



Klagenemnda for offentlige anskaffelser

Innklagede har gjennomført en åpen anbudskonkurranse vedrørende prosjektering og bygging av ny 4. arm til rundkjøring ved Lofotsenteret, inkludert nye parkeringsplasser, og ny kulvert. Klagenemnda fant at innklagede har brutt forskriften § 13-2 (2) ved å anvende et ulovlig tildelingskriterium. Klagenemnda kom videre til at innklagede ikke hadde foretatt en ulovlig direkte anskaffelse, da kontrakt ikke var inngått etter vedståelsesfristens utløp. Nemnda fant også at det ikke utgjorde en ulovlig direkte anskaffelse at det var foretatt en reduksjon i kontraktsomfanget, da reduksjonen ikke kunne anses som en vesentlig endring. Klagers øvrige anførsler ble ikke behandlet.

Klagenemndas avgjørelse 6. januar 2011 i sak 2010/179

Klager: Thore Magnussen og sønn AS

Innklaget: Vestvågøy kommune

Klagenemndas medlemmer: Morten Goller, Tone Kleven og Andreas Wahl

Saken gjelder: Saklig klageinteresse. Ulovlig tildelingskriterium. Ulovlig direkteanskaffelse.

Bakgrunn:

- (1) På vegne av Vestvågøy kommune (heretter kalt innklagede) kunngjorde Stein Hamre arkitektkontor AS 21. juli 2009 en åpen anbudskonkurranse. Av kunngjøringen punkt II.1.5 "Kort beskrivelse av anskaffelsens art og omfang" fremgikk følgende:

"Leknes: Prosjektering og bygging av ny 4. arm til rundkjøring ved Lofotsenteret, inkludert nye parkeringsplasser, og ny kulvert."

- (2) Anskaffelsen hadde en estimert verdi på mellom 90 og 110 millioner kroner. Frist for inngivelse av tilbud var satt til 7. september 2009 kl 13.00.
- (3) Fra konkurransegrunnlaget punkt A1 "ORIENTERING OM PROSJEKTET" hitsettes:

"ARBEIDENES ART OG OMFANG

I Samleveg:

Fra 4.veiarmlinje i rundkjøringen fra E10 og mellom parkeringsarealet P2 og P3, knyttes den nye veien inn på eksisterende vei forbindelsen til Torvhauan/byggefelt mot øst og Leknes skole. Utføring i henhold til vedlagt plan.

Adkomst under eksisterende undergang/kulvert under E10, stenges for biltrafikk og omdefineres som kulvert for gang-/sykkelvei med skilt og forhindring. 4.veiarmlinjes vegen skal være 6 meter i topp inkl. kjøresikker 0,5 meter skulder. Vegen skal gruses og

klargjøres for asfaltering. Nødvendig mindre justeringer av veien (ved eventuelle setninger) og asfaltering inngår i anbudet og utføres våren/forsommeren 2010. Antatt anbyder forestår prosjektering av veganlegget, samt kontroll prosjekterende.

2 Parkeringsplass øst for Lofotsenteret P2 og P3:

Parkeringsplassene P2 og P3 bygges i henhold til vedlagt plan. Trær og vegetasjon, torv skal fjernes og området traues ut og fylles med sprengsteinmasser. Alternativt legges det filterduk før oppfylling med sprengsteinmasser. Deler av grunnen er fast underlag og deler på dyp myrlag. Dybdemåling er ikke foretatt.

3 Gang- og sykkelveg:

Gang og sykkelveien beholdes slik den er i dag, men senkes for å gi plass til en kulvert under 4.veiarm

4 Kulverter:

Det skal bygges kulvert under E10 fra eksisterende kulvert ved Lofotsenteret med utgang på østsiden av E10. Utgang til G/S-vei via trapp og parkeringsplassen via skrårampe. Det legges dreneren i kulverten for å fange opp eventuelle overvann som ledes via drenerledning tilbake mot parkeringsplassen.

5. Overvann:

Overvann prosjekteres for hele feltet inkl. eventuelle sandfang i parkeringplass/vei. Overvann ledes ut mot Borgvatnet (ledning til Borgvatnet er tatt med som opsjon i beskrivelsen) Overvann på og langs av veien ivaretas primært gjennom åpne grøfter. Det legges overvannskum i parkeringsplassene som ledes ut mot Borgevatnet via ledning. Sandfang skal være minimum 400 millimeter i diameter og ha kjøresterk rist. Innløp og utløp skal være frostfri dybde. Det legges og en overvannskum i kulverten under 4.veiarm.”

- (4) Av punkt 76.760 i tilbudsskjemaet, inntatt som vedlegg E i konkurransegrunnlaget, fremgikk det om parkeringsplassene:

”Dette underkapitlet beskriver grunnarbeider for parkeringsplasser P2 og p3. Arbeidet består i å traue ut hele området ned til fast grunn. Entreprenøren står fritt til å velge metode ved uttrauingen. Området har ulik dybde til fast grunn/fjell. Det skal fylles opp med sprengstein opp til UK. forsterkningslag. Komprimeringskrav ihht. Norsk Standard. Setninger skal registreres og rapporteres etter at sprengsteinfyllingen er ferdig utført.

(...)

Påvises liten eller ingen setning, kan det videre arbeidet slutføres, bærelag, slitelag.

Et alternativ er å fylle opp parkeringsplassen med å legge geoduk som filterlag mellom jord/myrmassene og fylle opp på duken til stabil og setningsfri fylling. Dette avklares senere.”

- (5) Av punkt 76.760.7 i tilbudsskjemaet fremgikk det at den alternative fyllingsmetoden skulle prissettes, men ikke føres til sum.
- (6) Av tilbudsskjema fremgikk det videre av punkt 70.739.1 at overvannssystemet skulle gjelde som en opsjon til kontrakten. I samme punkt het det videre at denne posten skulle ”Fylles ut, men føres ikke til sum”.

- (7) Av konkurransegrunnlaget punkt A "PROSJEKTINFORMASJON" fremgikk følgende om vedståelsesfristen:

"Anbudet er bindende i 90 dager regnet fra anbudsfristens utløp."

- (8) Innklagede mottok to tilbud innen tilbudsfristen, herunder et tilbud fra Alf Brekken og Sønner AS (heretter kalt valgte leverandør). Det andre tilbudet ble avvist grunnet manglende oppfyllelse av kvalifikasjonskravene. Thore Magnussen og sønn AS (heretter kalt klager) har opplyst at firmaet etter en vurdering av konkurransegrunnlaget, valgte ikke å inngi tilbud.
- (9) Det ble avholdt et avklaringsmøte mellom innklagede og valgte leverandør 14. oktober 2009. Fra møtereferatet hitsettes:

"Sak Angående

01.01	<i>Foranledning til møte:</i> <i>.01 Partene ble innkalt til dette møtet for å avklare forhold i forkant for eventuell kontrakt</i> <i>(...)</i>
01.03	<i>Gjennomgang av anbudsbrev</i> <i>.01 Alf Brekken & Sønner AS (ABS) har oppgitt deponi av gravemasser til Bolle, men opplyser at det og er aktuelt å kjøre massene til egen fyllplass og til bl.a. Vian.</i> <i>.02 Etterjustering av parkeringsplassen og veier, samt asfalteringen utføres til våren/sommeren 2010. Det må vurderes om legningsarbeidet og bør utsettes til våren pga. setningsfare.</i> <i>(...)</i>
01.04	<i>Anbudssum:</i> <i>.01 Levert anbudssum: kr 10.361.693,88 eks. mva</i> <i>Kontrollert anbudssum: kr 10 361 693,88 eks. mva</i> <i>(...)</i> <i>Total sum for overvannsledning til Borgvatnet utgjør:</i> <i>kr 1 987 000,00 eks. mva.</i> <i>Reguleres i forhold til avtalt og nødvendig omfang (avklarest etter detaljprosjekteringen, bl.a. om ny overvannsledningen skal tilknyttes til eksisterende Ø400 mm overvannsledningen) Utføres etter endringsanmodning (EA) og endringsordre (EO).</i> <i>Detaljprosjektering</i> <i>.01 ABS har tenkt å engasjere I-KON AS til å detaljprosjekttere anlegget:</i> <i>• Kulverter med detaljer</i> <i>• Veier og parkplan</i> <i>• Ledningsplan for overvann med fall og kummer, ledninger</i>

01.10	• Lysplan for gatelys <i>ABS kan starte med prosjekteringen før inngått kontrakt for ikke å tape ytterligere tid.</i> <i>03 Prosjekteringen skal skje i nær samarbeid med Vestvågøy kommune og Statens vegvesen.</i> (...)
01.12	<i>Massekontroll/masser</i> <i>.01 Massekontroll foretas fra begge parter innen torsdag 29.10.09.</i> <i>Deler av anlegget som ikke er detaljprosjektert og ikke kan masseberegnes eksakt (endelig utforming av betongarbeider, endelig valg av ledningstrase mv.), reguleres ved endringsanmodning (EA) og endringsordre (EO) ABS</i> <i>.02 Partene ble enig om å foreta dybdemålingen ned til fjell/fast grunn under myr-område for hele parkområdet, for å fastsette gravemasser og fyllmasser med sprengstein. Denne målingen blir et gjensidig dokument for endelig oppgjør. Forsterkningslag, bærelag og dekke gjøres opp etter målt areal.</i> <i>Kontrakt / kontraktsinngåelse</i> <i>.01 Det tas forbehold om politisk behandling/godkjenning og eventuell vedtak i Vestvågøy Formannskap om inngåelse av kontrakt."</i>

- (10) Ved e-post av 1. desember 2009 anmodet innklagede valgte leverandør om å forlenge vedståelsesfristen. Fra e-posten hitsettes:

"Jeg viser til telefonsamtale med deg og ber deg om en eventuell bekreftelse på at Alf Brekken & Sønner AS vedstår seg anbudet utover de 90 dagene som det er henvist til i anbudet."

- (11) Valgte leverandør svarte i e-post samme dag:

"Det bekreftes med dette at Alf Brekken & Sønner AS vedstår seg anbudet utover de 90 dagene som det er henvist til i anbudet."

- (12) Fra oppstartsmøte som ble gjennomført 10. desember, hitsettes:

"Sak Angående

01.01	Aksept av utførelse etter alternativ II i anbudet <i>.01 Runar Brekken aksepterer at anbudet utføres etter alternativ II og som vil gi redusert omfang.</i>
01.07	Fremdrift <i>.01 Geonett og fiberduk bestilles når type er avklart av Multiconsult.</i>

	.02 Produksjon av masser i de ulike fraksjonene kan starte så snart fraksjonstype er avklart med Multiconsult"
--	--

- (13) Endringene partene var blitt enig om før kontraktssignering ble nedskrevet i endringslister. Fra endringsliste 2, datert 12. desember 2009 hitsettes:

"Endringen består i:

Regulert endret etter alternativ II, fylling på duk/geonett. Nye poster og endret masse på alternativ I og II. Opsjonsposter for ny overvannsledning for Borgvatnet utgår."

- (14) Det fremgikk videre av samme dokument at endringen var priset til - 4.764.860,00 kroner eks mva.

- (15) Fra byggemøte som ble gjennomført 8. januar 2010 hitsettes følgende:

"Fremdriftsplan"

ABS leverer revidert fremdriftsplan som viser plan for oppstart og gjennomføringen, samt endelig sluttdato."

- (16) Kontrakt ble signert med valgte leverandør 18. januar 2010.

- (17) Saken ble brakt inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser ved e-post av 4. juni 2010.

- (18) Fra møte i kommunestyret 2. september 2010, hitsettes:

"Saksopplysninger:

Vestvågøy formannskap vedtok byggingen av 4. arm i sak 06/10, 27.01.10. På grunn av at prosjektkostnad beregnet ut fra innhentet tilbud i anbudskonkurransen lå langt over budsjett, ble det vedtatt å dele prosjektet i 2 byggetrinn. I byggetrinn 1 ble da i henhold til saksutredningen medtatt:

- *Ny avkjørsel fra E10, omtalt som 4.arm*
- *Parkeringsplass P2 med 120 parkeringsplasser*
- *Gangtunnel under E10, tunnel under 4.arm*
- *Stenging av Sentralbaneveien ved E10*
- *Oppgradering av Myrstien med asfalt, fortau og gatelys*
- *Tilrettelegging av ny tomt for gatekjøkken*
- *Overvannssystem*

I tillegg ble det medtatt fortau med gatelys fra Leknes skole til Sentralbaneveien. Som følge av stenging av Sentralbaneveien, ble det lagt inn et beløp for flytting av gatekjøkkenet.

I oversikten over prosjekt i byggetrinn 1 er det en feil. Overvannssystem er ikke medtatt.

(...)

Metoden med å bygge vei og parkeringsplasser på dyp myr er en ukjent metode for både entreprenører og prosjekterende i området. Derfor er entreprenøren pålagt å engasjere egen geoteknisk rådgiver. Byggemyndighetene har også krevd uavhengig kontroll. Imidlertid har oppbyggingen av parkeringsplassen gått som planlagt bortsett

fra setninger som har oppstått i samsvar med geoteknisk rådgivers anbefaling. Dette har medført et behov for ekstra masser for å justere planet. Endelig justering vil bli foretatt til neste år. Parkeringsplassen kan imidlertid brukes så fort anleggsperioden er over.

(...)

Peling

Det er nå avdekket for dårlig masseutskifting under eksisterende rundkjøringen og for bratt skråning slik den er utført av Statens vegvesen i sin tid. Gangtunnel må peles for å hindre rotasjon og sikre tilfredsstillende stabilitet. Det ble ikke utført detaljerte undersøkelser av dette i prosjekteringsfasen da dette ble ansett for unødvendig hensyntatt at arbeidet var utført av landets mest kompetente fagorgan på slike arbeider.

Overvannssystem

I det vedtatte prosjektet ble alle poster som omhandlet overvann tatt ut. På det tidspunktet var det stor usikkerhet om hvordan parkeringsplassen og overvannssystemet skulle håndteres. I anbudsbeskrivelsen var det beskrevet en ledning til tunnelen i Borrivatnet samt senking av Borrivatnet. Denne løsningen var i strid med vedtak om å reetablere vannspeilet i Borrivatnet.

Overvannssystemet er ikke tatt med i prosjektet bortsett fra drenering av gangtunnelene. Dette skyldes at eksisterende overvannssystem i rimelig grad ledet overflatevannet til Borrivatnet.

Våren 2010 ble Lofotsenteret oversvømt og det ble påstått at kommunens overvannsledning til Borrivatnet og hovedledningen gjennom Leknes ikke hadde kapasitet til å lede vannet ut fra sentrum. Dette ble avvist av Vestvågøy kommune fordi prosjekteringen av Lofotsenteret, herunder detaljert bygningsplassering og overvannssystem/drenering, er utført av tiltakshaver og er ikke Vestvågøy kommunes ansvar. Men når en nå kjenner de små marginene som kan oppnås selv med Lofotsenterets forbedringstiltak, er det påkrevd at man ikke belaster dette med ytterligere overvann fra østsiden av E10. Vårens snøsmelting viste at man opererer med små marginer og når parkeringsplassen blir ferdig, er ikke myra lenger en buffer for overvannet. Også for å hindre overvannsproblemer på parkeringsplassen, bør dette tiltaket prioriteres nå.

For å løse overvannsproblemet for området øst for E10, må det etableres overvannssystem som leder vann fra Torvhauan, fra parkeringsplass og fra Leknes skole. Dette arbeidet er kalkulert til ca 1,4 mill kroner. Prosjektet omhandler en videreføring av overvannsledningen fra Torvhauan boligfelt med stikkledninger til parkeringsplassen og eksisterende gangtunnel og videre til Borrivatnet.

Økte masser

Ved utlegging av masser på duk/nett har det oppstått både setninger og buler som følge av de bløte myrmassene under fyllingen. Setningene har blitt forsterket med nytt nett og ved påfylling av nye masser, mens bulene er forsøkt dempet ved pålasting av masse. Setningene i parkeringsplassen vil avta over tid, men det kan bli nødvendig å justere nivået for å få fall til sidene.

(...)

Vurdering:

- faglige og generelle forhold*

Gjennomføringen følger de planer som er utarbeidet av rådgiverne.

- *økonomiske konsekvenser*

Kostnadsrammen for prosjektet har en nettoøkning på 1,36 mill kroner, altså en nettotilførsel på dette beløpet. Dette er finansiert ved å korrigere/reducere merverdiavgift samt omdisponering av investeringsmidler.

- *offentlig anskaffelse*

Det er avholdt åpen anbudskonkurranse. Bygging av overvannssystem var en del av entreprisen. Overvannssystemet ble trukket ut av prosjektet, men Vestvågøy kommune har sikret seg opsjon på bruk av tilbudets enhetspriser.

Konklusjon/oppsummering:

Prosjektet er komplisert sett i forhold til de krevende geotekniske problemstillingene. Det har hersket stor usikkerhet i anleggsperioden. Det har derfor vært vanskelig å forutse sluttresultatet. Overvannssystemet er priset i anbudskonkurransen, men ble trukket ut. Det har i ettertid vist seg nødvendig å ta dette med i entreprisen. I tillegg ble det avdekket sviktende grunnforhold i rundkjøringen. Dette har resultert i at undergangen under 4.armen i rundkjøringen må peles. Samlet anbefales prosjektet nettotilført 1,364 mill kroner, som finansieres med overføring fra investeringsmidler som allerede er avsatt til asfaltering, oppgradering av kommunale veier samt tomtesalg, samt korreksjon på mva.

(...)”

Anførsler:

Klagers anførsler:

- (19) Klager anfører at innklagede har foretatt en ulovlig direkte anskaffelse, ved å inngå kontrakt etter vedståelsesfristens utløp.
- (20) Prosjektet det er inngått avtale på, er et annet enn det som er utlyst på Doffin, og er således en ulovlig direkteanskaffelse. Det vises til at det er foretatt vesentlige endringer i kontraktsomfanget, overvannssystemet og en parkeringsplass som inngikk i det opprinnelige prosjektet er trukket ut, hvorav prosjektet kostnadmessig er redusert med 55 %. Videre vises det til at det er akseptert et alternativt tilbud, noe som klart fremgår av kunngjøringen punkt II.1.9 at det ikke var anledning til å inngi.
- (21) Innklagede har brutt forskriften § 11-4, da det ikke er anledning til å inngi alternative tilbud. Endring av konkurransebetingelsene etter fristutløp innebærer også et brudd på forskriften § 8-2 (1).
- (22) Klager har heller ikke fått innsyn i saken i den grad dette kan kreves etter forskriften § 3-5.
- (23) Innklagede har brutt forskriften § 13-3 (1) ved å unnlate å utsende tildelingsbrev.
- (24) Innklagede har brutt forskriften § 11-7, ved ikke å foreta en tilfredsstillende tilbudsåpning.
- (25) Valgte leverandør oppfyller ikke kvalifikasjonskravene og skulle derfor ha vært avvist. Det vises til at valgte leverandør har godkjenning i tiltaksklasse 1, mens tiltaket i konkurransegrunnlaget legges til tiltaksklasse 2. Det vises også til at valgte leverandør ikke har levert bemanningsplan, slik det er oppstilt krav om i konkurransegrunnlaget.

- (26) Det foreligger også en sammenblanding av kvalifikasjonskrav og tildelingskriterier. Under kvalifikasjonskravene var det krevd dokumentasjon for *”bemanning for oppdraget med navn og CV for nøkkelpersoner som skal utføre oppdraget.”* Som tildelingskriterium skulle *”Prosjektgjennomføring”* vektas med 25 %. Dette skulle blant annet vurderes på bakgrunn av *”Tilbyders organisasjon for gjennomføring av oppdraget, herunder CV for prosjektleder, formenn og prosjektspesifikk CV for prosjekterende.”*

Innklagedes anførsler:

Innklagedes redegjørelse for prosjektet

- (27) Innklagede har gjennomført en anbudskonkurranse som omfatter bygging av parkeringsplass med tilstøtende veinett, samt 2 underganger i betong. Siden prosjektet omhandlet to delprosjekter – bygging av parkeringsplasser og bygging av to underganger, hadde kommunen i utgangspunktet redusert mulighetene til å få inn gode tilbud på delprosjektene. Innklagede valgte likevel å kjøre anbudet samlet, og da som en totalentreprise. Kommunen mottok to tilbud, hvorav det ene ble forkastet. Innklagede valgte likevel å gjennomføre prosjektet.
- (28) I den påfølgende fasen ble det oppdaget at myrdybden, på stedet hvor parkeringsplassene skulle bygges, var vesentlig større enn antatt. Entreprenørens geotekniske konsulent ble koblet inn i saken og han beskrev en alternativ måte å løse problemet. Metoden var beskrevet i anbudet og var omtalt som alternativ metode. Kostnadene ved uttrauing av 3 m dyp myr som beskrevet i anbudet og alternativ metode var omtrent den samme. Jo dypere myren var, dess gunstigere var alternativ metode. I dette tilfellet var myren 8-9 m dyp, og innklagede har følgelig spart mye penger.
- (29) Reduksjonen i kontrakten skyldtes at overvannssystemet i området ble trukket ut. Dette ble gjort på bakgrunn av anbefaling av geoteknisk rådgiver, da det kunne oppstå setninger på mellom 0,5 til 1 m. I tillegg ble parkeringsplassen P3 trukket ut. Dette ble gjort av to grunner. Den første grunnen var at innklagede var usikker på om metoden som var beskrevet var holdbar – spesielt i dette området hvor myren var dypest. Den andre grunnen var at innklagede ønsket å redusere utgiftene, slik at det kunne bygges gangvei langs de nye gatene. Resten av prosjektet ble gjennomført som planlagt.
- (30) Innklagede tilbakeviser at prosjektet det er inngått avtale på er et annet enn det som er kunngjort på Doffin. Kontrakten baserer seg på tilbudets beskrivelse og enhetspriser. Det er valgt alternativ metode ved bygging av parkeringsplassen. Metoden er beskrevet i konkurransegrunnlaget og prissatt. Etter valg av tilbyder var foretatt, ble det foretatt justeringer av omfang. I fasen etter at tilbyder var valgt ble det avklart at myrdybden var vesentlig større enn forutsatt. Kommunen, i samarbeid med rådgiver, valgte derfor å endre utførelsen i samsvar med alternativ løsning som var omtalt og priset i anbudskonkurransen.
- (31) Innklagede bestrider at kontrakt er inngått etter vedståelsesfristens utløp. Entreprenøren ble bedt om å bekrefte fristforlengelse pr e-post 1. desember 2009, og bekreftet dette samme dag. Fristforlengelsen er ikke tidfestet, men det var underforstått av begge parter at fristforlengelse var gitt inntil kontraktsinngåelse.
- (32) Innklagede tilbakeviser at det foreligger brudd på forskriften § 11-4. Det er i konkurransegrunnlaget ikke gitt åpning for alternative tilbud med mindre det gis pris på beskrevne arbeider.

- (33) Innklagede bestrider at det er foretatt endringer eller rettelser av konkurransegrunnlaget, jf forskriften § 8-2.
- (34) Innklagede tilbakeviser at valgte leverandør ikke oppfyller kvalifikasjonskravene. Krav med hensyn til tillatelse er ikke krevd i forbindelse med anbudskonkurransen. Dette er beskrevet som en ytelse i forbindelse med utarbeidelse og oppfyllelse av myndighetskrav. Det er fullt mulig å kjøpe inn som underentreprise kompetanse og kapasitet på fagområder der kontraktspartner selv ikke har tilstrekkelig kompetanse. Rammetillatelse ble gitt 18.12.09. Igangsettingstillatelse ble for betongarbeidene ble gitt 31.05.10 og parkeringsplass 23.06.10.
- (35) Innklagede bestrider at forskriften § 3-5 er brutt. Alt av dokumentasjon vedrørende prosjektet er oversendt klager.
- (36) Innklagede erkjenner å ha brutt forskriften ved ikke å ha utsendt tildelingsbrev. Da det kun var en tilbyder som ble funnet å være kvalifisert for deltakelse i konkurransen ble tildelingen ikke publisert på Doffin, og det ble ikke utsendt tildelingsbrev. Dette er imidlertid ikke et brudd som gir grunnlag for å avlyse konkurransen.
- (37) Innklagede bestrider at det ikke er foretatt en tilfredsstillende tilbudsåpning.
- (38) Innklagede tilbakeviser at valgte leverandør skulle vært avvist.
- (39) Innklagede erkjenner at det er foretatt en sammenblanding av kvalifikasjonskrav og tildelingskriterier. Under tildelingskriteriet "*Prosjektgjennomføring*" burde kravet ha vært en beskrivelse av hvordan tilbyder hadde tenkt å gjennomføre prosjektet. Dette har imidlertid ingen konsekvens for tildelingen, og er heller ikke et alvorlig brudd på forskriften da det kun var en tilbyder på dette tidspunktet.
- (40) Innklagede anfører at klager mangler klageadgang. Klager har ikke deltatt i anbudskonkurransen og har dermed ikke saklig klageinteresse. Dersom klager mente konkurransegrunnlaget var beheftet med feil eller burde vært utarbeidet på en annen måte, var det nødvendig at dette ble påpekt før tilbudsfristens utløp. Klager har videre ikke interesse i utfallet av konkurransen. For klager som er aktør i det lokale byggemarkedet var dette et potensielt interessant oppdrag, men da skulle innsigelser på konkurransegrunnlaget vært fremsatt før tilbudsfristens utløp, dersom dette var avgjørende for firmaets vurdering av deltakelse i konkurransen.

Klagenemndas vurdering:

- (41) Klagen er rettidig, jf. forskrift 15. november 2002 nr. 1288 om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6 andre ledd. Anskaffelsen gjelder bygge- og anleggsarbeid og følger etter sin verdi lov 16. juli 1999 nr. 69 om offentlige anskaffelser og forskriften del I og del II, jf. forskriften §§ 2-1 (1) og 2-2 (1).

Om klageinteresse

- (42) Innklagede anfører at klager ikke hadde interesse i utfallet av konkurransen, og at klager derfor ikke har klageadgang.
- (43) Klage kan fremsettes av "*enhver som har saklig klageinteresse*", jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6 andre ledd. Bestemmelsen omfatter i første rekke leverandører som har deltatt i konkurransen, men potensielle deltakere vil også i visse tilfeller være omfattet. Dette gjelder i tilfeller det anføres at det er begått en feil som har gjort at klager ikke har deltatt i konkurransen, slik at klager potensielt kunne

fått kontrakten dersom feil ikke var begått. I vurderingen av dette spørsmålet må klagers pretensjoner legges til grunn, jf. eksempelvis klagenemndas avgjørelse i sak 2008/66.

- (44) Om klager har saklig klageinteresse må vurderes konkret i forhold til hver enkelt anførsel. Klager har anført at det er foretatt en sammenblanding av kvalifikasjonskrav og tildelingskriterier. Klager pretenderer med dette at det forelå en feil ved konkurransegrunnlaget, som gjorde at klager etter en vurdering valgte ikke å inngi tilbud i konkurransen. Klagenemnda finner på denne bakgrunn at klager har saklig interesse i å få avgjort anførselen om sammenblanding av kvalifikasjons- og tildelingskriterier.

Hvorvidt det foreligger et ulovlig tildelingskriterium

- (45) Innklagede har erkjent at det er foretatt en sammenblanding av kvalifikasjons- og tildelingskriterier, men fremhever at dette ikke er et alvorlig brudd på forskriften, da det kun var en tilbyder som ble funnet å være kvalifisert for deltakelse i konkurransen.
- (46) I konkurransegrunnlaget punkt B2 var det oppgitt at tildeling av kontrakt skulle skje på grunnlag av det økonomisk mest fordelaktige tilbudet. Tildelingskriteriene må da ha tilknytning til kontraktens gjenstand og være egnet til å identifisere det økonomisk mest fordelaktige tilbud, jf. forskriften § 13-2. Av forskriften § 11-1 følger det forutsetningsvis at kriterier anvendt under kvalifiseringen av leverandører, ikke kan gjentas som tildelingskriterier. Dette er også lagt til grunn i klagenemndas praksis, jf. blant annet sakene 2008/92 premiss (90), 2008/136 (80) og 2008/199 premiss (13).
- (47) EU-domstolen tok ex officio opp spørsmålet om sontringen mellom kvalifikasjonskrav og tildelingskriterier i sak C-532/06 ("Lianakis"). Domstolen uttalte blant annet at oppdragsgiver ikke kunne benytte tilbydernes erfaring, personell og utstyr, og evne til å fullføre oppdraget innen en fastsatt frist, som tildelingskriterier. Begrunnelsen synes å være at disse forholdene angikk leverandørens evne til å oppfylle kontrakten, og dermed var å anse som kvalifikasjonskrav, og ikke tildelingskriterier, jf. premissene (25-32).
- (48) Etter "Lianakis"-dommen har klagenemnda behandlet flere saker hvor problemstillingen har vært om et tildelingskriterium var ulovlig som følge av at vurderingen som skulle foretas etter tildelingskriteriet var sammenfallende med vurderingen som skulle foretas av leverandørens kvalifikasjoner. Nemnda har lagt til grunn at det må fremgå klart av konkurransegrunnlaget at vurderingen av tilbudets kvaliteter ikke er sammenfallende med, eller en gjentakelse av, vurderingen av leverandørens kvalifikasjoner, jf. blant annet sakene 2009/132, 2009/86 premiss (20).
- (49) I foreliggende sak var det i konkurransegrunnlaget punkt B2 oppstilt som kvalifikasjonskrav at tilbyderne skulle ha "*meget god gjennomføringsevne*". Som bevis for at kravet var oppfylt skulle tilbyderne blant annet *dokumentere "Bemanning av dette oppdraget (organisasjonsplan) med navn og CV for nøkkelpersoner som skal utføre oppdraget"*. Som et av tre tildelingskriterier skulle "*Prosjektgjennomføring*" vektet 25 %. Under dette kriteriet skulle blant annet "*Tilbyders organisasjon for gjennomføring av oppdraget, herunder CV for prosjektleder, formenn og prosjektspesifikk CV for prosjekterende*" vektlegges.
- (50) Ettersom forskjellen i vurderingstema ikke er ytterligere presisert er klagenemnda enig med partene at det her er foretatt en sammenblanding av kvalifikasjons- og tildelingskriterier. Tildelingskriteriet "*Prosjektgjennomføring*" er overlappende med kvalifikasjonskravene, og på denne bakgrunn finner klagenemnda at tildelingskriteriet "*Prosjektgjennomføring*" var ulovlig.

- (51) Ettersom tildelingskriterier ikke kan endres etter tilbudsfristens utløp, jf. forutsetningsvis forskriftens § 8-2 (1), er bruk av et ulovlig tildelingskriterium en feil som ikke kan rettes opp under tildelingsprosessen. Innklagede hadde da plikt til å avlyse konkurransen, jf. EU-domstolens sak C-448/01 ("Wienstrom") premiss (95) og klagenemndas saker 2008/120 premiss (48), 2008/92 premiss (102) og 2009/88 premiss (29).
- (52) Siden det foreligger en feil som skulle ledet til avlysning finner klagenemnda i samsvar med tidligere praksis ikke grunn til å ta stilling til klagers øvrige anførsler.

Ulovlig direkte anskaffelse

- (53) Klager har imidlertid også anført at kontrakt er inngått etter vedståelsesfristens utløp og at dette utgjør en ulovlig direkteanskaffelse. Klagenemnda tar denne anførselen til behandling, da det ikke er krav til saklig klageinteresse ved anførsler om ulovlig direkteanskaffelse jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 13 a. I slike saker er fristen for å klage to år fra avtaleinngåelse, jf. klagenemnds forskriften § 13a, jf. anskaffelsesloven § 7b. Avtale ble inngått 18. januar 2010 og klagen er følgelig rettidig.
- (54) Etter loven § 7b første ledd, kan en oppdragsgiver ilegges overtredelsesgebyr dersom oppdragsgiveren eller noen som handler på dennes vegne, forsettelig eller grovt uaktsomt foretar en ulovlig direkte anskaffelse. En ulovlig direkteanskaffelse er en anskaffelse som ikke har vært kunngjort i henhold til reglene om kunngjøring, jf. loven § 7b, jf. forskriften § 9-1, jf. § 2-1.
- (55) Klagenemnda har tidligere lagt til grunn at kontrakt inngått etter vedståelsesfristens utløp, kan utgjøre en ulovlig direkteanskaffelse, jf. blant annet klagenemndas sak 2007/108 premiss (33) til (43) med videre henvisninger.
- (56) I foreliggende sak utløp den opprinnelig fastsatte vedståelsesfristen 6. desember 2009, og kontrakt ble inngått 18. januar 2010. Problemstillingen i det følgende er på denne bakgrunn om vedståelsesfristen var forlenget til 18. januar 2010 for valgte leverandør.
- (57) Klagenemnda har i tidligere saker kommet til at en tilbyder gyldig kan forlenge sin vedståelsesfrist skriftlig, muntlig eller ved konkludent atferd, jf. sak 2009/46 premiss (73) og sak 2008/13 premiss (30) med videre henvisninger. Forlengelsen må skje mens tilbudet ennå er bindende. Vedståelsesfristen er en ensidig bindende disposisjon, og forlengelse av denne fristen må følge vanlige avtalerettslige regler, jf. klagenemndas avgjørelse i sakene 2005/267 og 2005/64. Klagenemnda har videre stilt et krav om at en forlengelse av vedståelsesfristen må angis tilstrekkelig presist. Det fremgår av sak 2009/46 premiss (74) at fristen etter forskriftsbestemmelsen skal angis med "*dato og klokkeslett*" og at "*når en så presis frist skal forlenges, kreves det en tydelig angivelse av den nye fristen. Det kan således ikke avtales at tilbudet fremdeles skal holdes gyldig i rimelig tid eller lignende. Det må være den som påstår at en tilbyder har utsatt vedståelsesfristen, som har bevisbyrden for dette ved en eventuell tvil*". I sak 2009/112 kom klagenemnda til at valgte leverandør hadde forlenget vedståelsesfristen suksessivt gjennom sin adferd. I denne saken var vedståelsesfristen forlenget skriftlig til 1. mars 2009, men kontrakt ble ikke inngått før 11. september 2009. Det avgjørende var at valgte leverandør, etter at den fastsatte fristen var løpt ut, hadde opprettholdt en løpende dialog med innklagede vedrørende blant annet fremdrift og tilleggsarbeider mv, frem til kontrakt ble signert. Det ble også vektlagt at arbeidet ble igangsatt før kontraktssigneringen, og at det ikke var fremlagt dokumentasjon som tydet på at valgte leverandør på noe tidspunkt hadde ansett seg som ubundet av sitt tilbud i konkurransen.

- (58) I foreliggende sak har innklagede forklart at vedståelsesfristen ble omtalt på avklaringsmøte mellom valgte leverandør og innklagede, og at det var klart forutsatt mellom partene at denne skulle forlenges frem til kontraktssignering. Valgte leverandør ble i e-post fra innklagede 1. desember 2009 bedt om å bekrefte at tilbudet vedstås utover fristen som utløp 6. desember. Valgte leverandør bekreftet dette på e-post samme dag. 10. desember 2009 avholdt partene et såkalt oppstatsmøte, og av referatet fra dette møtet fremgikk blant annet at *"Runar Brekken aksepterer at anbudet utføres etter alternativ II som vil gi redusert omfang"*. Et par uker etter, 8. januar 2010, ble det gjennomført byggemøte og i referatet fra dette møtet fremgikk blant annet at *"ABS leverer revidert fremdriftsplan som viser plan for oppstart og gjennomføringen, samt endelig sluttdato."*
- (59) På bakgrunn av det overstående, sett sammen med at det i dette tilfellet bare var en leverandør som var funnet kvalifisert til å delta i konkurransen, finner klagenemnda det klart at det i dette tilfellet var meningen å forlenge vedståelsesfristen frem til den nært forestående kontraktssigneringen. Klagenemnda finner det således godtgjort at valgte leverandør hadde forlenget sin vedståelsesfrist frem til kontrakt ble signert 18. januar 2010. Innklagede har dermed inngått kontrakt med valgte leverandør innen vedståelsesfristens utløp, og følgelig foreligger det ingen ulovlig direkteanskaffelse på dette grunnlag.

Hvorvidt det er inngått kontrakt av et vesentlig annet omfang enn det kunngjorte

- (60) Klager har også anført at kontrakten inngått mellom innklagede og valgte leverandør er av et annet omfang/innhold enn det som var kunngjort, og at dette utgjør en ulovlig direkte anskaffelse, jf loven § 7b. Klager har i denne forbindelse vist til at det er foretatt en reduksjon i kontraktsomfang ved at overvannsystemet og en av parkeringsplassene er trukket ut av prosjektet. Også denne anførselen kan klagenemnda behandle da det ikke er krav til saklig klageinteresse ved anførsler om ulovlig direkteanskaffelse jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 13 a.
- (61) Klagenemnda har i sak 2008/5 premiss (56) lagt til grunn at inngåelse av en avtale med et vesentlig annet omfang eller innhold enn det som er kunngjort, kan utgjøre en ulovlig direkte anskaffelse, jf loven § 7b, jf. forskriften § 9-1, jf. § 2-1. Sentral er EU-domstolens avgjørelse i sak C-454/06 ("presstext"). I avgjørelsen presenterer domstolen eksempler på tilfeller som vil anses som vesentlige endringer:

" 34 Med henblik på at sikre gennemsiktighet i procedurerne og ligebehandling af tilbudsgivere udgør ændringer i bestemmelserne i en offentlig aftale inden for den periode, i hvilken den er gyldig, indgåelse af en ny aftale i direktiv 92/50's forstand, når de er afgørende forskellige fra bestemmelserne i den oprindelige aftale, og derfor viser, at det var parternes vilje at genforhandle aftalens grundlæggende elementer (jf. i denne retning dom af 5.10.2000, sag C-337/98, Kommissionen mod Frankrig, Sml. I, s. 8377, præmis 44 og 46).

35 En ændring i en offentlig aftale i dennes løbetid kan betragtes som væsentlig, såfremt den indfører betingelser, der, hvis de havde fremgået af den oprindelige procedure for indgåelse af en aftale, ville have gjort det muligt for andre tilbudsgivere end de oprindeligt antagne at deltage, eller ville have gjort det muligt at acceptere et andet bud end det, som oprindeligt blev antaget.

36 Tilsvarende kan en ændring i den oprindelige aftale betragtes som væsentlig, såfremt den i betydeligt omfang udvider aftalen til at omfatte tjenesteydelser, der ikke oprindeligt var fastsat heri. Sidstnævnte fortolkning bekræftes af artikel 11, stk. 3, litra

e) og f), i direktiv 92/50, ifølge hvilken der for offentlige tjenesteydelsesaftaler, der udelukkende eller for størstedelens vedkommende vedrører de i bilag I A opførte tjenesteydelser, pålægges begrænsninger i relation til det omfang, hvori ordregivende myndigheder kan benytte forhandling med henblik på tildeling af tjenesteydelser, som supplerer dem, der var genstand for den oprindelige aftale.

37 En ændring kan også betragtes som væsentlig, når den ændrer aftalens økonomiske balance til fordel for tilslagsmodtageren i forbindelse med udbuddet på en måde, som ikke var fastsat i de oprindelige udbudsbetingelser.

- (62) EU-domstolens avgjørelse gjelder endringer gjort i kontraktperioden, men tilsvarende må gjelde også for endringer gjort i anbudsdokumentene i perioden fra kunngjøring til avtaleinngåelse, jf. klagenemndas sak 2009/46.
- (63) Av kunngjøringen punkt II.I.5 fremgikk at det aktuelle prosjektet omfattet ”Prosjektering og bygging av ny 4. arm til rundkjøring ved Lofotsenteret, inkludert nye parkeringsplasser, og ny kulvert.”
- (64) Som argument for at prosjektet det er inngått avtale på er et annet enn det som var kunngjort har klager fremhevet at innklagede har akseptert et alternativt tilbud vedrørende metode for utarbeidelse av parkeringsplassene. Klager har i denne forbindelse vist til kunngjøringen punkt II.1.9 hvor det fremgår at alternative tilbud ikke kan inngis. Av konkurransegrunnlaget punkt A1 underpunkt 2 fremgikk det at parkeringsplassene skulle utarbeides ved at torv og vegetasjon ble fjernet fra området som deretter skulle uttraues og fylles med sprengmasse. Videre fremgikk det av samme punkt at alternativt skulle det legges filterduk mellom jord/myrmassene og fylles steinmasser oppå duken til en stabil og setningsfri fylling. Av tilbudsskjemaet fremgikk det at den alternative metoden for masseutfylling skulle prissettes.
- (65) Et alternativt tilbud er betegnelsen på et tilbud som er utarbeidet etter oppdragsgivers oppgitte alternative minimumskrav til ytelse eller funksjon. I dette tilfellet hadde imidlertid ikke innklagede åpnet for at tilbyderne skulle utarbeide tilbud på bakgrunn av angitte minimumskrav til ytelsen. Innklagede hadde fullt ut beskrevet en alternativ metode for masseutfylling som skulle prissettes. Bruken av denne metoden representerte følgelig ikke en aksept av et alternativt tilbud, eller en endring av det kunngjorte prosjektet. Når det gjelder overvannssystemet så var dette presentert som en opsjon i konkurransegrunnlaget, og det forhold at denne ikke ble utløst utgjør heller ingen endring av det kunngjorte oppdraget.
- (66) Endringen av kontraktsomfanget, ved at den ene parkeringsplassen ble trukket ut av prosjektet, utgjør et ikke ubetydelig beløp sett i forhold til den totale kontraktssummen,. Dette kan imidlertid i seg selv ikke være avgjørende. Slik saken er opplyst kan klagenemnda ikke se at det er holdepunkter for at andre tilbydere ville deltatt, eller kunne vunnet konkurransen, dersom anskaffelsen opprinnelig hadde blitt kunngjort med det omfang anskaffelsen senere fikk. I kunngjøringen var det opplyst at prosjektet omfattet bygging av ny avkjørsel fra rundkjøring, parkeringsplasser og kulvert. Det fremgikk ikke av kunngjøringen hvor mange parkeringsplasser som skulle inngå i kontrakten. Prosjektet inneholdt et omfattende spekter av oppgaver som krevde bred kompetanse og høy kapasitet. Det er derfor nærliggende å anta at en entreprenør som ikke kunne inngi tilbud på det opprinnelig kunngjorte prosjektet, med flere parkeringsplasser, heller ikke ville kunne inngi tilbud selv om det bare var tale om en parkeringsplass. I denne konkurransen var det bare en tilbyder, valgte leverandør, som ble funnet kvalifisert til å delta. Klagenemnda har dermed ikke grunnlag for å ta stilling

til om andre tilbydere kunne vunnet konkurransen dersom de aktuelle endringene i kontraktsomfanget ikke var blitt foretatt.

- (67) I dette tilfellet var endringen for en stor del begrunnet i uforutsette grunnforhold, ettersom myrdebyden var større enn først antatt. Det er ikke uforenlig med regelverket at kontraktsomfang til en viss grad må endres, uten at det gjennomføres en ny konkurranse, for eksempel dersom det oppstår uforutsette forhold
- (68) Etter dette finner klagenemnda at det ikke foreligger forhold som tilsier at andre tilbydere ville deltatt, eller kunne vunnet konkurransen, dersom anskaffelsen opprinnelig hadde blitt kunngjort med det omfang anskaffelsen senere fikk.
- (69) Det er heller ikke anført at endringen av kontraktsomfang har ført til en økonomisk forskyvning i favør av valgte leverandør. Etter dette finner klagenemnda at reduksjonen som ble foretatt i kontraktsomfang, ved å trekke ut overvannsystemet og parkeringsplass P3, ikke representerte en vesentlig endring av kontrakten.

Konklusjon:

Vestvågøy kommune har brutt forskriften § 13-2 (2) ved å benytte et ulovlig tildelingskriterium.

Klagers øvrige anførsler førte ikke frem eller ble ikke behandlet.

For klagenemnda for offentlige anskaffelser

10. januar 2011

Morten Goller