



Klagenemnda
for offentlige anskaffelser

Saken gjelder: Saklig grunn til avlysning, innsyn/taushetsbelagt informasjon

Innklagede gjennomførte en åpen anbudskonkurranse for utskiftning av idrettsgulv i Lommedalen idrettshall. Klager ble først tildelt kontrakt, men konkurransen ble senere avlyst fordi innklagede mente å ha benyttet et ulovlig tildelingskriterium. Klagenemnda fant at innklagede hadde saklig grunn til å avlyse konkurransen, og klagers anførsel på dette punkt førte ikke frem. Klagenemnda kom etter en konkret vurdering til at innklagede ikke hadde utgitt taushetsbelagte opplysninger i strid med forskriften § 3-6.

Klagenemndas avgjørelse 29. mars 2016 i sak 2015/147

Klager: Gulv og Takteknikk AS

Innklaget: Bærum kommune

Klagenemndas medlemmer: Karin Fløistad, Tone Kleven og Kristian Jåtog Trygstrad

Bakgrunn:

- (1) På vegne av Bærum kommune (heretter innklagede) kunngjorde Pabas arkitekter og rådgivende ingeniører AS 7. juli 2015 en åpen anbudskonkurranse for utskiftning av idrettsgulv i Lommedalen idrettshall. Tilbudsfrist var i kunngjøringen punkt IV.3.4 angitt å være 19. august 2015. Det fremgikk av kunngjøringen punkt IV.2.1 at kontrakt ville tildeles det økonomisk mest fordelaktige tilbudet basert på kriteriene pris (80 %) og byggetid (20 %).
- (2) Tildelingskriteriene var nærmere beskrevet i konkurransegrunnlaget, hvor det av tilbudsforespørselen punkt 5 "Tildeling av kontrakt" fremgikk følgende:

<i>A: Kriterier</i>	<i>B: Vekt</i>	<i>C: Grunnlag</i>	<i>D: Del av tilbud</i>
<i>Pris</i>	80 %	<i>Opplysning om eventuelle forbehold eller avvik i tilbudsbrief</i>	<i>Tilbuds-brev</i>
		<i>Utfylt tilbudsskjema med opplysninger om totalpris, timesatser, påslagsfaktorer og evt. Opsjoner.</i>	<i>Vedlegg 2.1</i>
		<i>Utfylt mengdebeskrivelse med opplysning om enhetspriser.</i>	

Byggetid	20 %	<i>Tilbyders fremdriftsplan. Planen skal vise tilbudt byggetid, dvs. oppstart og ferdigstillestidspunkt. Planen skal vise alle hovedaktiviteter og sentrale milepæler. Planen skal vise at tilbudt byggetid er gjennomtenkt og faktisk lar seg gjennomføre.</i>	<i>Vedlegg 2.2</i>
-----------------	------	---	--------------------

- (3) I tilbudsskjemaet var det angitt hvordan prisen ville evalueres. Timesatsene ville bli multiplisert med 40 timer og legges til tilbudssummen. Tilsvarende ville kroner 100 000 tillegges tilbudt påslagsprosent og legges til tilbudssummen.

- (4) Konkurranses grunnlaget besto også av en oppdragsbeskrivelse, hvor det under punkt C var redegjort for fremdrift og frister. Det fremgikk av punkt C.1 "Generelt" at foreløpig fremdriftsplan for prosjektet var vedlagt i kapittel F. Under punkt C.2 var det gitt en redegjørelse for dagmulksbelagte frister, herunder om overtakelse i punkt C.2.1 hvor det fremgikk at:

"Frist for overtakelse av kontraktsarbeidet

Frist: 30.10.15 dagmulksbeløp 0,1 promille av kontraktssummen, likevel minst 1.000,-"

- (5) Det ble avholdt tilbudsbehandling 13. august 2015.
- (6) I endringskunngjøring av 13. august 2015 ble tilbudsfrist satt til 28. august 2015.
- (7) Innen tilbudsfristen mottok innklagede fire tilbud, herunder fra Gulv og Takteknikk AS (heretter klager).
- (8) Tilbyderne ble meddelt tildelingsbeslutning ved brev datert 15. september 2015, hvor det fremgikk at kontrakt ble tildelt klager, som samlet sett var gitt 10 poeng. De øvrige tilbyderne hadde fått 9,84 og 9,83 poeng. Det var også gitt en redegjørelse for tilbudsevalueringen i relasjon til hvert av tildelingskriteriene. For tildelingskriteriet "pris" var det for hver av tilbyderne angitt korrigert tilbudssum, pris for timearbeid og en post for materialkostnad, samt summen av disse. For ikke oppgitte timepriser ble det i evalueringen benyttet høyeste pris fra de andre tilbyderne med et tillegg av 10 %. For å fastlegge posten for materialkostnader hadde innklagede lagt til 100.000,- pluss tilbyders påslagsprosent. I relasjon til tildelingskriteriet "byggetid" (20 %), var det angitt følgende:

"Det er i oppdragsbeskrivelsen blitt satt frist for overtakelse av kontraktsarbeidene til den 30. 10.15.

Tilbyder 1 [Klager] og 3 har begge redegjort for en byggetid på ca 7 uker. Tilbyder 4 [Parkett og Idrettsgulv AS] har oppgitt 3 uker, men ikke redegjort for om tørketid for flytesparkel er inkludert i denne tiden eller sannsynliggjort at den kan tørke/herde før man går videre innenfor disse 3 ukene.

Vi vurderer derfor det sannsynliggjort at alle leverandørene ville kunne ha ferdigstilt arbeidene innen den opprinnelige fristen, alle vurderes dermed likt og alle ble tildelt 10 poeng."

(9) Innklagede mottok klage på tildelingsbeslutningen ved brev datert 18. september 2015 fra Parkett og Idrettsgulv AS. Det ble anført at innklagede ikke hadde gjort en tilstrekkelig vurdering av kriteriet "byggetid" (20 %). Det ble vist til at innklagede ikke hadde hensyntatt at to av tilbyderne hadde lagt til grunn en byggetid på sju uker, hvilket gjorde at tilbyderne ikke ville være i stand til å fullføre leveransen innenfor den fastsatte siste fristen. Videre ble det vist til at innklagede ikke hadde vektlagt at Parkett og Idrettsgulv AS hadde tilbudt betydelig kortere leveringstid enn de to øvrige tilbyderne. Det ble videre hevdet at dersom Parkett og Idrettsgulv AS hadde blitt tildelt høyeste score på byggetid de hatt det mest fordelaktige tilbudet. Parkett og Idrettsgulv AS hevdet også å være diskriminert ved at innklagede ikke hadde vurdert om tilbudet ville blitt rimeligere med en leveringstid på sju uker, fordi leveringstiden var beregnet ved bruk av ekstra arbeidskraft, som var fordyrende.

(10) Klager ble ved e-post av 24. september 2015 meddelt at konkurransen var avlyst, som følge av en feil ved gjennomføringen av konkurransen, som ikke lot seg rette uten å avlyse konkurransen. På denne bakgrunn, samt fordi feilen kunne ha hatt betydning for utfallet av konkurransen, hevdet innklagede å ha saklig grunn til avlysning av konkurransen. Om den konkrete feilen fremgikk det at:

"Feilen består i at det er benyttet tildelingskriteriet "byggetid" og samtidig fastsatt en dagmulktbelagt frist for overtakelse av kontraktsarbeidet i oppdragsbeskrivelsen. Dette tildelingskriteriet lar seg ikke kombinere med en fastsatt ferdigstillelsesfrist fra oppdragsgiver og vi ser at tildelingskriteriet har blitt tolket ulikt av tilbyderne."

(11) Klager sendte klage på avlysningen ved brev datert 5. oktober 2015. Det ble hevdet at innklagede ikke hadde saklig grunn til å avlyse konkurransen, og subsidiært fremsatt krav om negativ kontraktsinteresse.

(12) Innklagede avviste klagen ved brev datert 23. oktober 2015, hvor det ble hevdet at "byggetid" var et ulovlig tildelingskriterium. Det var gitt en nærmere redegjørelse for hvordan tildelingskriteriet måtte forstås, og at innklagede kunne "ikke se at det er tvilsomt at tildelingskriteriet legger opp til at det skal konkurreres på den tiden det tar å bygge, altså byggetid". Innklagede hevdet dette tildelingskriteriet ikke lot seg kombinere med et absolutt overtakelsestidspunkt, fordi entreprenørene i realiteten kunne vinne kontrakten på å tilby kortest byggetid, uten at oppdragsgiver har muligheter til å håndheve fristen. Det var opplyst i relasjon til krav om erstatning at endringene i en ny konkurranse var minimale, slik at leverandørene kunne benytte mesteparten av forrige tilbud uendret. Videre fremgikk at:

"Ved evalueringen innså Bærum kommune at tildelingskriteriet som var benyttet ikke var lovlig. Det ble imidlertid antatt at alle leverandørene hadde oppfattet kriteriet på samme måte til tross for uklarheten og utfordringene med kriteriet. Det ble derfor lagt til grunn at feilen ikke hadde innvirket på utfallet i konkurransen, slik at avlysning ikke var nødvendig iht. regelverket."

"Da kommunen ble gjort oppmerksom på at leverandørene faktisk hadde ulik oppfatning av hva det skulle konkurreres på, ble det klart for kommunen at tildelingskriteriet hadde innvirket på utfallet og at det åpenbart forelå avlysningsgrunn."

- (13) Klager sendte ny klage ved brev datert 5. november 2015, hvor de tidligere anførslene ble opprettholdt. Det ble i tillegg anført at innklagede hadde gitt innsyn i forretningshemmeligheter.
- (14) Innklagede avviste også denne klagen, ved brev datert 18. november 2015.
- (15) Nemndsmøte i saken ble avholdt 7.mars 2016.

Anførsler:

Klager har i det vesentlige anført:

- (16) Klager anfører prinsipalt at innklagede har brutt forskriften § 13-1 (1) ved å avlyse konkurransen uten saklig grunn. Klager bestrider at tildelingskriteriet om byggetid er ulovlig.
- (17) Det bes om at klagenemnda tar stilling til om vilkårene for negativ kontraktsinteresse er oppfylt.
- (18) Klager anfører at innklagede har brutt forskriften § 3-6 ved at tilbydernes totalpris og byggetid ble opplyst i tildelingsbeslutningen.

Innklagede har i det vesentlige anført:

- (19) Innklagede anfører at det var saklig grunn til å avlyse konkurransen, jf. forskriften § 13-1 (1). Tildelingskriteriet byggetid er så uklart at det er ulovlig, og det er uansett en rettslig uklarhet med hensyn til om byggetid var et ulovlig tildelingskriterium.
- (20) Innklagede bestrider å ha brutt forskriften § 3-6.
- (21) Innklagede hevder også at erstatningsgrunnlaget mangler ansvarsgrunnlag.

Klagenemndas vurdering:

- (22) Klager har deltatt i konkurransen, og har saklig klageinteresse, jf. klagenemndforskriften § 6. Klagen er rettidig. Konkurransen gjelder utskiftning av idrettsgulv i Lommedalen idrettshall som er en bygge- og anleggsanskaffelse. 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.

Saklig grunn til avlysning

- (23) Klager anfører at innklagede har brutt forskriften § 13-1 (1) ved å avlyse konkurransen uten saklig grunn.
- (24) Det følger av forskriften § 13-1 (1) at oppdragsgiver "*kan avlyse konkurransen med øyeblikkelig virkning dersom det foreligger en saklig grunn*". Klagenemnda har lagt til grunn at i tilfeller hvor det har oppstått en feil som følge av innklagedes eget forhold og hvor feilen ikke kan repareres ved andre tiltak enn avlysning av konkurransen, vil det måtte anses som "*saklig grunn*", jf. eksempelvis klagenemndas sak 2015/78 premiss (20) med videre henvisninger
- (25) I det foreliggende tilfellet skyldes avlysningen at innklagede mente tildelingskriteriet "*byggetid*" (20 %) var ulovlig. Utgangspunktet når det foreligger et ulovlig

tildelingskriterium, er at dette er en feil som ikke kan avhjelpest på annen måte enn ved å avlyse konkurransen, jf. EU-domstolens sak C-448/01 (Wienstrom), samt klagenemndas uttalelser i blant annet stornemndssak 2012/9 med videre henvisninger. I praksis er det lagt til grunn at også en reell rettslig uklarhet med hensyn til om det foreligger et ulovlig tildelingskriterium kan utgjøre en saklig grunn til avlysning, jf. klagenemndas sak 2012/9 premiss (36).

- (26) Det fremgikk av konkurransegrunnlaget at *"byggetid"* skulle vektlegges med 20 %. Innklagede hevder dette tildelingskriteriet var uklart, og at det uansett var en reell rettslig usikkerhet knyttet til om tildelingskriteriet var lovlig, herunder vises særlig til at det var stilt en absolutt frist for ferdigstillelse. Klager hevder på sin side at kriteriet ikke var uklart, og at den angitte ferdigstillelsesfristen ikke er uforenlig med kriteriet om byggetid.
- (27) Av forskriften § 13-2 (2) følger det at det skal benyttes kriterier som har *"tilknytning til kontraktsgjenstanden"* når kontrakt tildeles på grunnlag av det økonomisk mest fordelaktige tilbudet. Bestemmelsen innebærer blant annet at tildelingskriteriene må være egnet til å identifisere det økonomisk mest fordelaktige tilbudet.
- (28) Etter nemndas syn er det nærliggende å forstå tildelingskriteriet *"Byggetid"* på den måten at det var byggetiden som ville evalueres, altså at kortere byggetid ville premieres i tildelingsevalueringen. At tilbyderne også skulle utforme en fremdriftsplan, skulle vise at *"tilbudt byggetid er gjennomtenkt og faktisk lar seg gjennomføre"*.
- (29) I forskriften § 13-2 (2) er *"tid for levering eller ferdigstillelse"* eksplisitt angitt som et eksempel på hvilke tildelingskriterier som kan benyttes. Høyesterett fant også i Rt. 2007 side 1783 (NIDA-dommen) at et lignende kriterium som i foreliggende sak, *"Leveringssikkerhet"*, som var et mål for hvor sikkert det var at arbeidet ville være ferdigstilt på det tidspunktet tilbyderen anga, måtte anses lovlig.
- (30) I det foreliggende tilfellet inneholdt konkurransegrunnlaget også en frist for ferdigstillelse, og en overskridelse av denne fristen ville bli dagmulftsanksjonert. Konkurransegrunnlaget inneholdt derimot ingen bestemmelser om forholdet mellom byggetiden som ble tilbudt og ferdigstillelsesfristen med tilhørende sanksjoner. Dette kan likevel ikke alene medføre at kriteriet er ulovlig. Regelverket er ikke til hinder for at tilbud bedømmes på bakgrunn av tilbudte fremdriftsplaner som gir raskere ferdigstillelse enn en kontraktsfestet dagmulftsfrist. Slik saken er opplyst, er det heller ikke klart for nemnda at anskaffelsesregelverket er til hinder for at den dagmulktbelagte fristen i denne kontrakten ble endret i samsvar med leverandørens tilbudte byggetid.
- (31) På denne bakgrunn kan tildelingskriteriet *"byggetid"* vanskelig anses ulovlig.
- (32) Innklagede har også vist til andre svakheter ved konkurransegrunnlaget enn at tildelingskriteriet *"byggetid"* var ulovlig. Ettersom gjennomføringen av konkurransen trakk ut i tid, var innklagede på kontraktstildelingstidspunktet i den situasjonen at flere av tilbyderne hadde tilbudt en byggetid som overskred ferdigstillestidspunktet i konkurransegrunnlaget. Selv om regelverket ikke er til hinder for at tilbudene bedømmes på bakgrunn av tilbudte fremdriftsplaner som gir raskere ferdigstillelse enn en kontraktsfestet dagmulftsfrist, ser klagenemnda også at det kan være uheldig at kortere byggetid blir premiært i en situasjon hvor innklagede ikke har klare sanksjonsmuligheter dersom tilbudt byggetid ikke blir overholdt.

- (33) Etter klagenemndas syn ga disse forholdene samlet sett innklagede saklig grunn til å avlyse konkurransen.

Taushetsplikt

- (34) Klager anfører at innklagede har brutt taushetsplikten etter forskriften § 3-6 ved at tilbydernes totalpris og byggetid ble opplyst i tildelingsbeslutningen. Med totalpris mener klager summen av prispostene, hvilket utgjorde grunnlaget for evalueringen av tilbudt pris. Det nevnes her at prisen som tilbudene ble evaluert på bestod av tilbudssum, pris for timearbeid, og en post for materialkostnader.
- (35) Opplysningene om klagers priser ble frigitt av innklagede i begrunnelsen for valg av tilbud. Innklagede har vist til at verken tilbudssummen eller påslagsprosenten var sladdet i klagers tilbud.
- (36) I entreprisekontrakter er det ikke uvanlig at prisopplysninger oppgis i begrunnelsen, og klagenemnda utelukker ikke at det er en av grunnene til at klager har sladdet deler av sitt tilbud, men ikke tilbudssummen eller påslagsprosenten. Klagenemnda forstår det slik at klager har gjort et bevisst valg om ikke å markere disse opplysningene som forretningshemmeligheter, og det er nærliggende å forstå dette slik at klager har samtykket i at opplysningene kan frigis, jf. forvaltningsloven § 13a nr. 1.
- (37) I tillegg til tilbudssummen og påslagsprosenten besto totalprisen av pris for timearbeid. Den timeprisen klager tilbød, var sladdet i klagers tilbud. Ettersom klager kun oppga én timepris, legger klagenemnda til grunn at opplysningen i tildelingsbrevet om at timepriser som ikke var oppgitt ble fastsatt ut fra den høyeste prisen i de andre tilbudene med et tillegg av 10 prosent, (også) gjaldt klager. Dette innebærer at den prisen for timearbeid som ble oppgitt for klager, i hovedsak bestod av estimerte timepriser, og ikke egentlig ga noen informasjon om klagers tilbudte priser. I denne situasjonen måtte innklagede kunne gå ut ifra at det ikke var noen realistisk mulighet for at opplysningene som ble gitt ut medførte en fare for at klagers timepris kunne nyttiggjøres av konkurrenter. Innklagede har på denne bakgrunn ikke brutt taushetsplikten, jf. forvaltningsloven § 13a nr. 2.
- (38) Klagers anførsel fører etter dette ikke frem.

Erstatning

- (39) Ut fra konklusjonene i saken, er det ikke grunnlag for et krav om erstatning fra klagers side.

Konklusjon:

Bærum kommune har ikke brutt regelverket om offentlige anskaffelser.

For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,

Kristian Jåtog Trygstad

Dokumentet er godkjent elektronisk