



**Klagenemnda
for offentlige anskaffelser**

Saken gjelder: Avvisning av leverandør, avvisning av tilbud, karenstperiode, saklig klageinteresse

Innklagede gjennomførte en åpen anbudskonkurranse for anskaffelse av modulbygg ved Sveio skole. Klagers anførsel om at innklagede hadde plikt til å forlenge karenstperioden, førte ikke frem. Klagers anførsel om at valgte leverandør skulle vært avvist på grunn av manglende oppfyllelse av kvalifikasjonskravet om erfaring fra tre tilsvarende oppdrag, førte ikke frem. Klager ble funnet å ha saklig interesse i å få behandlet anførsel om at valgte leverandørs vinnende tilbud skulle vært avvist, selv om medhold i anførselen ikke ville medføre at klager kunne bli tildelt kontrakt. Klagenemnda kom til at det ikke var sannsynliggjort at valgte leverandørs vinnende tilbud inneholdt et avvik fra kravspesifikasjonene ved å tilby elementbygg i stedet for modulbygg, og anførselen om at det forelå avvisningsplikt på dette grunnlaget førte derfor ikke frem.

Klagenemndas avgjørelse 15. april 2015 i sak 2014/78

Klager: Malthus AS

Innklaget: Sveio kommune

**Klagenemndas
medlemmer:** Kai Krüger, Andreas Wahl, Jakob Wahl

Bakgrunn:

- (1) Sveio kommune (heretter innklagede) kunngjorde 2. januar 2014 en åpen anbudskonkurranse for anskaffelse av "modulbygg" ved Sveio skole på ca. 450 m², som skulle inneholde klasserom, grupperom og nødvendig fellesareal til skolebygg. Arbeidet skulle utføres som totalentreprise. Anskaffelsens verdi ble i kunngjøringen estimert til mellom 8 og 9 millioner kroner. Tilbudsfrist var angitt til 28. januar 2014, og ble senere utsatt til 4. februar 2014.
- (2) I konkurransegrunnlagets generelle beskrivelse av oppdraget fremgikk det blant annet at:

"Det settes opp et funksjonelt skulebygg av moduler. [...] Det bygges etter TEK 10¹. [...]

Vi presiserer at det er et krav ihht TEK 10 at et teknisk kontrollorgan skal attestere at produkter til byggverk er i samsvar med den gitte tekniske spesifikasjon. Dette betyr at modulene må ha en typegodkjenning fra SINTEF eller et annet europeisk utpekt kontrollorgan. Typegodkjenningen må vedlegges tilbudet. Tilbud uten gyldig typegodkjenning blir å anse som avvik og medfører avvisning."
- (3) I konkurransegrunnlagets mer spesifikke beskrivelse av utførelsen, var det blant annet presisert at bygningen skulle ha "Yttervegger i trekonstruksjon. Modulbasert". I

¹ Forskrift om tekniske krav til byggverk (Byggteknisk forskrift/TEK 10) av 26. mars 2010 nr. 489

prisskjemaet som fulgte med konkurransegrunnlaget var det også etterspurt angivelse av "Modulprodusent. [...] (legg ved typegodkjenning!)".

- (4) Det var presisert i konkurransegrunnlaget at innklagede ikke ønsket alternative tilbud.
- (5) Ferdigstillelsesfrist var i konkurransegrunnlaget angitt til 4. august 2014.
- (6) I konkurransegrunnlaget var det blant annet stilt følgende kvalifikasjonskrav:

"4. Dokumentasjon av Sentral godkjenning tiltaksklasse 2 eller dokumentasjon som kan sannsynliggjøre at lokal godkjenning vil bli gitt i tiltaksklasse 2

Kravet er at tilbyder skal ha den tilstrekkelige faglige kompetanse slik at han kan få de nødvendige tillatelser som kreves etter plan- og bygningslova.

[...]

7. En liste over de viktigste leveransene de siste 6 år. Herunder opplysning om verdi, tidspunkt og mottaker (navn, telefon og epost). Referansene vil kun bli kontaktet ved behov.

Kravet er at leverandøren skal ha erfaring fra minimum 3 tilsvarende oppdrag."

- (7) Det ble levert seks tilbud i konkurransen, herunder fra Malthus AS (heretter klager) og Engelsen Bygg AS (heretter valgte leverandør). Sistnevnte leverte to tilbud, hvorav ett av disse gjaldt tilbud på "elementbygg", mens det andre tilbudet gjaldt "modulbygg".
- (8) I valgte leverandørs tilbud på "elementbygg" var det under punktet "modulprodusent" i prisskjema, opplyst at leverandøren "Husvik Nordic Houses" skulle benyttes til å levere vegg og takelement. Det var videre vedlagt teknisk godkjenning fra SINTEF på at underleverandøren Husviks produkter til byggverk tilfredsstiller krav i TEK 10, som blant annet informerer om at:

"Husvik Building System er et konstruksjonssystem basert på fabrikkfremstilte treelementer som monteres sammen på byggeplass, og er beregnet for hus i maksimalt fire etasjer. Konstruksjonssystemet omfatter elementer til yttervegger, innervegger, leilighetsskillevegger og tak for skrå og flate tak. [...]"

- (9) Tilbyderne ble meddelt 13. mars 2014 at innklagede hadde til hensikt å inngå kontrakt med valgte leverandørs tilbud som gjaldt "elementbygg". Valgte leverandørs andre tilbud ble rangert som nr. 2 i konkurransen, mens klager ble innstilt som nr. 3.
- (10) I tildelingsmeddelelsen var klagefrist satt til 23. mars 2014.
- (11) Tildelingen ble påklaget av klager den 21. mars 2014, blant annet med påstand om at valgte leverandørs tilbud på elementbygg var et alternativt tilbud i strid med konkurransegrunnlaget og at innklagede derfor hadde brutt regelverket ved ikke å avvise dette tilbudet. Klagen ble ikke tatt til følge ved brev av 26. mars 2014.
- (12) Kontrakt ble inngått med valgte leverandør tidlig på dagen 27. mars 2014. Senere på dagen mottok innklagede en ny klage fra klager. Deretter ble klager meddelt å være avvist fra konkurransen. Det ble vist til at klager måtte avvises, jf. forskriften § 11-10 (1)

bokstav a, fordi kvalifikasjonskravet vedrørende godkjenning i tiltaksklasse 2 ikke var oppfylt, og at klagers tilbud måtte avvises etter § 11-11 (1) punkt d, e og f fordi tilbudet inneholdt forbehold om prisregulering.

(13) Saken ble brakt inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser 9. juli 2014.

(14) Nemndsmøte i saken ble avholdt 13. april 2015.

Anførsler:

Klager har i det vesentlige anført:

Avvisning av klager/klagers tilbud

- (15) Innklagede har brutt regelverket ved å avvise klager fra deltagelse i konkurransen. Innklagede hadde ikke hjemmel i forskriften § 11-10 (1) bokstav a til å avvise klager for manglende bekreftelse på godkjenning i tiltaksklasse 2, ettersom det var tilstrekkelig klart at klager oppfylte kvalifikasjonskravet, og at innklagede opprinnelig vurderte og la til grunn at kravet var oppfylt. Ved en feiltakelse vedla riktignok klager en eldre versjon av sentral godkjenning som kun viste godkjenning for tiltaksklasse 1. Klager hadde rent faktisk sentralgodkjenning i tiltaksklasse 2. Dette er offentlig tilgjengelig dokumentasjon som innklagede kunne innhentet. Riktig versjon var også senere ettersendt innklagede. Det var uansett vedlagt utførlig dokumentasjon som tilsa at klager ville få de nødvendige tillatelser som kreves, slik at klager oppfylte kvalifikasjonskravet.
- (16) Innklagede har brutt regelverket ved å avvise klagers tilbud. Innklagede hadde ikke hjemmel i forskriften § 11-11 (1) bokstav d, e eller f til å avvise klagers tilbud, med henvisning til at tilbudet inneholdt et forbehold om prisstigning, idet tilbudet ikke inneholdt et slikt forbehold, og det uansett ikke var vesentlig.

Karensperiode

- (17) Innklagede har brutt forskriften § 13-3 og regelverket for øvrig ved å inngå kontrakt uten å gi klager anledning til å vurdere oppdragsgivers svar på klagen *etter* utløpet av karensperioden.

Avvisning av valgte leverandør/valgte leverandørs tilbud

- (18) Innklagede har brutt forskriften § 11-11 (1) bokstav c, ved ikke å avvise valgte leverandørs vinnende tilbud som var et tilbud på et elementbygg og ikke et modulbygg slik som det var etterspurt i konkurransegrunnlaget. Elementbygg innebærer en annen byggeprosess enn modulbygg, med forskjellige byggevarer, prosjekterings- og utførelsesmetode, og forskjellig pris.
- (19) Innklagede har brutt forskriften § 11-10 (1) bokstav a ved ikke å avvise valgte leverandør som følge av manglende dokumentert oppfyllelse av kvalifikasjonskravet om erfaring fra minimum tre tilsvarende oppdrag. Av valgte leverandørs tilbudsdokumentasjon fremgår verken erfaring med oppføring av skolebygg eller modulbaserte bygg. Subsidiært har valgte leverandør av denne grunn *"unnlatt å gi opplysninger"* om tilsvarende oppdrag slik det kreves i konkurransegrunnlaget, og skulle vært avvist etter § 11-10 (2) bokstav g.

Erstatning

- (20) Klagenemnda bes ta stilling til om vilkårene for erstatning for den positive eller negative kontraktsinteresse er oppfylt for klagers vedkommende. Dersom klager hadde vært informert om at andre bygg enn modulbygg ville aksepteres av oppdragsgiver, og at entreprenører uten tidligere erfaring fra modulbygg ville godtas, ville ikke klager inngitt tilbud i konkurransen.

Innklagede har i det vesentlige anført:

Avvisning av klager/klagers tilbud

- (21) Det var riktig å avvise klager etter forskriften § 11-10 (1) bokstav a, fordi klager på tidspunktet for tilbudsåpning ikke hadde dokumentert å oppfylle kvalifikasjonskravet som gjaldt godkjenning i tiltaksklasse 2. Den vedlagte dokumentasjonen viste at klager kun hadde sentral godkjenning for søkerfunksjon i tiltaksklasse 1, og ikke for tiltaksklasse 2 eller 3, slik det var etterspurt. Det var heller ikke vedlagt dokumentasjon som tilsa at det ville bli gitt lokal godkjenning for denne funksjonen.
- (22) Det var riktig å avvise klagers tilbud etter forskriften § 11-11 (1) bokstav d, e eller f fordi det inneholdt et forbehold om prisstigning. Dette er et ikke-uvesentlig forbehold. Innklagede estimerte ikke priskonsekvensen av forbeholdet under tildelingsevalueringen, fordi det ikke var oppdaget da. Dette har ingen betydning idet forbeholdet vil føre til bedømmelsestvil.

Karensperiode

- (23) Innklagede hadde ikke plikt til å forlenge karensperioden.

Avvisning av valgte leverandør/valgte leverandørs tilbud

- (24) Innklagede hadde ikke plikt til å avvise valgte leverandørs tilbud etter § 11-10 (1) bokstav c fordi det ble tilbudt et elementbygg og ikke et modulbygg. Grunnen til at det var etterspurt modulbygg, var at det ble antatt som den eneste realistiske måten å bygge dette innenfor tidsrammen. Om tilbyderer velger bygningselementer i form av "kasser", eller modulariserte bygningselementer i form av hele vegger som settes sammen var ikke viktig. Valgte leverandørs tilbud oppfyller alle krav til planløsning, utseende, tidsbruk og andre relevante krav. Dersom dette anses som et avvik, må det uansett anses som et mindre avvik som er tillatt etter § 11-3.
- (25) Innklagede hadde ikke plikt til å avvise valgte leverandør på bakgrunn av manglende dokumentasjon på erfaring med modulbaserte bygg. Valgte leverandørs referanseliste viste relevante prosjekter med størst kompleksitet og vanskelighetsgrad av alle leverandørene, og leverandøren oppfylte derfor klart kvalifikasjonskravet.

Klagenemndas vurdering:

- (26) Klager har deltatt i konkurransen, og har derfor i utgangspunktet saklig klageinteresse, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Hvorvidt dette er tilfellet for den enkelte anførsel, vil bli behandlet i tilknytning til vurderingen av den enkelte anførsel. Klagen er rettidig. Konkurransen gjelder oppføring av et skolebygg, som er en bygge- og anleggsanskaffelse. Anskaffelsens verdi er i kunngjøringen estimert til mellom 8 og 9

millioner kroner. I tillegg til lov om offentlige anskaffelser følger anskaffelsen etter sin opplyste art og verdi forskrift om offentlige anskaffelser av 7. april 2006 nr. 402 del I og II, jf. forskriften §§ 2-1 og 2-2.

Avvisning av klager/klagers tilbud

- (27) Klager anfører at innklagede har brutt regelverket ved å avvise klager og klagers tilbud.
- (28) Klager ble meddelt å være avvist etter at kontrakt ble inngått, se premiss (11). I henhold til § 13-3 (4) kan en tildelingsbeslutning annulleres *"frem til kontrakt er inngått"*. Etter dette tidspunktet er konkurransen avsluttet, evalueringen kan ikke omgjøres og det er da heller ikke mulig å avvise leverandører eller tilbud fra konkurransen. Klagenemnda ser det ikke som sannsynlig at beslutningen om å avvise ble gjort før kontraktsinngåelsen. Dersom dette var tilfellet ville det vært naturlig å avvise klager og/eller klagers tilbud i svaret på klagen av 26. mars 2014, som altså var dagen før kontraktsinngåelse. Avvisningen fremstår heller som en reaksjon på den nye klagen som ble fremsatt etter kontraktsinngåelsen den 27. mars 2014. På dette tidspunkt var det altså ikke anledning til å foreta noen avvisning. Den avvisningen som likevel har skjedd, må derfor regnes som en nullitet. Som følge av dette finner klagenemnda ikke grunn til å ta stilling til om avvisningen av klager/klagers tilbud utgjør et brudd på regelverket, jf. klagenemndforskriften § 6 (1) og (2).

Karensperiode

- (29) Klager anfører at innklagede har brutt forskriften § 13-3 og regelverket for øvrig ved å inngå kontrakt uten å gi klager anledning til å vurdere oppdragsgivers svar på klagen *etter* utløpet av karensperioden.
- (30) Klagenemnda forstår klager slik at selskapet mener at karensperioden skulle vært utvidet slik at klager fikk tid til å vurdere innklagedes svar på selskapets klage før kontrakt ble inngått. Klager peker på at klageretten lett kan bli illusorisk ettersom innklagede kan vente til utløpet av karensperioden, avgi sitt svar, og straks deretter inngå kontrakt. Klager har ikke anført at karensperioden ikke ble opplyst på riktig måte i tildelingsmeddelelsen.
- (31) 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 karensperioden. Karensperioden er en periode etter valget av tilbud, der oppdragsgiver ikke kan inngå kontrakt. Formålet med karensperioden 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.
- (32) Om bakgrunnen for bestemmelsen fremgår følgende i NOU 2010:2 punkt 7.1:

"Det bemerkes innledningsvis at det i dagens norske karensbestemmelser brukes formuleringen at oppdragsgiver "skal angi frist for leverandører til å klage over beslutningen". Dette kan feilaktig gi inntrykk av at karensperioden er en form for klagefrist. Det er ikke tilfellet. Formålet med karensperioden 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 karensperiodens 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."

- (33) Regelverket pålegger dermed ikke oppdragsgiver å oppstille en klagefrist, og regulerer ikke hvorvidt oppdragsgiver har plikt til å behandle klager, jf. også klagenemndas avgjørelse i sak 2014/55 premiss (82). Innklagede har da heller ikke plikt til å utvide karensperioden av hensyn til at klager skal få vurdert innklagedes svar på klage. Anførselen fører ikke frem.

Avvisning av valgte leverandør

- (34) Klager anfører at innklagede har brutt forskriften § 11-10 (1) bokstav a ved å unnlate å avvise valgte leverandør, idet valgte leverandør etter klagers syn ikke oppfylte kvalifikasjonskravet til *"erfaring fra minimum 3 tilsvarende oppdrag"*. Det vises til at ingen av valgte leverandørs tidligere leveranser er *"tilsvarende"*, fordi oppdragene ikke gjelder oppføring av skolebygg eller oppføring av modulbaserte bygg.
- (35) Av forskriften § 11-10 (1) bokstav a følger det at oppdragsgiver skal avvise leverandører som *"ikke oppfyller krav som er satt til leverandørens deltakelse i konkurransen, med forbehold av § 12-3 (tilleggsfrist for ettersending av dokumenter)"*.
- (36) Kvalifikasjonskravene skal sikre at leverandørene er egnet til å kunne oppfylle kontraktsforpliktelsene og skal stå i forhold til den ytelse som skal leveres. Ved vurderingen av om kvalifikasjonskravet er oppfylt, utøver oppdragsgiver et innkjøpsfaglig skjønn, som klagenemnda i begrenset grad kan overprøve. Klagenemnda kan likevel prøve om skønnsutøvelsen er saklig og forsvarlig, bygd på riktig faktum og om den ellers er i samsvar med de grunnleggende kravene i loven § 5.
- (37) Klagenemnda har tidligere uttalt at et krav om erfaring fra *"tilsvarende oppdrag"*, må forstås som erfaring fra oppdrag av tilsvarende verdi, art og omfang som det oppdraget konkurransen gjelder, jf. blant annet sak 2013/18 premiss (34) med videre henvisninger.
- (38) Kvalifikasjonskravet skulle dokumenteres oppfylt med en liste over de viktigste leveransene de siste 6 år, herunder opplysning om verdi, tidspunkt og mottaker som innklagede kunne kontakte ved behov.
- (39) Referanselisten i valgte leverandørs tilbud viser erfaring fra totalentrepriser med store verdier, som blant annet oppføring av en ungdomsskole, et kommunehus, leiligheter og institusjoner som omsorgsboliger, flere kontorlokaler, og påbygg på barnehage. Dette er bygg som naturlig er beregnet på mange personer, og som typisk omfatter kjøkken, toaletter, grupperom, og fellesarealer med tilhørende elektriske arbeider, varmeanlegg, og ventilasjonsanlegg som i foreliggende anskaffelse. Klager har ikke påpekt hvorfor denne type erfaring ikke kan sies å være av samme art som oppføring av barneskolebygg av moduler. At erfaringen må være *"tilsvarende"* og dermed av samme art, innebærer ikke at erfaringen må gjelde identiske oppdrag.
- (40) Innklagede har forklart at valgte leverandør klart oppfylte kvalifikasjonskravet fordi referanselisten inneholdt relevante oppdrag med størst kompleksitet og vanskelighetsgrad av alle leverandørene. Det foreligger etter dette ikke grunnlag for å underkjenne

innklagedes vurdering av at valgte leverandør hadde erfaring fra minimum 3 tilsvarende oppdrag. Klagers anførsel fører ikke frem.

- (41) Klagers anførsel om at valgte leverandør i dette tilfellet skulle vært avvist etter § 11-10 (2) bokstav g for å ha *"unnlatt å gi opplysninger"* om sin erfaring med tilsvarende modulbaserte bygg, kan, basert på ovennevnte, heller ikke føre frem. Det er ikke grunnlag for å si at valgte leverandør har unnlatt å gi opplysninger. Bestemmelsen gir uansett oppdragsgiver kun en rett til å avvise, og ingen plikt.

Hvorvidt det foreligger saklig interesse for behandling av klagers øvrige anførsel

- (42) Klager anfører at innklagede har brutt forskriften § 11-11 (1) bokstav c, ved ikke å avvise valgte leverandørs vinnende tilbud, fordi det var tilbudt et *"elementbygg"* og ikke et *"modulbygg"*.
- (43) Klagers tilbud ble rangert som det tredje beste bak valgte leverandørs to tilbud. Uavhengig av om valgte leverandørs vinnende tilbud skulle vært avvist, vil fortsatt valgte leverandørs tilbud nummer to være rangert bedre enn klagers tilbud. Dette tilbudet var basert på moduler, og klager har ikke anført at også dette tilbudet skulle vært avvist. Selv om klagenemnda skulle komme til at klagers anførsel skulle føre frem, gir det dermed ikke klager mulighet til å bli tildelt kontrakten. Det kan derfor reises spørsmål ved om klager har saklig klageinteresse i å få behandlet denne anførselen, idet en avklaring av dette uansett ikke gir klager mulighet til å bli tildelt kontrakten.
- (44) Det fremgår av forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6 andre ledd at klager må ha *"saklig interesse i å få vurdert lovmessigheten av en slik unnlattelse, handling eller beslutning"* som klagen gjelder. For at klageren skal kunne sies å ha *"saklig interesse"*, har nemnda stilt krav om at interessen må være aktuell. I dette ligger at klager må ha et reelt behov for avklaring av den fremsatte anførselen, jf. blant annet klagenemndas saker 2009/180 premiss (23) og 2012/66 premiss (28).
- (45) I klagenemndas praksis er det foretatt en konkret vurdering av hvilken betydning det har for klager å få avklart spørsmålet. Aktuell interesse i å få behandlet anførsler mangler typisk der det allerede foreligger rett eller plikt til å avlyse konkurransen, se for eksempel sak 2011/347 og 2010/239, og der klager ikke har deltatt, eller er rettmessig avvist. Saken her omhandler ikke et slikt typetilfelle.
- (46) Den lignende bestemmelsen i Tvisteloven § 1-3 (2) setter som vilkår for domstolsbehandling at den som reiser søksmålet må påvise et *"reelt behov"* for å få kravet avgjort i forhold til saksøkte. Ifølge forarbeidene til tvisteloven innebærer dette at *"avgjørelsen må ha betydning for saksøkerens rettsstilling"*, og at det avgjørende vil være hvilke rettsvirkninger som vil følge av en dom i saksøkerens favør. Dette følger også av rettspraksis knyttet til bestemmelsen.
- (47) Mye taler for at det samme må gjelde i foreliggende sak. Medhold i anførselen gir ikke klager mulighet til å bli tildelt kontrakten, og fører ikke til at konkurransen skulle vært avlyst. Det må avgrenses mot tilfeller der klagers interesse kun ligger i å få fastslått at han *"hadde rett"*, jf. også avgjørelse fra klagenemndas leder i sak 2012/214 med videre henvisning til Schei m.fl. kommentarutgave til tvisteloven. Saken gjaldt spørsmål om klageren hadde saklig interesse i å få vurdert om det var hjemmel til å avvise denne, i en situasjon der oppdragsgiver alternativt hadde en klar rett til å avlyse konkurransen.

- (48) Medhold i anførselen om at valgte leverandørs vinnende tilbud skulle vært avvist, vil ikke ha rettsvirkninger overfor klager med mindre selskapet kan kreve erstatning for den negative kontraktinteresse.
- (49) Vilkåret for å bli tilkjent erstatning for den negative kontraktsinteresse er at klager ikke ville deltatt i konkurransen dersom han hadde visst om den fremtidige saksbehandlingsfeilen, jf. Rt-1997-574 (Firesafe-dommen).
- (50) Klager har fremholdt at selskapet ikke ville levert tilbud dersom det var opplyst at andre bygg enn modulbygg ville aksepteres av oppdragsgiver. Dette er ikke begrunnet nærmere. Høyesterett uttaler i Firesafe-dommen at spørsmålet vil måtte prøves ved en hypotetisk betraktning, og at gode grunner kan tale for at det ikke bør stilles strenge beviskrav for at tilbyderne ikke ville deltatt. Ulike byggemetoder kan naturlig nok inneholde produkt av ulik kvalitet og pris. I valget om å delta i konkurransen kan det derfor være relevant for tilbyderne hvilke byggemetoder de vil kunne konkurrere med. Selv om valgte leverandørs andre tilbud, som ble rangert bedre enn klagers, er et modulbygg, har klager hevdet generelt at selskapet ikke ville deltatt i konkurransen om han skjønnte at andre bygg enn modulbygg ikke ville bli avvist. Klagenemnda finner derfor at det foreligger reelt behov for å få avklart hvorvidt valgte leverandørs vinnende tilbud skulle vært avvist.
- (51) Det foreligger etter dette "*saklig interesse*" jf. klagenemndforskriften § 6, og anførselen behandles.

Avvisning av valgte leverandørs vinnende tilbud

- (52) Klager anfører at innklagede har brutt forskriften § 11-11 (1) bokstav c ved ikke å avvise valgte leverandørs vinnende tilbud, fordi det var tilbudt et elementbygg og ikke et modulbygg.
- (53) Det følger av forskriften § 11-11 (1) bokstav c at et tilbud skal avvises når "*det er et alternativt tilbud avgitt i strid med § 11-4 (alternative tilbud)*".
- (54) 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*". Dersom oppdragsgiver tillater alternative tilbud, skal dette angis i kunngjøringen, jf. § 11-4.
- (55) 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. klagenemndas sak 2014/108 med videre henvisning til kjennelsen fra Hålogaland lagmannsrett i LH-2012-94559, og Fornyings- og administrasjonsdepartementets veileder til reglene om offentlige anskaffelser (2013) på side 142:

"Et alternativt tilbud foreligger kun der oppdragsgiver bruker prosedyren for alternative tilbud ... Reguleringen av alternative tilbud kommer kun til anvendelse der oppdragsgiver har tillatt alternative tilbud og oppgitt minstekrav for de alternative tilbudene."

- (56) Innklagede hadde ikke åpnet for innlevering av alternative tilbud i foreliggende sak. Valgte leverandørs tilbud kan etter dette ikke sies å utgjøre et alternativt tilbud i forskriftens forstand.

- (57) Innklagedes unnlatelse av å avvise tilbudet er dermed ikke i strid med forskriften § 11-11 (1) bokstav c.
- (58) Realiteten i klagers anførsel er uansett at valgte leverandørs tilbud skulle avvises fordi det må anses for å avvike fra det som var etterspurt i kravspesifikasjonen siden det var tilbudt et elementbygg istedenfor et modulbygg. Det er derfor mer nærliggende å vurdere om forskriften § 11-11 (1) bokstav e medfører plikt til å avvise valgte leverandørs tilbud, altså om det inneholder et *"vesentlig avvik fra kravspesifikasjonene"*.
- (59) Klager viser til at det i konkurransegrunnlaget flere steder er spesifisert at det skal oppføres et modulbygg, og at konkurransegrunnlaget ikke åpner for andre byggemåter. Spørsmålet er først om det foreligger et *"avvik"* fra kravspesifikasjonen ved at valgte leverandør tilbyr et elementbygg.
- (60) I kunngjøringen var navnet til anskaffelsen angitt til *"Totalentreprise modulbygg Sveio skole"*. I konkurransegrunnlagets generelle beskrivelse av oppdraget fremgikk det blant annet at det skulle settes opp et funksjonelt skolebygg *"av moduler"*, og at *"modulene må ha typegodkjenning"* fra teknisk kontrollorgan på at produkter til byggverk er i samsvar med TEK 10. I konkurransegrunnlagets mer spesifikke beskrivelse av oppdraget var det presisert at bygningen skulle ha *"Yttervegger i trekonstruksjon. Modulbasert"*. I prisskjemaet vedlagt konkurransegrunnlaget var det også bedt om å angi *"Modulprodusent. [...] (legg ved typegodkjenning!)"*.
- (61) Valgte leverandørs tilbud gjelder *"elementbygg"*, og under modulprodusent i prisskjema var det angitt *"Vegg og takelement fra Husvik Nordic Houses"*. Det var vedlagt teknisk godkjenning fra SINTEF på at underleverandøren Husviks produkter til byggverk tilfredsstiller krav i TEK 10. Det er i godkjenningen beskrevet at vegg og takelementene til underleverandøren leveres som hele innvendige og utvendige vegger og takplater med vindu, og som monteres sammen på byggeplassen. Dette i motsetning til klagers tilbud på modulbygg, der hele vegger og deler av tak skulle monteres i fabrikk og leveres med dører, ut- og innvendig kledning, samt tekniske installasjoner.
- (62) Klager fremholder at modulbygg og elementbygg er to ulike byggeprosesser med forskjellige byggevarer og forskjellig prosjektering og utførelsesmetode, samt ulik pris. Dette er ikke konkretisert nærmere. Valgte leverandørs tilbud på elementbygg var to millioner kroner dyrere enn klagers, som kan indikere bruk av byggematerialer av høyere kvalitet. Tilbudet er imidlertid i samme prisklasse som valgte leverandørs tilbud på modulbygg. Årsaken til at valgte leverandørs tilbud fikk best uttelling på tildelingskriteriet *"Kvalitet"* var den tekniske kvaliteten på vinduer, ventilasjonsanlegg, varmepumpe og lyssetting, samt planløsning og utseende. Det er ikke holdepunkt for at forskjellene kan knyttes til byggemetoden generelt sett, eller at det benyttes andre byggematerialer ved elementbygg. Foruten at bygget som var tilbudt av valgte leverandør i større grad monteres på byggeplassen i stedet for i fabrikk, er det ikke grunnlag for at byggemetoden elementbygg på andre måter generelt sett skiller seg fra modulbygg.
- (63) Klagenemnda stiller spørsmål ved om elementbygg i realiteten er *modulbasert*, og derfor i samsvar med konkurransegrunnlaget. Dette er ikke særlig belyst av partene, bortsett fra at innklagede nevner at begge byggemetodene består av modulariserte bygningselementer, og at det ikke var av betydning hvorvidt leverandøren velger bygningselementer i form av *"kasser"*, eller modulariserte bygningselementer i form av hele vegger. Begge byggemetodene er typer av prefabrikkerte bygg, der deler av bygget settes sammen på

byggeplass. Den eneste forskjellen som er påvist er mengden av montering på byggeplass, og dermed også at byggemetodene har ulik arbeidstid på byggeplassen. Det er i den forbindelse ikke fremhevet som viktig i konkurransegrunnlaget at arbeidstiden på byggeplassen skulle være et minimum, og at det derfor var ønskelig med modulbygg der større deler av bygget monteres i fabrikk. Det ble kun gjort oppmerksom på at byggearbeidet skulle pågå samtidig med driften av barneskolen, som stilte skjerpende krav til sikkerhet. Det kan heller ikke utledes hvilke konkrete forskjeller det er mellom tilbudene når det gjelder arbeidstid på byggeplassen. Innklagede har for øvrig forklart at bakgrunnen for at det var etterspurt modulbygg, kun var fordi innklagede trodde dette var den eneste muligheten til å få ferdigstilt bygget innen tidsfristen. Valgte leverandør erklærer i tilbudet at selskapet ville holde seg innenfor ferdigstillelsesfristen.

- (64) Klagenemnda er kommet til at klager ikke har sannsynliggjort at elementbygg ikke kan regnes som modulbasert, og finner ikke holdepunkt for at tilbudet inneholdt et "avvik" fra kravspesifikasjonene jf. forskriften § 11-11 (1) bokstav e. Anførselen om at valgte leverandørs tilbud skulle vært avvist for å tilby elementbygg fører dermed ikke frem.

Konklusjon:

Sveio kommune har ikke brutt regelverket for offentlige anskaffelser.

For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,

Andreas Wahl

Dokumentet er godkjent elektronisk