



**Klagenemnda
for offentlige anskaffelser**

Innklagede gjennomførte en åpen anbudskonkurranse for anskaffelse av rehabilitering av vann og avløp. Klager ble først tildelt kontrakt, men tildelingen ble senere omgjort og klager ble avvist. Klagenemnda fant at innklagede hadde brutt forskriften § 13-3 (4) ved å avvise klager, da innklagede ikke hadde påvist at det forelå feil ved den første vurderingen av klagers kvalifikasjoner og tilbud.

Klagenemndas avgjørelse 18. mars 2013 i sak 2013/14

Klager: Unimaskin AS

Innklaget: Rana kommune

Klagenemndas medlemmer: Kai Krüger, Siri Teigum, Jakob Wahl

Saken gjelder: Endring av tildelingsbeslutning, avvisning av leverandør, avvisning av tilbud

Bakgrunn:

(1) Rana kommune (heretter kalt innklagede) kunngjorde 16. november 2012 en åpen anbudskonkurranse for anskaffelse av rehabilitering av vann og avløp i gate Langneset. Tilbudsfrist var i kunngjøringens punkt IV.3.4 angitt til å være 18. desember 2012. CPV-kode for hovedanskaffelsen var angitt til 45231111.

(2) Det fremgikk følgende under punkt II.2.1 vedrørende kontraktens omfang:

"Prosjektet omfatter ca 690 m vannledning, ca 440 m overvannsledning, ca 440 m spillvannsledning, 12 nye vannkummer, 15 nye spillvannskummer, 15 nye overvannskummer og 10 nye sandfang. I tillegg vil det omfatte stikkledninger, overvannsledninger fra sandfang, betongkantstein og asfaltering vei og fortau."

(3) Av kunngjøringen fremgikk det under punkt IV.2 at tildelingskriteriet var laveste pris.

(4) Det fremgikk av konkurransegrunnlaget punkt 01 "Generelle innledende tekster" under "Teknisk beskrivelse" at den tekniske beskrivelsen var basert på NS 3420 utgave 4 (201201) med veiledning. Det fremgikk at "[k]odene til de spesifiserende tekstene viser til de bestemmelser i standardene som gjelder for de enkelte delprodukter".

(5) Følgende fremgikk av konkurransegrunnlaget punkt F.3.2 "Avvik fra konkurransegrunnlaget og alternative løsninger":

"Forbehold og anmerkninger som tilbyderer gjør i teksten eller i mengde-fortegnelsen uten å omtale dem konkret i tilbudsbrevet, anses som ugyldige.

Selv om det gis tilbud på alternative løsninger, må det også gis tilbud på de løsninger som fremgår av tilbudsbeskrivelsen.

Alternative løsninger må dokumenteres med tegninger og beskrivelser."

- (6) Under konkurransegrunnlagets punkt F.4 "Kvalifikasjonskrav" var det blant annet stilt følgende krav til tilbydernes kompetanse:

<i>"Formelle og tekniske kvalifikasjoner"</i>	<i>Dokumentasjon som skal leveres</i>
<i>[...]</i>	
<i>Tilbyderen skal ha kompetanse som er tilstrekkelig for utførelse av de beskrevne arbeidene</i>	<i>Referanseliste for relevante sammenlignbare prosjekter siste 3 år. Referanselisten skal inneholde:</i> <i>• Byggeprosjektets navn og sted</i> <i>• Byggherre og referanseperson</i> <i>• Kontraktssum</i> <i>• Kortfattet beskrivelse, entrepriseform etc.</i> <i>• Firmaets prosjektorganisasjon</i> <i>Tilbyderen skal levere med organisasjonsplan for prosjektet og levere med CV for tilbudt nøkkelpersonell (anleggsleder og bas(er))</i> <i>Tilbyder skal legge ved liste over tilgjengelig personell."</i>

- (7) Under konkurransegrunnlaget punkt G.1 "Generelle kontraktsbestemmelser" fremgikk det at NS 8406 "Forenklet norsk bygge- og anleggskontrakt" 1.utg 01.07.09, gjaldt med enkelte tilføyelser og endringer.
- (8) I konkurransegrunnlaget var det angitt en rekke poster, hvor tilbyderne skulle angi pris og sum. Under post 02.02.1.10 var det vist til FV3.11111A. Graveskråning var satt til 1:1, og det fremgikk at grunnforhold var "[l]øsmasser". Under 02.02.1.10 fremgikk grøftedybde 3 meter på en samlet lengde 41 meter.
- (9) Innklagede kunngjorde endringer i anskaffelsen i Doffin 22. november 2012. Innklagede har opplyst at endringene ble foretatt fordi innklagede oppdaget at den første postbeskrivelse om uttak for "løsmasser" måtte endres siden uttaket omfattet stein og derfor forutsatte sprengningsarbeid. Innklagede har forklart at endringen medførte endring av mengde i post 02.02.1.10.1 (omtalt som graving av grøft (løsmasser)) og i tillegg en helt ny post 02.02.1.11 for "kombinert fjell og løsmasser". Mengden på grøft bestående av løsmasser med dybde 3 meter var i opprinnelig grunnlag 41 meter. I den reviderte masseberegningen ble mengden for grøft med løsmasser (endret post 02.02.1.10) redusert til 11 meter. De 30 meterne som ble fjernet ble plassert i ny post 02.02.1.11, med NS 3420-henvisning til FV3 11191A.
- (10) For den reviderte post 02.02.1.10 var beskrivelsen i post 02.02.1.10 endret ved at samlet lengde på grøftedybde tre meter for grunnforhold angitt som "løsmasser" nå var redusert fra 41 meter til 11 meter.

- (11) Den nye post 02.02.1.11 med NS3420-kode FV3.11191A gjaldt for grøft med kombinasjon av løsmasser og fjell i lengde 30 meter sålydende:

"FV3.11191A

GRØFT - UTTAK OG UTLEGGING

Omfang: Inkludert opplegging

Utførelse: Uavstivet

Graveskråning: Fjell: 5:1, løsmasser 1:1

Levering: Eksterne masser

Lokalisering: Langneset V16-V17

Formal: Grøft VA-ledninger.

VL PE100 DN315

Grunnforhold: Kombinert fjell og løsmasser

Restriksjoner: ikke relevant

Bunnbredde: 1m

Grøftedybde: se underposter

Krav til tilbakefylling: Fundament: 15cm fraksjon 11-16.

Sidefyllingbeskyttelseslag; fraksjon 11-16

Krav til komprimering. ikke relevant"

- (12) Innklagede har lagt ved et utdrag fra NS 3420 utgave 4 201201. Av utdraget fremgår at FH2.2 omhandler "[p]igging av berg". Under FV3 "Grøfter – uttak og utlegging" fremgår det at FV3 omfatter "graving, sprengning, opplasting eller opplegging av masser, samt tilbakefylling (fundament, omfylling og gjenfylling) av uavstivet eller avstivet grøft." Videre fremgår at dette består av følgende delprodukter/ytelser:

"F82 Av taking av vekst jord;

FD2.1 Graving av grøft;

FF5.1 Rensk av bergoverflaten før sprengning;

FH1.1 Sikkerhetstiltak ved sprengning;

FH1 5 Sprengning av grøft;

FVS Vannhåndtering - komplett;

FS3 l Utlegging i grøft."

- (13) Innen fristen mottok innklagede tre tilbud, herunder fra Unimaskin AS (heretter kalt klager), og Øijord & Aanes Entreprenørforretning AS (heretter kalt valgte leverandør).
- (14) Klagers tilbudspris var kroner 11 207 729, 23 eks. mva. Innklagede har opplyst at klagers opplysninger om referanser ble gitt i tilbudsbrevet, hvor det fremgår at:

"Av referanseprosjekter nevnes.

Va Fageråsen-etappe 1 oppdragsgiver Rana Kommune anbudsum 5,7 mill

Kontaktperson Berit Karlstad Rana Kommune

Va Klokkehagen-Furumogata oppdragsgiver Rana Kommune Anbudsum 5,4 mill

Kontaktperson Berit Karlstad Rana Kommune."

- (15) Den øvrige etterspurte dokumentasjonen i relasjon til kvalifikasjonskravet fremgikk som vedlegg til klagers tilbud. Klager hadde ikke uttrykkelig dokumentert kompetanse på sprengningsarbeid.
- (16) Klagers tilbud var basert på kravspesifikasjonen slik den var før endringen av 22. november 2012. Klager hadde derfor ikke gitt pris for post 02.02.1.11. Videre var post 02.02.1.10 prissatt på bakgrunn av en mengde på 41 meter, og ikke 11 meter som i den endrede kravspesifikasjonen.
- (17) Tilbyderne ble først meddelt at klager ville tildeles kontrakt ved brev datert 2. januar 2013. Det fremgikk av anskaffelsesprotokollen at klagers tilbud var *"gitt i hht forespørsel med merknader og korreksjoner gitt over"*, og at *"[d]et er ikke forhold ved tilbudet som forrykker rekkefølgen i tilbudene."* Klagers tilbudspris var nå korrigert til kroner 11 287 829, som er kroner 80 098 høyere enn prisen som fremgikk av klagers tilbud. Klagers tilbudspris var etter korrigeringen kroner 394 301 lavere i pris enn tilbudet fra Øijord & Aanes Entreprenørforretning AS, som var det nest billigste tilbudet.
- (18) Klager ble ved brev fra Norconsult AS av 15. januar 2013 meddelt at klager ble avvist, etter klage fra valgte leverandør. Klagen var vedlagt, og i klagen ble det blant annet vist til at det fremgikk av Norconsults anbudsinnstilling at klager manglet post for *"sprengning og fjellgrøft (post 02.02.11.01)"*. Det ble hevdet at *"[d]enne feilen er forsøkt kompensert ved at man har redusert Unimaskins pris på post for graving av grøft (post 02.02.10.01) iht mengdeproduksjonen, samt at man har lagt til den høyeste innskutte prisen på den manglende posten for sprengning av fjellgrøft"*.
- (19) Fra avvisningsbeslutningen av 15. januar 2013 hitsettes følgende:

"Det vises til konkurransereglene i Forskrift om offentlige anskaffelser, § 11-11 regel 1 og 2 – Avvisning på grunn av forhold ved tilbudet.

Tilbudsdokumentet fra Unimaskin er ikke basert på siste versjon av forespørselens masseberegning. Den eneste forskjellen mellom den leverte versjonen og siste versjon er poster for fjellgrøft i post 02.02.10 og ny post 02.02.11.

Unimaskin AS har ikke dokumentert kompetanse på sprengningsarbeid i egen organisasjon eller ved underentreprenør. Det er således ikke dokumentert at Unimaskin AS har kompetanse på de "beskrevne arbeider" slik som konkurransegrunnlagets kvalifikasjonskrav oppstiller krav om.

En leverandør som ikke oppfyller kvalifikasjonskravet i en konkurranse, skal avvises etter § 11-10 (1) bokstav a.

Norconsult AS er derfor enig i klagen mht, at det foreligger en plikt til å avvise Unimaskin AS fra konkurranse, annullere tildelingsbeslutningen og tildele kontrakt til den leverandøren som har et gyldig tilbud med den laveste pris i konkurransen.

På vegne av byggherren avvises tilbudet fra UNIMASKIN as."

- (20) Klager sendte klage på avvisningen ved brev datert 23. januar 2013.
- (21) Innklagede avviste klagen ved brev datert 4. februar 2013. Det ble vist til at klager var avvist etter forskriften § 11-10 (1) bokstav a, da kvalifikasjonskravet til kompetanse ikke var dokumentert oppfylt.
- (22) Saken ble brakt inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser ved klage datert 13. februar 2013.
- (23) Innklagede bekreftet ved e-post 18. februar 2013 at kontraktsinngåelse ville avventes til klagenemnda hadde behandlet saken.
- (24) Klager har vedlagt et teknisk notat fra Norges Geotekniske Institutt (NGI) til Statens Forurensningstilsyn, vedrørende prosjekt om "[m]iljøvennlig spunting og sprengning". NGI var bedt om å gjøre en vurdering av anvendelsespotensialet for støysvake spuntmetoder, samt å vurdere ekspanderende mørtel som et alternativ ved sprengning og pigging i fjell. Følgende hitsettes fra side 6:

"Pigging

Pigging av fjell er en metode som i følge rapport fra Kilde Akustikk blir brukt i stadig større omfang. I følge Kilde Akustikk er denne metoden ikke mindre støyende enn tradisjonell boring. Pigging brukes gjerne i forbindelse med mindre anlegg, og der hvor det stilles strenge krav til sikkerhet, slik at sprengning er uønsket.

En mulig årsak til at pigging blir mer bruk, spesielt ved små prosjekt, er at alternativet med sprengning krever sprengningssertifikat. Ved sprengning er det en risiko ved at man kan få steinsprut og ukontrollerbare rystelser. I tillegg har større maskiner gjort piggingen mer effektiv. Til sist er det også en endring i utbyggingsmønsteret. Bygging skjer nå oftere tett inntil eksisterende bygning.

Resultatet av pigging er meget avhengig av type fjell og hvilken erfaring og bakgrunn maskinisten har. Dersom maskinisten kjenner fjellet og sprekkmønsteret, kan piggingen være meget effektiv. I motsatt fall kan maskinisten pigge på samme sted i flere timer uten å få ut fjell i det hele tatt.

Det vanligste alternative til pigging er sprengning. Kilde Akustikk har oppgitt at pigging koster ca. 60-130 kr/m³, og at boring/sprengning koster ca. 25-50 kr/m³.

Nedenfor er det satt opp en tabell som viser en oversikt over når de ulike drivemetodene er aktuelle:

Tabell 1 Uttak av fjell. Aktuelle metoder

	0 – 5 m ³	10 – 50 m ³	> 100 m ³
Aktuelle metoder	- Pigging - Eksp. mørtel	- Pigging - Sprengning	- Sprengning

- (25) Innklagede har i relasjon til notatet forklart at "mengden fjell som skal fjernes iht til massebeskrivelsen estimeres til 90 – 150 m³ (3-5 m³ pr meter i en 30 m lang grøft). Dette viser alene at man trolig befinner seg utenfor de tilfeller hvor pigging er en egnet metode." Videre er det vist til at innklagede ikke kjenner til de nærmere grunnforholdene, og at det ikke er gitt opplysninger i anbudsdokumentene om hvilken type fjell som er i grunnen. I relasjon til prisangivelsen i notatet har innklagede anført at:

"I notat fra SFT (klagen bilag 11, s. 62) fremgår det at pigging koster ca. 60-130 kr. m³ og at sprenging koster ca. 25-50 kr/m³. Dette betyr at valg av pigging/meisling i verste fall kan gi enhetspriser som ligger fem ganger så høyt som enhetspriser på sprenging (130 kr. / 25 kr = 5,2). Dersom dette forholdstallet legges til grunn, vil prisen på post 02.02.1.11 kunne få betydning for rangeringen av tilbudene. Som nevnt ovenfor var det oppgitt enhetspriser på opp til kr. 4000 på denne posten. Med en enhetspris fem ganger så høy, vil rekkefølgen bli forskjøvet.

Siden det ikke er opplysninger i tilbudet fra Unimaskin AS om hvordan arbeidene i post 02.02.1. 11 skal utføres, kan det ved evalueringen heller ikke utelukkes metoden med ekspanderende mørtel. I notat fra SFT (klagen bilag 11, s. 61) fremgår det at det trengs 0,45 kg med sprengstoff for å bryte ut en kubikkmeter med fjell og at prisen på 0,45 kg sprengstoff er ca. 15 kroner. Tilsvarende trengs det 20 kg med ekspanderende mørtel for å bryte ut en kubikkmeter med fjell. Kostnadene for 20 kg med mørtel angis å være ca. 160 kr. Dette medfører at den manglende posten i tilbudet fra Unimaskin AS i verste fall kan være en enhetspris som ligger ti ganger så høyt som enhetsprisene oppgitt på sprenging. Med en slik evaluering vil også mangelen kunne medføre forrykking av rekkefølgen."

Anførsler:

Klagers anførsler:

Avvisning av klager

- (26) Klager anfører å være urettmessig avvist på grunn av manglende dokumentasjon av kompetanse på sprengning, jf. forskriften § 11-10 (1) bokstav a. Arbeidet avvisningen knyttes til utgjør en svært begrenset andel av det totale arbeidet. Fjellgrøften som er det aktuelle tvistetema er 30 meter lang og 1 meter bred, og utgjør økonomisk sett 0,7 % av det aktuelle anbudet. Det fremgår verken av det første eller det korrigerte konkurransegrunnlaget at det stilles krav til sprengningen med dynamitt ved utførelse av oppdraget. Kravet er så sentralt og avgjørende og måtte fremgått allerede av

kunngjøringen for å kunne tillegges avgjørende vekt, jf. forskriften § 13-2 (2). En naturlig forståelse av kunngjøringen og konkurransegrunnlaget var at innklagede ønsket dokumentasjon for kompetanse knyttet til den aktuelle typen arbeid med VA-gate.

- (27) Det finnes ingen bransjeforståelse om at en 30 meter kombigrøft med løsmasser og noe fjell skal sprenges med dynamitt. Klager er heller ikke enig i at innklagede gjennom henvisningen til NS 3420 punkt FV3 har stilt krav til sprengning med dynamitt og derigjennom krav til å sende inn sertifikater på sprengningskompetanse. Det var også vist til NS 3420 punkt FV3 i det første anbudsdokumentet, hvor det ikke var angitt noe fjell som kunne sprenges. Klager har aldri hatt til hensikt å utføre sprengningsarbeider med dynamitt. Arbeidet skulle utføres gjennom meisling/pigging, som antas å være mer hensiktsmessig og mer kostnadseffektivt, da de beskrevne arbeider skal utføres i et boligområde med barnehage i umiddelbar nærhet. Kompetanse vedrørende pigging har enhver maskinfører med fagbrev. Utstyr til pigging inngår som en naturlig del av utstyret til en gravemaskin.

Avvisning av klagers tilbud

- (28) Klager bestrider at klagers tilbud skulle vært avvist. Klager bekrefter å ikke ha priset en post på 30 meter grøft. Klager har priset inn 41 meter ordinær grøft, og har ikke priset inn ekstra for at 30 meter av denne grøften kan inneholde fjell. Post 02.02.1.11 er innkalkulert i post 02.02.1.10.1 og forskriften § 12-2 kommer til anvendelse. Dermed er det fortsatt det innleverte tilbudet fra klager, uten innklagedes korrigeringer, som skal legges til grunn for vurdering av tilbud.
- (29) Forhandlingsforbudet i forskriften § 12-1 skal sikre likebehandling av leverandørene og forutberegnelighet. Endringene som er utført av innklagede skaper ingen manglende forutberegnelighet og har ikke gitt klager mulighet for å spekulere i uklarheter ved tilbudet, jf. Rt.2003 side 1531. Justeringsbeløpet utgjør en uvesentlig del av tilbudet, og tilbudet fra klager medførte ingen tvil om hvordan tilbudet skulle bedømmes i forhold til de øvrige tilbudene. Endringen medfører ingen endring i rangeringen av de ulike tilbydere. Klager kan uansett ikke holdes ansvarlig for korrigeringer innklagede har foretatt i tilbudet, og det synes merkelig om klager skulle avvises på grunn av eventuelle feil begått av innklagede.

Innklagedes anførsler:

Avvisning av klager

- (30) Innklagede anfører at klager må avvises, jf. forskriften § 11-20 (1) bokstav a. Det er ikke gitt opplysninger eller på annen måte dokumentert at klager har den nødvendige kompetansen til å utføre de arbeidene som er beskrevet i post 02.02.1.11. Gjennom dokumentasjonskravet var det fullt mulig å dokumentere kompetanse på sprenging, noe de andre leverandørene i konkurransen har gjort.
- (31) En naturlig bransjeforståelse av post 02.02.1.11 er at arbeidene krever sprengning. Ordlyden lest i lyst av NS 3420 pkt. FV3 tilsier også at de aktuelle arbeidene skal utføres med sprengning, og kvalifikasjonskravet omfatter derfor sprengningsarbeider. Når det gjelder NS-kode FV3 er det beskrivelsen av grunnforholdene som er avgjørende for om delytelsen sprenging er omfattet av posten i den konkrete entreprisen. Det fremgår dermed av konkurransegrunnlaget at fjellgrøften skal sprenges og ikke pigges, og kompetanse på pigging kan derfor ikke erstatte kompetanse på sprengning. Klager

har ikke dokumentert kompetanse på sprengning, og oppfyller dermed ikke kvalifikasjonskravet. Sprengning er den klart rimeligste måten å utføre grøftarbeidene på, og det var derfor et bevisst valg å benytte seg av NS-koden for sprengning.

- (32) Uansett må post 02.02.1.11 tolkes slik at der kreves kompetanse på en eller annen metode for å utføre grøftarbeider hvor det er fjell i grunnen. I klagers tilbud er det verken dokumentert, eller gitt opplysninger om, at selskapet har kompetanse på meisling/pigging eller andre metoder for fjerning av fjell. Dette er opplysninger klager er kommet med etter at selskapet ble avvist, og kan ikke vektlegges ved evalueringen av kvalifikasjonskravene. Konkurranses grunnlaget åpner heller ikke for alternative tilbud, og et tilbud med en utførelse som avviker fra kravspesifikasjonens beskrivelse, ville blitt avvist § 11-11 (1) bokstav c.

Avvisning av klagers tilbud

- (33) Klagers tilbud skulle også vært avvist, da det verken er gitt pris på, eller noen beskrivelse av, de arbeider som er beskrevet i post 02.02.1.11, som medfører avvisningsplikt etter forskriften § 11-11 (1) bokstav e og f. Det er også oppgitt pris basert på feil mengde i post 02.02.1.10.1, men dette må rettes etter forskriften § 12-1 tredje ledd.
- (34) Det foreligger avvisningsplikt etter forskriften § 11-11 (1) bokstav f. Innklagede vil presisere at den justeringen som ble gjort i første runde, som medførte en økning i pris på tilbudet fra klager på ca. 80 000 NOK, er feil. Regelverket gir ikke hjemmel til å sette inn en pris for arbeider med fjellgrøft i post 02.02.1.11. Prisen kan heller ikke anses som innkalkulert i andre poster, da det er feil mengdebeskrivelse som er vedlagt tilbudet. De manglende opplysningene skyldes en åpenbar feil, ved at det er levert inn feil versjon av anbudsdokumentene, og forskriften § 12-2 kommer derfor ikke til anvendelse. Forskjellen mellom klagers tilbud og neste leverandør, etter retting av post 02.02.1.10.1 var på kroner 514 301,02. Den dyreste enhetsprisen på denne posten er kroner 4000. For at feilen skal kunne få betydning for rangeringen av tilbudene, må enhetsprisen fra valgte leverandør ligge på over kroner 17 000 ($514\,301/30 = 17143,37$). Pigging/meisling og sprengning med ekspanderende mørtel er betydelig mer kostnadskrevende enn sprengning med dynamitt. Når det ikke er spesifisert i tilbudet hvordan arbeidene vil bli utført, får dette betydning for vurderingen av hva som kan være mulig pris på den manglende posten. Det vises blant annet til LB-2008-103502.
- (35) Det foreligger også avvisningsplikt etter forskriften § 11-11 (1) bokstav e, fordi mangelen må anses som et vesentlig avvik fra kravspesifikasjonen. Mangelen i tilbudet medfører en prising som avviker fra kravspesifikasjonen. Avviket knytter seg til en viktig del av kontrakten, og er nødvendig for at arbeidene skal kunne utføres. Innklagede må kunne avvise et tilbud dersom det er uklart om tilbudet medfører at innklagede vil få det som er etterspurt, jf. LB-2010-115884. Hensynet til likebehandling og rettferdig konkurranse trekker i samme retning, da det ville kunne gi klager en konkurransefordel å få kontrakten med foreliggende avvik.

Klagenemndas vurdering:

- (36) Klager har deltatt i konkurransen, og har saklig klageinteresse, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Konkurransen gjelder rehabilitering av vann og avløp i gate Langneset, som er en bygge- og anleggsanskaffelse. 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 II, jf. forskriften §§ 2-1 og 2-2.

- (37) Klager ble ved brev datert 2. januar 2013 meddelt at kontrakt ville tildeles klager. Ved brev datert 15. januar 2013 meddelte Norconsult AS på vegne av innklagede at klager og klagers tilbud måtte avvises. Sakens problemstilling er hvorvidt innklagede har brutt regelverket ved å omgjøre tildelingsbeslutningen og i stedet avvise klager.
- (38) Det følger av forskriften § 13-3 (4) at oppdragsgiver kan annullere en tildelingsbeslutning frem til kontraktsinngåelse, dersom *"beslutningen om å tildele kontrakt ikke er i samsvar med § 13-2 (kriterier for valg av tilbud)"*. Bestemmelsen innebærer at oppdragsgiver ikke kan endre en lovlig tildelingsbeslutning, herunder verken tildelingsevaluering eller vurdering av kvalifikasjoner, ut fra en endret lovlig skjønnsutøvelse, jf. eksempelvis klagenemndas saker 2010/272 premiss (66) og 2010/114. Dette betyr at oppdragsgiver senere enn tildeling både kan og skal rette opp regelbrudd ved den foregående evalueringen, men at øvrige endringer basert på endret vurdering eller evaluering ikke er tillatt, jf. klagenemnda sak 2011/141 premiss (77). I det foreliggende tilfellet innebærer dette at tildelingsbeslutningen bare kan endres ved regelbrudd som medfører avvisningsplikt etter forskriften § 20-12 (1) (forhold ved leverandøren) eller § 20-13 (1) (forhold ved tilbudet).

Avvisning av klager

- (39) Innklagedes endring av konkurransegrunnlaget som beskrevet ovenfor under (9)-(11) medførte i følge innklagede at oppdraget nå krevde kvalifikasjoner for å utføre sprengningsarbeider, hvilket klager ikke hadde dokumentert. Hvis innklagedes første aksept av klagers kvalifikasjoner var regelstridig, må følgelig innklages omgjøring godtas.
- (40) Det følger av forskriften § 11-10 (1) bokstav at *"[o]ppdragsgiver skal avvise leverandører som[...] ikke oppfyller krav som er satt til leverandørenes deltakelse i konkurransen"*.
- (41) Klager har ikke fylt ut den nye post om uttak i 30 grøftemeter angitt som *"kombinert fjell og løsmasser"*, der presiseringen av fjellmasser var ny. Det er på det rene at klager ikke uttrykkelig har dokumentert kompetanse på sprengningsarbeid. Spørsmålet blir da om den endrede versjon etterspurte slik kompetanse og betød at leverandørene måtte dokumentere særskilt kompetanse på sprengning, slik at innklagedes første kvalifikasjonsvurdering og tildeling var regelstridig og kunne omgjøres etter forskriften § 13-3 (4).
- (42) Kvalifikasjonskravet var generelt utformet. I det som gjelder oppdraget skulle tilbyderne *"ha kompetanse som er tilstrekkelig for utførelse av de beskrevne arbeidene"*. Oppfyllelse av dette kravet skulle blant annet dokumenteres ved referanseliste som sitert over under (6). Ut over dette var det ikke stilt opp konkrete krav til kompetanse. Det var dermed naturlig at man ved kvalifikasjonsvurderingen måtte se hen til de arbeider som fremgikk av kravspesifikasjonen.
- (43) Når det gjelder henvisningen til NS 3420 punkt FV3.11191A, er klagenemnda enig i at henvisningen isolert sett kan tale for at arbeidet krevde sprengning og dermed fordret dokumentert slik kompetanse. Den aktuelle grøften på 30 meter med kombinert fjell og løsmasser utgjør imidlertid en relativt beskjedne del av anskaffelsen.

Konkurransegrunnlagets uendrede punkt F.4 "*Kvalifikasjonskrav*" satte fortsatt bare krav til dokumentasjon av referanseprosjekter de siste 3 år, uten at sprengingskompetanse var særskilt nevnt. Klager har vist til to referanseprosjekter for VA-arbeid for innklagede, og innklagede må ha lagt til grunn at klager var kvalifisert til å gjennomføre oppdraget, også i forhold til den endrede postbeskrivelse for grøftesprengning som klager ikke hadde fylt ut. Riktig nok var beskrivelsen av referanseprosjektene kortfattet, men referanseprosjektene må ved den første tildeling ha blitt vurdert som tilstrekkelige for å dokumentere nødvendige kvalifikasjoner. En slik vurdering hører under oppdragsgivers innkjøpsfaglige skjønn. Det formelle krav til dokumenterte referanseprosjekter var innfridd – og ble vurdert uten innsigelser av innklagede – også under den endrede postbeskrivelse for grøften. Klagenemnda finner det derfor ikke dokumentert at innklagedes opprinnelige kvalifikasjonsvurdering var i strid med regelverket. Innklagede kunne dermed ikke avvise klager på grunnlag av en endret kvalifikasjonsvurdering, jf. forskriften § 13-3 (4).

Avvisning av klagers tilbud

- (44) Den neste problemstillingen er om innklagede hadde plikt til å avvise klagers tilbud som følge av manglende prissetting av den nye post 02.02.1.11. Klagers tilbud er basert på en tidligere versjon av kravspesifikasjonen og er derfor ikke tilpasset det endrede konkurransegrunnlag med reduksjon av grøftelengden underpost 02.02.1.10 og den presisering i ny post 02.02.1.11 at grøften hadde kombinert fjell og løsmasser. Etter regelverket oppstår her dels et spørsmål om utførelse som endringsarbeid, spørsmål om innregning av posten i klagers øvrige tilbud, betydningen av innklagedes første beløpsanslag for den manglende posten - og endelig spørsmålet om man i ettertid kan konstatere at det må ha foreligget relativ bedømmelsestvil som tilsier at den første tildeling til klager kan omgjøres etter forskriften § 13-3 (4).

Endringsarbeid

- (45) Innklagede har anført at tilbudet må avvises allerede fordi det ble uklart om klagers mangelfulle tilbud, uten den nye postbeskrivelsen, betød at tilbudet overhodet ikke omfatter "*fjell og løsmasser*".
- (46) Nemnda viser til NS 8406 (2009) punkt 19.1 som gir byggherren rett til å pålegge entreprenøren å utføre endringsarbeid "*i sammenheng med det kontrakten omfatter*" - mot tillegg i kontraktssummen. Innklagede var dermed betryggende sikret for oppdragets utførelse (ved pigging/meisling eller ved bruk av underentreprenør med formell sprengningskompetanse). Hvis kontrakten har enhetspriser skal slike anvendes på endringsarbeidene, i motsatt fall – som her – utføres slike arbeider etter regning, jf. NS 8406 pkt. 22.3 og pkt. 23.4 om at regningsarbeider uten avtale utføres til dekning av nødvendige kostnader tillagt sedvanlig påslag. Anslag over omfanget av et slikt regningsarbeid vedrører rangeringen av tilbudene etter forskriften § 11-11 (1) f, nærmere om dette nedenfor (50)-(57).

Innregning i annen post i tilbudet

- (47) Klager anfører at posten uansett må anses innkalkulert i post 02.02.1.10 for løsmasser, jf. forskriften § 12-2, hvor det fremgår at for bygge- og anleggsarbeider skal "*poster som ikke er priset anses innkalkulert i andre poster, med mindre annet er angitt i tilbudsbrevet eller den manglende utfyllingen skyldes en åpenbar feil, jf. § 12-1 (forhandlingsforbudet ved anbudskonkurranser) tredje ledd.*" Klagers tilbud er basert på

en tidligere versjon av konkurransegrunnlaget. Den manglende utfyllingen av den nye post 02.02.1.11, sett i sammenheng med at klagers meterangivelse i post 0.2.1.10 ikke var justert til endringen som ble gjort 22. november 2012 (ovenfor (9)), må derfor anses som en åpenbar feil. En slik feil kan bare rettes dersom det også er utvilsomt hvordan den skal rettes, jf. forskriften § 12-1 (3). Det er ikke tilfellet her, siden klagers tilbud manglet pris for post 02.02.1.11 overhodet. Tolkingsregelen i § 12-2 er derfor ikke anvendelig. En annen sak er at en ufullstendighet i et foreliggende tilbud kan være gjenstand for en skjønnsmessig evaluering, slik innklagede i realiteten har anvendt ved den første tildeling av kontrakten til klager, der merkostnader for den ikke utfylte posten ble anslått på den måten at ca. 80.000 ble tillagt klagers tilbud (nærmere nedenfor under (52)-(57)).

Vesentlig avvik

- (48) Etter forskriften § 11-11 (1) bokstav e har oppdragsgiver plikt til å avvise et tilbud dersom *"det inneholder vesentlige avvik fra kravspesifikasjonene i kunngjøringen eller konkurransegrunnlaget"*. Basert på kravspesifikasjonens henvisning til FV3.11191A, forutsetter konkurransegrunnlaget at det skulle benyttes sprengning ved arbeidet med den 30 meter lange grøften. På denne bakgrunn legges det til grunn at klagers tilbud faktisk inneholdt et avvik i og med at tilbudet uten post 02.02.1.11 var ufullstendig. I det foreliggende tilfellet må grøft-post 02.02.1.11 (30 meter) imidlertid anses som en beskjedent del av anskaffelsen, jf. beskrivelsen av kontraktens omfang ovenfor under (2) (lange strekk vannledning, overvannsledning, spillvann, vannkummer osv). Innklagede var som nevnt uansett betryggende sikret for oppdragets utførelse også for grøften med fjellmasser. At det hefter usikkerhet til om fjellet vil bli pigget/meislet eller sprengt (med innleid kompetanse), endrer ikke at avviket (beløpsanslått til 0.7 %) må anses som ikke vesentlig. Etter dette kan ikke en eventuell endring av metode for utførelse i seg selv anses som *"vesentlig"* etter forskriften § 11-11 (1) bokstav e. Tilbudet kan heller ikke anses som et alternativt tilbud etter forskriften § 11-11 (1) bokstav c. Når innklagede er sikret at grøften vil komme på plass, er det etter nemndas syn heller ikke tale om brudd på konkurransegrunnlagets forutsetning om at det ved alternativ utførelse må gis tilbud på de løsninger som fremgår av tilbudsbeskrivelsen (ovenfor under 5).

Innklagedes estimat på kostnader vedrørende klagers avvikende tilbud

- (49) Innklagede evaluerte avviket i klagers tilbud og anslo i første omgang et tillegg i størrelsesorden 80.000 som i seg selv ikke ville være nok til å forrykke rekkefølgen av tilbudene etter forskriften § 11-11 (1) bokstav f. Klagers Post 02.02.1.11 ble dermed ikke oversett ved denne evalueringen. Innklagedes prissetting var imidlertid basert på at klager ville utføre arbeidet ved hjelp av sprengning, og vurderingen var dermed basert på feil faktisk grunnlag. Innklagede anfører at beløpet er feil (ovenfor (34)). Når forutsetningen for anslaget er uriktig, er innklagede ikke lenger bundet av anslaget og spørsmålet om faktiske kostnader knyttet til klagers mangelfulle tilbud må da vurderes på grunnlag de opplysninger som senere er fremkommet. Det er altså tale om en feil ved tildelingen til klager som må kunne revurderes etter forskriften § 13-3 (4).

Relativ bedømmelsestil

- (50) Etter dette gjenstår spørsmålet om klagers ufullstendige tilbud skulle vært avvist etter forskriften § 11-11 (1) bokstav f. Dette beror på om klagers tilbud uten håndtering av fjellmasser i grøften *"(...) 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." Er dette tilfelle, må det konstateres at innklagedes første tildeling av oppdraget til klager utgjør et regelbrudd som innklagede etter forskriften § 13-3 (4) kan rette ved å omgjøre tildelingen og gjøre en ny vurdering.

- (51) Klagenemnda har lagt til grunn at det er en lav terskel for når en uklarhet *"kan medføre tvil"* om hvordan tilbudet skal bedømmes i forhold til de øvrige tilbudene, jf. klagenemndas sak 2010/377 premiss (41) med videre henvisninger. Når det gjelder vilkåret om bedømmelsestvil er det i klagenemndas praksis 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"*, og at oppdragsgiver i utgangspunktet har plikt til å prissette avvik, forbehold, eller lignende, jf. klagenemndas sak 2010/377 premiss (41)-(42) med videre henvisninger.
- (52) Tildelingskriteriet i konkurransen var laveste pris. Innklagede er i dette tilfelle dermed henvist til å anslå etter skjønn merkostnader/fradrag knyttet til de to reviderte postene 02.02.1.10 og 02.02.1.11 for å kunne avgjøre om klagers tilbud etter en slik evaluering fortsatt med rimelig sikkerhet er det laveste. Slik saken står, der partene har vist til ekstern ekspertise (NGI rapport til SFT- ovenfor premiss (24)) knyttet til kostnadsanslag for henholdsvis pigging, meisling og sprengning, må de tall som fremkommer tas med i nemndas vurdering.
- (53) Grøften under post 02.02.1.10 er i lengde (3 m dybde) redusert med 30 m og innført i ny post 02.02.1.11 med samme lengde (dybde 2.5 m). Massene er beskrevet som *"kombinert fjell og løsmasser"*, hvilket må forstås dithen at andelen fjellmasser trolig ikke kommer opp i hele grøftens lengde. Mengden av masser som skal fjernes anslås av innklagede til mellom 90 og 150 m³ (ovenfor under (25)). Innklagede har (ovenfor under (34)) anført at klagers utførelse vil bli betydelig mer kostnadskrevende enn sprengning med dynamitt. Anførselen er imidlertid ikke nærmere dokumentert – og etter nemndas syn kan det ikke tas for gitt at klager ikke vil utføre pålagte endringsarbeider på grøften med innleid sprengningskompetanse som en rimeligere utførelse. Det fremgår av NGI-rapporten at sprengning er det optimale for de max 150 m³ fjellmassene det her er tale om.
- (54) I notatet fra NGI gis det uttrykk for at alternativ pigging av grøften vil koste 60 til 130 kr per m³, hvilket vil gi en max netto på $130 \times 150 = 19.500$. Til sammenligning vil sprengning i følge NGI koste 25-50 kr per m³ som vi gi netto max 7.500. Klagenemnda har ikke forutsetninger for å vite om disse prisene vil kunne være representativ i det foreliggende tilfelle, men antar at de endelige kostnader vil ligge godt over disse beløpsanslagene. Det er likevel vanskelig å se hvordan merkostnadene ville kunne tenkes å komme opp i størrelsesorden 500.000, som etter det opplyste var differansen opp til nest laveste tilbyder, jf. forskriften § 11-11 (1) bokstav f. Innklagede har på sin side vist til disse tallene, men har kun anvendt forholdstallet mellom minimumspris på sprengning og maksimumspris for pigging, for å vise at pigging vil kunne være fem ganger dyrere. Slik saken ligger an kan imidlertid ikke denne vurderingen anses forsvarlig.
- (55) Før korrigering for manglende utfylling av post 02.02.1.11 var klagers tilbud kroner 514 302,02 lavere enn valgte leverandør. Innklagedes beløpsanslag tar ikke høyde for at den aktuelle posten omfatter andre ytelser enn kun pigging, og i lys av de kostnadstall som fremkommer i NGI-rapporten er det overhodet vanskelig å se at de merkostnadene ved

klagers utføring av arbeidene på grøfteposten 02.02.1.11 (etter fradragene på post 02.02.1.10) på noen måte skulle kunne endre rangeringen ved den første tildeling.

- (56) Innklagede har dermed ikke sannsynliggjort at feilen ved klagers prissetting skaper tvil omkring rangeringen av klagers tilbud, jf. forskriften § 11-11 (1) bokstav f.
- (57) Klagenemnda er etter dette kommet til at innklagede ikke hadde plikt – og dermed heller ikke rett – til å avvise klager eller klagers tilbud. Klagers tilbud skulle derfor vært håndtert som et gyldig og virksomt tilbud. Innklagede har dermed brutt forskriften § 13-3 (4) ved å endre tildelingsevalueringen i klagers disfavør.

Konklusjon:

Innklagede Rana kommune har brutt forskriften § 13-3 (4) ved å omgjøre tildeling til klager etter avvisning uten hjemmel i forskriften § 11-11 (1).

Bergen, 18. mars 2013

For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,

Kai Krüger