



Klagenemnda for offentlige anskaffelser

Advokatfirmaet Eurojuris Haugesund DA
Att: Odd Gunnar Kallevik
Postboks 548 Sentrum
5501 HAUGESUND

Deres referanse
Saksnr.: 4513

Vår referanse
2009/141

Dato
20. januar 2010

Avvisning av klage på offentlig anskaffelse

Det vises til Deres klage på offentlig anskaffelse av levering og montering av paviljong på Hommelvik ungdomsskole. Klagenemndas sekretariat har besluttet å avvise klagen som uhensiktsmessig for behandling i klagenemnda, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 9. Grunnen er at klagen ikke kan føre fram. Sekretariatets avvisningsbeslutning kan påklages til klagenemndas leder innen tre dager etter at den ble gjort kjent for klager.

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

Bakgrunn:

- (1) Malvik Eiendom KF (heretter kalt innklagede) kunngjorde 31. mars 2009 en åpen anbudskonkurranse vedrørende levering og montering av en paviljong på Hommelvik ungdomsskole. Fra konkurransegrunnlaget hitsettes:

"INNLEDNING

Malvik kommune har behov for en midlertidig paviljong på Hommelvik ungdomsskole høsten 2009. Det er behov for generelle undervisningsarealer for et årstrinn, for til sammen ca. 80 elever. Det er behov for undervisningsarealer/klasserom, teamrom for lærere, grupperom, elevgarderober, renholdsrom og nødvendige tekniske rom,

Malvik kommune ønsker at anbyderen utfører alle arbeider med prosjektet, inkludert prosjektering, grunnarbeider, fremføring av vei, vann og avløp, og alle øvrige ytelser forbundet med å levere et komplett og bruksklart bygg til avtalt tid.

Postadresse
Postboks 439 Sentrum
5805 Bergen

Besøksadresse
Olav Kyrresgate 8
5014 Bergen

Tlf.: 55 59 75 00
Faks: 55 59 75 99

E-post:
postmottak@kofa.no
Nettside: www.kofa.no

Det skal gis pris på de prosjekterte løsninger. Det gis også anledning til å gi pris på andre løsninger og utførelser i tillegg.

Der det ikke er angitt løsninger står anbyderen fritt til å velge utførelse.

[...]

1. BESKRIVELSE

1.0 Orientering om prosjektet

1.0.1 Eieform

- *Malvik kommune ønsker å kjøpe prosjektet komplett ferdig levert, montert og rengjort, inkludert alle grunnarbeider, vann, avløp og elektrisk kraft med alle tekniske installasjoner klart til bruk.*
- *Malvik kommune ønsker opsjonspris på leie i tre år. Opsjonsprisen skal inkludere demontering av bygninger og tekniske anlegg, og tilbakeføring av utomhusområdet til opprinnelig tilstand.*

[...]

1.5 BYGNINGSMESSIGE KRAV

[...]

1.5.8 Dører.

Alle innvendige dører skal ha høytrykkslaminat på begge sider. Terskel skal være av hardved. Alle ytterdører skal ha låssylinder, og tilfredsstillende krav til rømning. Vridere og beslag skal være av rustfritt stål. Dører skal ha langskilt som dekker vrider og låssylinder. Ytterdører ved hovedtrapp skal ha glassfelt med glass ihht NS 3510. Rømningsdører på kortfasader utføres som tette dører. Farge på dører bestemmes senere av arkitekt.

[...]

1.5.11 Utvendige trapper/ramper

Alle trapper utføres som galvaniserte, med gitterristkonstruksjoner i trinnene/repo. Trapper skal være sklisikre og utføres med rekkverk/håndlist ihht myndighetskrav. Rømningstrapper skal utføres som spiraltrapper med netto trappeløpsbredde min. 900 mm. Rampe skal leveres som gitterristkonstruksjon med rekkverkskonstruksjon av tre kledd med panel. Rampe skal være sklisikker.

1.6 KRAV TIL TEKNISKE ANLEGG

1.6.1 VENTILASJONSANLEGG

1.6.1.1 Ventilasjon

Det skal installeres balansert ventilasjon. Forskriftskrav til ventilasjon skal oppfylles for alle rom.

1.6.2 ELEKTROTEKNISKE ANLEGG

[...]

1.6.2.8 Brannvarsling

Det skal installeres brannvarslingsanlegg tilkoblet skolens eksisterende anlegg.”

- (2) Klager var en av fem leverandører som leverte tilbud innen fristen 24. april 2009. Fra tilbudet hitsettes:

”Vi viser til nasjonal kunngjøring av konkurranse på www.doffin.no og mottatt konkurransegrunnlag, og har gleden av å kunne tilby Dere modulbygg som følger;

Paviljong bestående av 26 moduler, satt opp som i vedlagt plantegning. Modulene leveres direkte fra fabrikk, og monteres på trefundamenter. Paviljongen leveres i henhold til konkurransegrunnlagets spesifikasjoner.”

- (3) Vedlagt klagers tilbud var en brosjyre fra produsenten Module Tech Oü, med beskrivelse av de tilbudte modulene. I beskrivelsen var det i punkt B gjort følgende presisering:

”B) Presiseringer

Følgende inngår ikke i leveransen:

Innredning, nøkkelsystem, utvendige trapper, ventilasjon og brannalarmanlegg.”

- (4) Vedlagt tilbudet var det også et eksemplar av klagers generelle leiebetingelser for brakker/modulbygg. Av disse leiebetingelsene fremkommer blant annet at:

”c) Brakkene inneholder lysarmaturer, panelovner og vanlig vaskbart gulvbelegg. Ventilasjon skjer gjennom spalteåpning ved vindu, eller ved naturlig avtrekk i vegg eller tak. Kjøkken får mekanisk avtrekk. Om annet er avtalt vil det fremgå av leieavtale.”

- (5) Klager sendte 28. april 2009 en e-post til innklagede og spurte om det var valgt leverandør i konkurransen. Innklagede opplyste ved e-post av 8. mai 2009 at Malthus AS (heretter kalt valgte leverandør) var valgt som totalentreprenør.

- (6) Klager kontaktet innklagede ved brev av 15. mai 2009, og ba om en nærmere begrunnelse for valg av leverandør. Fra brevet hitsettes:

”Ved e-post av 28. april d.å. sendte Eide Bygg & Anlegg AS spørsmål om kontrakten var tildelt. Den 8. mai d.å. meddeler Arkitektene Vis-à-vis AS at Malthus AS er innstilt som totalentreprenør. Noen begrunnelse for hvorfor Malthus AS er innstilt som totalentreprenør fremgår det ikke noe om. Men på bakgrunn av protokoll, kan det se ut som om pris var utslagsgivende.

Imidlertid så fremgår det av tildelingskriteriene at det ikke bare skal legges vekt på pris. Vi vil derfor be om begrunnelse ihht til forskrift om offentlige anskaffelser § 11-14, 4. ledd. Av denne bestemmelsen fremgår at det skal begrunnes hvorfor tilbudet ikke er valgt. Videre må begrunnelsen oppgi ”... det valgte tilbudets egenskaper og relative fordeler”. Det gjøres oppmerksom på at det i klagenemndas saker 2003/49 (KOFA-2003-49), 2005/8 (KOFA-2005-8), 2007/30 (KOFA-2007-30) og 2007/76 (KOFA-2007-76) er slått fast at dette innebærer at leverandøren har krav på en sammenligning mellom eget tilbud og valgte tilbud på basis av tildelingskriteriene.”

- (7) Innklagede besvarte henvendelsen ved brev av 25. mai 2009. Av brevet fremkom:

"Eide Bygg & Anlegg AS har rettidig levert tilbud på paviljonger til Hommelvik ungdomsskole. I tildelingsevalueringen er følgende sagt om tilbyder nr. 1, Eide Bygg & Anlegg AS:

Avvisning av tilbud

Tilbyder nr. 1, Eide Bygg & Anlegg AS, har følgende forbehold:

"Beskrivelse av modul Type A.

Punkt B) Presiseringer

Følgende inngår ikke i leveransen:

Innredning, nøkkelsystem, utvendige trapper, ventilasjon og brannalarmanlegg."

Tilbudet er ikke komplett og ikke i samsvar med beskrivelsen. Det er ikke mulig for oss å vurdere kostnadskonsekvensene av avvikene.

Tilbud nr. 1, fra Eide Bygg & Anlegg AS, avvises.

Tilbudet er avvist, da det ikke er komplett og ikke er i samsvar med konkurransegrunnlaget."

- (8) Klager brakte saken inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser ved brev av 13. juni 2009.

Anførsler:

Klagers anførsler:

- (9) Klager anfører at innklagede har brutt regelverket ved å avvise klagers tilbud fra konkurransen. Av klagers tilbud fremgår det uttrykkelig at klager vil levere det etterspurte i henhold til kravene i konkurransegrunnlaget. Den beskrivelse av modulene som innklagede viser til i sin begrunnelse for avvisningen, er utarbeidet av produsenten av modulene. Det som fremgår av denne beskrivelsen er således hvordan modulene vil være når de leveres til klager. Når klagers tilbud leses i sammenheng, måtte innklagede forstå at klager ikke tok noen forbehold ved leveransen. I tillegg vises det til at det av de generelle leiebetingelsene, som var lagt ved tilbudsbrevet, entydig fremkom at modulene ville bli levert som forutsatt av innklagede.

- (10) Klager ber om at klagenemnda tar stilling til om vilkårene for å kreve erstatning er oppfylt.

Innklagedes anførsler:

- (11) Innklagede anfører at det ikke var i strid med regelverket å avvise klagers tilbud fra konkurransen. Det vises til at innklagede oppfattet klagers tilbud slik at klager ville levere modulene til innklagede i henhold til den vedlagte brosjyrens beskrivelse av modulene. Ettersom beskrivelsen ikke var i overensstemmelse med kravene fastsatt i konkurransegrunnlaget, ble tilbudet avvist. Dersom beskrivelsen ikke gjelder produktet

slik det leveres til innklagede, har klager uansett gitt uriktige opplysninger i sitt tilbud. Dersom spesifikasjonen ikke er riktig, burde klager ikke lagt den ved tilbudet.

- (12) Det er ikke riktig at det fremgår av klagers generelle leiebetingelser at modulene blir levert i henhold til innklagedes krav. Det uttales her at ventilasjon i modulene skjer gjennom spalteåpning ved vindu, eller ved annet naturlig avtrekk i vegg eller tak. Denne form for ventilasjon oppfyller ikke krav satt til ventilasjon i skoler, og er heller ikke etterspurt.
- (13) Klager ville uansett ikke fått oppdraget, selv om tilbudet ikke var blitt avvist. Det er dermed ikke grunnlag for erstatning.

Sekretariatets vurdering:

- (14) Klager har deltatt i konkurransen og har saklig klageinteresse, jf. forskrift 15. november 2002 nr. 1288 om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6, 2. ledd. Klagen er rettidig. Anskaffelse omfattes av lov 16. juli 1999 nr. 69 om offentlige anskaffelser og forskrift 7. april 2006 nr. 402 om offentlige anskaffelser del I og del II.

Hvorvidt klagers tilbud skulle vært avvist

- (15) Klager anfører at ettersom klagers tilbud ikke inneholdt forbehold, er det feil når innklagede har avvist tilbudet fra konkurransen med den begrunnelse at tilbudet ikke var i samsvar med konkurransegrunnlaget.
- (16) Det følger av forskriften § 11-11 (1) bokstav f i at oppdragsgiver har plikt til å avvise et tilbud når *”det på grunn av avvik, forbehold, feil, ufullstendigheter, uklarheter eller lignende [...] kan medføre tvil om hvordan tilbudet skal bedømmes i forhold til de øvrige tilbudene”*.
- (17) Dersom oppdragsgiver avviser et tilbud uten at forskriften gir hjemmel for det, er dette i strid med kravet til forutberegnelighet i lovens § 5, jf. blant annet klagenemndas saker 2009/83 premiss (34) og 2009/133 premiss (36).
- (18) Innklagede ønsket i dette tilfellet å kjøpe eller leie et *”komplett og bruksklart bygg”*, jf. konkurransegrunnlaget punkt 1.0.1. I tillegg til denne generelle beskrivelsen, inneholdt konkurransegrunnlaget en kravspesifikasjon der det var oppgitt mer detaljerte krav til bygget. Her fremgikk blant annet at det skulle installeres ventilasjonssystem og brannvarslingsanlegg. Det var også stilt krav til utvendige trapper og ramper.
- (19) Det fremgår av klagers tilbudsbrev av 17. april 2009 at paviljongen klager tilbød ville bli satt opp slik som vist i plantegningen som var vedlagt konkurransegrunnlaget, og at den ville bli levert *”i henhold til konkurransegrunnlagets spesifikasjoner”*. Klager har således i utgangspunktet forpliktet seg til å levere i henhold til kravspesifikasjonen.
- (20) I brosjyre fra produsenten av modulene som klager hadde lagt ved tilbudet, fremgikk det imidlertid at innredning, nøkkelsystem, utvendige trapper, ventilasjon og brannalarmanlegg ikke inngikk i leveransen. Selv om denne informasjonen ikke var utarbeidet i forbindelse med anbudskonkurransen, var den lagt ved tilbudet. Den var dermed relevant ved vurderingen av om klagers tilbud oppfylte kravene i konkurransegrunnlaget, jf. klagenemndas sak 2009/7 premiss (68).

- (21) Klager har anført at brosjyren viste modulene slik de ville være ved levering til klager, og at innklagede, når klagers tilbud ble lest i sammenheng, burde forstå at klager ikke tok forbehold ved leveransen. Det er imidlertid opplyst i klagers tilbudsbrief at *"modulene leveres direkte fra fabrikk"*. Dette kan forstås som at modulene ville bli levert direkte til innklagede fra fabrikk. Det var ikke gitt opplysninger i tilbudet om at brosjyren gjaldt modulene slik de ville bli levert til klager, og det var heller ikke gitt opplysninger om hvilke andre produkter som ville bli levert for å sette paviljongen i den stand som var krevd i konkurransegrunnlaget.
- (22) Klager har også vist til at det i klagers generelle leiebetingelser, som var lagt ved tilbudet, entydig fremgikk at modulene ville bli levert som forutsatt av innklagede. Leiebetingelsene er imidlertid svært generelle, og det er henvist til at det kan avtales andre vilkår enn det som fremgår av dokumentet, jf. generelle leievilkår punkt c. Sekretariatet er dermed ikke enig i at det fremgår entydig av dette dokumentet at klagers tilbud oppfylte kravspesifikasjonen.
- (23) Etter sekretariatets mening medførte den vedlagte brosjyren fra produsenten etter dette at det i klagers tilbud var gitt motstridende opplysninger, som gjorde det uklart hvorvidt den tilbudte paviljongen oppfylte kravene i konkurransegrunnlaget.
- (24) Spørsmålet er så om denne uklarheten medførte tvil om hvordan klagers tilbud skulle bedømmes i forhold til de øvrige tilbudene, slik at det forelå plikt til å avvise tilbudet.
- (25) Det følger av uttrykket *"kan medføre tvil"* at det skal lite til før dette vilkåret anses oppfylt. Dette er også lagt til grunn i klagenemndas praksis, jf. for eksempel klagenemndas saker 2008/202 premiss (30) og 2008/210 premiss (33), samt i Fornyings- og administrasjonsdepartementets *"Rettleiar til reglane om offentlege anskaffingar"* side 163.
- (26) Uklarheten gjaldt i dette tilfellet hvorvidt klagers tilbud oppfylte sentrale og omfattende deler av kravene til paviljongen som skulle oppføres. Det fremstår som uklart hvilke økonomiske konsekvenser det ville ha for innklagede dersom kravene ikke var oppfylt. Dette medførte, slik sekretariatet ser det, at det kunne oppstå tvil om hvordan klagers tilbud skulle bedømmes i forhold til de øvrige tilbudene, og oppdragsgiver hadde dermed plikt til å avvise tilbudet, jf. forskriften § 11-11 (1) bokstav f. Sekretariatet finner på denne bakgrunn at innklagede rettmessig avviste klagers tilbud.

Ettersom sekretariatet har funnet at klagen ikke kan føre fram, avvises den som uhensiktsmessig for behandling i klagenemnda.

Med vennlig hilsen

Linda Midtun
førstekonsulent

