



**Klagenemnda
for offentlige anskaffelser**

Innklagede har gjennomført en begrenset anbudskonkurranse vedrørende totalentreprise på prosjektering og oppføring av en ny idrettshall. Klagenemnda kom til at valgte leverandørs tilbud skulle vært avvist fra konkurransen i medhold av forskriften § 20-13 (1) bokstav e, som følge av brudd på minstekrav i kravspesifikasjonen. Klagers øvrige anførsler førte ikke frem eller ble ikke behandlet.

Klagenemndas avgjørelse 28. februar 2011 i sak 2010/109

Klager: Lønnheim Entreprenør AS

Innklaget: Ski kommune

Klagenemndas medlemmer: Tone Kleven, Andreas Wahl og Georg Fredrik Rieber-Mohn

Saken gjelder: Avvisning av valgte leverandørs tilbud, tilbudsevalueringen, krav til nærmere begrunnelse, god anbudsskikk og forhandlingsforbud.

Bakgrunn:

- (1) Ski kommune (heretter kalt innklagede) kunngjorde 28. april 2009 en begrenset anbudskonkurranse vedrørende totalentreprise på prosjektering og oppføring av en ny idrettshall på Langhus i Ski kommune.
- (2) Frist for å delta i prekvalifiseringen var 25. mai 2009 kl. 09.00. Av kvalifikasjonsgrunnlaget fremgår det at minimum fem og maksimum seks tilbydere ville bli invitert til å delta i konkurransen, og at anskaffelsen er kunngjort som en anskaffelse over EØS-terskelverdi. Innen fristen mottok innklagede 9 forespørsler om deltakelse i konkurransen, deriblant fra Lønnheim Entreprenør AS (heretter kalt klager). To av tilbyderne ble avvist, og en tilbyder trakk tilbudet sitt fra konkurransen. De seks gjenværende tilbyderne ble ansett prekvalifisert til videre deltakelse i konkurransen.
- (3) Konkurranses grunnlaget ble sendt ut til de seks prekvalifiserte tilbyderne 3. juli 2009. Av konkurransegrunnlaget del 2 "Invitasjon og vurderingskriterier" punkt 1.2 "Prosjektets innhold" fremgår det at tilbyderne ble bedt om å inngi tilbud på en "basis hall", samt "opsjonspriser på utvidelse av prosjektet". Av punkt 1.5 "Innlevering" og 1.7 "Vedståelsesfrist" fremgår det at tilbudsfristen var 10. september 2009 kl. 14.00, og at vedståelsesfristen var 120 dager regnet fra tilbudsfristen. Av punkt 2.1 "Innledning", jf. punkt 2.4 "Tildelingskriterier" følger det at kontrakt skulle tildeles det økonomisk mest fordelaktige tilbudet, basert på tildelingskriteriene:

"A. Funksjonell og estetisk verdi

20 %

- Fleksibilitet / logistikk*
- Flerbruk*

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

• Fasader og interiør	
B. Pris	30 %
• Basistilbudet	
• Opsjonene	
• Justeringsklausuler	
C. Oppfyllelse av krav stilt i konkurransegrunnlaget	30 %
D. Driftskostnader	20 %
• Bygning og fastmontert utstyr	
• Teknisk anlegg	
• Energi	

(4) Av konkurransegrunnlaget del 2 "Invitasjon og vurderingskriterier" punkt 2.12. "Tilbudets innhold" fremgår det at tilbudet "skal være et ferdig skisseprosjekt med beskrivelse, tegningsgrunnlag og annen nødvendig dokumentasjon som kan danne grunnlag for kontrakt". Videre kreves det at tilbudet skal inneholde "Bindende komplett tilbud med separat prising av opsjoner. Tilbudet spesifiseres i henhold til bygningstabellen NS 3451 på to siffer nivå."

(5) Konkurransegrunnlaget del 3 "Reguleringsbestemmelser" bestod av reguleringsbestemmelser for Langhus Idrettspark, samt kart som illustrerte reguleringsgrensene. Av § 5 "Fellesareal" fremgår følgende:

"Fra Berghagan er det regulert felles atkomst til eiendommene gnr. 107, bnr 1 og 2 (Møllerenga). Langhus idrettspark har kjøreatkomst fra sør, og bruk av fellesavkjørselen skal være begrenset til kjøring til pumpehuset og driftsbygning. 107/2 har vegrett gjennom friområdet fra felles avkjørsel langs eksisterende vei."

(6) Av konkurransegrunnlaget del 4 "Program" punkt 3 "Spesifikasjon / romprogram" underpunkt 3.1 "Innhold basistilbudet" fremgår det at prosjektforslaget skulle som et minimum inneholde blant annet "Rengjøringsrom for maskinvask og minimum 8 små lager a min. 8 m² til utstyr etc..". Fra punkt 3.5 "Høyder/snitt" hitsettes:

"Det regulerte området har ingen begrensning for overkant ferdig tak, men det skal uansett valgt løsning være utvendig avrenning og ikke en løsning med flatt tak."

(7) Fra konkurransegrunnlaget del 5 "Ski kommunes kravspesifikasjon for nybygg, ombygging og rehabilitering" (heretter kalt kravspesifikasjonen) punkt A "Forord" hitsettes:

"Om dokumentet

[...]

Dokumentet kommer i tillegg til gjeldende lover [1], forskrifter [2], og Norske Standarder og skal legges til grunn ved prosjektering og bygging. I tillegg skal alle tekniske utførelser som anbefales i Byggforskserien [4] følges hvis ikke annet er spesifisert."

(8) Fra kravspesifikasjonen punkt B.2 "Brann" hitsettes:

"Dersom fullsprinkling ikke er påkrevet, skal dette tilbys som en opsjon."

(9) Av kravspesifikasjonen punkt C.0 "Sammendrag" fremgår blant annet at "Tak skal ikke være av flat utførelse" og at "Tak skal være kalde, luftede". Fra punkt C.12 "Yttertak" hitsettes: "Takene skal prosjekteres som skråtak med utvendig nedløpsrør. [...] Taket skal bygges som luftet, kaldt tak."

(10) I Byggforskserien 252.002 "Takkonstruksjoner Valg av taktype og konstruksjonsprinsipp" gis det en beskrivelse av blant annet forskjellige taktyper og takformer. Fra punkt 14 "Taktype – luftede (kalde) tak" hitsettes:

"141 Prinsipiell oppbygning. Takflatene må ha lufting under tekningen, slik at takflaten holdes kald og snøen ikke smelter når lufttemperatur ute er under frysepunktet, se fig. 141 a-c. Tak med utvendig nedløp bør være skrå og ha takfall på minst 10°-15°, avhengig av størrelse, oppbygning og materialvalg, se pkt. 3."

(11) Fra Byggforskserien punkt 2 "Kompakte (varme) tak", punkt 21 "Flate tak" hitsettes:

"212 Fall. Kompakte tak utføres oftest som flate tak. Flate tak defineres vanligvis som tak med fall mindre enn 6° (1:10). I henhold til TEK skal alle tak ha tilstrekkelig fall slik at regn og smeltevann renner av. Det vil si at horisontale tak ikke kan brukes. Det er alltid en risiko for at feil i tekningen kan føre til lekkasjer. Erfaring viser at risikoen blir vesentlig mindre jo større takfallet er. Derfor bør tak alltid utføres med følgende minimumsfall:

*- fall på selve takflatene: $\geq 1 : 40$
- fall i renner og vinkelrenner: $\geq 1 : 60$ "*

(12) Det ble avholdt et informasjonsmøte for alle tilbyderne 12. august 2009. Svar på spørsmålene som ble stilt i møtet ble i etterkant sendt til samtlige tilbydere. Av møterefateratet fremgår det at tilbudsfristen ble utsatt til 24. september 2009 kl. 14.00 etter ønske fra tilbyderne. Fra referatet punkt 12 "Tak" siteres:

"Det skal ikke benyttes flate tak. Avvanning skal skje med utvendige nedløp. Det kan benyttes løsninger med kaldt eller varmt tak."

(13) Fra kravspesifikasjonen punkt H.0 "Beregning av årskostnader" hitsettes:

"Det skal i alle Ski kommunes prosjekter gjennomføres årskostnadsvurderinger basert på Statsbyggs analysemodell versjon 5.0 (17.11.2006) [5] eller nyere. Følgende parametre legges til grunn, alternativt opplyses i årskostnadsberegningen:

*Beregningstid : 40 år
Kalkylerente : 5,5 % p.a.*

Produktets/bygningsdelens levetid i antall år.

Produktets gjenanskaffelseskostnad uttrykt i kr/enhet

Produktets/bygningsdelens vedlikeholdsbehov i levetiden uttrykt i kr/enhet/år.

Produktets/bygningsdelens driftskostnader i levetiden uttrykt i kr/enhet/år.

Basert på kontoplan i NS 3454 (Livssyklus kostnader for byggverk) [5][6], skal følgende enheter benyttes:

Kapitalkostnad: kr/m² brutto areal BTA

Forvaltningskostnad:

- Administrasjon kr/m² brutto areal BTA
- Skatter og avgifter kr/m² brutto areal BTA
- Forsikring kr/m² brutto areal BTA

Driftskostnad:

- Drift og ettersyn kr/m² brutto areal BTA
- Renholdskostnad kr/m² brutto areal BTA
- Energikostnad kr/m² brutto areal BTA

Vedlikeholdskostnad:

- Løpende vedlikehold kr/m² brutto areal BTA
- Intervallbundne arbeider kr/m² brutto areal BTA
- Utsifting kr/m² brutto areal BTA

Det skal angis hvorvidt levetid og vedlikeholdskostnader er anslått, erfart eller dokumentert, og eventuell dokumentasjon skal vedlegges.

Videre skal beregningene og forutsetningene for driftskostnader benyttet i årskostnadsberegningen vedlegges.”

- (14) Innen tilbudsfristen mottok innklagede fem tilbud, deriblant et tilbud fra klager kalt ”Haugtussa” og et tilbud fra PEAB (heretter kalt valgte leverandør) kalt ”Enda meridrett”.
- (15) I forbindelse med gjennomføringen av konkurransen hadde innklagede nedsatt en tverrfaglig evalueringsgruppe som bestod av representanter fra ulike avdelinger i kommunen, samt en ekstern prosjektleder fra ENSI AS. ENSI AS hadde i forkant av foreliggende anbudskonkurranse vunnet en anbudskonkurranse vedrørende anskaffelse av ”Prosjektleder forprosjekt Langhus idrettshall”. Evalueringsgruppen ga sin innstilling til valg av leverandør til kommunestyret. Av innstillingen, datert 26. oktober 2009, fremgår det hvordan evalueringsgruppen har arbeidet med evalueringen av tilbudene. Fra punkt 3 ”Bedømmelse” hitsettes:

”3.1 Funksjonell og estetisk verdi

Alle forslagene ligger innenfor de gitte rammeforutsetninger i reguleringsplanen. Dette omfatter utnyttelsesgrad, høyder og plassering. For samtlige må det foretas en videre bearbeiding på detaljnivå.

3.1.1 Enda meridrett

[...]

Adkomst med bil er godt løst med serviceadkomst, parkering for bevegelseshemmede og ”henvendelse” fra nord mot Berghagan. Fra sørvest /Møllerengveien er det vist ytterligere en serviceadkomst og angrepspunkt for brannvesenet.

[...]

Bygningens løsning med hovedinngang og lesbarhet for garderober og trappeadkomst til galleri/tribuner i andre etasje er godt løst. Plassering av heis og direkte adkomst til hallen fremstår som mindre godt løst. Lagerarealene er tegnet lange og smale. Her vil det også kreves bearbeiding.

[...]

Teknisk rom er lagt i 2 etg. hvor det også er fire arealer, ca 50 m², som enten kan gjøres ferdige i prosjektet eller evt være en senere romreserve.

[...]

Takløsningen har et fall på 1:50. For å etterkomme Ski kommunes kravspesifikasjon må fallet økes noe.

[...]

3.3 Driftskostnader

Det er krevet at årskostnadsberegning skal vedlegges tilbudene. Fire tilbydere har levert beregning. Ved gjennomgang av beregningene ble det avdekket både metodefeil og regnefeil samt mangelfull dokumentasjon i samtlige beregninger. Det har ikke vært mulig å innhente tilleggsopplysninger eller å ha dialog med tilbyderne for å korrigere / dokumentere beregningene. En korrekt oppstilling for å sammenligne de 5 tilbudene foreligger derfor ikke.

Ved gjennomgang av materialvalg (renhold og vedlikehold) og teknisk anlegg (energikostnad) er det ingen av forslagene som utpeker seg i negativ retning.

Det legges derfor til grunn i evalueringen at årlige driftskostnader vil være i henhold til norm, det vil si proporsjonal med netto gulvareal. Gjeldende normtall for årskostnader til drift og vedlikehold for denne typen bygninger er 575 kr/m². Verdien gjelder for moderne effektiv bygning med varmepumpe og ventilasjonsanlegg med varmegjenvinnere. Med de oppgitte nettoarealene for basisanlegget blir driftskostnadene følgende:

[...]

3.5 Prissammenstilling

I prissammenstillingen er det justert for priser for følgende løsninger som ikke alle har med:

- Sprinkling av garderober og bruksrom. Det er brukt 293 kr/m².
- To brannhydranter, 136 000 kr for hydrant nr 2.
- Radonmembran, gjennomsnittspris: 332 500 kr tillagt for dem som ikke har oppgitt pris.
- Avgifter for VA-tilknytning, 100 kr/m².
- Byggemeldingavgift: kr 76 130 for 1 000 m² + kr 6 290 påbegynt 200 m² utover dette.
- Anleggsbidrag for elforsyning, det er medtatt kr 400 000 for samtlige prosjekter.

- *Tilbyder [...] og tilbyder [...] har tilbudt kombielastisk gulv. Det er trukket fra kr 250 000 for endring til flateelastisk gulv.*
 - *Tilbyder [...] og tilbyder [...] har tilbudt fullsprinkling. De har fått redusert sine priser med 293 kr/m² for hallarealet.”*
- (16) Punkt 3.5 i innstillingen inneholdt også skjema, hvor det fremkommer en oppstilling over blant annet tilbudt totalareal, total prosjektkostnad og ”Pris per m² overslag” for basisløsningen og opsjonsløsningene for hver av tilbyderne.
- (17) Kommunestyret vedtok evalueringsgruppen sin innstilling 20. januar 2010. Innklagede sendte tildelingsmeddelelse til samtlige tilbydere ved brev 26. januar 2010, hvor det fremgår at klager var rangert som nummer to i konkurransen etter valgte leverandør. Klagefristen var satt til 4. februar 2010 kl. 12.00.
- (18) Klager tok kontakt med innklagede ved e-post 27. januar 2010, og ba om å få tilsendt ”grunnlaget for vektingen”. Innklagede besvarte henvendelsen ved e-post dagen etter, hvor det var vedlagt dokumentasjon vedrørende tilbudsevalueringen. Dokumentet var omfattende, og inneholdt en beskrivelse av evalueringen av klagers tilbud, delvis vurdert opp mot valgte leverandørs tilbud.
- (19) Det var deretter ytterligere kontakt mellom partene på e-post og post, der innklagede svarte på spørsmål fra klager vedrørende begrunnelsen for tildelingen, og etterkom et ønske om å utsette klagefristen til 10. februar 2010 kl. 14.00.
- (20) Klager sendte en klage til innklagede 10. februar 2010 hvor det blant annet ble anført at valgte leverandør skulle vært avvist. Innklagede besvarte klagen og opprettholdt sin avgjørelse i brev 18. februar 2010. I brevet informerer innklagede om at dersom klager hadde behov for ytterligere avklaringer, så var det satt av tid onsdag 24. februar 2010 klokken 13.00 til et avklarende møte. Vedlagt svarbrevet var et dokument utarbeidet av ENSI AS på fire sider, hvor det blir gitt et svar på hver av klagers anførsler. Fra vedlegget hitsettes:

”Vurdering av evalueringen av tildelingskriteriene

Pris 30 %

Lønnheim Entreprenør gir i sitt brev uttrykk for at tildelingen her skal være objektiv og basert på enhetlig matematisk beregning. Ski kommune er enig i at pris, som for alle andre kriterier, skal vurderes objektivt og rettferdig. Det er ikke angitt i noen lov eller forskrift hvilke evalueringsmodeller som skal brukes. Det vesentlige er at de er rettferdige og begrunnes. I dette tilfelle var en del av vurderingen om prisen lå innenfor kommunens vedtatte budsjett for prosjektet, eller ikke. Videre ligger det 2 priser til grunn for vurderingen, pris pr m² og total prosjektkostnad.

[...]

Driftskostnad 20 %

Ved tilbudsgranskningen av hvordan de enkelte tilbydere kalkulerte årlige driftsutgifter, basert på anerkjent modell angitt i konkurransegrunnlaget, kom det fram de benyttede

inngangsverdier var så ulike for de ulike tilbudene at det ble valgt å behandle alle likt ved at Ski kommune beregnet driftskostnadene basert på tilbudt areal og nøkkeltall. Ski kommune vurderer at dette kan gjøres all den stund de fem prosjektene stort sett består av samme anleggstyper (varmepumpe, vannbåren golvvarme/radiatorer, ventilasjon, lysanlegg) og at drift og renhold blir noenlunde det samme. PEAB har her gjort feil i bruk av verktøyet, slik at deres kostnader blir det dobbelte av normtallene. Lønnheim har redusert normtallene med nesten 50 % og forskjellen blir da, som Lønnheim korrekt skriver, ca 350 % og således ubrukelig for å gjøre en formålstjenelig evaluering. På grunn av konkurranseformen kunne ikke Ski kommune gå ut til tilbyderne under evalueringen for å innhente dokumentasjon på de oppgitte inngangsverdier og valgte da altså å bruke normtall og areal. Siden Lønnheim har et mindre total areal enn PEAB, ref. også evalueringen under pris, fikk Lønnheim karakteren 10 og PEAB karakteren 9.

Funksjonell og estetisk verdi 20 %

Her har PEAB fått karakteren 8 og Lønnheim karakteren 6, og dette er Lønnheim uenig i. I klagen av 10.02.10 gir Lønnheim både uttrykk for at konkurransegrunnlaget må anses som komplisert og at deres tilbud/prosjektforslag var godt gjennomarbeidet. Ski kommune er enige i begge disse synspunktene. PEABs prosjektforslag framstår som noe "enkler" men er overlegent i forhold til arealer og indre logistikk. [...]"

(21) Saken ble brakt inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser i brev av 9. april 2010.

(22) Kontrakt med valgte leverandør ble inngått 12. april 2010.

Anførsler:

Klagers anførsler:

Avvisning av valgte leverandørs tilbud

(23) Klager anfører at valgte leverandørs tilbud skulle ha vært avvist fra konkurransen, jf. forskriften § 20-13 (1) bokstav e. Det vises til tre ulike forhold som avviker fra minstekrav i kravspesifikasjonen, og som dermed må betraktes som vesentlige avvik, jf. klagenemndas praksis.

(24) For det første oppfyller ikke valgte leverandørs tilbud minstekrav til takkonstruksjon som fremgår av kravspesifikasjonen punkt C.0 og C.12, konkurransegrunnlaget del 3 punkt 3.5 samt referat fra informasjonsmøte med tilbyderne 12. august 2009. Kravet om at taket ikke skal være flatt fremstår som et skal-krav til byggets utforming, og løsninger som tilbyr flatt tak kan dermed ikke anses å oppfylle kravet i konkurransegrunnlaget og må avvises. I Byggforsk 525.002 om takkonstruksjoner står det klart i punkt 212 at flate tak "defineres vanligvis som tak med fall mindre enn 1:10". I valgte leverandørs tilbud er det tilbudt flatt tak, selv om det i beskrivelsen er poengtert at taket har en helling på 1:50 for å ivareta kravet til utvendig avrenning. Innklagede har selv bekreftet at minstekravet ikke er oppfylt, jf. evalueringsrapporten datert 26. oktober 2009.

(25) For det andre oppfyller ikke valgte leverandørs tilbud minstekravene til lagerrom. Det følger av konkurransegrunnlagets dokument "program konkurranse" punkt 3 at "prosjektforlaget skal som et minimum inneholde" minst åtte små lagerrom på åtte kvadratmeter. Av valgte leverandørs tilbud fremgår det at det er tegnet inn åtte små

lager, med en størrelse på en kvadratmeter, altså betydelig mindre enn det absolutte kravet i konkurransegrunnlaget.

- (26) Tilbudet fra valgte leverandør oppfyller heller ikke konkurransegrunnlagets minstekrav til adkomst. Det vises til at innklagedes krav forutsetter at Langhus idrettspark skal ha kjøreadkomst fra sør, og at bruk av fellesavkjørsel fra Berghagen skal være begrenset til kjøring til pumpehus og driftsbygning, jf. reguleringsbestemmelsene § 5. Valgte leverandør har valgt en løsning for adkomst til eiendommen som er i strid med kommunens reguleringsplan for området og de krav som er angitt i konkurransegrunnlaget. Dessuten krever valgte leverandørs tilbud reguleringsendringer i området.
- (27) Ettersom det ikke er tillatt med forhandlinger i foreliggende konkurranse, kan denne type avvik ikke forhandles bort, eller legges som premiss, i etterfølgende kontraktsforhandlinger. At valgte leverandørs tilbud er akseptert til tross for nevnte avvik er et brudd på forutsetningene i konkurransegrunnlaget, og dermed kravene til forutberegnelighet og likebehandling av tilbyderne, jf. loven § 5.

Brudd på de grunnleggende kravene ved tilbudsevalueringen

- (28) Det anføres at innklagede har foretatt en feilaktig evaluering av tildelingskriteriet pris, og dermed brutt kravet til forutberegnelighet. Valgte leverandør har fått for høy score ved evalueringen av driftskostnader og investeringskostnader i forhold til klagers tilbud.
- (29) Det vises for det første til at det i følge konkurransegrunnlaget er én samlet pris som skal vurderes, hvor både basistilbudet fra tilbyder, opsjoner og justeringsklausuler inngår. Det følger imidlertid av tilbudsevalueringen at innklagede har lagt vekt på både totalpris og tilbudenes enhetspris per kvadratmeter gulvflate, uten at dette kommer frem av konkurransegrunnlaget. Innklagedes evaluering er dermed i strid med det grunnleggende kravet til forutberegnelighet ettersom det ikke er opplyst om hvilke kriterier som ville bli tatt i betraktning. Det må dermed sees bort i fra karakterberegningen av enhetspris pr. kvadratmeter gulvareal ved tildelingsevalueringen.
- (30) Det vises videre til at innklagede urettmessig har lagt til 300 000 kroner til klagers tilbudspris for kostnader til sprinkling. Innklagede har ikke anledning til å endre tilbyderens beregninger av driftskostnader i evalueringsprosessen. Klagers tilbud omfattet alle nødvendige kostnader, og det var ikke tatt forbehold om ekstra kostnader til sprinkling. En slik kostnad ville dermed måtte dekkes av klager uten ekstra kompensasjon fra kommunen. Basert på dette er prisdifferansen mellom klagers og valgte leverandørs tilbud på 1 890 000 kroner eksklusiv merverdiavgift og spillemidler, og valgte leverandørs tilbud er 4,3 % høyere enn klagers. Til tross for dette har tilbyderne fått lik score på tildelingskriteriet pris. Innklagedes poengsetting sikrer dermed ikke at relevante forskjeller mellom tilbudene gjenspeiles i evalueringen, og dette er i strid med kravet til forutberegnelighet og klagenemndas praksis.
- (31) Det anføres at innklagede, ved å beregne driftskostnader for den enkelte tilbyder basert på tilbudt areal og nøkkeltall, har handlet i strid med kravene til likebehandling og forutsigbarhet, jf. loven § 5 og forskriften § 3-1. Korrespondansen med innklagede viser at innklagede, ved vurderingen av driftskostnader, fant at tilbyderne brukte ulike inngangsverdier for kalkuleringen av driftskostnader. Innklagede valgte derfor å beregne

driftskostnader for den enkelte tilbyder basert på tilbudt areal og nøkkeltall. Valgte leverandør hadde det dyreste tilbudet på årskostnader, og har trolig misforstått prisskjemaet. Klager har på sin side foretatt nøye vurderinger basert på en omfattende erfaringsbase, og oppgitt en realistisk kostnad på drift og vedlikehold. Klagers tall var lavere enn normtallene innklagede valgte å benytte seg av. Det blir feil av innklagede å se bort i fra dette, og velge å korrigere beregningene til normtall for alle tilbyderne. Konkurranses grunnlaget er på dette punktet tilstrekkelig klart til å sette tilbyderne i stand til å forstå hvordan prisskjemaet skal fylles ut. Når valgte leverandør misforstår på dette punktet, er det tilbyderens egen risiko, og det gir ikke innklagede adgang til å "rette opp" feilen, som valgte leverandør selv bærer risikoen for, ved å se bort fra de inngitte prisene og basere beregningen på normtall.

Brudd på kravet til nærmere begrunnelse

- (32) Klager anfører at innklagede, ved ikke å gi en nærmere begrunnelse for påstanden om at valgte leverandørs løsning er "overlegen i forhold til areal og indre logistikk", har brutt forskriften § 20-16. Innklagede skulle ha gitt en nærmere begrunnelse som tilkjennega de egenskaper og relevante forskjeller mellom klagers og valgte leverandørs tilbud som dannet grunnlaget for at klagers tilbud ikke er gitt tilsvarende høy score som valgte leverandør på dette punktet.

Brudd på kravet til god anbudsskikk

- (33) Videre anføres det at innklagede har handlet i strid med kravet til god anbudsskikk i loven § 5 ved ikke å oversende listen over avvik i klagers tilbud innenfor den oppgitte fristen, eller rimelig tid deretter. Det vises til referatet fra møtet 24. februar 2010, hvor det fremkommer at innklagede har en slik liste, og at den skulle oversendes samme uke. Innholdet i referatet kan vanskelig misforstås. Klager har ennå ikke mottatt denne listen.

Forhandlingsforbudet

- (34) Klager anfører at innklagede, ved å forhandle med valgte leverandør etter at tilbudene var innlevert, har brutt forskriften § 21-1. Det vises til at det på flere punkter er forutsatt at valgte leverandør må endre på prosjektet og tilbudet, før kontrakt inngås (takform, teleskoptribuner, lysinnslipp m.m.). Dette er antasipert forhandling, som i strid med forhandlingsforbudet i § 21-1.

Erstatning

- (35) Klagenemnda bes uttale seg om bruddene på regelverket er så vesentlige at de gir grunnlag for erstatning for både den positive og den negative kontraktsinteresse.

Innklagedes anførsler:

Avvisning av valgte leverandørs tilbud

- (36) Innklagede bestrider at avvikene i valgte leverandørs tilbud er så vesentlige at det innebærer en avvisningsplikt etter forskriften § 20-13 (1) bokstav e.
- (37) Det vises for det første til at "flate tak" ikke er en entydig betegnelse. Innklagedes intensjon har hele tiden vært at det ikke har blitt etterspurt flatt tak, dette er imidlertid ikke konkretisert i kravspesifikasjonen i fall eller grader. Innklagede har dermed lagt seg på byggeforskriftenes beskrivelse om at alle tak skal ha fall slik at regn og smeltevann renner av. Valgte leverandør har tilbudt et tak med fall 1:50 mot utvendig nedløp. Av

byggeforskriften (TEK) § 8-37 følger det at *"Tak skal ha tilstrekkelig fall slik at regn og smeltevann renner av"*, og av veilederen til TEK sies det om dette: *"Det må være så stort fall at det ikke blir stående vann på takkingen."* Gruppen som evaluerte tilbudene til ny hall vurderte helningen på taket i valgte leverandørs tilbud som tilstrekkelig, og at det var utvendig nedløp. Evalueringsgruppens uttalelse i innstillingen vedrørende dette punktet er upresis. Når innklagede ved regulering gir føringer om takform er det gjerne ut fra estetiske betraktninger, og det angis da krav til takform og eventuelt minimums og/eller maksimal takvinkel. Når det i andre sammenhenger angis at det ikke skal være flatt tak, har det vanligvis vært ut fra konstruktive/driftsmessige hensyn, da flate tak erfaringsmessig er mer utsatt for byggskader enn tak med fall. Ut fra en slik tilnærming er det tilstrekkelig at takfallet er så stort at regnvann naturlig ledes fra takflatene til et utvendig nedløp. Visuelt vil et tak med tilstrekkelig fall kunne oppfattes som flatt. Reguleringsplanen gir ingen føringer for utformingen av byggene. På denne bakgrunn anser innklagede at valgte leverandørs tilbud ikke er i strid med dette kravet.

- (38) Når det gjelder kravet til lagerrom, har valgte leverandør i sitt tilbud tegnet inn åtte små lagerrom på til sammen åtte kvadratmeter. Valgte leverandør har tydeligvis misforstått kravet i konkurransegrunnlaget på dette punktet. Ved gjennomgangen og evalueringen av tilbudet fant imidlertid evalueringsgruppen at dette ikke var et avvik av vesentlig art. Kravet til slike små lagre løses på en enkel måte innenfor de tilbudte arealene som er vist i skravur og er betegnet *"stimpleareal"*. Det er i kravspesifikasjonen ikke stilt krav om et stimpleareal, og dette arealet på 180 kvadratmeter er disponibelt. Valgte leverandør har dermed ikke et vesentlig avvik på dette punktet, som gir grunnlag for avvisning etter § 10-13 (1) bokstav e.
- (39) Videre tilbakevises det at valgte leverandørs tilbud er i strid med gjeldende reguleringsplan for området. Området ligger innenfor reguleringsplanen for Langhus idrettspark stadfestet 23. november 1983, jf. kartvedlegg i konkurransegrunnlaget punkt 3. Ved planleggingen av den nye hallen ble det registrert at hallen ville komme i strid med regulerte byggegrenser. Administrasjonen kan imidlertid gjennomføre en plantilpassing ved delegert myndighet. Vedrørende byggegrenser er det ingen vesentlig forskjell mellom de ulike forslag til løsning som fremkommer av valgte leverandørs eller klagers tilbud. Det forutsettes at regulerte byggegrenser endres som tilpasning til prosjektene.

Brudd på de grunnleggende kravene ved tilbudsevalueringen

- (40) Innklagede anfører at evalueringen av tildelingskriteriet pris ikke er i strid med forskriften § 3-1. Regelverket stiller ingen bestemte krav til angivelse av priskriterium. I denne type store prosjekter finnes det flere måter å evaluere pris på. Det er svært vanskelig å beslutte i detalj hvilke priselementer som skal tas med for å få til en mest mulig rettferdig evaluering før tilbudene har kommet inn og evalueringen skal gjennomføres, og dette nødvendiggjør en viss fleksibilitet ved evalueringen. Ved gjennomgangen av de innkomne tilbudene kom det frem at det var forskjeller i totalpris og kvadratmeterpris mellom tilbydere som valgte å bygge *"arealeffektivt"* og tilbydere som valgte en løsning med å bygge *"størst med lavere enhetskostnad"*. I tillegg måtte budsjetttrammen tas i betraktning. For å få en mest mulig rettferdig evaluering ble det besluttet å evaluere på tre parametre: total prosjektkostnad, pris per kvadratmeter og hvorvidt prosjektkostnaden lå over eller under budsjetttrammen.

- (41) De innkomne tilbudene hadde i noen grad forskjellige løsninger og forskjellig pris, og dette kunne påvirke en korrekt samlet vurdering. Det ble da valgt å justere alle priser for løsninger som ikke var med i alle tilbud, jf. innstillingen datert 26. oktober 2009 punkt 3.5 "Prissammenstilling". Det ble da tillagt en kostnad på 300 000 kroner for sprinkleranlegg i klagers pris. Det vises til kravspesifikasjonen punkt B 2 "Brann" hvor det er etterspurt pris på fullsprinkling. Da begge tilbudene i tillegg lå innenfor innklagedes forutsatte totalramme, valgte evalueringsgruppen å gi begge tilbyderne høyeste karakter, 10 poeng, ved sluttevalueringen. Karakteren 10 ble også valgt for å bedre skille mellom de som var innenfor og de som var utenfor budsjettet.
- (42) Vedrørende klagers anførsel om drifts- og vedlikeholdskostnader vises det til at driftskostnader er evaluert etter gjeldende normtall for årskostnader til drift- og vedlikehold for denne type bygg. Det vises til evalueringsgruppens innstilling punkt 3.3 "Driftskostnader". Evalueringen ble gjort på både basisløsningen og basis pluss opsjon. Gjennomsnittet viser at valgte leverandør fikk 8,54 i lineær snittpoeng, mens klager fikk 10. Da evalueringsgruppen bare brukte hele poeng i sin evaluering, fikk valgte leverandør ni poeng på dette kriteriet og klager ti. Etter innklagedes oppfatning er denne beregningen rettferdig og den behandlet alle tilbyderne likt.

Brudd på kravet til nærmere begrunnelse

- (43) Innklagede har ikke direkte kommentert klagers anførsel på dette punktet, men det er opplyst at innklagede har bestrebet seg på å gi så utfyllende og fyldige begrunnelser for valg av leverandør som overhodet mulig.

Brudd på kravet til god anbudsskikk

- (44) Innklagede bestrider at det er handlet i strid med kravet til god anbudsskikk. I møte 24. februar 2010 ble det sagt at innklagede skulle oversende en liste over avvikene som følger av klagers tilbud, samtidig som at klager selv skulle foreta den samme vurderingen og oversende til kommunen. Klager har ikke sendt en oversikt over egne avvik. Det er åpenbart oppstått en misforståelse knyttet til dette, all den tid det ikke har blitt utvekslet slike dokumenter som forutsatt.

Forhandlingsforbudet

- (45) Innklagede bestrider at det er handlet i strid med forhandlingsforbudet, ettersom det ikke har blitt forhandlet med valgte leverandør. Klagers udokumenterte påstand om brudd på forskriften § 21-1 tilbakevises.

Erstatning

- (46) Innklagede anfører at det ikke er grunnlag for verken positiv eller negativ kontraktsinteresse. Det vises til at klagers tilbud også inneholder en rekke avvik, men i likhet med valgte leverandørs tilbud ble disse vurdert til ikke å være vesentlige, jf. forskriften § 20-13. Av den grunn ble ingen av de to tilbudene avvist. Dersom man legger til grunn at valgte leverandørs tilbud skulle ha vært avvist på grunn av vesentlige avvik, så måtte også klagers tilbud blitt avvist på samme grunnlag.

Klagenemndas vurdering:

- (47) Klager har deltatt i konkurransen og har saklig klageinteresse, jf. forskrift 15. november 2002 nr. 1288 om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6, andre ledd. Klagen er rettidig. Anskaffelsen gjelder en bygge- og anleggsanskaffelse, og følger etter sin

opplyste verdi lov 16. juli 1999 nr. 69 om offentlige anskaffelser og forskrift 7. april 2006 nr. 402 om offentlige anskaffelser del I og III, jf. forskriften § 2-1 (4), jf. 2-2 (1).

Hvorvidt valgte leverandørs tilbud skulle vært avvist

(48) Klager har anført at valgte leverandørs tilbud skulle vært avvist fra konkurransen, jf. forskriften § 20-13 (1) bokstav e. Det er vist til tre konkrete forhold, som innebærer vesentlige avvik på bakgrunn av manglende oppfyllelse av minstekrav stilt i konkurransegrunnlaget.

(49) Det følger av § 20-13 (1) bokstav e at et tilbud "skal avvises" når det inneholder "vesentlige avvik fra kravspesifikasjonene i [...] konkurransegrunnlaget". I klagenemndas avgjørelse 2008/58 premiss (46) uttales det følgende om denne avvissningsbestemmelsen:

"Ved vurderingen av om avviket er vesentlig må det ses hen til blant annet hvor stort avviket er, hvor viktig forholdet det avvikes fra er, og i hvilken grad et avvik vil kunne forrykke konkurransen. Der oppdragsgiver uttrykkelig har benevnt et forhold som et minstekrav, vil vilkåret i hvert fall som et klart utgangspunkt være oppfylt."

(50) Klagenemnda kan imidlertid bare i begrenset grad overprøve oppdragsgivers innkjøpsfaglige vurdering av hvorvidt tilbyderne oppfyller de minstekrav som stilles til den etterspurte ytelsen, jf. 2008/84 premiss (52), hvor følgende fremgår:

"Oppdragsgiver må imidlertid som utgangspunkt ha et betydelig skjønn ved vurderingen av hvilke krav som skal stilles til tjenesten. Klagenemnda har bare myndighet til å prøve om innklagedes vurdering er i samsvar med regelverkets grunnleggende krav, samt om vurderingen er basert på korrekt faktum og ellers er saklig og forsvarlig."

(51) Klager har for det første vist til at valgte leverandør har tilbudt et tak med fall 1:50, og at minstekravet til takkonstruksjon dermed ikke er oppfylt.

(52) Det fremgår av konkurransegrunnlaget at taket på idrettshallen ikke skulle være av "flat utførelse", og at det ikke skulle benyttes en "løsning med flatt tak", jf. blant annet kravspesifikasjonen punkt C.0 "Sammendrag" og konkurransegrunnlaget del 4 "Program" punkt 3 "Spesifikasjon / romprogram" underpunkt 3.5 "Høyder/snitt". Av konkurransegrunnlaget punkt C.12 "Yttertak" følger det at "takene skal prosjekteres som skråtak med utvendig nedløpsrør".

(53) I tillegg fremgår det av kravspesifikasjonen punkt C.0 "Sammendrag" at "Tak skal være kalde, luftede". Av referatet fra informasjonsmøtet 12. august 2009 fremkommer det at det ble presisert i møtet at det ikke skulle benyttes flate tak, og det ble åpnet opp for løsninger med "kaldt eller varmt tak". Det er videre lagt til grunn i konkurransegrunnlaget at "alle tekniske utførelser som anbefales i Byggforskerien skal følges dersom ikke annet er spesifisert", jf. punkt A. I Byggforsk 525.002 er det uttalt under overskriften "Takttype - luftede (kalde) tak" at tak med "utvendig nedløp" bør være skrå og ha et takfall på minst 10°-15°. Under overskriften "Kompakte (varme) tak", punkt 21 "Flate tak", fremgår det at "Flate tak defineres vanligvis som tak med fall mindre enn 6° (1:10)".

- (54) Slik klagenemnda ser det, er det et absolutt krav at tilbudt tak ikke skal være flatt. Spørsmålet blir imidlertid hvorvidt dette minstekravet skal tolkes som et krav om at tilbudt tak også må ha en nærmere bestemt grad av helling for at det ikke skal være flatt. Ettersom innklagede ikke har gitt klart uttrykk for i konkurransegrunnlaget hvilken helling det skal være på tilbudt tak for at det ikke skal være flatt, finner klagenemnda å legge avgjørende vekt på definisjonen av ”flate tak” i Byggforsk 525.002 punkt 21 som dermed må anses å gjelde i foreliggende konkurranse. Når definisjonen der legges til grunn, vil valgte leverandørs tilbudte tak være flatt dersom det har fall på mindre enn 6°. Etter klagenemndas utrekning tilsvarer valgte leverandørs tilbudte tak med fall 1:50 en helling på ca 1,15°, og taket er således flatt. Valgte leverandørs tak innebærer dermed et avvik fra minstekravet i kravspesifikasjonen. Det vises i den forbindelse til evalueringsgruppens innstilling, hvor det fremkommer at valgte leverandørs tak har et ”fall på 1:50”, og at fallet måtte økes noe for å ”etterkomme Ski kommunes kravspesifikasjon”.
- (55) Ettersom valgte leverandørs tilbud innebærer et avvik fra et minstekrav i kravspesifikasjonen anses det for å være et vesentlig avvik, og tilbudet skulle dermed ha vært avvist fra konkurransen, jf. § 20-13 (1) bokstav e. Klagers anførsel har ført frem.
- (56) Som følge av ovennevnte konklusjon behandles ikke klagers øvrige grunnlag for anførselen om at valgte leverandørs tilbud skulle vært avvist fra foreliggende konkurranse.

Klagers anførsler vedrørende mangelfull tilbudsevaluering

- (57) Basert på ovennevnte resultat om at valgte leverandørs tilbud skulle vært avvist, finner nemnda heller ikke grunnlag for å ta stilling til klagers anførsler vedrørende tilbudsevalueringen. Dette hensett til at klagers tilbud er innstilt som nummer to i konkurransen, og i den forbindelse at klagers anførsler vedrørende tilbudsevalueringen går ut på at klagers tilbud skulle vært gitt flere poeng i forbindelse med denne evalueringen.

Hvorvidt det foreligger brudd på kravet til nærmere begrunnelse

- (58) Klager har anført at innklagede, ved ikke å gi en nærmere begrunnelse for påstanden om at valgte leverandørs løsning er ”overlegen i forhold til areal og indre logistikk”, har brutt forskriften § 20-16. Klagenemnda forstår dette som at det er anført at innklagede ikke har gitt en tilfredsstillende nærmere begrunnelse i henhold til forskriften § 20-16 (4).
- (59) Det følger av forskriften § 22-3 (1), at en oppdragsgiver skal meddele samtlige deltakere valget av leverandør i rimelig tid før kontrakt inngås. Det nærmere innholdet i tildelingsmeddelelsen angis i § 20-16 (1). Av bestemmelsen fjerde ledd følger det at en oppdragsgiver, etter skriftlig anmodning fra en tilbyder, må gi en nærmere begrunnelse for hvorfor tilbyderen ikke tildeles kontrakt innen 15 dager.
- (60) Innklagede meddelte klager valget av leverandør ved brev 26. januar 2010. Klager ba deretter om å få tilsendt grunnlaget for vektingen, noe innklagede sendte klager i e-post dagen etter. Det var deretter kontakt mellom partene frem mot klagers innsendelse av en klage til innklagede 10. februar 2010. Innklagede opprettholdt sin avgjørelse ved brev 18. februar 2010, og i et vedlegg til brevet gis det svar på klagers anførsler. Det er i dette vedlegget sitatet som klager mener ikke er nærmere begrunnet fremkommer.

- (61) Klagenemnda kan imidlertid ikke se at klager, forut for at dette ble gjort til en anførsel i klagen til klagenemnda, skriftlig har bedt om en nærmere begrunnelse etter forskriften § 20-16 (4), verken i forhold til tildelingen generelt, eller i forholdt til innholdet i svaret på klagen. Innklagede har dermed ikke hatt noen foranledning til å gi en nærmere begrunnelse i henhold til § 20-16 (4) for det aktuelle utsagnet. På denne bakgrunn er nemnda kommet til at det ikke er grunnlag for å konstatere at innklagede har brutt forskriften § 20-16 (4). Klagers anførsel har ikke ført frem.

Hvorvidt det foreligger brudd på kravet til god anbudsskikk

- (62) Klager har anført at innklagede har handlet i strid med kravet til god anbudsskikk i loven § 5 ved ikke å oversende en liste over avvik i klagers tilbud innenfor en oppgitt frist, eller rimelig tid deretter. Klager har vist til at det fremkommer i et referat fra et møte avholdt 24. februar 2010 at innklagede har utarbeidet en slik liste, og at den skulle oversendes samme uke. Dette referatet er imidlertid ikke fremlagt for nemnda, og påstanden er heller ikke dokumentert på andre måter. Ettersom det ikke er dokumentert for nemnda hva som eventuelt ble avtalt på møtet, avvises klagers anførsel som uhensiktsmessig for behandling i nemnda, jf. klagenemndforskriften § 9.

Hvorvidt det foreligger brudd på forhandlingsforbudet

- (63) Ettersom det er konkludert med at valgte leverandørs tilbud skulle vært avvist, jf. premiss (55), finner ikke nemnda grunn til å behandle anførselen om at innklagede har gjennomført forhandlinger med valgte leverandør i strid med forskriftens § 21-1. Uansett, er anførselen ikke blitt dokumentert av klager, og anses av den grunn også uhensiktsmessig for behandling i nemnda, jf. klagenemndforskriften § 9.

Erstatning

- (64) Klagenemnda finner ikke grunn til å uttale seg om erstatningsspørsmålet, jf. klagenemndforskriften § 12 andre ledd siste punktum.

Konklusjon:

Ski kommune har, brutt forskriften § 20-13 (1) bokstav e ved ikke å ha avvist valgte leverandørs tilbud fra konkurransen som følge av brudd på minstekrav i kravspesifikasjonen.

Klagers øvrige anførsler har enten ikke ført fram eller ikke blitt behandlet.

For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,

28. februar 2011

Andreas Wahl