



**Klagenemnda
for offentlige anskaffelser**

Innklagede kunngjorde en åpen anbudskonkurranse om prosjektering og utførelse av Finnsnes ungdomsskole. Klager anførte at innklagede hadde brutt regelverket ved å angi feilaktig CPV-kode for hovedanskaffelsen, og dermed foretatt en ulovlig direkte anskaffelse. Klagenemnda kom til at angivelsen av feilaktig CPV-kode kunne likestilles med at innklagede hadde unnlatt å kunngjøre oppdraget i sin helhet og dermed foretatt en ulovlig direkte anskaffelse.

Klagenemndas avgjørelse 20. august 2014 i sak 2013/27

Klager: Senjahus AS

Innklaget: Lenvik kommune

Klagenemndas medlemmer: Jakob Wahl, Tone Kleven, Kai Krüger

Saken gjelder: Ulovlig direkte anskaffelse, Ulovlig tildelingskriterium, De generelle kravene i § 5

Bakgrunn:

- (1) Lenvik kommune (heretter kalt innklagede) kunngjorde den 12. desember 2012 en åpen anbudskonkurranse for anskaffelse om prosjektering og utførelse av Finnsnes ungdomsskole. Anskaffelsen ble kunngjort i Doffin og TED. Anskaffelsens verdi var i innklagedes tilsvarende punkt 7 angitt til kroner 230 000 000. I kunngjøringen punkt II.3 fremgikk det at kontrakten hadde en varighet på 2 år, med oppstart 15. april 2013 og ferdigstillelsesdato den 30. mars 2015. Tilbudsfrist var i kunngjøringen punkt IV.3.4 angitt til 4. mars 2013.
- (2) I kunngjøringen punkt II.1.2 (a) fremgikk det under beskrivelsen av kontraktens gjenstand at det var tale om en bygge- og anleggsanskaffelse om både prosjektering og utførelse av Finnsnes ungdomsskole.
- (3) I kunngjøringen punkt II.1.5 fremgikk det under beskrivelsen av anskaffelsens art og omfang at:

"Lenvik kommune skal bygge ny ungdomsskole i 2 etasjer med kantine og bibliotek for ca. 350 elever på Finnsnes. I tilknytning til ungdomsskolen skal det også bygges svømmehall og flerbrukshall. Tilbudet innebærer også omlegging av hovedvannledning og lysløype, samt opparbeidelse av adkomstveger, parkeringsplasser og busslomme for av- og påstigning."
- (4) I kunngjøringen punkt II.1.6 var anskaffelsen merket med CPV-klassifiseringen 80200000 ("*Undervisning på ungdomsskole/videregående nivå*").

- (5) Det følger av kunngjøringen punkt II.1.9 at alternative tilbud ikke ville bli tatt i betraktning.
- (6) Selskapet Senjahus AS (heretter kalt klager) ble stiftet den 7. februar 2013, og registrert i Brønnøysundregisteret 13. februar 2013. Selskapet har ingen ansatte bortsett fra daglig leder og tre ytterligere aksjonærer i selskapets styre. Selskapets formål er i henhold til opplysninger innhentet fra Brønnøysundregisteret følgende: *"Rådgivning, fremstilling, salg/utleie av fast eiendom og andre produkter som naturlig faller sammen med dette, herunder delta i andre selskaper med lignende virksomhet, kjøp og salg av aksjer, eller på annen måte gjøre seg interessert i andre foretagender."*
- (7) Tildelingskriteriene fremgikk av konkurransegrunnlagets punkt B1:

"Valgene vil bli tatt etter en skalaberegning fra 1-10 innenfor følgende punkt":

1	Pris	90 %
2	Kvalitet	10 %
	Underpunkt til kvalitet	
	Service og evne til å betjene oppdragsgiver, 0-10 poeng, vektet 20%	
	Kvalitet, 0-10 poeng, vektet 30%	
	Brukervennlighet/egenvurdering, 0-10 poeng, vektet 40%	
	Miljø, 0-10 poeng, vektet 10%	

- (8) Den 18. februar 2013 ba klager om å få tilsendt anbudsdokumentene og konkurransedokumentene fra innklagede. Sørli Arkitekter AS, som var administrativ kontaktperson for innklagede, besvarte henvendelsen slik:

"Vi ser at Senjahus AS er registrert i Brønnøysundregisteret den 13.02.13 og har 0 ansatte. Vi ser også at firmaets formål ikke er å være entreprenørbedrift. I forståelse med vår oppdragsgiver er det derfor ikke aktuelt å sende ut tilbudsdokumentene."

- (9) I dokument kalt *"Spørsmål og svar"* av 20. februar 2013 ble det stilt følgende spørsmål til innklagede:

"Vil tilbud med andre alternative utførelser enn de i konkurransegrunnlagets beskrevne alternativer bli avvist?"

Svar: *"Byggherren er generelt opptatt av å få det bygg og de ytelser som er tegnet og beskrevet. Om tilbyder har alternative forslag til utførelse vil ikke dette bli avvist."*

- (10) I e-post av 25. februar 2013 sendte klager følgende e-post til Sørli Arkitekter:

"Jeg viser til tidligere henvendelse der jeg ba om å få tilsendt anbudsdokumentene for Finnsnes ungdomsskole. Har i dag vært i kontakt med Difi og fått opplyst at dere har ingen rett til å nekte oss anbudsdokumentene for den nye ungdomsskolen på Finnsnes. Jeg ber derfor om å få tilsendt alle dokumenter som dere har sendt ut til de andre entreprenørene. Siden dere uten hjemmel i gjeldende lovverk har nektet oss anbudsdokumentene, ber jeg om at innleveringsfristen utsettes med en uke. Ber om å få en bekreftelse på at vi nå får oversendt dokumentene samt at ny innleveringsfrist blir 11. mars 2013 kl 12.00."

- (11) Sørli Arkitekter besvarte e-posten den 25. februar 2013 slik:

"Etter å ha vært i kontakt med Lenvik kommune igjen, oversender vi tilbudsdokumentene og spørsmål/svar som har gått fra/til tilbyderne. Kommunen angir at det ikke er aktuelt å gi forlenget frist. De andre tilbyderne har fått tilbudsdokumentene på CD sendt pr post, vi gjør nå et unntak for dere og sender tilbudsdokumentene pr. e-post slik at dere har dem i dag. Sendingen blir delt opp i flere pga. datamengde."

- (12) Innen tilbudsfristens utløp mottok innklagede 2 tilbud.
- (13) Klager begjærte midlertidig forføyning den 12. mars 2013.
- (14) Senja Tingrett avsa kjennelse i saken den 15. april 2013. Tingretten forkastet begjæring om midlertidig forføyning da det ikke forelå sikringsgrunn. Tingretten fant det *"usannsynlig at selskapet ville kunne oppfylle kvalifikasjonskravene i konkurransen."* Videre viste tingretten til at det ikke er *"gjort noe forsøk på å dokumentere at saksøker hadde kompetanse eller kapasitet til å gjennomføre et slikt prosjekt. Det er ingen ansatte i selskapet og selskapet har ikke på noe tidspunkt utført byggeoppdrag, verken i stor eller liten skala."* Senjahus AS var etter tingrettens syn ikke *"en potensiell tilbyder"* og hadde ikke *"en reell mulighet til å inngi tilbud eller oppfylle kvalifikasjonskravene i konkurransen."*
- (15) Saken ble brakt inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser den 15. mars 2013. Kontrakt er inngått.
- (16) EFTAs overvåkingsorgan (ESA) uttalte i brev ("Letters of formal notice") av 16.07.2014 til Nærings- og fiskeridepartementet, at Lenvik kommunes bruk av mangelfull CPV-kode var et brudd på anskaffelsesregelverket.
- (17) ESA uttalte i punkt 5.I i ("Letters of formal notice") følgende:
- (18) *"The CPV codes allow bidders to identify the subject of the tender without having to resort to a translation, because the list of descriptions associated with each CPV code exists in all official languages. Consequently, the accurate use of CPV codes is of particular relevance in circumstances in which the full description of the tender or the individual lots involved is not available in a language spoken by potential bidders."*
- (19) Videre fastslo ESA at:
- (20) *"The Authority therefore takes the view that a CPV code related to "secondary school construction work" would have been the appropriate code for the project. The CPV code used was an obvious deviation from what would have constituted a correct classification in accordance with the guidelines."*
- (21) Nemndsmøte i saken ble avholdt 19. august 2014.

Anførsler:

Klagers anførsler:

Grunnleggende krav til konkurranse

- (22) Innklagede har brutt forskriften § 17-5 (3), samt de grunnleggende kravene til konkurranse, likebehandling og god forretningsskikk i lov om offentlige anskaffelser § 5,

ved å nekte å utlevere konkurransegrunnlaget, samt ved å nekte å svare på spørsmål til konkurransegrunnlaget fra klager.

Ulovlig direkte anskaffelse

- (23) Innklagede har brutt forskriften § 18-1 (1), ved å benytte feil CPV-kode i kunngjøringen i Doffin og TED, og har dermed foretatt en ulovlig direkte anskaffelse.

Ulovlig tildelingskriterium

- (24) Innklagede har brutt forskrift om offentlige anskaffelser § 22-2 (1) ved å benytte et ulovlig tildelingskriterium. Underkriteriet "*service og evne til å betjene oppdragsgiver*" er ikke egnet til å identifisere det økonomisk mest fordelaktige tilbudet, og gir utelukkende veiledning på om leverandøren har eller ikke har evne til å utføre prosjektet. Kriteriet skulle derfor ha vært et kvalifikasjonskrav.

Vesentlig endring av konkurransegrunnlaget

- (25) Innklagede har brutt forskrift om offentlige anskaffelser § 17-2 (1), jf. § 20-4, samt de grunnleggende kravene til forutberegnelighet og likebehandling i lov om offentlige anskaffelser § 5, ved å foreta en "*vesentlig endring*" av konkurransegrunnlaget før tilbudsfristens utløp. Klager viser til at det ikke er tvil om at innklagedes endring fra å ikke godta alternative tilbud i kunngjøringen i Doffin, til å godta alternative tilbud i "*spørsmål og svar*"-dokumentet som ble utlevert til leverandørene, medførte at flere leverandører hadde mulighet til å delta i konkurransen.

Motstridende dokumentasjonskrav

- (26) Innklagede har brutt de grunnleggende kravene til forutberegnelighet og likebehandling i lov om offentlige anskaffelser § 5, ved å angi motstridende dokumentasjonskrav for kvalifikasjonskrav i henholdsvis kunngjøring på Doffin og i konkurransegrunnlaget.

Ulovlig kvalifikasjonskrav

- (27) Innklagede har brutt forskrift om offentlige anskaffelser § 17-9 (1), ved å benytte et ulovlig kvalifikasjonskrav.

Innklagedes anførsler:

Grunnleggende krav til konkurranse

- (28) Innklagede har ikke nektet å utlevere verken kvalifikasjonsgrunnlaget eller konkurransegrunnlaget til klager. Klager mottok dokumentene 7 dager etter første forespørsel. Styreleder i Senjahus AS, Gunnar Johnsen, har for øvrig gjennom sine politiske verv og som kommunestyrerepresentant i Lenvik kommune, hatt tilgang til alle saksdokumentene under hele prosessen.

Ulovlig direkte anskaffelse

- (29) Kunngjøringen av konkurransen er i samsvar med regelverket. At det er benyttet feil CPV-kode skyldes en tastefeil som åpenbart er uten betydning for konkurransen. Innklagede mottok 46 henvendelser om å få tilsendt tilbudsdokumenter fra ulike virksomheter i byggebransjen, fra både Norge, Polen, Sverige, Island og Estland. Det var

ingen kommentarer eller spørsmål knyttet til den angitte CPV-koden. Det er ikke tvil om at det var utlyst en bygge- og anleggskontrakt og ikke en kontrakt om undervisning på ungdomsskole-/videregående-nivå slik det fremgår av CPV-koden. Dette fremgår klart av utlysningsteksten og kan ikke misforstås. Uhellet med angivelsen av feil CPV-kode har ikke hatt noen betydning for forståelsen av denne anskaffelsen. Det er ikke foretatt en ulovlig direkte anskaffelse.

Ulovlig tildelingskriterium

- (30) Det bestrides at innklagede har benyttet et ulovlig tildelingskriterium. Kriteriet "*service og evne til å betjene oppdragsgiver*" er nært knyttet til det kontrakten gjelder, og det sier noe om hvor dyktig tilbydereren etter tilbudet kan være til å greie jobben.

Vesentlig endring av konkurransegrunnlaget

- (31) Det er ikke foretatt endringer i konkurransegrunnlaget i strid med forskriftskravene. De svar klager viser til gjaldt alternativ utførelse innenfor de tegninger og beskrivelser som fremgikk av konkurransegrunnlaget, ikke alternative tilbud.

Motstridende dokumentasjonskrav

- (32) Kravene som fremgår av kunngjøringen og konkurransegrunnlaget er like mht. reelt innhold. Kravene som ikke er gjentatt i konkurransegrunnlaget er ikke frafalt. Disse var også en del av konkurransegrunnlaget som også omfatter kunngjøringen. Når det ikke foreligger motstrid er det ikke brudd på de grunnleggende kravene i lovens § 5.

Ulovlig kvalifikasjonskrav

- (33) At det i konkurransegrunnlaget er spurt om liste over den totale bemanning har ikke hindret konkurranse eller på noen måte hatt innvirkning på konkurransens utfall. Dette gir ikke grunnlag for å avlyse konkurransen.

Klagenemndas vurdering:

- (34) Saken gjelder spørsmål om innklagede har foretatt en ulovlig direkte anskaffelse ved kjøp av bygge- og anleggstjenester om prosjektering og utførelse av Finnsnes ungdomsskole. Etter forskrift 15. november 2002 nr. 1288 om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 13a, er det ikke krav om saklig klageinteresse i saker som gjelder påstand om ulovlig direkte anskaffelse.

Klagenemndas behandling av spørsmål om ulovlig direkte anskaffelse

- (35) Klagenemnda har siden 1. januar 2007 hatt hjemmel i lov 16. juli 1999 nr. 69 om offentlige anskaffelser § 7b, slik den lød før 1. juli 2012, til å ilegge offentlige oppdragsgivere som har foretatt ulovlige direkte anskaffelser, et gebyr for overtredelsen.
- (36) Den 1. juli 2012 ble det innført nye regler om håndheving av regelverket for offentlige anskaffelser i Norge. Reglene gjennomfører EUs direktiv 2007/66/EF (Håndhevelsesdirektivet) i norsk rett.
- (37) De nye reglene innebærer at sanksjoner som følge av brudd på regelverket for offentlige anskaffelser, herunder ulovlige direkte anskaffelser, ilegges av domstolene. De nye

reglene gjelder anskaffelser som er kunngjort 1. juli 2012 eller senere. Dersom anskaffelsen er gjennomført uten kunngjøring, gjelder de nye reglene dersom kontrakt er inngått 1. juli 2012 eller senere. For kontrakter som er inngått eller kunngjort etter 1. juli 2012 kan klagenemnda gi en rådgivende uttalelse om hvorvidt det foreligger en ulovlig direkte anskaffelse. Ettersom konkurransen i dette tilfellet er kunngjort etter 1. juli 2012, gir klagenemnda en rådgivende uttalelse i saken.

Hvorvidt det foreligger en ulovlig direkte anskaffelse

- (38) Kontrakten gjelder en bygge- og anleggsanskaffelse med en estimert verdi på kroner 230 000 000. Konkurransen ble kunngjort i Doffin og TED-databasen etter forskriften del I og III, med CPV-kode 80200000.
- (39) Klager har anført at innklagede har benyttet feil CPV-kode i kunngjøringen i Doffin og TED, og dermed foretatt en ulovlig direkte anskaffelse.
- (40) CPV står for Common Procurement Vocabulary og er en fellesbetegnelse innen EU/EØS-systemet, innført med sikte på felles forståelse av kunngjøringer. Formålet er å sikre at potensielle tilbydere gis anledning til å konkurrere om aktuelle kontrakter, jf. også klagenemndas sak 2012/231 premiss (44).
- (41) Det fremgår av forskriften § 18-1(1) at *"oppdragsgiver skal utarbeide en kunngjøring i samsvar med skjemaer fastsatt av Fornyings-, administrasjons- og kirkedepartementet"*. Det aktuelle skjemaet inneholder et punkt II.1.6 kalt *"CPV-klassifisering"*. Også i EUs direktiv 2004/18/EF Bilag VII A fremgår det at *"Referencenummer/numre i CPV-nomenklaturen"* skal angis i kunngjøringen.
- (42) Det følger av klagenemndas sak 2013/136 premiss (19) at *"hensikten med CPV-koden er å sikre at potensielle tilbydere gis tilstrekkelig anledning til å konkurrere om aktuelle kontrakter, og oppdragsgiver bør derfor velge den koden som best svarer til den ytelsen som skal kjøpes inn."*
- (43) I det foreliggende tilfellet har innklagede benyttet CPV-koden 80200000, som gjelder *"Undervisning på ungdomsskole/videregående nivå"* i kunngjøringen. Anskaffelsen gjaldt imidlertid en bygge- og anleggsanskaffelse for prosjektering og utførelse av Finnsnes ungdomsskole. Innklagede har dermed benyttet feilaktig CPV-kode ved angivelsen av hovedanskaffelsen, og har dermed ikke *"utarbeidet en kunngjøring i samsvar med skjemaer fastsatt av Fornyings-, administrasjons- og kirkedepartementet"* jf. forskriften § 18-1 (1).
- (44) Hvorvidt innklagede, ved å angi feilaktig CPV-kode, har foretatt en ulovlig direkte anskaffelse beror etter forskriften § 4-1 bokstav q på om det er foretatt *"en anskaffelse hvor oppdragsgiver i strid med reglene i denne forskrift ikke har kunngjort konkurransen,(...)"*
- (45) Innklagede har vist til at angivelsen av feilaktig CPV-kode må anses for å være en unnskyldelig feil, som ikke har hatt betydning for konkurransen.
- (46) I Rt. 2008 s. 982 (Catch Communications), kom Høyesterett til at saksøkte hadde begått en feil i forbindelse med en anbudskonkurranse om levering av datautstyr, fordi det ikke fremgikk av CPV-klassifiseringen at anskaffelsen i tillegg omfattet tjenester. Ettersom tjenesteleverandører ikke kunne fange dette opp ved CPV-koden, kom Høyesterett til at

det var foretatt en ulovlig direkte anskaffelse. At saksøkte var i god tro var ikke unnskyldelig og kunne følgelig ikke føre frem. Høyesterett uttalte at "*[d]en manglende kunngjøring av tjenesteelementet medførte i praksis at leverandører som utelukkende leverte tjenester, og som kunne ha kommet i betraktning i konkurransen, eventuelt i samarbeid med vareleverandører, i praksis ble utelukket fra å gjøre seg kjent med tilbudsinvitasjonen.*"

- (47) Anskaffelsen gjaldt i dette tilfellet en bygge- og anleggsanskaffelse, og har ingen forbindelse med den angitte CPV-koden "*Undervisning på ungdomsskole/videregående nivå.*" Den angitte CPV-koden gir dermed et misvisende treff og kan ha medført at potensielle leverandører ikke ble oppmerksomme på kunngjøringen om bygg- og anleggskontrakt. Innklagede har dermed ikke sikret potensielle tilbydere mulighet til å konkurrere om den aktuelle kontrakten. En slik klart feilaktig angivelse av CPV-koden for hovedanskaffelsen må likestilles med at innklagede ikke har kunngjort hovedanskaffelsen, jf. også Rt. 2008 s. 982.
- (48) Innklagede har, som følge av feilaktig angivelse av CPV-kode, foretatt en ulovlig direkte anskaffelse ettersom innklagede "*i strid med reglene i denne forskrift ikke har kunngjort konkurransen*" jf. forskriften § 4-1 bokstav q.
- (49) Hvorvidt klagers øvrige anførsler skal behandles beror på om klager har "*saklig interesse i å få vurdert lovmessigheten av en slik unnlatelse, handling eller beslutning.*" jf. forskrift av klagenemndsforordningen § 6 (2). Ettersom nemnda har konkludert med at innklagede har foretatt en ulovlig direkte anskaffelse, har klager ikke saklig interesse i å få prøvd lovmessigheten av andre sider ved oppdragsgiverens gjennomføring av konkurransen, jf. blant annet klagenemndas sak 2012/44.

Konklusjon:

Lenvik kommune har foretatt en ulovlig direkte anskaffelse ved å benytte feil CPV-kode ved angivelse av hovedanskaffelsen.

Klagers øvrige anførsler er ikke behandlet.

For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,

Jakob Wahl