



**Klagenemnda
for offentlige anskaffelser**

Innklagede gjennomførte en åpen anbudskonkurranse om totalentreprise for prosjektering og utførelse av prosjektet Borgenbråten – Omsorgsboliger og aktivitetshus. Klager hadde anført at valgte leverandørs tilbud avvok fra konkurransegrunnlaget i en slik grad at tilbudet måtte avvises. Klager hadde videre anført at forhandlingsforbudet var brutt. Klagenemnda fant at innklagede ikke hadde brutt regelverket om offentlige anskaffelser.

Klagenemndas avgjørelse 3. juni 2013 i sak 2011/329

Klager: Tronrud Bygg AS

Innklaget: Asker Kommune

Klagenemndas medlemmer: Tone Kleven, Jakob Wahl og Andreas Wahl

Saken gjelder: Avvisning. Brudd på forhandlingsforbudet.

Bakgrunn:

- (1) Asker Kommune (heretter kalt innklagede) kunngjorde 31. januar 2011 en åpen anbudskonkurranse om totalentreprise for prosjektering og utførelse av prosjektet "Borgenbråten – Omsorgsboliger og aktivitetshus". Totalentreprisen omfattet omlegging av vann- og avløpsanlegg på eiendommen og oppføring av 22 omsorgsboliger og aktivitetshus. Oppgitte CPV koder var 45215210, 45231300, 45211341, 71320000, 44211000 og 45223800. Anskaffelsens verdi var i kunngjøringen punkt II.2.1 angitt til å være mellom 60 000 000 og 80 000 000 kroner. Det fremgikk også at anskaffelsen omfattet opsjon på tilbygg, svømmebasseng for aktivitetshuset og opsjon for passivhusstandard. Tilbudsfrist var 30. mars 2011.
- (2) Av kunngjøringen punkt IV.2 fremgikk at det økonomisk mest fordelaktige tilbud ville bli valgt på grunnlag av kriterier fastsatt i konkurransegrunnlaget. Det framgikk også av kunngjøringen punkt II.I.9 at det ikke var adgang til å inngi alternative tilbud.
- (3) Av konkurransegrunnlaget Bok 0, Del 1, Tilbudsinnbydelsen pkt. 4, framgikk at kontrakten skulle tildeles på bakgrunn av tildelingskriteriene "Pris" (vektet 70 %) og "Kompetanse og kapasitet" (vektet 30 %). Pris var oppgitt som "Pris = **(tilbud lavenergi + opsjonpassivhus/2)** blir beregnet med 10p til laveste tilbyder og lineært poengfradrag slik at alle tilbud som er 10 mill* dyrere eller mer enn den billigste får 0 poeng. Formel for utregning av poengscore blir: **$10 - ((X - A) / (b / 10))$**). Hvor A = billigste tilbyder, X = den tilbyder som vurderes, b = 10 mill* (oppgitt her som forskjell mellom billigste og 0-poeng-score)".
- (4) Av Konkurransegrunnlaget Bok 0, Del 2, punkt A1, framgikk at:

"Det skal bygges et omsorgsbygg med 22 boliger og aktivitetshus på nabotomten til Borgen skole i Asker, Borgenbråten 23 - 27.

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

(...)

Borgenbråten omsorgsboliger er planlagt med 2744m² BTA. Vestre del av bygget er i en etasje, mens østre del er i to etasjer. Bygget skal romme totalt 22 leiligheter, fellesstuer og kjøkken i forbindelse med leilighetene, kontorer, vaktrom, korridorer og datarom. I tillegg skal det oppføres uteboder for boligene.

Borgenbråten aktivitetshus har totalt bruksareal 460, bruttoareal 598m.²

Deler av bygget (dvs. langs N-Ø vegg) får kjeller. Bygget består blant annet av ulike aktivitetsrom, fysioterapi, sanse-rom, kontor, kjøkken, samt garderober og våtrom. Det ønskes opsjon på tilbygg med basseng og noen ekstra rom, fordelt over kjeller og plan 1.

For begge byggene skal det legges vekt på universell utforming, arkitektonisk utforming, samt tilpassing til omkringliggende bebyggelse og landskap.

Byggene kreves utført som lavenergibygg - energiklasse B, og det ønskes opsjon på utførelse som passivhus.

"Sintef, prosjektrapport 42, 2009; Kriterier for passivhus og lavenergibygg - yrkesbygg", skal ligge til grunn for prosjektering og utførelse, og angir krav for lavenergibygg og passivhus.

Gjennomføringen av prosjektet i sin helhet er avhengig av at prosjektet får tilfredsstillende finansiering og politisk godkjenning. Byggherre forbeholder seg derfor retten til å ta ut Aktivitetshuset med- og uten basseng av kontrakten dersom dette blir nødvendig."

- (5) Av Konkurranses grunnlaget Bok 0, Del 2 punkt A.1.1 Fremdrift, framgikk følgende:

"Det er anslått en enkel fremdriftsplan for prosjektet.

Rammesøknad er innsendt, men ikke tatt opp til behandling pr. 20.01.2011.

Anbudsbefaring avholdes 8. februar 2011.

Anbudsåpning 25. mars 2011.

Politisk behandling og gjennomføring av anskaffelsesprosessen i april - mai 2011.

Oppstart mai/juni 2011.

Ferdigstillelse 1. oktober 2012.

Endelig fastlegging av fremdriften er avhengig av entreprenørens fremdriftsplan. Jfr. B.1.3.1."

- (6) Om entreprenørens fremdriftsplan framgikk det i Bok 0 Del 2 B.1.3.1 at denne skulle totalentreprenøren utarbeide senest fire uker etter bestillingsbrev.

- (7) Av Konkurransesgrunnlaget, Bok 0, Del 2 punkt D 1, framgikk at entreprisekontrakten for omsorgsboligene og aktivitetshuset skulle utføres i henhold til NS 3431 med enkelte endringer som ikke har betydning for foreliggende sak.

- (8) Av Konkurransesgrunnlaget, Bok 1, punkt 1.17 framgikk følgende:

"1.17.1 Totalentreprenøren har totalansvaret

Ved kontraktsinngåelse overtar totalentreprenøren det totale prosjekteringsansvar som innebærer bl.a.:

- Kvalitetssikring av gjeldende planer

- Ansvarlig prosjekterende (PRO) og Ansvarlig kontrollerende for prosjektering (KPR) iht. Plan og bygningsloven

- Koordinator for arbeidsmiljø under utarbeidelse av prosjekt, prosjektering (KP)

- Byggherren forutsetter at totalentreprenøren engasjerer seg i prosjektet og utarbeider forslag til løsninger som byggherren er tjent med. Videre presiseres det at planlegger må koordinere sine arbeider med øvrige planleggere".

- (9) Av konkurransegrunnlaget Bok 1, punkt 2.20, Generelt, framgikk at; *"Beskrivelsen angir funksjons- og kvalitetskrav. Oppgitte innvendige bruksareal (BRA) er minimumsarealer."*

Lover, Forskrifter og Standarder

Generelt skal relevante standarder og normer gjelde. Referanse for valg av løsninger, detaljer og produkter er anbefalinger gjort i byggetalblader fra Byggforsk.

Det er et krav at bygget skal være et lavenergibygge. Vi viser til: Kriterier til passivhus og lavenergibygge- Yrkesbygg, prosjektrapport 42 fra Sintef.

<http://narin.enova.no/file2.axd?fileID=9b68f0fb-4c65-4398-9da9-935f335a9060>>

Rådgivergruppen har prosjektert et bygge med tanke på dette med hensyn til å lage et forholdsvis kompakt bygge med de isolasjonstykkelser som kreves. Vi har prosjektert en vindusflate på 27 %. Dette må kompenseres for ved andre energiltak. Det må lages et energiregnskap for å bekrefte at det er gjennomførbart.

Bygget skal være universelt utformet, jfr. NS 11001-1:2009, Universell utforming av byggverk, Arbeids- og publikumsbygninger.

Alle gulv- og veggflater i våtrom skal utføres i henhold til våtromsnormen.

*For prosjektet skal det innhentes økonomisk støtte fra Husbanken. Slik tegningene nå foreligger, tilfredsstilles **ikke arbeidstilsynets** krav til pleiestilling og sengeplassering. Dette kravet må innfris i samarbeid med byggherre/bruker, og er totalentreprenørens ansvar.*

Statistiske beregninger, tegninger m.v. Totalentreprenøren har det fulle ansvar for all dimensjonering. Dersom han ved sin beregning av konstruksjonene finner å måtte forandre på oppgitte dimensjoner eller løsninger, skal han snarest gjøre byggherren oppmerksom på dette. Slike eventuelle endringer skal godkjennes av byggherren".

- (10) Av konkurransegrunnlaget Bok 1 punkt 2.21 om "Grunn og fundament" framgikk følgende:

"Ref geotekniske rapport (kapittel 10, vedlegg 1) for informasjon om grunnforholdene.

Det er antatt at det er tilstrekkelig å fundamenterer bygget med enkel sålefundamentering. Bygget fundamenteres på en såle av grus — som ligger direkte på grunnfjellet.

Totalentreprenøren skal utarbeide plan for hvordan grunnarbeidene skal gjennomføres. Denne planen skal forelegges tiltakshaver for gjennomsyn i god tid før arbeidene påbegynnes. Det presiseres at all påvisning av installasjoner i grunnen er totalentreprenørens ansvar".

- (11) Av konkurransegrunnlaget Bok 1, punkt 2.23, fremgikk videre at:

"Vi viser til: Kriterier til passivhus og lavenergibygg- Yrkesbygg, prosjektrapport 42 fra Sintef.

Yttervegger skal være kledd i henholdsvis tegl og tre. Hovedkroppen er i tegl, med enkelte partier med trepanel. Alt beslag skal være i galvanisert stål, sink.

Alt utvendig treverk skal være i vedlikeholdsfritt materiale.

Alle farger og materialer, ventiler og rister i ytterveggsledning skal avklares med byggherre.

Se vedlagte referanse detaljtegninger for tegl, panel, innsetting av vinduer, gesimsløsning etc."

- (12) Om teglfasade var det i punkt 2.23.1 beskrevet at:

"Fasader skal forblendes med tegl i henhold til fasadetegninger. Tegl skal være av type Terca Mangan Rustiek, Wameton, fra Wienerberger, med dim 210x98x50, eller tilsvarende, som skal mures med % steins løperforbandt med farget mørtel. I enkelte felt i tilknytning til innganger skal det mures stabelforbandt. Over alle åpninger skal det mures med rulleskift."

- (13) Av Konkurransegrunnlaget Bok 1, punkt 2.24 (Innervegger) framgikk at *"Korridorvegger, inngangsparti, vindfang og der det er størst slitasje skal vegger ha liggende 28x120 rupanel NBI's Byggdetaljblad A 543.101, overflatebehandles vedlikeholdsfritt, oljelaseres. (...)"*.

- (14) Av Konkurransegrunnlaget Bok 1, punkt 2.26. om Himlinger framgikk følgende krav:

"2.26.4.1 Generelt

Omfatter nedlektinger, opphengningssystemer og lignende, samt taklister. Himlings- og skjørteplan. Himlingsplaner skal prosjekteres i neste fase. Typer og utforming av ventiler og rister skal avklares med byggherre mht. utforming og materialvalg.

2.26.4.2 Korridorer

Systemhimling med gipsplater. Det skal benyttes 600x12000 og 600x600. Tilpasning mot kanter, Himlingsplaner skal prosjekteres

2.26.4.3 Kontorer, møterom, stuer og kjøkken

Fast gipshimling inkl. 25 % akustisk.

2.26.4.4 Bad, underordnede rom, lager, garderober

Systemhimling med gipsplater. Egen våtromshimling i våte rom (hygienehimling). Det skal benyttes 600x12000 og 600x600. Tilpasning mot kanter. Det skal legges til rette for montering av traversskinner i taket.

- (15) Av Konkurransesgrunnlaget Bok 1, punkt 2.28.3 framgikk at "Terrasse gulv i tre av type Kebony furu eller tilsvarende produkt. "
- (16) Hva gjelder bassenget framgikk det av Konkurransesgrunnlaget, Bok 1, Aktivitetshus punkt 6.1 at "Asker kommune ønsker pris på bygging av et tilbygg med basseng i forbindelse med aktivitetshuset." Samt at "Asker kommune forbeholder seg retten til å utløse opsjonen inntil 1 år etter at kontrakt er skrevet med totalentreprenør ". I punkt 8.2.2 framgikk at "Selve bassenget må lages i vanntett betong." Det framgikk videre av 8.2.5. at "Fliser i basseng: Croma 2, 72.5 x 25, sklisikker fliser i bunn i basseng. Gulv og vegger." og videre: "Renneløsning av type: Wiesbaden stor eller tilsvarende".
- (17) Innklagede avholdt anbudsbefering med tilbyderne 10. februar 2011.
- (18) Innen tilbudsfristen var det i henhold til protokoll fra tilbudsåpning datert 30. mars 2011, kommet inn fem tilbud, inkludert NCC (heretter kalt valgte leverandør) og Tronrud Bygg (heretter kalt klager). Valgte leverandørs tilbud var kroner 51 335 952 eks. mva., mens klagers tilbud var kroner 59 822 244 eks. mva. I korrigert anbudsåpningsprotokoll framgikk at valgte leverandørs tilbud var endret til kroner 47 796 308 og at avvik i forhold til tidligere protokoll var "Oppgitt inkludert basseng".
- (19) Av valgte leverandørs tilbud datert 30. mars 2011 framgikk at tilbudet var basert på vedlagte prosjektbeskrivelse med presiseringer. Det framgikk også at det ville bli brukt tradisjonell byggemetode og at det var opplyst at det ikke var tatt forbehold. Videre framgikk følgende:

"Vi tilbyr en byggetid, etter mottatt igangsettingstillatelse på 14 1/2 kalendermåneder. Foreløpig hovedfremdriftsplan datert 30.03.2011 er vedlagt, og tilbudet er basert på oppstart i henhold til denne. For å opprettholde byggestart 01.06.2011 må bestilling til oss foreligge innen 14.04.2011 grunnet nødvendig mobiliseringstid. Tilbudt overlevering vil da være 16.08.2012.

Vi har videre satt av 3 uker til omlegging av VA-ledninger før byggestart den 01.06.2011.

Det forutsettes at byggherren har ansvaret for kommunal saksbehandlingstid."

- (20) Foreløpig hovedfremdriftsplan datert 30.03.2011 er ikke fremlagt for klagenemnda.
- (21) Av valgte leverandørs prosjektbeskrivelse punkt 2.0. framgikk at *"Vi legger til grunn en tradisjonell totalentreprisemodell i vårt tilbud. Dvs. at alle eventuelle på anbudstidspunktets ukjente forhold, ikke er inkludert i dette tilbud. Dvs. at eventuelle forminner, kabler og rør i grunnen som ikke er inntegnet/angitt i anbudsunderlaget eller i det offentlige kartverk, osv. ikke er hensyntatt i vårt tilbud.*

"Vi har videre som angitt i tilbudsforespørsel gått ut fra TEK 10 i vårt tilbud, med energiklasse B og med opsjon på passivhusstandard på omsorgsboligene. Vi har videre med utgangspunkt i den aktuelle brukergruppen og krav til overflater, miljøkrav og ikke minst helhetlig prosjektøkonomi, valgt å ta høyde for murte flater i innvendige vegger og innvendige side yttervegger. Dette kommer vi tilbake til under punkt 2.3 og 2.4 som omhandler oppbyggingen av veggene.

Opsjon basseng

Vi gjør oppmerksom på at vi har valgt å gå inn med et alternativt produkt når det gjelder basseng. Vi har valgt en leverandør som heter Steelpool". (...)

- (22) Av valgte leverandørs prosjektbeskrivelse punkt 2.3. var ytterveggene omtalt på følgende måte:

"Yttervegger er satt opp i Ytongsiporex-blokker, med tilleggsisolering av mineralull utvendig, før ytre værhud av tegl/panel-kledning. Energiklassifiseringen av veggen vil kun påvirke tykkelsen på sjiktet med mineralullisolering.

(...)

Vi har valgt å medta samme type tegl i forblendingen som det er på Borgen skole. Kloster lys/mørk med fargespill fra Bratsberg. Dette er norsk teglstein. Hvis beskrevet tegl, Terca Mangan Rustikk vil brukes, får det en merkostnad på 405,- pr m². Dette utgjør totalt kr 430.920,-."

- (23) Valgte leverandør beskrev innerveggene som følger i punkt 2.4. i prosjektbeskrivelsen:

"På grunn av blant annet funksjonskrav i henhold til anbudsunderlaget og signaler fra anbudsbefering (tøff bruk) har vi valgt å tilby ytongsiporex vegger også i innervegger generelt. Da blir veggen sterk og sikker. Ytongveggene leveres ferdig pusset/sparklet og strekkes med malerstrie og males til ferdig finish. I korridorer kan en også da ta bort panel pga. at korridorveggen er sterke. Ønsker man likevel å beholde panel i korridor, utlektet og kledd med 22mm oljet panel (god standard tykkelse), kan dette tilbys oppsatt for kr 352.000,- eks mva."

- (24) Valgte leverandør hadde til Konkurransesgrunnlaget punkt 2.26.4.3. beskrevet i prosjektforutsetningene punkt 2.5 at *"Himling i beboerrom blir utført med ferdigmalt panel med synlige spikerhoder. I kontor, møterom, stuer og kjøkken blir det systemhimling pga tekniske føringsveier."*

- (25) Valgte leverandør hadde til Konkurranses grunnlaget punkt 2.28 beskrevet i prosjektforutsetningene i punkt 7 at *"Vi har valgt å ta med betongstein i stedet for tremmegulv på uteplasser i 1. etg. for å tilfredsstille ønske om vedlikeholdsvennlige konstruksjonsløsninger. Trevirke i/på gulv har uansett materialvalg, en begrenset levetid og krever forholdsvis mye vedlikehold"*.
- (26) Til kravet om tilrettelegging for takskinnesystem hadde valgte leverandør i punkt 2.7 beskrevet at det var lagt opp til et takskinnesystem med montering med feste i et smalt støtteben til vegg.
- (27) Til kravet om *"Statistiske beregninger tegninger mv."* hadde valgte leverandør i prosjektforutsetningene punkt 2.9. beskrevet at *"Seismiske/jordskjelv belastninger. Vi har innenfor den begrensede tiden som har stått til rådighet, ikke utført noen jordskjelvsberegning på bygget og har derved heller ikke hensyntatt dette i vårt tilbud. Etter vår vurdering er det liten sannsynlighet for at de seismiske laster blir dimensjonerende ved dette anlegget."*
- (28) I prosjektforutsetningen punkt 8 opplyste valgte leverandør at: *"NB! Det vises til referat fra anbudsbehandling av 10.02.2011 punkt 01.04 Entrepriseform – krav. Det er her bemerkt følgende "Det gjøres oppmerksom på at arbeidsmiljølovens krav til sengeplassering i forhold til pleiestilling foreløpig ikke er løst". Vi gjør her oppmerksom på at innenfor gitte tidsrom heller ikke har løst denne problemstilling eller hensyntatt dette i vårt tilbud."*
- (29) I e-post av 8. april 2011 ble valgte leverandør innkalt til et avklaringsmøte. Innklagede ønsket å avklare følgende punkter:
- *"Erfaringer med deres byggemetode (Ytong Siporex)*
 - o *referansebygg.*
 - *Oppbygging av takkonstruksjonen med tanke på punktlaster og takskinnesystemer.*
 - *Erfaringer med passivhuskonsept*
 - *Svømmebasseng, erfaringer med tilbudt basseng*
 - *Referansebygg*
 - *Rensesystem*
 - *Avfukting og ventilering*
 - *Oppvarming*
 - *Gjennomgang av energikilde.*
 - *Omlegging av eksisterende VA-anlegg.*
 - *Fremdrift*
 - *Evt.*

- (30) Av møtereferatet 12. april 2011 framgikk at hensikten med møtet var å avklare om tilbudet fra valgte leverandør var i samsvar med kravspesifikasjonene og at dersom ikke tilbudet samsvarte skulle det avvises, jf. forskriften § 11-11. Valgte leverandør skulle også melde tilbake hva som var lagt til grunn for *"TEK10 eller lavenergi"*. Det framgikk også at *"Innsendt fremdriftsplan fra NCC avviker fra konkurranse grunnlagets fremdrift og frister: Byggherre ber tilbyder bekrefte om konkurransegrunnlagets fremdrift og frister kan legges til grunn. Alternativt må avvisning vurderes"*. Det ble videre gjengitt i møtereferatet at: *"Vi minner om at dette var et avklaringsmøte, og ikke gir grunnlag for forhandling"*.
- (31) Valgte leverandør besvarte punktene i møtereferatet i e-post av 15. april 2011, og dette ble nedtegnet i møtereferatet. Det fremkom blant annet at *"Vi har i vårt tilbud lagt til grunn TEK 10 samt lagt til rette for bygging av lavenergihus – dvs. klasse B etter energiklassifiseringssystemet Byggene kan også leveres som lavenergihus forutsatt at den energien som byggherre leverer tilfredsstiller kravene til levert energi — den skal være fra fornybar energikilde mv. Det samme gjelder for så vidt alternativ med Passivhus hvor det også er krav til ren energi til dekning av det energibehov som fortsatt er nødvendig i huset. Dette er altså forhold som entreprenør ikke styrer da byggherre selv er ansvarlig for energileveranse til oppvarmingen av byggene. Vi har i vårt tilbud måttet legge til grunn at energileveransen er i henhold til de gjeldende krav."*
- (32) Til spørsmål om fremdriftsplan svarte valgte leverandør at *"Vi har lagt til grunn konkurransegrunnlagets fremdrift og frister i vårt tilbud."*
- (33) Av anskaffelsesprotokollen av 28. april 2011 framgikk at valgte leverandørs tilbud var det økonomisk mest fordelaktige tilbudet vurdert på grunnlag av tildelingskriteriene.
- (34) Ved brev fra Asker kommune 26. mai 2011 mottok tilbyderne melding om tildeling av kontrakt til valgte leverandør. I brev fra kommunen til klager av 30. mai 2011 framgikk at valgte leverandør i sitt tilbud ikke hadde *"medtatt beskrevet tegl og panel i korridor - og således priset sine forbehold med kr (...) og total sum i henhold til kriteriene ble 48 097 727, - eks MVA."*
- (35) Rådmannen innstilte i sitt saksframlegg i forbindelse med formannskapsbehandlingen 31. mai 2011 på at kontrakt ble tildelt valgte leverandør.
- (36) Det framgikk av innstillingen at:
- "På bakgrunn av den store prisforskjellen det er mellom laveste og nest laveste tilbyder og den store vektlegging pris er gitt i evaluering har rådmannen en helt klar anbefaling om å tildele totalentreprisekontrakten til NCC"*.
- "Hovedgrunnen til at NCC ligger vesentlig lavere enn de andre tilbyderne mener rådmannen må være at de har benyttet en annen prinsipiell byggemetode med Siporexelementer kledd utvendig med tegl og stående trepanel."*
- (37) Kontrakt mellom innklagede og valgte leverandør ble signert 27. juni 2011.
- (38) Klager brakte saken inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser (heretter benevnt klagenemnda) 25. november 2011.

Anførsler:***Klagers anførsler:***

- (39) Valgte leverandørs tilbud skulle vært avvist ettersom det er tatt en rekke forbehold mot minstekrav i konkurransegrunnlaget, alternativt som følge av uklarheter ved tilbudet som kan ha påvirket rangeringen i konkurransen, jf. forskriften § 20-13, 1. ledd e) og f) og lovens § 5.
- (40) Klager hevder at det ble stilt uttrykkelige minstekrav til materialvalg, utforming og andre forhold ved bygging og at valgte leverandør har tatt flere forbehold mot minstekravene. Dette gjelder valgte leverandørs byggemetode med Siporex-elementer, terrassegulv i betongstein, systemhimling, basseng, montasje med støtteben til vegg, manglende seismiske beregninger, ferdigstillelse i henhold til Arbeidstilsynets krav og forbehold dersom det ble påvist installasjoner i grunnen. Samlet sett og hver for seg innebærer forbeholdene at valgte leverandørs tilbud skulle vært avvist. Det er i alle tilfeller en saksbehandlingsfeil at innklagede ikke har vurdert den økonomiske konsekvensen av forbeholdene.
- (41) Det foreligger brudd på forhandlingsforbudet ved at innklagede gjennomførte møte med valgte leverandør 12. april 2011.
- (42) Innklagede har handlet i strid med innsynsreglene.

Innklagedes anførsler:

- (43) Klagers anførsler bestrides. Valgte leverandørs tilbud inneholdt ikke forbehold mot konkurransegrunnlaget og inneholdt heller ikke uklarheter som medførte avvisningsplikt etter forskriften § 20-13. Innklagede brøt ikke forhandlingsforbudet. Avklaringene av valgte leverandørs tilbud var i samsvar med forskriften § 21-1 (2). Innklagede overholdt innsynsreglene. Når det gjelder opsjonen på bassenget ble det opplyst på anbudsbeifaringen at opsjonen mest sannsynlig ikke ville bli benyttet, og at den ikke ville bli vurdert ved evalueringen av tilbudene. Dette ble også reflektert i et revidert prisskjema som ble sendt til tilbyderne.

Klagenemndas vurdering:

- (44) Klager har deltatt i konkurransen, og har saklig klageinteresse, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Konkurransen gjelder totalentreprise for prosjektet EF 0903 Borgenbråten – Omsorgsboliger og aktivitetshus som er en bygge- og anleggsanskaffelse. Anskaffelsens verdi er i kunngjøringen punkt II.2.1 estimert til mellom kroner 60 000 000 og kroner 80 000 000. I tillegg til lov om offentlige anskaffelser følger anskaffelsen etter sin opplyste art og verdi forskrift om offentlige anskaffelser av 7. april 2006 nr. 402 del I og del III jf. forskriften §§ 2-1 og 2-2.

Avvisning av valgte leverandørs tilbud

- (45) Klager anfører at valgte leverandørs tilbud inneholder en rekke avvik/forbehold, som både hver for seg og samlet må føre til avvisning av tilbudet etter forskriften § 20-13 (1) e eller f.

- (46) Etter forskriften § 20-13 (1) bokstav e, har oppdragsgiver plikt til å avvise tilbud når det inneholder vesentlige avvik fra kravspesifikasjonene i kunngjøringen eller konkurransegrunnlaget.
- (47) Etter ordlyden er det kun kvalifiserte avvik som gir avvisningsplikt etter forskriften §20-13 (1) bokstav e. Av klagenemndas praksis fremgår det at det ved denne vurderingen blant annet skal legges vekt på hvor stort avviket er, hvor viktig forholdet det avvikes fra er, og i hvilken grad et avvik vil kunne forrykke konkurransen, jf. blant annet klagenemndas saker 2008/58, 2009/12, 2011/350 og 2012/135. Klagenemnda har i en rekke tidligere avgjørelser funnet at avvik fra konkurransegrunnlagets minstekrav eller absolutte krav som hovedregel er å regne som et *"vesentlig avvik"*, jf. blant annet sakene 2009/73 premiss (37) og 2010/292 premiss (52). Dette er det samme som kommer til uttrykk i EU-domstolens avgjørelse i sak T-40/01, oppdragsgivere er *"always bound to ensure observance of the terms and conditions of the tender specifications, which they have freely chosen to make mandatory."* Klager har gjort gjeldende at en rekke av avvikene i valgte leverandørs tilbud utgjør avvik fra konkurransegrunnlagets minstekrav. Klagenemnda er ikke enig i dette. For de avvik som er påklaget i foreliggende sak, er ikke konkurransegrunnlaget utformet på en måte som gir uttrykk for at avvik ikke vil aksepteres.
- (48) Det er også grunn til å nevne at bygge- og anleggsarbeidet skulle utføres som en totalentreprise. Etter kontraktsinngåelse hadde leverandøren det fulle ansvaret for prosjekteringen. Det var presisert at leverandøren ville få ansvaret for all dimensjonering, herunder å forandre på oppgitte dimensjoner eller løsninger dersom det ved beregningen av konstruksjonene ble funnet grunn til å måtte gjøre dette.

Siporex-elementer

- (49) Spørsmålet er først om valgte leverandørs tilbudte byggemetode med Siporex-elementer må regnes som et avvik etter forskriften § 20-13 (1) bokstav e.
- (50) Klager anfører at bruk av Siporex-elementer er en metode som ikke samsvarer med kravene i konkurransegrunnlaget, og derfor må regnes som et avvik. Innklagede har imidlertid vist til at ingen av postene i konkurransegrunnlaget/kravspesifikasjonen stilte krav til hvilken byggemetode som skulle benyttes.
- (51) Kravene til utførelse som var oppgitt i kravspesifikasjonen gjaldt ikke bygningskonstruksjonen hvor siporexelementene skulle brukes. På denne bakgrunn kan det ikke utledes et krav om en spesiell byggemetode av kravspesifikasjonen, og valgte leverandørs tilbud basert på siporexelementer representerer derfor ikke et avvik. Klagers anførsel fører derfor ikke frem.
- (52) Når det gjelder bruken av pusset siporex innvendig er klagenemnda enig med klager i at valgte leverandørs tilbud på dette punkt representerer et avvik fra konkurransegrunnlaget. Dette kan imidlertid ikke anses vesentlig. Avviket relaterer seg til en relativt beskjeden del av anskaffelsen. Det ble også tilbudt utførelse med 22mm oljet panel for en angitt pris. Selv om heller ikke en slik utførelse var helt i samsvar med konkurransegrunnlaget, finnes ikke dette å representere et vesentlig avvik.

Lavenergibbygg

- (53) Klager anfører også at valgte leverandør heller ikke har tilbudt lavenergibygg. Konkurranses grunnlaget stilte som krav at *"Byggene kreves utført som lavenergibygg – energiklasse B og det ønskes opsjon på utførelse som passivhus"*. Klagers anførsel er basert på at valgte leverandør i sitt svar på spørsmål i avklaringsmøtet hadde oppgitt at *"Vi har i vårt tilbud lagt til grunn TEK 10 samt lagt til rette for bygging av Lavenergihus, dvs. klasse B etter energiklassifiseringssystemet"*.
- (54) Spørsmålet om det foreligger avvik må først og fremst vurderes ut fra tilbudet. Klager har for denne anførselen ikke vist til avvik i tilbudet. Formuleringen klager viser til er hentet fra referatet fra avklaringsmøtet. Etter klagenemndas syn må ordlyden forstås som et tilbud om lavenergibygg. Klagers anførsel fører derfor ikke frem.

Bruk av terrassegulv i betongstein

- (55) Spørsmålet blir så om det at valgte leverandør tilbød terrassegulv i betongstein på uteplasser i første etasje representerer et vesentlig avvik, jf. forskriften § 20-13 (1) bokstav e.
- (56) I konkurransegrunnlaget punkt 2.28 var det stilt krav om terrassegulv i *"tre av type Kebony furu eller tilsvarende produkt"*. Innklagede har vurdert at valgte leverandørs tilbud om gulv i betongstein ikke utgjorde et avvik i forhold til formuleringen i konkurransegrunnlaget. Grunnen er at terrassegulv i betong ville tilfredsstillе funksjonskravene til uteplassen i like stor grad som et tregulv og samsvarer med konkurransegrunnlaget Bok 1, punkt 2.20 om *"Funksjons- og kvalitetskrav"*. I følge innklagede er betonggulv og tregulv likeverdige med hensyn til levetid og kvalitet.
- (57) Ordlyden i konkurransegrunnlaget punkt 2.28 gir uttrykk for at det ikke var et krav om terrassegulv i Kebony furu, jf. *"tilsvarende"*. Det er likevel ikke helt klart om materialet kunne være noe annet enn tregulv. Konkurranses grunnlaget punkt 2.20 om *"Funksjons- og kvalitetskrav"* angav helt generelt at *"[b]eskrivelsen angir funksjons- og kvalitetskrav"*, og tilsier at tilbud som oppfyller oppdragsgivers vedlikeholdsvennlige kvalitetskrav vil kunne oppfylle konkurransegrunnlagets krav. Det er imidlertid ikke nødvendig å ta stilling til dette, da et eventuelt på avvik uansett ikke kan anses vesentlig. Leveransen av terrassegulv på uteplassene i første etasje er en svært liten del av den totale anskaffelsen, og avvik på dette punkt kan ikke anses vesentlig.
- (58) Tilbudet vedrørende terrassegulv i betongstein gav således ikke innklagede plikt til å avvise valgte leverandørs tilbud i henhold til forskriften § 20-13 (1) bokstav e. Klagers anførsel fører ikke frem.

Tilbud om "Systemhimling"

- (59) Klager hevder at valgte leverandørs tilbud avviker fra kravet i konkurransegrunnlaget punkt 2.26.4.3. om *"Fast gipshimling inkl. 25 % akustisk"* ved å tilby systemhimling, og dermed skulle vært avvist etter forskriften § 20-13 (1) e og f.
- (60) Innklagede har forklart at forskjellen på en fasthimling og en systemhimling i hovedsak er at for fasthimling skrues platene fast til et bæresystem av stålprofiler, og skjøtene sparkles før platene blir malt, og for systemhimling ligger platene løse i et bæresystem av stålprofiler slik at de kan flyttes eller tas ned.

- (61) Valgte leverandør tilbød systemhimling med malte gipsplater variert med gipsplater med perforering.
- (62) Grunnen til at valgte leverandør tilbød systemhimling var i tilbudet oppgitt å være tekniske føringsveier. Tilbudet basert på systemhimling gjorde det mulig å få tilgang til de tekniske føringsveiene. Når det gjelder kravet til akustikk, er dette av innklagede vurdert som tilfredsstillende, uten at klager har anført dette.
- (63) Tilbudet basert på systemhimling fremstår som en teknisk likeverdig løsning. Uansett utgjør også et avvik på dette punkt en beskjeden del av anskaffelsen, og kan ikke anses som vesentlig. Klagers anførsel fører derfor ikke frem.

Bruk av alternativt produkt når det gjelder basseng

- (64) Klager hevder at valgte leverandørs tilbud skulle vært avvist som følge av avvik fra konkurransegrunnlagets spesifikasjoner vedrørende opsjoner på basseng i aktivitetshuset, ved å innta i prosjektforutsetningene *"Vi gjør oppmerksom på at vi har valgt å gå inn med et alternativt produkt når det gjelder basseng. Vi har valgt en leverandør som heter Steelpool"*.
- (65) Valgte leverandørs tilbud avviker fra konkurransegrunnlagets spesifikasjoner. For spørsmålet om dette avviket er vesentlig fremgikk det av konkurransegrunnlaget Bok 0, punkt A.1. at det ikke var klart at det ville bli gitt tilstrekkelig finansiering og politisk godkjenning og at *"byggherre forbeholder seg derfor retten til å ta ut Aktivitetshuset med- og uten basseng av kontrakten dersom dette blir nødvendig"*. I tillegg ble det presisert under anbudsbeifaringen at bassengopsjonen ikke ville være en del av evalueringen. Videre fremgikk det av det reviderte prisskjemaet som ble sendt ut etter beifaringen at prisen på basseng ikke ville bli innberegnet i tilbudssummen i prissammendraget. Opsjonen på bassenget ville altså ikke være en del av tilbudsevalueringen, og dette var tilbyderne klar over. Avviket fra konkurransegrunnlaget kan da vanskelig anses *"vesentlig"* i relasjon til forskriften § 20-13 (1) bokstav e. Når avviket ikke ble evaluert kan det da heller ikke *"medføre tvil om hvordan tilbudet skal bedømmes i forhold til de øvrige tilbudene"*, jf. forskriften § 20-13 (1) bokstav f. Klagers anførsel fører derfor ikke fram.

Tilbud om montasje med støtteben til vegg

- (66) Valgte leverandørs tilbud om tilrettelegging av et takskinnesystem med veggfeste samsvarer ikke med konkurransegrunnlaget punkt 2.26.4.4. om at det skulle *"legges til rette for montering av treskinner i taket"*. Dette kan likevel ikke anses som et vesentlig avvik. Klagers anførsel har ikke ført fram.

Forbehold om seismiske beregninger

- (67) Klager anfører at valgte leverandør tok forbehold mot seismiske beregninger og at tilbudet derfor skulle vært avvist etter forskriften § 20-13 (1) bokstav f, fordi forbeholdet var av stor betydning.
- (68) Det fremgikk av konkurransegrunnlaget Bok 1 punkt 2.20 om *"Statistiske beregninger, tegninger mv"* at *"Totalentreprenøren har det fulle ansvar for all dimensjonering. Dersom totalentreprenøren ved sin beregning av konstruksjonen finner å måtte forandre på oppgitte dimensjoner eller løsninger, skal han snarest gjøre byggherren"*

oppmerksom på dette". I valgte leverandørs prosjektbeskrivelse punkt 2.9 var det imidlertid angitt at "Vi har innenfor den begrensede tiden som har stått til rådighet, ikke utført noen jordskjelvberegning på bygget og derved heller ikke hensyntatt det i vårt tilbud".

- (69) Innklagede vurderte ikke dette som et forbehold mot kontraktsvilkårene fordi det sammenfalt med innklagedes egen vurdering av at seismiske beregninger ikke var nødvendige eller relevante for prosjektet.
- (70) Konkurranses grunnlaget stiller ikke eksplisitte krav til jordskjelvberegninger for bygget. I den grad angivelsen av at jordskjelvberegninger ikke var utført kan forstås som et forbehold, har innklagede vurdert dette til ikke å være relevant eller nødvendig for prosjektet. Denne vurderingen fremstår fullt ut forsvarlig. Et eventuelt forbehold på dette punkt fører derfor ikke til avvisningsplikt i medhold av forskriften § 20-13 (1) bokstav f. Klagers anførsel har ikke ført fram.

Forbehold om Arbeidstilsynets krav til pleiestilling og sengeplassering.

- (71) Klager har anført at valgte leverandør tok et forbehold mot konkurranses grunnlagets krav i relasjon til *"arbeidstilsynets krav til pleiestilling og sengeplassering"*. Konkurranses grunnlaget stilte imidlertid ikke krav om at tilbudet skulle beskrive en ferdig løsning for Arbeidstilsynets krav, men forutsatte at dette skulle løses og innfris *"i samarbeid med byggherre/bruker"*. Konkurranses grunnlaget kan likevel forstås slik at en løsning på arbeidstilsynets krav skulle vært innkalkulert i tilbudet. I lys av prisforskjellen mellom tilbudene kan ikke dette ha endret rangeringen av tilbudene. At valgte leverandør ikke hadde hensyntatt dette i tilbudet medfører derfor ingen avvisningsplikt i medhold av forskriften § 20-13 (1) f. Valgte leverandørs tilbud skulle følgelig heller ikke vært avvist på dette grunnlag. Klagers anførsel har ikke ført fram.

Forbehold mot påvisning av installasjoner i grunnen

- (72) Av konkurranses grunnlaget Bok 1 punkt 2.21 om *"Grunn og fundament"* framgikk følgende:

"Ref geotekniske rapport (kapittel 10, vedlegg 1) for informasjon om grunnforholdene.

Det er antatt at det er tilstrekkelig å fundamentere bygget med enkel sålefundamentering. Bygget fundamenteres på en såle av grus — som ligger direkte på grunnfjellet.

Totalentreprenøren skal utarbeide plan for hvordan grunnarbeidene skal gjennomføres. Denne planen skal forelegges tiltakshaver for gjennomsyn i god tid før arbeidene påbegynnes. Det presiseres at all påvisning av installasjoner i grunnen er totalentreprenørens ansvar".

- (73) Klager har anført at valgte leverandør tok forbehold mot konkurranses grunnlaget på dette punkt. I tilbudet punkt 2.0 var det angitt at

"Vi legger til grunn en tradisjonell totalentreprisemodell i vårt tilbud. Dvs. at alle eventuelle på anbudstidspunktets ukjente forhold, ikke er inkludert i dette tilbud. Dvs. eventuelle fornminner, kabler og rør i grunnen som ikke er inntegnet/angitt i anbudsunderlaget eller i det offentlige kartverk, osv. ikke er hensyntatt i vårt tilbud."

- (74) Etter klagers oppfatning representerer dette et forbehold som kan få stor økonomisk betydning, og tilbudet skulle derfor vært avvist i medhold av forskriften § 20-13 (1) f.
- (75) Det er ikke helt klart hvordan Konkurranses grunnlagets angivelse av at *"all påvisning av installasjoner i grunnen er totalentreprenørens ansvar"* skal forstås. I NS 3431 punkt 8.2 fremgår det at *"Byggherren svarer for de opplysninger om grunnforholdene han gir totalentreprenøren. For øvrig har totalentreprenøren risikoen for forhold i grunnen med mindre han godtgjør at han ikke burde ha oppdaget dem eller tatt dem i betraktning"*. Bok 1 punkt 2.21 om *"Grunn og fundament"* lest i sammenheng med dette finnes mest nærliggende å forstå som en presisering av at prosjekteringen som vinneren av konkurransen skal utføre, var forventet å hensynta alle forhold i grunnen. Det var i den forbindelse antatt at det var tilstrekkelig å fundamentere bygget med enkel sålefundamentering.
- (76) Når valgte leverandørs tilbud leses i lys av dette, må formuleringen forstås slik at eventuelle ukjente forhold ikke er priset, og ikke egentlig som et forbehold mot kontraktsvilkårene. Heller ikke for dette forholdet er det holdepunkter for å legge til grunn at rangeringen av tilbudene kunne blitt endret. Tilbudet skulle derfor heller ikke på dette grunnlag vært avvist i henhold til forskriften § 20-13 (1) f. Klagers anførsel har ikke ført fram.

Alternativt tilbud

- (77) Valgte leverandørs tilbud er ikke inngitt som et alternativt tilbud, og klagers anførsel om at tilbudet skulle vært avvist på dette grunnlaget kan derfor ikke føre frem.

Prissetting av avvikene

- (78) Klager har anført at innklagede har brutt regelverket ved å ikke dokumentere at det er foretatt en prismessig konsekvens av samtlige avvik og forbehold i valgte leverandørs tilbud. Klagenemnda har ovenfor kommet til at det foreligger brudd for enkelte av de forhold som av innklagede ikke er vurdert som forbehold og avvik. Imidlertid finner ikke klagenemnda grunnlag for at en prissetting av disse ville medført en endring av rangeringen, da prisforskjellen mellom tilbudene var for stor. Innklagede har på tilstrekkelig måte redegjort for hvordan disse forholdene er vurdert. Som følge av dette kan heller ikke forholdene klager har anført samlet sett føre til avvisning. Klagers anførsel fører ikke frem.

Brudd på forhandlingsforbudet

- (79) Klager anfører at møtet innklagede gjennomførte med valgte leverandør 12. april 2011 utgjorde et brudd på forhandlingsforbudet. Klager er av den oppfatning at valgte leverandør fikk anledning til å uttale seg om forståelsen av tilbudet på en rekke punkter, samt oppgi nye referanseprosjekter og at selskapet dermed har hatt anledning til å endre sitt tilbud på en måte som har hatt betydning for utfallet av konkurransen.
- (80) Det følger av forskriften § 21-1 (1) at:

"Ved åpen og begrenset anbudskonkurranse er det ikke tillatt å endre tilbudene eller forsøke å endre tilbudene gjennom forhandlinger. Det er herunder ikke tillatt å endre pris, leveringstid eller andre forutsetninger som har betydning for konkurranseforholdet."

- (81) Etter forskriften § 21-1 (2) bokstav b er det adgang til følgende avklaringer av tilbudene:

"når det gjelder løsninger, arbeidsmetoder eller materialer som leverandøren selv foreslår, kan oppdragsgiver be leverandøren foreta utdypninger og klargjøringer om hvordan kravene i konkurransegrunnlaget vil bli ivaretatt".

- (82) Bakgrunnen for unntaket i bokstav b er at oppdragsgiver kan ha behov for å sette seg nærmere inn i tilbudet. Klagenemnda utalte i sak 2010/211 at bestemmelsen gav oppdragsgiver hjemmel til å innhente ytterligere og utdypende informasjon om egenskapene til et tilbudt produkt for å klargjøre om produktet var i samsvar med kravspesifikasjonen for anskaffelsen.
- (83) Som nevnt var det ikke et krav om en spesiell byggemetode for bygningskonstruksjonen. Innklagede har vist til at valgte leverandørs tilbud om bygging av Siporex-elementer var en løsning som innklagede hadde liten erfaring med og kjennskap til. dDet var følgelig behov for utdypende opplysninger om produktet for å klargjøre hvordan kravene i konkurransegrunnlaget skulle ivaretas. Referatet fra møtet viser også at det kun er foretatt en undersøkelse av hvorvidt konkurransegrunnlagets krav er oppfylt, og at det ikke har funnet sted en forhandling.
- (84) Klager påpeker at møtoreferatet om og valgte leverandørs svar knyttet til *"TEK10 eller lavenergi"* også innebærer brudd på forhandlingsforbudet. Innklagede har forklart at hensikten med spørsmålet knyttet til dette, ikke var for å bringe på det rene om tilbudet omfattet lavenergihus, men hvordan standardene ville bli oppfylt ved bygging av Siporex-elementer.
- (85) Slik nemnda forstår valgte leverandørs svar på dette, er dette en gjentakelse av valgte leverandørs prosjektbeskrivelse om at det kunne leveres både lavenergi- og passivhus. Nemnda kan ikke se at den øvrige informasjonen som gis er forhold som har gitt grunnlag for forhandling, men inngår i innklagedes behov for nærmere avklaring om hvordan kravene i konkurransegrunnlaget skulle oppfylles.
- (86) Klager anfører også at avklaringene i relasjon til fremdriftsplan innebærer et brudd på forhandlingsforbudet.
- (87) I konkurransegrunnlaget Bok 0, Del 2 punkt A.1.1 om fremdrift, var det oppstilt en *"enkel fremdriftsplan"* for prosjektet. Planlagt oppstart var mai/juni 2011, med ferdigstilling 1. oktober 2012. Det fremgikk også at endelig fastlegging av fremdriftsplan var avhengig av entreprenørens fremdriftsplan. Denne fremdriftsplanen skulle utarbeides senest fire uker etter *"bestillingsbrev"*, hvilket må forstås som fire uker etter kontraktsinngåelse. Det var altså ikke et krav til innlevering av fremdriftsplan sammen med tilbudet, men valgte leverandør gjorde likevel dette.
- (88) Konkurransegrunnlaget var svært lite detaljert når det gjaldt krav til fremdrift. Valgte leverandørs forutsetninger om fremdrift innebærer likevel enkelte presiseringer, men disse må anses å være innenfor rammene av konkurransegrunnlagets fremdriftsplan. Klagenemnda kan derfor ikke slutte seg til det som uttales om dette i møtoreferatet; *"[i]nnsendt fremdriftsplan fra NCC avviker fra konkurransegrunnlagets fremdrift og frister"*.

- (89) Valgte leverandør ble bedt om å bekrefte *"at konkurransegrunnlagets fremdrift og frister kan legges til grunn for tilbudet, alternativt må avvisning vurderes"*. Valgte leverandørs svar var at *"vi har lagt til grunn konkurransegrunnlagets fremdrift og frister i vårt tilbud"*. Etter klagenemndas syn må denne uttalelsen forstås som en bekreftelse på at fremdriftsplan inntatt i tilbudet var ment å være i henhold til konkurransegrunnlaget. Det vises til formuleringer "vi har lagt til grunn" som er en henvisning til tilbudet.

Innsyn/begrunnelsesplikt

- (90) Klagenemnda tar normalt ikke stilling til anførsler om brudd på regelverket grunnet unnlatt innsyn, jf. klagenemndas avgjørelse i sak 2012/103. Klager er også senere gitt innsyn. Klagenemnda tar derfor ikke stilling til klagers anførsel på dette punkt.

Konklusjon:

Asker kommune har ikke brutt regelverket om offentlige anskaffelser.

Bergen, 3. juni 2013

For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,

Tone Kleven