



**Klagenemnda
for offentlige anskaffelser**

Innklagede har deltatt i en åpen anbudskonkurranse for anskaffelse av grave- og fyllingsarbeider i forbindelse med klargjøring av nytt areal for utbygging av Tromsø Lufthavn. Klagenemnda fant at innklagede hadde brutt kravet til likebehandling i lovens § 5 ved å gi andre leverandører informasjon som klager ikke fikk. Klagenemnda fant videre at innklagede hadde brutt kravene til gjennomsiktighet og etterprøvnbarhet i § 5 ved å unnlate å gi tilstrekkelig begrunnelse for valg av leverandør.

Klagenemndas avgjørelse 10. november 2008 i sak 2008/83

Klager: Roald Madsen AS

Innklaget: Avinor AS

Klagenemndas medlemmer: Per Christiansen, Andreas Wahl, Jakob Wahl,

Saken gjelder: Tilbudsfrist, likebehandling og begrunnelse

Bakgrunn:

- (1) Avinor AS (heretter kalt innklagede) kunngjorde 13. februar 2008 en åpen anbudskonkurranse for anskaffelse av grave- og fyllingsarbeider i forbindelse med klargjøring av nytt areal for utbygging av Tromsø Lufthavn.
- (2) Av "Vedlegg B1: Beskrivende mengdeberegning for fyllingsarbeider" fremgikk den tekniske beskrivelsen av tjenestene som skulle utføres. Fra dokumentet hitsettes:

Postnr	NS-kode/Firmakode/Spesifikasjon	Enh.	Men gde	Pris	Sum
[...]					
01.1.3	SIKKERHETSTILTAK Posten omfatter alle kostnader forbundet med opprettholdelse av sikkerheten ved lufthavnen under arbeidene, f.eks. vakthold, adgangskontroll ol i henhold til kontraktsbestemmelsene	RS			
[...]					
76	VEIER OG PLASSER Generelt Kapittel 76 omfatter alle grave- fyllings- og planeringsarbeider i forbindelse med arbeider for etablering av stabilt underlag for videre				

	utbygging av lufthavna. Uttrauing jord, myr og setningsfarlige masser. Fylling steinmasser, komprimering, avretting. All mellomlagring innenfor anleggsområdet er entreprenørens ansvar, og alle kostnader i den forbindelse skal inkluderes i anbudsposter for graving/fylling. Det gjøres oppmerksom på at alle mengder er stipulerte. Byggherren vil fortløpende styre masseutskiftningsprosessen. Utgravde masser som transporteres bort, til depot eller til fylling, måles som teoretisk faste masser før utgraving. Tilkjøpte masser som legges ut og komprimeres, måles som teoretisk anbrakte masser etter utlegging og komprimering. I masser som skal transporteres til depot eller ut av området, skal tippearbeider innkalkuleres. Alle masser reguleres etter faktiske forhold. Videre forutsettes det at løsmasser håndteres på en slik måte at det ikke bygges inn tele eller telefarlige masser i utfyllingsområdet. Frosne masser deponeres etter anvisning. Det skal ikke avskaves eller legges utenfor angitte skjæringer og fyllingsområder uten byggherrens samtykke. Entreprenøren er pliktig å varsle byggeleder dersom dette ikke kan overholdes av anleggstekniske årsaker. Alle masser fra anleggsområdet er og forblir byggherrens eiendom, uansett om de deponeres i eller utenfor anleggsområdet. Unntatt er masser der det i posten er anført "fjernes". Det gjøres for øvrig uttrykkelig oppmerksom på at ingen transport tillates langsetter eller over rullebaner og taksebaner som er i bruk. Deponering og henleggelse av masser må ikke foregå slik at det sjenerer flyaktiviteter. Entreprenøren må til enhver tid følge Avinors bestemmelser og anvisninger mht. krav til arbeider i ferdselsområder. Kfr. vedlegg D5 pkt				
--	--	--	--	--	--

	4. Det gjøres oppmerksom på at entreprenøren har alt ansvaret for at ikke uvedkommende tar seg inn på anleggsområdet etter anleggsveier, som etableres til anlegget. Entreprenøren skal under arbeidets gang ha kontroll på all masseforflytting og alle masser. Dvs at hele terrenget skal måles inn før graving, alle lag og uttrauinger skal innmåles, samt alle fyllinger etter fylling. Kostnadene skal taes med i post 01.11.1				
[...]					
76.11.6	F42.211 TRANSPORT INNENFOR ANLEGGSSOMRÅDET AV LØSMASSER FRA UTGRAVING TIL STED FOR DIREKTE ANVENDELSE Posten omfatter transport innenfor flyplassområdet av ubrukelige masser. Byggherren vil anvisse tipplass. Gjerder transport av masser til fyllsted utenfor anleggsområdet, f eks fylling utenfor moloen. Inkludert tipparbeider og planering.	m3	2000		
76.11.7	F42.22100 TRANSPORT UTENFOR ANLEGGSSOMRÅDET AV LØSMASSER FRA UTGRAVING Posten omfatter fjerning av ubrukelige masser fra flyplassområde til et godkjent deponeringssted, Inkl. evt. leverings- og behandlingsgebyr og tippavgift. Entreprenøren skaffer selv deponeringssted.	m3	1000		
76.14	Veifundament, forsterkningslag og bærelag Generelt Kapittelet omfatter arbeider med etablering av overbygning i utfyllingsområdet. Entreprenøren skal gi pris på levering og tiltransport av godkjente masser fram til innbygningssted, og er ansvarlig for at massene tilfredsstiller kvalitetskrav i standarder, ut fra den prisen han tilbyr. Dokumentasjon på kvaliteten på massene leveres byggherren. Holder ikke massene kravene, plikter entreprenøren å fremskaffe andre masser som tilfredsstiller kravene, uten ekstra godtgjørelse.				
[...]					
76.14.2	154.3100 FORSTERKNINGSLAG AV SPRENGT				

	STEIN OG KULT UTEN AVRETTINGSLAG. SORTERING VALGFRI Over underbygningen skal det etableres et forsterkningslag av stein. Posten omfatter alle kostnader i forbindelse med fremskaffing, levering, transport fylling, komprimering, avretting etc av steinmasser for etablering av forsterkningslag. Tykkelse 1 m. Inkludert forkiling av steinmassene med egnede masser.				
[...]					
76.14.5	F51.0991 LEVERING UTLEGGING OG KOMPRIMERING AV LØSMASSER NORMAL KOMPRIMERING Gjelder masser i underbygningen for fylling opp til UK forsterkningslag. Massene skal være sand/grus 0-12 mm, telesikre og setningssikre. Lagtykkelse ca 50 cm. Mengden er stipulert.	M3	2500		
[...]					
76.14.7	F51.299 LEVERING AV LØSMASSER Øvre bærelag. Levering av bærelagsmasser. Pukk 22-90 mm. Kfr kapittel I55 i NS 3420 for kvalitetskrav. Dokumentasjon på massekvalitet fremlegges. Oppgi massetak:	M3	1600		
76.14.8	F51.299 LEVERING AV LØSMASSER Levering av masser til forkiling av øvre bærelag 16-22 mm. Kfr kapittel I55 i NS 3420 for kvalitetskrav. Dokumentasjon på massekvalitet fremlegges. Oppgi massetak:	M3	400		
76.14.9	I55.3993 BÆRELAG AV KNUST FJELL. SORTERING TYKKELSE 200 MM Utlegging, komprimering og avretting av bærelag i utfyllingsområdet. Pukk 22-90 mm legges ut og forkiles med finpukk 16-22 mm i toppen, slik at total tykkelse blir 200 mm.	M2	1000 0		

- (3) Tildelingskriteriene i konkurransen fremgikk av konkurransegrunnlaget punkt 27:

"27 VALG AV TILBUD

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

<i>Kriterier</i>	<i>Vekttall</i>
<i>Leverandørens organisatoriske og juridiske stilling. Leverandørens økonomiske og finansielle kapasitet. Kvalitetssikring. Helse, miljø og sikkerhet.</i>	<i>15</i>
<i>Leverandørens tekniske og faglige kvalifikasjoner</i>	<i>15</i>
<i>Erfaring fra tilsvarende arbeider/flyplassanlegg</i>	<i>20</i>
<i>Tilbudets pris. Her vil også eventuelle avvik og forbehold bli vurdert.</i>	<i>50</i>

- (4) Frist for å levere tilbud var 29. februar 2008. Ved utløpet av fristen hadde blant annet Roald Madsen AS (heretter kalt klager), Einar Bræck AS (heretter kalt valgte leverandør) og Einar Sørensen Maskinentreprenør AS levert tilbud.

- (5) Fra Einar Sørensen Maskinentreprenør AS' tilbud hitsettes:

"Vi viser til deres forespørsel av 20.02.08 og har herved gleden av å komme med vårt tilbud til dere på ovennevnte arbeider.

Vi har gjennomgått beskrivelsen samt orienteringen på anbudsbeferingen 22/02 der det opplyses at området gjerdas inn av oppdragsgiver, og det etableres en innkjøring direkte til området. Massene i vårt tilbud er beregnet levert fra Ordalen AS med bil og det er etter det vi har fått opplyst samme masser som er benyttet i oppfylling på Tromsø Lufthavn tidligere."

- (6) I brev av 4. mars 2008 adressert "Til de det måtte gjelde" informerte innklagede om valg av leverandør:

"Anbud – Tromsø Lufthavn, fyllingsarbeider

Det kom inn 7 anbud på nevnte arbeider.

Avinor har vurdert og kontrollregnet samtlige. Ut fra de kriterier som fremkom i tilbudspapirene har Avinor nå valgt entreprenør.

Vi vil takke for utvist interesse, og gir med dette en klageadgang på 1 uke, d.v.s. eventuell klage leveres Avinor, Tromsø Lufthavn, boks 2254, 9269 Tromsø innen 12. mars 2008."

- (7) I brev av 7. mars 2008 påklaget klager gjennomføringen av konkurransen til innklagede, og ba om at konkurransen skulle avlyses og gjennomføres på nytt. Fra brevet hitsettes:

"Firmaet Roald Madsen AS ønsker å benytte seg av klageadgangen vedrørende anbud Tromsø lufthavn fyllingsarbeider.

Grunnen til klagen er at fra anbudsbefering er det ikke protokollført, heller ikke sendt noen informasjon om at masser kan leveres fra Ordalen, det er heller ikke opplyst om at det ikke skal kjøres bort masser fra anlegget. I tillegg er det heller ikke nevnt at jobben kan foregå fra utsiden av anlegget, med at Avinor flytter gjerde.

Dette er 3 veldig viktige opplysninger, som ikke er mottatt av oss!

Hadde entreprenør Roald Madsen AS hatt denne informasjonen ville vår pris sett helt annerledes ut."

Anførsler:

Klagers anførsler:

- (8) Innklagede har brutt regelverket ved å fastsette kortere frist for innlevering av tilbud enn det som følger av minstekravet i forsyningsforskriften § 9-1. Innklagede sendte tilbudsgrunnlaget til tilbyderne på e-post den 21. februar 2008. Frist for å levere tilbud var allerede den 29. februar 2008.
- (9) Innklagede ga på anbudsbeferingen informasjon om forhold av prismessig karakter, og har brutt kravet til likebehandling ved å ikke gi den samme informasjonen til de tilbyderne som ikke deltok på anbudsbeferingen.
- (10) Det ble for det første gitt informasjon om at utfyllingsområdet kunne gjerdes inn, slik at det ikke var nødvendig å inkludere utgifter til portvakt i tilbudet. Denne kostnaden utgjør i klagers tilbud kr. 140 000,- eks. mva.. Grunnen til at denne summen ikke fremgår av posten "sikkerhetstiltak" er at den er innkalkulert i andre poster. Klager har ikke tatt med kostnader til inngjerding i tilbudet, da dette var en opplysning som ble gitt på anbudsbeferingen, og ikke fremkom av tilbudsgrunnlaget.
- (11) Videre ble det på anbudsbeferingen gitt informasjon om at masser ikke skulle kjøres bort fra anlegget, jf. konkurransegrunnlaget punkt 76.11.7. Klager har i sitt tilbud kalkulert med å kjøre massene til et godkjent deponeringssted hos Tromsø kommune. Dette innebar en transportlengde på over ti kilometer og en tømmeavgift på 10 kr. per tonn, og denne posten utgjør kr. 75 000,- i klagers tilbud. Når innklagede i tilsvaret bekrefter at massene er kjørt bort fra anleggsområdet, men deponert innenfor flyplassområdet, er dette helt nye forutsetninger.
- (12) For det tredje ble det på anbudsbeferingen informert om at det i forhold til tilførte masser kunne leveres grusmasser av dårlig kvalitet fra Ordal i stedet for steinmassene beskrevet i konkurransegrunnlaget. Dette utgjør ca. kr. 480 000,- eks. mva.. I tillegg får valgte leverandør nå benytte steinmassene som ligger på anleggsområdet. På anbudsbeferingen ble det uttrykkelig tilkjennegitt at tilgjengelige steinmasser på området ikke skulle benyttes, da disse massene skulle brukes til andre formål. Valgte leverandør har dermed fått opplysninger som ikke klager har fått.
- (13) Innklagede har videre brutt regelverket og opptrådt i strid med bestemmelsene i konkurransegrunnlaget ved å gi en mangelfull meddelelse om hvem som skal tildeles kontrakt.
- (14) Det bes om at klagemnda uttaler seg om erstatningsspørsmålet.

Innklagedes anførsler:

- (15) Grunnen til at innklagede ikke sendte ut referat fra anbudsbeferingen er at det ved gjennomføringen av denne ikke kom frem opplysninger som endret tilbudsbeskrivelsen.
- (16) Klagers påstand om at han kunne spart kr. 140 000,- ved å sløyfe sikkerhetsvakter faller på sin egen urimelighet. Klager har i sitt tilbud priset sikkerhetstiltak til kr. 5 000,-. Klager har heller ikke priset inngjerding av området.
- (17) I samsvar med konkurransegrunnlaget kjøres i dag ubrukelige masser bort fra anleggsområdet innenfor flyplassområdet. Det ble under anbudsbeferingen slått fast at masseanslaget kunne være usikkert, men at postene skulle prissettes slik de fremkom i konkurransegrunnlaget. Klager priset de aktuelle postene til henholdsvis kr. 40 000,- og kr. 60 000,-.
- (18) Påstanden om at steinfylling kunne skiftes ut med "*dårlige*" grusmasser er ikke riktig. Oppbygging av området skjer med stein, ikke med grus. Det skal være et gruslag over duken under steinfyllingen. Innklagede forfordeler ikke grustak. Dersom entreprenøren kan dokumentere at grusen oppfyller innklagedes kvalitetskrav er dette tilstrekkelig.
- (19) Innklagede har ved evalueringen av de innkomne tilbud sammenlignet tilbudene post for post. Totalt var klagers tilbud ca. 13 % dyrere enn det laveste tilbudet. Dette medfører at klager selv med de korreksjoner han anfører, ikke ville hatt det laveste tilbudet. For øvrig bemerkes at klager ikke hadde levert den nødvendige dokumentasjon, da han hadde unnlatt å legge HMS-plan ved tilbudet.

Klagenemndas vurdering:

- (20) 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 innkjøpsregler i forsyningssektorene (vann- og energiforsyning, transport og posttjenester) av 7. april 2006 nr. 403 del I.

Tilbudsfrist

- (21) Klager har anført at innklagede har brutt regelverket ved å fastsette en kortere tilbudsfrist enn minstekravet på 45 dager i forskriften § 9-1.
- (22) Spørsmålet om innklagede har fastsatt en for kort tilbudsfrist må avgjøres på bakgrunn av de generelle prinsippene i lovens § 5 og forskriftens § 3-1, siden anskaffelsen er under terskelverdi og derfor ikke reguleres av § 9-1. Det følger av kravet til konkurranse at oppdragsgiver må planlegge gjennomføringen av konkurransen på en slik måte at potensielle leverandører gis en reell mulighet til å delta, jf. Dragsten/Lindalen s. 175. Dette innebærer at tilbudsfristen må fastsettes slik at leverandørene gis tilstrekkelig tid til å utarbeide sine tilbud.
- (23) I dette tilfellet ble konkurransen kunngjort på Doffin 13. februar 2008, og konkurransegrunnlaget ble sendt ut til leverandørene 21. februar 2008. Frist for å levere tilbud var satt til 29. februar 2008 kl. 12.00. Dette innebar at tilbudsfristen løp ut seksten dager etter at konkurransen ble kunngjort, og åtte dager etter at konkurransegrunnlaget ble sendt ut. Da tilbudsfristen løp ut hadde syv leverandører levert tilbud, deriblant klager. Det er for klagenemnda ikke anført at tilbudsfristen var så kort at klager hadde problemer med å få levert inn et gjennomarbeidet tilbud. Det foreligger for klagenemnda

heller ikke opplysninger om at tilbudsfristens har medført at de øvrige leverandørene hadde problemer med å levere tilbud, eller at leverandører har avstått fra å levere tilbud. Selv om fristen var kort, finner klagenemnda at innklagede ikke har brutt regelverket ved fastsettelsen av tilbudsfristen.

Likebehandling

- (24) Klager har anført at innklagede har brutt kravet til likebehandling ved å gi informasjon om tre forhold av prismessig karakter på anbudsbeferingen uten å sende referat fra beferingen med den samme informasjonen til de leverandørene som ikke deltok.
- (25) Det følger av kravet til likebehandling i lovens § 5 at oppdragsgiver skal behandle alle tilbyderne likt gjennom hele konkurransen. Dette innebærer at oppdragsgiver må gi den samme informasjonen til alle tilbyderne, jf. klagenemndas sak 2007/116.
- (26) Klager har for det første vist til at innklagede på anbudsbeferingen ga informasjon om at anleggsområdet kunne gjerdes inn slik at det ikke var nødvendig å ta med utgifter til sikkerhetsvakter i tilbudet. Det er i konkurransegrunnlaget ikke gitt noen informasjon om inngjerding av området. Tre leverandører deltok på anbudsbeferingen. En av disse var Einar Sørensen Maskinentreprenør AS, som i sitt tilbuds brev viser til *“orienteringen på anbudsbeferingen 22/02 der det opplyses at området gjerdes inn av oppdragsgiver”*. Ingen av de to andre leverandørene som deltok på beferingen har gitt tilsvarende opplysninger i sine tilbuds brev.
- (27) Klagenemnda legger til grunn at Einar Sørensen Maskinentreprenør AS har fått informasjon om inngjerding som ikke klager har fått siden dette fremgår klart av leverandørens tilbud. Klagenemnda antar at dette kan ha påvirket prissettingen av tilbudet, og har kommet til at innklagede har brutt kravet til likebehandling ved ikke å gi denne opplysningen til klager. Det faktum at klager ikke har prissatt posten til mer enn 5000,- kunne tyde på at klager selv har lagt til grunn at området ble inngjerdet. Klager hevder imidlertid at dette ble innpriset i andre poster, og klagenemnda har ikke grunnlag for å hevde at dette ikke er riktig slik saken er fremstilt for klagenemnda.
- (28) Klager hevder at det på anbudsbeferingen ble gitt informasjon om at masser ikke skulle kjøres bort fra anlegget slik det fremgikk av konkurransegrunnlaget, og at klagers pristilbud ville vært lavere dersom han hadde visst dette.
- (29) Innklagede har opplyst at det på anbudsbeferingen ble gitt informasjon om at masseanslaget kunne være usikkert, men at postene skulle prissettes slik det fremgikk av konkurransegrunnlaget. Av konkurransegrunnlaget fremgår det at alle mengdene som var fastsatt under de forskjellige postene var stipulerte, og at innklagede fortløpende ville styre masseutskiftingsprosessene. Det er ikke levert dokumentasjon som viser at det er gitt annen informasjon om deponering av ubrukelige masser på anbudsbeferingen. Klagenemnda kan dermed ikke se at det er dokumentert at innklagede har sagt noe annet på anbudsbeferingen enn det som fremgikk av konkurransegrunnlaget. Klagers anførsel fører ikke frem.
- (30) Klager har til slutt under dette punktet vist til at det på anbudsbeferingen ble gitt informasjon om at innklagede godtok at det ble levert dårlige grusmasser fra Ordalen i stedet for steinmassene beskrevet i konkurransegrunnlaget. Det fremgår av konkurransegrunnlaget at det skal leveres både steinmasser og grusmasser, og at leverandøren må fremlegge dokumentasjon på massenes kvalitet. To leverandører har i

tilbudsbrevene gitt uttrykk for at de ville levere grusmasser fra Ordalen. Det er imidlertid ikke levert dokumentasjon for klagenemnda som viser at masser fra Ordalen ikke tilfredsstiller konkurransegrunnlagets kvalitetskrav til grusmasser. Klagenemnda kan på grunnlag av dette ikke se at det er dokumentert at innklagede på anbudsbefaringen har gitt informasjon om at han ville fravike kvalitetskravene til grusmasser fastsatt i konkurransegrunnlaget. Klagers anførsel fører således ikke frem.

Begrunnelse

- (31) Klager har anført at innklagede har brutt regelverket ved ikke å gi tilstrekkelig begrunnelse for valg av leverandør i brev om meddelelse av valgt leverandør av 4. mars 2008.
- (32) Det følger av kravene til gjennomsiktighet og etterprøvbarehet i lovens § 5 at oppdragsgiver, også i konkurranser der forskriftens bestemmelser om begrunnelse ikke får anvendelse, må gi en begrunnelse for valg av leverandør som gjør det mulig å bedømme om tildelingen er foretatt i samsvar med reglene fastsatt for konkurransen, jf. klagenemndas sak 2004/53 premiss (28).
- (33) I dette tilfellet sendte innklagede et brev til klager der det fremgikk at det var kommet inn syv tilbud i konkurransen. Videre fremgikk at *“Avinor har vurdert og kontrollregnet samtlige”* og at *“ut fra de kriterier som fremkom i tilbudspapirene har Avinor nå valgt leverandør”*. Det var ikke noen gitt informasjon om det valgte tilbudet og hvordan klagers tilbud var vurdert i forhold til dette på de forskjellige tildelingskriteriene. Etter klagenemndas mening hadde klager ikke mulighet til å vurdere om tildelingen var foretatt i samsvar med tildelingskriteriene på bakgrunn av informasjonen i meddelelsesbrevet. Klagenemnda finner derfor at innklagede utvilsomt har brutt kravene til gjennomsiktighet og etterprøvbarehet i lovens § 5 ved å ikke gi tilstrekkelig begrunnelse for valg av leverandør.

Konklusjon:

Avinor AS har brutt kravet til likebehandling i lovens § 5 ved å gi andre leverandører informasjon om inngjerdingen av om anleggsområdet som klager ikke fikk.

Avinor AS har brutt kravene til gjennomsiktighet og etterprøvbarehet i lovens § 5 ved å unnlate å gi begrunnelse for valg av leverandør.

Klagers øvrige anførsler har ikke ført fram.

For klagenemnda,
10. november 2008

Andreas Wahl