



**Klagenemnda
for offentlige anskaffelser**

Skaaret Landskap AS
Drengsrudbekken 10
pb. 138
1378 Asker
Norge
Stein Anders Sundbye

Deres referanse

Vår referanse
2011/0299-9

Dato:
07.05.2013

Avvisning av klage på offentlig anskaffelse

Det vises til Deres klage på offentlig anskaffelse av 21. oktober 2011 vedrørende anskaffelse av anleggsarbeider i Holmenkollen nasjonalanlegg. Klagenemndas sekretariat har besluttet å avvise klagen som uhensiktsmessig for behandling i klagenemnda, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 9. Grunnen er at klagen klart ikke kan føre fram. Sekretariatets avvisningsbeslutning kan påklages til klagenemndas leder innen 3 virkedager etter at den ble gjort kjent for klager.

Nedenfor gis en oppsummering av bakgrunnen for klagen og sekretariatets vurdering.

Bakgrunn:

- (1) Oslo kommune (heretter kalt innklagede) kunngjorde 24. juni 2011 en åpen anbudskonkurranse for anskaffelse av anleggsarbeider i Holmenkollen nasjonalanlegg. Anskaffelsens anslåtte verdi er i anskaffelsesprotokollen oppgitt til å være på mellom 3 og 5 millioner kroner. Tilbudsfrist var i konkurransegrunnlaget punkt 2.2 angitt til å være 4. august 2011.
- (2) Innklagede sendte 28. juni 2011 en e-post til aktuelle tilbydere og informerte om at det ville bli gjennomført anbudsbehandling 30. juni 2011, og at konkurransepapirene ville bli delt ut på denne befaringen. Befaringen ble gjennomført som planlagt.
- (3) I konkurransegrunnlaget punkt 2.1 fremgikk det at konkurransen skulle gjennomføres etter forskriften del I og III.
- (4) Det fremkom av konkurransegrunnlaget punkt 4.2 "*Tildelingskriterier*" at tildeling skulle skje på bakgrunn av hvilket tilbud som var det økonomisk mest fordelaktige,

Postadresse
Postboks 439 Sentrum
5805 Bergen

Besøksadresse
Rådhusgaten 4
5014 Bergen

Tlf.: 55 59 75 00
Faks: 55 59 75 99

E-post:
postmottak@kofa.no
Nettside: www.kofa.no

basert på tildelingskriteriene pris og kvalitet. Tildelingskriteriet pris skulle vektes 80 %, og kvalitet 20 %.

- (5) Vedlagt konkurransegrunnlaget fulgte det et prisskjema, hvor tilbyderne skulle fylle ut tilbudt fastpris på ulikt arbeid som skulle inngå i entreprisen. Av punkt A.4.1 "Platekonstruksjoner av stål" fremkom det at tilbyderne skulle prise følgende:

"Posten gjelder komplette arbeider, inkl. levering og montering (inkl. skjøting) av stålrør/kulvert, type HelCor korrugert galvanisert stålrør dim ø2800mm. Elementene skal skjøtes på gangkulverten som allerede er montert, og som er av samme type. Krav til skjøte er gitt i vedlegg 2. Lengde og utforming er vist på vedlegg 1 (arkitekttegning)."

- (6) I konkurransegrunnlagets vedlegg "Beskrivelse av veilys Midtstuen" stod følgende:

"Viser til sak vedr. veibelysning i Midtstua.

Arbeider som er nødvendig for å istandsette veilysanlegget i Midtstua."

- (7) Videre fremkom det av dette vedlegget under punktet "Veistrekket fra Dommerbygg mot øvrig vei" at "[e]lektriker trekker PFSP 25 mm² AL kabel. Antall ledere må sjekkes i skap 6 før bestilling." Under punktet "Veitrekket fra trenertribune mot øvrig vei" fremkom det at "[e]lektriker må montere veilysmast, toppstykke og armatur for 322. dette ligger lagret i underetasje i driftsbygget i Midtstua." Under punktet "Øvrig vei – fra avkjøring inn til trenertribune, opp langs med IBC, og videre mot Holmenkollveien" fremkom det at "[d]et må trekkes kabel fra mast utenfor kulvert og inn i grube, videre til kum F10 og videre til mast 300 (øverste mast før skibro). Det benyttes lik kabel som øvrig veilys man kobler seg sammen mot."

- (8) I dokumentet "Informasjon om konferanse/befaring" het det at: "[d]et ble avholdt tilbyderbefaring 30.06.11 der en befaring i området ble gjennomført. Det vil ikke bli laget noe referat fra møtet da ingen ny informasjon ble gitt utover konkurransegrunnlaget."

- (9) Innklagede mottok to tilbud innen tilbudsfristen 4. august 2011, ett tilbud fra Skaaret Landskap AS (heretter kalt klager) og ett fra Løvold AS.

- (10) I tilbudet fra klager var det på side 1 presisert følgende:

*"Vi har ikke medregnet evt. offentlige gebyrer i forbindelse med arbeidene.
Vi har ikke priset elektrikerarbeider eller kabler i noen av postene, for øvrig har vi følgende spesifiseringer til vårt tilbud:*

Vi har nummerert postene i de ulike oppsettene for henvisning av spesifiseringene.

"beskrivelse Kulvert ved kapellet"

A.4.1.			Platekonstruksjoner av stål
--------	--	--	-----------------------------

Denne posten er ikke priset. Oppfatter at dette skal utføres av annen entreprenør

"beskrivelse Veilys Midtstuen"

1.	a-c		Veistrekket fra dommerbygg mot øvrig vei"
----	-----	--	---

Pris gjelder for graving av grøft inntil 50m lengde, 1 stk Ørstra standard mastefundament c/c 160 – 100 cm.

Det forutsettes at trekkerør er intakte og "blåsbare". Elektrikerarbeider/kabel er ikke medregnet.

2.	a-c		<i>Veistrekket trenertribune mot øvrig vei</i>
----	-----	--	--

Det forutsettes gjenbruk av mastefundament (ikke inkl nytt fundament.)

Elektrikerarbeider/kabel er ikke medregnet.

[..]

3.	d		<i>Det må etableres grøft for strømforsyning.....</i>
----	---	--	---

Pris gjelder 2 stk Ørstra standard fundament c/c 160-100cm, og trekkerør Ø110mm.

Elektrikerarbeider /kabel er ikke medregnet.

Reasfaltering vei er ikke medregnet.

3.	h		<i>Det må trekkes kabel fra mast utenfor kulvert.....</i>
----	---	--	---

Elektrikerarbeider/kabel er ikke medregnet. Dette punktet er derfor ikke priset."

- (11) Innklagede sendte et brev til klager datert 12. august 2011, der det ble opplyst at klager ble tildelt kontrakten. Som begrunnelse for valg av leverandør ble det vist til at klager hadde fått 967,2 poeng, mens Løvold AS hadde fått 940 poeng.

- (12) Den 31. august 2011 sendte innklagede et brev til klager, hvor det stod følgende:

"Det er tidligere blitt sendt ut brev vedrørende samme anskaffelse. Avgjørelsen er endret da det fra oppdragsgivers side er oppdaget forbehold i det ene tilbudet som ikke ble oppdaget ved første gjennomgang.

Vi mottok i alt to tilbud. Begge tilbyderne var kvalifisert i henhold til kvalifikasjonskravene oppgitt i konkurransegrunnlaget. Skaaret Landskap AS avvises grunnet forbehold i sitt tilbud.

Skaaret Landskap AS har i sitt tilbud tatt forbehold til konkurransegrunnlag og oppdragsgiver har plikt til å avvise tilbudet i henhold til FoA § 20-13 f:

§ 20-13. Avvisning på grunn av forhold ved tilbudet:

f) 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.

Skaaret landskap har i sitt tilbudsbrief tatt flere forbehold. De mest betydningsfulle forbeholdene er at tilbyder ikke har priset:

- Platekonstruksjoner av stål og*
- Elektrikerarbeider for veilys.*

Det er ikke mulig for oppdragsgiver å nøyaktig prise disse forbeholdene og tilbyder har ikke medtatt summene for disse arbeidene i sitt tilbud. Det er ikke åpenbart for oppdragsgiver hvordan postene skal vurderes. Den manglende utfyllingen av prisene er derfor et vesentlig avvik fra kravspesifikasjonen og det er derfor umulig

å sammenligne med de øvrige tilbudene. Oppdragsgiver har plikt til å avvise i henhold til FoA § 20-13 f."

- (13) Klager sendte 7. september 2011 en klage til innklagede. Det ble i denne klagen påpekt at avvisningen av klagers tilbud ikke var rettmessig.
- (14) Innklagede svarte på klagen fra klager i brev datert 14. september og tok ikke klagen til følge.
- (15) Innklagede inngikk kontrakt med Løvold AS 15. september 2011.
- (16) Saken ble brakt inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser 21. oktober 2011.

Anførsler:

Klagers anførsler:

- (17) Klager anfører at innklagede har brutt regelverket ved å avvise tilbudet fra klager med den begrunnelse at klagers tilbud inneholdt forbehold mot levering av platekonstruksjoner av stål og elektrikerarbeider for lys, ettersom tilbudet til klager ikke inneholdt forbehold. Klager viser til at innklagede på tilbudsbeferingen opplyste at platekonstruksjonene ikke skulle prises av tilbyderne, og at denne posten utgikk fra konkurransegrunnlaget. Videre viser klager til at formuleringene i konkurransegrunnlaget tilsa at arbeidene i forbindelse med veilys i Midtstuen var uten elektrikerarbeider. Klager mener derfor at det ikke skulle gis pris på noen av disse to forholdene, og dette er følgelig heller ikke gjort. Ettersom innklagede har valgt å beskrive arbeidet på en annen måte enn det som er vanlig norm for beskrivelsestekst (NS kode) må innklagede bære risikoen for den uklarheten som oppstod om hva som skulle tilbys av elektrikerarbeider.

Innklagedes anførsler:

- (18) Innklagede bestrider å ha brutt regelverket ved å avvise tilbudet fra klager. Innklagede viser til at tilbudet fra klager inneholdt forbehold mot levering av platekonstruksjoner av stål og mot elektrikerarbeider for lys. Disse forbeholdene medførte tvil om hvordan tilbudet skulle bedømmes i forhold til de øvrige tilbudene. Tilbyderne skulle tilby elektrikerarbeider i forbindelse med arbeidet med veilys i Midtstuen. Det fremkom for eksempel innledningsvis i "*Beskrivelse av veilys anlegget i Midtstua*" at dette omfattet "*arbeider som er nødvendige for å istandsette veilysanlegget i Midtstua*". Det var også henvist til elektriker i flere av underpunktene. Hva gjelder platekonstruksjonene av stål kan innklagede verken bekrefte eller avkrefte om det ble uttalt på beferingen 30. juni 2011 at stålplatene ikke skulle prises av tilbyderne. Det fremkom imidlertid av uttalelse på kommunens anskaffelsesportal at det ikke ble laget referat fra beferingen, fordi ingen ny informasjon ble gitt. Det ble ikke gjort endringer i konkurransegrunnlaget etter beferingen.

Sekretariatets vurdering:

- (19) Klager har deltatt i konkurransen, og har saklig klageinteresse, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Konkurransen gjelder anleggsarbeider i Holmenkollen nasjonalanlegg som er bygge- og anleggsanskaffelse. Anskaffelsens anslåtte verdi er i anskaffelsesprotokollen angitt

til å være på mellom 3 og 5 millioner kroner, hvilket i utgangspunktet skulle innebære at anskaffelsen i tillegg til lov om offentlige anskaffelser følger forskrift om offentlige anskaffelser av 7. april 2006 nr. 402 del I og II, jf. forskriften §§ 2-1 og 2-2.

- (20) I konkurransegrunnlaget punkt. 2.1 fremgikk det imidlertid at konkurransen skulle gjennomføres etter forskriften del I og III. Selv om sekretariatet ikke er opplyst om hva som er bakgrunnen for dette, legger sekretariatet til grunn at anskaffelsen som følge av opplysningen i konkurransegrunnlaget følger forskriften del I og III. Tilsvarende ble lagt til grunn i klagenemndas saker 2010/318 premiss (22) og 2011/130 premiss (14), hvor nemnda fant at innklagede ut fra konkurransegrunnlaget hadde bundet seg overfor tilbyderne til å følge forskrift om offentlige anskaffelser av 7. april 2006 nr. 402 (forskriften) del III, selv om anskaffelsen ellers ville fulgt forskriften del II. Dette ut fra kravet til forutberegnelighet i loven § 5.

Avvisning av klagers tilbud

- (21) Klager anfører at innklagede har brutt regelverket ved å avvise tilbudet fra klager med den begrunnelse at klagers tilbud inneholdt forbehold mot levering av platekonstruksjoner av stål og elektrikerarbeider for lys, ettersom tilbudet til klager etter klagers syn ikke inneholdt forbehold. Slik klager ser det, trakk innklagede på tilbudsbeferingen tilbake at det skulle gis pris på platekonstruksjoner av stål og når det gjelder elektrikerarbeid knyttet til veilysarbeidene på Midtstuen, må konkurransegrunnlaget forstås slik at det ikke skulle gis pris på dette. Følgelig har klager ikke gitt pris på noe av dette, og det kan ikke oppfattes som noe forbehold.
- (22) Det følger av forskriften § 20-13 (1) bokstav f at et tilbud skal avvises når *"det på grunn av avvik, forbehold, feil, ufullstendigheter, uklarheter eller lignende i en anbudskonkurranse kan medføre tvil hvordan tilbudet skal bedømmes i forhold til de øvrige tilbudene."*
- (23) Klagenemndas sekretariat vurderer først om klager i sitt tilbud har tatt forbehold mot levering av elektrikerarbeider knyttet til veilysarbeidene på Midtstuen.
- (24) Det fremkom av konkurransegrunnlagets vedlegg *"Beskrivelse av veilys Midtstuen"* at arbeidet med veibelysning i Midtstuen skulle omfatte *"[a]rbeider som er nødvendig for å istandsette veilysanlegget i Midtstua."* Videre fremkom det under punktet *"Veistrekket fra Dommerbygg mot øvrig vei"* at *"[e]lektriker trekker PFSP 25 mm² AL kabel. Antall ledere må sjekkes i skap 6 før bestilling."* Under punktet *"Veitrekket fra trenertribune mot øvrig vei"* fremkom det at *"[e]lektriker må montere veilysmast, toppstykke og armatur for 322. dette ligger lagret i underetasje i driftsbygget i Midtstua."* Under punktet *"Øvrig vei – fra avkjøring inn til trenertribune, opp langs med IBC, og videre mot Holmenkollveien"* fremkom det at *"[d]et må trekkes kabel fra mast utenfor kulvert og inn i grube, videre til kum F10 og videre til mast 300 (øverste mast før skibro). Det benyttes lik kabel som øvrig veilys man kobler seg sammen mot."* Basert på dette, må konkurransegrunnlaget forstås slik at tilbyderne i sine tilbud skulle inkludere pris for det nevnte nødvendige elektrikerarbeid.

- (25) I tilbudet fra klager stod det at "[v]i har ikke priset elektrikerarbeider eller kabler i noen av postene". Det fremkom også under punktet "beskrivelse Veilys Midtstuen" i tilbudet fra klager at elektrikerarbeider/kabel ikke var medregnet for veistrekket dommerbygg mot øvrig vei, veistrekket trenertribune mot øvrig vei eller ved etableringen av grøft for strømforsyning.
- (26) Ettersom det fulgte av konkurransegrunnlaget at elektrikerarbeider skulle inngå i tilbudet og prises, inneholder klagers tilbud et forbehold mot dette.
- (27) Spørsmålet blir da om dette forbeholdet i tilbudet til klager "... kan medføre tvil om hvordan tilbudet skal bedømmes i forhold til de øvrige tilbudene", jf. forskriften § 20-13 (1) bokstav f. Klagenemnda har tidligere uttalt seg om hva som ligger i dette vilkåret, jf. for eksempel sak 2012/323 premiss (59), hvor følgende fremgår:

"Klagenemnda har i sin tidligere praksis uttalt at det skal være en lav terskel for når en mangel ved et tilbud "kan medføre tvil" om hvordan tilbudet skal bedømmes i forhold til de øvrige tilbudene, jf. klagenemndas saker 2008/202 premiss (30) og 2009/281 premiss (21). Nemnda har likevel lagt til grunn at det "kun foreligger en avvisningsplikt i de tilfeller der tvilen kan ha hatt betydning for tilbudets rangering blant de andre tilbudene". jf. klagenemndas saker 2009/281 premiss (22) og 2010/94 premiss (25). Oppdragsgiver har i utgangspunktet en plikt til å forsøke å prissette avvik, forbehold, eller lignende. jf. klagenemndas sak 2009/281 premiss (22). Dersom den prismessige konsekvensen av et forbehold lar seg fastsette, vil det normalt ikke foreligge "tvil" om hvordan tilbudet skal bedømmes, og forholdet til de øvrige leverandørene vil med dette være ivarettatt. Vurderingen av et konkret forbeholds prismessige konsekvens ligger til oppdragsgivers innkjøpsfaglige skjønn, og kan bare i begrenset grad overprøves av klagenemnda. jf. klagenemndas sak 2012/70 (39) og 2011/308 premiss (88)."

- (28) Slik sekretariatet oppfatter det, har innklagede i foreliggende tilfelle forsøkt å prissette klagers forbehold, men ikke klart å avgjøre hvorvidt dette må prises slik at klagers tilbud blir dyrere eller rimeligere enn valgte leverandørs tilbud. Sekretariatet har ingen holdepunkter for å at det var uforvarselig av innklagede ikke å kunne fastslå dette. Dette innebærer at klagers forbehold mot elektrikerarbeidene knyttet til veilysarbeidene på Midtstuen "kan medføre tvil om hvordan tilbudet skal bedømmes i forhold til de øvrige tilbudene", jf. forskriften § 20-13 (1) bokstav f. Innklagede hadde dermed plikt til å avvise tilbudet til klager. Klagers anførsel fører dermed ikke frem.
- (29) Ettersom klagenemndas sekretariat har kommet til at innklagede hadde plikt til å avvise klagers tilbud på grunn av klagers forbehold knyttet til elektrikerarbeidene, finner sekretariatet det ikke nødvendig å vurdere om klager også har tatt forbehold om levering av platekonstruksjoner av stål, og om dette eventuelt medførte en plikt for innklagede til å avvise klagers tilbud.
- (30) Ettersom sekretariatet har funnet at klagen klart ikke kan føre fram, avvises den som uhensiktsmessig for behandling i klagenemnda, jf. klagenemnds forskriften § 9.

Erlend Pedersen
nestleder/advokatfullmektig (e.f.)

Tine Sæbø
førstekonsulent

Kopi til: