



Klagenemnda
for offentlige anskaffelser

Saken gjelder: Ulovlig direkte anskaffelse. Verdiberegning. Avvisning av tilbud. Innsyn. Avlysning.

Innklagede kunngjorde i 2013 en konkurranse med forhandling i ett trinn for oppføring av nytt tollsted med kontrollhall. Anskaffelsen ble først kunngjort i 2011, men prosessen ble avsluttet. Klagenemnda kom til at innklagede ikke hadde foretatt en ulovlig direkte anskaffelse, da det var gjort en forsvarlig beregning av at anskaffelsens verdi ikke oversteg EØS-terskelverdiene. Nemnda kom videre til at innklagede ikke hadde plikt til å avvise valgte leverandørs tilbud på grunn av de foreslåtte løsningene. Innklagede erkjente at utsending av tilbudsprisene til klager før forhandlingene var et brudd på forskriften § 11-8 (3) og kravet til god forretningsskikk. Ettersom kun klager ble gitt innsyn, var dette til klagers fordel, og klager hadde ikke saklig interesse i å få avgjort om feilen førte til avlysningsplikt. Innklagede erkjente også at det var et brudd på forskriften § 13-1 (3) ikke å avlyse den opprinnelige konkurransen. Videre fant nemnda at det ikke var i strid med regelverket å tillate deltakelse fra en leverandør som ikke var prekvalifisert i den første konkurransen, da dette var to ulike konkurranser. Anførselen om for sent innsyn i saksdokumentene ble avvist fra behandling.

Klagenemndas avgjørelse 15. april 2015 i sak 2014/101

Klager: Rognan Byggsenter AS

Innklaget: Statsbygg

Klagenemndas medlemmer: Kai Krüger, Andreas Wahl og Jakob Wahl.

Bakgrunn:

- (1) Statsbygg (heretter innklagede) kunngjorde 16. juli 2013 en konkurranse med forhandling i ett trinn for anskaffelse av totalentreprise for bygging av nytt tollsted på Junkerdalen. Innklagede har opplyst at anskaffelsens verdi var estimert til 34,2 millioner kroner. Tilbudsfristen var oppgitt å være 2. september 2013, og ble senere utsatt til 11. september 2013.
- (2) Den samme kontrakten hadde tidligere, 13. april 2011, blitt kunngjort som en begrenset konkurranse med forhandling. Prosjektet ble imidlertid forsinket grunnet innsigelser mot reguleringsplanen, og prosessen ble avsluttet. Innklagede kunngjorde ikke avlysning av konkurransen.
- (3) I konkurransen kunngjort 16. juli 2013 følger det av konkurransegrunnlaget punkt 1.1 "Invitasjon og orientering" at anskaffelsen gjaldt totalentreprise K200, og at arbeidet omfattet bygging av et nytt tollsted med kontrollhall med tilhørende infrastruktur og utendørsarbeider i Junkerdal i Saltdal kommune. Det skulle også etableres voll og lysmaster for belysning av riksveien mellom to inn- og utkjøringer til eiendommen og minirensaneanlegg for avløpsvann.
- (4) Innklagede opplyste i kunngjøringen at kontrakt ville bli tildelt det økonomisk mest fordelaktige tilbudet. Av konkurransegrunnlaget punkt 4.5 "Tildelingskriterier i denne

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

konkurransen" følger det at tildelingen skjer utelukkende på grunnlag av laveste pris og at tilbydere må levere det vedlagte tilbudsskjemaet komplett utfyllt.

- (5) Det fremgår av konkurransegrunnlaget punkt 5.3 *"Alternative tilbud"* at det ikke var adgang til å gi tilbud på alternative løsninger.
- (6) Vedlagt konkurransegrunnlaget var et byggeprogram datert 15. juli 2013. Det var opplyst at planløsning og byggets arkitektur i hovedsak var bestemt gjennom et forprosjekt i 2011 og 2012, og løsningene fremkom av programmet. Fra byggeprogrammet gjengis følgende punkter:
 - Utdrag punkt 1.2.0 Arkitektur, generelt: *"En del absoluttkrav til overflater og annet er oppgitt."*
 - Utdrag 2.0.2 Utforming materialvalg: *"En del absoluttkrav til overflater og annet er oppgitt."*
 - 2.3.7 Solavskjerming: *"Det skal være manuelle persiener til vinduene i rom F1, F9 og K2. Persiener skal ikke skjules bak utenpåliggende persiennekasser, men trekkes opp bak den utvendige kledningen."*
 - 2.6.1 Primærkonstruksjon: *"Bæresystemet for det buete yttertaket (...) må vies ekstra oppmerksomhet. (...) Bæringen kan f.eks. skje ved bruk av limtrebjelker med buet overkant og rett underkant eller med buete gitterdragere av stål. (...) Disse to prinsipielt forskjellige bæresystemene gir muligheten for to forskjellige primærkonstruksjoner over oppvarmete rom som bør vurderes valgt, sammen med andre systemer".* Det ble så gjort greie for de to alternativene i hvert sitt punkt, a og b. Av punkt b fulgte følgende: *"Med buer av gitterdragere: Gitterdragerne vil i sin helhet være synlige på undersiden av det isolerte partiet av yttertaket. Den isolerte delen av taket kan bygges opp som elementtak som spenner over gitterbuene. På oversiden må elementene være diffusjonsåpne. På elementene må det så krysslektes opp tilstrekkelig (minst 10 cm). Over dette legges det så et tett yttertak bestående av taktro av bord og papptekking. Det bygges så enten et langsgående lyre, eller flere luftehatter langs takets toppunkt. Over parkeringsplassene og takutstikkene kan konstruksjonene utføres noe enklere da det ikke er krav om isolerende egenskaper. Innatak av luft for lufting av taket må skjermes for muligheten for vann/snøinntrengning."*
 - 2.6.2 Taktekking: *"Taket skal tekkes med grå takpapp."*
 - 2.6.8 Utstyr og kompletteringer: *"Det skal tilstrebes å benytte en takpapptype som er så grov i overflaten at det ikke er behov for snøekkverk."*
- (7) Tilbudsfristen ble forlenget fra 2. september 2013 til 11. september.
- (8) Innklagede mottok tre tilbud, fra Rognan Byggsenter AS (heretter klager), Veidekke AS (heretter valgte leverandør) og Reinertsen AS. Sistnevnte hadde ikke anmodet om deltakelse i konkurransen kunngjort 13. april 2011.
- (9) Klager ba om å få tilsendt protokollen fra tilbudsåpningen. Innklagede sendte anbudsprotokollen til klager per e-post samme dag som tilbudsfristen gikk ut, 11. september 2013.

- (10) Det er lagt frem møtereferat for ett forhandlingsmøte og et avsluttende avklaringsmøte for hver av de tre tilbyderne. Av møtereferatene for Reinertsen AS og klager fremgår det at forhandlingsmøte med de to leverandørene ble avholdt 3. oktober 2013, og for valgte leverandør 9. oktober 2013. I brev fra innklagede til tilbyderne merket "Avsluttende avklaring" av 23. oktober 2013 ble det etterspurt visse avklaringer; om det var mulig med og hvilke økonomiske konsekvenser gjenbruk av vegetasjon ville ha, om tilbyderne ville akseptere visse kostnader ved etablering av skjermingsvoll, og om prisene ble opprettholdt.
- (11) I tildelingsbeslutning av 24. februar 2014 ble det meddelt at innklagede hadde til hensikt å inngå kontrakt med valgte leverandør. Fristen for innsigelser for valg av leverandør, eller andre beslutninger i anledning konkurransen ble satt til 7. mars 2014.
- (12) Klager sendte klage på tildeling til innklagede i e-post av 4. mars 2014. Klager påpekte at beregningen av byggekostnadene syntes å være forsvarlig og uttalte tvil om det var adgang til å kunngjøre konkurransen som en forhandlet konkurranse når den synes å skulle ha fulgt forskriften del III, istedenfor del II som det faktisk var kunngjort etter.
- (13) Fra innklagedes svar på klagen gjengis følgende:

"Anskaffelsen ble kunngjort 16.7.2013. Til grunn for verdivurderingen lå Statsbyggs kalkyle fra februar 2011, som baserte seg på erfaringstall fra bygging av sammenlignbare tollstasjoner. På kunngjøringstidspunktet i juli 2013, hadde Miljøverndepartementet vedtatt visse endringer i reguleringsplanen, som innebærer at det må bygges en jordvoll og gjøres visse andre tilpasninger av hensyn til reindriftsnæringen. Disse tiltakene var kostnadsberegnet til 6,4 millioner kr. I tillegg kommer prisstigning fra februar 2011 til juli 2013. Markedsprisindeksen fra Prognosesenteret, basert på out put-målinger i østlandsområdet, viser en prisvekst på 10 % i denne perioden. Et forsvarlig anslag over kontraktsprisen på kunngjøringstidspunktet utgjorde dermed følgende beløp:

- *Opprinnelig kalkulert entreprisekost: 25,3 mill. kr*
 - *Prisstigning, februar 2011 til juli 2013: 2,5 mill. kr*
 - *Jordvoll m.m, sfa. Endret reg.plan: 6,4 mill. kr*
- Sum: 34,2 mill. kr"*

- (14) Det ble holdt et møte mellom valgte leverandør og innklagede 8. mai 2014. Det er opplyst i møtereferatet at "møtet kom i stand for å avklare noen sentrale forutsetninger, slik at kontrakt kan inngås, og byggearbeidene starte opp snarest mulig etter det er gitt bevilgninger til prosjektet." Fra referatet gjengis også følgende:

"Krav til bygget

Det ble vist til pkt. 1 i referat fra forhandlingsmøte 9.10.2013. Veidekke bekreftet at tilbudet ikke inneholder forbehold eller avvik. Bygget vil bli levert i samsvar med kravene i konkurransegrunnlaget og øvrige kontraktsdokumenter, og for øvrig i samsvar med aktuelle lover, forskrifter og offentligrettslige vedtak, i samsvar med NS 8407. For øvrig ble følgende forhold særlig diskutert:

Om de utvendige persiennene, som skal trekkes opp bak ytterkledningen (jf. byggeprogrammets pkt. 2.3.7), opplyste Veidekke at man ikke hadde noen ferdig

beskrivelse av hvordan dette skal gjøres, men at forholdet inngår i tilbudet og vil bli løst gjennom detaljprosjekteringen, uten tilleggskrav mot byggherren.

Taket er tenkt bygd med valsede, buede gitterdragere.

Takbelegget vil ha en ikke-reflekterende overflate.

Veidekke skal ivareta de fargekrav som kommunen måtte sette til tollstasjonens fasader, uten å fremme krav mot byggherren. Det ble i den forbindelse opplyst at sandwichelementene, som tenkes benyttet, leveres i 20 ulike standardfarger. Valg av farger kan gjøres innenfor standardfargevalget, uten tillegg."

- (15) Saken ble brakt inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser ved klage datert 21. august 2014.
- (16) Nemndsmøte i saken ble avholdt 13. april 2015.

Anførsler:

Klager har i det vesentlige anført:

Anskaffelsens verdi

- (17) Innklagede har brutt forskriften § 2-3 (2) ved ikke å foreta en holdbar vurdering av anskaffelsens verdi på kunngjøringstidspunktet.
- (18) Innklagede har anslått at kontraktsprisen på kunngjøringstidspunktet utgjorde 34,2 millioner kroner. Det laveste åpningstilbudet var på 41 533 015 kroner eksklusive mva., altså 21 % høyere enn innklagedes anslag. De store forskjellene tyder på at innklagede ikke har foretatt en forsvarlig vurdering av entreprisekostnaden på kunngjøringstidspunktet.

Ulovlig direkte anskaffelse

- (19) Innklagede har brutt regelverket for offentlige anskaffelser ved å unnlate å utlyse anskaffelsen etter forskriften del III, jf. § 2-1 (4).
- (20) Innklagede hadde ikke adgang til å la være å kunngjøre konkurransen etter forskriften del III med den begrunnelse at en kunngjøring etter forskriften del III ikke ville ført til økt interesse for oppdraget eller en annen vinner. Prissetting av tilbud vil ofte kunne være forskjellig avhengig av om konkurransen er kunngjort som en anbudskonkurranse eller en forhandlet konkurranse. Det kan dessuten ikke ses bort fra at tilbudet fra valgte leverandør skulle ha vært avvist i en anbudskonkurranse.

Endring av tildelingskriterium

- (21) Klager frafaller anførselen om at det var et brudd at tildelingskriteriet ble endret fra det økonomisk mest fordelaktige tilbud i kunngjøringen til laveste pris i konkurransegrunnlaget.

Alternative løsninger i valgte leverandørs tilbud

- (22) Innklagede har brutt forskriften § 11-4 og vilkårene i konkurransegrunnlaget ved å akseptere alternative løsninger i valgte leverandørs tilbud. Dette medfører at valgte leverandørs tilbud ikke er sammenlignbart med de andre tilbudene og har påvirket den innbyrdes rangeringen av tilbudene. Valgte leverandørs tilbud inneholdt avvik på punktene solavskjerming, valg av yttertak, taktekking og takpapptype.

Innsyn etter utløp av klagefristen

- (23) Innklagede har brutt offentleglova § 23 og kravet til etterprøvbarhet, gjennomsiktighet og god forretningsskikk i loven § 5 ved først å gi klager innsyn i valgte leverandørs tilbud etter utløpet av klagefristen.

Opplysning om tilbudssummer

- (24) Innklagede har brutt forskriften § 11-8 og kravet til god forretningsskikk ved å opplyse om leverandørenes tilbudssummer før forhandlinger og endelig valg av leverandør. Selv om det skulle gjennomføres forhandlinger, var tildelingskriteriet laveste pris og det kan ikke utelukkes at leverandørene under forhandlingene var motivert av hverandres pris og tilpasset tilbudene etter disse. Konkurransen skulle på dette grunnlaget ha vært avlyst.

Manglende avlysning av den første konkurransen

- (25) Innklagede har brutt kravet til forutberegnelighet og vilkårene i prekvalifiseringskonkurransen ved å kunngjøre en åpen forhandlet konkurranse uten på forhånd å avlyse den allerede gjennomførte prekvalifiseringskonkurransen.

Manglende prekvalifisering

- (26) Innklagede har brutt forskriften § 10-11 (1) og vilkårene i prekvalifiseringskonkurransen ved å la Reinertsen AS delta i konkurransen med forhandling.

Erstatning

- (27) Nemnda bes uttale seg om muligheten for klager til å kreve erstatning.

Innklagede har i det vesentlige anført:

Anskaffelsens verdi

- (28) Det bestrides at vurderingen av anskaffelsens verdi var uforsvarlig. Differansen mellom pristilbudene og innklagedes kalkyle skyldes hovedsakelig to forhold. For det første ble infrastrukturkostnadene undervurdert, dvs. kostnadene med å bygge vann- og avløpsanlegg. For det andre ble entreprenørens rigg- og driftskostnader underestimert, fordi det ikke ble tatt nok hensyn til fordyrelser som følge av byggeplassens lokale forhold, herunder usentral og værhard beliggenhet. Erfaringstallene fra tidligere prosjekter gav ikke et riktig bilde av de tilsvarende kostnadene for det aktuelle byggeprosjektet med tollstasjonen.

Ulovlig direkte anskaffelse

- (29) Det bestrides at det er gjort en ulovlig direkte anskaffelse. At det ikke ble tatt tilstrekkelig hensyn til lokale forhold på byggeplassen i budsjettet, innebærer ikke at verdivurderingen er i strid med regelverket. Det var derfor riktig å legge til grunn at verdien var under

terskelverdien på 40 millioner kroner, og at kontrakten derfor skulle kunngjøres etter forskriften del II.

Alternative løsninger

- (30) Det bestrides at innklagede har gjort en feilaktig evaluering av valgte leverandørs tilbud. Gjennom forhandlingene ble det avklart at forbeholdene er å se som presiseringer og forslag til løsninger, uten priskonsekvens. Ved totalentrepriser skal entreprenøren prosjektere bygget etter forhandlinger og kontrakt, og det er da normalt at det kommer frem andre løsninger enn kontrakten angir under prosjekteringen. Valgte leverandør bekreftet også i møte av 9. oktober 2013 at de forpliktet seg til å levere bygget i samsvar med kravene i konkurransegrunnlaget og øvrige kontraktsdokumenter.
- (31) De forholdene som klager påpeker, innebærer uansett ikke at vinnertilbudet er et alternativt tilbud i forskriftens forstand, jf. definisjonen i § 4-1 bokstav k.

Innsyn etter utløp av klagefristen

- (32) Innklagede besluttet å gi klager innsyn i valgte leverandørs tilbud, men det gikk dessverre noen ekstra dager før beslutningen ble effektivt. Det var ikke slik innklagede mente å opptre. Likevel kan ikke forsinkelsen innebære brudd på offentleglova eller de grunnleggende prinsippene i anskaffelsesloven § 5. Da klager hadde fått tilbudet, sendte de en ny klage og innklagede tok stilling til denne før kontrakten med valgte leverandør ble inngått.

Opplysning om tilbudssummer

- (33) Innklagede innrømmet i brev datert 3. april 2014 at det var en glipp at protokollen ble sendt ut til klager før forhandlinger, og det erkjennes at dette er et brudd på forskriften § 11-8 (3) og kravet til god forretningsskikk.
- (34) Det bestrides imidlertid at feilen medførte plikt til å avlyse konkurransen. Avlysning ville ikke avhjulpet virkningene av feilen som var begått, ettersom klager fremdeles ville kjent til prisene i de opprinnelige tilbudene.

Manglende avlysning av den første konkurransen

- (35) Det er allerede erkjent at å unnlate å informere om at den første konkurransen fra 2011 var blitt avlyst var et brudd på forskriften § 13-1 (3). Det bestrides imidlertid at dette er et brudd på kravet til forutberegnelighet, ettersom tilbyderne i den første konkurranse må ha forstått at denne ble avlyst da innklagede kunngjorde en ny konkurranse om oppdraget.

Manglende prekvalifisering

- (36) Det bestrides at det at innklagede forsømt å informere om avlysningen av den tidligere konkurransen har innvirkning på hvem som kan delta i den nye konkurransen. Reinertsen AS hadde derfor adgang til å delta.

Erstatning

- (37) Det bestrides at klager har lidt noe tap, selv om det har skjedd brudd på anskaffelsesreglene.

Klagenemndas vurdering:

- (38) Klager har deltatt i konkurransen, og har saklig klageinteresse, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Konkurransen gjelder totalentreprise for bygging av tollsted som er en bygge- og anleggsanskaffelse. Innklagede har opplyst at anskaffelsens verdi var estimert til 34,2 millioner kroner.

Ulovlig direkte anskaffelse og anskaffelsens verdi

- (39) Klager har anført at innklagede har foretatt en ulovlig direkte anskaffelse ved at anskaffelsen ble kunngjort som en anskaffelse under EØS-terskelverdi. Det vises til at innklagedes vurdering av anskaffelsens verdi på kunngjøringstidspunktet ikke var holdbar, jf. forskriften § 2-3 (2).
- (40) Det følger av forskriften § 4-1 bokstav q at en ulovlig direkte anskaffelse er en *"anskaffelse hvor oppdragsgiver i strid med reglene i denne forskrift ikke har kunngjort konkurransen"*. Oppdragsgiver har i utgangspunktet plikt til å kunngjøre anskaffelser med en anslått verdi på over 500 000 kroner, jf. forskriften §§ 2-1 og 2-2, jf. §§ 9-1 og 18-1. For bygge- og anleggsanskaffelser, som i foreliggende sak, har oppdragsgiver kunngjøringsplikt etter forskriften del III når verdien overstiger 40 millioner kroner eks mva. (EØS-terskelverdi), jf. forskriften § 2-1 (4), jf. § 2-2 (1).
- (41) Innklagede har kunngjort konkurransen etter forskriften del II med den begrunnelse at verdien av anskaffelsen ble anslått å være 34,2 millioner kroner, altså under EØS-terskelverdi. Klager hevder at denne vurderingen ikke er holdbar, og viser til at samtlige av tilbudene oversteg terskelverdien.
- (42) Utgangspunktet for beregningen av anskaffelsens terskelverdi fremkommer av forskriften § 2-3 (1). Anskaffelsens anslåtte verdi beregnes på grunnlag av *"oppdragsgivers anslag av det samlede beløp oppdragsgiver kan komme til å betale, ekskl. mva. for de kontrakter som utgjør anskaffelsen"*. Videre følger det av § 2-3 (2) at beregningen *"skal være holdbar på kunngjøringstidspunktet"*. Det er innklagede som må dokumentere at det er foretatt en forsvarlig vurdering, og at anskaffelsen ligger under terskelverdien, jf. klagenemndas sak 2007/90 premiss (34).
- (43) Innklagede har oppgitt at prosjektet var estimert til 34,2 millioner kroner. Innklagede har forklart at verdiberegningen ble gjort ut fra konkurransen som ble kunngjort i 2011, på 25,3 millioner kroner, og at denne baserte seg på erfaringstall fra bygging av sammenlignbare tollstasjoner. Det var i tillegg gjort justeringer i verdivurderingen på grunnlag av endringer i reguleringsplanen og prisstigning fra februar 2011 til juli 2013. Disse forholdene ble anslått til henholdsvis 6,4 millioner og 2,5 millioner. Forskjellene til tilbudssummene er av innklagede forklart med at kostnadene med entreprenørens rigg- og driftskostnader som følge av den usentrale og værharde beliggenheten til byggeplassen og infrastruktur, dvs. bygging av vann- og avløpsanlegg, ble undervurdert.
- (44) Samtlige tilbud var priset til over terskelverdi. Ved tilbudsåpningen var valgte leverandørs tilbud på om lag 41,5 millioner kroner, som er 21 % høyere enn innklagedes kostnadsvurdering men under 4 % over terskelverdien. Endelig pris på valgte leverandørs tilbud var om lag 43,7 millioner kroner.
- (45) Selv om avviket mellom innklagedes estimat og valgte leverandørs pris er på over 27 %, er avviket fra den dagjeldende EØS-terskelverdien under 10 %. Innklagede synes å ha

foretatt en grundig vurdering av anskaffelsens verdi basert på erfaring og forholdene rundt den aktuelle anskaffelsen, og hadde nokså god margin før anskaffelsen oversteg EØS-terskelverdien. Klager har ikke påpekt klare feil ved innklagedes beregning av anskaffelsens verdi, utover å vise til avviket til tilbudssummene. Nemnda finner etter dette ikke grunnlag for å fastslå at innklagedes verdivurdering var uholdbar på kunngjøringstidspunktet.

- (46) I tillegg til lov om offentlige anskaffelser følger anskaffelsen etter sin art og verdi forskrift om offentlige anskaffelser av 7. april 2006 nr. 402 del I og II, jf. forskriften §§ 2-1 og 2-2. Det var således ikke en ulovlig direkte anskaffelse at innklagede kunngjorde konkurransen etter forskriften del II. Anførlene om uforsvarlig verdiberegning og ulovlig direkte anskaffelse fører derfor ikke frem.

Alternative løsninger i valgte leverandørs tilbud

- (47) Klager har anført at innklagede har brutt forskriften § 11-4 og vilkårene i konkurransegrunnlaget ved å akseptere alternative løsninger i valgte leverandørs tilbud. Dette har påvirket den innbyrdes rangeringen av tilbudene.
- (48) Det følger av forskriften § 11-4 at dersom *"tildeling av kontrakt skal skje på bakgrunn av det økonomisk mest fordelaktige tilbud, kan oppdragsgiver ta i betraktning alternative tilbud."* Videre følger det at *"[d]ersom oppdragsgiver tillater alternative tilbud, skal dette angis i kunngjøringen."*
- (49) Ifølge konkurransegrunnlaget skulle tildeling av kontrakt skje på bakgrunn av laveste pris. Det var følgelig ikke adgang til å godta alternative tilbud. I tillegg opplyste innklagede eksplisitt i konkurransegrunnlaget at tilbud på alternative løsninger ikke ville godtas.
- (50) Etter forskriften § 4-1 bokstav k er alternative tilbud en betegnelse på *"tilbud som er utarbeidet etter oppdragsgivers oppgitte alternative minimumskrav til ytelse eller funksjon, og eventuelle spesielle krav til utformingen av tilbudet"*.
- (51) Dette gir uttrykk for at det som et utgangspunkt ikke kan sies å foreligge et alternativt tilbud i forskriftens forstand hvis ikke oppdragsgiver har åpnet for alternative tilbud i kunngjøringen eller konkurransegrunnlaget, jf. i denne retning kjennelsen fra Hålogaland lagmannsrett i LH-2012-94559. Dette er senere fulgt opp av klagenemnda, se blant annet sak 2014/108 premiss (19).
- (52) Ettersom det ikke er åpnet for alternative tilbud, kan ikke valgte leverandørs tilbud utgjøre et alternativt tilbud i forskriftens forstand. Innklagede hadde derfor ikke plikt til å avvise valgte leverandørs tilbud på dette grunnlaget, jf. forskriften § 11-11 (1) bokstav c. Basert på de forholdene klager viser til, og øvrig argumentasjon, forstår nemnda klagen dithen at det anføres at valgte leverandørs tilbud uansett skulle ha vært avvist på grunn av de avvikende/alternative løsningene.
- (53) Klager hevder at valgte leverandørs tilbud inneholder flere avvik som medfører at valgte leverandørs tilbud ikke er sammenlignbart med de andre tilbudene, og at den innbyrdes rangeringen mellom tilbudene er påvirket. De påståtte avvikene vil bli gjennomgått hver for seg.

- (54) Forskriften inneholder flere bestemmelser om avvisning grunnet avvik. Det følger av forskriften § 11-11 (1) bokstav f at et tilbud "skal" avvises når "det på grunn av avvik (...) i en anbudskonkurranse kan medføre tvil om hvordan tilbudet skal bedømmes i forhold til de øvrige tilbudene." Av forskriften § 11-11 (1) bokstav e følger det at et tilbud "skal" avvises når det inneholder "vesentlige avvik fra kravspesifikasjonene i kunngjøringen eller konkurransegrunnlaget". Om det foreligger "avvik" må vurderes ut fra tilbudet sammenholdt med spesifikasjonene som fremgår i konkurransedokumentene.
- (55) For det første anfører klager at valgte leverandørs tilbud skulle ha vært avvist, fordi det avviker fra kravet til solavskjerming. Det var opplyst i byggeprogrammet at "Persiennner skal ikke skjules bak utenpåliggende persiennekasser, men trekkes opp bak den utvendige kledningen". I valgte leverandørs tilbud er det opplyst at "persiennene leveres som en utenpåliggende kassett over vinduene på grunn av valgt fasade av sandwichelementer".
- (56) Klager viser til at kravet om persiennner bak utvendig kledning må ses på som absolutt, slik at det ikke åpner for å tilby alternative løsninger, og at hallen må bygges i tre for å oppfylle kravet, noe som er dyrere. Innklagede har vist til at det under forhandlingene ble avklart at avvikene var presiseringer og forslag til løsninger, uten priskonsekvens. Innklagede har vist til avklaringene i forhandlingsmøte 8. mai 2014, der det i referatet fremkommer at når det gjelder persiennene "opplyste Veidekke at man ikke hadde noen ferdig beskrivelse av hvordan dette skal gjøres, men at forholdet inngår i tilbudet og vil bli løst gjennom detaljprosjekteringen, uten tilleggskrav mot byggherren." Det følger også av møtoreferatet at bygget ville bli levert i samsvar med kravene i konkurransegrunnlaget og øvrige kontraktsdokumenter.
- (57) Saken gjelder en totalentreprise, og det er da mulig å komme frem til andre løsninger under prosjekteringen for hvordan persienne skal trekkes opp i tråd med byggeprogrammet. Ettersom valgte leverandør følgelig har forpliktet seg til å sette opp persiennene i tråd med kravet oppstilt i byggeprogrammet, vil ikke løsningen være i strid med absolutte krav. Anførselen fører ikke frem.
- (58) Klager har videre anført at valgte leverandør har fraveket krav om lufting, taktro og papptekking i krav til yttertak alternativ b. Det vises også til at papptekking er et absolutt krav.
- (59) Valgte leverandør tilbød buete gitterdragere av stål som bæresystem for det buete yttertaket. Dette var ett av de to alternativene innklagede hadde satt opp i byggeprogrammet punkt 2.6.1 "Primærkonstruksjon", se premiss (6) ovenfor.
- (60) Klager har ikke utdypet hvordan valgte leverandørs tilbud avviker fra kravspesifikasjonen på disse punktene. I tillegg har innklagede tidligere svart klager at alternativene i byggeprogrammet kun var eksempler på løsninger, og at det ikke var et krav at ett av alternativene ble valgt, noe som støttes av ordlyden "bør vurderes valgt", jf. premiss (6) ovenfor. Sett i lys av klagers manglende konkretisering av anførselen, finner ikke nemnda at det er grunnlag for å fastslå at valgte leverandørs tilbud inneholder avvik fra kravene i byggeprogrammet på de nevnte punktene. Anførselen fører ikke frem.
- (61) Klager har videre anført at det er et absolutt krav at grå takpapp skal brukes til taktekkingen, og at valgte leverandørs tilbud ikke oppfyller dette. Det følger av byggeprogrammet punkt 2.6.2 "Taktekking" at "Taket skal tekkes med grå takpapp."

Valgte leverandør har tilbudt tak bestående av "TRP 128, diffusjonssperre og 280 mm isolasjon samt 1 lag Protan taktekke."

- (62) Innklagede har som nevnt vist til at forholdene klager har påpekt ved valgte leverandørs tilbud, var presiseringer og forslag til løsninger uten priskonsekvens, jf. premiss (59) ovenfor. Det er også vist til at det er et ubetydelig avvik å tilby Protan taktekke. Klager har ikke synliggjort på hvilken måte avviket er vesentlig, vil kunne få priskonsekvenser eller på annen måte vil kunne medføre tvil om hvordan valgte leverandørs tilbud skal rangeres i forhold til de andre tilbudene. Slik saken er opplyst kan ikke nemnda se at vilkårene for avvisning er oppfylt. Anførselen fører ikke frem.
- (63) Klager har også anført at valgte leverandørs tilbud om Protan taktekke gir en takoverflate som nødvendiggjør montering av snørekkeverk, som vil utgjøre tilleggsarbeider. Det følger av byggeprogrammet punkt 2.6.8 "Utstyr og komplettering" at "Det skal tilstrebes å benytte en takpapptype som er så grov i overflaten at det ikke er behov for snørekkeverk." Ordlyden "tilstrebes" tilsier imidlertid at dette ikke var et absolutt krav. Valgte leverandørs tilbudte løsning er derfor ikke et avvik fra kravspesifikasjonen. Anførselen fører ikke frem.
- (64) Klager har avslutningsvis vist til at det er pekt på flere avvik på siste side i klagen til innklagede datert 20. mars 2014. I den klagen har klager kommentert kravene bygg, U-verdier, brønnboring, energibrønn og automatikk ventilasjonsaggregat og vist til at flere av punktene vil føre til tilleggspris. Disse punktene har innklagede svart på i brev av 10. juni 2014. I svaret pekte innklagede på at kravene tak og automatikk ventilasjonsaggregat var i samsvar med byggeprogrammet og oppfylte byggeprogrammet. Punktet om U-verdier var av klager formulert som et spørsmål om hvilke verdier valgte leverandør hadde tilbudt, og dette ble besvart. For de to gjenstående kravene til brønnboring og energibrønn svarte innklagede at de siterte formuleringene fra klager ikke kunne ses å innebære uttrykkelige forbehold mot krav i konkurransegrunnlaget. Klager har ikke konkret opprettholdt disse anførselene, eller utdypet på hvilken måte valgte leverandørs tilbud avviker fra kravspesifikasjonene på disse punktene. I den grad den generelle henvisningen til den tidligere klagen skal forstås som en anførsel, er denne så lite konkretisert at den ikke kan anses som hensiktsmessig for behandling i nemnda. På denne bakgrunnen avvises anførselen som uhensiktsmessig for behandling i klagenemnda, jf. klagenemndsforordningen § 9.

Innsyn etter utløp av klagefristen

- (65) Klager har anført at innklagede har brutt offentleglova § 23 og kravet til etterprøvningsbarhet, gjennomsiktighet og god forretningsskikk i loven § 5 ved først å gi klager innsyn i valgte leverandørs tilbud etter utløpet av klagefristen.
- (66) Det følger av forskriften § 3-5 at "for allmennhetens innsyn i tilbud og anskaffelsesprotokoll gjelder offentleglova". Både etter offentleglova § 32 (1) og forvaltningsloven § 28 (1) er systemet at en avgjørelse om nektet innsyn kan påklages til det organet som er nærmest overordnet organet som har nektet innsyn i førsteinstans. Klagenemnda verken skal eller er ment å være et ytterligere overordnet klageorgan for innsynsbegjæringer. Det bemerkes for øvrig at oppdragsgiver ikke har plikt til å sette en klagefrist i tildelingsbeslutningen, men kun en plikt til å opplyse om karenperioden. Karenperioden er en periode etter valget av leverandør der oppdragsgiver ikke kan inngå kontrakt med valgte leverandør. Formålet med karenperioden er at tilbydere skal få tid,

før kontrakt blir inngått, til å bedømme om anskaffelsesprosedyren har foregått i samsvar med anskaffelsesregelverket og, dersom det er ønskelig, imøtegå tildelingsbeslutningen, for eksempel ved midlertidig forføyning, se også klagenemndas sak 2013/13 premiss (45) og (46). På denne bakgrunnen avvises anførselen som uhensiktsmessig for behandling i klagenemnda, jf. klagenemndsforordningen § 9.

Opplysning om tilbudssummer

- (67) Klager har anført at innklagede har brutt forordningen § 11-8 og kravet til god forretningsskikk ved å opplyse om leverandørenes tilbudssummer før forhandlingene og det endelige valget av leverandør. Klager har vist til at dette kan ha motivert pristilbudene under forhandlingene, og konkurransen skulle på dette grunnlaget ha vært avlyst.
- (68) Det følger av forordningen § 11-8 (3) forhandlingene skal skje "*i samsvar med de alminnelige regler i § 3-1, herunder kravene til likebehandling og god forretningsskikk*". Klager ba om innsyn i protokollen samme dato som tilbudsåpningen, 11. september 2013, og fikk innsyn i protokollen inkludert tilbudsprisene i e-post av samme dag.
- (69) Innklagede innrømmet i brev av 3. april 2014 at det var en glipp at protokollen ble sendt ut til klager før forhandlinger, og innklagede erkjenner at dette er et brudd på forordningen § 11-8 (3) og kravet til god forretningsskikk. Ettersom innklagede har erkjent å ha brutt regelverket, finner ikke nemnda grunn til å ta nærmere stilling til dette.
- (70) Klager har videre anført at feilen må føre til at innklagede pliktet å avlyse konkurransen. Innklagede bestrider at feilen medfører plikt til å avlyse konkurransen, fordi avlysning ville ikke avhjulpet virkningene av feilen.
- (71) Avlysningsplikt forutsetter at feilen ikke kan rettes på annen måte enn ved avlysning, jf. blant annet klagenemndas saker 2010/159 premiss (60) og 2009/80 premiss (32). Det er videre et vilkår for avlysningsplikt at det påvises at konkurransen kunne fått et annet utfall for klagers vedkommende om feilen ikke var begått, eventuelt at feilen kan ha virket inn på deltakelsen i konkurransen, jf. klagenemndas sak 2011/171 premiss (61).
- (72) Klager har vist til at selv om det skulle gjennomføres forhandlinger, var tildelingskriteriet laveste pris og det kan ikke utelukkes at leverandørene under forhandlingene var motivert av hverandres pris og tilpasset tilbudene etter disse. Klager har antatt at protokollen ble sendt til alle tre tilbydere.
- (73) Innklagede har bekreftet at kun klager spurte om og ble oversendt kopi av protokollen med tilbudssommene. Nemnda finner ikke grunn til å betvile dette, og legger derfor til grunn at klager var den eneste av leverandørene som mottok tilbudsprisene. Feilen innklagede gjorde ved å gi klager innsyn i prisene har derfor kun kommet klager til gode og ikke hatt betydning for utfallet i saken. Klager har etter dette ikke saklig interesse i å få vurdert lovmessigheten av unnlattelsen av å avlyse konkurransen, jf. klagenemndsforordningen § 6 (2).

Manglende avlysning av den første konkurransen

- (74) Klager har anført at innklagede har brutt kravet til forutberegnelighet og vilkårene i prekvalifiseringskonkurransen ved å kunngjøre en konkurranse med forhandling i ett trinn uten på forhånd å avlyse den allerede gjennomførte prekvalifiseringskonkurransen.

- (75) Det følger av forskriften § 13-1 (3) at "[l]everandørene skal informeres i samsvar med § 11-14 (oppdragsgivers begrunnelsesplikt) om beslutninger om ikke å inngå kontrakt om et oppdrag som har vært kunngjort eller å gjennomføre anskaffelsesprosedyren på nytt." Videre følger det av § 11-14 (2) at oppdragsgiver "skal snarest mulig gi skriftlig melding med en kort begrunnelse" dersom konkurransen avlyses.
- (76) Innklagede har ikke gitt tilbyderne i den første konkurransen beskjed om at konkurransen er avlyst, og har heller ikke formidlet en begrunnelse for avlysningen. Innklagede har erkjent at ikke å informere om at den første konkurransen i 2011 var blitt avlyst, var et brudd på forskriften § 13-1 (3). Ettersom innklagede har erkjent brudd på regelverket på dette punktet, finner ikke nemnda grunn til å ta nærmere stilling til dette.

Manglende prekvalifisering

- (77) Klager har anført at innklagede har brutt forskriften § 10-11 (1) og vilkårene i prekvalifiseringskonkurransen ved å la Reinertsen AS delta i den nye konkurransen.
- (78) Reinertsen AS leverte ikke forespørsel om deltakelse i den første konkurransen, der leverandørene måtte prekvalifiseres. Den første konkurransen og den etterfølgende åpne anbudskonkurransen må åpenbart ses som to ulike konkurranser. Det var ikke prekvalifisering for konkurransen med forhandling, og innklagede hadde derfor ikke plikt til å avvise Reinertsen AS som følge av manglende forespørsel om deltakelse i konkurransen to år tidligere. Anførselen fører ikke frem.

Erstatning

- (79) Klagenemnda finner ikke grunn til å uttale seg om spørsmålet om erstatning.

Konklusjon:

Statsbygg har ikke brutt regelverket om offentlige anskaffelser.

Klagers anførsler om for sent innsyn i sakens dokumenter og at avvisning på grunnlag av forhold påpekt i tidligere klage er avvist som uhensiktsmessig for behandling i klagenemnda, jf. klagenemndsforordningen § 9. Klager har heller ikke saklig interesse i å få behandlet anførselen om innklagede hadde plikt til å avlyse konkurransen på grunn av at klager fikk innsyn i tilbudssummene, jf. klagenemndsforordningen § 6 (2).

For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,

Jakob Wahl

Dokumentet er godkjent elektronisk