



**Klagenemnda  
for offentlige anskaffelser**

*Innklagede gjennomførte en åpen anbudskonkurranse for totalentreprise på oppføring av fire nøkkelferdige ungleiligheter på Rødberg. Klagenemnda fant at innklagede hadde brutt kravet til likebehandling og god forretningsskikk i loven § 5 og i forskriften § 3-1 ved at ikke begge leverandører fikk forespørsler om forlengelse av vedståelsesfristen innenfor den opprinnelige fristens utløp. Øvrige anførsler førte ikke frem eller ble ikke tatt stilling til.*

**Klagenemndas avgjørelse 14. desember 2009 i sak 2009/245**

**Klager:** Svendsrud AS

**Innklaget:** Nore og Uvdal kommune

**Klagenemndas medlemmer:** Andreas Wahl, Kai Krüger og Tone Kleven

**Saken gjelder:** Avvisning av valgte leverandørs tilbud. Brudd på forhandlingsforbudet. Rettsstridige avklaringer. Forlengelse av vedståelsesfrist.

**Bakgrunn:**

- (1) Nore og Uvdal kommune (heretter kalt innklagede) kunngjorde den 30. april 2009 en åpen anbudskonkurranse for oppføring av fire nøkkelferdige ungleiligheter på Rødberg.
- (2) I kunngjøringens punkt IV.3.4 fremgikk det at tilbudsfristen var 26. juni 2009. I kunngjøringens punkt IV.3.7 var det fastsatt at tilbyderne måtte vedstå tilbudene inntil 30. september 2009.
- (3) Fra konkurransegrunnlagets punkt om *Anbudsbestemmelser* hitsettes følgende vedrørende vedståelsesfristen for tilbudene:

***"Vedståelsesfrist.***

*Anbudet er bindende i 2 måneder etter anbudsfristens utløp. "*

- (4) Vedståelsesfristen etter konkurransegrunnlaget var således satt til 26. august 2009.
- (5) Fra konkurransegrunnlagets punkt om *Krav til anbudsmaterialet* hitsettes følgende:

***"Entreprenørens anbud skal inneholde:***

*[...]*

*Hvilke fagområder entreprenøren dekker med egne ansatte og med navngivelse av den gruppe konsulenter og underentreprenører han vil/har inngått avtale med og deres fagområder.*

[...]

*Rombehandlingsskjema*

*Skjema for beregning av byggets energiforbruk i utfylt stand.*

*Funksjons- og teknisk beskrivelse av de tekniske anlegg.*

[...]

*Oppgave for hvert rom over nettoareal. (jf. Rom- oversikt).*

*For hele bygget angis bruttoareal og volum.*

**Følgende tegningsmateriale skal følge anbudet.**

[...]

*Situasjonsplan i mål 1:1000. Denne skal angi traseer for utvendig ledningsnett, plassering av kummer, sluk og tilkoblingspunkter til eksisterende kommunalnett.*

*Plantegninger, snitt og fasader i mål 1:1000 i samsvar med de krav som bygningsmyndighetene stiller til materiale for byggesøknad.*

*Prinsippskisser for de tekniske anlegg”.*

- (6) Fra konkurransegrunnlagets punkt om *Anbudsbestemmelser* hitsettes følgende:

**”Entrepriseform**

[...]

*Den økonomiske rammen for prosjektet (Prosjektkostnad) er kr 4.400.00 inkl mva.*

*[...]. Entreprenøren er juridisk ansvarlig både som planlegger og som utførende entreprenør.”*

- (7) Fra konkurransegrunnlagets punkt om *Prosessen* hitsettes følgende:

**”Tildeling:**

*Følgende kriterier vil danne grunnlag for tildeling av anbud.*

*Prosjektet skal fungere godt i samspill med etablerte bomiljø. Løsningen må framstå med overbevisende arkitektonisk kvalitet. Det vil bli lagt vekt på at løsningene er nyskapende i en stedstilpasset arkitektonisk løsning.*

*Det skal etableres gode inne og uteromsløsninger og gode forbindelser mellom ute og inne arealer. Boløsningene skal være arealeffektive i plan og snitt, uten at det går på bekostning av bokvalitet.*

*Boligløsninger, uterom og fellesarealer skal stimulere til det sosiale liv.*

*Det skal legges vekt på universell utforming. Utearealer og boenheter på terrengnivå/første etasje skal være tilpasset rullestolbrukere.*

*Pris vektes med 80 %, øvrige angitte kriterier vektes med 20 %.*

**Kontraktsbestemmelser:**

*Som alminnelige kontraktsbestemmelser gjelder NS 8405.”*

- (8) Fra konkurransegrunnlagets punkt om *Krav til utførelse* hitsettes følgende:

**Tak**

[...]. Taket isoleres med min 30 mineralull.

**Yttervegger**

Yttervegger utføres som bindingsverk isolert med 20 cm mineralull eventuelt i massivtre med tilsvarende U-verdi. [...]

**Vinduer**

[...].

Det skal leveres vinduer med 3-lags isolerglass.[...].

**Byggemeldinger**

Entreprenøren skal utarbeide alle nødvendige meldinger og søknader til offentlige myndigheter som bygningsmyndighetene, helsemyndigheter, vann- og kloakkvesen, el. verk, brannmyndigheter, arbeidstilsyn samt sivilforsvar.

Alle søknader skal sendes byggherren for videre ekspedisjon til rette instanser.

Alle avgifter/gebyrer i forbindelse med behandling/godkjenning hos offentlige myndigheter, dekkes av byggherren.

Entreprenøren har ansvaret for at han selv og den gruppe konsulenter og underentreprenører han har knyttet til seg har de nødvendige kunnskaper og autorisasjoner for å kunne utføre de forskjellige fag, som entreprisen innebærer.

[...]

**Ferdigstillelse**

Det er entreprenørens ansvar at bygget med installasjoner tilfredsstiller myndighetenes krav [...]"

- (9) Innen tilbudsfristens utløp mottok innklagede 3 tilbud, herunder fra Svendsrud AS (heretter kalt klager) og fra BN-Bygg AS (heretter kalt valgte leverandør). Valgte leverandør leverte inn tre ulike løsningsforslag.

- (10) Fra klagers tilbudsbrief hitsettes følgende:

”

- Vårt tilbud gjelder for 4 stk bolig med brutto areal på 68 m<sup>2</sup>, hvor samtlige boliger er HC tilpasset.

[...]

- Vi forbeholder oss retten til å kontrahere andre UE enn de som er vedlagt, men vi opprettholder selvsagt samme leveranse.

[...]

- Ventilasjon med varme gjenvinner kan leveres for kr 84 000,- eks mva.”

- (11) Fra kapittelet om *Byggebeskrivelse* som var vedlagt klagers tilbud hitsettes følgende:

” Alle bygningsmessige arbeider skal utføres i henhold til gjeldende forskrifter og den til enhver tid gjeldende plan- og bygningsloven”.

- (12) Fra anbudsbrevet i valgte leverandørs tilbud hitsettes følgende:

*"BN-Bygg har gleden av å kunne tilby 3 alternative bolig prosjekt på nevnte tomt. [...] Skjema for beregning av byggets energiforbruk ettersendes når det er klarlagt hvilket alternativ som er ønskelig. [...].*

*Forbehold:*

*- [...]*

*- Tilbudet basert på pbl 97."*

- (13) I anbudsskjema til valgte leverandør er det oppgitt pris for ventilasjon. Fra "Romskjema" i valgte leverandør sitt tilbud hitsettes følgende formulering vedrørende byggedeler:

*" Basert på preaksepterte løsninger/myndighetskrav. I de tilfeller der anbudsdokument går ut over myndighetskrav, vil anbudsdokument være angivende."*

- (14) Fra vedlegg til anbudsprotokollen av 8. juli 2009 vedrørende innklagedes vurdering av tilbudene, hitsettes følgende:

*"Konklusjonen blir da at det ut fra en samlet vurdering ihht anbudsgrunnlaget er at BN-Bygg sitt alternativ A er det mest fordelaktige tilbudet. BN-Bygg innkalles til et møte der det undersøkes om det er grunnlag for å innlede kontraktsforhandlinger."*

- (15) Fra innklagedes brev datert 8. juli til klager hitsettes følgende:

*"Etter en samlet vurdering har Nore og Uvdal kommune besluttet å kontakte BN-Bygg AS for å undersøke om det er grunnlag til å innlede kontraktsforhandlinger. Beslutningen er tatt ut fra en helhetsvurdering i henhold til kriteriene angitt i anbudsgrunnlaget."*

- (16) Klager påklaget tildelingsbeslutningen i e-post av 24. juli 2009, hvor det ble bedt om innsyn i anbudsprotokollen og i valgte leverandørs tilbud.

- (17) Innklagede svarte på klagen i e-post av 27. juli 2009, hvorav klager fikk tilsendt anskaffelsesprotokollen. Fra e-posten hitsettes følgende:

*" Viser til din klage der du påstår at det er tildelt kontrakt.*

*Etter å ha gjennomgått innkomne anbud gjorde vi følgende beslutning 8. juli: Vi bestemte oss for å kontakte BN-Bygg som hadde det billigste komplette anbudet for å se om det var grunnlag for å innlede kontraktsforhandlinger, kommunen har hatt et møte med BN-Bygg, der vi ba om oppklarende opplysninger.*

*Det er altså ennå ikke plassert noe anbud eller startet noen kontraktsforhandlinger, din klage på kommunens manglende saksdokumentasjon eller anbudsprotokoller anser vi derfor som ubegrunnet".*

- (18) Fra klagers e-post av 27. juli 2009, som svar på innklagedes kommentar, hitsettes følgende:

*" Konkurransen er kunngjort som en åpen anbudskonkurranse, og det er da ikke tillatt med forhandlinger. Forhandlingsforbudet følger direkte av forskrift om offentlige anskaffelser § 12-1(1). At kommunen avholder forhandlingsmøte med BN-Bygg er et klart brudd på regelverket. Kommunen har plikt til å velge ut et tilbud i samsvar med forskriften § 13-2".*

- (19) Klager opprettholdt klagen på tildelingsbeslutningen i brev av 20. august 2009.
- (20) I særutskrift av 26. august 2009 i forbindelse med behandlingen av klagen i kommunens klagenemnd av 14. september 2009 fremgår følgende:

***" Fakta***

*[...]*

*Kun et av anbudene BN-Bygg AS sitt alternativ A lå innenfor fastsatt økonomisk ramme på kr 4,4 mill, med bakgrunn i det kunne andre innkomne tilbud vært avvist, rådmannen har vurdert det slik at for å få til en forsvarlig anbudsprosess er tilbud med tilstrekkelige opplysninger tatt med i tildelingsvurderingen.*

*I henhold til satte tildelingskriterier og vurderinger gjort i anskaffelsesprotokoll med vedlegg av 8. juli 2009 ble BN-Bygg's alternativ A valgt.*

*[...]*

***Saksbehandlers vurdering:***

*Rådmannen mener det er gjennomført en forsvarlig anbudsprosess og at anbudene er vurdert ut fra et nøytralt grunnlag i henhold til kriteriene satt i konkurransegrunnlaget. Begge anbyderne må forholde seg til Plan og bygningslovens gjeldende bestemmelser, noe forbehold er ikke anledning til å ta, kommunen må følgelig også forholde seg til enhver tid gjeldende lovverk som andre tiltakshavere.*

*Det er viktig å påpeke at anbyderne sto fritt til å velge løsning innen for en fastsatt ramme og at konkurransen gikk på å tilby mest kvalitet innenfor gitte premisser og økonomisk ramme.*

*[...]*

- BN-Bygg oppgir ikke underentreprenører, Svendsrud tar forbehold om å velge andre underentreprenører enn de som er oppgitt, begge har spesifisert priser på underentreprisene, kommunen har derfor valgt å likestille tilbyderne på dette punktet.*
- Summarisk byggebeskrivelse foreligger ikke, begge tilbyderne har beskrevet og summert kostnadene for hovedpunktene i byggeprosessen. Opplysningene er vurdert tilstrekkelige til å kunne vurdere begge tilbyderne.*
- Fullstendig rombehandlingsskjema foreligger ikke, tilsendte rombehandlingsskjema fra BN-Bygg er tilstrekkelig til å vurdere anbudet.*
- Skjema over byggets energibruk forelå ikke ved anbudsåpning, BN-Bygg tok forbehold om at dette ble ettersendt når det var klarlagt hvilket alternativ som ble valgt, kommunen valgte å akseptere det med bakgrunn i spesifikasjoner gitt i anbudsgrunnlaget. Tilstrekkelige opplysninger er seinere mottatt fra BN-Bygg.*
- Funksjonsbeskrivelser av tekniske anlegg, oversikt over tekniske anlegg og faste innredninger er ikke med. Tekniske beskrivelser er basert på valgte underentreprenører, det er valgt å likestille tilbyderne på dette punktet.*

- *BN-Bygg sin situasjonsplan er mangelfull i forhold til konkurransegrunnlaget, dette ble påpekt overfor BN-Bygg. Mangelen ble vektlagt i vurderingen under tildelingen av anbudet.*
- *BN-Bygg sitt forbehold om at tilbudet er basert på Plan- og bygningsloven av 1997, Svendsrud påstand om at BN-Bygg tilbyr lavere kvalitet enn dem anses som ubegrunnet. Anbudsspesifikasjonen spesifiserer min 30 cm isolasjon i tak, 20 cm i vegg og at plan- og bygningslovens krav ellers skal være oppfylt.*

*Rådmannen mener de påpekte klagepunkter er ubetydelige, differansen i tilbudene er hensyntatt i de vurderingene som ble gjort før kontrakten ble tildelt BN-Bygg.*

***Rådmannens forslag til vedtak.***

*Svendsruds Bygg as sin klage på anbudsbehandling og tildeling av oppdrag til BN-Bygg AS om å bygge 4 ungholeiligheter på Rødberg avvises.*

*Kontrakt skrives med BN-Bygg for oppstart høsten 2009. [...]"*

- (21) Innklagede opplyste følgende i brev av 25. september 2009 vedrørende behandling av klagen i kommunens klagenemnd:

*"Kommunens organ for klagebehandling har nå behandlet saken, følgende vedtak er gjort: Svendsrud Bygg as sin klage på anbudsbehandling og tildeling av oppdrag til BN-Bygg AS om å bygge 4 ungholeiligheter på Rødberg tas ikke til følge. Kontrakt skrives med BN-Bygg AS for oppstart høsten 2009.*

*Vedlegg: Utskrift av saken og protokoll fra klagenemnda".*

- (22) Fra innklagedes brev av 30. september 2009 til valgte leverandør, vedrørende referat fra møte mellom innklagede og valgte leverandør den 28. september 2009, hitsettes følgende:

- *Det innledes da kontraktsforhandlinger med BN-Bygg med sikte på å skrive kontrakt.*
- *28. september 2009 regnes som bestillingsdato.*
- *BN-Bygg vedsto seg anbudet uten merknader.*
- *Kontrakt skrives i henhold til Norsk Standard gjeldende standardkontrakt for totalentreprise.*
- *Tiltakshaver ber innenfor anbudets ramme BN-Bygg komme med forslag til boder og adkomstløsninger til annen etasje, tilpassing av balkong på nord/østre side, styrke i tak på boder, kjørestærkt takdekke for lett trafikk vurderes.*
- *Det må tas hensyn til fare for brannspredning fra leilighet via boder til de andre leilighetene.*
- *Byggstart, dersom mulig høsten 2009, ferdigstillelse som planlagt 1. desember 2010.*

*Det bes om oversikt over underentreprenører".*

- (23) Saken ble brakt inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser i brev av 29. oktober 2009.

- (24) Innklagede har i e-post datert 24. november 2009 opplyst at kontrakt ikke vil bli inngått før saken er behandlet i nemnda.

## **Anførsler:**

### ***Klagers anførsler:***

#### *Vedståelsesfristen*

- (25) Klager anfører at innklagede ikke har anledning til å inngå kontrakt i saken, siden vedståelsesfristen angitt i konkurransegrunnlaget er løpt ut.
- (26) Det vises til at innklagede er forpliktet til å slutføre konkurransen innen vedståelsesfristens utløp, jf. klagenemndas avgjørelser i sak 2004/48, 2005/96, 2006/41 og 2008/19. Fortsettelse av anbudsprosessen etter vedståelsesfristens utløp er et brudd på anskaffelsesregelverket. Dersom det inngås kontrakt med valgte leverandør vil det være en ulovlig direkte anskaffelse, og i strid med de grunnleggende kravene til likebehandling, forutberegnelighet, konkurranse og god forretningsskikk, jf loven § 5 og forskriften § 3-1. Videre vises det også til at tilbudene ikke lenger er bindende og at konkurransen dermed er avsluttet, jf klagenemndas avgjørelse i sak 2005/189.
- (27) Det vises til at innklagede i forbindelse med klagebehandlingen har opplyst at vedståelsen av tilbudet er bekreftet av valgte leverandør. Klager anfører at samtlige tilbydere må kontaktes før fristens utløp, dersom innklagede skal forlenge vedståelsesfristen. Klager har ikke mottatt slik henvendelse.

#### *Avvisning av valgte leverandør sitt tilbud*

- (28) Klager anfører at tilbudet fra valgte leverandør skulle vært avvist i medhold av forskriften § 11-1 (1), bokstav f, da det ikke kan dokumenteres at ytelsen tilfredsstiller de minimumskrav som er satt i anbudsinnbydelsen. I følge klager skal det ikke mye til før vilkåret "*kan medføre tvil*" i forskriften § 11-1 (1), bokstav f er oppfylt, jf klagenemndas avgjørelse i sak 2008/202.
- (29) Klager viser til to forhold som grunnlag for slik avvisning, hvorav følgende særbemerkninger påberopes:

#### *Manglende dokumentasjon*

- (30) I følge klager har valgte leverandør unnlatt å levere etterspurte beskrivelser og dokumentasjon. Klager påpeker at det er i strid med de grunnleggende kravene til forutberegnelighet og forholdsmessighet å se bort fra mangelfull dokumentasjon selv om anbudsskjema er komplett.
- (31) Klager er uenig i at mangelfull dokumentasjon ikke påvirker prisen på tilbudene, fordi oppfyllelse av energikravene gir et påslag i prisen. I følge klager ga valgte leverandør sitt tilbud ingen holdepunkter for hvordan energikravene ville bli oppfylt, og selv om valgte leverandør oppfyller de føringene som er gitt i konkurransegrunnlaget er ikke energikravene nødvendigvis oppfylt. Det vises til at innklagede likevel har tolket valgte leverandør sitt tilbud fordelaktig. I følge klager ble skjema for energiforbruk ettersendt etter tilbudsfristens utløp, og det er uklart om innklagede mottok skjemaet før evalueringen av tilbudene ble foretatt.
- (32) I følge klager oppfyller ikke valgte leverandør minimumskravene i anbudsinnbydelsen, da følgende dokumentasjon ikke er levert: oversikt over entreprenører (kun oppgitt at underleverandører blir benyttet), summarisk byggebeskrivelse, skjema for beregning av

byggets energiforbruk, funksjons- og teknisk beskrivelse av de tekniske anlegg, samt tabellarisk oversikt over faste innretninger og utstyr. Videre anføres at situasjonsplanen og rombehandlingsskjema er mangelfulle.

*Forbehold om "Tilbudet basert på pbl 97"*

- (33) Klager viser videre til som grunnlag for avvisning at valgte leverandør har oppgitt som forbehold at *"Tilbudet basert på pbl 97"*. I følge klager kan forbeholdet tenkes å rette seg mot gjeldende lovgivning. En slik forståelse tilsier at tilbudet ikke tilfredsstiller kravspesifikasjonen i konkurransegrunnlaget. Alternativt er forbeholdet en reservasjon mot nye energikrav til bygg som ble innført 1. august 2009. I følge klager skaper uklarheten tvil om hvordan tilbudet skal sammenlignes med øvrige tilbud.
- (34) Det vises til at innklagede har tolket forbeholdet til å gjelde revisjonen av plan- og bygningsloven av 1985, sett i lys av at kommunen har gitt føringer om *"det energikravet man antok ville bli innført fra 1.8.2009"*.
- (35) Klager mener at det ikke er holdepunkter for å tolke forbeholdet på denne måten. Det omtalte energikravet ble introdusert i 2007. Kravene har blitt praktisert som valgfrie i ca 2,5 år, inntil de ble obligatoriske fra 1. august 2009. Videre vises til at plandelen av ny byggesakslov trådte i kraft 1. juli 2009, mens byggesaksdelen skal tre i kraft i 2010. I følge klager skulle et forbehold mot denne loven kommet klarere til uttrykk enn ved betegnelsen *"Tilbudet basert på pbl 97"*. Det vises til at betegnelsen *"pbl 97"* i bransjen ofte er brukt om overgangen fra kommunal til privat bygningskontroll ved byggesaksreformen av 1997.

*Manglende dokumentasjon i klagers tilbud*

- (36) For så vidt gjelder innklagedes anførsel om at klager ikke har levert komplett dokumentasjon, bestrides det at dokumentasjonen ikke er innlevert i samsvar med konkurransegrunnlaget. Det erkjennes at prinsippskisse over teknisk anlegg ikke er levert, men det vises til at anleggene er dokumentert ved eget oppsett og beskrivelse i vedleggene til klagers tilbud. Videre vises det til at klager har levert oversikt over leverandører og hvem som er leverandør innenfor det enkelte fagområde. Klager har tatt forbehold om å skifte underleverandør i samsvar med NS 8405 pkt 15.3, men har bekreftet at leveransen opprettholdes. Dette anses å være innenfor konkurransegrunnlagets betingelser. I tillegg vises det til at klager har oppgitt areal og volum, som tilfredsstiller kravet i anbudsgrunnlaget.

*Brudd på forhandlingsforbudet*

- (37) Klager anfører at konkurransen er utlyst og gjennomført som en åpen anbudskonkurranse hvor forhandlinger ikke er tillatt, jf forskriften §§ 4-2 bokstav a og 12-1.
- (38) Det vises til at innklagede har opplyst å ha kontaktet valgte leverandør etter at protokoll ble skrevet, men at innklagede ikke tilbakeviser at det er ført forhandlinger med valgte leverandør etter 8. juli 2009. Klager viser til at innklagede har opplyst at det er avholdt et møte med valgte leverandør der innklagede ba om *"oppklarende opplysninger"*, og at innklagede i e-post av 16. oktober 2009 har opplyst at det er innledet kontraktsforhandlinger med valgte leverandør.

- (39) I følge klager gir forskriften § 12-1 (2) bokstav a kun anledning til å avklare tilbud dersom det foreligger uklarheter og ufullstendigheter i tilbudene. Dersom det i dette tilfellet ikke skulle ha foregått "*forhandlinger*" i regelverkets forstand, er avklaringene som kommunen har foretatt likevel så omfattende at valgte leverandørs tilbud skulle vært avvist, jf forskriften § 12-1 (2) bokstav a og forskriften § 11-11.

#### *Rettsstridige avklaringer*

- (40) Klager anfører at valgte leverandør ikke har anledning til å ta forbehold i tilbudet om innsending av skjema for beregning av energiforbruk etter tilbudsfristens utløp, dvs når det blir klarlagt hvilket alternativ som er ønskelig.
- (41) Klager viser til at forskriften § 12-3 kun gjelder ettersendelse av HMS- egenerklæring, skatteattest og annen offentlig dokumentasjon i relasjon til kvalifikasjonskravene. I følge klager er det videre ikke anledning til avklaringer, dersom uklarheter og ufullstendigheter er slike at kommunen har plikt til å avvise tilbudet etter forskriften § 11-11.
- (42) Det vises til at innklagede i sin klagebehandling har uttalt at opplysningene gitt i tilbudet fra valgte leverandør er tilstrekkelig til å vurdere tilbudet og at manglende levering ble akseptert "*med bakgrunn i spesifikasjoner gitt i anbudsgrunnlaget*", jf innklagedes brev av 25. september 2009. I følge klager fremstår det som uklart hva innklagede mener og hvordan valgte leverandørs tilbud er vurdert. I følge klager hadde ikke innklagede tilstrekkelig med opplysninger til å kunne foreta en forsvarlig vurdering av valgte leverandørs tilbud i forhold til de øvrige tilbudene.
- (43) Ved å tillate ettersending av dokumentasjon vil anbudskostnadene for en leverandør kunne reduseres i slik grad at det fremstår mer attraktivt å levere alternativt tilbud. Dette gir en konkurransefordel og er ikke forutberegnelig for en leverandør som ønsker å delta.

#### *Tildelingsbeslutningen*

- (44) Klager anfører at det foreligger brudd på kravet til likebehandling og forutberegnelighet dersom innklagede i prisevalueringen ikke har hensyntatt at klagers tilbud ivaretar gjeldende energikrav.
- (45) Det vises til at et tilbud som hensyntar de nye energikravene vil kunne være inntil NOK 200 000 dyrere enn et tilbud som baserer seg på tidligere forskriftskrav.

#### *Erstatning*

- (46) Klager ber nemnda prinsipalt ta stilling til om vilkårene for å få erstattet den positive og negative kontraktsinteressen er oppfylt dersom innklagede velger å inngå kontrakt før avgjørelsen fra nemnda foreligger. Videre bes nemnda vurdere om vilkårene for erstatning er til stede dersom forhandlingene etter tilbudsfristens utløp og den varslede inngåelse av kontrakt med valgte leverandør er en ulovlig direkte anskaffelse.
- (47) Det vises til at tilbudet fra klager er rangert som nr 2. Dersom nemnda kommer til at kommunen hadde plikt til å avvise tilbudet fra valgte leverandør, ville klager fått kontrakten.
- (48) Subsidiært anføres at vilkårene for negativ kontraktsinteresse er til stede.

### ***Innklagedes anførsler:***

#### *Vedståelsesfristen*

- (49) Innklagede vil avvente klagenemndas avgjørelse før det eventuelt inngår kontrakt eller gjøres nye vurderinger i saken. Vedståelsen er bekreftet av valgte leverandør.

#### *Avvisning av valgte leverandør sitt tilbud*

- (50) Innklagede bestrider at valgte leverandør sitt tilbud skulle vært avvist. Det bemerkes følgende til klagers påberopte særbemerkninger:

#### *Mangelfull dokumentasjon*

- (51) Innklagede viser til at verken klager eller valgte leverandør har levert komplett dokumentasjon.
- (52) Det vises til at begge leverandører har priset de tekniske anlegg og det er presisert i anbudsdokumentet at begge skal tilfredsstillende gjeldende lovverk. Ingen av leverandørene har levert oversikt over hvilke fagområder som dekkes av egne ansatte, men dette fremgår av anbudsskjemaet og er ikke tillagt vekt. Summarisk byggebeskrivelse er kun levert av klager, men denne er i hovedtrekk en gjengivelse av kravene i anbudsbeskrivelsen og ikke utført som angitt. Videre har verken klager eller valgte leverandør angitt leverandører, men forholdet er ikke vurdert av innklagede. Komplette rombehandlingsskjema er levert av begge leverandørene. Skjema for energiberegning er levert av klager. Valgte leverandør har ettersendt skjema for energiberegninger, og oppfyller kravet. Videre opplyses at valgte leverandør ikke har levert funksjons- og teknisk beskrivelse av teknisk anlegg, men at innklagede har likestilt valgte leverandør og klager på dette punktet, da klager i anbudsbrevet har tatt forbehold om å kontrahere andre anbydere. Valgte leverandør og klager har tatt med faste innredninger. Ingen av leverandørene har angitt arealer og volum, og boflaten til klager ville i følge innklagede trolig ikke tilfredsstillende kravet til boflater i anbudet. Innklagede har imidlertid sett bort fra dette forhold. Innleverte tegninger er ikke komplett for verken klager eller valgte leverandør. Videre er prinsippskisse for tekniske anlegg ikke levert av noen av leverandørene.
- (53) Innklagede har likevel valgt å jobbe videre med begge parter fordi anbudsskjemaene er komplette, og de punkter som var mangelfulle hos begge har etter innklagedes syn ingen betydning for kostnadene. Verken klager eller valgte leverandør ble derfor avvist.
- (54) Innklagede viser til at det er gitt føringer i konkurransegrunnlaget vedrørende det nye energikravet på følgende måte: *"2tak min 300mm isolasjon, yttervegger min 200mm isolasjon og vinduer min 3-lags"*. I følge innklagede vil dette sammen med varmegjenvinnende ventilasjon, kunne tilfredsstillende det nye energikravet. Det vises til at dette er bekreftet av valgte leverandør i romskjemaet ved at det er opplyst følgende: *"I de tilfeller der anbudsdokumentet går ut over myndighetskrav, vil anbudsdokumentet være angivende"*.

#### *Forbehold om "Tilbudet basert på pbl 97"*

- (55) Innklagede anfører å ha tolket forbeholdet på bakgrunn av at det i konkurransegrunnlaget er gitt føringer om det energikravet man antok ville bli innført fra 1. august 2009. Forbeholdet er forstått dithen at det gjelder revisjonen av plan- og

bygningsloven 1985 som vil tre i kraft fra 2010. Innklagede har derfor ikke vært i tvil om hvordan tilbudet skulle bedømmes på dette punkt.

#### *Forhandlingsforbudet*

- (56) Innklagede anfører at valgte leverandør først er kontaktet etter at protokoll ble skrevet den 8. juli 2009.

#### **Klagenemndas vurdering:**

- (57) Foreliggende klage inneholder en betinget påstand om ulovlig direkte anskaffelse for det tilfellet at kontrakt blir inngått før klagenemnda har ferdigbehandlet saken. For klager på ulovlige direkte anskaffelser 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 klagenemndsforordningen § 13a er det heller ikke krav om saklig klageinteresse i saker med påstand om at det foreligger en ulovlig direkte anskaffelse.
- (58) Når det gjelder de øvrige anførsler, har klager deltatt i konkurransen, og har derfor saklig klageinteresse, jf. klagenemndsforordningen § 6. Også for disse anførsler er klagen rettidig. Anskaffelsen er en bygge- og anleggskontrakt, og følger etter sin opplyste verdi forskrift om offentlige anskaffelser av 7. april 2006 nr 402 del I og II, jf. forskriften §§ 2-1 og 2-2.

#### *Avvisning av valgte leverandør sitt tilbud*

- (59) Klager anfører at tilbudet fra valgte leverandør skulle vært avvist i medhold av forskriften § 11-1 (1), bokstav f, som følge av at det foreligger tvil om hvordan tilbudet skal bedømmes i forhold til klagers tilbud. Det er vist til at valgte leverandør har unnlatt å levere inn etterspurt dokumentasjon, og at valgte leverandør i tilbudet har oppgitt som forbehold at *"Tilbudet basert på pbl 97"*.

#### *Forbeholdet om "Tilbudet basert på pbl 97"*

- (60) Klagenemnda tar først stilling til hvorvidt valgte leverandørs tilbud skulle vært avvist basert på forbeholdet.
- (61) Av forskriften § 11-11 (1) bokstav d følger det at oppdragsgiver har plikt til å avvise et tilbud når *"det inneholder vesentlige forbehold mot kontraktsvilkårene"*. Av bokstav e følger samme avvisningsplikt når tilbudet inneholder *"vesentlige avvik fra kravspesifikasjoner"*, og i bokstav f når *"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."*
- (62) Det fremgår av konkurransegrunnlagets punkt om *Anbudsbestemmelser* at *"Entreprenøren er juridisk ansvarlig både som planlegger og som utførende entreprenør"*. I tillegg følger det av punktet om *Krav til utførelse* vedrørende ferdigstilling at: *"Det er entreprenørens ansvar at bygget med installasjoner tilfredsstiller myndighetenes krav [...]"*, at *"Entreprenøren skal utarbeide alle nødvendige meldinger og søknader til offentlige myndigheter som bygningsmyndighetene [...]"*, samt *"Entreprenøren har ansvaret for at han selv og den gruppe konsulenter og underentreprenører han har knyttet til seg har de nødvendige kunnskaper og autorisasjoner for å kunne utføre de forskjellige fag som entreprisen innebærer."*

- (63) Klagenemnda oppfatter disse formuleringene i konkurransegrunnlaget dit hen at valgte leverandør ved utførelsen av bygge- og anleggskontrakten må følge de til enhver tid gjeldende bestemmelser i plan- og bygningsloven. Innklagede kan ha ment at man ikke pliktet å hensynta det nye energikravet, hensett til at tilbudsfristen i konkurransen var den 26. juni 2009, dvs. før iverksettelsestidspunktet for det nye energikravet pr 1. august 2009. Gjennomføring av pbl-endringer tidfestes visstnok normalt til dagen for innsendt byggesøknad og det kunne derfor være spørsmål om prosjektet i denne saken overhodet kunne unntas med forbehold om utførelse fra før iverksettelsen av regelendringen. Innklagede har imidlertid gitt føringer ved følgende formulering i konkurransegrunnlaget: *"2tak min 300mm isolasjon, yttervegger min 200mm isolasjon og vinduer min 3-lags"*, og dette sammen med varmegjenvinnende ventilasjon som valgte leverandør har priset inn i sitt tilbud, ble ansett for å kunne tilfredsstille det nye energikravet. Nemnda har videre forstått det slik at valgte leverandør, etter innklagedes vurdering, har bekreftet at disse føringene ville bli fulgt ved å ha opplyst følgende i sitt romskjema: *"I de tilfeller der anbudsdokumentet går ut over myndighetskrav, vil anbudsdokumentet være angivende"*.
- (64) Nemnda legger til grunn innklagedes opplysninger om at de aktuelle krav vedrørende energibesparelser er innarbeidet av innklagede som kravsspesifikasjoner i konkurransegrunnlaget vedrørende isolasjon og utførelse i tak, yttervegger, vinduer og ventilasjon. Det aktuelle regelverk ble innført pr 1. august 2009, før dato for byggesøknad, men senere enn tilbudsfristen. Et forbehold om *"Tilbudet basert på pbl 97"* kan vanskelig tolkes dit hen at det tilbys en utførelse som vil være regelstridig etter plan- og bygningsloven. Forbeholdet kan heller ikke forstås dit hen at valgte leverandør tilbyr en utførelse som materielt avviker fra de tekniske spesifikasjoner i konkurransegrunnlaget. Det er ikke opplyst noe som tyder på at de nye energisparingskrav går lenger enn kravsspesifikasjonen i dette tilfellet. Tvert i mot fremholdes det av innklagede at spesifikasjonene på de aktuelle punkter nettopp var de krav som ble innført ved endringen 1. august 2009. For så vidt er forbeholdet om *"Tilbudet basert på pbl 97"* uten reell betydning og innklagede må derfor høres med sin anførsel om at valgte leverandør ved sitt tilbud både innfrir de formelle kravsspesifikasjoner vedrørende energisparing og dessuten har påtatt seg å følge anbudsdokumentet der dette går ut over myndighetskravene. Klagers anførsel om avvisning på dette grunnlag fører derfor ikke frem.

#### *Mangelfull dokumentasjon*

- (65) Spørsmålet blir deretter om klagers anførsel om avvisning av valgte leverandør med grunnlag i mangelfull dokumentasjon i tilbudet kan føre frem. Innklagede har vist til at verken klager eller valgte leverandør har levert komplett dokumentasjon i sine tilbud, jf premiss (52). Innklagede har likevel valgt å vurdere begge tilbud fordi anbudsskjemaene var komplette, og de punkter som var mangelfulle hos begge har etter innklagedes syn ingen betydning for kostnadene. Etter dette finner nemnda ikke grunn til å vurdere klagers anførsel på dette punkt, jf klagenemndsforordningen § 6, 2. ledd.

#### *Brudd på forhandlingsforbudet*

- (66) Klager anfører at konkurransen er utlyst og gjennomført som en åpen anbudskonkurranse hvor forhandlinger ikke er tillatt, jf forordningen §§ 4-2 bokstav a og 12-1. Det er vist til at innklagede har opplyst å ha kontaktet valgte leverandør etter at protokoll ble skrevet, men at innklagede ikke tilbakeviser at det er ført forhandlinger med valgte leverandør etter 8. juli 2009. Klager viser til at innklagede har opplyst at det

er avholdt et møte med valgte leverandør der innklagede ba om "oppklarende opplysninger", og at innklagede i e-post av 16. oktober 2009 har opplyst at det er innledet kontraktsforhandlinger med valgte leverandør.

- (67) Av forskriften § 12-1 (1) fremgår følgende: "*Ved åpen (...) anbudskonkurranse er det ikke tillatt å endre tilbudene eller forsøke å endre tilbudene gjennom forhandlinger. Det er herunder ikke tillatt å endre pris, leveringstid eller andre forutsetninger som har betydning for konkurranseforholdet*". Videre følger det av forskriften § 12-1 (2) bokstav a at det kun er anledning til å avklare tilbud dersom det foreligger uklarheter og ufullstendigheter i tilbudene.
- (68) Innklagedes har hatt kontakt med valgte leverandør og har omtalt dette som "*forhandlinger*". Dette er uheldig i lys av forhandlingsforbudet, men det er i praksis ikke uvanlig at ordet "*forhandlinger*" brukes om den nødvendige kommunikasjon som innleder det samarbeid prosjektet leder opp til etter at man reelt har truffet beslutningen om tildeling. Det kan gjelde praktiske spørsmål om oppstart og annet som ikke utgjør noen del av kontrakten mellom partene.
- (69) Slik nemnda tolker det, har innklagede ikke bedt om endring av tilbudet fra valgte leverandør som kan antas å være i strid med forhandlingsforbudet i forskriften § 12-1 (1). Det synes etter nemndas oppfatning ikke å ha blitt foretatt en endring av verken pris, leveringstid eller andre forutsetninger av betydning for konkurranseforholdet i angjeldende konkurranse. Nemnda viser til at forhandlingsforbudet i forskriften § 12-1 skal sikre likebehandling av leverandørene og forutberegnelighet, men skal også hindre muligheter for å spekulere i uklarheter ved tilbudet, jf. om det prinsipielle i Høyesteretts dom i "*Veidekke*"-saken Rt. 2003 s. 1531 ved premissene (43) og (44) og klagenemndas avgjørelse i sak 2008/202. Nemnda finner det avgjørende i angjeldende sak at evalueringen av tilbudene var ferdig fra innklagedes side, og at de avklarende opplysningene skulle skje innenfor rammen av valgte leverandør sitt tilbud. Slik nemnda ser det, foreligger det dermed ikke grunnlag for å anse at innklagede har gjennomført forhandlinger med valgte leverandør. Klagers anførsel på dette punktet fører ikke frem.

#### *Rettsstridige avklaringer*

- (70) Klager anfører at valgte leverandør ikke har anledning til å ta forbehold i tilbudet om innsending av skjema for beregning av energiforbruk etter tilbudsfristens utløp, dvs når det blir klarlagt hvilket alternativ som er ønskelig. I følge klager er det ikke anledning til avklaringer, dersom uklarheter og ufullstendigheter er slike at kommunen har plikt til å avvise tilbudet etter forskriften § 11-11.
- (71) Etter forskriften 12-1 (2) er det adgang til å foreta visse avklaringer i leverandørenes tilbud i en anbudskonkurranse, herunder kan oppdragsgiver innhente nærmere opplysninger hos leverandørene for å få klarlagt "*ufullstendigheter*" i tilbudene, jf bokstav a. Det er imidlertid ikke tillatt å foreta avklaringer dersom ufullstendigheten er slik at tilbudet skal avvises i henhold til forskriftens § 11-11.
- (72) I angjeldende sak var det spørsmål om ettersendelse av skjema for beregning av energiforbruk. Etter klagenemndas oppfatning må slik dokumentasjon kunne inngis etter tilbudsfristens utløp, uten at det innebærer en endring av tilbudet i strid med forhandlingsforbudet, jf forskriften § 12-1 (2). I utgangspunktet er det leverandøren som har risikoen for at tilbudet er klart og inneholder det som det skal inneholde, og

oppdragsgiver har dermed som hovedregel ikke plikt til å foreta avklaringer, jf ”kan” i forskriftens § 21-1 (2) bokstav a, og klagenemndas sak 2007/91 og 2004/285 premiss (32). Nemnda viser imidlertid til ovennevnte premiss (64), hvor det fremkommer at innklagede har vist til at verken klager eller valgte leverandør har levert komplett dokumentasjon i sine tilbud, jf premiss (52). Innklagede har likevel valgt å vurdere begge tilbud fordi anbudsskjemaene var komplette, og de punkter som var mangelfulle hos begge har etter innklagedes syn ingen betydning for kostnadene. På den bakgrunn finner nemnda at klagers anførsel ikke fører frem.

#### *Tildelingsbeslutningen*

- (73) Klager har anført at det foreligger brudd på kravet til likebehandling og forutberegnelighet dersom innklagede i prisevalueringen ikke har hensyntatt at klagers tilbud ivaretar gjeldende energikrav. Dette forhold er svakt opplyst i saken og rokker ikke ved at innklagedes evaluering har slått ut i valgte tilbyders favør med henvisning til dennes tilbud tilfredsstilte konkurransegrunnlagets forutsetninger.

#### *Vedståelsesfristen*

- (74) Klager har anført at innklagede ikke har anledning til å inngå kontrakt i saken, fordi vedståelsesfristen er utløpt. Dersom det inngås kontrakt med valgte leverandør vil det i følge klager være en ulovlig direkte anskaffelse. Det er vist til at innklagede har plikt til å slutføre konkurransen innen vedståelsesfristens utløp, og at en fortsettelse av anbudsprosessen etter vedståelsesfristens utløp er et brudd på anskaffelsesregelverket. Videre har klager anført at når oppdragsgiver ønsker å forlenge den opprinnelige vedståelsesfristen, må dette skje ved at samtlige tilbydere i konkurransen kontaktes, og får den samme oppfordringen til å forlenge sin vedståelsesfrist. Så er ikke skjedd i foreliggende sak, ved at klager ikke er blitt kontaktet. Forlengelse av den opprinnelige fristen må dessuten skje innen denne fristen er løpt ut.
- (75) Idet kontrakt foreløpig ikke er inngått, tar klagenemnda ikke stilling til hvorvidt en eventuell fremtidig kontraktsinngåelse vil utgjøre en ulovlig direkte anskaffelse, jf klagenemndsforordningen § 12 (2).
- (76) Av forskriften § 10-2 (1) følger det at oppdragsgiver skal fastsette en vedståelsesfrist, som angir den tiden tilbudene er bindende. Når vedståelsesfristen er utløpt uten at kontrakt er inngått, er utgangspunktet at oppdragsgiver står uten bindende tilbud i konkurransen. Det vises til at kontrakt anses etter anskaffelsesforordningen for inngått først når kontrakten er signert av begge parter, jf forskriften § 13-3(1) annet punktum. Dersom oppdragsgiver skal forlenge vedståelsesfristen, må dette ut fra kravene til likebehandling og god forretningsskikk i loven § 5, skje på lik måte med samtlige av leverandørene som har inngitt gyldig tilbud i konkurransen, jf blant annet sakene 2009/128 og 2005/267.
- (77) Av konkurransegrunnlaget fremgikk det at tilbyderne skulle vedstå seg sine tilbud til 29. august 2009. I kunngjøringen fremgikk det at vedståelsesfristen var satt til 30. september 2009. Klagenemnda legger til grunn de opplysningene som fremgår om frist i kunngjøringen, da kunngjøringsteksten på Doffin er det offisielle dokumentet som når ut til samtlige potensielle tilbydere i en konkurranse.
- (78) Basert på dette, er det på det rene at vedståelsesfristen for valgte leverandør sitt tilbud er blitt forlenget innenfor fristens utløp, jf referat fra møte mellom innklagede og valgte

leverandør den 28. september 2009, hvor det fremgår at denne leverandøren fortsatt vedsto seg sitt tilbud. Det er videre på det rene at klager ikke har forlenget sin vedståelsesfrist, og at selskapet heller ikke har fått noen oppfordring fra innklagede om å foreta en slik forlengelse.

- (79) Når klager ikke har forlenget sin vedståelsesfrist innen 30. september 2009, innebærer dette at selskapets tilbud opphørte å være bindende samme dato. Innklagedes unnlatelse av å oppfordre klager til å forlenge sin vedståelsesfrist utgjør et brudd kravene til likebehandling og forutberegnelighet i loven § 5 og forskriften § 3-1.

#### *Erstatning*

- (80) Klagenemnda finner i foreliggende sak ikke grunn til å ta stilling til hvorvidt vilkårene for erstatning for den positive kontraktsinteresse for klager er oppfylt. Nemnda antar imidlertid at vilkårene for erstatning for den negative kontraktsinteressen kan være oppfylt, idet innklagede unnlot å oppfordre klager om å forlenge sin vedståelsesfrist innen den opprinnelige fristens utløp

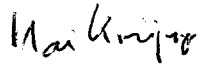
#### **Konklusjon:**

Nore og Uvdal kommune har brutt kravene til likebehandling og god forretningsskikk i loven § 5 og i forskriften § 3-1 ved at ikke begge leverandører fikk forespørsler om forlengelse av vedståelsesfristen innenfor den opprinnelige fristens utløp den 30. september 2009.

Klagers øvrig anførsler har ikke ført frem eller har ikke blitt behandlet.

For klagenemnda,

14. desember 2009



Kai Krüger