



Klagenemnda
for offentlige anskaffelser

Saken gjelder: Usaklig forskjellsbehandling. Avvisning av tilbud.

Innklagede kunngjorde en åpen anbudskonkurranse om gjenoppbygging av hovedbygningen ved Ringve Musikkmuseum etter brann. Konkurransen ble avlyst, og ny konkurranse ble kunngjort. Klager anførte at avlysningen av den første konkurransen var usaklig. Da fristen for klage var oversittet, tok ikke klagenemnda denne del av klagen til behandling. Klager anførte imidlertid også at tildeling av kontrakt var foretatt i strid med de grunnleggende krav i lov om offentlige anskaffelser § 5, samt at valgte leverandør skulle vært avvist fordi valgte leverandør ikke oppfylte dokumentasjonskrav oppstilt i konkurransegrunnlaget. Klagers anførsler førte ikke frem.

Klagenemndas avgjørelse 25. oktober 2017 i sak 2016/197

Klager: KulturminneCompagniet AS

Innklaget: Museene i Sør-Trøndelag AS

Klagenemndas

medlemmer: Halvard Haukeland Fredriksen, Jakob Wahl og Gro Amdal.

Bakgrunn:

- (1) Museene i Sør-Trøndelag AS (heretter innklagede) kunngjorde 22. desember 2015 en åpen anbudskonkurranse om gjenoppbygging av hovedbygningen ved Ringve Musikkmuseum etter brann. Tilbudsfrist var 22. januar 2016 kl. 13:00.
- (2) Konkurransen ble avlyst med grunnlag i forskrift om offentlige anskaffelser 7. april 2006 nr. 402 § 13-1 (1), og de tre firmaene som hadde levert tilbud, herunder KulturminneCompagniet AS (heretter klager), ble orientert om dette ved brev datert 18. mars 2016.
- (3) Ny konkurranse ble kunngjort 3. mai 2016, og ny tilbudsfrist var 27. mai 2016 kl. 13:00.
- (4) Kontraktens gjenstand ble i konkurransegrunnlaget punkt 1.1 beskrevet på følgende måte:
"Entreprisen omhandler rehabilitering av de skadde konstruksjonene, gjenoppbygging av bærekonstruksjoner, elementer og overflater i den berørte delen av Hovedbygningen."
- (5) I konkurransegrunnlaget punkt 5 ble det innledningsvis forutsatt at tilbyder *"alene eller sammen med sin(e) underentreprenører har de kvalifikasjoner som oppdragsgiver etterspør for å kunne gjennomføre oppdraget."*
- (6) Det ble videre opplyst at dersom tilbyder var avhengig av underleverandører for å oppfylle *"et eller flere av de faglige eller tekniske kvalifikasjonskravene"*, måtte vedkommende underleverandørs kvalifikasjoner dokumenteres, og forpliktelseserklæring vedlegges.

Postadresse

Postboks 511 Sentrum
5805 Bergen

Besøksadresse

Zander Kaaes gate 7
5015 Bergen

Tlf.: 55 19 30 00

E-post: post@kofa.no
Nettside: www.kofa.no

- (7) De tekniske og faglige kvalifikasjonskravene fremgikk av punkt 5.3. Relevant for vår sak er følgende krav:

"Sentral godkjenning eller dokumentert kompetanse som angitt i SAK kapittel 11 eller tilsvarende i tiltaksklasse 2 i godkjenningsområdene.

Tilfredsstillende kompetanse hos nøkkelpersonell som inngår i oppdragsorganisasjonen. Nøkkelpersonell må kunne beherske norsk språk.

Konkret erfaring fra restaureringsarbeider av vernet og fredede bygg i regionen med hensyn til blant annet byggeskikk og klimaforhold.

Konkret erfaring fra maleoppdrag og byggtapetsering i vernet og fredede bygg."

- (8) Det tilhørende dokumentasjonskravet var formulert på følgende måte:

" - Sentral godkjenning eller annen dokumentasjon.

- Liste over sammenlignbare oppdrag, med tilsvarende samme kompleksitet, som er utført i løpet av de siste 5 år. Listen skal inneholde informasjon om arbeidenes omfang og referanseperson."

- (9) Tildeling ble oppgitt å skulle skje på basis av hvilket tilbud som var det økonomisk mest fordelaktige ut fra kriteriene "pris", "oppgaveforståelse" og "kompetanse, referanser fra tidligere arbeider". Nevnte kriterier skulle vektes med henholdsvis 40, 20 og 40 prosent.

- (10) To firmaer, klager og Braa & Sørvaag AS (heretter valgte leverandør), leverte tilbud.

- (11) Valgte leverandør ble tildelt kontrakten ved tildelingsbrev av 15. juni 2016. Tildelingen ble begrunnet på følgende måte:

"Valgt tilbyder har nest laveste tilbudt pris. Valgt tilbyder har en god forståelse av hvordan jobben må utføres med tanke på fremdrift, organisering på byggeplass og utfordringer som vil oppstå underveis. Tilbyder har eget verksted som har god kompetanse på gjenskaping av bygningsdeler. Kompetanse hos nøkkelpersoner hos valgt tilbyder er meget tilfredsstillende.

Valgt tilbyder viser til flere sammenlignbare arbeider i bevaringsverdige bygg hvor arbeidet er utført på en meget god måte, både med tanke på kvalitet, nøyaktighet, samarbeidsevne og ryddighet. Tilbudte underentreprenører for tømrerfaget og malerfaget viser til god kompetanse og har gode referanser."

- (12) Tildelingen ble påklaget av klager ved brev av 24. juni 2016. Innklagede avslo klagen ved brev av 8. juli 2016. Kontrakt ble inngått med valgte leverandør 25. august 2016.

- (13) Klager brakte saken inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser 22. desember 2016.

- (14) Nemndsmøte i saken ble avholdt 23. oktober 2017.

Anførsler:

Klager har i det vesentlige anført:

- (15) Innklagede har brutt regelverket for offentlige anskaffelser ved å avlyse den første konkurransen. Avlysningen ble foretatt uten saklig grunn.
- (16) Innklagede har videre brutt regelverket for offentlige anskaffelser ved at anbudsprosessen har vært styrt av et ønske om å tildele kontrakten til valgte leverandør og å avvise klager, hvilket er i strid med de grunnleggende krav i lov om offentlige anskaffelser § 5. Klager anfører til dette at prosessen viser at det er gjort urettmessige forsøk på å avvise klager, samt at informasjonen i tilbudet fra klager er ettergått grundigere enn for valgte leverandør.
- (17) Det vises videre til at den andre konkurransen var utformet på tilnærmet identisk måte som den første konkurransen, og at klager da hadde en forventning om at innklagede ville legge til grunn de samme prinsipp for evalueringen. Innklagede valgte imidlertid å fravike tidligere prinsipper og vurderinger til fordel for valgte leverandør, uten noen lett synlig grunn.
- (18) Valgte leverandør skulle videre vært avvist i den andre konkurransen på grunn av manglende dokumentasjon på kompetanse vedrørende tørrisblåsing og laftearbeid.

Innklagede har i det vesentlige anført:

- (19) Frist for inngivelse av klage på avlysning i forskrift om offentlige anskaffelser § 6 er oversittet, og Klagenemnda for offentlige anskaffelser kan ikke ta denne del av klagen til behandling.
- (20) Hverken klagers anførsel om brudd på krav om likebehandling i regelverket om offentlige anskaffelser, eller klagers anførsel om at valgte leverandør skulle vært avvist fra den andre konkurransen, kan føre frem.
- (21) Innklagede har ikke foretatt en uriktig tildeling av kontrakt. De vurderinger som er gjort er underlagt det innkjøpsfaglige skjønn, og dette er i denne saken utført forsvarlig.
- (22) Til klagers anførsel om avvising av valgte leverandør på grunn av manglende dokumentasjon på kompetanse innfor laftearbeid og tørrisblåsing, viser innklagede til at valgte leverandør i sitt tilbud oppga tilstrekkelig dokumentasjon på kompetanse innenfor laftearbeid ved å vedlegge dokumentasjon på kompetanse både innenfor egen organisasjon og for underleverandør, samt forpliktelseserklæring fra Sylstokken AS.
- (23) Hva gjelder kompetanse innenfor tørrisblåsing, erkjenner innklagede at det ikke forelå dokumentasjon på kompetanse innenfor slikt type arbeid, men dette var ikke oppstilt som krav i konkurransegrunnlaget og er heller ikke arbeid det stilles krav om kompetanse eller opplæring i fra annet hold. Etter innklagedes oppfatning kan klagers anførsel om avvinningsplikt på denne bakgrunn ikke føre frem.

Klagenemndas vurdering:

- (24) Konkurransen gjelder gjenoppbygging av hovedbygningen ved Ringe Musikkmuseum etter brann, som er en bygge- og anleggsanskaffelse. Anskaffelsen fant sted i 2016, før ikrafttredelsen av det nye anskaffelsesregelverket 1. januar 2017. I tillegg til lov om

offentlige anskaffelser av 16. juli 1999 nr. 69, følger anskaffelsen etter det opplyste forskrift om offentlige anskaffelser av 7. april 2006 nr. 402 (heretter forskriften), del I og del II, jf. forskriften §§ 2-1 og 2-2.

- (25) Klager har deltatt i konkurransen, og har saklig klageinteresse, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6.
- (26) Av forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser 15. november 2002 nr. 1288 § 6 annet ledd annet punktum følger det at klage må fremsettes *"senest seks måneder etter at kontrakt ble inngått av oppdragsgiver, eller seks måneder etter at oppdragsgiver har avlyst konkurransen"*.
- (27) Den første konkurransen ble avlyst ved brev 18. mars 2016, hvilket senere ble fastholdt ved brev datert 25. april 2016. Kontrakt på bakgrunn av den andre konkurransen ble inngått 25. august 2016. Klager brakte saken inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser 22. desember 2016.
- (28) Klagen er således rettidig hva gjelder anførslene knyttet til den andre konkurransen, men ikke for anførsler knyttet til den første konkurransen. Klagenemnda vil på denne bakgrunn bare behandle anførslene knyttet til den andre konkurransen.

Usaklig forskjellsbehandling

- (29) Klager har anført at prosessen rundt begge konkurransene må sees i sammenheng, fordi dette viser at det foreligger usaklig forskjellsbehandling. Formålet med avlysningen av den første konkurransen hevdes å være å gi valgte leverandør mulighet til å rette manglene i sitt tilbud og å gi innklagede mulighet til en ny vekting av mer skjønsmessige tildelingskriterier, slik at valgte leverandør kunne tildeles kontrakten. Klager viser til at en gjennomgang av evalueringene av tilbudene fra klager og valgte leverandør, fra henholdsvis den første og den andre konkurransen, viser at det er grunn til å tro at krav til objektiv bedømmelse ikke er ivaretatt.
- (30) Klager viser i den forbindelse til at det er etter deres oppfatning er store variasjoner mellom innklagedes evaluering av tilbudt kvalitet i den første og den andre konkurransen, uten at det foreligger objektive forhold som skulle tilsi ulike vurderinger. For å underbygge dette, viser klager til at tilbudene inngitt i begge konkurransene var omtrent de samme, og det er derfor etter klagers oppfatning påfallende at referanseprosjekt og de samme nøkkelpersoner er vurdert ulikt i de to evalueringsskjemaene. Klager viser videre til at endringen i poenggivning fra den første konkurransen til den andre, virker vilkårlig. Klager fremholder også at man er blitt usaklig forskjellsbehandlet ved at innklagede etterspurte forpliktelseserklæring fra leverandøren av listverk i den første konkurransen, mens innklagede ikke har avkrevd en slik forpliktelseserklæring fra valgte leverandørs underleverandør av tørrisblåsing i den andre konkurransen.
- (31) Nemnda bemerker til dette at spørsmålet om oppdragsgiver har opptrådt i samsvar med de grunnleggende kravene i anskaffelsesloven (1999) § 5, må vurderes isolert for den aktuelle konkurransen. I motsetning til hva klager synes å anføre, er ikke oppdragsgiver forpliktet til å vurdere en leverandør likt i to konkurranser, selv om både konkurransegrunnlagene og tilbudene til den aktuelle leverandøren i de to konkurransene er tilnærmet like. Det kan eksempelvis være slik at endringer i andre leverandørers tilbud innebærer at det i den andre konkurransen blir stilt høyere forventninger til tilbudene enn

det oppdragsgiver la til grunn i den første konkurransen. En sammenligning med evalueringen i en tidligere konkurranse, er således ikke uten videre egnet til å påvise svakheter i en etterfølgende evaluering i en ny konkurranse.

- (32) Vår sak synes å være et eksempel på at en annen leverandør (valgte leverandør) justerte tilbudet i konkurranse nummer to på bakgrunn av de tilbakemeldinger som ble gitt i forbindelse med avlysningen av den første konkurransen. Innklagede har i den forbindelse vist til at valgte leverandør i den andre konkurransen endret sin skriftlige oppgaveforståelse. Klagers anførsler gir ikke grunnlag for å underkjenne innklagedes evaluering av den endrede besvarelsen. Nemnda kan som nevnt heller ikke ta stilling til hvorvidt det utgjorde et brudd på regelverket at innklagede etterspurte forpliktelseserklæring fra leverandøren av listeverk i den første konkurransen.
- (33) Selv om spørsmålet om oppdragsgiver har opptrådt i samsvar med de grunnleggende kravene i anskaffelsesloven må vurderes isolert for den aktuelle konkurransen, er det klart nok at oppdragsgivers vurdering av et likelydende tilbud fra samme leverandør i en tidligere konkurranse med tilnærmet samme tildelingskriterier, etter omstendighetene kan gi grunnlag for å mistenke at det foreligger forskjellsbehandling av denne leverandøren og en eller flere andre leverandører som har deltatt i den siste konkurransen. Slik saken er opplyst for nemnda, er det imidlertid ikke grunnlag for å konkludere med dette i vår sak. Innklagede har som nevnt gitt en plausibel forklaring på hvorfor vurderingen ble en annen i den siste konkurransen.

Avvisning av leverandør – oppfyllelse av kvalifikasjonskrav

- (34) Det fremgår av forskriften § 11-10 nr. 1 litra a at en leverandør skal avvises dersom leverandøren *"ikke oppfyller krav som er satt til leverandørens deltakelse i konkurransen"*.
- (35) Klager anfører at tilbudet fra valgte leverandør skulle vært avvist etter nevnte bestemmelse da kravet til dokumentasjon på kompetanse ikke var oppfylt.
- (36) Som grunnlag for anførselen har klager vist til at valgte leverandør ikke hadde dokumentert kompetanse innenfor hverken laftearbeid eller tørrisblåsing.
- (37) Konkurranses grunnlaget punkt 5.3 oppstilte krav til *"[t]ilfredsstillende kompetanse hos nøkkelpersonell som inngår i oppdragsorganisasjonen", "erfaring fra restaureringsarbeid av vernet og fredede bygg i regionen med hensyn til blant annet byggeskikk og klimaforhold", og fra "maleoppdrag og byggtapetsering i vernet og fredede bygg"*.
- (38) Som dokumentasjon skulle en liste over sammenlignbare oppdrag av tilsvarende kompleksitet fremlegges.
- (39) At oppdraget ville involvere laftearbeid og tørrisblåsing fremgikk av konkurransegrunnlagets *"Beskrivelse og mengdefortegnelse"*. Noe eksplisitt krav om dokumentasjon på kompetanse innenfor laftearbeid og tørrisblåsing var imidlertid ikke oppstilt.
- (40) Det fremgikk av punkt 5 i konkurransegrunnlaget at dersom en leverandør ikke alene oppfylte kvalifikasjonskravene, kunne vedkommende leverandør støtte seg på andre foretaks kapasitet. I så fall skulle leverandøren dokumentere overfor innklagede at den

ville ha rådighet over de nødvendige ressursene i form av en forpliktelseserklæring fra vedkommende underleverandør.

- (41) For laftearbeid la valgte leverandør ved dokumentasjon på at selskapet i egen organisasjon hadde kurs og erfaring fra slikt arbeid. Valgte leverandør oppgav i tillegg Sylstokken AS som samarbeidspartner, og både forpliktelseserklæring og dokumentasjon på kompetanse ble vedlagt også fra dem, i tråd med kravet stilt i punkt 5 i konkurransegrunnlaget.
- (42) Klagers anførsel om avvisning grunnet manglende dokumentasjon på kompetanse med laftearbeid kan derfor ikke føre frem.
- (43) For tørrisblåsing kan klagenemnda ikke se at kvalifikasjonskravet – lest slik en rimelig velinformert og påpasselig tilbyder vil gjøre det – stiller krav om at slik kompetanse skulle dokumenteres. Manglende dokumentasjon på kompetanse innenfor tørrisblåsing, eller manglende forpliktelseserklæring fra underleverandør av slikt arbeid, kan derfor ikke begrunne en avvisning av valgte leverandør. Det faktum at det i ettertid har vist seg at tørrisblåsningen faktisk ble utført av et annet firma, endrer ikke dette.
- (44) At innklagede i den første konkurransen overfor klager etterspurte forpliktelseserklæring for underleverandør av listverk, endrer heller ikke klagenemndas vurdering.
- (45) Klagers anførsler fører på denne bakgrunn ikke frem.

Konklusjon:

Museene i Sør-Trøndelag AS har ikke brutt regelverket om offentlige anskaffelser.

For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,

Halvard Haukeland Fredriksen

Dokumentet er godkjent elektronisk

