



Klagenemnda for offentlige anskaffelser

Klager deltok i en konkurranse med forhandling for inngåelse av kontrakt om oppføring av en flerbrukshall. Klagenemnda fant at innklagede hadde brutt forskriften § 11-8 ved ikke å føre reelle forhandlinger med klager, og forskriften § 11-11 (1) bokstav e ved å avvise klagers tilbud fra konkurransen.

Klagenemndas avgjørelse 2. juli 2012 i sak 2012/47

Klager: Hallutvikling AS

Innklaget: Nesset kommune

Klagenemndas medlemmer: Kai Krüger, Andreas Wahl og Jakob Wahl

Saken gjelder: Avvisning av tilbud, reelle forhandlinger.

Bakgrunn:

- (1) Nesset kommune (heretter kalt innklagede) kunngjorde 1. september 2011 en ett-trinns konkurranse med forhandling for inngåelse av kontrakt om totalentreprise for oppføring av en flerbrukshall.
- (2) Tildelingskriteriene fremgikk av konkurransegrunnlaget bok 0, punkt 6.4.4:

"6.4.4 Evalueringskriterier

I samsvar med konkurransegrunnlaget vil det bli foretatt utvelgelse av tilbydere for videre forhandling basert på grunnlag av leverandørens stilling og tekniske, økonomiske og finansielle kapasitet. Når det gjelder tekniske kvalifikasjoner vil forhold knyttet til faglig kompetanse, effektivitet, erfaring og pålitelighet bli vektlagt. Ellers vil entreprenørene bli vurdert i henhold til pris, løsninger og framdrift. På bakgrunn av denne evalueringen, vil det mest fordelaktige tilbud for Nesset kommune bli valgt.

Evalueringsmedlems varsel om hvem det skal innledes forhandlinger med og byggestart vil skje etter nærmere plan.

Byggearbeidene forutsettes igangsatt når nødvendige godkjenninger og avtale foreligger.

*Bygningsarbeidene er forventet ferdigstilt til **01.11.2012**.*

Entreprenøren skal oppgi byggetid som en del av tilbudet."

- (3) I konkurransegrunnlaget bok 1, punkt 01 "Generell orientering" var det gitt følgende opplysninger om prosjektet:

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

"Nesset kommune ønsker å bygge en ny flerbrukshall vis-à-vis Eidsvåg barne- og ungdomsskole (EBUS). Hallen skal lokaliseres på ledig tomt vest for ungdomsskolen og bygges i tilknytning til eksisterende gymnastikkfløy ved Eidsvåg barne- og ungdomsskole.

Hallen med to etasjer inneholder en spilleflate (23x44m), klatrevegg, tribune, garderober/sosiale rom, lager, teknikkrom og heis. Hallen skal oppføres i nøktern god standard med god driftsøkonomi.

Oppdragsgiver for prosjektet er Nesset kommune og prosjektet skal gjennomføres som en totalentreprise. Tilbyder skal forestå all planlegging og gjennomføring av prosjektet innenfor den avsatte tidsramme basert på foreliggende materiale.

Totalentreprenør skal utarbeide et komplett tilbud på ny flerbrukshall med de forutsetninger som denne kravspesifikasjonen gir. Det foreligger tegninger på hallen utformet av Arkitektkontoret BBW A/S. I forbindelse med byggingen av hallen skal det tas hensyn til skole- og idrettsdriften som umiddelbare naboer av byggetomten. Tilbyder plikter å orientere seg om stedlige forhold på forhånd, ved befaring av tomten, kontakt med myndigheter eller på annen måte.

*Hallen skal være en klassisk flerbrukshall for hele kommunen og primært tilfredsstillende behovet for idrettsfunksjonell aktivitet (gjennom kommunens skoler og idrettslag), for trim- og aktivitetsgrupper og for ulike kulturarrangementer. Hallens spesifikasjoner skal baseres på tilbudsspesifikasjonen, samt KKD's veiledere for flerbrukshaller. **Hallen skal tilfredsstillende alle krav for godkjenning i kulturdepartementet og for maksimalt tilskudd fra spillemidlene.** Tilbudsspesifikasjonen er gjeldende foran KKD's veileder for flerbrukshaller.*

Hallen er allerede forhåndsgodkjent (med merknader) av Kulturdepartementet. Oppfølging/reviderte tegninger sendes til Kulturdepartementet av Nesset kommune før byggestart for å fornye forhåndsgodkjenning. Entreprenør skal bistå med nødvendig underlag, (dokumentasjon iht. departementets retningslinjer) til søknaden."

- (4) Konkurranses grunnlaget bok 1 punkt 2.3 var en beskrivelse av utførelsen av de forskjellige rommene i bygget. Herfra hitsettes punkt 2.3.6:

"2.3.6 Vestibyle ved tilslutning til eksisterende gymsal

Fliser på gulv med flis sokkel mot vegg. Tilknytning, utforming og fargevalg av materialer for gulv, vegg og himling i forhold til eksisterende bygning."

- (5) Av tegningene vedlagt konkurranses grunnlaget fremgikk det at hallen skulle bygges med tilknytning og gangforbindelse til den eksisterende gymsalen ved Eidsvåg skole. I tegningene var det, der bygningene ikke var knyttet til hverandre, lagt inn seks meters avstand mellom flerbrukshallen og eksisterende bygg.
- (6) Frist for å levere tilbud i konkurransen var 21. oktober 2011 kl. 12.00. Blant leverandørene som leverte tilbud innen fristen var Hallutvikling AS (heretter kalt klager). I tilbudsbrevet fremgikk at klager i tillegg til å gi tilbud på hallen som var angitt i konkurranses grunnlaget til en totalpris på 40 226 238 kroner også tilbød en enklere flerbrukshall levert for 29,5 millioner kroner eksklusive mva.

- (7) 25. november 2011 sendte innklagede først en e-post til klager med tittelen *"Nessethallen / forhandlinger"*. Sammen med e-posten oversendte innklagede avisartikkelen *"Gir ikke opp hall"*, og i e-posten fremgikk at innklagede *"[v]iser til telefonsamtalen med vedlagt avisartikkel. Den interessante del står på side 2"*. I avisartikkelen fremgikk det at innklagede hadde et maksimalt budsjett til denne anskaffelsen på kroner 41,5 millioner eksklusive mva. Senere samme dag sendte innklagede en e-post til klager med tittelen *"Nessethallen / forhandlinger / prisoversikt"*. Her fremgikk følgende:

"Hei igjen!

Vedlagt fil tager utgangspunkt i de 41,5 millioner, som er nevnt i avisartikkelen.

God helg."

- (8) Sammen med e-posten oversendte innklagede et prisskjema der det fremgikk diverse kostnadsposter for bygging av flerbrukshallen. I skjemaet var det i to kolonner opplyst hvilke kostnader som var stilt opp for de ulike postene i søknaden om forhåndsgodkjenning som var sendt KKD og prisene i klagers opprinnelige tilbud. I tillegg var det en kolonne kalt forhandlinger som endte med en totalpris på 41,5 millioner. Her var det fylt ut enkelte poster som tok utgangspunkt i faste satser fra totalprisen, slik som mva., prisregulering og reserver/forventede tillegg. Kostnadene til oppføring av selve bygget var det opp til klager å fylle ut, innenfor en ramme på 25 803 801 kroner, som sammenlagt med de forhåndsutfylte postene ville utgjøre totalbeløpet på 41,5 millioner kroner.
- (9) Klager besvarte e-posten 29. november 2011. I svaret fremgikk følgende:

"Takk for informasjon!

Viser til vårt opprinnelige tilbud av 19.10.2011 hvor vi har tilbudt alternativ hall til 29,5 mill. ekskl. mva. Beklageligvis ble det en trykkfeil her – 29,5 millioner er summen inklusive mva. Se vedlagte utfylte tilbudsskjema hvor hovedposter for alternativ hall er fylt inn.

Ut fra det jeg leser i avisartikkelen tolker jeg det slik at politikerne jobber for å kunne finansiere opp 41,5 millioner for et forenklet prosjekt.

Med denne avklaringen mener vi å ha presentert et alternativ som vil være økonomisk gunstig.

Vi ønsker derfor å stille i forhandlingsmøte med dere.

NB! Hvis det ønskes endringer i våre tegninger kan dette tas opp i møtet eventuelt prises i forkant av møtet hvis mulig.

Vi imøteser Deres tilbakemelding."

- (10) Innklagede besvarte henvendelsen 30. november 2011:

"Hei Stein

Viser til din e-post fra i går.

La oss snakke om saken hurtigst mulig!

I tillegg er nedenstående informasjon sendt ut til alle tilbyderne som dagens status quo:

Endringer i konkurransegrunnlaget:

Endringene i konkurransegrunnlaget tar hensyn til byggherrens ønsker om besparelser på nåværende tidspunkt og byggherrens ønske om en flerbrukshall med utgangspunkt i opprinnelig planløsning – som vist i konkurransegrunnlaget.

Saksbehandling:

Det skal skrives sak til kommunestyremøtet som holdes på torsdag den 08.12.2011. Dersom prosjektet blir vedtatt av kommunestyret inngås der intensjonsavtale innen den 20.12.2011.

Frist:

Siste frist for innlevering av revidert tilbud er:

Mandag, den 05.12.2011 kl. 15.00."

- (11) I endringene til konkurransegrunnlaget som var vedlagt e-posten fremgikk blant annet følgende i dokumentet "Bok 1 endringer i konkurransegrunnlaget 20111130":

<i>"Kap.</i>	<i>Konkurransegrunnlaget</i>	<i>Endringer</i>	<i>Bemerkninger</i>	<i>Status</i>
<i>2.</i>	<i>Bygning</i>			
<i>2.1</i>	<i>tegninger / forprosjekt fra BBW</i>	<i>ny aksesystem, endret arkitektur, endret plassering på tomten</i>		$\pm$
	<i>Prosjektering: krav til branntekniske tiltak; brannvurdering, sprinkleranlegg</i>	<i>minimum 8m avstand til eksisterende bygninger</i>	<i>ingen sprinkleranlegg</i>	$\pm$ "

- (12) Klager leverte revidert tilbud datert 6. desember 2011. I e-posten der klager oversendte tilbudet fremgikk det at klager hadde fått utsatt fristen for å levere revidert tilbud fra 5. til 6. desember 2011. I tilbuds brevet fremgikk følgende:

"Viser til tidligere oversendt tilbud av 19.10.2011 samt til e-post fra Dere av 30.11.2011 med tilhørende dokument "Bok 1 endringer i konkurransegrunnlaget 20111130".

Vi har gått igjennom dokumentet med våre underentreprenører og kommet til at vi kan tilby hallen for kr. 27.228.744,- ekskl. mva.

Se vedlagte tilbudsskjema.

Under pkt. 2.1 er det forutsatt at forbindelsen mellom svømmehall og ny flerbrukshall utgår ved at yttervegg (klatrevegg) i hall føres rettlinjet mot akse F+.

I det reviderte tilbudet ligger også endret fundamentering fra hel plate til sålefundamentering.

Viser også til tilbud oversendt pr. e-post av 29.11.2011 som vi oppfordrer dere til å vurdere.

Vi håper tilbudet er av interesse og ser frem til å høre fra dere."

- (13) Innklagede meddelte klager om valg av tilbud ved brev 13. desember 2011. Fra brevet hitsettes:

"Byggekomiteen har i møte mandag den 12.12.2011 vurdert reviderte tilbud. Frist for levering av reviderte tilbud var 05.12.2011.

I alt har byggekomiteen vurdert fem reviderte tilbud og en revidert alternativ løsning som nedenfor:

[...]

Alle tilbud og alternative løsninger er gjennomgått og alle tilbydere har vært invitert til avklaringsmøter/tilbudsforhandlinger. Det er gjennomført møter med Lønnheim Entreprenør AS, Nettet Bygg A/S, Christie og Opsahl AS og Kleive Betongbygg A/S i uke 47 og 48/2011.

Byggekomiteens innstilling:

*Byggekomiteen har enstemmig besluttet å velge **Lønnheims alternative løsning** som det mest fordelaktige tilbud for Nettet kommune. På bakgrunn av dette har Nettet kommune til hensikt å innlede kontraktsforhandlinger med **Lønnheim Entreprenør AS**. Konkurransen anses herved som avsluttet.*

Begrunnelse:

*Det vises til evalueringskriteriene i **Bok 0 punkt 6.4.4** i konkurransegrunnlaget.*

Lønnheims alternativ løsning ble evaluert i henhold til pris og løsninger i dens helhet som det mest fordelaktige. Som ytterlig kriterium har byggekomiteen vurdert Lønnheims referanser med hensyn til bygging av flerbrukshaller som fordelaktig for prosjektets gjennomføring.

Lønnheims alternative løsning tar utgangspunkt i konkurransegrunnlagets planløsning. Konkurransesgrunnlagets romprogram er oppfylt i tilbudt alternativ løsning. Kravene i forhold til konkurransegrunnlaget og seneste endringer er ivaretatt. Tilknytningen til eksisterende bygningsmasse skjer etter samme konsept som vist i konkurransegrunnlagets planløsning.

Innsigelsesfrist:

Innsigelsesfrist for ovenstående beslutninger senest fredag den 23.12.2011 kl. 12:00. Innsigelsen skal begrunnes skriftlig."

- (14) I e-post samme dag stilte klager flere spørsmål til innholdet i meddelelsesbrevet. Det ble for det første fremholdt at klagers tilbud hadde lavest pris, og spurt om det var manglende tilknytning til eksisterende bygg som var grunnen til at klager ikke ble innstilt som vinner av konkurransen. Videre ble det stilt spørsmål om forhandlingene

med øvrige tilbydere i ukene 47 og 48 ble avholdt på grunnlag av opprinnelig tilbud, eller om de øvrige tilbyderne allerede hadde mottatt informasjonen klager fikk i e-post 30. november 2011, og hvorfor klager ikke ble innkalt til forhandlinger på bakgrunn av sine tilbud datert 29. november 2011 og 6. desember 2011.

- (15) Innklagede besvarte henvendelsen ved e-post 19. desember 2011. Herfra hitsettes følgende:

"Det opprinnelige tilbud fra Hallutvikling AS oppfylte kravene i konkurransegrunnlaget. Dette tilbudet hadde imidlertid en pris som oversteg kommunens budsjetttramme. Budsjetttrammen på 41,5 millioner kroner ble opplyst alle tilbydere samtidig som det ble invitert til forhandlingsmøter, jf. også telefonsamtaler og e-post til Hallutvikling AS av 25. november 2011.

Hallutvikling AS ga ikke umiddelbar tilbakemelding på invitasjon til forhandlingsmøte, men innga revidert tilbud datert 29. november 2011 som skulle danne grunnlag for videre forhandlinger. Dette tilbudet hadde imidlertid ikke tatt utgangspunkt i kravet om tilknytning til eksisterende bebyggelse, jf. konkurransegrunnlagets bok 1 punkt 0.1 "Generell orientering". Kommunen fant det ikke i samsvar med kravet til likebehandling i lov om offentlige anskaffelser (LOA) § 5 å vurdere det reviderte tilbud fra Hallutvikling AS, og dette dannet følgelig heller ikke grunnlag for ytterligere forhandlinger.

Til tross for ovennevnte fikk Hallutvikling AS mulighet til å inngi ytterligere ett revidert tilbud, jf. e-post fra Nettet kommune v/undertegnede datert 30. november 2011. E-posten ble sendt samtidig til alle tilbydere. Det fremgår av e-posten at det reviderte tilbud skal ta utgangspunkt i diverse endringer i konkurransegrunnlaget, men i opprinnelig planløsning.

Hallutvikling AS innga revidert tilbud datert 6. desember 2011. Dette tilbudet var konkurransens laveste i pris. Heller ikke dette tilbudet hadde imidlertid tatt utgangspunkt i kravet om tilknytning til eksisterende bebyggelse, og dannet følgelig heller ikke grunnlag for ytterligere forhandlinger.

På bakgrunn av ovennevnte og vedlagte notat anses det å være gjennomført forhandlinger med Hallutvikling AS i henhold til anskaffelsesregelverket, og Nettet kommune finner ikke grunnlag for å endre sin tildelingsbeslutning.

I notatet fra vår advokatforbindelse punkt 2.4 siste avsnitt, konkluderer advokatfirmaet Øverbø, Standal & Co med at begge de reviderte tilbud fra Hallutvikling AS skal avvises. Det bes om eventuelle merknader til dette forhold innen 31. desember 2011."

- (16) I brev 21. desember 2011 hadde klager blant annet følgende kommentarer til innklagedes e-post og det medfølgende notatet fra innklagedes juridiske rådgiver:

"Etter å ha lest e-post og notat fra advokat er det etter vårt syn noen vesentlige punkter som må avklares. Disse er:

Forbindelse til eksisterende bygg:

Med bakgrunn i "opprinnelig planløsning" mener dere at vårt tilbud ikke danner grunnlag til forhandling / skal avvises siden vi i vårt tilbud av 06.12.2011 har presisert at forbindelsen med eksisterende bygg utgår.

Viser til Deres e-post av 30.11.2011 hvor det står at det skal tas utgangspunkt i opprinnelig planløsning. Vedlagt denne e-post var et dokument kalt "Bok 1 endringer i konkurransegrunnlaget 20111130" som skulle danne grunnlag for revidert tilbud. I dette dokumentet under punkt 2.1 er det angitt at det pga. branntekniske tiltak skal legges opp til endring ved at det skal være "minimum 8 m avstand til eksisterende bygninger". Dette indikerer helt klart at forbindelsen til eksisterende bygg blir brutt. I vårt tilbud av 06.12.2011 angir vi hvordan dette er tenkt utført. Hadde utførelsen av dette vært selvforklarende hadde vi trolig droppet denne kommentaren. Med bakgrunn i ovennevnte vil vi tro at andre tilbydere trolig også har fjernet denne forbindelsen uten at det kanskje er sagt noe om dette i sitt tilbuds brev. Vi ber dere sjekke dette.

Forhandlinger

Vi fikk 2 e-poster fra kommunen 25.11.2011 hvor det i overskriften står "Nessethallen / forhandlinger" uten at det er sagt noe mer om forhandlinger. I tillegg ble det nevnt i telefonsamtale at vi bare kunne stikke innom. På dette var vårt svar at vi forventet å bli innkalt til forhandlingsmøte. Viser også til NS8410 (Regler for anskaffelser til bygg og anlegg ved konkurranse med forhandlet prosedyre) hvor det i pkt. 6.4.1 angis at oppdragsgiveren innkaller til forhandlinger. Ser at det ikke var lagt inn tid til forhandlinger fra innlevering av reviderte tilbud 05.12.2011 og til skriving av sakspapirene til kommunestyremøtet 08.12.2011. At vi som tross alt hadde det beste tilbudet prismessig ikke blir innkalt til forhandlinger finner vi svært underlig."

- (17) I sitt svarbrev 13. januar 2012 fastholdt innklagede at klager var innkalt til forhandlingsmøte basert på sitt opprinnelige tilbud. Det ble videre opplyst at de forhandlinger det var henvist til i meddelelsesbrevet kun innebar en formalisering av innklagede og valgte leverandørs kontraktsforhold basert på konkurransegrunnlaget og det vinnende tilbudet.
- (18) Klager klaget til innklagede i brev 19. januar 2012. Her henviste klager til at innklagede i overskriften til brev 13. januar 2012 hadde benyttet formuleringen "avvisning av tilbud", men at klager mente at selskapets tilbud i henhold til meddelelsen om valg av leverandør ikke var avvist fra konkurransen. Det ble fremholdt at dersom innklagede ønsket å avvise klagers tilbud fra konkurransen, skulle klager ha mottatt en begrunnet tilbakemelding om dette før meddelelse om valg av leverandør ble sendt ut. Videre mente klager at spørsmålet om hva som lå i kravet om åtte meters avstand mellom hallen og eksisterende bygninger burde vært avklart gjennom forhandlinger, og at endringene i konkurransegrunnlaget av 30. november 2011 var så omfattende at det også burde vært forhandlet på bakgrunn av de reviderte tilbudene som ble levert på bakgrunn av endringene. I denne sammenheng ble det også henvist til at klagers tilbud datert 6. desember 2011 hadde den laveste prisen av de reviderte tilbudene, og at klager i forhandlinger ville ha priset tilknytningen til eksisterende bygg. Klager mente at tilbudet selv med prising av tilknytningen til eksisterende bygg ville hatt lavere pris enn valgte leverandørs tilbud.

- (19) Innklagede fastholdt sin tildelingsbeslutning i brev 26. januar 2012. I brev 31.01.2012 ga innklagede en "[r]edegjørelse for avvisning av tilbud – flerbrukshallen i Nesset". Herfra hitsettes:

"Nesset kommune har gjennom konkurransegrunnlagets tegninger og beskrivelse vist en flerbrukshall med en forbindelse mellom eksisterende bygg og ny flerbrukshall. Denne forbindelsen bidrar blant annet til at den nye flerbrukshall får tilgang til et styrketreningsrom (i eksisterende gymsal) og muliggjør å søke om maksimalt tilskudd fra Kulturdepartementet. Denne løsning (forbindelsen mellom ny hall og eksisterende bygg) er forhåndsgodkjent av Kulturdepartementet. Etter spørsmål fra en av tilbyderne 15.09.2011 ble Kulturdepartementets forhåndsgodkjenning datert 23.12.2010, lagt ut på Doffin som supplement til konkurransegrunnlaget.

Hallutvikling AS har i sitt reviderte tilbud datert 06.12.2011, et vesentlig forbehold. "Under pkt 2.1 er det forutsatt at forbindelsen mellom svømmehall og ny flerbrukshall utgår ved at yttervegg (klatrevegg) i hall føres rettlinjet ut mot akse F+". Det var ikke lagt med nye plantegninger. Nesset kommune forstår Hallutviklings forbehold slik at forbindelsen mellom ny hall og eksisterende gymsal utgår. Dette får følgende konsekvenser:

Styrketreningsrom har ikke lenger adkomst direkte fra hallen

Sosialt rom 122 og 202 utgår delvis

Frittstående hall

Dette er et betydelig avvik fra konkurransegrunnlagets tegninger og beskrivelse samt Kulturdepartementets forhåndsgodkjenning, og tilbudet skal derfor avvises jfr. FOA § 11-11 1e).

Forholdet medfører også tvil om hvordan tilbudet skal bedømmes og tilbudet skal derfor avvises jfr. FOA § 11-11 1f).

I det reviderte tilbudet datert 06.12.2011 viser Dere også til tilbud oversendt per e-post av 29.11.2011. Deres alternative planløsning tilfredsstiller ikke kravene gitt i konkurransegrunnlaget samt Kulturdepartementets 2 sentrale veiledere ("Bestemmelser om tilskudd til anlegg for idrett og fysisk aktivitet – 2011" og "Flerbrukshaller – planlegging, bygging, drift og vedlikehold") for å oppnå maksimalt tilskudd om spillemidler. Alternativ planløsning medfører også dårligere tribunekapasitet, dårligere adkomst til tribune og søppelrom er ikke angitt. Alternativt tilbud fra Dere er derfor avvist.

Nesset kommune håper denne redegjørelsen bidrar til at Dere får en større forståelse for byggekomiteens valg om å avvise Deres tilbud. Dersom noe skulle vært gjort annerledes, ser vi at Dere skulle fått beskjed om at revidert tilbud var avvist på et tidligere tidspunkt samt begrunnelsen for avvisningen."

- (20) Klager brakte saken inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser (heretter kalt klagenemnda) ved brev 14. februar 2012.
- (21) I e-post 10. april 2012 informerte innklagede klagenemnda om at kommunen vil avvente kontraktsinngåelse til nemnda har behandlet saken.

- (22) Klagenemndas sekretariat avviste i brev 6. juni 2012 saken fra behandling i nemnda fordi sekretariatet mente at klagers anførsler klart ikke kunne føre frem.
- (23) Klager påklaget denne beslutningen til klagenemndas leder ved brev 8. juni 2012.
- (24) I brev 15. juni 2012 ga klagenemndas leder klager medhold i klagen over sekretariatets avvisningsbeslutning, og sendte saken tilbake til sekretariatet for behandling i nemnda. Fra klagenemndas leders avgjørelse hitsettes følgende:

"Under behandlingen av spørsmålet om det ble ført reelle forhandlinger mellom partene, konstaterte sekretariatet at det foreligger en faktisk uenighet mellom disse. Det var på det rene at innklagede hadde hatt formelle forhandlingsmøter med de øvrige tilbyderne, men ikke med klager. En viss e-postkommunikasjon hadde det vært mellom partene. Det forelå imidlertid ikke dokumentasjon som gav grunnlag for å avgjøre tvisten, og sekretariatet avviste anførselen om at det ikke var ført reelle forhandlinger som uhensiktsmessig for behandling i nemnda, jf. klagenemndsforskriften § 9.

Nemndas leder har intet å bemerke til denne avgjørelsen. Men så skriver sekretariatet videre:

"Klagenemndas sekretariat bemerker at det følger av kravene til gjennomsiktighet og etterprøvbarhet i loven § 5 at oppdragsgiver må kunne dokumentere hvordan anskaffelsesprosessen har vært gjennomført. I klagenemndas sak 2007/134 uttalte klagenemnda at "Kravene til etterprøvbarhet og gjennomsiktighet i lov om offentlige anskaffelser § 5 innebærer at oppdragsgiver skal føre skriftlig og utfyllende referat forhandlingene der disse gjennomføres på en annen måte enn ved et møte mellom partene. Sekretariatet går imidlertid ikke nærmere inn på dette, da klager ikke har anført at innklagede har brutt kravene til gjennomsiktighet og etterprøvbarhet i loven § 5."

Sekretariatet går i denne uttalelsen langt i å antyde at klager kunne hatt et godt grunnlag for en klage på et noe annet grunnlag enn at det ikke har vært ført reelle forhandlinger, nemlig at innklagede ved sin manglende dokumentasjon av påståtte forhandlinger har brutt kravene til gjennomsiktighet og etterprøvbarhet i lovens § 5. Leder vil i den forbindelse bemerke at det er en så nær forbindelse mellom klagers anførsel om at det ikke har vært ført reelle forhandlinger og innklagedes manglende dokumentasjon for sin påstand om det motsatte, at det kan synes nærliggende å forstå anførselen som å gjelde begge deler. Derved burde sekretariatet også ha tatt under behandling spørsmålet om innklagede har brutt kravene til gjennomsiktighet og etterprøvbarhet."

Anførsler:

Klagers anførsler:

- (25) Innklagede har brutt forskriften § 11-11 (1) bokstav e ved å avvise klagers tilbud fra konkurransen, ettersom klagers tilbud ikke avvek fra konkurransegrunnlaget. I endringer til konkurransegrunnlaget punkt 2.1 opplyste innklagede at kommunen av branntekniske grunner ønsket minimum åtte meters avstand mellom flerbrukshallen og eksisterende bygg. Klager fjernet derfor i sitt reviderte tilbud 6. desember 2011 gangforbindelsen mellom hallen og eksisterende bygg. Dersom gangforbindelsen ikke ble fjernet, ville det

for deler av byggene ikke vært noen avstand. Opplysningen i e-post 30. november 2011 om at innklagede ønsket en hall med utgangspunkt i opprinnelig planløsning kan ikke forstås slik at det klart fremgikk at kravet om tilknytning til eksisterende bygg fortsatt gjaldt.

- (26) Når innklagede mente at gangforbindelsen skulle beholdes, til tross for at avstanden mellom byggene skulle økes, burde innklagede ha avklart dette i forhandlinger, og gitt klager mulighet til å prise gangforbindelsen.
- (27) Innklagede har brutt forskriften § 11-13 (1) ved at avvisningen av klagers tilbud har skjedd for sent, da innklagede ikke avviste tilbudet før etter at det var gitt innstilling for valg av tilbud.
- (28) Innklagede har brutt forskriften § 11-8 ved ikke å gjennomføre forhandlinger. Innklagede hevder det er gjennomført forhandlinger, men klager oppfatter ikke å ha vært i forhandlinger. Det vises til at det er uforståelig for klager at selskapet ikke ble innkalt til forhandlinger på bakgrunn av revidert tilbud 6. desember 2011, ettersom klagers tilbud da hadde lavest tilbudspris. Det er ikke riktig at klager skulle melde tilbake til innklagede om klager ønsket å stille i forhandlingsmøte. På spørsmål om forhandlinger fikk klager beskjed fra innklagede om å bare stikke innom. Klager ga da muntlig beskjed om at dette på grunn av geografiske forhold var vanskelig, og at klager forventet å bli innkalt til forhandlingsmøte.
- (29) Klager ber om at klagenemnda uttaler seg om hvorvidt vilkårene for å kreve erstatning for den positive eller negative kontraktsinteressen er oppfylt.

Innklagedes anførsler:

- (30) Innklagede har ikke brutt forskriften § 11-11 (1) bokstav e ved å avvise klagers tilbud fra konkurransen. Klagers tilbud avvek fra et absolutt krav i konkurransegrunnlaget om tilknytning til eksisterende bygg. Det var både i konkurransegrunnlaget bok 1 punkt 01 "*Generell orientering*" og i relevante tegninger stilt et absolutt krav om at tilbudte løsninger skulle ha tilknytning til eksisterende bygg. Etter innklagedes mening er det klart at kravet til åtte meters avstand mellom hallen og eksisterende bygg i endringene til konkurransegrunnlaget ikke gjaldt selve tilknytningspunktet. Det fremgår av e-post 30. november 2011 at reviderte tilbud skulle ta utgangspunkt i endringer i konkurransegrunnlaget, men at bygget skulle ha samme planløsning som angitt i opprinnelig konkurransegrunnlag. I det opprinnelige konkurransegrunnlaget fremgikk det at hallen skulle ha seks meters avstand til eksisterende bygg. Kravet til avstand var således formulert på samme måte som i endringene til konkurransegrunnlaget.
- (31) Innklagede erkjenner at kommunen optimalt burde ha avvist klagers reviderte tilbud på et tidligere stadium i konkurransen, jf. forskriften § 11-13 (1). Etter forskriften § 11-11 (1) bokstav e hadde imidlertid innklagede plikt til å avvise klagers reviderte tilbud også etter tildelingsbeslutningen.
- (32) Innklagede har ikke unnlatt å gjennomføre forhandlinger. Innklagede forhandlet med klager om selskapets opprinnelige tilbud. I telefonsamtale om innkalling til forhandlingsmøte, ga klager uttrykk for at selskapet ville tenke over om det var ønskelig å stille til forhandlingsmøte og gi tilbakemelding på dette uken etter. I e-post 30.

november 2011 ga innklagede også uttrykk for at innklagede og klager måtte snakke sammen så snart som mulig, og det ble etter dette gjennomført en telefonisk ajourføring med klager. Ettersom innklagede hadde plikt til å avvise begge klagers reviderte tilbud, var det ikke grunnlag for å forhandle om disse. Innklagede bemerker at det ikke ble ført forhandlinger med noen tilbydere etter at fristen for å levere reviderte tilbud løp ut 5. desember 2011

Klagenemndas vurdering:

- (33) Klager har deltatt i konkurransen, og har saklig klageinteresse, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Anskaffelsen gjelder totalentreprise for oppføring av en flerbrukshall som er en bygge- og anleggsanskaffelse med CPV-kode 45000000. Anskaffelsens verdi er i anskaffelsesprotokollen punkt 1.4 anslått til 20,25 millioner kroner på kunngjøringstidspunktet. 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 II, jf. forskriften §§ 2-1 (2) og 2-2.
- (34) Innledningsvis bemerkes at klagenemnda forstår klagers anførsler dithen at disse gjelder opprinnelig tilbud på hallen datert 19. oktober 2011 og revidert tilbud datert 6. desember 2011, og at tilbudet på en alternativ hall, først fremsatt i tilbudet 19. oktober 2011 og korrigert i e-post 29. november 2011, ikke er omfattet av anførslene. Nemnda vil derfor i det følgende kun behandle anførslene knyttet opp mot opprinnelig tilbud og revidert tilbud datert 6. desember 2011.

Avvisning av klagers tilbud inngitt 6. desember 2011

- (35) Av brev 31. januar 2012 fremgår det at innklagede har avvist klagers tilbud inngitt 6. desember 2011 med hjemmel i forskriften § 11-11 (1) bokstavene e og f, fordi klagers tilbud ikke oppfylte krav i konkurransegrunnlaget om at flerbrukshallen skulle ha tilknytning til eksisterende bygg. I e-post av 19. desember 2011 uttalte innklagede at kommunens advokatforbindelse i notat hadde konkludert med at begge klagers reviderte tilbud skulle vært avvist, altså både det reviderte alternative tilbudet inngitt 29. november 2011 og det reviderte hovedtilbudet inngitt 6. desember 2011. Innklagede ba videre klager om eventuelle merknader til dette innen 31. desember 2011. Spørsmålet her blir om avvisningen av klagers tilbud inngitt 6. desember 2011 er rettmessig.
- (36) Når det gjelder forskriften § 11-11 (1) bokstav f, følger det av bestemmelsens ordlyd at denne kun gjelder for anbudskonkurranser. Ettersom foreliggende sak gjelder en konkurranse med forhandling, får bestemmelsen ikke anvendelse, og innklagede hadde dermed ikke hjemmel i denne bestemmelsen til å avvise klagers tilbud.
- (37) Etter forskriften § 11-11 (1) bokstav e har oppdragsgiver plikt til å avvise et tilbud som *"inneholder vesentlige avvik fra kravspesifikasjonene i kunngjøringen eller konkurransegrunnlaget"*.
- (38) For å vurdere om innklagede hadde hjemmel i denne bestemmelsen til å avvise klagers tilbud, må klagenemnda først ta stilling til hvorvidt klagers tilbud avvek fra kravspesifikasjonen.
- (39) Klager og innklagede er enige i at konkurransegrunnlaget, slik det opprinnelig var utformet, stilte krav om at det skulle være en forbindelse mellom flerbrukshallen og

eksisterende bygg. Klagers opprinnelige tilbud av 19. oktober 2011 oppfylte dette kravet. I klagers reviderte tilbud basert på endringene i konkurransegrunnlaget datert 30. november 2011, var imidlertid forbindelsen mellom flerbrukshallen og eksisterende bygg fjernet. Det avgjørende spørsmålet for hvorvidt klagers tilbud avvek fra konkurransegrunnlaget er om konkurransegrunnlaget, etter endringene 30. november 2011 fortsatt måtte forstås slik at det skulle være forbindelse mellom hallen og eksisterende bygg.

- (40) I endringene til konkurransegrunnlaget punkt 2.1 fremgikk det om prosjektering og krav til branntekniske tiltak at det skulle være *"minimum 8m avstand til eksisterende bygninger"*. Klager mener dette måtte forstås slik at det skulle være minimum åtte meters avstand mellom hallen og eksisterende bygg på alle punkter. Innklagede på sin side mener endringen må tolkes slik at kravet til åtte meters avstand gjaldt de deler av hallen som ikke var forbundet med eksisterende bygg.
- (41) Ordlyden i endringene til konkurransegrunnlaget punkt 2.1 er ikke klar når det gjelder hvilket av de to nevnte tolkningsalternativene som må anses som mest nærliggende. Ved tolkningen er det også relevant å se hen til øvrige opplysninger som er gitt av innklagede i forbindelse med endringene. I e-posten 30. november 2011, hvor innklagede oversendte endringene til klager, fremgikk det at endringene i konkurransegrunnlaget tok hensyn til innklagedes ønske om *"en flerbrukshall med utgangspunkt i opprinnelig planløsning – som vist i konkurransegrunnlaget"*. Som det fremgår over, er partene enige om at det opprinnelig var stilt krav om tilknytning til eksisterende bygg. Dette fremgikk blant annet tydelig av tegningene av hallen som var lagt med konkurransegrunnlaget. Av tegningene fremgikk det også at det, der flerbrukshallen ikke var knyttet til eksisterende bygg, skulle være en avstand på seks meter mellom byggene. På bakgrunn av dette er det naturlig å forstå endringen i konkurransegrunnlaget punkt 2.1 dithen at den kun innebar en økning på 2 meter i avstanden mellom de delene av flerbrukshallen og eksisterende bygg som ikke var tilknyttet hverandre. Klagenemnda finner på denne bakgrunn at konkurransegrunnlaget også etter endringene 30. november 2011 måtte forstås slik at hallen skulle ha forbindelse til eksisterende bygg, og at klagers reviderte tilbud av 6. desember 2011 derfor inneholdt et avvik fra kravspesifikasjonen.
- (42) Det neste spørsmålet er om avviket i klagers tilbud må anses som vesentlig. Om et avvik fra kravspesifikasjonen må anses som vesentlig beror på en konkret vurdering i det enkelte tilfellet. Ved vurderingen må det blant annet *"ses hen til hvor viktig forholdet det avvikes fra er, og i hvilken grad et avvik vil kunne forrykke konkurransen"*, jf. klagenemndas saker 2008/58 premiss (46) og 2009/12 premiss (39). I sakene uttales det videre at *"[d]er oppdragsgiver uttrykkelig har benevnt et forhold som et minstekrav, vil vilkåret i alle fall som et klart utgangspunkt være oppfylt"*.
- (43) Kravet om tilknytning til eksisterende bygg er ikke uttrykkelig benevnt som et minstekrav i konkurransegrunnlaget. Det fremgikk imidlertid tydelig av tegningene som var vedlagt konkurransegrunnlaget at hallen skulle ha tilknytning til eksisterende bygg. I brev 31. januar 2012 fremgår det at fjerningen av forbindelsen til eksisterende bygg i klagers tilbud medførte at styrketreningsrom ikke lenger ville ha adkomst direkte fra hallen, og at to sosiale rom delvis ville utgå fra planløsningen. Dette innebærer at planløsningen i hallen klager tilbød ikke ville bli slik som forutsatt i konkurransegrunnlaget, og at hallen dersom klagers tilbud ble valgt ville miste noen av sine funksjoner. Ut fra de opplysningene klager har gitt i saken, kan det videre legges til

grunn at det å utelate forbindelsen til eksisterende bygg ga klager mulighet til å tilby hallen til en lavere pris enn dersom forbindelsen hadde vært opprettholdt. Det vises i denne sammenheng til at den delen av hallen som var tilknyttet eksisterende bygg ikke ville bli bygget, noe som antakelig ville føre til lavere kostnader for klager i forbindelse med oppføringen, og klagers anførsel om at selskapet skulle fått anledning til å prise gangforbindelsen. Klagenemnda finner på bakgrunn av dette at avviket må anses som vesentlig, og innklagede hadde da i utgangspunktet plikt til å avvise klagers reviderte tilbud av 6. desember 2011 med hjemmel i forskriften § 11-11 (1) bokstav e.

- (44) Klager har videre anført at dersom gangforbindelsen til eksisterende bygg skulle beholdes, til tross for innklagedes nye opplysning om at avstanden mellom flerbrukshallen og eksisterende bygg skulle være 8 meter, skulle innklagede ha gjennomført forhandlinger og gitt klager anledning til å prise gangforbindelsen ved å inngi revidert tilbud
- (45) Ved gjennomføringen av en konkurranse med forhandling har oppdragsgiver plikt til å føre reelle forhandlinger med tilbyderne. I klagenemndas sak 2008/136 premiss (94) uttalte nemnda følgende om denne plikten:

"I en konkurranse med forhandling har oppdragsgiver plikt til å føre reelle forhandlinger med leverandørene. Av dette kan det imidlertid ikke utledes noen plikt for oppdragsgiver til å påpeke alle sider av leverandørenes tilbud som kan forbedres, jf. klagenemndas saker 2003/105, 2008/123 premiss (46) og FAD Veileder s. 182. Klagenemnda har likevel tidligere kommet til at det kan foreligge plikt til å påpeke et forhold dersom det vil bli tillagt vesentlig eller avgjørende betydning i den etterfølgende tildelingsevalueringen, jf. klagenemndas saker 2005/218 premiss (33) og 2008/123 premiss (47). Innklagede kan også ha plikt til å påpeke et forhold som i den etterfølgende tildelingsevaluering har vært av betydning i disfavør av klager, spesielt når klager og valgte leverandør ellers ligger svært likt og forholdet dermed kan bli utslagsgivende, jf. klagenemndas sak 2008/123 premiss (47)."

- (46) Som det fremgår av det siterte, innebærer plikten til å føre reelle forhandlinger at det kan foreligge plikt for oppdragsgiver til å påpeke forhold som vil bli tillagt vesentlig eller avgjørende vekt ved evalueringen av tilbudene. Ettersom forskriften § 11-11 (1) bokstav e medfører plikt til å avvise tilbud som etter gjennomføringen av forhandlinger inneholder vesentlige avvik fra kravspesifikasjonen, er det etter klagenemndas mening naturlig at oppdragsgiver ved gjennomføringen av forhandlingene har plikt til å påpeke slike avvik, da dette vil ha avgjørende betydning for leverandøren.
- (47) I foreliggende sak var klagers opprinnelige tilbud av 19. oktober 2011 i samsvar med konkurransegrunnlaget. Det var først i klagers reviderte tilbud av 6. desember 2011 at det var avvik. Før innleveringen av de reviderte tilbudene i konkurransen, hadde innklagede gjort omfattende endringer i konkurransegrunnlaget for å få redusert byggekostnadene.
- (48) Klagenemnda bemerker at det er i strid med regelverket for offentlige anskaffelser å foreta vesentlige endringer i konkurransegrunnlaget, jf. forskriften § 8-2 (1). Dersom oppdragsgiver inngår kontrakt på bakgrunn av et vesentlig endret konkurransegrunnlag, kan dette bli ansett som en annen kontrakt enn den kunngjorte, og dermed en ulovlig direkte anskaffelse. Klagenemnda går imidlertid ikke nærmere inn på dette, da påstand om dette ikke er omfattet av klagers anførsler.

- (49) Det fremgår av innklagedes e-poster 25. og 30. november 2011 at grunnen til endringene i konkurransegrunnlaget var at innklagede ikke hadde tilstrekkelige midler til å finansiere en flerbrukshall basert på det opprinnelige konkurransegrunnlaget. Endringene hadde, slik faktum foreligger ikke vært diskutert i forhandlingene med klager. Innklagede har heller ikke dokumentert at det ble gjennomført forhandlinger med klager forut for at endringene i konkurransegrunnlaget ble sendt ut til tilbyderne. På bakgrunn av de relativt store endringene som ble gjort i konkurransegrunnlaget, hadde oppdragsgiver plikt til å gjennomføre nye forhandlinger med tilbyderne etter levering av de nye tilbudene. Klagenemnda finner på denne bakgrunn at innklagede har brutt forskriften § 11-8 ved å ikke forhandle med klager på bakgrunn av tilbudet klager leverte 6. desember 2011, og herunder påpeke at klagers tilbud avvek vesentlig fra kravspesifikasjonen.
- (50) Ettersom innklagede skulle ha forhandlet med klager på bakgrunn av tilbudet klager leverte 6. desember 2011, og latt klager rette feilen i tilbudet, har innklagede også brutt forskriften § 11-11 (1) bokstav e ved å avvise klagers tilbud fra konkurransen.
- (51) På bakgrunn av det resultat klagenemnda har kommet til, finner klagenemnda ikke grunn til å behandle klagers øvrige anførsler.

Konklusjon:

Neset kommune har brutt forskriften § 11-8 ved å ikke gjennomføre reelle forhandlinger med klager.

Neset kommune har brutt forskriften § 11-11 (1) bokstav e ved å avvise klagers tilbud fra konkurransen.

Klagers øvrige anførsler er ikke behandlet.

Bergen, 2. juli 2012

For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,

Andreas Wahl