



**Klagenemnda
for offentlige anskaffelser**

Klager deltok i en åpen anbudskonkurranse for anskaffelse av et modulbygg til bruk ved en ungdomsskole. Klagenemnda fant at innklagede hadde brutt kravet til forutberegnelighet ved å legge kostnadene for kjøp og installering av heis til klagers tilbudssum ved evalueringen av tildelingskriteriet "pris". Klagers øvrige anførsler førte ikke frem.

Klagenemndas avgjørelse 15. april 2010 i sak 2010/19

Klager: Eide Bygg & Anlegg AS

Innklaget: Klepp kommune

Klagenemndas medlemmer: Bjørg Ven, Andreas Wahl og Jakob Wahl

Saken gjelder: Saksbehandling, likebehandling, tildelingsevaluering

Bakgrunn:

(1) Plan- og bygningsnemnda i Klepp kommune (heretter kalt innklagede) vedtok i møte 24. september 2009 å kjøpe et delvis brukt/nytt modulbygg fra Malthus AS basert på firmaets tilbud av 9. september 2009. Før saken kom til behandling i kommunestyret, ble det konkludert med at det ville være i strid med regelverket for offentlige anskaffelser å gjennomføre en slik anskaffelse uten konkurranse. Tilbudet fra Malthus AS ble forkastet.

(2) Innklagede kunngjorde så 20. oktober 2009 en åpen anbudskonkurranse vedrørende kjøp av et modulbygg til Bore ungdomsskole. I kunngjøringen fremgikk følgende i punkt II.1.5 "Kort beskrivelse av anskaffelsens art og omfang".

"Tilbudet gjelder et modulbygg basert på et rombehov på ca 950 m². (Admn. Del og underv. del). Bygget skal benyttes midlertidig, mens skolens eksisterende bygg blir renoveret. Det vil deretter bli flyttet og benyttet ved andre skoler etter behov. Tilbudet kan baseres på brukte eller nye moduler, eller en kombinasjon av nytt/brukt. Himlingshøyde oppholdsrom min. 2700 mm."

(3) I kunngjøringen punkt IV.2 var det opplyst at kontrakt ville bli tildelt til tilbudet som hadde den laveste prisen.

(4) Innklagede stilte i kravspesifikasjonen blant annet følgende krav til bygget:

"Plassering.

Skolen ligger ca 2,5 km nord-vest for Kleppe, som er kommunesenteret for Klepp kommune. Modulbygget skal ha en personaldel og en elevdel, og skal benyttes mens undervisningsbygget ved skolen totalrenoveres. Plasseres foran eksisterende bygg innenfor den begrensning som er vist på vedlagte kartutsnitt. Når utformingen av bygget

er kjent, vil kommunen sørge for nødvendig masseutskifting for å oppnå bærekraftig og drenert lag for videre fundamentering. Stabil fundamentering over dette skal inngå i pristilbudet. Fundamentet skal tettes for å hindre uønsket atkomst under bygget, og antas å ha en høyde mellom 20-120 cm. Forventet brukstid på Bore er 12-16 måneder.

[...]

Alle klasserom og grupperom skal ha tilkomst via gang/garderobe, ikke direkte via dør i yttervegg.

Alle grupperom og min. 6 av klasserommene skal være tilgjengelige for rullestolbrukere. Alle dører og terskler skal være tilpasset rullestolbrukere.

Generelt

I pristilbudet skal følgende funksjoner være inndekket:

- *Levering av bygget som nybygg, nybygg i kombinasjon med brukte seksjoner, eller som brukt bygg i sin helhet. Brukte moduler må ikke være eldre enn 4 år.*
- *Brukte moduler bygget etter forskrift av 1997 vil bli godkjent uten krav om tilleggsisolering.*
- *Det er selgers ansvar å levere et brannteknisk godkjent bygg, med alarmanlegg.*
- *Himlingshøyde i alle oppholdsrom skal være 270 cm.*
- *Transport og montering av bygget, inkl. fundament (høyde 20-120 cm) og utvendige trapper og ramper, helning maks 1:15.*
- *Bygget skal ha balansert ventilasjonsanlegg, fortrinnsvis desentralisert i flere små anlegg plassert i bodarealene, eller evt. to større anlegg plassert på taket eller i egne tekniske rom.*
- *Øvrige tekniske anlegg skal være komplette, med lysarmaturer, termostatstyrte panelovner og tilstrekkelig antall stikkontakter. Krav til datapunkt med tilhørende stikkontakter: a) Personalrom: ett dobbelt datapunkt m/ 2 doble el-stikk. Klasserom: Ett dobbelt datapunkt m/ 2 doble el-stikk pr punkt, b) Kontorer: 2 doble datapunkt m/ 2 doble el-stikk pr datapunkt. 19" patche-golvskap i personalavdeling.*
- *Utvendig tilknytning av el-kraft og data påhviler kjøperen.*
- *Alle klasserom skal ha varmt og kaldt vann og servant/vaskerenne. Vann- og avløpsinnstallasjoner for øvrig skal være komplette i og under bygget, med samlet tilknytningspunkt ved fundament. Ledninger i fundament må være isolerte mot frost, evt. supplert med varmekabler. Utvendig tilknytning av vann- og avløp påhviler kjøper.*
- *Innvendige overflater skal være hele og se tilnærmet nye ut, og være lette å holde rene. Golvbelegg i helsveiset vinyl, med færrest mulig skjøter.*
- *Bygget leveres komplett ferdigstilt, innvendig og utvendig, og utvasket."*

(5) Videre var det i spesifikasjonen opplyst følgende om valg av tilbyder:

"Ved evaluering av tilbudene vil prisen bli vektlagt med 80 %, planløsning/funksjonalitet 20 %."

- (6) Fem leverandører leverte tilbud innen fristen 19. november 2009 kl. 12.00. Blant tilbyderne var Eide Bygg & Anlegg AS (heretter kalt klager) og Malthus AS (heretter kalt valgte leverandør).
- (7) Det fremgikk av tegninger som var vedlagt valgte leverandørs tilbud at bygget valgte leverandør tilbød ikke hadde adkomst til klasserom eller grupperom gjennom dører i yttervegg.
- (8) I innklagedes innstilling til valg av leverandør datert 19. november 2009 fremgår det følgende om anskaffelsesprosessen og valg av leverandør:

"Denne saka var til behandling i plan- og byggjenemnda den 24.09.09, sak 18/09, der det vart vedteke å kjøpa eit delvis brukt/nytt modulbygg frå Malthus as. For å forvissa oss om at det ikkje var andre leverandørar som hadde eit tilsvarende bygg til konkurrerende pris, var det gjort ein ringjerunde til 4 potensielle leverandørar – med negativt resultat. På dette grunnlaget, og med håp om om at vi kunne dekkja oss vis a vis "Forskrift om off. anskaffelser", ved å definera bygget som eksisterande, og dermed oppnå unntak frå regelverket (Jf. pkt b i vedlegg), vart vedtaket om kjøp fatta i førre møte i plan- og byggjenemnda.

I mellomtida er modul-kjøpet behandla og godkjent av formannskapet, og saka vert lagt fram for godkjenning i kommunestyret den 16.11.2009, der det er tilrådd kjøp, og at kostnaden på ca 9,6 mill kr vert innarbeidd i handlingsplan 2010-13.

Ei veke etter at vedtaket var gjort, kontakta Rogaland Planbygg Klepp kommune, der dei ba om romprogram for å tilby eit alternativt bygg. Etter nokre e-postar fram og tilbake, der det til slutt vart antyda KOFA melding (Klagenemnda for offentlige anskaffelser), sende Kåre Strand ein førespurnad til adv. Tengs Pedersen, v/ Kjell Holst Sæther, for å få ein juridisk uttale om saka.

Svaret frå Tengs Pedersen er vedlagt, og sier heilt klart at han ikkje vurderar bygget som fast, og regelverket for off. anskaffingar må følgjast. (Dvs. utlysing på Doffinbasen). I samråd med komm. Sjef for LU og leiar av plan- og byggjenemnda vart utlysing derfor gjennomført.

Kravspesifikasjonar og situasjonskart vart laga og sendt ut til 8 interesserte firma som melde seg innan utløpet av fristen. Disse var:

[...]

3. Vurdering

Prisrangering, innleverte tilbod:

1. Eide Bygg & Anlegg as	6.378.900,- eks mva
2. Malthus as	6.449.000,- eks mva
3. Rogaland Planbygg as	7.795.000,- eks mva
4. Froiland Bygg as	8.360.000,- eks mva
5. JBM as	Forkasta, pga eldre modular enn kravd, og berre halve bygget tilbydd (441,5 m2, etterspurt 1000 m2)

Lågbydarar her er Eide Bygg & Anlegg og Malthus as, og desse to krev derfor ei ekstra vurdering. Begge firma tilbyr 45 modular av tilnærma samme kvalitet og storleik, og er tilbydd etter oppsette spesifikasjonar. Begge alternativa har desentraliserte ventilasjonsanlegg.

Eide Bygg & Anlegg as: Bygget består av 45 nye modular, er delvis i to etasjar, med elevfunksjonane på grunnplanet, og administrasjonen i 2. etasje. Dette sparar tomteareal, men vil medføre krav om heis, som då vil koma som ein ekstra kostnad (ca 250.000,- kr). Dette betyr også at ein modul vil gå med til trapperom på bekostning av annan funksjon.

Planløysinga elles er grei, men personalrommet er redusert til 68,2 m², romprogram 78 m². Dette er ei vesentleg innskrenking. Bøttekott i 1. etasje er svært lite, og i 2. etasje må det finnast plass til eige bøttekott. Tronge toalett- og garderobeforhold.

Malthus as: Bygget består av 45 modular, 30 brukte og 15 nye, er på eitt plan, og ivaretek universell utforming med omsyn til tilgjenge. Planløysinga er i tråd med romprogrammet, med ei rasjonell og sentral plassering av garderobar/toalett.

Ut frå ei samla vurdering har Malthus den beste planløysinga og den beste pris. Eide Bygg & anlegg sitt forslag kan nok tilpassast romprogrammet betre ved litt rokering av planløysinga, men tilkomsten til 2. etasje er ikkje tilfredsstillande og krev så stor investering ved heisetablering at prisen vert høgare enn tilbodet frå Malthus. Ut frå ei heilskapsvurdering av pris og funksjonalitet har derfor Malthus det beste tilbodet.

Innstilling:

Administrasjonen sitt forslag til vedtak:

Det vert innleia forhandlingar med bestbydar, Malthus as, med føremål å inngå kontrakt om levering av modulbygg til Bore u-skule. Pris ut frå fastsette spesifikasjonar kr 6.449.000 kr eks. mva."

- (9) 26. november 2009 vedtok innklagede å utsette valg av leverandør:

"Plan- og byggenemnd den 26.11.2009

Behandling:

Administrasjonen la på møtet fram "ny vurdering av bestbydar" og ny innstilling til vedtak:

Etter innstillinga vart skriven har ein blitt usikker på krav som gjeld ved oppføring av mellombels bygg. Det er derfor føreteke ein grundigare gjennomgang av Plan- og bygningsloven, Byggforsk sine vurderingar vedr. tilgjenge til og i skulebygg, og ein har hatt munnleg førespurnad til Arbeidstilsynet om det same. Konklusjonen etter desse rundane er at når det gjeld bygg av mellombels karakter, så vil det ikkje vera grunnlag for å krevja universell utforming. Som pilotkommune for universell utforming skulle vi gjerne sett at dette vart ivareteke likevel, men vi finn ikkje grunnlag i lovverk eller føreskrifter.

Dermed kan kravet om heis falle vekk, og det opnar opp for ny vurdering av bestbydar.

Eide Bygg sitt forslag (alt 1) ligg ca 70.000 kr eks mva under tilbodet til Malthus. I tillegg krev Eide Bygg sitt bygg mindre tomteareal, og dermed kan ein unngå kostnadane og ulempene med å rasera/gjenoppretta sandvolleyball-banen, og redusera omfanget av anna berørt uteareal, stipulert innsparing ca 130.000 kr. Dermed vert prisdifferanse ca 200.000 kr samanlikna med Malthus sitt tilbod.

Redusert grunnflate på bygget gir også meir disponibelt uteareal for elvane.

Planløysinga i Eide Bygg sitt utkast er ikkje optimal i forhold til romprogram, men litt rokering av modulane vil kunne gje ei tilfredsstillande løysing. Rokeringa treng ikkje medføra pristillegg.

Ny innstilling til vedtak:

Det vert innleia forhandlingar med bestbydar, Eide Bygg & Anlegg as, med føremål å inngå kontrakt om levering av modulbygg til Bore ungdomsskule, etter alternativ 1. Tilbodspris kr 6.378.900 eks mva.

Samrøystes VEDTAK:

- 1. Saka vert utsett*
 - 2. Planteikningane frå Eide Bygg & Anlegg AS og frå Malthus vert sendt over til arbeidstilsynet for uttale.*
 - 3. Saka vert oversendt samarbeidsutvalet/AMU ved skulen for uttale."*
- (10) Samarbeidsutvalget ved Bore ungdomsskule uttalte seg om modulbygget ved brev 2. desember 2009:

"Samarbeidsutvalet ved Bore ungdomsskule hadde møte 30.11.2009. I sak 13/09 orienterte rektor dei om byggesakene.

Samarbeidsutvalet har følgjande merknader når det gjeld modulbygget:

Det er viktig at modulbygget blir universelt utforma pga. at det ved skulen både er elevar og tilsette som av helsemessige årsaker har behov som må ivaretas ved bygningsmessig utforming av arbeidsplassen deira. Håpar dette kan imøtekomast ved vidare handtering av saka."

- (11) Samme dag mottok innklagede en e-post fra Arbeidstilsynet hvor det fremgikk følgende:

"Krav om tilretteleggelse for bevegelseshemmede arbeidstakere fremgår av arbeidsmiljølovens § 4-1 (4). Videre har forskrifter om arbeidsplasser og arbeidslokaler, best. nr. 529 i §§ 26 og 33 bestemmelser om samme forhold.

Ansatte skal ha tilgang til arbeidsplassen og spiserom samt til garderobe og toalett tilpasset bevegelseshemmede.

Legges alt på et plan er saken grei. Legges nevnte funksjoner til andre etasjer vil heis være påkrevd."

- (12) Klager sendte 8. desember følgende e-post til innklagede:

"Hei!

Viser til hyggelig telefonsamtale mandag 30. november d.å., der vi ble opplyst at vi hadde levert inn det rimeligste alternativet, og at det nå stod mellom oss og en annen tilbyder.

Det ble videre opplyst at kommunen måtte avklare med arbeidstilsynet om det ville bli krevd installasjon av HC Heis, med EBA AS sitt forslag til planløsning med å plassere skolepaviljongen i 2 etasjer.

Jeg forklarte at vi areal- og designmessig hadde beregnet plass til å kunne plassere inn heis om dette skulle bli påkrevd, men at vi også kunne plassere våre moduler i 1 etasje om det er viktig og avgjørende. Kan ikke se av tilbudsinnbydelsen at dette spesielt fremkommer. Vi har i vårt forslag lagt vekt på å tilby mest mulig funksjonelle standardiserte moduler som enkelt kan deles opp og brukes ved for eksempel flere skoler ved senere bruk, og som vil ha en høy annenhåndsverdi ved eventuelt senere salg.

På spørsmål om det var mulig å plassere modulbygg nærmere enn påkrevde 8 meter avstand til neste bygg, kan jeg vise til et modulbasert kontorbygg som vi nylig har levert. Der ble avstanden redusert ved å bytte ut vanlige utvendige vinduer og dører med brannklassifiserte, da utvendig vegg for øvrig ble holdt i nødvendig brannklasse.

Vi er i dag på vei til Sørlandet, og vil legge turen innom Klepp for å se på tomtearealet ved Bore skole, for å vurdere optimal plassering av moduler i 1 etasje.

Jeg håper dette er med på å avklare noen spørsmål som eventuelt kan ha dukket opp, og om dere føler at det er behov for ytterligere avklaringer kan vi eventuelt stille på et møte i dag eller når det ellers måtte passe."

- (13) Klager sendte også en tilleggsopplysning på e-post neste dag, den 9. desember 2009:

"Hei igjen!

Vi vil gjerne tilføye at om det skulle bli påkrevd å installere heis fra Arbeidstilsynet, så vil vi ta kostnaden med å få installert en HC heis som tilfredsstiller kravene fra Arbeidstilsynet. Dette da vi allerede har tenkt ut en løsning for dette i vårt planforslag."

- (14) Ved evalueringen av tilbudene benyttet innklagede en rådgiver, Actus Rådgivning AS, som ga sin innstilling om valg av leverandør til innklagede ved brev 6. januar 2010. I brevet fremkom blant annet følgende om evalueringen av tilbudene:

"3. Korrigert tilbudssum

Tre av tilbyderne har levert tilbud med modulbygg i to etasjer, uten heis. Etter en grundig vurdering av krav i relevant lovverk og – forskrifter, samt henvendelse til

Arbeidstilsynet er det bekreftet fra Arbeidstilsynet at det er krav til heis i skolebygg med to etasjer i Arbeidsmiljøloven. Byggforsk angir også at det skal være heis i sitt planløsningsblad nr. 200.315, pkt. 53. Skolen har per dato brukere med nedsatt førlighet og verneombudet / samarbeidsutvalget ved skolen krever heis installert dersom modulbygget får to etasjer. Det fremstår derfor klart at tilbudte løsninger med to plan ikke tilfredsstiller gjeldende krav uten heis. Tilleggskostnaden for bygging av godkjent heis er av byggherren kalkulert til kr. 250.000,- inkl. mva (basert på tidligere prosjekter). Denne kostnaden er tillagt tre tilbydere med modulbygg i to etasjer for å kunne betrakte disse som godkjente bygg / komplette tilbud.

Modulbygg i to etasjer har en fordel ved at grunnarealet blir mindre og disse konseptene kan plasseres slik på tomten at eksisterende sandvolleyballbane ikke berøres av tiltaket. Dette gir byggherren en besparelse på ca. kr. 130.000,- inkl. mva. Det kan nok fremsettes innvendinger mot at dette momentet trekkes inn i evalueringen da forholdet ikke er omtalt i tilbudsgrunnlaget. Det er likevel valgt å implementere dette momentet i evalueringen.

Tilbudssummer korrigerte for heis / rep av sandvolleballbanen, sortert etter lavest – høyest, blir da;

1.	Malthus AS, Stavanger	kr. 8.191.250,-	inkl. mva
3.	Eide Bygg & Anlegg AS, Haugesund	kr. 8.223.625,-	inkl. mva
2.	Rogaland Planbygg AS, Tananger	kr. 9.993.750,-	inkl. mva
5.	Frøiland Bygg AS, Stavanger	kr. 10.700.000,-	inkl. mva

I evalueringen inngår også et annet tildelingskriterium, planløsning og funksjonalitet.

4. Planløsninger og funksjonalitet

Planløsning og funksjonalitet er vurdert av brukerrepresentanter og mot gjeldende lover og forskrifter. Heis er, som tidligere omtalt, bekreftet å være et krav i Arbeidsmiljøloven og innpriset i alle konsept med to etasjer. Brukerrepresentanter har likevel klart favorisert løsningen med alt på et plan, derfor er alle tilbudte løsninger to plan trukket 1 (av 10) poeng for dette forholdet. Planløsningene til Rogaland Planbygg og Frøiland Bygg bedømmes for øvrig til å være de beste. Malthus sin planløsning har en ulempe ved at to klasserom har separat inngang / alternativt tilkomst gjennom annet klasserom. Eide B&A sin planløsning har enkelte avvik fra romprogrammet, svært trange toaletter, delvis smal korridor og mindre optimal plassering av grupperom. Eides planløsning vurderes derfor som den svakeste. Det vises til vedlegget for detaljer vedrørende poengfangst for planløsning og funksjonalitet.”

[...]

12. Innstilling

Forutsetninger for innstilling er tildelingskriterier oppgitt i tilbudsgrunnlaget. Disse er:

1. Tilbudssum, vektlegges 80 %
2. Planløsning og funksjonalitet, vektlegges 20 %

Det vises til vedlegg ”V1” for detaljer vedrørende poengfangst.

Rangering av tilbydere etter hvilket firma som har det økonomisk mest fordelaktige tilbudet gir følgende resultat:

1. Malthus AS	9,80 poeng
2. Eide Bygg og Anlegg AS	9,57 poeng
3. Rogaland Planbygg AS	8,36 poeng
4. Frøiland Bygg AS	7,92 poeng

Maksimalt oppnåelig poengsum er 10 poeng.

Konklusjon:

Malthus AS har levert det økonomisk mest fordelaktige tilbudet, vurdert ut fra tildelingskriterier. Klepp kommune anbefales å innkalle dem til et avklarings- og kontraktsforhandlingsmøte."

- (15) Innklagede informerte klager om valg av leverandør ved brev 15. januar 2010:

"Valg av anbyder for levering av modulbygg til Bore ungdomsskule ble behandlet av plan- og byggenemnda i Klepp kommune i møte den 14. januar 2010.

Evaluert etter kriterier fastsatt i invitasjonen falt valget på Malthus as, tilbudspris 8.061.250,- inkl. mva.

Evalueringsskjema følger vedlagt. Utfyllende saksopplysninger framgår for øvrig på Klepp kommune sin nettside, under plan- og bygningsnemnda.

Vi takker for utvist interesse, og beklager at deres firma ikke vant fram denne gangen.

Eventuelle innsigelser mot valg av anbyder må være Klepp kommune i hende innen tirsdag 26. januar 2010."

- (16) Klager brakte saken inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser ved brev 25. januar 2010.

- (17) Innklagede avventer kontraktsinngåelse til klagenemnda har uttalt seg om saken.

Anførsler:

Klagers anførsler:

- (18) Innklagede har brutt forhandlingsforbudet i forskriften § 12-1 (1) og kravene til likebehandling og god forretningsskikk i lovens § 5 ved å la valgte leverandør levere tilbud to ganger. Før innklagede kunngjorde konkurransen, var valgte leverandør tildelt kontrakten på bakgrunn av et tilbud datert 9. september 2009. Dette tilbudet var dyrere for innklagede enn tilbudet valgte leverandør leverte etter at konkurransen var kunngjort. Ved tildelingsevalueringen skulle innklagede lagt dette tilbudet til grunn for evalueringen av valgte leverandør. Når valgte leverandør fikk anledning til å levere et nytt tilbud, var dette en fordel i strid med regelverket.

- (19) Innklagede har brutt kravet til likebehandling i lovens § 5 ved at hele prosessen bærer preg av at valgte leverandør skulle tildeles kontrakten. Innklagedes fremgangsmåte

under gjennomføringen av konkurransen er svært lite tillitsvekkende. Det vises i denne sammenheng til at innklagede har holdt tilbake informasjon om valg av leverandør. Klager kontaktet innklagede den 20. november 2009, og fikk da opplyst at leverandør ikke var valgt. Saksfremlegget datert 19. november 2009 viser imidlertid at valgte leverandør på dette tidspunktet var innstilt som leverandør. 30. november 2009 opplyste innklagede klager om at det nå stod mellom klager og en annen leverandør. Denne fremgangsmåten svekker tilliten til oppdragsgivers opptreden.

- (20) Innklagede har brutt kravet til forutberegnelighet i lovens § 5 ved evalueringen av tilbudene ved å legge til kostnader for kjøp og installasjon av heis til klagers tilbudspris. Klagers tilbud inkluderer levering og installering av heis. Dette var ikke spesifisert i tilbudet klager leverte innen tilbudsfristen, men dette skyldes at det ikke fremgikk av konkurransegrunnlaget at bygget skulle ha heis. Når det etter innlevering av tilbudene viser seg at det blir nødvendig med heis på grunn av pålegg fra Arbeidstilsynet, må det anses en som en lovlig presisering av tilbudet å opplyse om at tilbudet inkluderer levering og installering av heis. Innklagede har således ikke evaluert klagers tilbud i samsvar med det som kunne forventes ut fra opplysningene i konkurransegrunnlaget.
- (21) Innklagede har brutt kravet til likebehandling i lovens § 5 ved å favorisere valgte leverandør ved evalueringen av tilbudene. Det vises til at innklagede ikke har gitt valgte leverandør lavere poengsum på tildelingskriteriet planløsning og funksjonalitet, til tross for at planløsningen valgte leverandør tilbød innebar at det var satt dører i yttervegger, noe som var i strid med kravspesifikasjonen. Videre innebar valgte leverandørs tilbud at det måtte anlegges en ny sandvolleyballbane, noe som ville koste cirka 130 000 kroner. Innklagede har heller ikke trukket klager i poeng for dette. Ved evalueringen burde innklagede gitt klager positiv uttelling i forhold til valgte leverandør for at klager har spesifisert leveringstid, mens valgte leverandør kan levere etter avtale.

Innklagedes anførsler:

- (22) Innklagede har ikke brutt forhandlingsforbudet i forskriften § 12-1 (1) og kravene til likebehandling og god forretningsskikk i lovens § 5 ved å la valgte leverandør levere to tilbud i konkurransen. Tilbudet valgte leverandør leverte 9. september 2009 er ikke en del av konkurransen. Dette tilbudet ble avgitt før konkurransen, da innklagede ønsket å gjennomføre anskaffelsen som en direkte anskaffelse. Da innklagede senere kom til at det ville være i strid med regelverket å gjennomføre anskaffelsen på denne måten, ble tilbudet fra valgte leverandør datert 9. september 2009 forkastet, og det ble kunngjort en konkurranse om oppdraget.
- (23) Innklagede har ikke brutt regelverket ved å ikke gi klager tilstrekkelig informasjon om hvem som var tildelt kontrakten. Innklagedes saksbehandler hadde ingen oppfordring til å gi klager informasjon om valg av leverandør da klager kontaktet innklagede den 20. november 2009. Anbudskonkurranser er lukkede prosesser, og det var på dette tidspunktet ikke avgjort hvilken leverandør som ville bli valgt. Det påpekes i denne sammenheng at det er forskjell på en innstilling fra administrasjonen om valg av leverandør og innklagedes beslutning om hvem som skal tildeles kontrakt.
- (24) Det er riktig at innklagede ved evalueringen av tilbudene har lagt kostnadene ved å etablere heis til klagers tilbudspris. Dette medfører ikke at innklagede har brutt kravet til forutberegnelighet i lovens § 5. Klager er en profesjonell aktør, som bør være kjent med at en skole skal være tilrettelagt for at funksjonshemmede kan ta seg rundt i hele bygget.

Dette inngår i ny norsk standard om krav til universell utforming. Det er således selvsagt at det var behov for heis i et bygg i to etasjer. Ved senere å presisere at heis er inkludert i tilbudsprisen, har klager brutt forskriften § 11-5. Ettersom denne presiseringen er kommet etter tilbudsfristen, kan den ikke hensyntas ved evalueringen.

- (25) Innklagede har ikke favorisert valgte leverandørs tilbud ved evalueringen av tilbudene. Når det gjelder kostnadene ved etablering av ny volleyballbane, ble dette momentet under tvil trukket inn i evalueringen av innklagedes rådgiver ved at klager fikk en økonomisk fordel på 130 000 kroner. Problemstillingen rundt kostnader ved å etablere ny volleyballbane er ikke nevnt i kunngjøringen eller konkurransegrunnlaget, og det var dermed feil å trekke dette momentet inn i tildelingsevalueringen. Dette momentet er dermed irrelevant, og må dermed ses bort fra. Momentet har uansett ikke gitt avgjørende utslag ved valg av tilbyder, men styrker valgte leverandørs posisjon.

Klagenemndas vurdering:

- (26) Klager har deltatt i konkurransen, og har saklig klageinteresse, jf. forskrift 15. november 2002 nr. 1288 om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6, 2. ledd. Klagen er rettidig. Anskaffelsen omfattes av lov 16. juli 1999 nr. 69 om offentlige anskaffelser og forskrift 7. april 2006 nr. 402 del I og del II.

Spørsmålet om brudd på forhandlingsforbudet

- (27) Klager har anført at innklagede har brutt forhandlingsforbudet i forskriften § 12-1 (1) og kravene til likebehandling og god forretningsskikk i lovens § 5 ved å la valgte leverandør levere tilbud to ganger.
- (28) Det fremgår av forskriften § 12-1 (1) at "*[v]ed åpen og begrenset anbudskonkurranse er det ikke tillatt å endre tilbudene gjennom forhandlinger. Det er herunder ikke tillatt å endre pris, leveringstid eller andre forutsetninger som har betydning for konkurranseforholdet*".
- (29) I innstilling til valg av leverandør, datert 19. november 2009, går det frem at innklagede i utgangspunktet ønsket å gjennomføre anskaffelsen av modulbygget som en direkte anskaffelse, og at det i denne forbindelse ble besluttet å inngå kontrakt med valgte leverandør. Da innklagede ble kjent med at det ikke var anledning til å foreta en direkte anskaffelse av bygget, kunngjorde innklagede en konkurranse om anskaffelsen.
- (30) Ved å kunngjøre en konkurranse har innklagede rettet opp i den feilen som ble begått ved at anskaffelsen ble forsøkt gjennomført som en direkte anskaffelse, og startet prosessen på nytt. Innklagede hadde ikke anledning til å inkludere det tidligere avgitte tilbudet fra valgte leverandør i anbudskonkurransen. Valgte leverandør måtte dermed levere et nytt tilbud for å delta i konkurransen om oppdraget. Innklagede har således fulgt riktig prosedyre ved å la valgte leverandør levere et nytt tilbud etter at anbudskonkurransen ble kunngjort. Dette tilbudet er ikke endret eller forsøkt endret gjennom forhandlinger med valgte leverandør. Klagenemnda finner på bakgrunn av dette at innklagede ikke har brutt forhandlingsforbudet i forskriften 12-1 (1) ved å la valgte leverandør levere to tilbud.

Kravet til likebehandling

- (31) Klager har anført at innklagede har brutt kravet til likebehandling i lovens § 5 ved at hele prosessen bærer preg av at valgte leverandør skulle tildeles kontrakten. Som støtte

for dette er det vist til at innklagede under prosessen har holdt tilbake informasjon om valg av leverandør.

- (32) Det følger av kravet til likebehandling at oppdragsgiver har plikt til å behandle leverandørene likt gjennom hele konkurransen, jf. for eksempel klagenemndas sak 2009/174 premiss (51). Når det gjelder oppdragsgivers plikt til å gi tilbyderne informasjon om valg av leverandør er dette regulert i forskriften 13-3 (1). Etter denne bestemmelsen skal *"oppdragsgivers beslutning om hvem som skal tildeles kontrakt [...] meddeles til alle deltakerne i rimelig tid før kontrakt eller rammeavtale inngås"*. Meddelelsen skal være skriftlig og gis samtidig til alle tilbyderne.
- (33) Det er riktig, slik klager påpeker i sine anførsler, at innklagedes saksbehandler i skriv 19. november 2009 innstilte på at innklagede skulle tildele kontrakten til valgte leverandør. Dette forslaget ble imidlertid ikke vedtatt da det ble behandlet på møte 26. november 2009, og prosessen med evaluering av tilbudene fortsatte frem til innklagede sendte ut meddelelse om valg av leverandør 15. januar 2010. Klagers påstander om at innklagede holdt tilbake informasjon om at det var besluttet å tildele kontrakten til valgte leverandør 20. november 2009 og 30. november 2009 medfører således ikke riktighet. Klagers anførsel fører dermed ikke frem.

Tildelingsevalueringen

- (34) Når det gjelder tildelingsevalueringen, bemerker klagenemnda innledningsvis at innklagede har brutt regelverket ved å oppgi forskjellige tildelingskriterier i kunngjøringen og konkurransegrunnlaget. I kunngjøringen har innklagede opplyst at kontrakten skal tildeles til det tilbudet som har lavest pris, mens det i konkurransegrunnlaget er opplyst at kontrakten vil tildeles til den leverandøren som har det økonomisk mest fordelaktige tilbudet. Dette er imidlertid ikke anført at klager, og klagenemnda går derfor ikke nærmere inn på denne problemstillingen.
- (35) Klager har anført at innklagede har brutt kravet til forutberegnelighet i lovens § 5 ved å legge kostnadene for etablering av heis til klagers tilbudssum ved evalueringen av tildelingskriteriet *"pris"*. Det er på det rene at klagers tilbud, slik det ble levert innen tilbudsfristen, ikke inneholdt heis.
- (36) Det følger av kravet til forutberegnelighet i lovens § 5 at oppdragsgiver må evaluere tilbudene i samsvar med de opplysningene som er gitt i kunngjøringen og konkurransegrunnlaget, jf. klagenemndas saker 2009/4 premiss (34) og 2009/98 premiss (28). Innklagede har i kunngjøringen og konkurransegrunnlaget ikke presisert hvilke kostnader som ville bli evaluert under tildelingskriteriet pris. Som utgangspunktet må da evalueringen ta utgangspunkt i den tilbudte kontraktsummen.
- (37) Det fremgår av spesifikasjonen at alle grupperommene og minimum seks av klasserommene skulle være tilgjengelig for rullestolbrukere. I klagers tilbud var dette ivare tatt ved at klasserommene og grupperommene var plassert i første etasje.
- (38) Det er ikke nevnt i kravspesifikasjonen at modulbygget skulle ha heis dersom leverandørene ønsket å tilby et bygg i flere etasjer. Dette kom heller ikke frem på andre måter. Det er oppdragsgiver som har ansvar for å utarbeide spesifikasjonene, og det fremgår for øvrig av dokumentene i saken at innklagede ikke selv hadde nødvendig kunnskap om kravene til heis, jf. vedtak 26. november 2009. Innklagede kan ikke høres

med at klager skulle vært kjent med at en skole skal være tilrettelagt for at funksjonshemmede skal kunne ta seg rundt i hele bygget. Klagenemnda finner på denne bakgrunn at det at innklagede har brutt kravet til forutberegnelighet i lovens § 5 ved å legge kostnadene ved etablering av heis til klagers tilbudssum ved evalueringen av tildelingskriteriet "*pris*".

- (39) Klager har anført at innklagede har brutt regelverket ved å ikke gi valgte leverandørs tilbud lavere poengsum på tildelingskriteriet "*planløsning/funksjonalitet*", selv om tilbudet ikke oppfylte kravet i konkurransegrunnlaget om at klasserom og grupperom ikke skulle ha tilkomst gjennom dør i yttervegg.
- (40) Denne anførselen gjelder innklagedes skjønnsutøvelse ved tildelingsevalueringen. Klagenemnda kan bare overprøve oppdragsgivers skjønnsutøvelse dersom det foreligger formelle regelbrudd, dersom oppdragsgiver har brutt de grunnleggende kravene i lovens § 5 - eller dersom oppdragsgiver lagt feil faktum til grunn eller der skjønnsutøvelsen er usaklig, sterkt urimelig eller vilkårlig, jf. klagenemndas sak 2009/98 premiss (23).
- (41) I kravspesifikasjonen fremgikk det at "*[a]lle klasserom og grupperom skal ha tilkomst via gang/garderobe, ikke direkte via dør i yttervegg*". Tegningene valgte leverandør hadde lagt ved sitt tilbud, viser at bygget valgte leverandør tilbød ikke inneholdt klasserom eller grupperom med adkomst direkte gjennom dør i yttervegg. Tilbudet oppfylte dermed kravet i kravspesifikasjonen. Klagers anførsel fører derfor ikke frem.
- (42) Klager har videre vist til at valgte leverandørs tilbud medførte at innklagede måtte anlegge ny sandvolleyballbane, noe som ville koste cirka 130 000 kroner, og at innklagede skulle ha lagt negativ vekt på det ved evalueringen av valgte leverandørs tilbudspris.
- (43) Som det fremgår ovenfor, skulle innklagede ved evalueringen av tildelingskriteriet "*pris*" som utgangspunkt legge vekt på den tilbudte kontraktssummen. Kostnadene for anlegg av ny sandvolleybane er ikke en del av den tilbudte kontraktssummen, Det fremgikk ikke av konkurransegrunnlaget eller på annen måte at eventuelle kostnader ved etablering av ny sandvolleyballbane ville bli tillagt vekt ved evalueringen. Klagers anførsel fører derfor ikke frem.
- (44) Til slutt har klager anført at innklagede ved evalueringen av tilbudene skulle ha gitt klager positiv uttelling for at det var spesifisert leveringstid i klagers tilbud, mens det i valgte leverandørs tilbud fremgikk at bygget ville bli levert etter avtale. Leveringstid var ikke et tildelingskriterium i konkurransen. Innklagede hadde derfor ikke anledning til å legge vekt på dette ved tildelingsevalueringen. Klagers anførsel fører ikke frem.

Konklusjon

Klepp kommune har brutt kravet til forutberegnelighet i lovens § 5 ved å legge kostnadene for etablering av heis til klagers tilbudssum ved evalueringen av tildelingskriteriet "*pris*".

Klagers øvrige anførsler har ikke ført fram.

For klagenemnda,

15. april 2010


Jakob Wahl