



## Klagenemnda for offentlige anskaffelser

*Innklagede gjennomførte en åpen anbudskonkurranse for anskaffelse av entreprise K401 "Elektroteknikk" i forbindelse med utbyggingen av Sam Eyde videregående skole. Klagenemnda fant at innklagede ikke hadde brutt regelverket om offentlige anskaffelser.*

### **Klagenemndas avgjørelse 02. mai 2011 i sak 2010/103**

**Klager:** Arendal El-Team Installasjon AS

**Innklaget:** Aust-Agder fylkeskommune

**Klagenemndas medlemmer:** Arve Rosvold Alver, Magni Elsheim, Georg Fredrik Rieber-Mohn

**Saken gjelder:** Avvisning av valgte leverandør, forutberegnelighet, likebehandling, forhandlingsforbudet

### **Bakgrunn:**

(1) Aust-Agder fylkeskommune (heretter kalt innklagede) kunngjorde 2. desember 2009 en åpen anbudskonkurranse for anskaffelse av entreprise K401 "Elektroteknikk" i forbindelse med utbygging av Sam Eyde videregående skole i Arendal. Tilbudsfrist var i kunngjøringens punkt IV.3.4 angitt til å være 2. februar 2010.

(2) Av kunngjøringen fremgikk det følgende under punkt III.2 "Kvalifikasjonskrav":

*"III.2.3*

*[...]*

*Krav til tilbyders tekniske og faglige kvalifikasjoner*

*Følgende kvalifikasjonskrav vil bli lagt til grunn ved vurdering av tilbyderne:*

*Kvalifikasjonskriterium. Kvalifikasjonskrav. Dokumentasjon.*

*Kompetanse: Har gjennomført byggeprosjekter med sammenliknbar kompleksitet med størrelse minimum 3000m<sup>2</sup>.*

*Referanseprosjekt med oppgitt størrelse og kontaktperson*

*Kapasitet, har tilgang til følgende fagarbeider, minimum:*

*25 personer*

*Egne eller forpliktende avtale med underentreprenør(er) for å oppnå antall fagarbeidere."*

(3) Det fremgikk av konkurransegrunnlagets punkt 3 "Aust-Agder fylkeskommunes evaluering av tilbudet" følgende vedrørende kvalifisering av tilbyderne:

*"3.1 Kvalifisering – Tildeling*

**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

Evalueringen av tilbudene vil skje i to omganger. Først vil tilbyderne bli vurdert i forhold til de oppførte kvalifikasjonskrav. Tilbyderne som ikke anses å oppfylle kvalifikasjonskravene vil bli avvist. Disse tilbyderne vil dermed ikke få innholdet i tilbudet nærmere vurdert.

De tilbyderne som anses kvalifisert, går videre til tildelingsfasen. I denne fasen vil tilbudet bli evaluert i forhold til de oppførte tildelingskriterier.

Evalueringen vil i begge faser ta utgangspunkt i den innleverte dokumentasjon. Det er derfor helt avgjørende at tilbudene inneholder all etterspurt dokumentasjon.

**Tilbydere som ikke vedlegger etterspurt dokumentasjon, vil bli avvist.**

3.2 Kvalifikasjonskrav i denne konkurransen

Følgende kvalifikasjonskrav vil bli lagt til grunn ved vurdering av tilbyderne

Kvalifikasjonskriterium	Kvalifikasjonskrav	Dokumentasjon
Kompetanse	Har gjennomført byggeprosjekter med sammenliknbar kompleksitet med størrelse minimum 3000m2.	Referanseprosjekt med oppgitt størrelse og kontaktperson
Kapasitet	Har tilgang til følgende fagarbeider, minimum: 25 personer	Egne eller forpliktende avtale med underentreprenør(er) for å oppnå antall fagarbeidere. Dokumenteres i henhold til kap 5.4 pkt 3.
Økonomisk soliditet	Minimum score i henhold til Lindorff Decision AS: Decision Score 3- Kredittverdig eller Dun& Bradstreet Rating: Minimum Rating A	Dokumentasjon vedlegges Byggherren vil på selvstendig grunnlag forbeholde seg retten til å innhente samme opplysninger fra annen instans.

[...]

5.4 Hva skal leveres?

[...]

3. Den etterspurte dokumentasjonen i tabellen for kvalifikasjonskrav, jf pkt 3.2”

- (4) Av konkurransegrunnlagets punkt 3.5 ”Tildelingskriterier i denne konkurransen” fremgikk det at kontrakt skulle tildeles det økonomisk mest fordelaktige tilbudet basert på følgende kriterier:

”

Kriterier	Dokumentasjon
Evaluert tilbudssum	Kontrollregnet levert tilbudsmateriale
Evaluering av påslag for tiltransportert, kfr. Tilbudsskjema punkt 4.3 og 5	Utrekning basert på tilbudte påslagsprosjenter og timepriser angitt i Tilbudsskjema
Lærlingeordning	Blankett i Kontraktsbestemmelsene

Kriteriene er ikke oppstilt i prioritert rekkefølge.”

- (5) Følgende fremgikk av konkurransegrunnlaget punkt 4 "Avvik fra konkurransegrunnlaget, under punkt 4.1 "Generelt om forbehold":

*"Aust-Agder fylkeskommune oppfordrer til å gi tilbud uten forbehold. Det understrekes at tilbyder har risikoen for uklarheter i eget tilbud og at uklarheter kan medføre avvisning.*

*Dersom forbehold tas, skal forbehold klart fremgå av tilbudsbrevet. Forbehold skal være presise og entydige, slik at Aust-Agder fylkeskommune kan vurdere disse uten kontakt med tilbyder. Forbehold som ikke kan prises av Aust-Agder fylkeskommune, **vil medføre avvisning av tilbudet.***

*Bemerkninger til den tekniske beskrivelsen og mengdefortegnelser kan anføres på det aktuelle sted, men skal i så fall også opplistes i tilbudsbrevet med henvisning til sidetall og postnummer. Dersom dette ikke gjøres, vil bemerkningen betraktes som "arbeidsnotat" av entreprenøren uten økonomiske eller fremdriftsmessige konsekvenser for tilbudet.*

*Det er ikke adgang til å ta forbehold mot grunnleggende elementer i konkurransegrunnlaget. **Tilbud som inneholder forbehold av denne art, vil bli avvist.***

*Henvisning til standardiserte leveringsvilkår eller lignende vil bli betraktet som forbehold i den grad de avviker fra foreliggende konkurranseregler og kontraktsbestemmelser. Slike forbehold vil etter all sannsynlighet medføre at tilbudet avvises.*

*Forbehold om regulering av kontraktssum på annen måte enn angitt for den aktuelle kontrakt i Aust-Agder fylkeskommunes kontraktsbestemmelser for entrepriser (Blåboka til Statsbygg), herunder valutaforbehold, vil medføre avvisning."*

- (6) Det fremgikk videre av konkurransegrunnlaget punkt 4.3 at det ikke var anledning til å gi tilbud på alternative løsninger.

- (7) Vedlagt konkurransegrunnlaget var dokumentet "Beskrivelse og masseberegning". Det fremgikk av punkt 2 "Regulering av kontraktssummen" under punkt 2.2 "Opsjon på fastpristillegg" at:

*"Tilbyderen skal gi Aust-Agder fylkeskommune opsjon på fastpristillegg. Dette innebærer at tilbyderen påtar seg risikoen for svingninger i lønninger, priser, sosiale utgifter m.v. fra tilbudsdato til avtalt ferdigstilling for en fast pris.*

*Fastpristillegg eks mva NOK .....*"

- (8) Videre fremgikk det følgende på side 159 i "Beskrivelse og masseberegning":

*"433.2.47 Adapter med 700mm ledning 2x2, 5mm2,  
og jordet stikkontakt stk 872 ....."*

- (9) På sidene 276 til 279 i "Beskrivelse og masseberegning" var det inntatt informasjon for bygningsdel 542 "Brannalarm" og punkt under Kapittel/fag 54 "Alarm og signalsystemer".

- (10) Av konkurransegrunnlagets "Bok 0 Generelle bestemmelser" under punkt 5.3 "Tidsfrister/dagmulkt" fremgikk det følgende for "alle øvrige entrepriser":

*"Dagmulkt, 1 % av total kontraktssum."*

- (11) Videre fulgte under vedlegg 1 "Kontraktsbestemmelser for entreprise basert på NS3430, Aust-Agder fylkeskommune" til "Bok 0 Generelle bestemmelser":

*”6 Forsikring (NS 3430 pkt 14)*

*Byggherren tegner ikke forsikring*

*Entreprenørens forsikringer i henhold til NS 3430 pkt 14 skal innen 14 dager etter kontraktsinngåelse dokumenteres ved utfylling av vedlagte formularer; Blankett 2 – NS 3430 Forsikringsattest tingforsikring og Blankett 3 – NS 3430 Forsikringsattest ansvarsforsikring. Byggherren plikter ikke å betale avdrag før han har mottatt nevnte attester.”*

- (12) Tilbyderne ble i e-post datert 29. januar 2010 meddelt innklagedes svar på spørsmål fra en tilbyder. Følgende hitsettes:

***”Mottatt spørsmål:***

*18. Det gjelder post 433.2.39. Stemmer det med 63Amp 3+n+pe? 145 stk?*

*Dette blir i så fall en veldig stor post og om vi kunne fått vite litt om snittlengder og om det er flere på kursen hadde dette vært fint.*

***Svar:***

*18. Post 433.2.39 utgår i sin helhet og skal ikke prises.*

*Hvis noen har priset denne i innlevert materiale vil vi trekke summen ut i forbindelse med anbudsevalueringen.”*

- (13) Innen fristen mottok innklagede 6 tilbud, herunder fra Arendal El-Team Installasjon AS (heretter kalt klager) og ABP Elektro AS (heretter kalt valgte leverandør).
- (14) Det fremgikk av valgte leverandørs tilbud i punkt 2.2 *”Opsjon på fastpristillegg”* at fastpristillegget var oppgitt til å være kr 1.700.000.
- (15) Innklagede har opplyst at det vedlagt valgte leverandørs tilbud var en egenerklæring vedrørende *”Kvalifikasjon”*. Det fremgikk følgende under *”Kort presentasjon av ABP Elektro AS”* at:

*”ABP Elektro A/S har pr dags dato 21 ansatte og derav 15 montører/læregutter, 2 regnskapsmedarbeidere (deler ca 1 full stilling) og 3 saksbehandlere og 1 installatør.*

*[...]*

*Vi er medlem av Elfag-kjeden som vi på tidligere prosjekter har inngått avtale med for bistand ved eventuelle topper, Elfag-kjeden har også egne avtaler med utleiefirmaer som vi kan benytte oss av. Vi har tidligere god erfaring med innleie fra flere lokale og regionale bemanningsbyråer.”*

- (16) Vedlagt egenerklæringen var et udatert og usignert dokument med Elfag-logo, hvor følgende fremgikk:

*”Sam Eyde Vgs, bemanning elektroarbeider.*

*Elfag er Norges største elektrikerkjede, og består av ca 170 medlemsbedrifter fordelt på ca 200 lokasjoner rundt i Norge.*

*Dersom ABP Elektro AS blir aktuelle for arbeidene med el-installasjoner ved Sam Eyde VGS i Arendal garanterer Elfag at de vil stille med nødvendig tilleggskapasitet på bemanning.*

*Dette enten via øvrige medlemsbedrifter eller ved at ABP Elektro AS benytter avtale som Elfag har med bemanningsbyråene Adecco og Nordisk Håndværk.*

*Elfag kjedekontor v/Onninen AS*

*[...]*

*Avtale ansvarlig*

- (17) I notat datert 10. mars 2010 "Anbudssinnstilling" fremgikk at klager hadde det nest laveste tilbudet med kr 35.397.025. Valgte leverandør hadde det laveste tilbud med kr 32.437.703, og det fremgikk at det var små differanser mellom tilbyderne, herunder kr. 2.959.000 kr (9%) mellom laveste og nest laveste tilbyder. Videre hitsettes følgende:

*"5. Kontraktstall.*

*Det er selve tilbudet, vedlegg 1 tom vedlegg 6, som vil danne grunnlag for avklaringsmøtet og som vil være avgjørende for eventuell kontrakt. For laveste tilbyder vil en eventuell kontrakt fremkomme slik:*

*Evaluert anbud : kr 32.932.203,00*

*25% mva: kr. 8.233.050,75*

*Utgangspunkt kontraktssum. kr 41.165.253,75*

*Erfaringsmessig vil det alltid komme justeringer under et avklaringsmøte, men justeringene må ikke være av en slik art at beløpet overstiger nest laveste tilbyder.*

*[...]*

*9. Konklusjon*

*Ber om fullmakt til å foreta nødvendige avklaringer og slutte kontrakt med laveste anbyder, ABP Elektro AS, Arendal*

- (18) Tilbyderne ble i brev datert 13. mars 2010 meddelt at innklagede i henhold til forskriftens §§ 22-2 (2) og 22-3 (1) hadde til hensikt å inngå kontrakt med valgte leverandør. Det fremgikk at valgte leverandør var foretrukket med "Laveste tilbud iht. tildelingskriteriene og fremkommer slik for de tre laveste, evaluerte tilbudene". Videre var det inntatt en tabell, hvor det fremgikk følgende:

<i>"Tilbyder nr.</i>	<i>Korrigert og evaluert tilbud</i>	<i>Timesatser, matr., admin., tiltransp.</i>	<i>Lærlinge-ordning</i>	<i>Evaluert sum.</i>
<i>2</i>	<i>32.932.203,00</i>	<i>[...]</i>	<i>-700.000,-</i>	<i>32.437.703,00</i>
<i>5</i>	<i>35.872.025,00</i>	<i>[...]</i>	<i>-700.000,-</i>	<i>35.397.025,00</i>
<i>6</i>	<i>36.921.900,20</i>	<i>[...]</i>	<i>-700.000,-</i>	<i>36.554.150,20</i>

- (19) Det ble avholdt møte mellom innklagede og valgte leverandør 17. mars 2010, hvor det ble utformet et referat. Innklagede har opplyst i tilsvar at punktene 1 og 2 i referatet skriver seg fra gjennomgangen av anbudsdokumentene, og at referatet fra kontraktsmøte starter ved punkt 3. Følgende hitsettes av referatet:

*"Dagsorden for møtet:*

- 1. Gjennomgang av anbudet med anbudsfølgebrev*
- 2. Definisjon av bestillingssum*
- 3. Bestemmelser vedrørende kontrakt*
- 4. Konklusjon*

[...]

## **1 Gjennomgåelse av anbudet**

### **1.1 Anbudssum**

*Anbudssum ved anbudssåpning den 02. februar 2010;  
Kr 33.086.003,- eksklusiv merverdiavgift.*

### **1.2 Utfylling av beskrivelse**

*Beskrivelsen er i det alt vesentligste utfylt iht. forespurt*

[...]

### **1.4.3 Materialvalg**

*Entreprenøren er innforstått med og aksepterer at der hvor det i beskrivelsen er bedt om angivelse av priset produkt, skal levert produkt være i samsvar med rådgivers målsetting.*

*Unntatt fra dette er entreprenørens forbehold i vedlegg til anbudet, som vil bli behandlet separat.*

*Følgende avklaringer fant sted og som hadde disse tekniske og/eller økonomiske konsekvenser.*

[...]

#### **1.7.10.1 Post 433.2.39 Posten utgår.**

*Fanget opp av entreprenør. Ingen konsekvens.*

#### **1.7.10.2 Post 433.2.47 Adapter med 700 med mer ledning og jordet stikk. Entreprenøren må dokumentere valgt løsning.**

*Ingen økonomiske eller fremdriftsmessige konsekvenser.*

#### **1.7.22 Kap. 542 Brannalarm:**

##### **1.7.22.1 Det forutsettes at aspirasjons detektorer ARD100 dekker det området som er beskrevet av RIE også med T-stykker og kapillær rør – rørt tilkoblet. Gjelder i områder der det er beskrevet 2 rørs aspirasjonsdetektorer.**

*Entreprenøren bekrefter dette.*

*Ingen økonomiske eller fremdriftsmessige konsekvenser.*

[...]

### **1.9.7 Ressurser/ bemanning**

#### **1.9.7.1 ABP Elektro AS har tilstrekkelige ressurser for dette prosjektet.**

*Plan med forslag om bemanning (navn) sendes byggeleder for kommentar.*

*Byggherren forbeholder seg retten til å kommentere/komme med eventuelt alternative forslag/ønsker.*

#### **1.9.7.2 Prosjektleder/byggeplassjef for dette prosjektet vil være**

*Prosjektansvarlig: [...]*

Prosjektleder: [...]

Eventuelle endringer skal godkjennes av byggherren.

[...]

### **3 Bestemmelser vedrørende kontrakt**

[...]

#### **3.4.2 Dagmulkt:**

For entreprenørens egen forsinkelse vil det måtte betales dagmulkt. Dagmulkten for denne entreprise er

**kr 43.500,- pr. hverdag(anbudssum inkl. opsjon)**

[...]

#### **3.6 Prisregulering av kontrakten**

Denne kontrakt er avtalt med fast lønns- og prisregulering.

Avtalt sum kr. 1.700.000,- ekskl. merverdiavgift.

Entreprenøren setter opp forslag til faktureringsplan for aksept av byggherren.

[...]

#### **3.9 Forsikringer:**

Entreprenøren stiller forsikring som i NS 3430 som dekker egne arbeider og brann. Kopi av forsikringen sendes byggherren **senest innen 2 uker etter bestilling.**

Forsikringen (inkl.mva) skal gjelde i hele byggefasen og til alle mangler er utbedret og godkjent.

Entreprenøren skal stille ansvarsforsikring som fullt ut dekker ansvar for denne entreprisen.

4

#### **Konklusjon**

Byggherren finner for sin del at det etter gjennomgåelse av anbudet er grunnlag for å bestille arbeidene hos

ABP Elektro AS, Postboks 145, 4852 FÆRVIK

Entreprenøren for sin del bekrefter at det er enighet om forståelsen av anbudets grunnlag.

Bestillingsbrev og avtaledokument vil bli utarbeidet og oversendt i overensstemmelse med dette.”

- (20) Klager sendte klage på tildelingen i brev datert 24. mars 2010. Det ble hevdet at valgte leverandør skulle vært avvist fra konkurransen, da de ikke oppfylte kvalifikasjonskravene for kompetanse og kapasitet som var fastsatt i konkurransen.
- (21) Innklagede sendte i brev datert 25. mars 2010 ”Bestilling” til valgte leverandør. Følgende hitsettes:

*”Det bekreftes med dette at avtale er inngått i henhold til avklaringsmøte 17.03.2010, vedlagte avtaledokumenter med omtalte bilag, og arbeidene bestilles utført i overensstemmelse med dette.*

*Bestillingssum: kr 43.482.503,75 inkludert merverdiavgift.*

*Avtaledokumentet vedlegges i 1 eksemplar, hvor vi ber om utfyllende opplysninger av firmaet samt kontroll av samme.*

*Korrigert avtaledokument vil bli sendt Dem i 3 eksemplarer, hvorav 2 bes returnert i undertegnet stand innen nærmere avtalt tidspunkt.*

*Et eksemplar, undertegnet av byggherren, vil bli oversendt Dem vedlagt avtalens øvrige dokumenter i innbundet form.”*

- (22) Innklagede avviste klagen i brev datert 26. mars 2010.
- (23) I brev datert 30. mars opprettholdt klager anførselen om at valgte leverandør skulle vært avvist da selskapet ikke oppfylte dokumentasjonskravet hva angikk kapasitet.
- (24) Saken ble brakt inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser 6. april 2010.
- (25) Av avtalen mellom innklagede og valgte leverandør datert 22. april 2010 fremgår det følgende under punkt II. *”Honorar”*:

*”Entreprenøren honoreres med følgende fastprishonorar:*

<i>Tilbudssum</i>	<i>kr 33.086.003,00</i>	<i>eks. mva.</i>
<i>Korreksjon LPS</i>	<i>kr 1.700.000,00</i>	<i>eks. mva.</i>
<i>Korreksjon +/-</i>	<i>kr 0,00</i>	<i>eks. mva.</i>
<i>Kontraktssum</i>	<i>kr 34.786.003,00</i>	<i>eks. mva</i>
<i>25 % merverdiavgift</i>	<i>kr 8.696.500,75</i>	
<b><u><i>Kontraktssum</i></u></b>	<b><u><i>kr 43.482.503,75</i></u></b>	<b><u><i>inkl. mva”</i></u></b>

- (26) Innklagede har for klagenemnda sendt inn avtale mellom Elfag v/Onninen AS og Adecco Norge AS om levering av bemanningstjenester, samt samarbeidsavtale mellom Elektrikerkjeden Elfag v/Onninen AS og Nordisk Håndværk ApS om leie av personell. Det er ikke bestridt at innklagede har mottatt avtalene etter tilbudsfristens utløp.

#### **Anførsler:**

#### **Klagers anførsler:**

##### *Avvisning av valgte leverandør*

- (27) Klager anfører at valgte leverandør ikke oppfyller dokumentasjonskravene som fremgår av konkurransegrunnlaget, og dermed skulle vært avvist, jf. lovens § 5 og konkurransegrunnlagets punkt 3.1 jf. 3.2. Erklæringen fra Elfags kjedekontor er udatert og usignert, og Elfag kjedekontor har heller ikke egne ansatte. Avtalene det vises til er ikke dokumentert og er ikke inngått mellom valgte leverandør og den aktuelle underleverandør. Konkurransegrunnlaget er klart og utvetydig, og det er ikke rom for en innkrenkende tolkning av *”forpliktende avtale med underentreprenør(er)”* til å omfatte erklæring fra en eller flere underleverandører. Avtalene med Adecco og Nordisk Håndværk var heller ikke fremlagt innen tilbudsfristens utløp, men er fremlagt etter



valget av leverandør er foretatt. Det er dermed ikke fremlagt forpliktende avtale med underentreprenør slik konkurransegrunnlaget krever. Det bemerkes at det under punkt 1.9.7.1 i møterefateratet fremkommer at valgte leverandør skal sende oppdragsgiver et forslag til bemanning på oppdraget.

#### *Brudd på kravet til forutberegnelighet og forhandlingsforbudet*

- (28) Klager anfører at innklagede har brutt hensynet til forutberegnelighet og likebehandling i lovens § 5 og forhandlingsforbudet i forskriftens § 21-1 (1). Det ble i møte den 17. mars avtalt et tillegg på kr. 1.700.000 for lønns- og prisstigning i henhold til tilbudsskjema punkt 2.2. Innklagede har brutt kravet til forutberegnelighet ved å unnlate å prise valgte leverandørs tilbud. Innklagede kan heller ikke da ha fått sammenlignbare priser. Etter notat datert 10. mars var valgte leverandørs evaluerte tilbudssum kr. 32.932.203, mens kontraktssum er kr. 33.086.003 med tillegget på kr. 1.700.000. Kontraktssummen avviker dermed med kr. 153.800 fra den evaluerte tilbudssum, til sammen kr. 1.853.800, og denne prisdifferansen viser også at forhandlingsforbudet er brutt. Møteaktiviteten før kontraktsinngåelse representerer et brudd på forhandlingsforbudet, jf. forskriften § 21-1 (1). Når påslaget ikke medtas under tildelingsevalueringen og først i møte med tilbyderen før kontraktsinngåelse, skapes det under enhver omstendighet usikkerhet om hvordan dette har skjedd, samtidig som hensynene forhandlingsforbudet skal ivareta, blir skadelidende.
- (29) Møterefateratet datert 17. mars 2010 viser også at det er forhandlet på kontraktsvilkår hva angår pris og utførelse, da endringer/korrigeringer som fremkommer i referatet kan ha prismessige konsekvenser. Klager viser til punktene 1.4.3, 1.7.10.1, 1.7.10.2, 1.7.22.1, 3.4.2, 3.6 og 3.9.

#### *Brudd på likebehandlingsprinsippet*

- (30) Det anføres at også klager skulle vært innkalt til avklaringsmøte og at en unnlattelse av dette innebærer et brudd på likebehandlingsprinsippet i lovens § 5. Klager var rangert som nest beste tilbyder, og differansen til valgte leverandør var kr 1.173.997. Differansen mellom valgte leverandørs tilbud og kontraktssum er kr 1.853.800. Det representerer et brudd på likebehandlingsprinsippet at det kun ble avholdt avklaringsmøte med valgte leverandør og ikke med klager.

#### *Erstatning*

- (31) Det bes om at klagenemnda tar stilling til hvorvidt det foreligger grunnlag for erstatning i saken.

#### *Innklagedes anførsler:*

- (32) Innklagede bestrider at valgte leverandør skulle vært avvist. Valgte leverandør har dokumentert at kapasitetskravet er oppfylt ved egne ansatte og tilgang til tilleggskapasitet på grunnlag av inngåtte avtaler med bemanningsbyråer. Erklæringen fra Elfag kjedekontor tilfredsstiller dokumentasjonskravet oppstilt i forbindelse med kvalifikasjonskriteriet "kapasitet", og denne er et av flere vedlegg til valgte leverandørs tilbud. Når et kjedekontor inngår avtaler med bemanningsbyråer og garanterer at en medlemsbedrift kan benytte disse avtalene, finner innklagede ikke grunn til å betvile at så er tilfelle. Elfags garanti er gitt på grunnlag av avtaler fremforhandlet av Elfag på vegne av blant annet valgte leverandør, og erklæringen bekrefter valgte leverandørs tilgang på tilstrekkelig bemanning.

- (33) Dokumentasjonskravet kan oppfylles på to måter; enten ved at leverandøren dokumenterer at egne fagarbeidere som han har tilgang til, herunder også at han er tilknyttet ordninger som gir tilfredsstillende sikkerhet for at han vil ha tilgang til nødvendig innleie av arbeidskraft; eller ved at han fremlegger en avtale med en eller flere underentreprenører, herunder fremlegge erklæring fra en eller flere underleverandører. Dette er i samsvar med forskriftens § 17-9 (2). Konkurranses grunnlaget fastsetter at leverandøren skal fremlegge dokumentasjon på at han har rådighet over de nødvendige ressursene, men i samsvar med forskriftens § 17-9 (2) er det ikke angitt eksakte krav til hvordan denne dokumentasjonen skal utformes. Valgte leverandør er medlem av Elfag-kjeden, som er en sammenslutning av ca. 170 elektrikerbedrifter, hvor et av formålene med sammenslutningen er at medlemmene på en enkel måte kan skaffe seg tilleggs kapasitet. Erklæringen er ikke undertegnet, men det er kun en ren formalfeil og kan ikke være en obligatorisk avvisningsgrunn, jf. forskriften § 20-13 (2) bokstav f.

*Brudd på kravet til foruberegnelighet og forhandlingsforbudet*

- (34) Innklagede bestrider å ha brutt forhandlingsforbudet og hensynet til forutberegnelighet. Innklagede har ikke fremforhandlet et fastpristillegg med valgte leverandør i avklaringsmøtet 17. mars, da dette var en del av valgte leverandørs tilbud i tilbudsskjema. Valgte leverandør har i tilbudsskjema punkt 2.2 gitt tilbud på opsjon om fastpristillegg på kr 1.700.000. Fastpristillegget på kr 1.700.00 endrer ikke rekkefølgen mellom tilbyderne.
- (35) Innklagede erkjenner at det er foretatt en saksbehandlingsfeil, da opsjonen på fastpristillegget skulle være beregnet inn i tilbudet. Tilbyderne er imidlertid behandlet likt, da fastpristillegget ikke er innberegnet fra noen av leverandørene. Feilen medfører ingen endring av mellom tilbyderne, og valgte leverandør er fortsatt kr 1.173.997 lavere enn tilbudet fra klager.
- (36) Avviket på kr 153.000 skyldes at innklagede er kommet i skade for å benytte valgte leverandørs tilbudssum ved åpning, i stedet for den korrigerte tilbudssum slik denne fremkommer av korreksjonsskjema for tilbud. Avviket er dermed ikke et resultat av forhandlinger om pris, men en beklagelig feil i utgangspunktet for beregningen av kontraktssummen. Innklagede har ikke vært oppmerksom på forholdet.
- (37) Innklagede bestrider videre å ha brutt forhandlingsforbudet eller hensynet til likebehandling under punktene 1.4.3, 1.7.10.1, 1.7.10.2, 1.7.22.1, 3.4.2, 3.6 og 3.9. Det vises til at referatets punkt 3.9 kun er en gjennomgang av konkurransegrunnlagets punkter, og ikke medfører noen endring i forhold til konkurransegrunnlagets vedlegg 1 punkt 6. Vedrørende referatets punkt 3.4.2 fremgår det videre av konkurransegrunnlaget at det ved forsinkelser utover sluttfristen skal betales en dagmulkt på 1 % av total kontraktssum, og dette utgjør en avrundet dagmulkt på kr 43.500 pr dag. Under henvisning til referatets punkt 1.4.3 opplyses det også at valgte leverandør ikke har tatt forbehold i sitt tilbud. Innklagede har videre opplyst i utsendt tilleggsinformasjon at punkt 433.2.39 utgår, og punkt 1.7.10.1 i referatet var bare en sjekk på at valgte leverandør hadde fanget dette opp. Videre fremkommer det av referatets punkt 1.7.10.2 at leverandøren er gjort oppmerksom på at leverandøren må dokumentere valgt løsning, jf. punkt 433.2.47. Referatets punkt 1.7.22.1 stadfester leverandørens bekreftelse på at valgt løsning tilfredsstiller kravene til brannalarmen oppstilt i beskrivelsen side 276 flg.
- (38) Innklagede ønsker å presisere at man i avklaringsmøtet gjennomgår en rekke punkter for å avklare om det er noen uoverensstemmelse mellom leverandøren og

oppdragsgivers oppfatning av forholdet knyttet til tilbudet. Avklaringene kan ikke anses å utgjøre noen form for forhandling mellom partene, kun en gjennomgang av tilbudet for å sikre at partene har en sammenfallende forståelse av leveransen.

#### *Brudd på likebehandlingsprinsippet*

- (39) Innklagede bestrider å ha brutt likebehandlingsprinsippet ved å ha en gjennomgang av valgte leverandørs tilbud før overgang til kontraktsmøte, uten at man samtidig inviterer øvrige tilbydere til en tilsvarende gjennomgang av deres tilbud. Avklaringsmøtet ble ikke avholdt på grunnlag av kjente uklarheter knyttet til tilbudet eller konkurransegrunnlaget, og det ble verken forhandlet om tilbudets innhold eller pris. Hensikten med møte var å få en gjennomgang av tilbudet og tilleggsinformasjonen, som en siste kvalitetskontroll av tilbudet før kontraktsmøte. Det ble ikke foretatt avklaringer under møtet som har betydning for konkurranseforholdet, jf. forskriften § 21-1.

#### **Klagenemndas vurdering:**

Klager har deltatt i konkurransen, og har saklig klageinteresse, jf. forskrift om Klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er også rettidig. Anskaffelsen gjelder entreprise av elektroteknikk som er en bygge- og anleggsanskaffelse, og er kunngjort som en anskaffelse som følger forskriften del III. I tillegg til lov om offentlige anskaffelser følger anskaffelsen dermed forskrift om offentlige anskaffelser av 7. april 2006 nr 402 del I og III, jf. forskriftens §§ 2-1 og 2-2.

#### *Avvisning av valgte leverandør*

- (40) Klager anfører at valgte leverandør ikke oppfyller dokumentasjonskravene som fremgår av konkurransegrunnlaget, og dermed skulle vært avvist. Klager har i denne forbindelse vist til at erklæringen fra Elfags kjedekontor er udatert og usignert, og at Elfag kjedekontor ikke har egne ansatte. Avtalene det vises til er ikke dokumentert og er ikke inngått mellom valgte leverandør og den aktuelle underleverandør. Konkurransegrunnlaget er klart og utvetydig, og det er ikke rom for en innkrenkende tolkning av *”forpliktende avtale med underentreprenør(er)”* til å omfatte erklæring fra en eller flere underleverandører.
- (41) Av forskriftens § 20-12 (1) bokstav a følger det at oppdragsgiver *”skal”* avvise leverandører som *”ikke oppfyller krav som er satt til leverandørenes deltakelse i konkurransen, med forbehold av § 21-3 (tilleggsfrist for ettersending av dokumenter)”*. Videre følger det av forskriften § 20-12 (2) at oppdragsgiver *”kan”* avvise leverandører som har *”unnlatt å gi opplysninger i henhold til det som kreves etter denne paragraf eller krav til leverandøren”*.
- (42) I klagenemndas sak 2009/219 ble det uttalt følgende om forholdet mellom disse bestemmelsene:

*”[E]n leverandør skal avvises etter § 20-12 første ledd bokstav a dersom han ikke oppfyller det tilhørende dokumentasjonskravet ”og ved dette viser at han ikke oppfyller kvalifikasjonskravet (eller som følge av dette ikke har dokumentert at han oppfyller kravet)”*. Dersom tilbyder *”ellers”* ikke oppfyller kravene til dokumentasjon, kan selskapet avvises etter § 20-12 andre ledd bokstav g, men i slike tilfeller har oppdragsgiver en betydelig skjønnsfrihet.

*(36) Dette viser at oppdragsgiver har plikt til å avvise en leverandør som ikke på noen måte har dokumentert at kvalifikasjonskravet er oppfylt. Oppdragsgivers rett til å avvise en leverandør etter § 20-12 andre ledd bokstav g er dermed forbeholdt tilfeller der*

*dokumentasjonskravet ikke er oppfylt, men leverandøren på annen måte likevel har vist at kvalifikasjonskravet er oppfylt, eller at dette fremstår som sannsynlig.*”

(43) Av dette følger at manglende oppfyllelse av dokumentasjonskravet gir innklagede en rett, men ikke en plikt til å avvise. Det forhold at valgte leverandør ikke inngav nøyaktig den dokumentasjon som var etterspurt i konkurransegrunnlaget gav dermed ikke som utgangspunkt innklagede noen plikt til avvisning. Erklæringen må også isolert sett kunne anses som relevant dokumentasjon i henhold til forskriftens § 17-9 (2). Spørsmålet er imidlertid hvorvidt angivelsen i konkurransegrunnlaget om at kapasiteten skulle dokumenteres med *”forpliktende avtale med underentreprenør(er)”* innebærer en utvidet plikt til avvisning enn det som følger av forskriftens avvisningsregler.

(44) Av forskriften § 17-9 (2) fremgår det:

*”En leverandør kan for en særskilt kontrakt, der dette er hensiktsmessig, støtte seg på andre foretaks kapasitet, uavhengig av den juridiske karakteren av forbindelsen mellom dem. I så fall skal leverandøren dokumentere overfor oppdragsgiver at den vil ha rådighet over de nødvendige ressursene, for eksempel ved å fremlegge en forpliktelseserklæring om dette fra disse foretakene. ”*

(45) Som nevnt tidligere vil manglende innlevering av dokumentasjon for oppfyllelsen av kvalifikasjonskravene som utgangspunkt ikke innebære en plikt til avvisning. Oppstilte dokumentasjonskrav angir ønsket dokumentasjon, men tilbydere kan innlevere annen dokumentasjon. Når det i foreliggende sak er etterspurt *”forpliktende avtale med underentreprenør(er)”* finner klagenemnda i lys av dette at formuleringen ikke kan forstås på den måten at den begrenser tilbydernes adgang etter forskriften § 17-9 (2) til å dokumentere oppfyllelsen av kvalifikasjonskravet med henvisning til andre foretaks kapasitet. Dersom konkurransegrunnlaget skulle forstås på denne måten burde dette kommet tydeligere til uttrykk.

(46) Klager har også fremholdt at avtalene med Adecco og Nordisk Håndtværk ikke var fremlagt innen tilbudsfristens utløp, men er fremlagt etter valget av leverandør er foretatt. Avtalene var imidlertid henvist til i erklæringen fra Elfag. I lys av konkurransegrunnlagets punkt 3.1 om at *”Tilbydere som ikke vedlegger etterspurt dokumentasjon, vil bli avvist”* kan det riktignok stilles spørsmål ved om innklagede har fraskrevet seg retten til å anmode om supplering eller utdypning av fremlagt dokumentasjon. Dette spørsmålet vil imidlertid ikke aktualiseres i det foreliggende tilfellet, da erklæringen fra Elfag kjedekontor ved Onninen AS må anses som et tilstrekkelig grunnlag for at innklagede kunne vurdere hvorvidt kvalifikasjonskravet var oppfylt.

(47) Klagers anførsel om avvisning av valgte leverandør fører dermed ikke frem.

*Brudd på kravet til forutberegnelighet og forhandlingsforbudet*

(48) Problemstillingen er om innklagede har brutt kravet til forutberegnelighet i lovens § 5 og forhandlingsforbudet i forskriftens § 21-1 (1) ved avklaringer foretatt i møte datert 17. mars 2010.

(49) Det følger av forskriften § 21-1 (1) at:

*”Ved åpen og begrenset 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.”*

- (50) Klager har for det første anført at innklagede har brutt forskriften § 21-1 (1) ved å ha fremforhandlet et fastpristillegg på kr 1.700.000. Innklagede har imidlertid opplyst og dokumentert at det i valgte leverandørs tilbud var oppgitt et fastpristillegg på kroner kr. 1.700.000. Det er dermed klart at fastpristillegget ikke er fremforhandlet på avklaringsmøte i strid med forhandlingsforbudet i forskriften § 21-1 (1).
- (51) Videre har klager anført at innklagede har brutt kravet til forutberegnelighet i lovens § 5 ved ikke å prissette fastpristillegget ved evalueringen av valgte leverandørs tilbud. I dette tilfellet var det som nevnt oppgitt et fastpristillegg i tilbudet, og klagers anførsel fører dermed ikke frem.
- (52) Klager har videre anført at prisdifferansen mellom evaluert tilbudssum og kontraktssum viser at forhandlingsforbudet er brutt. Innklagede har imidlertid opplyst at prisdifferansen skyldes at innklagede gjorde en feil ved å benytte valgte leverandørs tilbudssum ved åpning, i stedet for den korrigerede tilbudssummen. På denne bakgrunn legger klagenemnda til grunn at prisdifferansen ikke er et resultat av forhandlinger, og dermed ikke representerer et brudd på forhandlingsforbudet.
- (53) Videre blir spørsmålet om innklagede har brutt forhandlingsforbudet og hensynet til likebehandling ved å forhandle på kontraktsvilkår for pris og utførelse, jf. referatets punkter 1.4.3, 1.7.10.1, 1.7.10.2, 1.7.22.1, 3.4.2, 3.6 og 3.9.
- (54) Innklagede har opplyst at punktene 1 og 2 knytter seg til gjennomgang av anbudsdokumentene, og at referat for kontraktsmøte starter ved punkt 3. Klagenemnda bemerker at referatets punkter 1.4.3, 1.7.10.1, 1.7.10.2 og 1.7.22.1 må anses som bekreftelser på at valgte leverandør oppfylte kravene i konkurransegrunnlaget med tilleggsinformasjon. Det samme må gjelde for referatets punkt 3.9 under kontraktsmøtet. På bakgrunn av dette finner klagenemnda at disse punktene ikke utgjør et brudd på forhandlingsforbudet eller hensynet til likebehandling.
- (55) Spørsmålet blir da om referatets punkt 3.4.2 utgjør et brudd på forhandlingsforbudet og hensynet til likebehandling.
- (56) Det fremkom av referatets punkt 3 *”Bestemmelser vedrørende kontrakt”* under punkt 3.4.2 *”Dagmulkt”* at dagmulkt for forsinkelse var 43.500,- pr. hverdag. Av konkurransegrunnlagets *”Bok 0 Generelle bestemmelser”* fremgikk det under punkt 5.3 *”Tidsfrister/Dagmulkt”* at dagmulkt skulle utgjøre *”1% av total kontraktssum”*. I avtalen mellom innklagede og valgte leverandør fremgikk det at kontraktssum var kr 43.482.503,75.
- (57) Innklagede har forklart at den avtale dagmulkten på kr 43.500,- pr. hverdag utgjør en avrundet dagmulkt. I dette tilfellet utgjør 1 % av kontraktssum kr 43.482,03, og den avtalte dagmulkten på kr 43.500 kan dermed hevdes å innebære en endring fra på kr 17,97. Klagenemnda bemerker at i lys av det strenge forhandlingsforbudet ved anbudskonkurranser kan det hevdes at avrundingen innebærer et brudd på forhandlingsforbudet i forskriften § 21-1 (1), men i den grad dette innebærer en endring av tilbudet er det uansett av helt marginal betydning. Klager anførsel fører derfor ikke frem.

#### *Brudd på likebehandlingsprinsippet*

- (58) Spørsmålet er om innklagede har brutt likebehandlingsprinsippet i lovens § 5 ved at kun valgte leverandør er innkalt til avklaringsmøte.

(59) Innklagede har forklart at det i avklaringsmøtet er gjennomgått punkter for å avklare hvorvidt det er uoverensstemmelser mellom leverandørens og oppdragsgivers oppfatning av forhold knyttet til tilbudet, og at avklaringene ikke innebærer noen forhandling mellom partene. Innklagede har videre opplyst at punktene 1 og 2 knytter seg til gjennomgang av anbudsdokumentene, og at referat for kontraktsmøte starter ved punkt 3. Klagenemnda bemerker at de belyste punktene i referatet taler for at det kun er foretatt en undersøkelse av hvorvidt konkurransegrunnlagets krav er oppfylt og at det ikke har funnet sted en forhandling. Møtet med valgte leverandør ble avholdt i forkant av at kontrakt ble undertegnet, og et slikt møte med øvrige tilbydere ville naturligvis ikke være relevant. Klagers anførsel fører ikke frem.

***Konklusjon:***

Aust-Agder fylkeskommune har ikke brutt regelverket om offentlige anskaffelser.

For klagenemnda for offentlige anskaffelser

2. mai 2010

Magni Elsheim