



Klagenemnda for offentlige anskaffelser

Innklagede har kunngjort en åpen anbudskonkurranse vedrørende utbedringstiltak i Værnes kirke. Klagenemnda fant at innklagede, ved å endre konkurranseform fra kunngjøringen til konkurransegrunnlaget, har handlet i strid med loven § 5. Da dette er en feil som ikke kan rettes opp under tildelingsprosessen, plikter innklagede å avlyse konkurransen.

Klagenemndas avgjørelse 4. oktober 2010 i sak 2010/143

Klager: Byggmester Bjørn M. Lund

Innklaget: Stjørdal Kirkelige Fellesråd

Klagenemndas medlemmer: Andreas Wahl, Morten Goller og Tone Kleven

Saken gjelder: Endring av anskaffelsesprosedyre

Bakgrunn:

- (1) Stjørdal Kirkelige Fellesråd (heretter kalt innklagede) kunngjorde 16. oktober 2009 en åpen anbudskonkurranse vedrørende utbedringsarbeider på Værnes kirke. Værnes kirke har status som fredet kulturminne. Kontraktens totalverdi var i kunngjøringens punkt II.2.1. anslått til kr. 3 000 000.
- (2) I kunngjøringen II.1.5 ble anskaffelsen beskrevet på følgende måte:
”Undertak og ny takskifer på koret ved Værnes kirke, samt utvendig overflatebehandling. Utvendig drenering.”
- (3) Fra konkurransegrunnlaget bok 0 hitsettes:

0.2 Anbudsinnbydelse

[...]

Autorisasjon og kvalifikasjoner

Anbyderen er ansvarlig for at han og eventuelle underentreprenører tilfredsstiller krav til gjennomføringskapasitet, HMS-system/-holdninger og krav opp mot offentlige myndigheter.

[...]

0.3 Opplysninger om prosjektgruppe

[...]

Prosjektgruppen har bestått av:

Kirkeverge Gunn-Eli Leren, Stjørdal Kirkelige Fellesråd

Arkitekt Rolf Gaarde, Arkitektkontoret Hellebust og Meland AS

I nært samarbeide med Riksantikvaren

[...]

0.5 Orientering om prosjektet.

0.5.0 Generelt

Grunnlaget for prosjektet er tidligere registrerte lekkasjer med påfølgende angrep av ekte hussopp (serpula lacrymans). Jfr. rapport av 30.06.09 som er å forstå som en del av grunnlagsmaterialet.

Da det forestående utbedringsarbeidet i realiteten er et arbeide som det ikke finnes konkrete eksempler på, er det fra Riksantikvaren stillt krav om at vedkommende entreprenør må kunne dokumentere kompetanse og kunnskap om middelalderteknikker, samt tidligere erfaring fra arbeide med middelalderkonstruksjoner.

Under utførelsen av arbeidet vil det være krav om at entreprenøren fortløpende dokumenterer arbeidet med foto og enkel beskrivelse av benyttet teknikk.

Etter krav fra RA (Riksantikvaren) vil det bli engasjert ekstern kontrollør som skal kunne kvalitetssikre arbeidet og rapportere til RA etter nærmere avtale med byggherre/entreprenør”

- (4) I konkurransegrunnlaget punkt 0.7.1 gis det følgende beskrivelse av anskaffelsesprosedyren:

”0.7.1. Generelle anbudsregler

Som generelle Anbudsregler gjelder NS 8410 Regler for anskaffelse til bygg og anlegg ved konkurranse med forhandlet prosedyre.”

- (5) I kunngjøringen punkt III.2) var kvalifikasjonskravene oppstilt på følgende måte:

”III.2) KVALIFIKASJONSKRAV

III.2.1) Sett opp krav til tilbyders organisatoriske og juridiske stilling

Dokumentasjonskrav knyttet til leverandørens organisatoriske og juridiske stilling:

(1) Firmaattest

(2) Erklæring fra foretaket om tilknytning til offentlig godkjente lærlingordninger som gjelder ved kontraktsgjennomføring

(3) Attester for registrering i faglig register som bestemt ved lovgivning i det land hvor leverandør er etablert

(4) Krav til å fremlegge skatteattest for merverdiavgift (Nasjonale krav)

(5) Krav til å fremlegge skatteattest for skatt (Nasjonale krav)

(6) Krav til å fremlegge egenerklæring i samsvar med forskriftens vedlegg 2 om HMS (Nasjonale krav)”

- (6) Tildelingskriteriene var av kunngjøringen punkt IV.2) beskrevet på følgende måte:

”Laveste pris: Nei

Økonomisk mest fordelaktige tilbud vurdert på grunnlag av:

Kriterier fastsatt i konkurransegrunnlaget: Ja ”

- (7) Det fremkom imidlertid ikke noe om tildelingskriterier i konkurransegrunnlaget.
- (8) Da anbudsfristen utløp 4. desember 2009, var det innkommet åtte tilbud. Blant de som innga tilbud var Byggmester Bjørn M. Lund (heretter kalt klager) og Astra Bygg og Entreprenør AS (heretter kalt valgte leverandør).
- (9) I sitt tilbud vedla klager blant annet en liste over tidligere erfaringer inntatt i vedlegg 6. Fra vedlegget hitsettes:

”Ang. Utbedringsarbeider Værnes kirke, Stjørdal

Kvalifikasjonskrav

- *Hegvik kirke 2001-2003. 1,5 mill.*
- *Hegvik kirke Kalkinghvitting på værutsatte steder i ettertid.*
- *Roan kirke 2001 ca. 1 mill*
- *Roan kirke kalkinghvitting på værutsatte steder i ettertid.*
- *Stiklestad kirke. Innvendig pus/kalking. 2008.*

Stiklestad kirke utvendig meisling av sementfuger og fuging med NHL mørtel

[...]

Annet antikvarisk arbeid hovedsakelig trearbeid.

- *Nes kirke*
- *Bjugn kirke*
- *Jøssund kirke*
- *Autråttborgen kirke*
- *Bryggerekka i Råkvåg 2 brygger, understøtting og tak”*

- (10) Innklagede gjennomførte anbudsåpning 4. desember 2009, og fra anskaffelsesprotokoll fremkommer:

”Anbudsåpning Værnes kirke 04.12.09

Anbud nr. 1 Byggm. Bjørn Lund kr.2.830.812,50

Eks.mva.2.264.650,-

nr.2 Byggteknikk AS kr.3.368.175,-

eks.mva.2.694.540,-

nr.3 Astra Bygg og entreprenør kr.2.874.806,20

eks.mva. kr. 2.299.845

nr.4 Hent 0,-

nr.5 Tradisjonsbygg 3.021.997,-

eks.mva.2.417.597,60,-

nr.6 Snekkerarbeid 3.639.500,-

eks.mva.2.911.600,-

nr.7 Innherred-Bygg 3.182.775,-
eks.mva.2.546.220,-

nr.8 Byggfag AS 3.086.820,-
2.469.456,-"

- (11) Innklagede avviste klager fra konkurransen. Avvisningen ble meddelt per telefon. Det er i prosesskriv til klagenemnda opplyst at innklagede begrunnet avvisningen med at klager ikke ble godkjent av Riksantikvaren.

- (12) Innklagede informerte samtlige tilbydere om valg av leverandør ved brev 17. desember 2009. Av brevet fremkom blant annet:

"Vil med dette meddele at Stjørdal kirkelige fellesråd behandlet denne saken i møte 15.12.09 med følgende vedtak:

"Det innledes kontraktsforhandlinger med Astra Bygg og Entreprenør as med sikte på kontraktsinngåelse for restaurering av Værnes kirke i tråd med innlevert anbud av 04.12.09."

- (13) Klager anmodet om at avvisningen ble nærmere begrunnet ved e-post 28. desember 2009, hvor det blant annet uttales:

"Takk for orientering pr telefon. Likevel må jeg få be om en tilbakemelding slik at jeg har mulighet for en tråd å nøste på [...]"

Jeg ønsker å understreke at våre arbeider som kan sammenlignes med det som nå skal skje på Værnes kirke ikke er blitt gjenstand for kritikk verken fra byggherre (tiltakshaver) eller Riksantikvar."

- (14) Innklagede begrunnet avvisningen nærmere ved brev 5. januar 2010. Fra begrunnelsen hitsettes:

"Viser til Deres brev av 27.12.09 til Stjørdal kirkelige fellesråd v/Arkitektkontoret Hellebust og Meland as v/Rolf Gaarde, med anmodning om begrunnelse for at Deres tilbud etter hvert ble avvist.

Ved utlysning av anbudskonkurranse for utbedringsarbeider ved Værnes kirke meldte det seg til sammen 15 interesserte anbydere Etter avholdt anbudsbeifaring mottok vi melding om at tre av interessentene trakk seg med henvisning til kvalifikasjonskrav/arbeidets art.

Da anbudsfristen utløp 04.12.09 var det innkommet åtte (8) anbud som alle ble nummerert etter hvert som de ankom mottaker. Alle anbud nr.1-8 ble vurdert som rettidig innlevert. Anbudsåpning fant sted umiddelbart etter fristens utløp. Tiltakshaver v/kirkevergen, tre representanter for anbyderne samt arkitekt var tilstede. Anbud nr 4 var blankt, mens de øvrige 7 anbudene var komplett. Kopi av signert anbudsprotokoll ble distribuert til alle anbydere samme dag.

Etter nærmere vurdering av de utfyllte anbudene i samråd med Riksantikvaren, ble Deres anbud ikke akseptert med henvisning til tidligere utførte arbeider ved Stiklestad kirke. Som kjent ble dette arbeidet ikke godkjent, jfr. brev av 27.08.09 fra Riksantikvaren til Verdal kirkelige fellesråd med kopi til Dem.

Med henvisning til konkurransegrunnlaget har vi følgelig anbefalt at tiltakshaver innleder forhandling med den anbyder som har det økonomisk mest fordelaktige

tilbudet (NS 8410). Dvs. den av kvalifiserte anbydere som har lavest pris, i dette tilfellet anbud nr 3 som var Astra Bygg og Entreprenør AS.

Som nevnt i tidligere telefonsamtale med Dem, har jeg ikke funnet grunnlag for å utdype dette i den offisielle meldingen som ble distribuert til de øvrige anbyderne."

- (15) Fra Riksantikvarens brev 27. august 2009 til Verdal kirkelige fellesråd, og med kopi til klager, fremkom blant annet følgende vurdering av det arbeid som ble utført på Stiklestad kirke i 2008:

"Riksantikvaren vurdering av arbeidet

Arbeidet bærer preg av at det er gjort av ufaglærte. Avslutningen av fugene er særdeles dårlig utført. Fugene følger ikke steinene og er kladdete, man kan se at fugene har blitt kostet ut med altfor våt mørtel. Dette har også medført omfattende svinriss mellom fuger og stein. Murverket er svært tilgriset av mørtelsøl. Håndverkmessig er det en himmelropende kontrast mellom det arbeidet som nå er utført sammenlignet med de som ble gjort ved restaureringen av kirken på 1920-tallet. Riksantikvaren kan ikke godkjenne det utførte arbeidet.

Riksantikvarens anbefaling

Dersom man skal pusse og hvitte kirken er det neppe noe i veien, teknisk eller på andre måter, å bygge videre på det arbeidet som er gjort hittil.

Dersom det ikke er ønske om å pusse kirken, anbefaler vi at alle fugene på den vestlige delen av kirken meisles/skrapes ut og refuges på en tilfredsstillende måte."

- (16) I klagers brev 2. mai 2010 ble innklagede informert om følgende:

"Denne saken med Riksantikvaren er ikke avgjort og konkludert, mulig foreligger en misoppfatning av situasjonen.

Den har ingen sammenligningsdeler med Værnes kirke.

Det foreligger en komplett utgave av arbeidene ved Stiklestad kirke, men antar at den ikke har betydning i denne saken. Den kan evt. ettersendes."

- (17) Klager brakte saken inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser ved brev samme dag, det vil si 2. mai 2010.
- (18) Ved innklagedes brev 25. mai 2010 ble klagenemnda meddelt at kontrakt med valgte leverandør var inngått 26. januar 2010.

Anførsler:

Klagers anførsler:

- (19) Klager anfører at innklagede har handlet i strid med forskriften § 8-1 bokstav c og § 13-1 andre ledd, samt kravet til forutberegnelighet i loven § 5 når det i kunngjøringen er angitt at tildelingskriteriet er det økonomisk mest fordelaktige tilbudet, og at de nærmere kriteriene skulle fremgå av konkurransegrunnlaget, samtidig som innklagede ikke angir de nærmere tildelingskriteriene i konkurransegrunnlaget. Konsekvensen av dette var at kontrakt ble tildelt tilbyder som tilbødte laveste pris.
- (20) Klager anfører at han har dokumentert erfaring og god kompetanse om middelaldertechnikker, samt erfaring med middelalderkonstruksjoner, slik at det ikke er grunnlag for å avvise han med hjemme i forskriften § 11-1 første ledd bokstav a. Det vises videre til at innklagede ikke har evaluert klagers kompetanse.

- (21) Klager anfører videre at det er i strid med forskriften § 11-14 andre ledd bokstav a at avvisningen kun ble meddelt per telefon.
- (22) Klager ber nemnda vurdere hvorvidt det er grunnlag for å kreve erstattet den positive, alternativt den negative kontraktsinteresse.
- (23) Klager anfører at det foreligger brudd på loven § 5 som følge av at konkurranseform er forskjellig angitt i henholdsvis kunngjøring og konkurransegrunnlag.

Innklagedes anførsler:

- (24) Innklagede anfører at tilbudet ble rettmessig avvist, jf. forskriften § 20-12 første ledd bokstav a. Det vises til at Riksantikvaren ikke godkjente klager som tilbyder, noe som var et klart og entydig krav fra oppdragsgiver.
- (25) Videre anfører innklagede at tilbudet dessuten kunne blitt avvist som følge av forhold ved leverandøren, jf. forskriften § 20-12 andre ledd bokstav d.
- (26) Innklagede anfører videre at det ikke foreligger grunnlag for erstatning. Det vises til at tildeling av kontrakt ikke ville vært annerledes dersom tilbudet hadde blitt avvist skriftlig. Det foreligger således ikke årsakssammenheng. Klager ville heller ikke avstått fra å delta i konkurransen grunnet feilen ved avvisning, ettersom manglende avvisning skjedde etter at han hadde gitt inn tilbud.
- (27) Videre anfører innklagede at den positive kontraktsinteresse uansett ikke kan kreves erstattet. Det vises til Nucleusdommen, hvor det kreves at det foreligger en vesentlig feil, samt at det foreligger klar sannsynlighetsovervekt for at oppdraget skulle gått til klager dersom feilen ikke var begått. Siden Riksantikvaren ikke ville godkjenne tilbudet, ville ikke klager blitt tildelt kontrakten.

Klagenemndas vurdering:

- (28) Klager har deltatt i konkurransen og har saklig klageinteresse, jf. forskrift 15. november 2002 nr. 1288 om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Anskaffelsen gjelder en bygg- og anleggskontrakt 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 II, jf. forskriften § 2-1 andre ledd, jf. § 2-2 første ledd.
- (29) Klager har anført flere grunnlag for at regelverket om offentlige anskaffelser er brutt ved innklagedes gjennomføring av anbudskonkurransen. Det fremstår som hensiktsmessig først å behandle anførselen om hvorvidt innklagede har handlet i strid med loven § 5 ved å kunngjøre konkurransen som en åpen anbudskonkurranse, når det i konkurransegrunnlaget angis at det skal gjennomføres en konkurranse med forhandlet prosedyre.
- (30) Problemstillingen er om innklagede handlet i strid med loven § 5 ved å oppgi en konkurranseform i kunngjøringen og en annen i konkurransegrunnlaget, for så å avholde konkurransen som angitt i konkurransegrunnlaget.
- (31) Kunngjøringsreglene i forskriften kapittel 9 og 18 er svært sentrale i anskaffelsesretten. Kunngjøringen skal sikre at aktørene i markedet blir informert om konkurransen og slik gi grunnlag for at flest mulig tilbydere kan inngi tilbud.
- (32) I klagenemndas sak 2010/233 kom klagenemnda til at ettersom innklagede endret konkurranseform fra kunngjøring til konkurransegrunnlag, hadde han handlet i strid med kravene til forutberegnelighet og likebehandling i loven § 5. Dette ble særlig begrunnet med at *"Innholdet i kunngjøringen, herunder beskrivelsen av hva som skal*

anskaffes og hvordan anskaffelsen skal gjennomføres, vil ofte være avgjørende for potensielle tilbyderes vurdering av om selskapet skal delta i konkurransen eller ikke. Det er derfor av avgjørende betydning at kunngjøringen klart angir hva som skal anskaffes, og hvordan konkurransen skal gjennomføres.", jf. premiss (32).

- (33) Klagenemnda la, under henvisning til Marianne H. Dragsten "Håndbok i offentlige anskaffelser" side 111, til grunn at dersom det foreligger uoverenstemmelse mellom det som angis i kunngjøringen og det som angis i konkurransegrunnlaget, vil dette i utgangspunktet være i strid med kravet til forutberegnelighet og likebehandling i lovens § 5.
- (34) Videre vises det i sakens premiss (34) til at *"En tilbyder som avstår fra å delta i konkurransen på bakgrunn av opplysninger i kunngjøringen, vil ikke nødvendigvis få informasjon om at innholdet senere er endret i konkurransegrunnlaget. Når et så sentralt moment som konkurranseformen endres [...] kan det ikke utelukkes at endringen kan ha påvirket hvilke tilbydere som har valgt å delta i konkurransen, eller om innholdet i de inngitte tilbudene kan ha blitt påvirket"*.
- (35) Da den foreliggende sak også omhandler endret konkurranseform fra kunngjøring til konkurransegrunnlag, gjør tilsvarende synspunkter seg gjeldende her. På denne bakgrunn er klagenemnda kommet til at innklagede har handlet i strid med kravet til forutberegnelighet og likebehandling i loven § 5 ved å endre konkurranseform fra kunngjøring til konkurransegrunnlag.
- (36) Endringen av konkurranseform i konkurransegrunnlaget er en feil som ikke kan rettes opp under tildelingsprosessen. Innklagede har dermed en plikt til å avlyse konkurransen. Klagenemnda finner derfor ikke grunnlag for å behandle klagers øvrige anførsler. Klagenemnda finner heller ikke grunn til å uttale seg om erstatningsspørsmålet, jf klagenemndforskriften § 12 annet ledd femte punktum.

Konklusjon:

Stjørdal Kirkelige Fellestråd har, ved å endre konkurranseform fra kunngjøring til konkurransegrunnlag, handlet i strid med kravet til forutberegnelighet og likebehandling i loven § 5.

Klagers øvrige anførsler ble ikke behandlet.

For klagenemnda for offentlige anskaffelser

4. oktober 2010

Tone Kleven