



**Klagenemnda
for offentlige anskaffelser**

Klager har deltatt i en åpen anbudskonkurranse for anskaffelse av elektroakustiske arbeider til et nytt konserthus for Sørlandet. Klagenemnda fant at innklagede har brutt kravene til gjennomsiktighet og etterprøvbarhet i lovens § 5 ved å unnlate å gi klager opplysninger om valgte leverandørs priser for hvert kapittel i konkurransegrunnlaget, da dette ikke var forretningshemmeligheter. Klagers øvrige anførsler førte ikke frem.

Klagenemndas avgjørelse 1. desember 2008 i sak 2008/62

Klager: Benum siv.ing. AS

Innklaget: Kilden IKS

Klagenemndas medlemmer: Jens Bugge, Magni Elsheim og Siri Teigum

Saken gjelder: Evaluering av forbehold, utsending av informasjon, gjennomsiktighet og etterprøvbarhet.

Bakgrunn:

- (1) Kilden IKS (heretter kalt innklagede) kunngjorde 29. oktober 2007 en åpen anbudskonkurranse for anskaffelse av elektroakustiske arbeider til et nytt konserthus for Sørlandet. Konkurransen omfattet deltakelse i detaljprosjektering, leveranse, installasjon, idriftsettelse og ansvar for opplæring på de elektroakustiske anleggene til Kilden. Anskaffelsen var delt i to faser, samhandlingsfasen og byggefasen. Innklagede ville i første omgang inngå kontrakt for samhandlingsfasen, med opsjon på byggefasen.
- (2) Tildelingskriteriene i konkurransen fremgikk av konkurransegrunnlaget punkt B.1.5:

"Oppdragsgiver vil blant de ikke avviste tilbudene velge det økonomisk mest fordelaktige tilbud etter tildelingskriteriene

- *Beregnet pris*
- *Organisering, kompetanse og oppgaveforståelse*

Tildelingskriteriene legges til grunn for beregning av ekvivalent tilbudssum. Lavest ekvivalent tilbudssum er for oppdragsgiver det økonomisk mest fordelaktige tilbud.

Beregnet pris

Beregnet pris er summen av

- *Tilbudt pris i samhandlingsfasen, eks mva, jmf. Pkt. D.4.1*

Og

- *Tilbudt pris i byggefasen eks mva, bestående av
 - *Tilbudt pris mengdebeskrivelse, jf pkt D.4.2*
 - *Tilbudt pris på anslått andel uspesifiserte poster, jf pkt D 4.3**

- Tilbudt pris opsjoner, ift mengdebeskrivelsen.

[...]

Den interne vekting av tildelingskriteriet "organisering, kompetanse og oppgaveforståelse" fremgår av den nedenstående tabell. I evalueringen vil det bli gitt poeng fra 1 til 10 for hvert kulepunkt, med 10 som best. Samlet vektet sum blir benyttet for beregning av ekvivalent tilbudspris.

Organisering	Poeng (P)	Faktor/vekt (F)	Vektet poengsum (PxF)
Oppgaveforståelse		0,3	
Organisasjonsplan for samhandlingsfasen		0,1	
Relevante personers erfaring med prosjekteringsprosesser		0,2	
Organisasjonsplan for byggefasen		0,1	
Relevante personer fra gjennomføring/bygging		0,2	
Bemanningsplan		0,1	
Samlet vektet sum	-----	-----	

Ekvivalent tilbudssum

Ekvivalent tilbudssum vil bli utledet etter følgende formel, hvilket betyr at organisering kan gi et maksimalt utslag ift. Tilbudssum på ca. 36 %:

$$\text{Ekvivalent tilbudssum} = (\text{Beregnet pris} \times 15) / (\text{Samlet vektet sum organisering} + 10)$$

Lavest ekvivalent tilbudssum er for oppdragsgiver det økonomisk mest fordelaktige tilbud."

- (3) I konkurransegrunnlagets forslag til kontraktsbestemmelser var det blant annet gitt følgende bestemmelser om betaling for tjenestene som skulle utføres i samhandlingsfasen:

"15.2 Betaling

15.2.1 Generelt

Den prosjekterendes fakturaer skal spesifiseres og dokumenteres iht. oppdragsgivers til enhver tid gjeldende prosedyrer for fakturering, og slik at de kan kontrolleres av oppdragsgiveren. Utlegg, utgifter og honorar for endringsarbeider skal angis særskilt.

Den prosjekterende kan kreve avdrag på honoraret etter hvert som oppdraget utføres, men ikke oftere enn én gang i måneden. Slik betaling er ingen godkjennelse av grunnlaget for fakturaen."

- (4) Frist for å inngi tilbud i konkurransen var 9. januar 2008 kl. 13.00. Det fremgikk av konkurransegrunnlaget at:

”Tilbudene vil bli åpnet samme dag kl. 14.00 på prosjektkontoret. Tilbyderne har adgang til åpningen. Tilbudssum inkl. mva vil bli lest opp og referatført. To representanter fra oppdragsgiver vil gjennomføre tilbudsåpningen. Det vil bli ført referat som sendes samtlige tilbydere uten ugrunnet opphold etter tilbudsåpningen.”

- (5) Den 26. november 2007 ble det avholdt tilbudskonferanse. Det ble utarbeidet referat fra konferansen, og herfra hitsettes:

Sak	Tekst	Frist	Ansvarlig
[...]			
1.7	<i>Riggplan Forslag til rigggplan ligger i konkurransegrunnlaget. Interessenter må sette seg inn i fellesrigg. Her fremkommer det hva som fellesriggen leverer. Fellesrigg skal ikke prises. Tilbydere må på grunnlag av dette prise det som det er behov for ut over fellesrigg (Relevant deres fag). Innholdsfortegnelse forteller hva som ikke skal prises.</i>		
[...]			
1.14	<i>Valuta Det blir stilt spørsmål til valutaproblematikk. EB/CJ opplyser om at dette vil bli diskutert med BH. Etterskrift: Diskusjon er gjennomført og Byggherren tar valutarisikoen.</i>		
[...]			
1.16	<i>EASE-modell (3D modell av salene) EASE modell ble forespurt og antydnet utsendt. Etterskrift: Etter innsigelse fra en tilbyder er det vedtatt å ikke sende ut dette ettersom det er tvil om det gir et fortrinn i konkurransen for de tilbydere som har programvaren. Det som er omtalt og vedlagt i opprinnelig konkurransegrunnlag gjelder</i>		

- (6) Felles rigg inngikk i entreprisen 20BYG2-K. Det fremgikk av konkurransegrunnlaget at denne entreprisen omfattet lager til de leverandørene som skulle benytte seg av fellesriggen.
- (7) Ved utløpet av tilbudsfristen hadde tre leverandører levert tilbud, blant disse var Benum siv. ing. AS (heretter kalt klager) og LydRommet AS (heretter kalt valgte leverandør).
- (8) Fra valgte leverandørs tilbudsbrief hitsettes:

”TILBUDSBREV

Vi viser til tilbudsinnbydelse og har med dette gleden av å sende Dem vårt tilbud på forespurte entrepriser på Elektroakustiske arbeider Kilden.

Tilbudet er utarbeidet i henhold til Deres spesifikasjoner med endringer spesifisert i vår avviklsliste. Anleggsbeskrivelsen belyser løsningen og tilfredsstiller de forespurte krav.

Tilbudet omfatter de nødvendige underlag og beskrivelser som spesifisert.

TILBUDSSKJEMA

1. TILBUDSSAMMENDRAG

VEDLAGT FØLGER TILBUDSSAMMENDRAG I D.3, D.4 I ORIGINALFORMAT OG D.6 SOM SPESIFISERT I .XLS REGNEARK.

OPSJONER FØLGER SOM VEDLAGT PRISLISTE OG ER LISTET OPP FOR SINE RESPEKTIVE KAPITLER.

2. FORBEHOLD:

Det taes forbehold. Disse er oppsummert i etterfølgende kapitler i tilbuds brevet.

3. AVVIK FRA SPESIFISERTE POSTER

Post	Avvik	Tilbudets løsning	Kommentar:
52.501.1.6	kabel		
52.501.1.7	kabel		
52.501.1.8	kabel		
52.501.2.3	kabel		
52.501.2.4	kabel		
52.501.3.2	kabel		
52.501.1.5			
52.501.2.8	kontakt		
52.501.2.9	kontakt		
52.501.2.10	kontakt		
52.501.2.11	kontakt		
52.501.2.12	kontakt		
52.501.4.2	endring		
52.501.4.3	endring		
52.554.1.16			
52.554.1.17			
52.554.2.1			
52.554.2.2			
52.555.1.5.1	fysiske mål		

52.555.1.7.1	fysiske mål		
52.555.1.9.1	Frekvensgang		
52.555.1.10.1	Frekvensgang		
52.555.1.12	teknisk		
52.555.2.4.1	fysiske mål		
52.555.2.7.1	fysiske mål		
52.555.2.8	teknisk		
52.555.3.4.1	fysiske mål		
52.555.2.8	Teknisk		
52.555.4.4.1	fysiske mål		
52.559.2.2	endring		
52.559.1.5	endring		
52.559.2.2	Kun 48K		
52.559.1.15/16	Cutom panel		

4. GENERELLE FORHOLD/FORBEHOLD:

[...]

- *Vi forbeholder oss retten til mulig utbetalt forskudd på kontrakten mot bankgaranti. Tidspunkt og størrelse vil eventuelt bli opplyst senere dersom det blir nødvendig for våre arbeider. Alternativt fakturering av tjenester, materiell og arbeid i forbindelse med prosjektering, prefabrikasjon og utgifter i planleggingsfasen før oppstart av byggearbeider.*
- *Vi tar valutaforbehold.*

[...]

- *Vi er avhengige av avlåst og sikret lager av våre komponenter. Dette må være i orden før vi kan sende varer til byggeplassen da disse har store verdier og mange lett omsettelige komponenter er det en forutsetning at lokaler stilles til rådighet. Lagerkostnader er derfor ikke priset i Rigg og Drift.*

[...]

- *Vi setter krav til klimastyrt ventilasjon i forsterker- og linjesentraler der ambient temperatur ikke skal overstige 28 °C. Anlegget skal ha alarm med varsling til vakthavende. Dersom temperatur overstiges, bortfaller garantien på utstyret.*
- *Før lydutstyret kan monteres må lokalene være støyfrie. Vi har fra tidligere svært dårlig erfaring med byggestøv i elektronikk, og kan ikke garantere produktene uten at denne forutsetning er ivarettatt. Vi tar forbehold om at dette kan påvirke normal fremdrift. Arbeider som derfor må utføres utenfor normal arbeidstid grunnet slike og andre forsinkelser utenfor vår kontroll blir å betrakte som tilleggsarbeider. ”*

- (9) Forbeholdet vedrørende forskuddsbetaling ble gjentatt i punkt D.3.3 i valgte leverandørs tilbud:

"Det tas forbehold om følgende forskudd:

Inntil 1/5 av kontraktsum 90 dager før oppstart av arbeider mot garanti. Forskuddet skal dekke utviklingsarbeider, preproduksjon og prosjekteringsarbeider før oppstart. Dette er egentlig ikke et krav, men åpent for forhandlinger dersom det melder seg et behov for oss.

Alternativt faktura av medgåtte timer for prosjektering, prefabrikasjon og materiell som enda ikke er levert byggeplassen, men er forbrukt i planleggingsfasen."

- (10) Klager ble informert om valg av leverandør i brev av 28. februar 2008. Fra brevet hitsettes:

"TILBUDSBEHANDLING 64EAA1-K ELEKTROAKUSTISKE ARBEIDER KILDEN – VALG AV LEVERANDØR

Viser til tilbud datert 18.01.2008 på entreprise 64EAA1-K, Elektroakustiske arbeider Kilden i forbindelse med bygging av nytt teater og konserthus for Sørlandet i Kristiansand. Videre vises til kopi av referat fra tilbudsåpningen 23.01.2008.

Et eget evalueringsutvalg på 4 personer har behandlet de mottatte tilbudene. Etter anbefaling fra dette utvalget og fra prosjektleder, fattet byggherren i dag følgende vedtak:

Kilden IKS som prosjekteier og byggherre har som intensjon å inngå avtale med LydRommet as om å utføre entreprise 64EAA1-K, Elektroakustiske arbeider Kilden i forbindelse med bygging av nytt teater og konserthus for Sørlandet, kalt Kilden.

Etter kontrollregning og vurdering av forbehold og kompetanse fremkom følgende tabell:

	<i>Tilbud nr 1 LydRommet as</i>	<i>Tilbud nr 2 Siv. Ing. Benum AS</i>	<i>Tilbud nr 3 [...]</i>
<i>Tilbudt sum samhandlingsfasen</i>	<i>552 700</i>	<i>848 000</i>	<i>[...]</i>
<i>Tilbudt tilbudssum teknisk beskrivelse</i>	<i>17 794 742</i>	<i>21 670 170</i>	<i>[...]</i>
<i>Korrigeringer som følge av regnefeil</i>	<i>1 243 396</i>	<i>- 37 255</i>	<i>[...]</i>
<i>Sum justert teknisk beskrivelse, kontrollregnet</i>	<i>19 038 3138</i>	<i>21 632 915</i>	<i>[...]</i>
<i>Prisede forbehold/justeringer</i>	<i>0</i>	<i>0</i>	<i>[...]</i>
<i>Sum uspesifisert etter kontrollregning</i>	<i>3 069 900</i>	<i>3712 208</i>	<i>[...]</i>
<i>Sum opsjoner (ikke</i>	<i>0</i>	<i>0</i>	<i>[...]</i>

<i>aktuelt)</i>			
<i>Sammenlignbar tilbudssum kr</i>	<i>22 660 738</i>	<i>26 193 123</i>	<i>[...]</i>
<i>Vektet poengsum organisering</i>	<i>6,55</i>	<i>7,76</i>	<i>[...]</i>
<i>Ekvivalent tilbudspris</i>	<i>20 538 433</i>	<i>22 122 570</i>	<i>[...]</i>
<i>Rekkefølge</i>	<i>1</i>	<i>2</i>	<i>3</i>

Ingen tilbud måtte avvises.

Lavest ekvivalent tilbudspris er for oppdragsgiver det økonomisk mest fordelaktige tilbudet, kfr. Konkurranses grunnlaget. I henhold til ovenstående tabell er tilbudet fra LydRommet as nr 1 både når det gjelder korrigeret tilbudssum og ekvivalent tilbudspris.”

- (11) I brev av 5. mars 2008 påklaget klager innklagedes tildelingsbeslutning. Klager stilte også en rekke spørsmål til innklagede vedrørende saksbehandlingen ved anskaffelsen:

”Viser til e-post av 28.02.08 hvor det fremgår at dere har som intensjon å inngå avtale med Lydrommet as mot entreprise 64EAA1-K, Elektroakustiske arbeider Kilden.

Vi benytter oss av retten til å klage på byggherrens vedtak med bakgrunn i understående punkter som vi ber om en umiddelbar skriftlig tilbakemelding på.

- 5. Hvilke forbehold, forutsetninger og avvik ble tatt av Lydrommet AS og hvordan har byggherre verdisatt disse.*
- 6. Hvilken valuta ble lagt til grunn av tilbyder Lydrommet AS.*
- 7. Hvilken kobberpris ble lagt til grunn av Lydrommet AS.*
- 8. Vi ber om en sammenstilling over Lydrommet AS’ prising av hvert enkelt kapittel for å vurdere om hvorvidt det er åpenbare differanser som kan skyldes forskjellig oppgaveforståelse.*
- 9. Vi ber om en redegjørelse for hvordan byggherre har kommet frem til samlet vektet poengsum av Lydrommet AS og Benum AS under ”organisering” i brev av 28.02.08.*
- 10. Det ble under tilbudskonferansen informert om at det ville bli ettersendt EASE beregninger som vi kunne benytte for utarbeidelse av tilbud lydanlegg. Nærmere 1 måned senere fikk vi beskjed om at en av tilbyderne hadde klaget i så henseende og at beregninger dermed ikke ble sendt ut likevel. Dette medførte store problemer for oss i henhold til vår underleverandør Renkus-Heinz som hadde ventet på disse og medførte igjen at vi ikke fikk den assistanse fra de som vi vanligvis får. Vi ber om en redegjørelse for hvem som stoppet EASE utsendelsen samt hvorfor det tok så lang tid å få beskjed om dette.*
- 11. Byggherre sendte flere e-postmeldinger med synlige mottakere og på den måten eksponerte hvem som deltok i konkurransen. Vi spør hvorvidt dette er korrekt prosedyre.*
- 12. Vi sendte 2 spørsmål til post@kilden.com den 29.11.07 merket ”Kilden TKS. 64EAA1-K, Spørsmål anbudsfasen” som vi ikke kan se å ha mottatt tilbakemelding på.*
- 13. Er det blitt avholdt en egen gjennomgang av tilbudet i etterkant med Lydrommet og ikke med andre tilbydere?*

- 14. Vi ber om en redegjørelse for hvilken konkurranseform dere mener å ha fulgt i hht pkt 4.2 i FOR 2006-04-07 nr 402: Forskrift om offentlige anskaffelser.*
- 15. Vi ber om en redegjørelse for byggherres vurdering i fht hvorvidt Lydrommet AS er økonomisk skikket i hht de krav dere selv har stilt i anbudsokumentene.”*

(12) Innklagede inngikk kontrakt med valgte leverandør 2. april 2008.

(13) Saken ble klaget inn for KOFA i brev av 21. april 2008.

Anførsler:

Klagers anførsler:

- (14) Innklagede har brutt regelverket ved å unnlate å foreta en grundig gjennomgang og prismessig vurdering av samtlige forbehold valgte leverandør tok. I valgte leverandørs tilbud er det flere avvik og forbehold som skulle vært prissatt for å gjøre tilbudet sammenlignbart med de øvrige tilbudene i konkurransen.
- (15) For det første foreligger det i valgte leverandørs tilbud trettitre avvik fra spesifikasjonene i konkurransegrunnlaget. Klager antar utstyret valgte leverandør tilbyr er av en dårligere og rimeligere type enn spesifisert i konkurransegrunnlaget, slik at samlet tilbudssum er redusert. Til sammenligning har klager priset de trettitre postene til 3,7 millioner kroner. Etter klagers mening er det sannsynlig at avvikene i valgte leverandørs tilbud er klart utslagsgivende for endelig tilbudssum i disfavør av klager.
- (16) Valgte leverandør har tatt forbehold om rett til utbetaling av hele eller deler av kontraktssummen på forskudd. For å gjøre valgte leverandørs tilbud sammenlignbart med de øvrige tilbudene, skulle innklagede ha beregnet rentekostnaden av forbeholdet, og langt denne til tilbudssummen.
- (17) Valgte leverandør har i likhet med klager tatt valutaforbehold. Innklagede har tidligere anført at valutaforbeholdet i klagers tilbud medførte at klager skulle ha vært avvist fra konkurransen. Dersom dette er riktig må tilsvarende gjelde for valgte leverandør.
- (18) Lagerkostnader er ikke priset av valgte leverandør, og skulle derfor vært tillagt valgte leverandørs tilbudssum, slik at tilbudet ble sammenlignbart med de øvrige tilbudene.
- (19) Det følger av punkt 12 og 13 i valgte leverandørs tilbudsbrief at valgte leverandør stiller særskilte krav for at utstyret som leveres skal fungere, og at garantien faller bort dersom disse kravene ikke innfris. Dette forbeholdet vil medføre betydelige ekstrakostnader og alvorlige forsinkelser for innklagede. Forbeholdet er så alvorlig at en liten glipp fra innklagede eller innklagedes underleverandører i installasjons- eller prøvedriftsfasen fører til bortfall av garanti på alt utstyr levert av valgte leverandør. Etter klagers erfaring vil slike forhold alltid inntre i større eller mindre skala med så mange aktører og så mye nyinstallert utstyr i samme bygg på samme tid. Dette forbeholdet er så vesentlig at valgte leverandørs tilbud skulle vært avvist fra konkurransen. Subsidiært anføres at konsekvensene av kravene i punkt 12 og 13 i skulle vært prissatt og tillagt valgte leverandørs tilbudssum for at tilbudet skulle blitt sammenlignbart med de øvrige tilbudene.

- (20) Innklagede informerte under tilbudskonferansen om at det ville bli ettersendt EASE beregninger som tilbyderne kunne benytte for utarbeidelse av tilbud på lydanlegg. Nærmere én måned senere ble klager informert om at en av tilbyderne hadde klaget på dette, og at beregningene derfor ikke ble sendt ut likevel. Dette medførte store komplikasjoner for klager i forhold til klagers leverandør som ventet på denne informasjonen, og medførte at klager ikke fikk den assistansen fra sin leverandør som var nødvendig. Klager har bedt innklagede om en redegjørelse for hvem som stoppet EASE utsendelsen, og hvorfor det tok så lang tid før klager fikk beskjed om dette. Innklagede har svart at dette aldri ble lovet, kun drøftet på tilbudskonferansen. Innklagedes anførsel angående dette punktet medfører ikke riktighet. Klager vil skaffe vitner for vår påstand dersom klagenemnda finner dette hensiktsmessig.
- (21) Innklagede har ikke redegjort for valgte leverandørs prising under det enkelte kapittel. Dette er nødvendig for å kunne vurdere hvorvidt det er åpenbare differanser som kan skyldes forskjellig oppgaveforståelse og/eller om det foreligger forbehold.
- (22) Innklagede har brutt regelverket ved å sende flere e-poster der mottakerne er synlige, slik at det ble eksponert hvem som deltok i konkurransen.
- (23) Klager sendte 29. november 2007 to spørsmål på e-post til innklagede. Innklagede besvarte ikke disse spørsmålene. Dette er påfallende da en mengde andre spørsmål fra andre tilbydere ble besvart i løpet av anbudsprosessen.
- (24) For klager ser det ut som innklagede er mest opptatt av å sannsynliggjøre at eventuelle saksbehandlingsfeil ikke har påvirket resultatet av konkurransen. For klager er det svært viktig å få avklart om saksbehandlingen er korrekt, uavhengig av hvorvidt dette kunne endret på valg av leverandør.

Innklagedes anførsler:

- (25) Innklagede har vurdert forbeholdene i tilbudene og kommet til at disse ikke skal tillegges noen prismessig konsekvens ved evalueringen av sammenlignbare tilbudssummer. Dette ligger innenfor anskaffelsesregelverkets rammer for oppdragsgivers innkjøpsfaglige skjønn. Etter gjeldende rett foreligger det etter klagers mening en rett, men ikke en plikt, til å gi et tillegg i pris til et tilbud med forbehold ut fra en "worst case" vurdering. Videre ligger det innenfor regelverkets rammer for oppdragsgivers skjønnsutøvelse å legge til grunn en optimistisk risikovurdering. En slik optimistisk risikovurdering kan innebære at et forbehold ikke resulterer i et tillegg i tilbudssummen ved evalueringen av tilbudet.
- (26) Ingen av avvikene i punkt 3 i tilbuds brevet fra valgte leverandør er mindreverdige løsninger i forhold til konkurransegrunnlagets ytelsesbeskrivelse. Avvikene er således ikke vurdert å ha kvalitetsmessige konsekvenser, og det er derfor heller ikke gitt påslag i valgte leverandørs tilbudssum.
- (27) Dersom klagenemnda kommer til at innklagedes vurdering av forbeholdet vedrørende forskudd i tilbudet fra valgte leverandør er i strid med regelverket, anføres at dette under enhver omstendighet ikke ville hatt betydning for utfallet av konkurransen. Differansen mellom valgte leverandørs og klagers tilbud var på kr. 1 584 137,-. Et påslag i tilbudssummen til valgte leverandør ville utgjort mindre enn dette, da forbeholdet vedrørende forskudd bare gjelder ytelsen i samhandlingsfasen, og bare 1/5 av denne.

- (28) Det fremgår av referatet fra tilbudskonferansen at innklagede tar valutarisikoen. Det er derfor irrelevant om tilbyder har tatt "*valutaforbehold*" i tilbudet. Dette vil ikke være et forbehold fra konkurransegrunnlaget, og vil ikke ha betydning for evalueringen av tilbudene.
- (29) Subsidiært anføres at klagers valutaforbehold medfører at klagers tilbud skulle vært avvist fra konkurransen med hjemmel i forskriften § 20-13 (1) bokstav f, fordi det ikke er mulig å klarlegge betydningen av forbeholdet. I klagers tilbud heter det: "*Det tas forbehold vedrørende valuta. Vårt tilbud er basert på gjeldende kurser 15. januar 2008 + 2,7 %.*" Det er ikke oppgitt hvilken eller hvilke valutaer forbeholdet gjelder.
- (30) Det fremgår ikke av konkurransegrunnlaget at entreprenøren har plikt til å bekoste eget lager. Videre fremgår det at felles rigg er dekket av entreprise 20BYG2-K Bygningsarbeider. Her fremgår det at entreprenøren for bygningsarbeidene skal besørge "lager egne arbeider" for alle entreprisene. Videre fremgår det at alle entreprenørene disponerer et lager på 500 m² innenfor fellesriggen. Fellesriggen inkluderer også én container for hver entreprenør, og totalt 1500 m² midlertidig lager. Det fremgår også av konkurransegrunnlaget at entreprenør må planlegge slik at materiell tiltransporteres fortløpende og at riggstyr som er benyttet fjernes tilsvarende, noe som medfører at lagerbehovet vil være minimalt. Både klager og valgte leverandør har tatt forbehold om lager til tross for at det ligger i fellesriggen. Dette er ikke tillagt vekt av innklagede, som altså ikke har priset forbeholdene. Dersom klagenemnda mener at forbeholdene skulle vært priset, ville begge tilbud ha fått påslag, og rekkefølgen av tilbudene i konkurransen ville ikke blitt påvirket.
- (31) Innklagede anser ikke valgte leverandørs krav om maksimalt 28 grader som et kostnadsbærende forbehold, da innklagedes tekniske rådgiver har opplyst at det er alminnelig praksis å prosjektere for en temperatur på maksimalt 25 grader i tekniske rom for elektronisk utstyr.
- (32) Når det gjelder valgte leverandørs krav til støvfrihet, har innklagedes tekniske rådgiver opplyst at det er et velkjent faktum at elektronisk utstyr ikke må utsettes for byggestøv, og at dette alltid er en generell anbefaling fra installatører. For øvrig har også klager i sitt tilbud tatt forbehold om at "*[m]ye av tilbuds utstyr er sensibelt for støv/skader*" og at det forutsettes "*at bygget holdes i en slik stand at tilbuds utstyr ikke blir skadet når vi skal installere/montere/idriftsette utstyr*". Begge tilbudene inneholder altså forbehold om støv, og dette er ikke tillagt vekt av innklagede. Under enhver omstendighet ville et eventuelt påslag i tilbudene vedrørende dette ikke ha påvirket rekkefølgen mellom dem.
- (33) Konkurransegrunnlaget inneholder verken informasjon om EASE-beregninger eller løfter om at innklagede skulle ettersende slike beregninger. At en tilbyder stilte et spørsmål på tilbudskonferansen som ble vurdert av innklagede medførte ikke at innklagede på noen måte ble bundet til å endre konkurransegrunnlaget. Dette ble heller ikke gjort i dette tilfellet, noe som fremgår av referatet fra tilbudskonferansen.
- (34) Klager har ikke krav på å få se valgte leverandørs tilbudspriser under de enkelte kapitler. Dette er forretningshemmeligheter, og således underlagt taushetsplikt.

- (35) Klager hevder å ha sendt to spørsmål vedrørende konkurransen til innklagede på e-post 29. november 2007. Innklagede har ikke registrert disse spørsmålene som innkommet på sin e-post adresse.
- (36) Det fremgår av konkurransegrunnlaget punkt B1.1 at tilbyderne hadde adgang til tilbudsåpningen, og at det ville bli ført referat fra denne som ville bli sendt ut til alle tilbyderne så snart som mulig etter åpningen. Dette er i tråd med regelverket for offentlige anskaffelser, og innklagede har derfor ikke brutt regelverket ved å opplyse om identiteten på deltakerne i konkurransen.

Klagenemndas vurdering:

- (37) Klager har deltatt i konkurransen og har saklig klageinteresse, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6, 2 ledd. Klagen er rettidig. Anskaffelsen omfattes av lov om offentlige anskaffelser av 16. juli 1999 nr. 69 og forskrift om offentlige anskaffelser av 7. april 2006 nr. 402 del I og del III.

Vurdering av forbehold i valgte leverandørs tilbud

- (38) Valgte leverandør har i sitt tilbudsbrief tatt inn enkelte avvik og forbehold. Klager har anført at valgte leverandør har tatt to forbehold som er så vesentlige at valgte leverandørs tilbud skulle vært avvist fra konkurransen. Klager har også anført at flere avvik og forbehold har økonomisk verdi, og at innklagede derfor hadde plikt til å prissette dem.
- (39) Etter forskriften § 20-13 1. ledd bokstavene d, e og f. har innklagede plikt til å avvise tilbud som *"inneholder vesentlige forbehold mot kontraktsvilkårene"* eller *"vesentlige avvik fra kravspesifikasjonene i kunngjøringen eller konkurransegrunnlaget"*. Etter bokstav f har oppdragsgiver plikt til å avvise et tilbud dersom *"det på grunn av avvik, forbehold, feil, ufullstendigheter, uklarheter eller lignende i en anbudskonkurranse kan medføre tvil om hvordan tilbudet skal bedømmes i forhold til de øvrige tilbudene"*.
- (40) Det følger av ordlyden i § 20-13 1. ledd bokstav f at plikten til å avvise et tilbud på grunn av avvik inntreffer dersom det *"kan medføre tvil"*. Bestemmelsen medfører at oppdragsgiver skal avvise et tilbud som inneholder forbehold av økonomisk betydning som ikke kan prissettes, se for eksempel klagenemndas sak 2003/187. Er forbeholdet av en slik art at tilbudet ikke skal avvises, har oppdragsgiver plikt til å prissette det dersom det har en økonomisk verdi, jf. Dragsten/Lindalen side 1263.
- (41) Hvorvidt det foreligger forbehold og/eller avvik må vurderes ut fra konkurransegrunnlagets spesifikasjoner og krav/kontraktsbestemmelser.
- (42) Klager har anført at innklagede skulle ha avvist valgte leverandørs tilbud fra konkurransen fordi valgte leverandør har stilt særskilte krav for at utstyret som leveres skal fungere, og at garantien faller bort dersom disse kravene ikke innfris.
- (43) Det fremgår av valgte leverandørs tilbudsbrief at valgte leverandør *"stiller krav til klimastyrt ventilasjon i forsterker- og linjesentraler der ambient temperatur ikke skal overstige 28 °C"* og at *"dersom denne temperatur overstiges, bortfaller garantien på utstyret"*. Videre fremgår det at *"før lydutstyret kan monteres må lokalene være støvfrie"*, og at valgte leverandør *"har fra tidligere svært dårlig erfaring med byggestøv i elektronikk, og kan ikke garantere produktene uten at denne forutsetning er ivarettatt"*.

- (44) Innklagede har vist til at hva krav til temperatur angår, kan dette ikke anses som et kostnadsbærende forbehold, da det er alminnelig praksis å prosjektere med maksimalt 25 °C i tekniske rom for elektronisk utstyr. Når det gjelder byggestøv, har innklagede vist til at det er et velkjent faktum at elektronisk utstyr ikke må utsettes for byggestøv.
- (45) Det er i konkurransegrunnlagets forslag til kontraktsbestemmelser ikke stilt krav om garanti på utstyret, kun gitt bestemmelser om innklagedes rettigheter ved mangler. Klagenemnda kan ikke se at innklagede har foretatt en uforsvarlig vurdering av om dette eller forutsetningen om støvfrie lokaler, utgjør et forbehold eller avvik fra konkurransegrunnlaget og om dette medfører en plikt til avvisning av tilbudet.
- (46) Klager har vist til at valgte leverandørs tilbud inneholder en rekke avvik fra kravspesifikasjonen vedrørende hvilket utstyr som skulle leveres. Det anføres at avvikene innebærer at valgte leverandør har tilbudt dårligere og rimeligere løsninger enn det som fremgikk av kravspesifikasjonen, og at innklagede derfor skulle ha gitt valgte leverandør et tillegg i tilbudssummen. Dette er benektet av innklagede, som hevder at tilbudt utstyr holder samme kvalitet som utstyret etterspurt i konkurransegrunnlaget. Vurderingen av om det tilbudte utstyrets kvalitet avviker fra kvaliteten på utstyret etterspurt i konkurransegrunnlaget krever en sammenligning av det forskjellige utstyrets egenskaper, og vurderingen av hvilken kvalitet som foreligger vil bero på et innkjøpsfaglig skjønn som klagenemnda ikke har mulighet til å overprøve ut fra den foreliggende dokumentasjon.
- (47) Klager har videre anført at valgte leverandør har tatt forbehold om rett til utbetaling av hele eller deler av kontraktssummen på forskudd, og at innklagede skulle ha beregnet rentekostnadene av dette forbeholdet og lagt denne til tilbudssummen.
- (48) Det fremgår av valgte leverandørs tilbud punkt D.3.3 at valgte leverandør tar forbehold om forskudd på *"[i]nntil 1/5 av kontraktsum 90 dager før oppstart av arbeider mot garanti"*, *"[a]lternativt faktura av medgåtte timer for prosjektering, prefabrikasjon og materiell som ennå ikke er levert byggeplassen, men er forbrukt i planleggingsfasen"*. Av bestemmelsene om betaling i forslaget til kontraktsbestemmelser i samhandlingsfasen fremgår det at *"[d]en prosjekterende kan kreve avdrag av honoraret etter hvert som oppdraget utføres, men ikke oftere enn én gang i måneden"*.
- (49) Klagenemnda forstår dette slik at innklagede kunne velge mellom å utbetale forskudd til valgte leverandør, eller å betale for tjenester og materiell som ikke var levert byggeplassen, men som var forbrukt som en del av planleggingsfasen. Etter klagenemndas mening ligger alternativet som ga valgte leverandør mulighet til å sende faktura for medgåtte ressurser innenfor det leverandøren hadde adgang til å kreve etter bestemmelsen i kontraktsforslaget. Det vil da ikke være nødvendig å ta i bruk forskuddsbetaling. Klagenemnda finner på bakgrunn av dette at innklagede ikke har brutt regelverket ved å unnlate å prissette forbeholdet vedrørende forskuddsbetaling i valgte leverandørs tilbud.
- (50) Det fremgår av valgte leverandørs tilbud at valgte leverandør tar *"valutaforbehold"*. Innklagede har vist til at dette ikke kan anses som et forbehold, da innklagede hadde påtatt seg risikoen for endringer i valutakursene. Det fremgår av punkt 1.14 i referat fra tilbudskonferanse at det på konferansen ble stilt spørsmål om valutaproblematikk og at

innklagede ville ta en intern diskusjon vedrørende dette. Videre fremgår det at *"[D]iskusjon er gjennomført og Byggherren tar valutarisikoen"*. Klager har ikke bestridt at dette medfører riktighet. Klagenemnda kan på bakgrunn av dette ikke se at valgte leverandørs *"valutaforbehold"* hadde økonomisk betydning, og finner derfor at innklagede ikke har brutt regelverket ved å unnlate å prissette det.

- (51) Klager har videre vist til at valgte leverandør ikke har priset lagerkostnader. Valgte leverandør har i tilbudsbrevet gitt uttrykk for at komponentene som skal leveres har høy verdi og er lett omsettelige, slik at det er behov for et avlåst og sikret lager. Det fremgår at det er valgte leverandørs *"forutsetning at lokaler stilles til rådighet"* og at *"lagerkostnader derfor ikke er priset i Rigg og drift"*.
- (52) Det fremgår av opplysningene i saken at felles rigg inngikk i entreprisen 20BYG2-K, og at entreprenøren som utførte elektroakustiske arbeider skulle ha ytelser fra denne. Tilbyderne skulle derfor ikke prise ytelser som inngikk i den felles riggen. Av konkurransegrunnlaget for entreprisen 20BYG2-K fremgår det at entreprenøren for denne kontrakten skal ha ansvaret for *"lager egne arbeider"* for alle entreprisene som skulle ha ytelser fra den felles riggen, og at hver entreprenør skulle få en container til lagring, i tillegg til lagerplass inne i bygget. Klagenemnda kan på bakgrunn av dette ikke se at valgte leverandørs forutsetning om at innklagede skulle stille lager til rådighet er et forbehold som innklagede hadde plikt til å prise.

EASE-beregninger

- (53) Klager har anført at innklagede har brutt regelverket ved først å opplyse på tilbudskonferansen om at det ville bli sendt ut EASE-beregninger som leverandørene kunne benytte ved utarbeidelse av tilbud på lydanlegg, for så å unnlate å levere ut denne informasjonen.
- (54) Det følger av kravet til forutberegnelighet i lovens § 5 at oppdragsgiver i anskaffelsesprosessen må forholde seg til opplysninger som er gitt i kunngjøringen og ellers i prosessen, jf. klagenemndas sak 2008/39 premiss 82.
- (55) I dette tilfellet fremgår det av punkt 1.16 i referatet fra anbudskonferansen at *"EASE modell ble forespurt og antydnet utsendt"*. Etter klagenemndas mening tyder bruken av ordet *"antydnet"* på at innklagede ikke har gitt klart uttrykk for at slike modeller ville bli sendt ut til leverandørene, men heller at det var en mulighet for at innklagede ville kunne sende dem ut. Klagenemnda kan ut fra denne dokumentasjonen ikke se at innklagede har opptrådt i strid med opplysninger som ble gitt på anbudskonferansen da innklagede senere bestemte seg for å ikke levere ut EASE modeller. Klagenemnda kan uansett ikke se hvilken betydning unnlatelsen av å sende ut EASE modell har hatt for klagers tilbud i konkurransen. Klagenemnda finner etter dette at innklagede ikke har brutt kravet til forutberegnelighet ved å unnlate å sende ut EASE modeller til tilbyderne.

Gjennomsiktighet og etterprøvbarehet

- (56) Det neste spørsmålet er om innklagede hadde plikt til å gi klager opplysninger om valgte leverandørs totalpriser for hvert kapittel i konkurransegrunnlaget.
- (57) Spørsmålet om partsinnsyn må vurderes ut fra kravene til gjennomsiktighet og etterprøvbarehet i lovens § 5, jf. klagenemndas sak 2007/20. Det følger av kravet til gjennomsiktighet at leverandørene må få tilgang til tilstrekkelig dokumentasjon for å

vurdere om regelverket er fulgt. Klager har i denne saken anført at det er viktig med kjennskap til valgte leverandørs totalpris for hvert kapittel for å kunne vurdere om det foreligger store prisforskjeller som følger av forskjellig oppgaveforståelse og/eller at det er tatt forbehold. At klager kan ha nytte av å få kjennskap til kapitellprisene er ikke imøtegått av innklagede.

- (58) Partenes rett til innsyn må imidlertid avgrenses mot oppdragsgivers plikt etter forskriftens § 3-6 til å hindre at andre får kjennskap til en tilbyders forretningshemmeligheter.
- (59) Hva som utgjør en forretningshemmelighet må i utgangspunktet vurderes konkret i forhold til den enkelte anskaffelse, jf. klagenemndas sak 2005/70. Klagenemnda har imidlertid lagt til grunn i praksis at de innkomne tilbudenes totalpriser som hovedregel ikke kan anses som en forretningshemmelighet, jf. klagenemndas saker 2008/87 og 2005/300. På den annen side vil enhetspriser lett bli ansett som forretningshemmeligheter.
- (60) Konkurranses grunnlaget er i dette tilfellet delt inn i kapitler som for eksempel "Bildeanlegg", "Lyddistribusjonsanlegg" og "Lydanlegg". Flere av kapitlene er også delt opp i underkapitler. Hvert kapittel omfatter i hovedsak svært mange komponenter som skal prises. Klager vil således neppe kunne utlede enhetspriser fra kapitellprisene. Klagenemnda har dermed ikke grunnlag for å fastslå at totalprisene for hvert kapittel skal anses som forretningshemmeligheter. Klagenemnda finner derfor at innklagede har brutt kravene til gjennomsiktighet og etterprøvbarhet ved å ikke gi klager innsyn i valgte leverandørs totalpriser for hvert kapittel.

E-post med synlig mottakerliste

- (61) Klager har anført at innklagede har brutt regelverket ved å sende ut flere e-poster med synlige mottakere, slik at det ble eksponert hvem som deltok i konkurransen.
- (62) Innklagede har i dette tilfellet erkjent å ha gjort kjent hvem som deltok i konkurransen. Det er ikke avklart om dette skjedde før eller etter anbudsfristen eller inngivelsen av de enkelte anbud. Det fremgår imidlertid av konkurransegrunnlaget punkt B 1.1 at tilbyderne hadde adgang til tilbudsåpningen, og at "det vil bli ført referat som sendes samtlige tilbydere uten ugrunnet opphold etter tilbudsåpningen". Klagenemnda har ikke grunnlag for å konstatere at oppdragsgiver har gjort noen urettmessig eksponering av hvem som deltok i konkurransen.

Betydningen av saksbehandlingsfeil

- (63) Klager har vist til at innklagede ser ut til å være mest opptatt av å sannsynliggjøre at eventuelle saksbehandlingsfeil ikke har påvirket resultatet av konkurransen, og at det for klager er svært viktig å få avklart om saksbehandlingen er korrekt, uavhengig av hvorvidt dette kunne endret valg av leverandør.
- (64) En klage til klagenemnda må være basert på anførsler knyttet til konkrete brudd på anskaffelsesregelverket, jf. klagenemndas saker 2007/20 premiss (37) og 2007/95 premiss (28). Klagers anførsel vedrørende betydningen av saksbehandlingsfeil er for vag til at klagenemnda kan ta stilling til den.

Konklusjon:

Innklagede har brutt kravene til gjennomsiktighet og etterprøvbarhet i lovens § 5 ved å ikke å gi klager opplysninger om valgte leverandørs tilbudspriser for hvert kapittel i konkurransegrunnlaget.

For øvrig kan klagenemnda ikke se at regelverket om offentlige anskaffelser er brutt.

For klagenemnda,

1. desember 2008
Siri Teigum