



Klagenemnda for offentlige anskaffelser

Klagerne har deltatt i en konkurranse med forhandling for totalentreprise på oppføring av et nytt bygg til barnehage. Nemnda kom til at innklagede ikke hadde foretatt en ulovlig direkte anskaffelse, da det ikke var gjort vesentlige endringer i kontraktsvilkårene, og valgte leverandør hadde vedstått seg tilbudet sitt på tidspunktet for kontraktsinngåelse. Nemnda kom imidlertid til at forskriftens § 11-1 var brutt ved at innklagede hadde benyttet et ulovlig tildelingskriterium, og at dette utgjorde en vesentlig feil som skulle tilsagt at konkurransen ble avlyst. Etter dette fant nemnda ikke grunn til å behandle klagers øvrige anførsler.

Klagenemndas avgjørelse 8. juni 2009 i sak 2008/217

Klager: Asle Eidsvold AS
Midt-Telemark Entreprenør AS

Innklaget: Nome kommune

Klagenemndas medlemmer: Kai Krüger, Georg Fredrik Rieber-Mohn og Jakob Wahl.

Saken gjelder: Påstand om ulovlig direkte anskaffelse. Ulovlig tildelingskriterium.

Bakgrunn:

(1) Nome kommune (heretter kalt innklagede) kunngjorde 30. januar 2008 en konkurranse med forhandling for totalentreprise på oppføring av et nytt bygg til barnehage.

(2) Fra kunngjøringen punkt III.2 om kvalifikasjonskrav hitsettes følgende:

”III.2.1) Sett opp krav til tilbyders organisatoriske og juridiske stilling

Dokumentasjonskrav knyttet til leverandørens organisatoriske og juridiske stilling:

(1) Firmaattest

(2) Krav til å fremlegge skatteattest for merverdiavgift (Nasjonale krav)

(3) Krav til å fremlegge skatteattest for skatt (Nasjonale krav)

(4) Krav til å fremlegge egenerklæring i samsvar med forskriftens vedlegg 2 om HMS (Nasjonale krav)

III.2.2) Sett opp krav til tilbyders økonomiske og finansielle kapasitet:

Dokumentasjonskrav knyttet til leverandørens økonomiske og finansielle kapasitet:

Krav til tilbyders økonomiske og finansielle kapasitet

III.2.3) Sett opp krav til tilbyders tekniske og faglige kvalifikasjoner

Dokumentasjonskrav knyttet til tilbyders tekniske og faglige kvalifikasjoner:

- (1) *Bemanning for dette oppdraget (organisasjonsplan) med navn og CV for nøkkelpersoner som skal utføre oppdraget (gjelder tjeneste-, og bygge- og anleggskontrakter)*
- (2) *Foretakets viktigste leveranser de siste 3 årene, inkludert deres verdi, tidspunkt og mottaker (gjelder vare- og tjenstekontrakter)*
- (3) *Redegjørelse vedrørende foretakets helse, miljø og sikkerhetspolicy*

Krav til tilbyders tekniske og faglige kvalifikasjoner”

- (3) I kunngjøringen punkt IV.3.7 fremgikk det at vedståelsesfristen var tre måneder, regnet fra tilbudsfristen som var 29. februar 2008. Det vil si at vedståelsesfristen etter dette gikk ut 29. mai 2008.
- (4) Konkurranses grunnlaget var utarbeidet av Cowi AS, som var innklagedes rådgiver i forbindelse med anskaffelsen.
- (5) Følgende generelle informasjon om anskaffelsen fremgikk av konkurranses grunnlaget punkt 01 *”Tilbudsinnbydelse”*:

”Nome kommune v/byggekomiteen innbyr til tilbudskonkurranse på Ulefoss for NYTT BYGG, MED 2. AVD. HERREGÅRDSHAVNA BARNEHAGE (små- og storbarnsavg.)

Denne avg. er tenkt plassert der uthus og det røde huset står i dag. Disse skal brennes/rives av kommunen, men evt. ryddes/bearbeides av anbyder.

Gjennomføringen av prosjektet er avhengig av kommunestyrets godkjenning, dersom kostnadsrammen går utover godkjent budsjett.

Tilbudet skal gis som TALENTREPRISE MED FORHANDLING.

Med totalentreprise menes at tilbyder har også ansvaret for å forholde seg til vedlagte romplan og standard.

Entreprenøren vil også ha ansvaret for alle fag sine prosjektering.

Ved tilbudet skal det vedlegges et skisseforslag fra arkitekt.

Tilbudet skal gis på vedlagte kvalitetsbeskrivelse.

Tilbudet skal omfatte alle arbeider for at bygningen ved overtagelse skal være komplett og klar til innflytting.

Beskrivelsen beskriver ikke alle detaljer, men det forutsettes en komplett utførelse av prosjektet.”

- (6) Fra konkurranses grunnlaget hitsettes fra punkt B1 *”Tidsfrister”*:

• <i>”Anbud ut</i>	:	<i>28.02.2008</i>
• <i>Befaring på byggeplass</i>	:	<i>Etter nærmere avtale</i>
• <i>Tilbudsfrist</i>	:	<i>29.02.08</i>
• <i>Byggstart totalentreprenør</i>	:	<i>01.04.08</i>
• <i>Ferdigstillelse totalentreprenøren</i>	:	<i>01.12.08”</i>

- (7) I konkurranses grunnlaget punkt C1 *”Generelt”* fremgikk det følgende:

"I anbudskonkurransen legges det vekt på det arkitektoniske uttrykk, planløsning, arealeffektivitet, pris og kvalitet (for framtidig FDVD), samt byggetid."

- (8) Fra konkurransegrunnlaget hitsettes fra punkt E5 "Valg av tilbud":

"Det anbud som anses mest fordelaktig vil bli valgt. Ved vurderingen tas hensyn til pris, kvalitet, forbehold, miljømessige forhold, funksjonalitet og løsning. Det vil bli lagt vekt på om entreprenøren har det faglige, tekniske og økonomiske grunnlag som er nødvendig for oppfylling av kontrakten. Referanser vil bli tillagt vekt. For øvrig henvises det til forskrift om offentlige anskaffelser. Dersom et anbud har så lav pris at det står i åpenbart misforhold til det som skal leveres, og anbyderen ikke kan oppgi fyllestgjørende grunner for dette, kan byggherren forkaste tilbudet."

- (9) Videre fremgikk det følgende av konkurransegrunnlaget punkt E19 "Anti-kontraktørvirksomhet og vurdering av lærlingbedrifter", nr. 8:

"Ved valg av tilbyder, vil byggherren i tillegg til vanlige forretningsmessige vurderinger, også legge vekt på om entreprenøren har lærlinger. For mindre bedrifter og bedrifter som på grunn av sin produksjon ikke godkjennes som lærebedrift, vil det vektlegges hvorvidt de står tilsluttet et opplæringskontor eller ring for faget eller er i ferd med å slutte seg til slike. Lærlingordningen skal dokumenteres i eget vedlegg til anbudet."

- (10) I konkurransegrunnlaget "Teknisk beskrivelse", punkt 0 "Romprogram" fremgikk det følgende beskrivelse av bygget som skulle oppføres:

"Bygget bør være på 2 etasjer da uteplassområdet er begrenset. Bygget er tenkt oppført i tre, samt bakre vegger i underetasje i betong/mur. Det legges vekt på meget god isolasjon av ytterflater/vinduer og et mest mulig driftsikkert/økonomisk fremtidig vedlikehold."

Arkitektonisk bør bygget harmonisere med eksisterende barnehage og boliger i nabolaget. Det må legges inn at det kan bli noe mer detaljering vedr. stellebenk/kjøkken, samt andre mindre tegningsendringer."

Romprogram, småbarn. 3-6 år

Grovgarderobe, ca 16 m²

Grovgarderoben skal ha dør/innsyn til fingarderoben og det skal være plass til 28 plasser. Det skal være plass/knagger til personalets uteklær og god gulvplass til påkledningsbenker. Inngangspartiet må være overbygd og rister som gangbane. Spylemuligheter for uteklær/støvler.

Fingarderobe, ca 18 m²

Denne skal ha tilknytning til stort oppholdsrom og være garderobeplass til 28 barn, samt god gulvplass for påkledningsbenker. Videre må det være plass til glassfelter som gjør at det kan brukes som lekeareal.

Toaletter/våtrom

Toalett for bevegelseshemmede bør ligge nær inngangen og i tillegg ett toalett. Med håndvask på utsiden av dette. Vaskerenne kan være i stellerom eller annet sted.

Stellerom, ca 8 m²

Stellerommet bør ligge i tilknytning til fingarderober og innredningen bør tilpasses bruken etter nærmere samarbeid med brukerne. Det må regnes med 4 m overskap og underskap (skuffer), samt vaskerom med hånddusj. Det bør være et toalett i stellerommet.

Lek/oppholdsrom ca 88 m²

Det er ønskelig å dele opp dette arealet i to med skyvedører, etc., slik at det ved behov kan være et stort rom. Skyvedøren må ha dør.

Det bør videre være et lite lekerom til hvert av oppholdsrommene, samt et hvilerom som er tilknyttet det ene oppholdsrommet. Det skal være kjøkken til begge oppholdsrom.

Lager, ca 3 m²

Dette bør ligge sentralt i oppholdssonen.

Småbarnsavd., 1-3 år

Denne avdelingen er lik den første, men garderoberne kan være noen m² mindre da det bare skal være plass til 18 plasser. Videre bør toalettet for bevegelseshemmede ligge i tilknytning til stellerommet.

Fellesrom

Arbeidsrom ca 15 m²

Møterom og kontor med 4 arbeidsplasser. Minikjøkken og plass for kopimaskin.

Møterom ca 10 m²

Plass til møtebord og kan brukes til treningsrom.

Vaskerom ca 8 m²

Her må det være plass for vaskemaskin, tørketrommel og vaskeutstyr.

Personalgarderobe ca 14 m² x 2

Det er ønskelig med toalett og garderobe i hver etasje og i nærheten til barnas garderober. Det skal være plass til 6 ansatte.

Lager 10 m²

Dette bør ligge i nærheten av arbeidsrom.

Ganger, trapp ca 24 m²

Det må være en trapp som forbinder etasjene sammen, samt nødvendig gangareal.

Nettoarealbehov ca 350 m², men vi ser gjerne at arealet kan være mindre med smarte løsninger. Vi ønsker at bygget skal ha mye lys, men også at det blir økonomisk å drifte. Bygget bør derfor tilfredsstillende de nye isolasjonskravene.

Det bør velges materialer som tåler barnehageaktiviteter og gjør fremtidige FDV-kostnader minst mulig.

Andre bygg/tilbygg

Det må også bygges et tilbygg/eget bygg for barnevogner, ca 10 stk og som har nærhet/overbygg til barnehagen.

Det er ønskelig med vannbåren gulvvarme og behovsstyring av varme/ventilasjon.

I anbudskonkurransen legges det vekt på det arkitektoniske uttrykk, planløsning, arealeffektivitet, pris og kvalitet (for framtidig FDVD), samt byggetid."

- (11) Innen tilbudsfristen den 29. februar 2008 mottok innklagede tre tilbud. Tilbudene var fra Asle Eidsvold AS, Midt-Telemark Entreprenør AS og Håkons Byggtjeneste AS.
- (12) Tilbudsprisene inkl. mva. var fra Asle Eidsvold AS på kr 8 695 554, fra Midt-Telemark Entreprenør AS på kr 6 875 500, og fra Håkons Byggtjeneste AS på kr 8 390 000.
- (13) I brev av 24. mars 2008 fra Cowi AS til samtlige tilbydere ble det opplyst følgende:

"Tilbudene ligger alle over hva kommunen har budsjettet med og vi må derfor levere underlaget til politisk behandling for å gjøre en vurdering av tilleggsbevilgning. Det vil ikke kunne bli før møtet i april. Vi ber om at dere vedstår dere tilbudene ut mai måned. Ferdigstillelsen vil evt. bli forlenget med tilsvarende tid."

- (14) Kommunestyret behandlet på møte 14. april 2008 en innstilling fra rådmannen av 1. april 2008 angående utvidelsen av Herregårdshavna barnehage. Fra sakspapirene hitsettes:

"Innstilling fra rådmannen:

- 1. Det bygges et nytt bygg i Herregårdshavna barnehage innenfor en ramme på kr 9 700 000.*
- 2. Det tilleggsbevilges kr 2 700 000. Dette finansieres med kr 1 045 000 som kommunen får i ekstra investeringstilskudd til Fagerli barnehage og kr 1 655 000 ved omdisponeringer av vedtatt investeringsbudsjett for 2008. Hvilke tiltak som skal tas ut behandles i forbindelse med Plan og økonomimelding 1-2008.*

(Kommunestyret gjør endelig vedtak).

[...]

Vurderinger

Teknisk etat har nå hatt bygging av nye avdelinger til Herregårdshavna barnehage ute på anbud. Innkommende anbud viser et behov for ytterligere finansiering. Billigste anbud var på kr 8 400 000. Avdelingssjef Tore Rønningen laget et skisseprosjekt i forbindelse med utredningen om rombehov. Dette forslaget er på 350 kvm mot 380 kvm i det gunstigste anbudet. Skisseprosjektet fra Rønningen er etter skole- og

barnehagesjefen sin mening bedre enn anbudsvinneren og vi vil etter avtale med anbudsvinner legge denne til grunn for bygging."

- (15) I brev fra Cowi AS av 15. april 2008 til samtlige tilbydere ble det opplyst følgende:

"Vi vil med dette få takke dere for deres interesse og vi vil få meddele dem om at vi ønsker å innlede kontraktsmøte med den tilbyderen som leverte det mest komplette og fordelaktige tilbudet iht. forespørselen."

- (16) I e-post fra Midt-Telemark Entreprenør AS til innklagede av 16. april 2008 fremgikk følgende:

"Vi har fått melding om at Nome kommune ønsker å gå videre med Håkons Byggjeneste AS på oppføring av Herregårdshavna Barnehage. Vi ønsker å få tilsendt innstillingen fra konsulent og øvrig grunnlag for denne beslutningen."

- (17) Midt-Telemark Entreprenør AS sendte en ny e-post til innklagede den 24. april 2008:

"Viser til mail sendt 16.04 der vi ber om å få tilsendt grunnlag for hvem som er valgt innkalt til kontraktsforhandling. Vi har ennå ikke fått svar på henvendelsen, og vil derfor vise til forskrift om offentlige innkjøp § 17 som sier følgende:

- 3. 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 for begge parter.*
- 4. Meddelelsen skal inneholde en begrunnelse for valget og angi frist for leverandører til å klage over beslutningen.*

Ifølge KOFA har alle tilbydere rett til å vite det valgte tilbudets totalpris og oppdragsgiver må fortelle noe om det valgte tilbudets egenskaper i forhold til hvert av tildelingskriteriene."

- (18) Cowi AS opplyste følgende i brev til Midt-Telemark Entreprenør AS av 7. mai 2008:

"Ved tilbudsfristens utløp var det kommet inn tre tilbud. Konkurransen var lyst ut som en "Totalentreprise" med forhandling, det ble ikke gitt anledning til at tilbyderne var med på tilbudsåpningen.

Svar på deres spørsmål:

- 1. Først og fremst er ikke kontrakten tildelt noen av tilbyderne. Det ble sendt ut en mail 15.04. 2008 om at vi ville innlede kontraktsmøte med en av tilbyderne. Normalt er det en ukes frist for de andre å klage inn denne beslutningen.*
- 2. Begrunnelse for vår eller kommunens beslutning. Vår innstilling. Som tidligere nevnt, kom det inn tre tilbud. To av disse var konkurransedyktige i pris. Tilbudet fra dere inneholdt en del forbehold og opplysninger om masser, selv om dette var en*

totalentreprise som vi forventet skal være komplett. Da vi fant disse forbeholdene og kommentarene så vanskelig å avgjøre eller prise ba vi om hjelp fra firmaet Søndergaard Rickfelt for å evaluere de to laveste tilbudene. Videre ba vi Thorbjørn Øverbø se over og evaluere de tekniske installasjonene fra dere. Felles for dem begge er at de innstiller den som er innstilt fra oss ovenfor kommunen.

3. *Deres tilbud inneholdt en mengde mangler som helt klart var lagt som krav i forespørselen, vi kan nevne følgende:*

- EIB styresystemer*
- Behovstyrt ventilasjon VAV*
- Vannbåren gulvvarme*
- Det er tatt forbehold om fjell på tomte*
- Som en total entreprise er ikke byggherre interessert i masser*

Etter en del purringer fikk vi en del kompletteringer av deres tilbud. Da det fortsatt er en del uklarheter i deres tilbud finner vi det ikke komplett. Den innstilte entreprenøren har ingen forbehold og han har levert etter beskrivelse. Dette er årsaken til kommunenes valg. Vi har funnet innstilt entreprenør mest hensiktsmessig iht. forespørsel og besvarelse denne gangen.

Deres tilbud burde vært avvist som ikke komplett ved innlevering. Vi valgte isteden å prøve å få det komplett."

(19) Midt-Telemark Entreprenør AS besvarte dette brevet i e-post av 8. mai 2008:

"Brevet gir ikke svar på hvilken totalpris som den enkelte tilbyder har gitt Nome kommune. Lovverket er klart på at dette er opplysninger vil har rett til å få vite, og vi fastholder derfor vårt krav om å få utdelt disse opplysningene.

Siden vi ikke har fått utdelt ovennevnte opplysninger, har vi ikke grunnlag for å vurdere om det er saklig grunn for å sende inn klage. Vi opprettholder derfor vår rett til å klage på vedtaket inntil disse opplysningene foreligger.

Tilbudsformen var totalentreprise med forhandling, og det ble derfor gitt anledning til å supplere tilbudet med de opplysninger som byggherren v/Cowi etterspurte. Vi har svart på alle henvendelser vedrørende tilbudet, og anser derfor at vårt tilbud er komplett i henhold til beskrivelsen. Siste spørsmål ble besvart av oss den 13.03.08, kun i overkant av en uke etter at vi fikk første spørsmål. At det fortsatt skal være en del uklarheter i vårt tilbud er nytt for oss, og vi ber derfor om en presisering på hva som nå er mangelfullt og hva som betraktes som vesentlige forbehold.

Det som byggherren v/Cowi tidligere har uttalt skal være forbehold, er etter vår mening ikke forbehold, men kun en presisering av hva leveransen omfatter. Siden beskrivelsen ikke sier noe om omfanget av leveransen på elektrosiden, og det ikke finnes normer som tydelig sier hva som skal leveres på denne type bygg, anser vi det som helt nødvendig å beskrive hva som blir levert. Dette nettopp for å unngå diskusjoner om dette i utførelsesfasen. At byggherre v/Cowi bruker et detaljert beskrevet tilbud som argument

for ikke å akseptere tilbudet er helt motsatt praksis av hva vi opplever fra alle andre kommunale byggherrer, og er helt uforståelig for oss.

Dersom det er slik at vårt tilbud har en lavere pris enn våre konkurrenter, vil vi se en utregning som viser hvilke forhold som gjør at vi kommer dårligere ut."

- (20) I likelydende brev fra Cowi AS til samtlige tre tilbydere av 26. mai 2008 ble det opplyst følgende:

"Vi takker for deres tilbud på overnevnte og vil med dette få informere om følgende. Kommunestyret har nå behandlet og godkjent de ytre kostnadsrammene.

Det vises til tidligere korrespondanse og kontakt vedrørende Deres tilbud på totalentreprise for Herregårdshavna barnehage. Det har kommet innsigelser til prosessen, og vi ser at det er gjort feil i saksbehandlingen. Vi ønsker nå å gjennomføre forhandlingsmøter med alle tilbydere slik at alle likeverdig får anledning til å bedre sine tilbud. Etter dette vil vi sluttbehandle evalueringen i tråd med konkurranseens tildelingskriterier.

Først og fremst vil vi be om at dere vedstår dere tilbudet ut juni måned frem til 01.07. 2008, dette med bakgrunn i at den politiske behandlingen har tatt lenger tid enn beregnet."

- (21) Cowi AS avholdt forhandlingsmøte med Midt-Telemark Entreprenør AS 30. mai 2008, og fra møtereferatet hitsettes:

"Tilbud:

Tilbudet mottatt fra Midt-Telemark Entreprenør var meget mangelfullt i forhold til forespørselen, følgende større ting som var forespurt om var ikke med:

- Vannbåren gulvvarme*
- Styresystem for de tekniske installasjonene*
- VAV behov styrt ventilasjon*
- Tilbudet var med masser som er byggherre uvesentlig da de forventer å få en komplett installasjon og etter spesifisering.*

Med bakgrunn i dette burde dette tilbudet vært avvist, men vi ønsker nå å gjøre en full forhandlingsrunde med alle tilbydere.

[...]

Forbehold:

Alle forbehold og masser medtatt i tilbudet skal utgå."

- (22) Cowi AS avholdt forhandlingsmøte med Asle Eidsvold AS 2. juni 2008, og fra møtereferatet hitsettes:

"Tilbud:

Tilbudet mottatt fra Asle Eidsvold var mangelfullt på en del punkter i forhold til forespørselen, følgende større ting som svar forespurt om var ikke med:

- Styresystem for de tekniske installasjonene
- VAV behov styrt ventilasjon
- Tilbudet var med masser som er byggherre uvesentlig da de forventer å få en komplett installasjon og etter spesifikasjon.

Med bakgrunn i dette burde dette tilbudet vært avvist, men vi ønsker nå å gjøre en full forhandlingsrunde med alle tilbydere.

[...]

Forbehold:

Alle forbehold og masser medtatt i tilbudet vil ikke bli akseptert."

- (23) Håkons Byggjeneste AS leverte inn revidert tilbud 2. juni 2008, Midt-Telemark Entreprenør AS leverte det inn 3. juni 2008, og Asle Eidsvold AS leverte det inn 5. juni 2008. Tilbudsprisene inkl. mva. var for Håkons Byggjeneste AS på kr 8 150 000, for Midt-Telemark Entreprenør AS på kr 7 987 500, og for Asle Eidsvold AS på kr 8 750 000.

- (24) I likelydende brev fra Cowi AS av 9. juni 2008 ble Asle Eidsvold AS og Midt-Telemark Entreprenør AS meddelt at Håkon Byggjeneste AS (heretter kalt valgte leverandør) var tildelt kontrakt. Fra brevet hitsettes følgende:

"Forhandling er gjennomført med alle tre tilbydere og evaluering er utført med bakgrunn i tildelingskriterier som var med i forespørselen.

Med dette som bakgrunn har det resultert i at vi har innstilt Håkon Byggjeneste AS på oppdraget, deres tilbud er totalt funnet mest fordelaktig for byggherre.

Klagefrist for denne beslutningen settes til 17.06. 2008 kl. 08.00."

- (25) I e-post av 10. juni 2008 bad Midt-Telemark Entreprenør AS om å få opplyst følgende:

"Vi vil nå for tredje gang påminne Nome kommune at de som byggherre er pliktig til å følge forskrift om offentlige anskaffelser, og derfor opplyse alle tilbydere om det valgte tilbudets totalpris, og dets egenskaper i forhold til hvert av tildelingskriteriene."

- (26) I brev av 16. juni 2008 påklaget Asle Eidsvold AS tildelingsbeslutningen og bad om innsyn i evalueringen. Fra brevet hitsettes:

- *"Vi stiller oss uforstående til at Håkons Byggjeneste AS (HB) er valgt som utførende totalentreprenør. HB tilfredsstiller verken de formelle eller faglige kvalifikasjoner i hht. til de krav som er satt i anbudsinnbydelsen."*

- (27) Cowi AS opplyste følgende i brev til Midt-Telemark Entreprenør AS av 22. juni 2008:

"Etter at alle tre tilbydere fikk mulighet til å revidere sine tilbud har vi vektet de innkomne tilbudene som følger og dette ligger til grunn for vår innstilling:

[...]

		Asle Eidsvold AS	Midt-Telemark Entreprenør	Håkon Byggjeneste AS	
	Vekt				
Kvalitet	20		7 1,4	8	1,6
Pris	40		9 3,6	8	3,2
Miljø	10		8 0,8	8	0,8
Forbehold	20		8 1,6	9	1,8
Funksjon/ Løsning	10		6 0,6	7	0,7
Resultat	100		8		8,1

Dere har fortsatt den laveste prisen, men med marginalt skille mellom dere og neste tilbyder. Dere har fortsatt med masser i deres tilbudsbrief. På funksjon/løsning har dere ikke endret på det med tilkomst mellom U og 1. etg. Når det gjelder kjøkken har dere med en sum på kr. 40.000,- eks. mva dette er byggherre likegyldig, vi ser dette som et forbehold i forhold til å levere to komplette kjøkken.

Vi vil videre få minne om at dere ikke har krav på å få rede på prisene til deres konkurrenter når det gjelder totalentreprise, de vil kunne se et bilde av prisnivået som endelig foreligger i vektingen.

Skulle dere ha flere spørsmål ber vi om disse innen onsdag 25.06. 2008."

(28) I brev av samme dato opplyste Cowi AS følgende til Asle Eidsvold AS:

"Når det gjelder Deres innsigelser mot firma Håkons Byggjenester vil vi få presisere at kommunen har vurdert alle tilbyderne som kvalifisert.

Etter gjennomførte forhandlinger er vektingen av Deres tilbud opp mot det valgte som følger:

[...]

		Asle Eidsvold AS	Midt-Telemark Entreprenør	Håkon Byggjeneste AS	
	Vekt				
Kvalitet	20	8	1,6	8	1,6
Pris	40	6	2,4	8	3,2
Miljø	10	8	8	8	0,8
Forbehold	20	9	1,8	9	1,8
Funksjon/ Løsning	10	8	0,8	7	0,7
Resultat	100		7,4		8,1

Vi håper dette er klargjørende slik at klagen trekkes. Vi ber Dem gi tilbakemelding innen 25.06. 2008."

- (29) Følgende hitsettes fra e-post fra Midt-Telemark Entreprenør AS til Cowi AS av 25. juni 2008:

"Vi registrerer at det er satt en urimelig kort svarfrist i tilsvarebrev datert 22.06.08 fra Cowi. Vi sendte vår innsigelse for to uker siden den 10.06.08, og fikk svar på denne om kvelden den 23.06.08. Cowi innrømmer seg selv to ukers svarfrist, mens vi får tildelt 1 dag? Vi er ikke tilfreds med de svarene som er gitt i tilsvarebrevet, og vil frem til vi får konferert nærmere med juridisk rådgivning opprettholde vår klage. Vi kommer derfor tilbake senere med mer utfyllende informasjon. "

- (30) Kontrakt med valgte leverandør ble inngått 9. juli 2008. Av kontrakten fremgikk det at totalprisen var på kr 8 206 250 inkl. mva.
- (31) I brev til innklagede fra Asle Eidsvold AS og Midt-Telemark Entreprenør AS (heretter kalt klagerne) av 22. september 2008 ble det anført at innklagede hadde begått flere feil i anskaffelsesprosessen. Klagerne krevde erstattet den negative kontraktsinteresse.
- (32) I brev av 2. desember 2008 opplyste innklagede at klagerne ikke ville få dekket den negative kontraktsinteresse.
- (33) Saken ble brakt inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser i brev av 15. desember 2008.
- (34) I e-post til klagenemndas sekretariat av 25. mai 2009 opplyste innklagede følgende om skissene som var benyttet:

"Skissene fra brukergruppen ble lagt frem i et uformelt møte vedr. forestående kontraktsskriving om div. endringer av etasjeplanene. Som sagt tidligere er tegningene ganske like vedr. antall rom, størrelse, etc. Det som skiller er noen roms beliggenhet i forhold til hverandre. Og i anbudsinnbydelsen står det klart at det bare skal leveres skisser, dvs. at kommunen kan komme med endringer etter krav fra ansatte/teknisk etat. Håkons Byggjeneste AS kalkulerte kommunens skisser og kom frem til at han kunne bruke samme pris på brukergruppens forslag som de skisser han leverte, og kontrakt ble skrevet 09.07.08. Prosjekteringskostnadene ble ikke mer omfattende da detaljprosjekteringen ikke var startet fra Håkons Byggjeneste AS side."

- (35) I en e-post til klagenemndas sekretariat senere samme dag opplyste innklagede videre:

"I anbudsprosessen for å velge ut en vinner var det byggefirmaenes skisser som ble lagt til grunn. Når vinner var valgt, ble det fra kommunen og de ansatte krav om endringer, og tilnærmet det de ansatte hadde kommet frem til når romprogrammet ble utarbeidet høsten 07. Det er de ansattes krav til planløsning som er avgjørende for endelig utforming av lokalene, jfr. arbeidsmiljøloven § 19, det var derfor det ble presisert i anbudsinnbydelsen at det bare skulle leveres inn en skisseløsning. HB's løsning er veldig lik på den skissen kommunen utarbeidet. Flytter man fingard. ned ved siden av møterommet og utvider grov.gard med møterommet, samt flytter stellerommet til inngangspartiet blir løsningene veldig like. Når det gjelder trapper, vinduer, dører og kjøkken spiller det ingen rolle for prisen når antallet er nesten likt. Den endelige

utforminga ble gjort av HB's arkitekt i samarbeid med de ansatte og det er denne planløsningen som er brukt i utførelsen."

- (36) Klagenemndas sekretariat bad i e-poster til innklagede av 15. mai, 25. mai, 9. juli og 10. juli 2009 om å få oversendt dokumentasjon på at valgte leverandør hadde forlenget vedståelsesfristen.
- (37) Klagenemndas sekretariat mottok per faks av 25. mai 2009 og per e-post av 10. juli 2009 valgte leverandørs skisser og skissene som ble lagt til grunn ved byggingen av barnehagen. Valgte leverandørs skisser hadde et bruksareal på 172,9 m² i første etasje og 192,0 m² i andre etasje, og et bebygd areal på 224 m². Av skissene som ble lagt til grunn for byggingen av barnehagen, fremgikk det ikke hva som var bruksarealet i første etasje, men det fremgikk at bruksarealet i andre etasje var på 183 m², og at det bebygde arealet var på 186 m².
- (38) I e-post av 10. juli 2009 gav innklagede videre følgende opplysninger om skissene som var lagt til grunn for byggingen av barnehagen:

"Bruksarealet for underetasjen er 180 m² og bebygd areal er 197 m². Det vi si at bruksarealet i barnehagen er 2 m² mindre på kommunens skisser enn anbudstegningene, men i tillegg kommer teknisk rom på loft. Derfor har det oppførte bygg noe mindre bebygd areal. Kontrakten ble skrevet på Omtvedts anbud (tegninger og anbudsbeskrivelse). Når kontrakten var underskrevet ble kommunens tegning vurdert av Omtvedt og han kunne bruke kommunens tegning uten noen tillegg i pris.

Når det gjelder forlengelsesfristen fra Omtvedt ble denne forlenget muntlig som underskrevet kontrakt viser."

- (39) I e-post av 10. juli 2009 bad klagenemndas sekretariat om en erklæring vedrørende når og hvordan valgte leverandør muntlig hadde forlenget vedståelsesfristen, samt en presisering av hvor i kontrakten av 9. juli 2008 det fremgikk at vedståelsesfristen var blitt forlenget.
- (40) I faks mottatt 13. juli 2009 bekreftet valgte leverandør og innklagede blant annet følgende opplysninger:

"19.06.08 Telefon fra Cowi v/ Erlend Jensen med bekreftelse på at klage fra Eidsvold var forkastet og at oppdraget tilfalt Håkons Byggtjeneste. Avtalte på dette tidspunkt at Erlend Jensen skulle kalle inn kontraktsmøte så snart som mulig. Men han var borte på oppdrag i Stavanger påfølgende uke så det ble så raskt som det var praktisk mulig, jeg bekreftet mitt ja til oppdraget og bekreftet at jeg vedstod mitt anbud utover tidligere vedståelse dersom det ble nødvendig."

Anførsler:

Klagernes anførsler:

Ulovlig direkte anskaffelse

- (41) Innklagede har på to forskjellige grunnlag foretatt en ulovlig direkte anskaffelse.

- (42) For det første utløp vedståelsesfristen 1. juli 2008, mens kontrakt først ble underskrevet 9. juli 2008, dvs. etter fristen. På tidspunktet for kontraktsinngåelse forelå det således ingen gyldige tilbud, og det ble dermed foretatt en ulovlig direkte anskaffelse.
- (43) For det andre valgte innklagede å prosjektere et skisseforslag etter tilbudsfristens utløp, noe som representerte en slik endring av konkurransen at denne skulle vært avlyst og kunngjort på nytt med de nye forutsetningene for anskaffelsen. At innklagede i stedet inngikk kontrakt med valgte leverandør, utgjorde en ulovlig direkte anskaffelse.
- (44) Av konkurransegrunnlaget fremgår det at tilbyderne skal levere et komplett tilbud på både prosjektering og utførelse med bakgrunn i de tekniske krav som er stilt til bygget, særlig med henvisning til konkurransegrunnlagets alminnelige del punkt 01.1 og kapittel C og romprogram. Her heter det at tilbyder bl.a. skal lage et skisseforslag som forutsetningsvis etter tildelingskriteriene skal inngå i bedømmelsen, jf. arealeffektivitet, arkitektoniske uttrykk mv. Det er disse opplysningene tilbyderne har konkurrert på og utformet sine tilbud etter. Av kommunestyrets behandling i tilleggsbevilgningssaken fremgår det imidlertid at innklagede selv har laget et skisseforslag. Dette ble gjort etter tilbudsfristens utløp, men før tildeling skjedde. Konkurransen ble i praksis vesentlig endret/delvis avlyst. Når innklagede velger å benytte sitt eget skisseforslag etter tilbudsfristens utløp, blir et av momentene tilbyderne skal konkurrere på borte. Vinneren av konkurransen vil da måtte bygge på denne nye utformingen og følgelig prise sine resterende prosjekteringsarbeider og utførelse med innklagedes løsning som grunnlag. Verken de øvrige tilbyderne eller andre potensielle tilbydere i markedet, har fått denne muligheten. Av kommunestyrets protokoll fremgår det at innklagedes skisse/utforming er laget av innklagede selv og skal være den som legges til grunn i prosjektet. Det er således ikke tale om en videreutvikling av valgte leverandørs forslag, men om en egenutvikling som endrer konkurransen vesentlig. For klagerne er det uklart hvilken prosjekteringsløsning/skisse som er lagt til grunn ved vurderingen av valgte leverandørs tilbud, og om valgte leverandør har fått tilgang til innklagedes egen løsning før tildeling. Det er også uvisst hvor stor forskjell det er på vinnerens forslag til utforming og innklagedes egen utforming.
- (45) Innklagede har også brutt regelverkets krav til konkurranse, forutberegnelighet og likebehandling, ved at det etter tilbudsfristens utløp ble lagt til grunn et annet grunnlag for videre prosjektering og utførelse enn det som ble presentert i den kunngjorte konkurransen.

Kvalifikasjonskravene

- (46) Beskrivelsen av kvalifikasjonskravene er i strid med kravene til forutberegnelighet og etterprøvnbarhet, jf. lovens § 5 og forskriftens §§ 3-1, 8-1 og 8-5. Dette fordi innholdet i kravene verken fremgår av kunngjøringen eller konkurransegrunnlaget. Det er kun opplyst at det stilles krav.

Angivelsen og beskrivelsen av tildelingskriteriene

- (47) Tildelingskriteriene i konkurransegrunnlaget fremstår og er beskrevet på en måte som er forvirrende og bryter med kravene til forutberegnelighet, klarhet og etterprøvnbarhet. Kriteriene er spredt omkring i dokumentet og det er vanskelig å forstå sammenhengen mellom disse. I tillegg er innholdet uklart beskrevet. Uklarheten gjelder i særlig grad kriteriet "*alminnelige forretningsmessige vurderinger*".

Ulovlige tildelingskriterier

- (48) Innklagede har brutt kravet til forutberegnelighet, jf. lovens § 5 og forskriftens §§ 3-1 og 13-2, ved å ha angitt flere ulovlige tildelingskriterier. I konkurransegrunnlaget fremgår det at valg av tilbyder blant annet skal skje etter tilbyders *"faglige, tekniske og økonomiske grunnlag som er nødvendig for oppfylling av kontrakten"*. Dette er et kvalifikasjonskriterium som sier noe om tilbyders kvalifikasjoner generelt, og deres evne til å oppfylle kontrakten som sådan. Kriteriet er ikke egnet til å identifisere det økonomisk mest fordelaktige tilbud, og er således ulovlig som tildelingskriterium. Det samme gjelder kriteriet som går ut på at det skal vektlegges om tilbyder har *"lærlinger"*, eller er tilsluttet en slik ordning, jf. konkurransegrunnlaget punkt E 19 nr. 8.
- (49) Også tildelingskriteriet *"forbehold"* er ulovlig. Etter regelverket er det tillatt for tilbyder å ta forbehold med visse krav til innhold og utforming, men forbeholdets art eller omfang kan ikke gjøres til et konkurranseelement, jf. forskriftens § 13-2. Dette fordi tildelingskriterier skal være egnet til å identifisere det økonomisk mest fordelaktige tilbud og være knyttet til kontraktsgjenstanden. Den prismessige betydningen av forbehold inngår i bedømmelsen under kriteriet *"pris"*. Som selvstendig kriterium mangler *"forbehold"* den nødvendige tilknytning til kontraktsgjenstanden. Dersom innklagede hadde sett bort fra *"forbehold"* ville Midt-Telemark Entreprenør AS fått høyest poengsum, og således vunnet konkurransen.

Tildelingsevalueringen

- (50) Innklagede har brutt kravet til forutberegnelighet ved å vektlegge forbehold i evalueringen. Det vises til at innklagede under forhandlingene presiserte at forbehold ikke ville aksepteres, mens betydningen av de forbehold som innklagede mente klagerne hadde tatt, likevel ble vektlagt i bedømmelsen.
- (51) Videre har innklagede brutt regelverket ved å ikke vektlegge byggetid i evalueringen, selv om det fremgikk av konkurransegrunnlaget punkt C 1 at *"byggetid"* skulle vektlegges.

Begrunnelse

- (52) Begrunnelsen som er sendt til klagerne oppfyller ikke kravet i forskriftens § 11-14. Det vises til at begrunnelsen kun inneholdt en poengfastsetting, og ingenting om bedømmelsen som ledet til poengene. Klagerne hadde da ikke tilstrekkelig grunnlag til å kunne vurdere om oppdragsgivers valg var saklig og forsvarlig.

Erstatning

- (53) Klagenemnda bes uttale seg om vilkårene for erstatning for den negative kontraktsinteresse er oppfylt.

Innklagedes anførsler:

Ulovlig direkte anskaffelse

- (54) Det bestrides at innklagede har endret forutsetningene i konkurransen. Etter konkurransegrunnlagets alminnelige del 01.1 skulle det ved tilbudet vedlegges et skisseforslag. Byggherren måtte ha anledning å utvikle dette skisseforslaget i samarbeid med entreprenør. Skissen det ble vist til i saksframlegget for kommunestyret, ble ikke brukt ved vurderingen av de innkomne tilbud. Saksframlegget ble utformet for å få et positivt vedtak i kommunestyret vedrørende finansiering av prosjektet. For å vise

behovet for en tilleggsbevilgning, ble det tatt utgangspunkt i det billigste tilbudet. Formuleringene i forhold til kommunestyret kan ha vært noe upresise, men det man ønsket å få frem var en intensjon om at man ville forhandle med vinneren når det skulle utformes detaljtegninger. Det var snakk om mindre detaljer man kunne ønske å få inn, og slett ikke noe nytt prosjekt. Kommunens "skisseløsning" ville gi et mindre areal, som igjen ville gi mindre FDV-kostnader. Dette var etter skole- og barnehagesjefens mening en bedre løsning. Bakgrunnen for å ta dette inn i saken var å vise for politikerne at man hadde ønsket om å få prisen så lav som mulig innenfor de nødvendige kvaliteter. Innholdet i fremlegget til kommunestyret hadde ingen betydning for valg av tilbyder. Det var hele tiden klart at endringer av innsendte skisseprosjekter måtte skje etter at tilbyder var valgt.

- (55) Det fremgår at innklagede den 9. juni 2008 informerte klagerne om at tilbudet fra valgte leverandør var antatt som det beste tilbudet. Valgte leverandør vedsto seg tilbudet sitt lenge før fristen 1. juli 2008 gikk ut, slik at avtale da var inngått. Kontrakten ble imidlertid ikke undertegnet før 9. juli 2008. Det er ikke foretatt en ulovlig direkte anskaffelse, og det er derfor ikke grunnlag for å ilegge oppdragsgiver gebyr. Selv om det skulle være foretatt en ulovlig direkte anskaffelse, ville vurderingene i lovens § 7b (2) tilsi at gebyr ikke ilegges.

Kvalifikasjonskravene

- (56) I et enkelt prosjekt som det foreliggende vil krav til kvalifikasjoner og økonomi være spørsmål om tilbyderen har kvalifikasjoner som er nødvendige for å oppfylle kontrakten, jf. konkurransegrunnlaget punkt E5. Alle tilbyderne er ansett for å tilfredsstille disse kravene.

Angivelsen og beskrivelsen av tildelingskriteriene

- (57) Tildelingskriteriene i konkurransegrunnlaget fremkommer etter innklagedes syn tilstrekkelig klart. Kriteriet "*alminnelige forretningsmessige vurderinger*" er en standard, og nærmere innhold finnes i konkurransegrunnlaget punkt E5.

Tildelingsevalueringen

- (58) Når det gjelder forbehold, vil dette selvfølgelig være av betydning for det samlede økonomiske innhold i tilbudet, og innklagede kan ikke se at det skulle være galt at dette ble presisert. I denne saken var det uansett klagerne som tok forbehold. Dersom klagerne skulle vært avvist på dette grunnlag, er det således tale om en feil som har gått i klagernes favør.
- (59) Byggetid i den generelle orientering om prosjektet, bokstav c, går på overholdelse av byggetid, jf. budfristen, punkt B1. Utover dette skal byggetid ikke vektlegges.

Begrunnelse

- (60) Innklagede bestrider at begrunnelsesplikten i forskriftens § 11-14 er brutt.

Erstatning

- (61) Det bestrides at klagerne har grunnlag for krav på erstatning for den negative kontraktsinteresse.

Klagenemndas vurdering:

- (62) Klagen inneholder påstand om ulovlig direkte anskaffelse. I slike tilfeller er klagefristen to år etter kontraktsinngåelse, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser av 15. november 2002 nr. 1288 § 13a (2). Klagen er således rettidig. Etter klagenemndsforskriften § 13a er det ikke krav om saklig klageinteresse i saker med påstand om at det foreligger en ulovlig direkte anskaffelse. Når det gjelder de øvrige anførsler, har klager deltatt i konkurransen, og har derfor saklig klageinteresse, jf. klagenemndsforskriften § 6. Også for disse anførsler er klagen rettidig. Anskaffelsen er en bygge- og anleggskontrakt, og 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 innklagede har foretatt en ulovlig direkte anskaffelse

Vedrørende påstanden om endring i kontrakten

- (63) Etter lov om offentlige anskaffelser § 7b er en ulovlig direkte anskaffelse en anskaffelse som ikke er kunngjort i henhold til reglene om kunngjøring i forskrifter gitt i medhold av loven, slik som i dette tilfellet kunngjøringskravet i forskriftens § 9-1.
- (64) Klager har anført at innklagede har foretatt en ulovlig direkte anskaffelse ved at innklagede valgte å prosjektere et skisseforslag etter tilbudsfristens utløp, noe som endret forutsetningene for konkurransen i en slik grad at den etter klagers syn skulle vært avlyst og kunngjort på nytt.
- (65) Den foreliggende anskaffelse er gjennomført etter konkurranseformen konkurranse med forhandling. Det er da anledning til å forhandle om alle sider av tilbudet, jf. forskriftens § 11-8 (2), hvilket i dette tilfellet etter nemndas oppfatning antagelig ville medført at innklagede kunne forhandlet med alle tilbyderne om endring av deres tilbud, basert på det skisseforslag innklagede selv hadde utarbeidet. Tilbyderne kunne i så fall ut fra dette selv valgt om de ville endre sine opprinnelige skisseforslag. Dette er det imidlertid ikke nødvendig å gå nærmere inn på her, da forhandlingsadgangen som følger av § 11-8 (2) kun gjelder frem til valg av tilbud er truffet, mens innklagede i sine forklaringer for nemnda har opplyst at valgte leverandørs skisseforslag først ble endret etter at innklagede hadde inngått kontrakt med denne leverandøren, jf. innklagedes e-post av 10. juli 2009.
- (66) Av forskriftens § 14-4 bokstav k fremgår det at oppdragsgiver kan benytte konkurranse med forhandling uten forutgående kunngjøring ved bygge- og anleggskontrakter for *"nye arbeider, som er en gjentakelse av lignende arbeider utført i forbindelse med en tidligere kontrakt inngått i samsvar med hovedregelen i § 14-1"*. Forutsetningen er at kontrakten tildeles den opprinnelige leverandør og at arbeidene er i samsvar med det prosjekt som danner utgangspunktet for tildelingen av den første kontrakten.
- (67) Fra klagenemndas sak 2008/5 premiss (58) - (60) hitsettes følgende om adgangen til kontraktsendringer etter standardvilkårene for bygge- og anleggsarbeider:

"(58) Tildelte oppdrag for bygg- og anleggsarbeider vil i norske forhold være underlagt omforente standardvilkår i bransjen, i dette tilfelle Norsk Standard (NS) 8405 publisert i 2004. Disse var forutsatt å gjelde i denne saken, men med enkelte henvisninger også til standarden for totalentreprise NS 3431 (betegnet som "totalanbud" uten at nemnda kan se at valg av standard har betydning for saken). Standardvilkårene gir byggherren rett

til å rekvirere endringer og tillegg mot tilleggsvederlag, og slike vil ikke kunne anses som nye oppdrag som må kunngjøres. Det ville være lite hensiktsmessig om ikke den valgte leverandør kunne utføre endringer under oppførelsen i tråd med byggherrens ønsker. Endringer kan bestå i tillegg eller fradrag i det opprinnelige oppdrag. Byggherren vil trolig være avskåret fra å ta deler av oppdraget fra hovedentreprenøren uten å måtte betale for hel eller delvis avbestilling etter NS 8405 pkt. 20.

(59) Standarden setter allikevel en grense for hvor omfattende endringer eller fradrag som kan kreves innenfor én og samme kontrakt. Endringer innen kontraktens rammer må stå i sammenheng med det som kontrakten omfatter, og ikke være av vesentlig annen art og omfang, jf nærmere J. E. Barbo Kontraktsomlegging i entrepriseforhold (1997) s 67-68 om forgjengeren NS 3430 pkt 28.1 første ledd:

"For det første må det opereres med visse geografiske begrensninger. Entreprenøren kan ikke være forpliktet til å utføre arbeid på et annet sted enn der de opprinnelige kontraktsarbeider foregår [...] Som hovedregel vil entreprenøren heller ikke være forpliktet til å utføre arbeid på et annet byggeobjekt."

(60) Klagenemnda mener at når omforente endringer og tillegg går ut over dette, dreier det seg om en annen innholdsmessig kontrakt enn den som først var inngått."

- (68) Når det gjelder partenes adgang til å gjøre endringer i en eksisterende avtale, har EF-domstolen uttalt følgende om dette i sin avgjørelse i sak C-454/06 ("Pressetext") premiss (34):

"Med henblikk på at sikre gennemsiktighet i procedurene og likebehandling af tilbudsgivere udgør ændringer i bestemmelserne i en offentlig aftale inden for den periode, i hvilken den er gyldig, indgåelse av en ny aftale i direktiv 92/50's forstand, når de er afgørende forskellige fra bestemmelserne i den oprindelige aftale, og derfor viser, at det var parternes vilje at genforhandle aftalens grundlæggende elementer (jf. i denne retning dom af 5.10.2000, sag C-337/98, Kommissionen mod Frankrig, Sml. I, s. 8377, præmis 44 og 46)."

- (69) Avgjørende for om innklagede har foretatt en ulovlig direkte anskaffelse på dette grunnlag, er således om det er gjort en vesentlig endring i kontrakten mellom innklagede og valgte leverandør etter at denne ble inngått.
- (70) I nevnte dom premiss (35) oppstilte EF-domstolen følgende retningslinje for vurderingen av om det var tale om en vesentlig endring:

"En ændring i en offentlig aftale i dennes løbetid kan betragtes som væsentlig, såfremt den indfører betingelser, der, hvis de havde fremgået av den oprindelige procedure for indgåelse af en aftale, ville have gjort det mulig for andre tilbudsgivere end de oprindeligt antagne at deltage, eller ville have gjort det mulig at acceptere et andet bud enn det, som oprindeligt blev andtaget."

- (71) I klagenemndas sak 2008/5 kom nemnda til at det var gjort vesentlige endringer i kontraktsvilkårene for en bygge- og anleggskontrakt. Nemnda la blant annet vekt på at den geografiske plasseringen av bygget var endret, og at det ikke lenger var tale om en ombygging av eksisterende bygg kombinert med nybygg, men kun om et nytt bygg.

Videre la nemnda vekt på at oppdragets omfang var betydelig redusert, jf. premiss (56)-(57).

- (72) Når det gjelder foreliggende sak, er for det første romløsningen i den endelige skissen noe annerledes enn løsningen i kontrakten, både hva gjelder plassering og utforming. Endringene er imidlertid såpass beskjedne at de etter nemndas syn ikke kan tilsi at kontrakten er vesentlig endret.
- (73) Når det så gjelder endringene i bruksarealet, har disse medført at bruksarealet i første etasje er ca. 7 m² større enn opprinnelig, mens bruksarealet i andre etasje er ca. 9 m² mindre enn opprinnelig, jf. skisser mottatt per faks av 25. mai og per e-post av 10. juli 2009, samt opplysninger i en senere e-post av 10. juli 2009. Det totale bruksarealet ble således redusert med 2 m² som en følge av endringene, jf. også e-post av 10. juli 2009. Dette kan ikke anses som en vesentlig endring isolert sett.
- (74) Når det så gjelder størrelsen på det bebygde arealet etter endringene, har innklagede gitt motstridende opplysninger om dette. I skissen mottatt per faks av 25. mai 2009 er bebygd areal angitt å være på 186 m², mens det i e-post av 10. juli 2009 blir angitt å være på 197 m². Dersom man legger til grunn alternativet som medfører den største endringen fra valgte leverandørs tilbud, dvs. at bebygd areal er på 186 m², innebærer endringen en reduksjon fra valgte leverandørs tilbud på ca. 27 m², hvilket utgjør en prosentmessig reduksjon på ca. 13 %. Legger man til grunn det alternativet som gir den minste endringen er denne på 16 m², det vil si ca. 7,5 %.
- (75) Selv om både omfanget og utformingen av bygget til en viss grad er endret, er endringene etter klagenemndas syn av langt mer beskjeden karakter enn det som var tilfelle i sak 2008/5. Dette understøttes av at tilbudsprisen ikke ble påvirket av endringene, jf. opplysninger i e-post av 10. juli 2009. Det må antas å ha formodningen mot seg at innklagede ville betalt det samme for anskaffelsen om denne var vesentlig redusert. Nemnda finner etter en helhetsvurdering at det her ikke er tale om en vesentlig endring, og innklagede har dermed ikke foretatt en ulovlig direkte anskaffelse på dette grunnlag.

Vedrørende påstanden om kontraktsinngåelse etter vedståelsesfristens utløp

- (76) Klager har videre anført at innklagede har foretatt en ulovlig direkte anskaffelse ved å inngå kontrakt med valgte leverandør etter at vedståelsesfristen var gått ut.
- (77) Av forskriftens § 10-2 (1) fremgår det at oppdragsgiver skal fastsette en vedståelsesfrist, som angir den tiden tilbudene er bindende. Når vedståelsesfristen er utløpt uten at kontrakt er inngått, står oppdragsgiver uten bindende tilbud i konkurransen, jf. klagenemndas sak 2008/107 premiss (35). Etter anskaffelsesregelverket blir en kontrakt først regnet for å være inngått når den er signert, jf. forskriftens § 13-3 (1) andre punktum.
- (78) I den foreliggende sak hadde leverandørene plikt til å vedstå seg tilbudet i tre måneder, regnet fra tilbudsfristen den 29. februar 2008, dvs. frem til 29. mai 2008, jf. kunngjøringens punkt IV.3.7. Det er videre på det rene at kontrakt først ble undertegnet 9. juli 2008, dvs. ca. seks uker etter at den opprinnelige vedståelsesfristen gikk ut.

- (79) I brev fra Cowi AS av 26. mai 2008 ble samtlige leverandører bedt om å vedstå seg tilbudet frem til 1. juli 2008. Valgte leverandør har, så vidt nemnda kan se, ikke gitt noen uttrykkelig tilbakemelding på dette. Imidlertid ga valgte leverandør et revidert tilbud 2. juni 2008. Ettersom leveringen av det reviderte tilbudet således skjedde like etter at innklagede hadde bedt tilbyderne om å forlenge vedståelsesfristen, legger nemnda til grunn at dette må anses som en stilltiende aksept av innklagedes oppfordring om å forlenge vedståelsen av tilbudet. De øvrige leverandørene må også anses å ha akseptert forlengelsen av vedståelsesfristen, og de innga reviderte tilbud. Videre bekreftet valgte leverandør 19. juni 2008 at tilbudet ble vedstått utover tidligere vedståelse dersom dette ble nødvendig, jf. erklæring mottatt per faks 13. juli 2009. Klagenemnda legger etter dette til grunn at valgte leverandør vedsto seg tilbudet sitt på tidspunktet for kontraktsinngåelse, og det kan dermed ikke være tale om en ulovlig direkte anskaffelse på dette grunnlag.

Ulovlige tildelingskriterier

- (80) Klager har anført at innklagede ikke hadde anledning til å benytte tilbyders *"faglige, tekniske og økonomiske grunnlag som er nødvendig for oppfylling av kontrakten"* som et tildelingskriterium. Det er vist til at kriteriet ikke er egnet til å identifisere det økonomisk mest fordelaktige tilbud.
- (81) I konkurransegrunnlaget punkt E5 var det oppgitt at tildeling skulle skje på grunnlag av det økonomisk mest fordelaktige tilbud. Tildelingskriteriene må da ha tilknytning til kontraktens gjenstand, samt være egnet til å identifisere det økonomisk mest fordelaktige tilbud, jf. forskriftens § 22-2. Av forskriftens § 11-1 følger det forutsetningsvis at kriterier anvendt under kvalifiseringen av leverandører ikke kan gjentas som tildelingskriterier. Dette er også lagt til grunn i klagenemndas praksis, jf. blant annet sakene 2008/92 premiss (90), 2008/136 premiss (80), 2008/199 premiss (13) og 2009/80 premiss (26).
- (82) EF-domstolen tok i et obiter dictum opp spørsmålet om sontringen mellom kvalifikasjonskriterier og tildelingskriterier i sak C-532/06 ("Lianakis"). Domstolen uttalte at oppdragsgiver ikke kunne benytte tilbydernes erfaring, personell og utstyr, samt evne til å fullføre oppdraget innen en fastsatt frist, som tildelingskriterier. Begrunnelsen for dette var at disse forholdene angikk leverandørens evne til å oppfylle kontrakten, og dermed var å anse som kvalifikasjonskriterier heller enn tildelingskriterier, jf. premiss (25)-(32).
- (83) I klagenemndas sak 2008/120 premiss (56) la nemnda til grunn følgende forståelse av EF-domstolens dom C-532/06 ("Lianakis"):
- "Nemnda mener at dommen må forstås slik at oppfyllelsesevne i forhold til en definert tjeneste alltid må regnes som et kvalifikasjonskriterium som ikke kan videreføres eller gjentas som et tildelingskriterium."*
- (84) I konkurransegrunnlaget punkt E5 *"Valg av tilbud"* var det angitt at det ville bli lagt vekt på om *"entreprenøren har det faglige, tekniske og økonomiske grunnlag som er nødvendig for oppfylling av kontrakten"*. Ordlyden viser etter nemndas syn at det her er tale om leverandørens evne til å oppfylle de på forhånd definerte funksjoner som fremgår av kunngjøring/konkurransegrunnlag, dvs. oppfylle kontrakten slik den er kunngjort. Et slikt vurderingstema hører under kvalifikasjonsvurderingen, og ikke under

tildelingsvurderingen, jf. EF-domstolens dom C-532/06 ("Lianakis") og klagenemndas sak 2008/120 premiss (56). Tildelingskriteriet er dermed ulovlig, jf. forskriftens § 11-1.

- (85) Ettersom tildelingskriterier ikke kan endres etter tilbudsfristens utløp, jf. forskriftens forutsetning i § 17-2 (1), er bruk av et ulovlig tildelingskriterium en feil som ikke kan rettes opp under tildelingsprosessen. Innklagede hadde da plikt til å avlyse konkurransen, jf. EF-domstolens sak C-448/01 ("Wienstrom") og klagenemndas saker 2008/120 premiss (48), 2008/92 premiss (102) og 2009/88 premiss (29). Basert på dette finner klagenemnda ikke grunn til å behandle klagers øvrige anførsler. Klagenemnda har heller ikke grunnlag for å uttale seg om vilkårene for erstatning for den negative kontraktsinteresse er oppfylt.

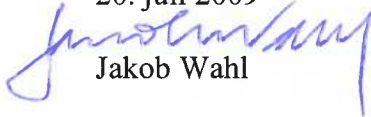
Konklusjon:

Nome kommune har brutt forskriftens § 11-1 ved å benytte et ulovlig tildelingskriterium.

Klagers øvrige anførsler har enten ikke ført frem, eller er ikke blitt behandlet.

For klagenemnda,

20. juli 2009



Jakob Wahl