring av et dagsenter for psykiatri på Øverli.
- (2) I kunngjøringens punkt II.1.9) var det opplyst at alternative tilbud ikke ville bli tatt i betraktning.
- (3) Fra konkurransegrunnlaget hitsettes fra punkt 2.10 "Grunn og fundament":

"Det er ikke utført grunnundersøkelse på tomta, men en forventer at grunnen består av et lag med torv og siltig sand med røtter. All vekstjord lagres på tomta for senere utlegging og grovplanering. Brukerne står selv for finplanering og tilsåing. Overskuddsmasser brukes til utvendig oppfylling på nedsiden av bygget. Alle røtter rundt bygget og gammel mur fjernes i en bredde på 10m. Røttene legges på anvist plass på tomta eller fraktes bort. Ca. halvparten av gammel mur skal fjernes. Massene kan brukes til oppfylling i resterende mur som skal bygges om til terrasse. Hvis man treffer på fjell må hele grunnmuren fundamenteres på fjell. Entreprenøren plikter å sette seg inn i grunnforholdene på tomta.

Postadresse
Postboks 439 Sentrum
5805 Bergen

Besøksadresse
Olav Kyrresgate 8
5014 Bergen

Tlf.: +47 55 59 75 00 E-post:
postmottak@kofa.no
Faks: +47 55 59 75 99 Nettside: www.kofa.no

Byggherren vil få gravd to prøvehull på tomte når opparbeidelse av veien kommer i gang.

Bygget fundamenteres på ringmur av 25 cm Lecastein eller tilsvarende og med frostisolering der alle kuldebruer skal være brutt. Muren pusses på utsiden. Innvendig overflatebehandles muren der det er nødvendig.

Antatt høyde 1,50 m inkludert sokker.

Det oppgis en pris pr. m2 murt ringmur.

Pris pr. m2kr”

(4) Fra konkurransegrunnlaget hitsettes punkt 5.4 ”Avvisning av tilbud”:

”Obligatoriske avvisningsgrunner

Oppdragsgiveren plikter å avvise tilbudet når det:

- a) ikke er levert innen fristen*
- b) ikke er levert i samsvar med pkt. 4.1 nr. 1 og 2*
- c) inneholder avvik fra konkurransegrunnlaget som er i strid med FOA § 15-6*
- d) på grunn av forbehold eller feil, uklarheter, ufullstendigheter eller lignende kan medføre tvil om hvordan tilbudet skal bedømmes i forhold til de øvrige tilbudene.*

Valgfrie avvisningsgrunner

Oppdragsgiver kan avvise tilbudet når det:

- a) ikke inneholder alle de opplysninger, oppgaver, prøver mv. som er forlangt*
- b) ikke oppgir prisen slik som forutsatt i konkurransegrunnlaget*
- c) virker unormalt lavt i forhold til produktet som tilbys*
- d) ikke er undertegnet*
- e) når byggetiden virker å være unormalt kort.”*

(5) I konkurransegrunnlaget punkt 6.2 fremgikk følgende om tildelingskriterier:

”Tildelingen skjer på grunnlag av hvilket tilbud som er det økonomisk mest fordelaktige, basert på følgende kriterier:

Kriterier	Maks poeng oppnåelig
Pris	90
Byggetid	10

Beste tilbud på et kriterium får full score.

De andre tilbudene får færre poeng, og trekkes forholdsvis like mange poeng som deres tilbud er dårligere enn det beste. Det vil si at hvis et tilbud er 50 % dyrere/lengre, så får det 50 % av mulig poengscore.”

(6) Fra konkurransegrunnlaget hitsettes fra punkt 32 ”Varmeanlegg”:

”Det skal monteres vannbårent varmeanlegg for å dekke hele byggets varmebehov. Det skal være gulvvarme i alle rom samt egne kurser til VV-bereder og til ettervarmebatteri

for ventilasjon. Varmekilde skal være varmepumpe luft til vann samt en elektrokjele som skal kunne dekke hele varmebehovet alene.

Varmepumpeutrustning og elektrokjele, m.v. monteres i VVS-teknisk rom på loft.

Byggherren ønsker å vurdere kostnadene på grunnboring etter grunnvann før arbeidet settes i gang. Det skal derfor gis en alternativ pris med varmepumpe for vann til vann. Alternativ pris med varmepumpe vann til vann vedlegges anbudet som separat skriv."

- (7) Fra konkurransegrunnlaget hitsettes fra punkt 325 "Utstyr":

"Varmepumpeutrustning komplett

Det skal leveres og monteres komplett luft til vann varmepumpeutrustning med R-410A som kuldemedium og komplett tilhørende automatikkutrustning. Skal kunne dekke 70 % av totalt varmebehov ved -8°C utetemperatur. Varmtvannsbereder (akkumulator) medregnes. Fullstendig dokumentasjon fra fabrikant skal vedlegges tilbudet. Likeså tilbyders egen beregning av varmebehov totalt (sum gulvvarme, VVB og ventilasjon).

Tilbudt fabrikat/type:

Alternativ pris på varmepumpeutrustning

Byggherren ønsker å vurdere kostnadene på grunnboring etter grunnvann for arbeidet settes i gang. Det skal derfor gis en alternativ pris med varmepumpe for vann til vann. Alternativ pris med varmepumpe vann til vann vedlegges anbudet som separat skriv. Fullstendig dokumentasjon fra fabrikant skal vedlegges tilbudet.

Alternativ tilbudt fabrikat/type:"

- (8) Det ble gjennomført en anbudsbeifaring 15. august 2008. Fra referatet hitsettes følgende:

"Følgende ble tatt opp:

[...]

2.10 Grunn og fundament

De to prøvehullene som er gravd har en dybde ca. 1,3 m ned til fjell. Ringmuren fundamenteres på fjell. Det forskales fundamenter og det mures ringmur som beskrevet.

Byggherren ønsker å bevare eksisterende mur som beskrevet. Hvis det viser seg at det er vanskelig å få dette til, er vi åpne for andre løsninger.

[...]

Dette referatet er en del av konkurransegrunnlaget."

- (9) Innen tilbudsfristens utløp 1. september 2008, mottok innklagede syv tilbud. Blant tilbyderne var Tromsbygg AS (heretter kalt klager) og Storegga Entreprenør AS.

- (10) Fra klagers tilbudsbrev av 31. august 2008 hitsettes følgende:

"Tilbudsbeskrivelse.

Med unntak av grunnarbeidene og fundamenteringen er prosjektet planlagt gjennomført med utførelse, materialbruk og kvaliteter på tekniske anlegg i samsvar med konkurransegrunnlaget. Grunn- og fundamenteringen er planlagt utført som vist på prinsippskissen neste side. Det betyr masseutskifting, tilkjøring permeable masser og grunn ringmursfundamentering på komprimert telefri grunn. Masseregulering iht. konkurransegrunnlaget.”

- (11) Klager ble meddelt at tilbudet var avvist i brev av 5. september 2008:

”Målselv kommune har besluttet å avvise Deres anbud med henvisning til Lov om Offentlig anskaffelser § 11-11. Punkt e. ”Tilbud som inneholder vesentlige avvik fra kravspesifikasjon i konkurransegrunnlaget og som medfører tvil om hvordan tilbudet skal bedømmes i forhold til de øvrige tilbudene, skal avvises.”

- (12) I et annet brev av 5. september 2008 ble klager meddelt at Storegga Entreprenør AS (heretter kalt valgte leverandør) var tildelt kontrakt.

- (13) Klager påklaget avvisningen i brev av 9. september 2008. Fra brevet hitsettes:

”Det vesentlige avvik består i at vi har beskrevet, tegnet og priset en bedre byggeteknisk løsning enn tilbudsgrunnlaget. I opprinnelig konkurransegrunnlag var det forutsatt å føre ringmur/grunnmur til fjell. På grunn av terrengformasjon og vesentlige høydeforskjeller var vår beskrevne løsning å renske bort løsmassene og bygge seg opp med komprimert sprengsteinfylling og permeable grusmasser til et høyere nivå for å starte fundamenterings- og ringmursarbeidene.

Anbudsbefaringen

Da riggområde, byggeplass og omkringliggende forhold syntes veldig oversiktlige og kurante, var det mest byggets plassering, terrengformasjoner, høydeforskjeller og høydeplassering som ble diskutert av entreprenørene sammen med kommunens byggeleder Hugo Nordgård. Det syntes å være stor enighet om at det eneste fornuftige ville være å bygge seg opp med tilkjørte, komprimerte permeable masser for å starte fundamenterings- og grunnmursarbeidene på et høyere nivå. Konklusjonen på anbudsbefaringen var at alternative løsninger var greit, men at entreprenøren uansett ville være ansvarlig for komplett løsning og utførelse i forhold til forskriftskrav og videre for forhold som måtte oppstå i garantiperioden for overlevering.

Vårt valg av teknisk løsning

På bakgrunn av anbudsbefaringen og for å ha et godt grunnlag for anbudsregningen dro vi noen dager senere på ny befaring hvor vi gikk nivellement og har tegnet opp terrengprofil og antatt fjellprofil. Ved å legge byggets plassering inn på profilene fikk vi et godt bilde av høydene og grunnlag for å vurdere den tekniske utførelsen på grunnarbeidene.

[...]

Ved å bestemme golvhøyden i bygget på nivå med parkeringen ser vi at ringmuren får høyde på fra ca 3,0 til ca 4,5 m, og innfylte masser for golv på grunn får en snitthøyde på over 3 m.

Golvhøyden og adkomstveg til Car-port og hovedinngang bør etter vårt skjønn komme så vidt høyt for å etablere rullestoladkomster og for å planere nødvendig fall fra bygget. Byggets høyde kan nok plasseres inntil 50 cm lavere i terrenget, men dette vil uansett gi ugunstige forhold mht. ringmurshøyder og mektighet av innfylte masser.

Langtidssetninger og tekniske problemer i ettertid

Problemene med den beskrevne løsning er følgende:

Når ringmuren føres direkte til fjell samtidig som det skal etableres golv/betongplate på komprimerte masser med så stor fyllingshøyde, er det stor sannsynlighet for setningsforskjeller mellom vegger, golv og himling. Dette gjelder initialsetninger og langtidssetninger. I et slikt bygg hvor det er lydvegger og evt. branncelledeling er det spesielt viktig med tette, fugede sammenføyninger mellom golv og vegger og mellom innervegger og tak. Med så lite som 1 cm langtidssetning i golv på grunn vil lyd- og brannsammenføyninger ødelegges og det oppstår skader som er kostbare å utbedre.

Med fundamentering slik vi har tatt med i vårt anbud oppnås en teknisk god løsning uten de beskrevne setningsproblemene.

Vår oppfatning av saken

Da vi har lagt uvanlig mye arbeid i det grunnleggende anbudsarbeidet og utredet byggemetode som gir den beste løsning for byggherren finner vi det helt urimelig at vårt anbud blir avvist. I denne konkrete sak mener vi at vår foreslåtte løsning ikke er et alternativt tilbud, men den beste løsning og den utførelse som bør/må gjennomføres. Den foreslåtte utførelse medfører heller ikke tvil om hvordan tilbudet skal vurderes i forhold til de øvrige tilbudene. Dette fordi byggets høydeplassering og massetilførsler for oppfylling og terrengtilpasninger blir det samme for begge alternativ. Tilbudet er tvert imot en besparelse for byggherren da det her ikke blir masseregulering på grunnmur.

[...]

Dersom vår klage ikke blir tatt til følge ber vi om å få tilsendt kopi av samtlige innleverte dokumenter fra anbyder nr 3, Storegga entreprenør AS, for i samråd med vår advokat å vurdere oversendelse til KOFA og videre evt. kreve erstatning.”

- (14) Innklagede opprettholdt avvisningsbeslutningen i brev av 18. september 2008:

”Vi holder fast ved at deres anbud må avvises grunnet vesentlig avvik fra kravspesifikasjonen i konkurransegrunnlaget [...]

Under anbudsbeifaringen ble fundamenteringsmåte tatt opp, og som det fremgår av referatet skal ringmur fundamenteres på fjell. Sitat fra referatet:

2.10 Grunn og fundament

De to prøvehullene som er gravd har en dybde på ca 1,3 m ned til fjell. Ringmuren fundamenteres på fjell. Det forskales fundamenter og det mures ringmur som beskrevet.

Saken her handler ikke om hvorvidt deres tekniske løsning anses som bedre enn vår beskrevne, men det faktum at dere har gitt pris på en annen løsning enn den vi har bedt

om pris på. Dette til tross for at fundamenteringsmåte ble spesielt tatt opp under anbudsbeifaringen. Det burde ikke herske noen tvil om at dere var kjent med hvilken fundamentering som er vår foretrukne, og som var den vi ba om pris på.

Dersom deres tilbud skulle vært vurdert av oss måtte dere gitt pris på det som var forutsett i konkurransegrunnlaget, og eventuelt lagt ved tilbud på alternativ fundamenteringsmåte i tillegg.

[...]

Siden det var gjort klart hele veien at fundamenteringen skal være ringmur på fjell var det dette dere skulle ha gitt pris på.

[...]

I deres klage ber dere om utlevering av anbudsdokumenter fra anbyder nr. 3, Storegga Entreprenør AS. Vi vil ikke utlevere anbudsdokumentene fra valgt leverandør. Dette vil være i strid med Forskrift om Offentlig Anskaffelser:

§ 3-3 Taushetsplikt

- (15) Saken ble brakt inn for klagenemnda i brev av 7. oktober 2008. Kontrakt med valgte leverandør ble inngått 7. oktober 2008.
- (16) Klagenemndas sekretariat tok kontakt med innklagede per telefon 10. mars 2009, og bad om å få en redegjørelse om fundamenteringsmåten som var etterspurt i konkurransegrunnlaget og fundamenteringsmåten klager tilbød. I e-post av 10. mars 2009 opplyste innklagede følgende:

"I konkurransegrunnlaget er det beskrevet at bygget skal fundamenteres på ringmur, antatt høyde 1,5 m, og at ringmuren skal fundamenteres på fjell dersom man treffer på fjell. Under anbudsbeifaringen ble det opplyst at dybde til fjell var 1,3 meter, og i referatet fra beifaringen er det opplyst "Ringmuren fundamenteres på fjell".

Ringmur:

Ringmur er husets grunnmur. Inni ringmuren fylles det til med masser, og det støpes golv på bakken. Dette er felles for begge løsninger.

Løsning 1:

Fundamentering med ringmur på fjell innebærer at det graves ned til fjell, fjellet renskes og det støpes grunnmur direkte på fjellet. Løsningen innebærer at all masse, både der muren skal stå og innenfor muren, må graves vekk ned til fjell.

Løsning 2:

Løsningen klager har gitt pris på er en variant hvor man rensker bort løsmasser og deretter legger ut en fylling av sprengstein og grusmasser slik at man starter med ringmuren på et høyere nivå. Muren blir derved lavere, og ligger på steinfyllingen. Dette innebærer mindre graving enn løsning 1, og mindre innfylling av masser inni grunnmuren før støping av golv.

Forskjellen mellom disse to går altså på hvorvidt det fundamenteres på fjell eller sprengsteinfylling. Dette igjen påvirker mengden av graving samt grunnmurens høyde.”

- (17) I e-post av 11. mars 2009 presiserte innklagede følgende:

”Jeg ser at formuleringen om ”mindre innfylling av masser inni grunnmuren” er upresis, det burde stått ”lavere grunnmur”. Prinsipp-forskjellen mellom de to alternativene er at den ene fundamenteres på fjell mens det andre fundamenteres på sprengsteinfylling, og i denne saken ville sistnevnte alternativ gitt en lavere grunnmur enn den førstnevnte.”

Anførsler:

Klagers anførsler:

- (18) Klagers tilbud skulle ikke vært avvist. I brev av 5. og 18. september 2008 har innklagede avvist klagers tilbud på grunn av vesentlig avvik fra kravspesifikasjonen. I prosesskrift av 14. oktober 2008 har innklagede imidlertid endret holdning. Innklagede hevder nå at tilbudet er avvist med hjemmel i ”valgfrie” avvisningsgrunner. Det er vist til at tilbudene ikke lar seg sammenligne fordi klagers ”fundamenteringsmetode” i seg selv er en rimeligere løsning. Dette er en udokumentert påstand. Prisforskjellen mellom de to utførelsesmetodene er marginal, og uansett mindre enn forskjellen i tilbudssum. Innklagedes forklaring av de to fundamenteringsmåtene i e-post av 10. mars 2009 er upresis og kan være villedende, da det gis inntrykk av at klagers fundamenteringsløsning er enklere og rimeligere, og at den krever mindre masseutskifting. Graden av masseutskifting avhenger for begge alternativene først og fremst av kvaliteten på de stedlige masser. Opplysningene om at klagers løsning innebar mindre graving og mindre innfylling av masser inni grunnmuren før støping av golv er således uriktige. Klager har både i tilbudet og i senere oppklaringsrunder beskrevet masseutskifting til fjell og dokumentert et fullverdig grunnarbeid.
- (19) Fundamenteringen klager har beskrevet er den beste, og ut fra høydeplassering, terreng- og fjellprofiler den eneste måten bygget bør fundamenteres på. Tilbudet inneholder en enkel beskrivelse og tegning som viser fundamenteringsmåten som er priset inn. Det er derfor ingen tvil om hvordan tilbudet skal bedømmes, og heller ingen tvil om hvordan det skal bedømmes i forhold til de øvrige tilbudene.
- (20) Tilbudet er heller ikke et ”vesentlig avvik fra kravspesifikasjonen”. I konkurransegrunnlaget punkt 2.10 er det opplyst at dersom man treffer på et fjell må hele grunnmuren fundamenteres på fjell. Dette er en uklar beskrivelse som åpner for ulike fundamenteringsmetoder ut fra hvilke fjelldybder man finner. Videre fremgår det samme sted at entreprenøren plikter å sette seg inn i grunnforholdene på tomten. Klager har her lagt ned uvanlig mye arbeid, og dette er hovedgrunnlaget for klagers vurdering av grunnforholdene og den utførelsen som er beskrevet og priset.
- (21) I konkurransegrunnlagets avsnitt om ”Alternativ pris varmepumpeutrustning” er det et krav om at det skal gis tilbud på alternativ løsning. Det foreligger indikasjoner på at klager er den eneste tilbyder som har gitt slik pris (komplett løsning), og at det dermed foreligger ”avvik fra konkurransegrunnlaget” også hos de andre anbyderne. For å dokumentere dette ba klager om å få tilsendt kopi av tilbudsdokumentene fra valgte leverandør. Dette ble imidlertid avvist under henvisning til forskriftens § 3-3. I

prosessskrift av 14. oktober 2008 bekreftet innklagede at klager var den eneste tilbyder som hadde gitt pris på *"komplett løsning"* på grunnboring og varmeanlegg for utnyttelse av jordvarme. Dette står beskrevet i konkurransegrunnlaget punkt 32 og oppfattes av klager slik at det skal gis pris på *"komplett løsning"*. Klager kan ikke se at innklagede hadde grunnlag for å vurdere den alternative løsningen uten at kostnadene vedrørende grunnboringen ble tatt med.

- (22) Ved befaring på byggeplassen torsdag 2. oktober 2008 konstaterte klager at grunnarbeidene var igangsatt. Løsmassene var sprengt bort og det foregikk innkjøring, oppfylling og komprimering av sprengstein nøyaktig slik klager hadde beskrevet i sitt tilbud.

Innklagedes anførsler:

- (23) Klager har ikke gitt pris som forespurt i konkurransegrunnlaget, og tilbudet måtte derfor avvises, jf. forskrift om offentlige anskaffelser § 11-11 e): *"Tilbud som inneholder vesentlige avvik fra kravspesifikasjon i konkurransegrunnlag og som medfører tvil om hvordan tilbudet skal bedømmes i forhold til de øvrige tilbudene, skal avvises"*. Tilbudet skulle også avvises etter forskriften § 11-11 (1) jf. § 11-4, da det ikke var anledning til å inngi alternative tilbud. For øvrig vil tilbudet også kunne avvises med hjemmel i konkurransegrunnlaget punkt 5.4 *"Valgfrie avvisningsgrunner"* bokstav b.
- (24) I konkurransegrunnlaget var det bedt om pris på ringmur fundamentert på fjell. Under anbudsbefaringen 15. august 2008 ble fundamenteringen spesielt tatt opp, jf. referatet fra anbudsbefaringen vedrørende punkt 2.10 *"Grunn og fundament"*. Selv om det av konkurransegrunnlaget punkt 2.10 fremgikk at hele grunnmuren måtte fundamenteres på fjell dersom man traff på fjell, var det likevel etter anbudsbefaringen og tilhørende referat (som var en del av konkurransegrunnlaget) klart hva som var dybden til fjell. Konkurransegrunnlaget åpnet ikke for å gi priser på ulike fundamenteringsmåter, tilbyderne måtte gi pris som forespurt. Klager var kjent med hva innklagede ba om pris på, men gav likevel pris på noe annet. Årsaken til at tilbudet ikke lot seg sammenligne med de øvrige tilbudene, var at denne fundamenteringsmåten i seg selv var en rimeligere løsning enn den innklagede ba om pris på. Innklagede kunne ikke velge en løsning som de øvrige tilbyderne ikke hadde hatt anledning til å prissette. Omfanget av arbeidet klager har nedlagt, er i denne sammenheng irrelevant.
- (25) Slik innklagede ser det, har klager opptrådt nærmest som en byggeteknisk konsulent gjennom å utrede en løsning som etter klagers syn var bedre enn den innklagede hadde valgt, jf. klagen på avvisningsbeslutningen av 9. september 2008. Det vises til § 11-10 (1) bokstav f jf. § 3-8. Det er ikke relevant om klagers tekniske løsning for fundamentering var bedre enn den innklagede hadde bedt om pris på.
- (26) Det bestrides at klager var eneste tilbyder som gav pris på alternativ løsning. Klager var riktignok den eneste tilbyder som gav pris på *"komplett løsning"*, dvs. både varmepumpe og grunnboringer. I konkurransegrunnlaget var det imidlertid ikke etterspurt pris på *"komplett løsning"*, men kun på vann-til-vann varmepumpe. Dette var prissatt av de øvrige tilbyderne.
- (27) Klager har vist til en befaring på byggeplassen, og konstatert at grunnarbeidene er igangsatt, og at det foregikk graving, oppfylling og komprimering til en fundamentering som tilsvarte det klager ga pris på. Etter kontraktsinngåelse stod innklagede fritt til å

forhandle om løsninger med valgte leverandør, og innklagede valgte da å endre fundamenteringsmåte.

- (28) Klager har tidligere bedt om kopi av valgte leverandørs tilbud. Innklagede kan ikke se at dette er relevant. Dette fordi klagen gjelder forkasting av tilbud, og ikke at én tilbyder er blitt foretrukket foran en annen.

Sekretariatets vurdering:

- (29) Klager har deltatt i konkurransen og har saklig klageinteresse, jf. forskrift om Klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Anskaffelsen følger etter sin verdi Forskrift om offentlige anskaffelser av 7. april 2006 nr 402 del I og II, jf. forskriftens §§ 2-1 og 2-2.

Hvorvidt klagers tilbud kunne avvises

- (30) Etter forskriftens § 11-11 (1) bokstav e har oppdragsgiver plikt til å avvise et tilbud når det inneholder "vesentlige avvik" fra kravspesifikasjonene i kunngjøringen eller konkurransegrunnlaget.
- (31) Sekretariatet vil presisere at vurderingstema i det følgende ikke er hvilken fundamenteringsmåte som objektivt sett var den beste, men om det foreligger et vesentlig avvik fra kravspesifikasjonen.
- (32) I konkurransegrunnlaget punkt 2.10 var det opplyst at bygget skulle fundamenteres på ringmur, og at ringmuren skulle fundamenteres på fjell dersom man traff på fjell. Den antatte høyden på ringmuren var 1,5 meter. I referatet fra anbudsbeferingen av 15. august 2008 fremgikk det at ringmuren skulle fundamenteres på fjell.
- (33) I klagers tilbud var det opplyst at med unntak for grunnarbeidene og fundamenteringen var prosjektet planlagt gjennomført i samsvar med konkurransegrunnlaget. Grunnarbeidene og fundamenteringen var planlagt gjennomført som vist på en skisse vedlagt tilbudet. Dette betydde masseutskifting, tilkjøring permeable masser og grunn ringmursfundamentering på komprimert telefri grunn.
- (34) Klagenemndas sekretariat legger etter dette til grunn at fundamenteringen ifølge konkurransegrunnlaget skulle skje på fjell, mens klager tilbød en fundamentering på komprimert telefri grunn. Klagers tilbud avvek således fra kravspesifikasjonen. Spørsmålet blir da om avviket var vesentlig.
- (35) I klagenemndas sak 2008/58 premiss (46) la nemnda til grunn følgende:
- "Ved vurderingen av om avviket er vesentlig må det ses hen til blant annet hvor stort avviket er, hvor viktig forholdet det avvikes fra er, og i hvilken grad et avvik vil kunne forrykke konkurransen."*
- (36) Etter sekretariatets syn vil en fundamentering på en annen type grunn enn det som er etterspurt i kravspesifikasjonen i utgangspunktet måtte anses som et stort avvik fra kravspesifikasjonen. Innklagede har i e-post av 10. mars 2009 opplyst at konkurransegrunnlagets etterspurte løsning medførte at det ble gravd ned til fjell, fjellet ble rensket og grunnmur støpt direkte på fjellet. I klage på avvisningsbeslutningen av 9. september 2008 presiserte klager at løsningen som ble tilbudt gikk ut på å renske bort

løsmassene og bygge seg opp med sprengsteinfylling og permable grusmasser til et høyere nivå for å starte fundamenterings- og ringmursarbeidene. Etter dette legger sekretariatet til grunn at både fremgangsmåten og resultatet i stor grad var forskjellig for de to fundamenteringsmåtene. Ettersom de øvrige tilbyderne ikke har hatt anledning til å prissette klagers tilbudte løsning, kan det heller ikke utelukkes at avviket ville kunne forrykke konkurransen. Sekretariatet legger etter dette til grunn at klagers tilbudte fundamentering var et vesentlig avvik fra kravspesifikasjonen, og innklagede hadde dermed plikt til å avvise tilbudet etter forskriftens § 11-11 (1) bokstav e.

Hvorvidt tilbudene fra de øvrige leverandørene skulle vært avvist

- (37) Klager har anført at det også foreligger avvik fra konkurransegrunnlaget hos de øvrige tilbyderne, fordi klager er den eneste som har gitt alternativ pris på grunnboring og varmeanlegg for utnyttelse av jordvarme. Innklagede har opplyst at de øvrige tilbyderne kun gav tilbud på vann-til-vann varmepumpe, og ikke på grunnboring. Sekretariatet legger dette til grunn i det følgende.
- (38) Det første spørsmålet blir om det av konkurransegrunnlaget fulgte at tilbyderne skulle gi pris på grunnboring. I konkurransegrunnlaget punkt 32 og 325 var det opplyst at innklagede ønsket å vurdere kostnadene på grunnboring etter grunnvann før arbeidet ble satt i gang, og at det derfor skulle gis en alternativ pris med varmepumpe for vann til vann. Klagenemndas sekretariat forstår dette slik at tilbyderne kun ble bedt om å gi en alternativ pris med varmepumpe for vann til vann, og ikke med grunnboring i tillegg. Unnlattelsen av å gi alternativ pris med grunnboring kan således ikke medføre at de øvrige tilbyderne skulle vært avvist etter forskriftens § 11-11 (1) bokstav e.

Fundamenteringsmåten er endret etter kontraktsinngåelse

- (39) Klager har opplyst at det ved befaring på byggeplassen 2. oktober 2008 ble konstatert at grunnarbeidene var igangsatt, og at det foregikk graving, oppfylling og komprimering av sprengstein nøyaktig slik klager hadde beskrevet og priset i sitt tilbud. Innklagede har i prosesskrift av 14. oktober 2008 erkjent at fundamenteringsmåten er endret etter at kontrakt ble inngått med valgte leverandør.
- (40) En ulovlig direkte anskaffelse er i lovens § 7b definert som ”en anskaffelse som ikke er kunngjort i henhold til reglene om kunngjøring i forskrifter gitt i medhold av loven”. Det følger av forskriftens §§ 9-1 og 18-3 at anskaffelser over terskelverdiene skal kunngjøres. I klagenemndas sak 2008/5 premiss (56) fastslo nemnda at det vil foreligge en ulovlig direkte anskaffelse der kontrakten er endret i en slik grad at det i realiteten er tale om en ny anskaffelse som skulle vært kunngjort for konkurranse. Dette er begrunnet med at kravene til likebehandling og konkurranse i lovens § 5 tilsier at andre leverandører, både de som har deltatt og de som ikke har deltatt i den aktuelle konkurransen, må få mulighet til å gi tilbud ut fra de endrede forutsetningene. Da klagenemndas sekretariat ikke kan se at klager har anført at det foreligger en ulovlig direkte anskaffelse, vil nemnda imidlertid ikke ha anledning til å vurdere dette spørsmålet, jf. klagenemndsforordningen § 12 (3).
- (41) På basis av ovennevnte kan Deres klage ikke føre frem, og den avvises derfor som uhensiktsmessig for behandling i klagenemnda, jf. klagenemndsforordningen § 9.

Med vennlig hilsen

Ingvild Slettebø
førstekonsulent

Kopi: innklagede