



**Klagenemnda
for offentlige anskaffelser**

Saken gjelder: Avvisning. Tildelingsevaluering. Forhandlingsforbud. Begrunnelse.

Innklagede gjennomførte en åpen anbudskonkurranse for bygging av to spesialboliger. Klagenemnda fant at innklagede hadde brutt forskriften § 12-1 ved å fastsette prisen for avviket i valgte leverandørs tilbud gjennom forhandlinger. Nemnda fant videre at innklagede hadde brutt forskriften § 11-14 nr. 1 ved å gi en mangelfull begrunnelse for tildeling av kontrakt. Klagers øvrige anførsler førte ikke frem, eller ble ikke behandlet.

Klagenemndas avgjørelse 23. februar 2016 i sak 2015/134

Klager: Trio-bygg AS

Innklaget: Melhus kommune

Klagenemndas medlemmer: Arve Rosvold Alver, Finn Arnesen og Jakob Wahl

Bakgrunn:

- (1) Melhus kommune (innklagede) kunngjorde 16. juni en åpen anbudskonkurranse for bygging av to spesialboliger. Anskaffelsens verdi ble i kunngjøringen punkt II.2.1) estimert til 5 millioner kroner. Tilbudsfrist ble i punkt IV.3.4) angitt til 24. august 2015.
- (2) Av konkurransegrunnlaget punkt A3 fremgikk det at "[p]rosjektet må ha en robust materialbruk som tåler stor påkjenning og røff behandling". I punkt A3.1 ble det sagt at "[i]nnvendige tak og vegger kles med lakkerte/malte finerplater".
- (3) I konkurransegrunnlaget punkt A3.1 sto det også at "[v]ann og avløp må føres inn til tomta fra offentlig nett". Dette var i punkt A3.7 presisert slik at "[e]ntreprenøren må selv gjøre undersøkelser i forbindelse med ledninger og kabler i grunn, og hvor disse skal tilkobles".
- (4) Kontrakt ville ifølge konkurransegrunnlaget punkt B1.2.5 tildeles det økonomisk mest fordelaktige tilbudet basert på tildelingskriteriene "Tilbudssum inkl. mva." (60 %) og "Kvalitet" (40 %).
- (5) Av konkurransegrunnlaget punkt C1 fremgikk det at NS 8407 "Alminnelige kontraktsbestemmelser for totalentrepriser" gjaldt for oppdraget, med enkelte angitte endringer.
- (6) Innen utløpet av tilbudsfristen kom det inn tre tilbud, fra Trio-bygg AS (klager), Malthus AS og Dovre Moduler AS (valgte leverandør).
- (7) Av valgte leverandørs tilbud fremgikk det at "avløpsrør legges ferdig til underkant stubbloft i modulene og avsluttes med spiss ende til videre tilkobling". I en oversikt kalt "Grunnarbeider / utenomhusarbeid og andre oppgaver", som valgte leverandør hadde utformet, var det krysset av for at innklagede skulle stå for "Tekniske fremføringer – Vann og avløp (BH-til tomt) (TE til bygg)" (uthevet her).

- (8) Vedrørende innvendige vegger fremgikk det at valgte leverandør ville benytte *"11 mm huntonit veggpl mikro, farge antikk hvit"*.
- (9) I tilbudet fra Malthus AS sto det at *"vårt grensesnitt er satt til stubbe gulv for vann og avløp"*. Vedrørende grunnarbeider og kran-/montasjearbeider, gikk det frem at dette ikke var tatt med i tilbudsprisen.
- (10) Innklagede informerte tilbyderne i e-post datert 26. august 2015 om at kommunen hadde bestemt seg for å *"gå i forhandlinger med Dovre moduler med den hensikt å inngå kontrakt"*. I e-posten er det henvist til en vedlagt anbudsprotokoll. Partene har også vist til en oversikt over tilbyderne poeng på tildelingskriteriene, som ifølge partene var vedlagt tildelingsbeslutningen.
- (11) 7. september 2015 sendte innklagede en e-post til Malthus AS, og ba om *"en spesifisert pris på etableringen av vann og avløp til bygget for at vi bedre kan sammenligne tilbudene"*. Malthus AS svarte på e-post 8. september at det var beregnet en pris på ca. 520 000 for dette arbeidet, og at det var *"fordelt i prisbladet under post 07 utadørs arbeider og 03 VVS tekniske anlegg"*.
- (12) Innklagede har opplyst at kontrakt med valgte leverandør ble inngått 9. oktober 2015. Det er fremlagt en kontrakt mellom partene med denne datoen.
- (13) Nemndsmøte i saken ble avholdt 22. februar 2016.

Anførsler:

Klager har i det vesentlige anført:

- (14) Verken valgte leverandør eller Malthus AS priset vann- og avløpstilknytning i sine tilbud. Malthus AS har heller ikke priset øvrige grunnarbeider, kran- og montasjearbeider. Valgte leverandør har videre tilbudt Huntonit-plater i stedet for kryssfinérplater. Dette utgjør vesentlig avvik fra konkurransegrunnlaget, og medfører tvil om hvordan tilbudene skal bedømmes i forhold til hverandre, og i forhold til klagers tilbud, jf. forskriften § 11-11 (1) bokstav e og f. Innklagede har dermed brutt regelverket ved ikke å avvise tilbudene fra valgte leverandør og Malthus AS.
- (15) Innklagede har videre tildelt kontrakt til valgte leverandør uten å gi en begrunnelse for tildelingen. Dette representerer et brudd på forskriften § 11-14.
- (16) Det er heller ikke foretatt noen kontrollregning eller prising av avvikene i tilbudene fra valgte leverandør og Malthus AS i evalueringsfasen. Under tildelingskriteriet *"Kvalitet"* har Malthus AS dessuten fått samme score som klager, på tross av at Malthus AS har utelatt sentrale deler av anskaffelsen i sitt tilbud. Tildelingsevalueringen er således i strid med de grunnleggende kravene i loven § 5.
- (17) Innklagede har også forhandlet med både Malthus AS og valgte leverandør om prisen for vann- og avløpstilknytning, i strid med forhandlingsforbudet i forskriften § 12-1.

Innklagede har i det vesentlige anført:

- (18) Det er ikke riktig at Malthus AS ikke har priset vann- og avløpstilknytning. På en henvendelse til Malthus AS fikk innklagede bekreftet den spesifiserte prisen for disse arbeidene. Valgte leverandør har basert vann- og avløpstilknytning på et kart som viser

at det er tilgang på vann og kum for avløp på eiendommen som skal bebygges. Både klager og Malthus AS har priset vann- og avløpstilknytning ut fra den samme forutsetningen. Til valgte leverandørs tilbud er det derfor lagt til en pris basert på hvordan klager og Malthus AS har priset det nevnte arbeidet. Dette pristillegget gjør det mulig å sammenligne tilbudene, og viser at valgte leverandørs tilbud fortsatt er det økonomisk mest fordelaktige.

- (19) Det er videre ikke en slik forskjell i kvalitet på Huntonit-plater og kryssfinérplater som klager påstår. Denne vurderingen hører under enhver omstendighet inn under oppdragsgivers innkjøpsfaglige skjønn, og utgjør etter innklagedes oppfatning ikke et vesentlig avvik.
- (20) Prisingen av avviket i valgte leverandørs tilbud ble ved en feil ikke tatt med i evalueringsoversikten som ble sendt ut til tilbyderne 26. august 2015. En oppdatert oversikt viser imidlertid at pristillegget ikke endrer på rangeringen av tilbudene.
- (21) Innklagede har ikke brutt forhandlingsforbudet, og har tidligere bekreftet dette på e-post til klager.
- (22) Når det gjelder begrunnelse ble det som nevnt sendt ut et evalueringsskjema til tilbyderne på e-post.

Klagenemndas vurdering:

- (23) Klager har deltatt i konkurransen, og har saklig klageinteresse, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Konkurransen gjelder bygging av to spesialboliger, som er en bygge- og anleggsanskaffelse. Anskaffelsens verdi er i kunngjøringen punkt II.2.1) estimert til 5 millioner kroner. I tillegg til lov om offentlige anskaffelser følger anskaffelsen derfor forskrift om offentlige anskaffelser av 7. april 2006 nr. 402 del I og del II, jf. forskriften §§ 2-1 og 2-2.

Avvikene i valgte leverandørs tilbud

- (24) Klagenemnda tar først stilling til klagers anførsler i tilknytning til at valgte leverandørs tilbud ikke omfattet vann- og avløpstilknytning.
- (25) Om dette står det i konkurransegrunnlaget at *"vann og avløp må føres inn til tomte fra offentlig nett"*, og at *"entreprenøren må selv gjøre undersøkelser i forbindelse med ledninger og kabler i grunn, og hvor disse skal tilkobles"*. Valgte leverandørs tilbud gikk ut på at innklagede selv skulle sørge for vann- og avløpstilknytning til tomten. Tilbudet inneholdt altså et avvik på dette punkt.
- (26) Det følger av forskriften § 11-11 (1) at oppdragsgiver skal avvise tilbud som inneholder vesentlige avvik fra kravspesifikasjonen i konkurransegrunnlaget, eller avvik som medfører tvil om hvordan tilbudet skal bedømmes i forhold til de øvrige tilbudene, jf. bestemmelsens bokstav e og f.
- (27) Når et tilbud inneholder et avvik må oppdragsgivere forsøke å fastsette avvikets prismessige betydning. Avviket skal normalt prissettes ut fra hva avviket maksimalt vil kunne medføre av merkostnader for oppdragsgiver. Slik nemnda oppfatter innklagede er det nettopp det innklagede forsøkte å gjøre ved å bruke prisene for vann- og avløpstilknytning i klagers og Malthus AS' tilbud. Henvendelsen til Malthus AS om

spesifisering av prisene skjedde imidlertid først etter tildelingsbeslutningen, og i anskaffelsesprotokollen som ble sendt til tilbyderne er det ikke tatt høyde for avvikene. Det må derfor legges til grunn at prissettingen av avviket først ble gjort etter tildelingen av kontrakten. Det kan også reises innsigelser mot en slik måte å prise avviket på.

- (28) Fastsettelsen av den prismessige betydning av avviket tjener i første rekke til å gjøre det mulig å ta stilling til om tilbudet må avvises. En slik prissetting endrer imidlertid ikke hva leverandøren gjennom tilbudet har forpliktet seg til. Hvorvidt det er adgang til å avklare betydningen av avviket med leverandøren reguleres av andre regler, og da i første rekke forhandlingsforbudet i forskriften § 12-1. Dette leder over til klagers anførsel om at innklagede har brutt denne bestemmelsen.
- (29) Det følger av forskriften § 12-1 at det i en åpen eller begrenset anbudskonkurranse, ikke er adgang til å *"endre tilbudene eller forsøke å endre tilbudene gjennom forhandlinger"*.
- (30) Innklagede har bestridt at forhandlingsforbudet er brutt. I kontrakten med valgte leverandør, datert 9. oktober 2015, er det imidlertid inntatt en post under *"eventuelle korreksjoner"* hvor partene har lagt til 353 367 kroner for *"tilførsel av VA og strøm"*. Vann- og avløpstilknytning var som nevnt ikke omfattet av valgte leverandørs tilbud. Innklagede og valgte leverandør må altså ha blitt enige om at det pristillegget innklagede hadde beregnet, også skulle gjelde for oppgjøret mellom partene. Slik saken ligger an må det legges til grunn at valgte leverandørs aksept av tillegget skjedde før, eller senest på samme tidspunkt som avtale ble inngått. Denne måten å håndtere avviket på, er ikke i samsvar med forhandlingsforbudet i forskriften § 12-1 (1), jf. eksempelvis Rt. 1994 side 1222 hvor forhandlingsforbudet sammenfattes på følgende måte: *"Bortsett fra en adgang til å få avklart tvil i anbudet - med andre ord en oppklaring av eventuelle uklare punkter – gir disse reglene totalforbud mot endringer i anbudene inntil anbud er antatt [¹]. Formålet er – som det fremgår av siste punktum i 13.3 – at forhold av betydning for konkurranseforholdet mellom anbyderne ikke skal kunne påvirkes. Det er først i det øyeblikk byggherren har bundet seg til en bestemt anbyder, at han kan gå inn i forhandlinger med vedkommende"* (side 1233). Innklagede brøt derfor forhandlingsforbudet ved å få valgte leverandørs aksept for tillegget i prisen for vann- og avløpstilknytning før, eller på samme tidspunkt som avtale ble inngått. Dersom innklagede ønsket å avtale nærmere hva det ville koste å utføre dette arbeidet, i stedet for å la oppgjøret bli styrt etter bestemmelsene om vederlag for endring- og tilleggsarbeider i NS 8407, ville det først være lovlig å inngå en slik avtale etter at kontrakt var signert.
- (31) At innklagede ikke hadde adgang til å få valgte leverandørs aksept for tillegget i prisen, er imidlertid ikke ensbetydende med at valgte leverandørs tilbud skulle vært avvist. Dette må avgjøres ut fra bestemmelsene i forskriften § 11-11 (1) bokstav e og f.
- (32) Inkludert tillegg utgjorde valgte leverandørs pris 3 347 958,75 kroner inkl. mva. Selv om det kan reises innsigelser mot innklagedes måte å prise avviket på, var valgte leverandørs tilbud betydelig rimeligere enn klagers- og Malthus AS' tilbud på henholdsvis

¹ I forskrift om offentlige anskaffelser er regelen om at bindende avtale er inngått når byggherren har antatt (akseptert) tilbudet en annen, slik at kontrakt først er inngått på *"tidspunktet for signering av kontrakt ... av begge parter"*. Dette har imidlertid ingen betydning for rekkevidden av forhandlingsforbudet.

4 274 902,50 og 4 205 461 kroner inkl. mva. Tilbudssum inkl. mva. skulle ifølge konkurransegrunnlaget telle 60 %.

- (33) Ut fra differansen i tilbudssum er det vanskelig å se hvordan avviket i valgte leverandørs tilbud ville kunne skape tvil om rangeringen av tilbudene, jf. forskriften § 11-11 (1) bokstav f. Klager har heller ikke sannsynliggjort dette.
- (34) Når det gjelder klagers anførsel om at avviket er vesentlig, fremgår det av klagenemndas praksis at man blant annet skal legge vekt på hvor stort avviket er, hvor viktig forholdet det avvikes fra er, og i hvilken grad et avvik vil kunne forrykke konkurransen. Avvik fra krav hvor konkurransegrunnlaget gir uttrykk for at avvik ikke vil aksepteres, må som et klart utgangspunkt anses vesentlige. Det er imidlertid ikke tale om et slikt avvik i foreliggende sak.
- (35) Som fremholdt i klagenemndas avgjørelse i sak 2011/55 avsnitt (72) er det et moment i vesentlighetsvurderingen om kontraktsbestemmelsene gir innklagede adgang til å pålegge tilleggs- og endringsarbeider. Det må være klart at innklagede i medhold av NS 8407 ville kunne pålagt valgte leverandør å utføre arbeidet i samsvar med konkurransegrunnlaget. At innklagede i stedet, i strid med forhandlingsforbudet, avtalte hvilken pris som skulle betales, kan etter omstendighetene i saken ikke være avgjørende. På denne bakgrunn må forholdet til de øvrige tilbydere anses tilstrekkelig ivaretatt ved at den prismessige konsekvensen av avviket ikke endrer på rangeringen, se eksempelvis klagenemndas sak 2010/377 avsnitt (44). Klagers anførsel om avvising på dette grunnlag fører derfor ikke frem.
- (36) Til støtte for at valgte leverandørs tilbud skulle ha vært avvist, har klager videre vist til at valgte leverandør tilbød Huntonit-plater i stedet for kryssfinérplater, slik konkurransegrunnlaget foreskrev. Dette utgjør ifølge klager et vesentlig avvik fra kravspesifikasjonen, jf. forskriften § 11-11 (1) bokstav e.
- (37) Konkurransegrunnlaget foreskrev som nevnt at "[i]nnvendige tak og vegger kles med lakkerte/malte finerplater". Valgte leverandørs tilbud på Huntonit-plater inneholder et avvik fra dette. Spørsmålet er om avviket er vesentlig.
- (38) Klagenemnda er ikke enig med klager i at konkurransegrunnlaget oppstilte et ufravikelig krav om kryssfinér. Slik klagenemnda forstår konkurransegrunnlaget, var det overordnede kravet at spesialboligene skulle ha "*en robust materialbruk som tåler stor påkjenning og røff behandling*". Kryssfinérplater, som lages ved at tynne lag av finér er limt lagvis sammen, oppfyller dette kravet.
- (39) Huntonit er en trefiberplate som fremstilles av defibrert trevirke, hovedsakelig rundtømmer, sagspan, hunved og flis. Fiberplater leveres i tre hardhetsgrader: porøse, halvharde og harde plater. Halvharde plater er plater med tykkelse på 6 til 12 millimeter. Valgte leverandørs Huntonit-plater, som var på 11 millimeter, faller i denne kategorien.
- (40) Klager hevder at Huntonit-plater er av vesentlig dårligere kvalitet enn kryssfinérplater, særlig med tanke på slitestyrke. Slik saken er opplyst er det imidlertid ikke holdepunkter for å konstatere at dette er tilfellet. Plater av Huntonit på 11 millimeter er – så vidt klagenemnda kan se – robuste veggplater, som tåler stor påkjenning. Klager har heller ikke påvist at en eventuell prisforskjell mellom kryssfinér og Huntonit skulle kunne føre

til en endring av rangeringen av tilbudene. Det er heller ikke tale om avvik fra grunnleggende elementer, eller andre grunner til at avviket må anses vesentlig.

- (41) Klagers anførsel om at innklagede har brutt regelverket ved ikke å avvise valgte leverandørs tilbud, fører ikke frem.

Avvisning av tilbudet fra Malthus AS

- (42) Klager anfører at innklagede har brutt regelverket ved ikke å avvise tilbudet fra Malthus AS.
- (43) Klagenemnda har ovenfor konstatert at klagers anførsler om avvisning av valgte leverandørs tilbud, ikke fører frem. Klagers tilbud var nummer tre i konkurransen. Selv om Malthus AS' tilbud skulle vært avvist, vil valgte leverandørs tilbud fortsatt være rangert bedre enn klagers tilbud. Dersom anførselen om avvisning av Malthus' tilbud skulle føre frem, vil klager dermed uansett ikke få medhold i at kontrakten skulle ha vært tildelt klager.
- (44) Klagenemndsforordningen § 6 andre ledd oppstiller et krav "*saklig interesse*" i å få vurdert lovmessigheten av oppdragsgivers handlinger, beslutninger eller unnlatelser. Dette er i klagenemndas praksis forstått slik at klager må ha et reelt behov for avklaring av den fremsatte anførselen, se blant annet sak 2014/74 avsnitt (44) med videre henvisninger. Hvorvidt klager har et reelt behov for å få avgjort en anførsel, beror på en konkret vurdering av hvilken betydning det har for klager å få avklart det aktuelle spørsmålet.
- (45) Klager vil i dette tilfellet som nevnt ikke få medhold i at kontrakten skulle ha vært tildelt klager. Medhold i anførselen om avvisning av Malthus AS' tilbud vil heller ikke kunne gi grunnlag for erstatning for den negative kontraktsinteressen. Medhold i anførselen om at Malthus' tilbud skulle ha vært avvist, vil således ikke ha noen betydning for klager. Tilsvarende gjelder klagers anførsler om at innklagedes avklaring med Malthus AS' utgjør et brudd på forhandlingsforbudet, og at evalueringen av Malthus AS' tilbud er i strid med regelverket.
- (46) På denne bakgrunn finner klagenemnda at klager ikke har "*saklig interesse*" i å få avgjort disse anførselene, jf. klagenemndsforordningen § 6 andre ledd.

Mangelfull begrunnelse

- (47) Klager anfører at innklagede har brutt forordningen § 13-3 nr. 2 jf. § 11-14 nr. 1 ved å gi en mangelfull begrunnelse for valget om å tildele kontrakten til valgte leverandør.
- (48) Det fremgår av sistnevnte bestemmelse at oppdragsgiver skal gi "*en redegjørelse for det valgte tilbudets egenskaper og relative fordeler i samsvar med angitte tildelingskriterier*".
- (49) I dette ligger det et krav om at begrunnelsen må inneholde "*en konkret vurdering som gjør leverandørene i stand til, på objektivt grunnlag, å forstå hvilke forhold det er som har gjort at oppdragsgiver har bedømt valgte leverandørs tilbud som best ut fra de fastsatte tildelingskriteriene*", jf. klagenemndas sak 2013/21 premiss (77). Begrunnelsen skal gis samtidig med at oppdragsgiver meddeler sin beslutning om hvem som skal tildeles kontrakt.

- (50) Tildelingsbeslutningen ble i foreliggende sak utelukkende begrunnet ved å gjengi tildelingskriteriene og angi tilbydernes poeng under hvert kriterium. Innklagedes informasjon om tilbudenes poengscore viser resultatet i konkurransen, men er ikke en begrunnelse for dette utfallet. For å oppfylle begrunnelsesplikten måtte innklagede ha forklart hvorfor valgte leverandør ble gitt denne poengscoren i vurderingen av tildelingskriteriene. Dokumentene som ble sendt ut i forbindelse med tildelingen gir også uttrykk for at det ikke var noen forbehold eller mangler ved valgte leverandørs tilbud, og priskonsekvensen av det ovennevnte avviket er således ikke synliggjort.
- (51) Innklagedes begrunnelse gjorde det på denne bakgrunn ikke mulig for klager å bedømme *"... om anskaffelsesprosedyren har foregått i samsvar med anskaffelsesregelverket og om det er grunnlag for å imøtegå tildelingsbeslutningen, for eksempel ved midlertidig forføyning, klage eller stevning"*, jf. klagenemndas sak 2013/21 premiss (77).
- (52) Innklagede har dermed brutt forskriften § 11-14 nr. 1 ved å gi en mangelfull begrunnelse for tildeling av kontrakt.

Konklusjon:

Melhus kommune har brutt forskriften § 12-1 ved å fastsette prisen for avviket i valgte leverandørs tilbud gjennom forhandlinger.

Melhus kommune har brutt forskriften § 11-14 nr. 1 ved å gi en mangelfull begrunnelse for tildeling av kontrakt.

Klagers anførsel om avvisning av valgte leverandørs tilbud, har ikke ført frem.

Klagers anførsler om forhandling med Malthus AS, avvisning av Malthus AS' tilbud, og evaluering av Malthus AS' tilbud, er ikke behandlet.

For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,

Jakob Wahl

Dokumentet er godkjent elektronisk