



**Klagenemnda
for offentlige anskaffelser**

Klager har deltatt i en åpen anbudskonkurranse vedrørende totalentreprise. Klagenemnda fant at innklagede ikke hadde brutt regelverket om offentlige anskaffelser.

Klagenemndas avgjørelse 06. desember 2010 i sak 2010/276

Klager: Kvatro AS

Innklaget: Sør-Trøndelag fylkeskommune

Klagenemndas medlemmer: Andreas Wahl, Magni Elsheim, Morten Goller

Saken gjelder: Avvisning av klager, avvisning av klagers tilbud, begrunnelse

Bakgrunn:

- (1) Sør-Trøndelag fylkeskommune (heretter kalt innklagede) kunngjorde 22. juni 2010 en åpen anbudskonkurranse for prosjektering og utførelse av flere bygg på Orkdal videregående skole.
- (2) I kunngjøringens punkt II.1.9 fremgikk det at alternative tilbud ville ikke bli tatt i betraktning.
- (3) Det fremgikk av kunngjøringens punkt II.2.1 at kontraktens estimerte verdi var "mellom 50000000 og 65000000"..
- (4) I kunngjøringens punkt III.2.1 var det vist til konkurransegrunnlaget hva gjaldt konkurransens kvalifikasjonskrav.
- (5) I konkurransegrunnlagets punkt 0.26.5 "Kvalifikasjonskrav" fremgikk det følgende:
"[...]"

Økonomisk og finansiell kapasitet.

Følgende dokumentasjon skal vedlegges:

- *Foretakets siste års beretning, samt nye opplysninger som har relevans til foretakets regnskapstall.*
- *Årsregnskap siste regnskapsår, eller utdrag av dette.*
- *Erklæring om foretakets totale omsetning de 3 siste år for arbeider som kontrakten omhandler.*

Tekniske og faglige kvalifikasjoner.

Følgende dokumentasjon skal vedlegges:

Oversikt over foretakets totale bemanning

Bemanning for dette oppdraget (organisasjonsplan) med navn og CV for nøkkelpersoner som skal utføre oppdraget.

Foretakets viktigste leveranser de siste 5 årene, inkludert deres verdi, tidspunkt og mottaker.

Redegjørelse vedr. foretakets helse, miljø og sikkerhetspolicy

Redegjørelse vedr. foretakets kvalitetssikringssystem/kvalitetsstyringssystem.

Kopi av systemsertifikat utstedt av akkrediterte sertifiseringsorgan eller tilsvarende dokumentasjon.

Beskrivelse av utstyr, maskinpark eller annet tilgjengelig utstyr med relevans for utførelsen av denne kontrakten”

- (6) Av kunngjøringens punkt IV.2 fremgikk det at kontrakt skulle tildeles det økonomisk mest fordelaktige tilbudet. I konkurransegrunnlagets punkt 0.28.1 ”Kriterier for bedømmelse” var tildelingskriteriene spesifisert på følgende måte:

”[...]

<i>Prioritet</i>	<i>Kriterier</i>
<i>1</i>	<i>Pris – vektes 70 %</i> <i>• tilbudssum, kontrollregnet og avklart i forhold til evt. forbehold</i> <i>• evt tillegg bestående av timesatser og påslag for materialer, maskiner og transport</i> <i>• opsjoner</i>
<i>2</i>	<i>Tilbudt tid og kvalitet (teknisk og estetiske løsninger) – vektes 15 %</i> <i>• framdrift og ferdigstillingstidspunkt</i> <i>• tilbudte tekniske løsninger og materialer</i>
<i>3</i>	<i>Kompetanse, referanser og sikkerhet – vektes 15 %</i> <i>• gjennomføringskompetanse</i> <i>• byggeplassadministrasjon</i>

Byggherren vil etter beste skjønn foreta en beregning for å oppnå sammenlignbare priser der hvor det anses å være kvalitetsforskjeller/løsningsforskjeller av betydning.

Forbehold som ikke er priset vil bli vurdert/beregnet av byggherren etter beste skjønn. Tilbud vil bli avvist hvis de inneholder feil eller uklarheter, ufullstendigheter eller forbehold som medfører tvil om hvordan tilbudet skal bedømmes i forhold til de øvrige tilbud.”

- (7) Etter konkurransegrunnlagets punkt 0.4.2 ”Sammenstilling av hovedposter” skulle det oppgis pris for ”De komplette arbeider, leveranser og ytelser som omfattes av anbudsgrunnlaget[...]”. Det var videre spesifisert at:

"Anbudssum skal omfatte alle kostnader for komplett bygg i henhold til NS 3453 "Kostnader i byggeprosjekt" unntatt de kostnader som er presisert at utgår i konkurransegrunnlaget".

- (8) Under konkurransegrunnlagets punkt 0.5 "Opsjoner" fremgikk det følgende:

"Kostnader for opsjoner føres til sum i kap 89 (2-siffer) og kap 8 i 1-siffer. I kontraktsmøte skal det avklares hvilke opsjoner som ønskes utløst og medregnet som en del av kontrakten. For beskrivelse av opsjoner, se eget kapittel 8.

"Del	Del		SUM
89.1	1.1 Åpen bro mellom nybygg og bygg A	NOK	
89.2	1.2 Åpen spiraltrapp bygg A	NOK	
89.3	2.1 Utvidelse av saltak 600mm	NOK	
89.4	2.2 Utvidelse av plan 1 og 2 med 3.0 m	NOK	
89.5	3.1 Utrekkelig amfi, komplett	NOK	
89.6	3.2 Fast amfi, komplett	NOK	
89.7	4.0 Auditorieinnredning MDD	NOK	
89.8	5.0 Deling av rom plan 2 C-bygg	NOK	
89.9	6.0 Trapp 4 betong i trinn	NOK	
89.10	7.0 Ny heis bygg A til kjeller	NOK	
89.10		NOK	
Sum 89	Opsjoner	NOK	

”

- (9) I konkurransegrunnlagets punkt 0.11 "Referanser fra tilsvarende eller lignende prosjekter" ble tilbyder bedt om å oppgi "relevante referanseprosjekter og aktuelle kontaktpersoner de siste 5 år".
- (10) Tilbyderne skulle etter konkurransegrunnlagets punkt 0.13 "Forbehold" oppgi hvorvidt det var tatt forbehold og eventuelt hvor mange forbehold som var tatt. Det fremgikk at "Med forbehold menes også presiseringer".
- (11) I konkurransegrunnlagets punkt 0.14 ble tilbyderne bedt om å oppgi garantier.
- (12) Det fulgte videre av konkurransegrunnlagets punkt 0.26.2 på side 45 følgende vedrørende tilbudets innhold:

"Tilbudet skal inneholde følgende:

Anbudsbrev med beskrivelse av eventuelle forbehold

- *Komplett anbud i papirformat med utfylte prisskjema og poster der dette er etterspurt.*
- *Leveransebeskrivelse og dokumentasjon.*

- Eventuell beskrivelse av alternative løsninger eller forslag til forbedringer.
- Vedlegg

Kopiutgifter vil ikke bli dekket av byggherren. Tilbudet skal være signert og alle spesifikasjoner vedr. tilbyder skal være oppgitt.

- (13) Det fulgte av konkurransegrunnlagets punkt 0.27.1 at "Som generelle kontraktsbestemmelser gjelder NS 3431."

- (14) Av konkurransegrunnlagets punkt 7.1 "Utomhusarbeider" fremgikk det følgende:

"Utomhusanlegget for Orkdal videregående skole består av tilpasning av terreng og flater etter bygging av nytt bygg.

Utearealene rundt skolen opparbeides med grus, gress og litt asfaltdekke. Bare områdene som blir berørt av det nye bygget opparbeides. Terreng bearbeides så man oppnår tilfredsstillende fall ut fra bygget, minimum 2% fall minimum 2 meter ut fra bygget..

[...]

7.1.1 Terrengbehandling, rydding

[...]

Overskuddsmasse fra anlegget skal fjernes av entreprenør for entreprenørens regning."

- (15) Vedlagt konkurransegrunnlaget var en geoteknisk vurdering foretatt av Rambøll Norge AS, avdeling geo og miljø, Trondheim. Under vurderingens punkt 6 "Sammendrag og konklusjon" fremgikk det følgende:

- *"Det er gode fundamenteringsforhold i original grunn. Byggene kan sålefundamenteres med høye såletrykk, uten fare for skadelige setninger. Fyllmassene i den gamle kjelleren har varierende og usikker kvalitet og må erstattes med mineralsk kvalitetsfylling under fundamenter og golv på grunnen.*
- *Området ligger ikke i eller nær noen kvikkleirefaresone og det er ingen områdemessig stabilitetsfare.*
- *Det er ingen lokal stabilitetsfare for den utbyggingsetappe som nå planlegges.*
- *Ved evt senere utvidelse helt ut mot skråningen i nord må det tas hensyn til at overflatestabiliteten av skråningen er dårlig og at det da, uten nærmere undersøkelser, ikke kan utelukkes litt for lav sikkerhet mot glidninger ned i evt leire i dybden.*

Det er derfor gunstig om utvidelsen utføres med sokkel fram mot skråningen og at golvnivået legges lavt slik at det ikke blir oppfyllinger. I motsatt fall må grunnen i dybden undersøkes nærmere når utvidelsen skal prosjekteres, og det må påregnes ekstratiltak pga overflatestabiliteten."

- (16) Tilbudsfristen var 1. september 2010. Innen fristen mottok innklagede 4 tilbud, herunder fra Kvatro AS (heretter kalt klager) og Grunnarbeid AS (heretter kalt valgte leverandør). Klagers samlede anbudssum var 61.912.833 kr. Valgte leverandør hadde nest rimeligste tilbudssum som var 67.827.825 kr.

- (17) Følgende fremgikk av oversendelsesbrevet til klagers tilbud:

"Følgende forutsetninger er lagt til grunn for tilbudet:

- *Tilbudet er basert på prosjektgjennomføring i hht vedlagt fremdriftsplan.*
 - *Det tas forbehold om terrengplanering i tun, sør for nytt bygg/C-bygg. Gulvhøyde i nytt bygg blir lavere enn terrenget sør for bygget. Dette vanskeliggjør tilpasning av eksisterende terreng uten støttemur eller omgjøring av tunet.*
 - *Eventuell masseutskiftning pga dårlig masse er ikke medregnet.*
 - *Det tas forbehold om at utgravning til heisgrube for ny heis til kjeller (opsjon 7.0) kan gjøres uten at stabilitet til bygg A forringes.*
 - *Graving ved eller omlegging av el-kabler øst for bygg er ikke inkl.*
 - *Innredning auditorium er ikke inkludert i pris. Gitt som opsjonspriser.*
 - *Det forutsettes at strømforbruk for oppvarming av eksisterende bygg betales av byggherre."*
- (18) Videre fremgikk det i klagers tilbud punkt 0.5 "Opsjoner" at opsjonen 89.1 og 89.2 var prissatt med negative tall.
- (19) Klager hadde i tilbudets punkt 0.11 "Referanser fra tilsvarende eller lignende prosjekter" ført opp 6 referanser, hvorav totalsummene varierte fra 3.327.600 kr til 22.091.760 kr.
- (20) Under punkt 0.14 "Garantier" i klagers tilbud fulgte det at garantier ville bli stilt gjennom Fokus Bank.
- (21) Vedlagt klagers tilbud var styrets årsberetning for 2009, hvor det fremgikk følgende vedrørende klagers omsetning:
- "Omsetningen i selskapet i 2009 ble på kr. 73 855'. Dette er en reduksjon sammenlignet med 2008 på ca kr. 2 286'. Driftsresultatet før skatt viser et underskudd på 402', og årsresultatet endte med et underskudd på kr.289'. Dette er en forbedring fra 2008 i drifta på kr. 1 106'."*
- (22) Innklagede sendte brev tilbyderne 23. september 2010 med tildelingsbeslutning, hvor det også fremgikk at et av tilbudene var avvist. Samme dag ble klager meddelt at deres tilbud ble avvist i eget brev. Det fremgikk av brevet at klager ble avvist på grunnlag av:
- "[...] forbehold som kan ha prismessige konsekvenser for byggherren som er umulig å anslå.*
- Dette gjelder følgende forbehold angitt i tilbuds brevet:*
- *Forbehold om terrengplanering i tun, sør for nytt bygg/C-bygg*
 - *Eventuell masseutskiftning pga dårlig masse er ikke medregnet*
 - *Det tas forbehold om at utgravning til heisgrube for ny heis til kjeller (opsjon 7.0) kan gjøres uten at stabilitet til bygg A forringes*
- Det er i tillegg lagt inn opsjonspriser som minustall i post 89.1 og 89.2, og det gir feil sluttsam sammenlignet med de andre anbudene.*
- Det vises til kapittel 0.26.6 Avvisningsgrunner i Konkurranses grunnlaget og Lov og forskrift om offentlige anskaffelser kapittel 11.11 f [...]"*
- (23) Klager sendte brev 24. september 2010 hvor det ble bedt om innsyn i konkurrerende tilbud og anbudsprotokoll, og at klagefristen ble utvidet.

(24) Innklagede svarte på henvendelsen i brev 28. september 2010, hvor det ble gitt innsyn i anbudsprotokollen. Klager ble bedt om å spesifisere nærmere hvilke deler av de øvrige tilbud det var ønsket innsyn i, da tilbudene inneholdt forretningshemmeligheter og ikke kunne oversendes i sin helhet. Det ble videre akseptert noe lengre klagefrist.

(25) Klager fikk tilsendt anbudsprotokollen i e-post 30. september 2010. Når det gjelder avvisningen av klager fremgikk det følgende:

"Avvist pga forbehold som kan ha prismessige konsekvenser for byggherren som er umulig å anslå, samt misvisende opsjonspriser. Det vises til § 20-13 (f)."

(26) Innklagede sendte 1. oktober 2010 et nytt brev til klager, hvor det fremgikk at:

[...]

Vi viser til vårt brev av 23.09.10 og til brev fra Kvatro AS av 24.09.10. På bakgrunn av korrespondansen med Kvatro AS, har vi foretatt en ny gjennomgang av tilbudet når det gjelder spørsmålet om avvisning. Vår konklusjon er dessverre at vi må fastholde avvisningen. Vi beklager for øvrig at henvisningene til forskriftens bestemmelser har blitt feil i konkurransegrunnlaget, men de nedenstående bestemmelser er de som gjelder for anskaffelsen.

"1. plikt til å avvise tilbudet pga forbehold"

For det første er det slik at vi er av den oppfatning at fylkeskommunen er forpliktet til å avvise tilbudet i medhold av forskrift om offentlige anskaffelser (FOA) § 20-13, (1), f). Bestemmelsen fastlegger at byggherren har plikt til å avvise et tilbud når:

"det på grunn av avvik, forbehold, feil, ufullstendigheter, uklarheter eller lignende i en anbudskonkurranse kan medføre tvil om hvordan tilbudet skal bedømmes i forhold til de øvrige tilbudene."

Kvatro AS har tatt en rekke forbehold i sitt tilbud, jf vårt brev av 23.09.10. Flere av forbeholdene lar seg ikke prissette, og det er høyst uklart hva som vil være priskonsekvensen av forbeholdene. Prisdifferansen mellom Kvatro AS sitt tilbud og tilbudet fra Grunnarbeid AS er i underkant av kr.6 millioner eks. mva. det er uklart om de forbehold om er tatt vil utjevne denne prisforskjellen. Det er videre slik at pris kun veier 70 % og de to øvrige tildelingskriteriene til sammen 30 %. Det er åpenbart tvil om hvordan tilbudet fra Kvatro AS skal bedømmes i forhold til de øvrige tilbudene, og da er fylkeskommunen forpliktet til å avvise tilbudet.

2. Rett til å avvise tilbudet pga forbehold.

Selv om det skulle være slik at fylkeskommunen ikke har plikt til å avvise tilbudet etter ovennevnte bestemmelse, foreligger det åpenbart en rett til å avvise tilbudet i medholdt av FOA § 2013, (2), a). Bestemmelsen gir byggherren rett til å avise et tilbud når:

"tilbudet, etter forsøk på avklaring etter § 21-1 (forhandlingsforbudet ved anbudskonkurranser), inneholder avvik, forbehold, feil, ufullstendigheter, uklarheter eller lignende som ikke må anses ubetydelige."

Konkurransen er gjennomført som en åpen anbudskonkurranse over terskelverdi, og forhandlingsforbudet i § 21-1 gjelder. Denne bestemmelsen åpner for avklaringer, men ikke avklaringer hva angår pris. Det vil si at fylkeskommunen ikke har anledning til å kontakte Kvatro AS for å avklare de forbehold som er tatt.

Fylkeskommunen står igjen med en uklarhet om tre nokså vesentlige forhold, hvor priskonsekvensen er uklar. Det foreligger derfor forbehold som ikke må anses

ubetydelige. Dette er en stor økonomisk uklarhet som vi ikke ønsker å skyve over i en kontraktsfase. Vi nevner også at Fylkeskommunen er en stor flergangsbyggherre, som ikke ønsker å motta tilbud med denne type forbehold.

3. Plikt til å avvise tilbudet som følge av manglende oppfyllelse av kvalifikasjonskravene

Etter en ny gjennomgang, ser vi at vi uavhengig av de ovennevnte forbehold, er forpliktet til å avvise Kvatro AS fra konkurransen, da selskapet ikke oppfyller to av kvalifikasjonskravene som er satt.

For det første er det i konkurransegrunnlagets pkt 0.26.5 stilt krav til tilbydernes tekniske og faglige kvalifikasjoner. Her står det blant annet følgende om hvilken dokumentasjon som skal fremlegges:

"Foretakets viktigste leveranser de siste 5 årene, inklusive deres verdi, tidspunkt og mottaker."

I konkurransegrunnlagets pkt 0.11 er følgende presisert:

"REFERANSER FRA TILSVARENDE ELLER LIGNENDE PROSJEKTER

Tilbyder bes oppgi blant annet relevante prosjekter og aktuelle kontaktpersoner de siste 5 år."

I tabellen er det blant annet lagt opp til at prosjektkostnaden skal oppgis.

Kvatro har oppgitt 5 prosjekter, hvor det største er oppgitt til kr 22 millioner, og hvor det nest største er oppgitt til kr 16,3 millioner. Det er ikke oppgitt noen skole eller videregående skole som referanse.

Kvatro AS har selv gitt en pris på ca kr 61 millioner, eksklusiv de forbehold som er tatt. Det vi ser at prosjektet er ca 3.ganger større enn det største referanseprosjektet som er oppgitt, og ingen av referansene gjelder prosjekter som er sammenlignbare med oppføringen av en videregående skole.

Det er derfor på det rene at Kvatro AS ikke oppfyller kravet fylkeskommunen har stilt når det gjelder tekniske og faglige kvalifikasjoner[...].

For det andre er det i konkurransegrunnlagets pkt. 0.26.5 stilt krav til tilbydernes økonomiske og finansielle kapasitet. Vi kan heller ikke se at Kvatro AS oppfyller dette kvalifikasjonskravet. Den samlede omsetningen for de siste 2,5 år er kun på ca kr. 100 millioner. Dette ene prosjektet utgjør altså ca 1,5 ganger årlig resultat både i 2008 og 2009. Samlet sett vurderer vi det slik at Kvatro AS ikke oppfyller minstekravene til økonomisk og finansiell kapasitet som er oppstilt i konkurransegrunnlaget. Også av denne grunn må tilbudet avvises, jf FOA § 20-12, (1), a).

På denne bakgrunn må fylkeskommunen dessverre fastholde avvisningen. Klagefristen er som tidligere bekreftet forlenget til 6. oktober 2010."

- (27) Saken ble brakt inn for klagenemnda ved brev 6. oktober 2010.
- (28) I brev datert 22. oktober 2010 ble klagenemndas sekretariat meddelt at innklagede vil avvente kontraktsinngåelse til klagenemnda har truffet avgjørelse i saken.

Anførsler:

Klagers anførsler:

Avvisning av klager

- (29) Klager anfører at det ikke var grunnlag for å avvise klager på bakgrunn av manglende oppfyllelse av kvalifikasjonskrav, jf. forskriften § 20-12 (1) bokstav a. Det bemerkes at det er påfallende at innklagede begrunner avvisningen med nye grunnlag i den siste begrunnelsen. Oppdragsgiver skal først vurdere hvorvidt tilbyderne er kvalifiserte, før det foretas vurdering av tilbudene. Dette innebærer at klager først må ha blitt vurdert som kvalifisert tilbyder. Det fremstår også som om innklagede har følt behov for å sikre seg i etterkant ved å påberope ytterligere avvisningsgrunner. Klager har oversendt den dokumentasjon som kreves under kvalifikasjonskravene. Konkurranses grunnlaget klargjør ikke det nærmere innholdet i kvalifikasjonskravene på en slik måte som innklagede i etterkant har søkt å gi inntrykk av. Innklagede burde uttrykt seg klarere dersom det var meningen å oppstille krav, og er nærmest til å bære risikoen for utformingen av eget konkurransegrunnlag. Vurderingen innklagede har foretatt i forhold til kvalifikasjonskrav, omfatter ikke alle hensyn som må vurderes for at saksbehandlingen skal være i tråd med konkurransegrunnlaget og regelverket. Saksbehandlingen vedrørende vurdering av kvalifikasjonsvurderingen er i strid med lovens grunnleggende krav til forutberegnelighet. Innklagede må godtgjøre at sakshåndteringen har vært i tråd med grunnleggende prinsipper for offentlige anskaffelser. Videre fremstår det ikke som om de øvrige tilbydere er underkastet samme vurdering med hensyn til oppfyllelse av kvalifikasjonskrav som klager ble i etterkant av vurderingen som lå til grunn for anbudsprotokollen, da det ikke fremgår av anbudsprotokollen at klager ikke oppfyller kvalifikasjonskravene.
- (30) Når det gjelder avvisning på grunnlag av manglende oppfyllelse av faglige kvalifikasjoner, hevder klager at konkurransegrunnlaget kun angir et dokumentasjonskrav. Det fremgår ikke som en naturlig forståelse av dokumentasjonskravet at det må kunne vises til referanser fra skole eller videregående skole, og konkurransegrunnlaget gir dermed ikke uttrykk for et absolutt krav om referanser fra tilsvarende eller lignende prosjekter. Dersom innklagede hadde ment at dette var påkrevd måtte det ha vært stilt opp klare kvalifikasjonskrav. Når nærmere krav ikke er angitt, må det være en viss terskel for avvisning. Klager omsetter for rundt 75 millioner årlig og har 60 ansatte, og må dermed åpenbart være kvalifisert. Det er intet ved prosjektet som fremstår som veldig annerledes enn byggentrepriser i sin alminnelighet. Det fremstår heller ikke som om innklagede har foretatt en grundig vurdering, og har heller ikke har foretatt undersøkelser av de angjeldende referanser.
- (31) Når det gjelder avvisning på grunn av manglende økonomisk og finansiell kapasitet, hevder klager også her at det ikke fremgår klart av konkurransegrunnlaget at innklagede hadde satt et kvalifikasjonskrav i forhold til resultat i foregående år, størrelsen på virksomheten, omsetning eller andre absolutte krav. Videre hadde klager garanti for nær 6,2 millioner hos Fokus Bank. Det har formodningen mot seg at banken skulle ha stilt garanti for et slikt prosjekt dersom klager hadde manglende økonomisk og finansiell kapasitet. Klager er også eier 100 % av Coop Orkla Møre BA, og det står dermed en solid eier bak. Klager har negative tall for 2008 og 2009, men fra regnskapet for 2009 fremgår det at klager har en aksjekapital på 11 millioner kr. Det minnes om at 2008 og 2009 også var årene for finanskrisen. Egenkapitalen for 2009 er og positiv på nær 10 millioner kroner. Styrets beretning viser til at likviditeten er vurdert som

tilfredsstillende og revisors beretning bekrefter regnskapet og forutsetninger for videre drift. Når det ikke er nærmere angitt hvilke kriterier som skal legges til grunn må en vurdering av økonomisk og finansiell kapasitet omfatte flere elementer enn de som er trukket frem fra innklagede, for at tilbyderne skal gis rettferdig behandling. Klager har sendt inn den påkrevde dokumentasjon og kan dermed ikke avvises på bakgrunn av hvordan kvalifikasjonskravene er formulert i forhold til økonomisk og finansiell kapasitet.

Avvisning av klagers tilbud

- (32) Klager anfører at ingen av forbeholdene, verken alene eller samlet, gav innklagede grunnlag for å avvise klagers tilbud, jf. forskriften § 20-13 (1) bokstav f eller § 20-13 (2) bokstav a. Klagers tilbud var tilstrekkelig klart, og i hvert fall ikke av en slik karakter at innklagede ikke kunne vurdere dette.
- (33) Når det gjelder klagers forbehold vedrørende masseutskiftning, anfører klager at forbeholdet kun retter seg mot uforutsette forhold, og dermed ikke innebærer mer enn konstatering av hva som fremgår av konkurransegrunnlaget. Konklusjonen i den geotekniske vurderingen er at grunnforholdene må anses som velegnet for bygging, og det eneste unntak som konkret er angitt er at fyllmassene i den gamle kjelleren har varierende og usikker kvalitet og må erstattes. Det er ikke snakk om tilkjøring av eksterne masser, da det kan benyttes stedlige masser, og dette må således sees som en del kontraktsarbeidet tilbyderne gav pris på. Innklagede burde ha forstått at klager ikke siktet til dette som masseutskiftning. Dersom forutsetningen om grunnforholdene ikke skulle holde vil NS 3431 gi klager rett på tilleggsvederlag. Forbeholdet har dermed ingen prismessig konsekvens, og innebærer heller ikke at øvrige tilbydere har tatt et større ansvar ved å unnlate å kommentere forholdet. Uansett er det tale om et avgrenset mindre område, og mindre utskiftninger av masse under fundament, som maksimalt vil tilsvare kontraktsarbeidsverdi på 80.000 kr ekskludert mva.
- (34) Klagers forbehold om stabilitet viser til stabiliteten som sådan, på bakgrunn av den geotekniske vurderingen. Dette vil heller ikke få en prismessig betydning med mindre det fremkommer uforutsette forhold, som uansett er byggherrens kostnad etter NS 3431. Uansett er det her tale om begrensede arbeider i forhold til totalprosjektet med anslagsvis kontraktsverdi på 45.000 kr ekskludert mva, noe innklagede og rådgiver måtte kunnet ha vurdert selv.
- (35) Når det gjelder forbeholdet vedrørende terrengplanering i tun, vil heller ikke dette medføre noen priskonsekvens. Forbeholdet er en presisering av hva som kan være alternative løsninger i forhold til at byggherrens løsning medfører enten terrengplanering eller løsning med støttemur, og klager fremholder dermed her et godt bygningsmessig poeng. At dette oppfattes som et prisforbehold av innklagede, må karakteriseres som en vrangvillig tolkning all den stund det etter konkurransegrunnlaget var tale om fastpristilbud. Risikoen for forbeholdet faller på klager slik at innklagede etter kontrakten kunne lagt til grunn at forbeholdet ikke hadde noen priskonsekvens. Det er uansett tale om begrensede arbeider i forhold til totalprosjektet, anslagsvis kontraktsverdi på støttemur ville i tilfelle maksimalt ha beløpt seg til 95.000 kr ekskludert. mva, som innklagede med rådgiver kunne forholdt seg til og vurdert.
- (36) Når det gjelder opsjonsprisene som var angitt som negative tall er bakgrunnen for prisingen at løsningen i de aktuelle opsjonspostene totalt sett vil innebære en billigere løsning enn den som var beskrevet i konkurransegrunnlaget. Prisfradraget er reelt og vil gi riktig sluttsum dersom opsjonsløsningene velges som endelig løsning, noe innklagede

burde ha forstått. Dersom man summerer tallene i tabellen for opsjoner fremkommer det at det ikke er en summeringsfeil. Utøvelsen av de to opsjonene ville dermed innebære besparelser for innklagede. Summen av opsjonene utgjorde et lite beløp i forhold til total tilbudssum, og lite i forhold til avstand til valgte leverandør. En slik nedjustering av pris ville uansett vært klagers risiko. Innklagede hadde også lagt til grunn at opsjoner skulle avklares i kontraktsmøte, og klager stiller seg uforstående til at opsjonene ikke kunne avklares nærmere.

- (37) De angitte forbeholdene har dermed ikke prismessige konsekvenser som er umulig å fastslå for oppdragsgiver. Det er kun tale om forutsetninger som også er lagt til grunn av byggherren selv, og forbeholdene innebærer dermed ikke annet enn en gjentakelse og presisering av byggherrens egne forutsetninger. Det kan dermed ikke være riktig å tillegge disse presiseringene noen priskonsekvens. Videre har innklagede i konkurransegrunnlaget åpnet for at det kan tas forbehold, og må dermed forventes å kunne ta stilling til eventuelle forbehold, særlig de forhold klager har pekt på. Innklagede hadde uansett kompetanse til å prissette forbeholdene. Pris skulle vektas 70 % som innebærer at andre forhold enn pris relativt sett har mindre betydning. Priskonsekvensene var beskjeden i forhold til prisdifferansen på 6 millioner mellom klagers tilbud og valgte leverandørs tilbud. Klagers tilbud var også det eneste tilbud innenfor innklagedes utlyste estimat.

Begrunnelse

- (38) Klager anfører at innklagede ikke har gitt en tilstrekkelig begrunnelse i forhold til avvisningen av klagers tilbud eller avvisningen av klager. Innklagede har kun pekt på at forbeholdene kan ha prismessige konsekvenser og har ikke kvantifisert eller utdypet sin vurdering av hvorfor det kan ha betydning. Avvisning er en inngripende sanksjon, og regelverket krever at slike tilfelle må kunne grunngis nærmere. Rene konstateringer tilfredsstiller ikke krav til saklig og forsvarlig saksbehandling. Begrunnelsen skal foreligge så raskt som mulig etter at avvisning er besluttet. Det er således påfallende at innklagede sender begrunnelser i to omganger. Innklagede forlenget klagefristen ved brev 29.september 2010, men fremsatte 1.oktober 2010 nye anførsler. Dette gir ikke en forutberegnlig prosess, og er i seg selv i strid med regelverket.

Innklagedes anførsler:

Avvisning av klager

- (39) Innklagede anfører at innklagede hadde plikt til å avvise klager på grunn av manglende oppfyllelse av kvalifikasjonskrav, jf. forskriften § 20-12 (1) bokstav a. Det bemerkes at innklagede også på tidspunktet for meddelelsen om avvisning vurderte at dette kunne være å anse som en avvisningsgrunn, men fant at avvisningsgrunnene som ble redegjort for i brevet var tilstrekkelig. Kvalifikasjonskravene til tekniske og faglige kvalifikasjoner, og til økonomisk og finansiell kapasitet, fremgår ikke uttrykkelig av konkurransegrunnlaget, men kravene vises tydelig gjennom dokumentasjonskravene. Til støtte for dette henvises til klagenemndas saker 2008/100 og 2004/238. På bakgrunn av konkurransegrunnlagets dokumentasjonskrav må det ha vært påregnelig for tilbydereren at det var et krav om å ha gjennomført tilsvarende prosjekt tidligere, samt at selskapet måtte ha tilstrekkelig økonomi til å gjennomføre en kontrakt av et slikt omfang og kompleksitet. Klagers dokumentasjon for referanseprosjekter og økonomi viser både hver for seg og samlet at klager ikke har tilstrekkelig gjennomføringsevne til å gjennomføre en kontrakt av et slikt omfang og kompleksitet. Samtlige leverandører er

underkastet samme vurderingstema når det gjelder oppfyllelse av konkurransegrunnlagets kvalifikasjonskrav, hvor de øvrige tilbyderne etter en objektiv og saklig vurdering er vurdert som kvalifisert. Anbudsprotokollen sier ingenting som hvorvidt tilbyderne er kvalifisert. Plikten til å avvise tilbydere på grunn av manglende oppfyllelse av kvalifikasjonskrav gjelder uansett på hvilket tidspunkt det kommer frem at minstekravene ikke er oppfylt.

- (40) Vedrørende klagers manglende oppfyllelse av kravet til tekniske og faglige kvalifikasjoner vises det til at den prosjekterte prosjektkostnadene for kontrakten er tilnærmet fire ganger større enn det største referanseprosjektet som klager har vist til, og prosjektene gjelder videre andre typer prosjekt enn prosjektering og bygging av skoler eller tilsvarende. Klager oppfyller etter dette ikke de krav som er stilt i konkurransegrunnlaget og manglende avvisning kunne dermed blitt påberopt av de øvrige tilbyderne.
- (41) Når det gjelder klagers manglende oppfyllelse av økonomisk og finansiell kapasitet vises det til at klager har hatt negativt resultat både i 2008 og 2009, som sett hen til kontraktens størrelse og karakter gir grunnlag for avvisning. Det finnes ingen dokumentasjon i tilbudet om at eieren garanterer for klager eller lignende. Innklagede viser også til at den reelle omsetningen for entreprenørvirksomheten må være 41,5 millioner.

Avvisning av klagers tilbud

- (42) Innklagede anfører at klagers tilbud er korrekt avvist, jf. forskriften § 20-13 (1) bokstav f og § 20-13 (2) bokstav a. Det er tilstrekkelig for oppdragsgivers plikt til å avvise et tilbud at forbeholdet gjør oppdragsgiver usikker på hvordan tilbudet skal forstås, og leverandøren må bære risikoen for at tilbudet er avgitt på en måte som gjør det klart for oppdragsgiver hvordan tilbudet skal bedømmes.
- (43) Vedrørende klagers forbehold om masseutskiftning, viser innklagede til at den geotekniske vurderingen peker på at fyllmassene i den gamle kjelleren må erstattes. Masseutskiftningen kan dermed ikke anses som et uforutsett forhold med krav på tillegg etter kontrakten. Klagers forbehold mot masseutskiftning er generelt, og må derfor forstås som et forbehold mot nødvendig masseutskiftning som opplyst om i konkurransegrunnlaget.
- (44) Når det gjelder klagers forbehold vedrørende stabilitet ved utgraving av heisgrube, er klagers forbehold generelt utformet. Klager hevder at det etter kontrakten ikke er gitt at ethvert problem med stabiliteten ved utgraving av heisgrube må anses som uforutsette forhold som byggherren må anses som ansvarlig for.
- (45) Vedrørende klagers forbehold om terrengplanering i tun eller støttemur, er det uklart for innklagede hvem som etter tilbudet skal bære utgiftene for en eventuell terrengplanering.
- (46) Når det gjelder klagers forbehold om avvisning på grunn av negativt prisede opsjoner ble dette oppfattet som en feil ved tilbudet, da tilbudet ikke inneholdt en nærmere forklaring. Avklaringsforbudet i forbindelse med pris medførte at innklagede ikke kunne få klarhet i om prisingen var rett eller gal, og klager må bære risikoen for at tilbudet er avgitt på en måte som gjør det uklart for oppdragsgiver hvordan tilbudet skal bedømmes. Uten opsjoner er prisdifferansen mellom klager og nest rimeligste tilbyder ca. 3 millioner kr inkl. mva. At det i kontraktsmøtet skulle avklares hvilke opsjoner som var ønsket utløst og medregnet som en del av kontrakten, medfører ikke en rett til å

avklare forhold som kan medføre tvil om hvordan tilbudet kan forstås i forhold til de andre tilbudene.

- (47) Forbeholdene vil etter en objektiv og saklig vurdering ha priskonsekvenser som er vanskelig å beregne og gjør dermed at tilbudet ikke kan sammenlignes med de øvrige tilbudene, og tilbudet må dermed avvises, jf. § 20-13 (1) bokstav f. Det er en lav terskel for plikt til avvisning, og det er tilstrekkelig at forbeholdet vil kunne gjøre at oppdragsgiver blir usikker på hvordan tilbudet skal forstås. Når det tas i betraktning at pris samlet teller 70 % er det uklart for innklagede hvorvidt de forbehold som er tatt vil utjevne forskjellen. At det i konkurransegrunnlaget er lagt opp til at en leverandør kan ta forbehold endrer ikke innklagedes plikt til avvise klagers tilbud. Dersom det ikke var meningen av forbeholdene skulle ha prismessige konsekvenser, da de uansett ville være berettiget etter kontrakten mellom partene, finner innklagede underlig at forholdene er trukket frem i tilbuds brevet. Uansett kan forbeholdene ikke anses som ubetydelige. Det forelå tre vesentlige forbehold, priskonsekvensen var uklar, og det var tale om en stor økonomisk uklarhet som innklagede ikke ønsket å skyve over i en kontraktsfase. Klagers tilbud kunne dermed avvises, jf. § 20-13 (2) bokstav a. Innklagede bemerker at de som flergangsbyggherre ikke ønsker å motta tilbud med denne type forebehold.

Begrunnelse

- (48) Innklagede anfører at det er gitt tilfredsstillende begrunnelse for avvisningen av klager og klagers tilbud. Etter forskriften § 20-16 (2) bokstav a og c kreves det at det gis "*en kort begrunnelse*" ved avvisning, og det er tilstrekkelig at det vises til avvisningsgrunnen, hjemmelen for avvisning og de faktiske forhold som ligger til grunn for avvisningen. Innklagedes begrunnelse ved meddelelsen om avvisningen er dermed tilfredsstillende, i tillegg til at det at det er gitt en mer utfyllende etterfølgende begrunnelse.

Klagenemndas vurdering:

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

Avvisning av klager

- (50) Innklagede har anført en rekke grunnlag for avvisning av klager og klagers tilbud. Klagenemnda finner det hensiktsmessig først å ta stilling til klagers anførsel om at det ikke var grunnlag for å avvise klager på bakgrunn av manglende oppfyllelse av kvalifikasjonskrav, jf. § 20-12 (1) bokstav a.
- (51) Klager ble først i den etterfølgende begrunnelse meddelt at klager ble avvist også på bakgrunn av manglende oppfyllelse av kvalifikasjonskravene. Klager har anført at tilbydernes oppfyllelse av kvalifikasjonskravene skal vurderes før tilbudene, og hevder dette betyr at klager først ble vurdert som kvalifisert. Det fremgikk først av den etterfølgende begrunnelsen at klager ble avvist grunnet manglende oppfyllelse av kvalifikasjonskravene. Innklagede har opplyst at manglende oppfyllelse av kvalifikasjonskravene også ble vurdert som en mulig avvisningsgrunn på tidspunktet for meddelelse om avvisning, men at de oppgitte avvisningsgrunnene ble funnet å være tilstrekkelig. Klagenemnda oppfatter innklagede på den måten at innklagede før

tildeling ikke fant grunn til å fullføre kvalifikasjonsvurderingen ettersom det ble vurdert at innklagede uansett hadde plikt til å avvise klagers tilbud etter forskriften § 20-13 (1) bokstav f.

- (52) Det følger forutsetningsvis av forskriften § 20-10 og § 21-3 at en oppdragsgiver skal vurdere hvorvidt kvalifikasjonskravene er oppfylt før det foretas en vurdering av de innkomne tilbud. Manglende oppfyllelse av kvalifikasjonskriterier er imidlertid en absolutt avvisningsgrunn, jf. forskriften § 20-12 (1), og oppdragsgiver må kunne vurdere hvorvidt kvalifikasjonskriteriene er oppfylt også etter tilbudet er vurdert. Regelverket forhindrer dermed ikke innklagede i å fullføre kvalifikasjonsvurderingen etter at en avvisning av et tilbud eller en tilbyder på et annet grunnlag er blitt bestridt.
- (53) Klager har videre anført at de uansett ikke kunne avvises, da klager mener at selskapet oppfylte kvalifikasjonskravene. Klager har i denne forbindelse vist til at klager sendte inn den påkrevde dokumentasjon. Klagenemnda tar først stilling til innklagedes avvisning av klager i medhold av manglende oppfyllelse av kravene til tekniske og faglige kvalifikasjoner.
- (54) Etter forskriften § 17-4 kan oppdragsgiver *"stille minimumskrav til leverandørene, herunder til deres tekniske kvalifikasjoner og finansielle og økonomiske stilling."* Det følger videre av forskriften § 20-12 (1) bokstav a at oppdragsgiver har plikt til å avvise leverandører som *"ikke oppfyller krav som er satt til leverandørens deltakelse i konkurransen"*. Klagenemnda kan prøve om kvalifikasjonskravene er i samsvar med forskriften og om oppdragsgiver har brutt de grunnleggende kravene i lovens § 5, men etterprøver ikke utøvelsen av det innkjøpsfaglige skjønn, jf. blant annet klagenemndas sak 2009/111 premiss (24).
- (55) Av konkurransegrunnlaget fremgikk det under punkt 0.26.5 *"Kvalifikasjonskrav"* at tilbyderne skulle vedlegge dokumentasjon på blant annet *"Foretakets viktigste leveranser de siste 5 årene, inkludert deres verdi, tidspunkt og mottaker"*. Innklagede hadde ikke oppstilt konkrete kvalifikasjonskrav, men kun oppstilt krav til dokumentasjon. Innklagede viser til at det på bakgrunn av konkurransegrunnlagets dokumentasjonskrav må ha vært påregnelig for tilbyderen at det var stilt krav til å ha gjennomført tilsvarende prosjekt tidligere. Klager har på sin side anført at konkurransegrunnlaget kun angir et dokumentasjonskrav, og at det ikke fremgår som en naturlig forståelse av dokumentasjonskravet at tilbyderne må kunne vise til referanser fra skole eller videregående skole. I tillegg anføres det at klager uansett må regnes som kvalifisert, da de omsetter for 75 millioner årlig og har 60 ansatte.
- (56) I klagenemndas sak 2008/100, som innklagede også har vist til, fremgår det i premiss (36) at:
- "Klagenemnda uttalte i 2004/238 at kvalifikasjonskravene følger underforstått av kravene til dokumentasjon, men at det må være bedt om dokumentasjon på forhold som vedrører leverandørens kvalifikasjoner. Det hitsettes fra avgjørelsen premiss (28) følgende:*
- "Utgangspunktet er at kvalifikasjonskravene fremgår underforstått av kravene til dokumentasjon. Dersom oppdragsgiver har bedt om dokumentasjon på et forhold som vedrører leverandørens kvalifikasjoner, innebærer dette at oppdragsgiver skal vurdere om leverandørens kvalifikasjoner oppfyller det nødvendige minstekrav. I motsatt fall ville det ikke hatt noen hensikt å be om slik dokumentasjon. En annen sak er at oppdragsgiver har en stor skjønnsfrihet når det gjelder hvilket nivå kravet skal legges på."*

- (57) Klagenemnda finner grunn til å nevne at avgjørelsen i sak 2008/100 gjelder forskriftens del II, som i motsetning til forskriftens del III ikke inneholder en forpliktelse for oppdragsgivere til å i hovedtrekk angi krav til leverandørenes kvalifikasjoner i kunngjøringen, jf forskriftens § 17-5. Innklagede har ikke overholdt regelverket på dette punkt, men forholdet er ikke påberopt i saken, jf. klageforskriften § 12 om at nemnda er bundet av partenes anførsler. Når det gjelder den konkrete vurderingen av leverandørenes kvalifikasjoner kan klagenemnda heller ikke se at regelbruddet kan medføre en annen løsning enn den som gis anvisning på i klagenemndas avgjørelse i sak 2008/100, jf. også klagenemndas avgjørelse i sak 2003/7.
- (58) På bakgrunn av overstående bemerker klagenemnda at det foreligger et kvalifikasjonskrav ved at det skal sendes inn dokumentasjon på selskapets "*viktigste leveranser de siste 5 årene, inkludert deres verdi, tidspunkt og mottaker*". Når det ikke er uttrykkelig presisert i konkurransegrunnlaget hvilket nivå eller hvilken karakter de oppgitte referansene må ha for at en leverandør anses som kvalifisert til å delta i konkurransen hører det inn under oppdragsgivers skjønn å fastlegge terskelen for oppfyllelse av kvalifikasjonskravene. Innklagede har i dette tilfelle lagt til grunn et krav om at leverandørene må ha gjennomført prosjekt av tilsvarende størrelse og art for å anses kvalifisert. Klagenemnda kan ikke se at innklagede skjønnsutøvelse er uforsvarlig eller i strid med kravet til forutberegnelighet. Klagers anførsel fører derfor ikke frem.
- (59) Ettersom klager rettmessig er avvist grunnet manglende oppfyllelse av kvalifikasjonskrav, jf. § 20-12 (1) bokstav a, finner ikke klagenemnda grunn til å ta stilling til hvorvidt klager kunne eller skulle vært avvist på annet grunnlag.

Begrunnelse

- (60) Klager har videre anført at innklagede ikke har gitt en tilstrekkelig begrunnelse for avvisningen av klager.
- (61) Det følger av forskriften § 20-16 (2) bokstav c at oppdragsgiver "*snarest mulig*" skal gi skriftlig tilbakemelding med en "*kort begrunnelse*" dersom et tilbud blir avvist. I dette tilfellet ble meddelelse om avvisning gitt samtidig med tildelingsbeslutningen, og det var fastsatt en klagefrist før kontrakt ville inngås. I meddelelsen ble det opplyst om hvilke forbehold som var omtvistet, samt på hvilket grunnlag tilbudet var avvist. Dette oppfyller kravet til begrunnelse etter § 20-16 (2) bokstav a. Klagers anførsel fører derfor ikke frem.

Konklusjon:

Klagers anførsler har ikke ført frem.

For Klagenemnda for offentlige anskaffelser

6.desember 2010



Morten Goller