



**Klagenemnda
for offentlige anskaffelser**

Saken gjelder: Avvisning av tilbud, begrunnelse, plikten til å føre protokoll, innsyn, klagefrist, tidspunkt for avvisning av tilbud.

Innklagede har gjennomført to åpne anbudskonkurranser, en konkurranse for anskaffelse av prosjekterings- og byggeledertjenester for utskifting av vann og avløpsanlegg, separering og gjenoppbygging av vei på Vollene, og en konkurranse for prosjekterings- og byggeledertjenester for sanering og omlegging av eldre fellessystem, inkludert traseer i terreng på Melkedammen. Klagenemnda fant at innklagede hadde brutt regelverket ved å avise klagers tilbud uten at det forelå hjemmel for dette. Klagers anførsler om mangelfull begrunnelse, manglende protokollføring, for sent etterkommet begjæring om innsyn, for kort klagefrist og for sen meddelelse om avvisning førte ikke frem.

Klagenemndas avgjørelse 3. februar 2015 i sak 2014/55

Klager: Aquapartner AS

Innklaget: Arendal kommune

Klagenemndas medlemmer: Morten Goller, Tone Kleven, Kai Krüger

Bakgrunn:

- (1) Arendal kommune (heretter kalt innklagede) kunngjorde 24. september 2013 to åpne anbudskonkurranser. En for anskaffelse av prosjekterings- og byggeledertjenester for utskifting av vann og avløpsanlegg, separering og gjenoppbygging av vei på Vollene, og én for prosjekterings- og byggeledertjeneste for sanering og omlegging av eldre fellessystem, inkludert traseer i terreng på Melkedammen. Innklagede har opplyst at verdien for hele prosjektet var 15 millioner kroner, hvorav ca. 900 000 kroner til prosjektering og byggeledelse (den innklagede kontrakten). Verdien for prosjektet på Melkedammen er oppgitt til 12 millioner kroner for hele prosjektet, hvorav 700 000 kroner til prosjektering og byggeledelse (den innklagede kontrakten). Tilbudsfristene er i begge kunngjøringene punkt IV.3.4 angitt til 29. oktober 2013.
- (2) Konkurransegrunnlaget for Vollene og Melkedammen er stort sett likelydende, og behandles derfor samlet i det følgende.
- (3) I konkurransegrunnlaget punkt 1.13.02 var det oppstilt følgende kvalifikasjonskrav knyttet til faglig kompetanse, kapasitet og mer:

"Tilstrekkelig gjennomføringsevne:

Firmaet skal ha generell kompetanse, erfaring, utstyr og økonomi til å gjennomføre oppdraget.

Dokumenteres ved å:

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

1. *Fremvise plan for bemanning av oppdraget, som også inkluderer reservebemanning i tilfelle uforutsette hendelser gjør planlagt bemanning utilgjengelig.*
 2. *Fremvise liste over tilsvarende oppdrag firmaet har utført. Minst fire oppdrag utført siste fem år. Listen skal inneholde enkel beskrivelse av oppdraget, oppdragsgiver inkl kontaktperson, oppdragets rammer og firmaets nøkkelpersonell.*
 3. *Angi hva slags aktuelt utstyr firmaet disponerer til oppdraget. Dette omfatter minimum dataprogrammer for beregning, beskriving og tegning, samt utstyr for oppmåling dersom markarbeid inngår i tilbudet.*
 4. *Økonomi: Tilbyder skal ha tilstrekkelig god økonomi til å gjennomføre prosjektet. Dette dokumenteres for eksempel ved å vedlegge gjeldende kredittrating. Revidert regnskap fra siste tre år kan alternativt benyttes."*
- (4) Det fremgikk av konkurransegrunnlagens punkt 1.17 at kontrakten ville bli tildelt det økonomisk mest fordelaktige tilbudet basert på tildelingskriteriene pris (vektet 40 %) og kvalitet (vektet 60 %). Om tildelingskriteriet kvalitet fremgikk følgende:

"Følgende kriterier vurderes, og tilbyder må derfor dokumentere disse best mulig:

- ***Tilbudet.*** Her vurderes forhold ved tilbudet som vil ha betydning for sluttresultatet:
 - *Gjennomføring 1 – 10 poeng. Tilbyder skal beskrive hvordan gjennomføring av oppdraget er planlagt. Dette graderes etter hvor stor betydning det antas å utgjøre for sluttresultatets kvalitet og /eller kostnad.*
 - *Alternative løsninger 1 – 10 poeng. Dersom tilbyder har beskrevet alternative løsningsforslag for anlegget som er sluttproduktet, kan det gis ekstra poeng for dette etter skjønn. Det forutsettes at eventuell priskonsekvens er gitt på en slik måte at det ikke er tvil om hvordan den skal forstås, og at eventuelle alternativ er godt dokumentert. Betydning for produktets kvalitet eller den økning av kvalitet som selve anlegget kan forventes å få, samt eventuell prisbesparing av anlegget vurderes slik at beste alternativ gis 10 poeng.*
- ***Tilbudt personells kompetanse.*** Her vurderes utdanning og erfaring. Som grunnlag legges tilbyders dokumentasjon, som kan være CV for den enkelte medarbeider. Som minstekrav skal nøkkelpersonell dokumenteres. Nøkkelpersonell er:
 - *Tilbudsgivers prosjektleder*
 - *Den eller de som utfører prosjektering, beregning etc*
 - *Den eller de som utfører byggeledelse.*

Det gis uttelling for:

- *Nøkkelpersonellets utdanning 1 – 10 poeng.*
- *Nøkkelpersonellets erfaring med relevante anlegg de siste 6 årene: 1-10 poeng.*

[..]

NB: Minstekompetanse som anses nødvendig er angitt i postene 5.10 og 6.02. Dersom denne ikke oppfylles eller er dokumentert gis 0 poeng for kompetanse.

- (5) I konkurransegrunnlaget punkt 1.19 under overskriften "*Møter og befaring*" fremkom det at det underveis i prosjekteringsfasen ville være nødvendig å avholde møter og befaringer, og at oppmøtetid ville variere etter hvordan oppdraget er og hva situasjonen krever. Videre fremgikk følgende:

"Prosjektering:

Møter og befaring må kunne avtales på både fast forutsigbar basis, og på kort uforutsigbar basis. Dette er møter/befaringer med byggherren, ikke befaringer etc som nødvendigsgjøres av den ordinære prosjekteringen, slik som markundersøkelser osv.

Det er poster for:

- *2 møter/befaringer innkalt med 2 døgns varsel, ikke forutsigbart (0.3.3)*
- *6 møter/befaringer, forutsigbart for eksempel faste prosjekteringsmøter. (0.3.4)*
- *Reiseutgifter for 12 oppmøter. Dette inkluderer de 8 overstående møter med byggherren, samt egne reiser for markarbeid etc. (0.3.9)*

Byggeledelse:

Det er poster for:

- *5 møter/befaringer innkalt med to timers varsel, ikke forutsigbart (0.3.5)*
- *10 møter/befaringer innkalt med et døgns varsel, ikke forutsigbart. (0.3.6)*
- *80 møter/befaringer/byggeplassbesøk innkalt/planlagt systematisk (for eksempel byggemøter, daglige byggeplasbesøk etc) (0.3.10)*

Reiseutgifter til prosjekteringsmøter i Arendal samt møter/befaring i utførelsesfasen (byggeledelse) skal inkludere både kjøring og tid som medgår til dette."

- (6) I konkurransegrunnlagets kapittel 5 "Mer om prosjektering" punkt 5.10 "Kompetanse" fremkom:

- *"Prosjektleder: Ingeniørutdanning, 5 års erfaring.*
 - *Utførende: Ingeniørutdanning, min 3 års erfaring*
- Utdanning skal være innenfor et reelt fagfelt, og erfaring skal være gjennomført for sammenlignbart prosjekt innenfor de 6 siste år".*

- (7) I konkurransegrunnlagets kapittel 6.0 "Byggeledelse" fremkom følgende i punkt 6.02 "Kompetanse":

"Utdanning: Ingeniør eller sivilingeniør med bred bakgrunn fra VA prosjekter og byggeledelse.

Minst 3 års erfaring med tilsvarende oppdrag, med vekt på saneringsarbeider, samarbeid med beboere, andre etater og kontraktsoppfølging generelt.

Erfaring må være utført de fem siste årene.

God dokumenterbar kunnskap i bruk av relevante kontraktsbestemmelser, med vekt på NS 8406 og Byggeforskriften."

- (8) I konkurransegrunnlaget punkt 6.04 "Tilgjengelighet" fremgikk det at byggeledelsen måtte være tilgjengelig på telefon innen arbeidstid 0800 – 1600, samt på kveldstid når behovet tilsier det. Videre fremgikk det at det skulle være oppfølging på anleggsplass etter behov, men besøk minst 3 ganger pr uke. Byggeledelsen måtte ved behov kunne stille på kort varsel, samme eller påfølgende dag etter hvor viktig sak som kommer opp.
- (9) Innklagede mottok tre tilbud inne tilbudsfristens utløp i konkurransen om Vollene, heriblant fra Aquapartner AS (heretter klager) og fra Aprova AS. I konkurransen om Melkedammen mottok innklagede fire tilbud innen tilbudsfristens utløp, heriblant fra klager og Stærk & Co.

- (10) I punkt 1.5 "Bygge og prosjektledelse" i tilbudene fra klager fremgikk følgende:

"Byggeleder starter med KS av tidligere gjennomførte prosesser. Herunder prosjektdokumentasjon, avtaler/kontrakter, garantier, forsikringsbevis mv.

Løpende byggeledelse omfatter normalt:

- *Innkalling til, gjennomføring av referat og byggemøter.*

Byggeledelsen gjennomføres som periodiske byggemøter. Noe hyppigere i startfasen og gjennom kritiske perioder. Når anlegget er kommet godt i gang, og byggeleder har forsikret seg om at gode rutiner mht. kvalitetssikring, fremdrift, behandling av avvik/endringer mv. fungerer, bør intervallene på byggemøter kunne forlenges.

Byggemøtene ledes og refereres. Aquapartner har utviklet eget system for rutiner i forbindelse med byggemøter. Dette inneholder bla. Fast mal for agenda, system for budsjettoppfølging som også kan anvendes av entreprenørene og oppdragsgiver (exel basert).

- *Daglig og ukentlig oppfølging.*

Dette har vi god erfaring med å gjennomføre ved hjelp av telefonkontakt, og elektronisk som utveksling av dags- og ukerapporter, fotos og annen dokumentasjon formidlet via internett. Med våre byggeprosjekt bla. i Finnmark gjennom de siste 15 årene har vi god erfaring med å styre prosjekt også på geografisk avstand. Under dette prosjektet har vi derimot den store fordel av å ha lokalt stasjonerte ressurser ved vårt kontor i Grimstad.

- *Oppfølging av fremdrift, økonomi inkl. avvik/endringer og SHA.*

Fremdrift, økonomi (måling, evaluering og fakturering av kontraktarbeid og endring/avvik), SHA og nye saker/restanser på avklaringer underveis følges opp,- og styres, ved hjelp av vårt egenutviklede styringsverktøy som nevnt over.

Alle bygge- og prosjektlederoppdrag avsluttes med protokoll fra overtagelsesforretning, oversendelse av kontraktsfestet dokumentasjon, bygge- eller prosjektreknskap og prosjektrapport.

Etter avtale følger vi også opp garantibefaringer."

- (11) Det fremgikk videre av klagers tilbud at klager tilbød Rune Danneborg som prosjektleder. Av Dannebors CV, som var vedlagt tilbudet, fremgikk det at Danneborg hadde følgende utdanning: *"Befals og luftkrigsskolen LOSK 1, linje for teknisk forvaltning inkludert plikttjeneste. 5 år. Grad Løytnant."*

- (12) Innklagede sendte en e-post til klager 1. november 2013, der det fremgikk at klager var kvalifisert til å delta i konkurransene, men at klagers tilbud var avvist fra begge konkurransene etter en samlet vurdering av følgende forhold som ble avdekket i evalueringsprosessen:

- *"Det er satt opp minstekrav til utdanning og erfaring, dette gjelder både prosjektering og byggeledelse. I tilbudet fra Aquapartner er det uklart om*

kravene tilfredsstilles. Det er oppgitt utdanning fra Krigsskolen for prosjektleder. Det er ikke mulig å lese av tilbudet om denne er VA relatert.

- *Tilbudsgrunnlaget forutsetter byggeleder som er tilstedeværende, med minimum tre besøk pr uke. I tilbudet gjøres det imidlertid klart at man tilbyr et avvikende alternativ, ved at denne tjenesten for en stor del er tenkt utført via mail etc. den som er tilbudt som byggeleder har bopel relativt langt unna. Dette er et avvik vi ikke kan akseptere.*
- *Det er oppgitt at firmaet har egne oppdragsbetingelser som benyttes, selv om tilbudsgrunnlaget oppgir kontraktsbetingelser."*

- (13) Partene har opplyst at klager ba om innsyn i de øvrige tilbydernes tilbud og evalueringsmodellen fredag 1. november 2013 klokken 15.56, og at slikt innsyn ble gitt tirsdag 5. november 2013 klokken 12.11.
- (14) Klager sendte en klage på avvisningsbeslutningen 6. november 2013, hvor det blant annet ble påpekt at innklagede ikke hadde hjemmel til å avvise klagers tilbud. Innklagede svarte i brev datert 20. november 2013, og tok ikke klagen til følge.
- (15) Klager sendte en e-post til innklagede 26. november 2013 og spurte om klager hadde fått innsyn i alle dokumentene, eller om det forelå en fullstendig anbudsprotokoll eller lignende. Innklagede svarte at alle dokumenter var oversendt til klager.
- (16) Innklagede har opplyst at kontrakt er inngått med de valgte leverandørene.
- (17) Saken ble brakt inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser 10. mai 2014.
- (18) Nemndsmøte i saken ble avholdt 2. februar 2015

Anførsler:

Klager har i det vesentlige anført:

Ulovlig direkte anskaffelse

- (19) Innklagede har gjort flere vesentlige feil ved gjennomføringen av konkurransen, og anskaffelsen utgjør derfor en ulovlig direkte anskaffelse.

Avvisning av klagers tilbud

- (20) Innklagede har brutt regelverket ved å avvise klagers tilbud. Ingen av de avvisningsgrunnene innklagede har vist til hjemlet avvisning. Innklagede blander sammen avvisning på bakgrunn av kvalifikasjonskrav og avvisning på bakgrunn av manglende oppfyllelse av tildelingskriterier.

- *Avvisning av klagers tilbud grunnet personelletts kompetanse*

- (21) Innklagede har brutt regelverket ved å avvise klagers tilbud på bakgrunn av klagers personells kompetanse. Innklagede la feilaktig til grunn at klagers prosjektleder ikke hadde utdanning innen reelt fagfelt. Klagers prosjektleder har utdanning fra Krigsskole innen fagområdet teknisk forvaltning, og dette fremgikk av vedkommendes CV. Utdannelsen fra Krigsskole er en velkjent utdanning i Norge på opptil fire år, og kan

sammenlignes med andre ingeniørutdannelser. Prosjektleder har videre 30 års erfaring fra VA-faget.

- *Avvisning av klagers tilbud grunnet byggeleders bopelsadresse*
- (22) Innklagede har brutt regelverket ved å avvise klagers tilbud fra konkurransen med den begrunnelse at klagers byggeleder har bopel relativt langt unna byggeplassen. Det var ikke stilt krav om lokal tilhørighet i konkurransegrunnlaget, og det er det heller ikke adgang til å gjøre. Klager har tilbudt å ha sitt personell på stedet/anlegget i samsvar med det som kreves i konkurransegrunnlaget, og det fremgikk av klagers tilbud at klager ville ha lokalt stasjonerte ressurser i Grimstad. Det var dermed feil av innklagede å legge til grunn at klagers byggeleder skulle arbeide som en fjernløsning fra Tromsø.
- *Avvisning av klagers tilbud grunnet klagers egne oppdragsbetingelser*
- (23) Innklagede har brutt regelverket ved å avvise klagers tilbud med den begrunnelse at klager har oppgitt egne oppdragsbetingelser. Det fremgår av klagers tilbud at klagers standard oppdragsbetingelser legges til grunn for avtale om gjennomføring, der disse ikke kommer i konflikt med krav i konkurransegrunnlaget. Videre stod det tydelig at tilbudet ikke inneholdt forbehold.

Avklaringsplikt

- (24) Innklagede har brutt regelverket ved ikke å avklare uklarhetene knyttet til klagers prosjektleders utdanning.

Mangelfull begrunnelse for avvisningen

- (25) Innklagede har brutt regelverket ved å gi en utilstrekkelig begrunnelse for avvisningen av klagers tilbud. Innklagede har kun begrunnet avvisningen i tre enkle punkter på under en halv side. Punktene ga lite konstruktiv informasjon om avvisningsgrunnene. Det er ikke henvist til hvilke krav i konkurransegrunnlaget klager ikke tilfredsstiller.

Uformell avvisning

- (26) Innklagede har brutt regelverket ved ikke å gi klager en formell avvisningsbeslutning. Beskjeden om avvisningen kom på e-post. Den burde blitt sendt som et formelt brev, slik at dokumentet ble ført i postlistene og det dermed ble sikret åpenhet rundt den offentlige anskaffelsen.

For sen avvisning

- (27) Innklagede har brutt regelverket ved å informere klager om avvisningen for sent. Avvisningsbeslutningen ble sendt til klager samtidig som tildelingsmeddelelsen.

For kort klagefrist

- (28) Innklagede har brutt regelverket ved å gi klager en for kort klagefrist. Klager fikk en klagefrist på 7 dager, mens klagefristen skal være på minst 10 dager fra tildelingsbeslutningen er sendt.

Innsyn

- (29) Innklagede har brutt regelverket ved å gi klager innsyn for sent.

Manglende protokoll

- (30) Innklagede har brutt regelverket ved ikke å føre anskaffelsesprotokoll.

Innklagede har i det vesentlige anført:

Ulovlig direkte anskaffelse

- (31) Innklagede har ikke kommentert klagers anførsel om at anskaffelsen utgjør en ulovlig direkte anskaffelse.

Avvisning av klagers tilbud

- (32) Det var ikke i strid med regelverket å avvise klagers tilbud. Innklagede har ikke blandet sammen manglende oppfyllelse av kvalifikasjonskrav og manglende oppfyllelse av tildelingskriterier. Innklagede har klargjort at klager oppfylte kvalifikasjonskravene, og var kvalifisert til konkurransen. Det var den etterfølgende gjennomgangen av tilbudet som viste at klagers tilbud ikke tilfredstilte forespørselen. Det er altså forhold ved tilbudet som medførte avvisningen, ikke manglende oppfyllelse av kvalifikasjonskravene.

- *Avvisning av klagers tilbud grunnet personelletts kompetanse*

- (33) Det var ikke i strid med regelverket å avvise klagers tilbud med den begrunnelse at klager ikke hadde dokumentert at tilbudte prosjektleder hadde utdanning i tråd med det som var etterspurt i konkurransegrunnlaget. Klager har ikke vedlagt dokumentasjon på at "*Teknisk Forvaltning*" ved Krigsskolen samsvarer med forespørselen om ingeniørutdanning innen reelt fagfelt.

- *Avvisning av klagers tilbud grunnet byggeleders bopelsadresse*

- (34) Klagers tilbud ble ikke avvist fordi klagers byggeleder har bopel lang unna byggeplassen, men fordi klagers løsning for oppfølging på anleggsplass avviker fra den som var etterspurt i konkurransegrunnlaget. Klagers løsning, hvor det i stor grad blir benyttet fjernoppfølging via telefon og mail, er ikke i samsvar med forutsetningene i konkurransegrunnlaget. Erfaring tilsier at det er viktig med fysisk tilstedeværelse i prosjekter som det foreliggende, og det fremgikk av konkurransegrunnlaget at byggeledelsen skulle ha oppfølging på anleggsplassen etter behov, med besøk minst tre ganger per uke.

- *Avvisning av klagers tilbud grunnet klagers egne oppdragsbetingelser*

- (35) Det var ikke feil å legge til grunn at klager har oppgitt egne oppdragsbetingelser. Det fremgikk av klagers tilbud at klager la til grunn egne standard oppdragsbetingelser for oppdraget, uten at disse var vedlagt tilbudet. Det var derfor usikkerhet knyttet til hvordan dette skulle forstås. Kontraktbestemmelsene som skulle gjelde for oppdraget er beskrevet i konkurransegrunnlaget, og det er også opplyst at det ikke er tillatt å endre eller ta forbehold mot disse. Innklagede hevder ikke at dette alene er en

avvisningsgrunn, men dette sammen med de over nevnte forhold utgjør samlet sett en avvisningsgrunn.

Avklaringsplikt

- (36) Innklagede hadde ikke plikt til å avklare med klager hvilken utdanning klagers tilbudte prosjektleder hadde. Avklaringsadgangen som følger av forskriften § 12-1 oppstiller en adgang for innklagede til å foreta avklaringer, men ingen plikt.

Mangelfull begrunnelse for avvisningen

- (37) Det bestrides at klager ikke har fått en tilstrekkelig god begrunnelse for avvisningen av klagers tilbud.

Uformell avvisning

- (38) Innklagede har gitt klager en formell avvisningsbeslutning.

For sen avvisning

- (39) Innklagede har ikke uttalt seg om anførselen om at klagers tilbud ble oversendt for sent, men bestrider generelt å ha brutt regelverket ved gjennomføringen av anskaffelsen.

For kort klagefrist

- (40) Klager har ikke fått en for kort klagefrist. Forskriften del II har ikke fastsatt en spesifikk klagefrist. Det var viktig for innklagede å komme raskt i gang med arbeidene, og det ble derfor satt en relativt kort klagefrist.

Innsyn

- (41) Innklagede brukte ikke for lang tid på å gi klager innsyn. Innklagede mottok innsynsbegjæringen en fredag ettermiddag, og ga klager innsyn tirsdagen etter. Dokumentene krevde en god del arbeid i form av skanning siden de forelå i papirformat. Det var ikke rimelig å forvente raskere behandling.

Manglende protokoll

- (42) Innklagede oversendte protokoll fra anbudsåpningen til klager umiddelbart etter åpningen. Ettersom klagers tilbud ble avvist, ble det heller ikke evaluert, og innklagede oversendte derfor ikke evalueringsskjema til klager. Dette ble imidlertid oversendt til klager 15. november 2013 sammen med øvrige dokumenter. Anskaffelsesprotokoll er utført og ajourført 5. november 2013. Denne er imidlertid ikke oversendt noen av tilbyderne, da dette ikke har vært vanlig praksis tidligere. Det ligger ikke flere opplysninger i protokollen enn det som fremgår av evalueringsskjemaet og annen oversendt korrespondanse.

Klagenemndas vurdering:

- (43) Klager har deltatt i konkurransene, og har saklig klageinteresse, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Konkurransene gjelder anskaffelse av prosjekterings- og byggeledertjenester for utskifting av vann og avløpsanlegg, separering og gjenoppbygging av vei på Vollene og prosjekterings- og

byggeledertjeneste for sanering og omlegging av eldre fellessystem, inkludert traseer i terreng på Melkedammen, som er to prioriterte tjenesteanskaffelser i kategori 12. Innklagede har opplyst at verdien for hele prosjektet på Vollene var 15 millioner kroner, hvorav ca. 900 000 kroner til prosjektering og byggeledelse (den innklagede kontrakten). Verdien for prosjektet på Melkedammen er oppgitt til 12 millioner kroner for hele prosjektet hvorav 700 000 kroner til prosjektering og byggeledelse (den innklagede kontrakten). I tillegg til lov om offentlige anskaffelser følger anskaffelsene 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.

Ulovlig direkte anskaffelse

- (44) Klager anfører at innklagede har gjort flere vesentlige feil ved gjennomføringen av konkurransen, og at anskaffelsen derfor utgjør en ulovlig direkte anskaffelse.
- (45) En ulovlig direkte anskaffelse er en anskaffelse som ikke har vært kunngjort i henhold til forskriften, jf. forskriften § 4-1 bokstav q.
- (46) Ingen av de feil klager har anført at innklagede har gjort er knyttet til kunngjøringen eller annet som kan utgjøre en ulovlig direkte anskaffelse, og anførselen er ikke nærmere begrunnet. Klagenemnda har ingen holdepunkter for at anskaffelsen ikke har vært kunngjort i henhold til kunngjøringsreglene i forskriften. Anførselen fører dermed ikke frem.

Avvisning av klagers tilbud

- (47) Klager anfører at innklagede har brutt regelverket ved å avvise klagers tilbud, ettersom ingen av de avvisningsgrunnene innklagede har vist til ga hjemmel til å avvise klagers tilbud. Det vises også til at innklagede blander sammen avvisning på bakgrunn av kvalifikasjonskrav og avvisning på bakgrunn av manglende oppfyllelse av tildelingskriterier.
- (48) Innklagede har opplyst at det var klagers tilbud som ble avvist, ikke klager.
- (49) Av forskriften § 11-11 (1) bokstav d fremgår det at et tilbud skal avvises dersom det inneholder vesentlige forbehold mot kontraktsvilkårene. Av forskriften § 11-11 (1) bokstav e fremgår det at et tilbud skal avvises dersom det inneholder vesentlige avvik fra kravspesifikasjonen. Av forskriften § 11-11 (1) bokstav f fremgår det at et tilbud skal avvises når det 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. Det avgjørende for om innklagede hadde hjemmel til å avvise klagers tilbud blir dermed om noen av de påberopte forholdene ved klagers tilbud utgjorde et vesentlig avvik eller forbehold, eller kunne medføre tvil om hvordan klagers tilbud skulle bedømmes i forhold til de øvrige tilbudene.

- Avvisning av klagers tilbud grunnet personelletts kompetanse

- (50) Klager anfører at innklagede har brutt regelverket ved å avvise klagers tilbud med den begrunnelse at klagers tilbudte prosjektleder ikke hadde tilstrekkelig utdanning.
- (51) Innklagede begrunnet avvisningen blant annet med at det i tilbudet fra klager var uklart om minstekravene til utdanning og erfaring for både prosjektering og byggeledelse var

oppfylt, fordi det ikke var mulig å vurdere om klagers prosjektleders utdannelse var VA-relatert.

- (52) Tildelingskriteriet kvalitet skulle blant annet vurderes ut fra tilbudt personells kompetanse, basert på utdanning og erfaring. Tilbyderne skulle vedlegge CV for prosjektleder, de som skulle utføre prosjektering, beregning etc, og den eller de som skulle utføre byggeledelse. Nødvendig minstekompetanse var angitt i postene 5.10 og 6.02, og dersom denne ikke var oppfylt eller dokumentert ville det gis 0 poeng for kompetanse.
- (53) I konkurransegrunnlagets punkt 5.10 "*Kompetanse*" fremkom følgende: "*Prosjektleder: Ingeniørutdanning, 5 års erfaring.*" Videre fremgikk det at "*Utdanning skal være innenfor et reelt fagfelt, og erfaring skal være gjennomført for sammenlignbart prosjekt innenfor de 6 siste år*". I konkurransegrunnlagets punkt 6.02 "*Kompetanse*" fremkom følgende: "*Utdanning: Ingeniør eller sivilingeniør med bred bakgrunn fra VA prosjekter og byggeledelse.*"
- (54) Kravene til utdannelse som angitt i konkurransegrunnlaget punkt 5.10 og 6.02 synes isolert bedømt å være absolutte krav til utdannelse. Konsekvensen av at et slikt krav ikke er oppfylt vil ofte være at tilbudet inneholder et vesentlig avvik/forbehold. I foreliggende sak fremgikk det imidlertid at konsekvensen av at kravene om utdannelse ikke var oppfylt var at tilbudet ville få 0 poeng på underkriteriet kompetanse under tildelingskriteriet kvalitet, ikke at tilbudet ville bli avvist fra konkurransen. Klagenemnda kom i sak 2013/22 til at regelverket ikke utelukket at et tilbud kunne avvises dersom det fikk 0 poeng på et underkriterium under et tildelingskriterium. Forutsetningen for dette var imidlertid at det var klart nok tilkjennegitt overfor tilbyderne at tilbudene vil bli evaluert på denne måten.
- (55) Når innklagede har opplyst at konsekvensen av manglende oppfyllelse av kravene til utdannelse er 0 poeng på et underkriterium i tilbudsevalueringen, er det i strid med kravet til forutberegnelighet å avvise tilbudet grunnet manglende oppfyllelse av dette kravet. Innklagede hadde dermed ikke hjemmel til å avvise klagers tilbud grunnet klagers tilbudte prosjektleders utdannelse.
- *Avvisning av klagers tilbud grunnet byggeleders bopelsadresse*
- (56) Klager anfører at innklagede har brutt regelverket ved å avvise klagers tilbud fra konkurransen med den begrunnelse at klagers byggeleder har bopel relativt lang unna byggeplassen.
- (57) Innklagede hevder at klagers tilbud ikke ble avvist fordi klagers byggeleder har bopel lang unna byggeplassen, men fordi klager i sitt tilbud beskrev en løsning for oppfølging på anleggsplass som avvek fra den som var etterspurt i konkurransegrunnlaget.
- (58) I konkurransegrunnlaget fremgikk det at det skulle være oppfølging av byggeledelsen på anleggsplass etter behov, med besøk minst 3 ganger pr uke, og at byggeledelsen ved behov måtte kunne stille samme eller påfølgende dag avhengig av hvor viktige saker som måtte komme opp.
- (59) I klagers tilbud fremgikk følgende om bygge- og prosjektledelsens daglige og ukentlige oppfølging:

"Dette har vi god erfaring med å gjennomføre ved hjelp av telefonkontakt, og elektronisk som utveksling av dags- og ukerapporter, fotos og annen dokumentasjon formidlet via internett. Med våre byggeprosjekt bla. i Finnmark gjennom de siste 15 årene har vi god erfaring med å styre prosjekt også på geografisk avstand. Under dette prosjektet har vi derimot den store fordel av å ha lokalt stasjonerte ressurser ved vårt kontor i Grimstad."

- (60) Formuleringene i klagers tilbud kan gi inntrykk av at klager ville benytte elektroniske løsninger for å gjennomføre bygge- og prosjektledelsen. Det fremgår imidlertid ikke av klagers tilbud at klager ikke vil møte opp i samsvar med det som fremgår av konkurransegrunnlaget. Tvert imot fremgikk det innledningsvis i klagers tilbud at klagers tilbud var i samsvar med betingelsene gitt i konkurransegrunnlaget. Opplysningene om mulighetene for å gjennomføre bygge- og prosjektledelsen fra avstand via elektroniske løsninger, synes heller å være argumentasjon for at avstanden ikke ville være et problem, og at klager kunne delta via en fjernløsning, utover det etterspurte oppmøte, ved bruk av de beskrevne løsningene for dette. Innklagede ville dermed kunne kreve at innklagede oppfylte kontrakten i samsvar med forutsetningene i konkurransegrunnlaget. Innklagede har heller ikke vist konkret på hvilken måte innklagede mener at klagers tilbud inneholdt avvik eller forbehold. Det må etter dette legges til grunn at klagers tilbud ikke inneholdt avvik fra kravet om oppmøte på anleggsplassen. Innklagede hadde dermed ikke hjemmel til å avvise klagers tilbud på dette grunnlag.

- *Avvisning av klagers tilbud grunnet klagers egne oppdragsbetingelser*

- (61) Klager anfører at innklagede har brutt regelverket ved å avvise klagers tilbud ved uriktig å legge til grunn at klager har oppgitt egne oppdragsbetingelser.
- (62) Det fremgikk av klagers tilbud at klagers standard oppdragsbetingelser (basert på NS 8402) skulle legges til grunn for avtale om gjennomføring, der disse ikke kommer i konflikt med krav i konkurransegrunnlaget.
- (63) Innklagede hevder at dette alene ikke er en avvisningsgrunn, men sammenholdt med de nevnte forhold gir grunnlag for avvisning. Med det resultat nemnda har kommet til i drøftelsen over, blir ikke denne anførsel nærmere vurdert.
- (64) Innklagede har dermed brutt regelverket ved å avvise klagers tilbud uten at det forelå hjemmel for dette.

Avklaringsplikt

- (65) Klager anfører at innklagede har brutt regelverket ved ikke å avklare uklarhetene knyttet til klagers prosjektleders utdannelse med klager.
- (66) I henhold til forskriften § 12-1 (2) har oppdragsgiver i visse tilfeller rett til å avklare uklarheter og ufullstendigheter i tilbudet. Hovedregelen er imidlertid at oppdragsgiver ikke har plikt til å innhente opplysninger for å avklare uklarheter eller ufullstendigheter i et tilbud. Klager har ikke nærmere begrunnet hvorfor det skulle foreligge en slik plikt i dette tilfellet, og klagenemnda kan ikke se at det foreligger grunnlag for å fravike hovedregelen. Klagers anførsel fører derfor ikke frem.

Uformell avvisning

- (67) Klager anfører at innklagede har brutt regelverket ved ikke å gi klager en formell avvisningsbeslutning. Beskjeden om avvisningen kom på e-post, men den burde blitt sendt som et formelt brev, slik at dokumentet ble ført i postlistene og det dermed ble sikret åpenhet rundt den offentlige anskaffelsen.
- (68) Det følger av forskriften § 11-14 (2) bokstav c at oppdragsgiver snarest mulig skal gi "*skriftlig melding*" med en kort begrunnelse dersom et tilbud blir avvist jf. forskriften § 11-11.
- (69) Av forskriften § 4-1 bokstav h fremgår det at med skriftlig menes "*ethvert uttrykk bestående av ord eller tall som kan leses, reproduseres og deretter kommuniseres. Det kan omfatte elektronisk melding når informasjonen i denne er tilgjengelig for ettertiden*".
- (70) Innklagede har i foreliggende sak sendt klager en avvisningsbeslutning via e-post. Denne e-posten er tilgjengelig for ettertiden, og skriftlighetskravet er dermed oppfylt. Hvorvidt innklagede har en plikt til å føre avvisningsbeslutningen inn i postlisten eller andre steder, er ikke regulert av regelverket for offentlige anskaffelser. Klagers anførsel fører ikke frem.

Mangelfull begrunnelse for avvisningen

- (71) Klager anfører at innklagede har brutt regelverket ved å ikke gi en tilstrekkelig god begrunnelse for avvisningen av klagers tilbud. Innklagede har kun begrunnet avvisningen i tre enkle punkter på under en halv side. Punktene ga lite konstruktiv informasjon om avvisningsgrunnene. Det er ikke henvist til hvilke krav i konkurransegrunnlaget klager ikke tilfredsstiller.
- (72) Oppdragsgiver har plikt til å gi en "*kort begrunnelse*" når et tilbud avvises, jf. forskriften § 11-14 (2) bokstav c. Ordlyden peker på at det er en lite omfattende begrunnelse som kreves, jf. klagenemndas sak 2010/259, men begrunnelsen må være tilstrekkelig til at den avviste tilbyder kan vurdere om avvisningen var rettmessig. Det er ut fra dette tilstrekkelig at oppdragsgiver angir årsaken til at et tilbud blir avvist, herunder viser til hjemmelen for avvisningen og hvilke faktiske forhold ved tilbudet som begrunner avvisningen, jf. klagenemndas sak 2006/7 og 2010/276.
- (73) Innklagede sendte en e-post til klager der det fremgikk at innklagede var avvist fra begge konkurransene etter en samlet vurdering av tre forhold. For det første oppfylte ikke klager minstekravene om utdanning fordi klager ikke hadde dokumentert at tilbudte prosjektleder hadde VA-relatert utdanning. Videre fravek klager kravet om byggeleders tilstedeværelse ved minst tre besøk per uke. Klager forutsatte at denne tjenesten for en stor del var tenkt utført via mail etc, da byggeleder hadde bopel relativt langt unna byggeplassen. Endelig viste innklagede til at klager forutsatte å benytte egne oppdragsbetingelser, selv om konkurransegrunnlaget oppga hvilke kontraktbetingelser som skulle gjelde.
- (74) Etter klagenemndas syn har innklagende gitt en begrunnelse relatert til de aktuelle forhold som har vært med i avvisningsvurderingen. Det er vist til hvilke forhold i konkurransegrunnlaget klagers tilbud fravek fra, og hvilke forhold ved tilbudet som har

ført til avvisningen. Dette er tilstrekkelig til at en tilbyder kan vurdere om avvisningen er rettmessig. Klagers anførsel fører dermed ikke frem.

For sen avvisning

- (75) Klager anfører at innklagede har brutt regelverket ved å informere klager om avvisningen for sent. Avvisningsbeslutningen ble sendt til klager samtidig som tildelingsmeddelelsen.
- (76) Det fremgår av forskriften § 11-13 (1) at oppdragsgiver "*snarest mulig*" skal ta stilling til spørsmålet om avvisning. Av forskriften § 11-14 (2) bokstav c fremgår det at oppdragsgiver "*snarest mulig*" skal gi skriftlig melding med en kort begrunnelse dersom et tilbud blir avvist, jf. § 11-11.
- (77) Det fremgikk av kunngjøringen at tilbudsfristen var 29. oktober 2013. Innklagede sendte en e-post til klager 1. november 2013 om at klagers tilbud var avvist fra konkurransen. Det gikk altså tre dager fra tilbudsfristens utløps til klager ble informert om at deres tilbud var avvist. Det er i foreliggende tilfelle åpenbart at innklagede har gitt klager beskjed om avvisningen i tide. Klagers anførsel fører følgelig ikke frem.

For kort klagefrist

- (78) Klager anfører at innklagede har brutt regelverket ved å gi klager en for kort klagefrist. Klager fikk en klagefrist på 7 dager, mens klagefristen skal være på minst 10 dager fra tildelingsbeslutningen er sendt.
- (79) Før forskriften ble endret med virkning fra 1. juli 2012, inneholdt forskriften § 13-3 en bestemmelse om at oppdragsgiver måtte gi leverandørene en frist for å klage på valget av leverandør. Ut fra denne bestemmelsen ble det innfortolket en plikt for oppdragsgiver til også å gi en frist til å klage på et avvisningsvedtak, jf. eksempelvis sak 2012/132 og sak 2012/218.
- (80) Konkurransen i foreliggende sak er kunngjort etter 1. juli 2012, slik at det er de nye bestemmelsene om begrunnelse som gjelder for konkurransen. Etter forskriften § 13-3 (2) har ikke oppdragsgiver plikt til å opplyse om en klagefrist ved tildelingsmeddelelsen, men bare 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 tilbyderne 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, klage eller stevning.
- (81) Om denne forskriftsendringen heter det følgende i NOU 2010:2 punkt 7.1:

"Det bemerkes innledningsvis at det i dagens norske karenbestemmelser brukes formuleringen at oppdragsgiver «skal angi frist for leverandører til å klage over beslutningen». Dette kan feilaktig gi inntrykk av at karenperioden er en form for klagefrist. Det er ikke tilfellet. Formålet med karenperioden er å gjøre det mulig for leverandører å stanse prosessen innen kontrakt inngås i strid med anskaffelsesregelverket. En leverandør som ønsker å benytte seg av denne muligheten må derfor begjære midlertidig forføyning før karenperiodens utløp for å være sikker på at kontrakt ikke blir inngått. Leverandøren er imidlertid ikke avskåret fra å klage etter

karensperiodens utløp. [.....] Uavhengig av bestemmelsene om karens har leverandørene også mulighet til å klage direkte til oppdragsgiver – både før og etter karensperiodens utløp – men dette reguleres ikke av forskriften."

- (82) Tildelingsmeddelelsen, med begrunnelse og opplysning om karenstid, skal gis til alle berørte leverandører, også leverandører som har fått sitt tilbud avvist, jf. forskriften § 4-1 bokstav p. Leverandører som har fått sitt tilbud avvist, vil altså få begrunnelse og opplysning om tildelingsbeslutning og karenstid. Interessene til en leverandør som har fått sitt tilbud avvist er dermed ivaretatt gjennom reglene om begrunnelse og karensperiode. Oppdragsgiver har etter dette ikke plikt til gi en frist til å klage på et avvisningsvedtak, og regelverket for offentlige anskaffelser regulerer ikke hvorvidt oppdragsgiver har plikt til å behandle klager. Oppdragsgivers oppstilte klagefrist vil heller ikke begrense klagers adgang til å stanse prosessen ved rettslige skritt. Det utgjør dermed ikke et brudd på regelverket å oppstille en klagefrist på syv dager. Klager har ikke anført at det ikke er gitt en karensperiode i samsvar med regelverket, eller at klager ikke har fått opplysninger om denne, og klagenemnda tar derfor ikke stilling til dette. Klagers anførsel fører etter dette ikke frem.

Innsyn

- (83) Klager anfører at innklagede har brutt regelverket ved å gi klager innsyn for sent.
- (84) Partene har opplyst at klager ba om innsyn i de øvrige tilbydernes tilbud og evalueringsmodellen fredag 1. november 2013 klokken 15.56, og at slikt innsyn ble gitt tirsdag 5. november 2013 klokken 12.11.
- (85) Det følger av forskriften § 3-5 at "*for allmennhetens innsyn i tilbud og anskaffelsesprotokoll gjelder offentleglova*". Det er også denne bestemmelsen som regulerer retten til innsyn i anskaffelsesdokumentene for deltakerne i en konkret konkurranse.
- (86) Anskaffelsesregelverket har ikke bestemmelser om når innsyn skal gis. Klagenemnda har tidligere slått fast at offentliglova og forvaltningsloven har et eget system for overprøving av avslag på innsyn, og at klagenemnda ikke skal være et ytterligere klageorgan for dette, jf. sak 2012/103 premiss (17) og sak 2012/109 premiss (71). Systemet er at en avgjørelse om nektet innsyn kan påklages til det organet som er nærmest overordnet organet som har nektet innsyn i førsteinstans. Klagenemnda har som følge av dette som praksis å avvise anførsler om nektet innsyn. Klagenemnda legger til grunn at tilsvarende må gjelde også for anførsler om at innsyn er gitt på et for sent tidspunkt.
- (87) Basert på dette, avvises anførselen som uhensiktsmessig for behandling i klagenemnda, jf. klagenemndforskriften § 9.

Manglende protokoll

- (88) Klager anfører at innklagede har brutt regelverket ved ikke å føre anskaffelsesprotokoll.
- (89) Det følger av forskriften § 3-2 (1) at oppdragsgiver skal føre protokoll for anskaffelser som overstiger 100 000 kroner eks. mva. Av bestemmelsens andre ledd fremkommer det at protokollen skal beskrive "*alle vesentlige forhold og viktige beslutninger gjennom*

hele anskaffelsesprosessen." Videre fremgår det at protokollen minst skal omfatte opplysningene som fremgår av forskriftens vedlegg 3 eller 4.

- (90) Innklagede bestrider at det ikke ble ført anskaffelsesprotokoll. Innklagede viser til at anskaffelsesprotokollene ble ajourført 5. november 2013, men at de ikke ble oversendt til tilbyderne. Det fremgikk imidlertid ikke noe av anskaffelsesprotokollene som ikke også fremgikk av andre dokumenter. Innklagede har fremlagt anskaffelsesprotokoll for begge anskaffelsene til klagenemnda i samsvar med forskriftens vedlegg 4, begge signert 5. november 2013. Innklagede har dermed ført protokoll for anskaffelsene. Det er ikke anført at det var i strid med regelverket ikke å oversende protokollene til tilbyderne, eller at protokollene var mangelfulle. Klagenemnda tar derfor ikke stilling til dette. Klagers anførsel fører ikke frem.

Konklusjon:

Klagers anførsler om mangelfull begrunnelse, manglende protokollføring, for sent etterkommet begjæring om innsyn, for kort klagefrist og for sent meddelt avvisning, har ikke ført frem.

Arendal kommune brutt regelverket ved å avvise klagers tilbud uten at det forelå hjemmel for dette.

For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,

Tone Kleven

Dokumentet er godkjent elektronisk