



Klagenemnda
for offentlige anskaffelser

Saken gjelder: Tildelingsevaluering. Avvisning av leverandør.

Innklagede gjennomførte en åpen anbudskonkurranse om et totalentrepriseoppdrag for levering og montering av brakkerigg. Klager anførte at valgte leverandør skulle vært avvist som følge av at selskapet tilbød moduler som ikke hadde produktgodkjennelse, og at det representerte et brudd på forhandlingsforbudet når valgte leverandør ble gitt adgang til å levere en annen modul enn den selskapet hadde tilbudt. Klagenemnda konkluderte med at valgte leverandørs tilbud ikke inneholdt noe avvik fra de krav som var oppstilt, og at etter omstendighetene i saken kunne ikke endring av modul anses som et brudd på forhandlingsforbudet.

Klagenemndas avgjørelse 03.10.2016 i sak 2016/0052

Klager: Wexus Gruppen AS

Innklaget: Jernbaneverket

Klagenemndas medlemmer: Arve Rosvold Alver, Tone Kleven og Kristian Jåtog Trygstad

Bakgrunn:

(1) Jernbaneverket (heretter innklagede) kunngjorde 15. februar 2016 en åpen anbudskonkurranse om et totalentrepriseoppdrag etter NS 8407 for levering og montering av brakkerigg m.m. i forbindelse med utbyggingen av dobbeltspor m.m. på jernbanetraseen mellom Sandbukta-Moss-Såstad. Anskaffelsens verdi var estimert til NOK 12 000 000. Tilbudsfrist ble i kunngjøringen punkt IV.3.5 angitt til 4. mars 2016.

(2) Kontrakt skulle tildeles tilbudet med lavest pris.

(3) Anskaffelsen var nærmere beskrevet i kunngjøringen hvor det blant annet fremkom at:

"Leveransen omfatter levering og montering av en 2 etasjes brakkerigg. Tomta ligger rett sør for dagens jernbanestasjon og jernbanetrase i Moss. Leveranse omfatter også riving av eksisterende bebyggelse og noe grunnarbeid, samt fundamentering av riggen. På byggetomten er det i dag oppsatt en annen rigg, og riving av denne riggen inngår i arbeidet.

Brakkeriggen består av 50 kontorplasser med møterom, kantine og et garderobeanlegg. Brakkeriggen skal stå fram til hele prosjektet er ferdig, estimert til ca. 10 år. Brakkeriggen blir å regne som et permanent kontorbygg og skal tilfredsstillende alle krav i TEK 10."

(4) Prosjektet var som nevnt et totalentrepriseoppdrag etter NS 8407 og i tråd med dette fremgikk det av konkurransegrunnlagets kapittel DI punkt 20.9 at entreprenøren hadde det overordnede ansvaret for all dimensjonering og prosjektering. Entreprenøren hadde

ansvaret for den endelige løsningen og at den tilfredsstilte gjeldende standarder i henhold til plan- og bygningsloven.

- (5) Det fulgte videre av kravspesifikasjonen i kapittel D1 at brakkene skulle bestå av sammensatte prefabrikkerte moduler. Tegninger av modulene skulle utarbeides på grunnlag av produksjons- og montasjetegninger som var inntatt i konkurransegrunnlaget. Produksjonstegningene skulle forelegges byggherren før produksjonsoppstart.
- (6) Videre spesifiserte kravspesifikasjonen punkt 20.1 *"Løst og forskrifter"* at *"Modulene skal utføres iht. TEK 10."* Videre fremgikk det av samme punkt at *"Arbeidene skal utføres iht relevante norske standarder. Det skal velges anerkjente og preaksepterte løsninger, herunder løsninger anbefalt av Sintef Byggforsk/NBI."*
- (7) Videre fremgikk det av punkt 20.7.0 at *"Det skal kunne leveres dokumentasjon på produktgodkjenning iht. norske godkjenningsordninger på produkter som leveres til bygget. Alternativt godkjenninger i henhold til europeisk CEN-kriterier."*
- (8) Innklagede mottok 6 tilbud innen tilbudsfristen 4. mars 2016, heriblant fra Wexus Gruppen AS (heretter klager).
- (9) I tildelingsbeslutningen av 16. mars 2016 ble det informert om at Toci OU (heretter valgte leverandør) ble innstilt til å få kontrakten. Det fremgår av begrunnelsen at valgte leverandør hadde laveste tilbudspris.. Klager var innstilt som nummer to, ingen av tilbyderne ble avvist som følge av forhold ved tilbudet.
- (10) I valgte leverandørs tilbud ble det uttrykkelig uttalt at *"[v]i aksepterer de vilkår som er framlagt og tar således ingen forbehold."* Samtidig fremgikk det under punktet teknisk standard at *"[v]i er inne i en fase med dokumentering og tegninger for Teknisk Godkjenning – ETA."* Videre gjorde valgte leverandør det klart at ved eventuelle avvik i beskrivelsen av tilbudt løsning, så ville innklagedes beskrivelse i konkurransegrunnlaget ha forrang.
- (11) Klager sendte brev 28. mars 2016 til innklagede hvor selskapet klaget på tildelingen av kontrakten til valgte leverandør:

"Det er ikke anledning til å markedsføre, distribuere eller omsette produkter eller moduler i Norge som ikke har produktgodkjenning. Det er ikke anledning å erstatte produktgodkjenning med prosjektering i et enkelt tilfelle da dette er uavhengig regelverk. Slik vi kan se har ikke Toci Ou produktgodkjenning i Norge for sine produkter og på bakgrunn av dette krever vi at kontrakt-tildelingen omgjøres".
- (12) På bakgrunn av klagen ringte innklagede den 29. mars 2016 til valgte leverandør, og oversendte klagen ved e-post.
- (13) Valgte leverandør svarte ved e-post av 30. mars 2016 med at deres forslag til klagen var at de kunne kjøpe modulene fra Moelven ByggModul AS. Modulene til Moelven ByggModul AS var allerede godkjent.
- (14) Innklagede svarte på e-post av samme dag:

"Vi forstår deres forslag slik at dersom Modulare Grupp ikke tilfredsstiller krav i kontrakten om produktgodkjenning vil Toci benytte en annen underleverandør av

brakkene som har slik godkjenning. I dette tilfellet er det vist til Moelven for slik leveranse.

Vi legger videre til grunn at deres tilbud på kr. 10 997 903,- eksl. mva gjelder ved et slik eventuelt bytte av underleverandør.

Vi ber om snarlig tilbakemelding på dette."

- (15) Ved e-post samme dag svarte valgte leverandør:

"Vi kan herved bekrefte at vi i dag har oppnådd enighet med Moelven ByggModul AS om priser på moduler.

Moelven vil da også ta seg av alt med elektro og brannalarmer mm på bygge plass. Forstår at det vil skje via deres selskap Moelven Elektro AS

Jernbaneverket kan legge til grunn den tilbudte pris på kr. 10 997 903,- eksl. mva

Som en vil forstå blir dette nå litt marginalt, men med god planlegging og godt samarbeid så skal dette gå bra."

- (16) Innklagede avviste deretter klagen i brev til klager 31. mars 2016:

"Jernbaneverket har forelagt klagen for innstilt leverandør Toci OU. Toci OU har bekreftet ovenfor Jernbaneverket at de vil levere brakker som innehar nødvendig produktgodkjenning, og opplyst om at brakkene vil bli levert av en annen produsent enn det som er nevnt i tilbudet. Denne produsenten har blant annet tilsvarende godkjenning fra Sintef som dere har vist til som fullgod vedrørende oppfyllelse av kravet for produktgodkjenning.

Da Toci OU har dokumentert at de leverer brakker med nødvendig produktgodkjenning, har grunnlaget for deres klage dermed falt bort. Jernbaneverket opprettholder derfor oversendt meddelelse om innstilling til kontraktstildeling datert 16. mars 2016, og vil inngå kontrakt med Toci OU."

- (17) Klager besvarte brevet samme dag og anførte i sitt brev at ved å gi leverandøren anledning til endre produktene i sin leveranse etter fristen for å inngi tilbud var løpt ut, så bekreftet innklagede at anbudet ikke var i tråd med gjeldene krav og regelverk og at det derfor var gjort en feilaktig tildeling. Innklagede avviste på nytt klagen i brev av 4. april 2016. Klager tok igjen kontakt med innklagede ved brev av 6. april 2016 hvor de igjen gjorde gjeldende at anskaffelsen var gjennomført i strid med gjeldende regelverk.
- (18) I brev av 8. april 2016 avviste innklagede på nytt klagen og opplyste om at man opprettholdt tildelingen, samt at kontrakten med Toci OU nå var inngått.
- (19) Saken ble brakt inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser 12. april 2016.
- (20) Nemdsmøte i saken ble avholdt 3. oktober 2016.

Anførsler:

Klager har i det vesentlige anført:

- (21) Valgte leverandørs tilbud skulle vært avvist i medhold av forskriften § 11-11 første ledd, bokstav e, da modulene som valgte leverandør skulle benytte ved oppføringen av brakkene inneholdt vesentlige avvik fra kravspesifikasjonene ved ikke å inneha den nødvendige produktgodkjenningen.
- (22) Endringen av produkt/underleverandør utgjør også et brudd på forhandlingsforbudet i forskriften § 12-1 første ledd.

Innklagede har i det vesentlige anført:

- (23) Det foreligger ikke forhold ved valgte leverandørs tilbud som skulle tilsi avvisningsplikt for innklagede etter forskriften § 11-11 (1) bokstav e. Det var ikke stilt krav om at produktgodkjenning, eller at dokumentasjon på slik godkjenning skulle foreligge på et bestemt tidspunkt. Dette var heller ikke et forhold som leverandørene skulle konkurrere på og som skulle vektlegges ved tilbudsevalueringen.
- (24) Om produktgodkjenning har valgte leverandør i tilbudet uttalt at "[v]i er inne i en fase med dokumentering og tegninger for Teknisk Godkjenning – ETA". Det er ingenting i tilbudet som skulle tilsi at innklagede ikke kunne stole på at slik godkjenning ville oppnås. Som hovedregel må oppdragsgiver kunne stole på de opplysninger som følger av leverandørens tilbud, og at det således ikke foreligger noen plikt til å kontrollere disse, med mindre det foreligger forhold eller opplysninger som gir spesiell foranledning for slik kontroll.
- (25) Heller ikke skifte av moduler utgjør en endring av tilbudet i strid med anskaffelsesregelverket. Bakgrunnen for endringen er at valgte leverandør ble forelagt klagen. Valgte leverandør forsikret at selskapet ville levere i henhold til kontrakten. Dette vil gjøres ved å benytte en annen produsent/underleverandør som allerede har produktgodkjenning.
- (26) I denne forbindelse er det grunn til å nevne at konkurransegrunnlaget ikke angav at tilbyderne måtte gi en redegjørelse for brakkeriggen/modulene som var tenkt tilbudt. Innklagede etterspurte kun pris for totalentreprisen.
- (27) Bytte av underleverandør/produsent har ikke resultert i en endring i tilbudte priser eller leveringstid. Endringen av modul i dette tilfellet representerer derfor ikke en endring av valgte leverandørs tilbud i strid med forhandlingsforbudet
- (28) Valgte leverandørs bytte av produsent/underleverandør av modulene må uansett anses å være hjemlet i kontrakten.

Klagenemndas vurdering:

- (29) Klager har deltatt i konkurransen, og har saklig klageinteresse, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Konkurransen gjelder et totalentrepriseoppdrag, som er en bygge- og anleggsanskaffelse. Innklagede er en del av staten, og er derfor underlagt forskrift om offentlige anskaffelser. Anskaffelsens verdi er estimert til kroner 12 000 000. 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.

- (30) Klagenemnda tar først stilling til om valgte leverandørs tilbud skulle vært avvist etter reglene i forskriften § 11-11 (1) bokstav e, fordi det foreligger *"vesentlige avvik fra kravspesifikasjonene i kunngjøringen eller i konkurransegrunnlaget"*.
- (31) Klager har anført at manglende produktgodkjenning i henhold til TEK 10 (*Byggteknisk forskrift*), utgjør et vesentlig avvik fra kunngjøringen eller konkurransegrunnlaget, som skulle ført til avvisning.
- (32) Spørsmålet om dette utgjør et vesentlig avvik vil bero på en tolkning av tilbudet sammenholdt med kunngjøringen og konkurransegrunnlaget.
- (33) Det følger av kunngjøringen at brakkeriggen blir å regne som et permanent kontorbygg og *"skal tilfredsstille alle krav i TEK 10"*. Videre følger det av kravspesifikasjonen i konkurransegrunnlagets kapittel D1, punkt 20.1 at *"Modulene skal utføres iht. TEK 10."* Videre fremgår det at *"Arbeidene skal utføres iht relevante norske standarder. Det skal velges anerkjente og preaksepterte løsninger, herunder løsninger anbefalt av Sintef Byggforsk/NBI."*
- (34) Det er altså klart at konkurransegrunnlaget fastsatte krav til at modulene skulle oppfylle kravene i TEK 10. Det er imidlertid ikke nærmere angitt i konkurransegrunnlaget når kravene i TEK 10 skulle være oppfylt. Klagenemnda er derfor enig med innklagede i at konkurransegrunnlaget må forstås på den måten at produktgodkjennelsen måtte foreligge *"før produktet bygges inn i et byggverk"*, i tråd med det som normalt gjelder i medhold § 3-1 (3) i TEK 10. Konkurransegrunnlaget kan altså ikke forstås på den måten at det var et krav om at modulene måtte være godkjent ved inngivelsen av tilbudet. Spørsmålet om valgte leverandørs tilbud inneholder avvik må vurderes ut fra dette.
- (35) Tilbudet fra valgte leverandør inneholder ingen forbehold mot at de tekniske spesifikasjonene i konkurransegrunnlaget ville oppfylles. Tvert imot fremgikk det uttrykkelig at tilbudet ikke inneholdt noen forbehold, og at ved eventuelle avvik fra kravspesifikasjonene så ville Jernbaneverkets beskrivelse ha forrang. At valgte leverandør angav at selskapet var *"inne i en fase med dokumentering og tegninger for Teknisk Godkjenning"* kan ut fra sammenhengen ikke forstås som annet enn en opplysning, og altså ikke slik at selskapet tilbød en ytelse som avvek fra kravspesifikasjonen. Tilbudet inneholder ingen opplysninger om hva som ville skje dersom slik godkjenning ikke ble gitt, og ut fra sammenhengen må tilbudet fra valgte leverandør forstås slik at valgte leverandør forpliktet seg til å oppføre brakkeriggene til den prisen selskapet tilbød selv om produktgodkjenningen ikke kom i orden.
- (36) Klagers anførsel om at valgte leverandør skulle vært avvist fører derfor ikke frem.
- (37) Klager har videre anført at det ikke var anledning til å endre produkt og underleverandør etter tilbudsfristen var utløpt, og at endringen var i strid med forhandlingsforbudet.
- (38) Forskriften § 12-1 første ledd angir at det ved åpen og begrenset anbudskonkurranse ikke er *"tillatt å endre tilbudene eller forsøke å endre tilbudene gjennom forhandlinger. Det er herunder ikke tillatt å endre pris, leveringstid eller andre forutsetninger som har"*

betydning for konkurranseforholdet." Bestemmelsens andre ledd gir likevel adgang til visse avklaringer.

- (39) Bygget som skulle oppføres var en brakkerigg som skulle bestå av ferdige moduler, og kontrakten skulle utføres som en totalentreprise etter NS 8407. Dette innebærer at leverandøren ville ha ansvar for å prosjektere og oppføre brakkeriggen i tråd med de krav som var oppstilt i konkurransegrunnlaget. Dette gjenspeiles i utformingen av konkurransegrunnlaget – det var eksempelvis ikke bedt om opplysninger om hvordan de tekniske spesifikasjonene i konkurransegrunnlaget skulle oppfylles. Kontrakt skulle videre tildeles utelukkende ut fra hvilket tilbud som hadde den laveste prisen.
- (40) Ved å tilby å utføre totalentreprisen, uten å ta forbehold for det tilfellet at produktgodkjenningen ikke kom i orden, var valgte leverandør forpliktet til å utføre totalentreprisen for den prisen som var tilbudt selv om produktgodkjenningen ikke kom i orden. Hvorvidt avklaringene representerte et brudd på forhandlingsforbudet må ses i lys av dette, jf. i denne retning LB-2008-56919 hvor lagmannsretten uttalte: *"Lagmannsretten har i punkt 1.3 foran lagt til grunn at Solid ikke hadde tatt noen forbehold og dermed hadde - «slik det fremgår av anbudet», jf. siste setning i sitatet fra kommunens anførsel - påtatt seg å oppfylle rom- og funksjonsprogrammet fullt ut. Det var dette som forpliktet Solid, og det er dette forhandlingsforbudet må vurderes opp mot [...]".*
- (41) Som innklagede har påpekt er utgangspunktet at oppdragsgiver må kunne legge til grunn de opplysninger som fremgår av tilbudet. Dette innebærer at innklagede i utgangspunktet kunne legge til grunn at valgte leverandør ville utføre totalentreprisen for den prisen som var tilbudt, selv om produktgodkjenningen ikke kom i orden. Det er likevel ikke unaturlig at innklagede, på bakgrunn av klagen, tok kontakt med valgte leverandør for å få bekreftet dette. I praksis fra klagenemnda er det også uttalt at oppdragsgivere etter omstendighetene har plikt til slike undersøkelser. Klagenemndas sak 2012/246 er et eksempel på en slik sak, og avgjørelsen inneholder også en uttalelse med overføringsverdi til vår sak. Av relevans for vår sak er at nemnda uttalte at Magnar Eikeland AS *"i foreliggende tilfelle [står] fritt til å bytte underleverandør, da det kun er produktet, ikke underleverandøren, som har vært av interesse for innklagede"*. Uttalelsen viser at forhandlingsforbudet ikke nødvendigvis rammer enhver situasjon hvor det språklig sett vil være naturlig å karakterisere det som har skjedd som en endring i tilbudet.
- (42) Slik klagenemnda leser korrespondansen mellom innklagede og valgte leverandør, har formålet fra innklagedes side kun vært å få klarlagt at totalentreprisen ville utføres for den prisen som var tilbudt, uavhengig av om produktgodkjenningen kom på plass. At valgte leverandør allerede på dette tidspunktet valgte å endre hvilken modul de ville benytte kan etter omstendighetene i saken ikke anses som en endring av tilbudet som strider med forhandlingsforbudet. Valgte leverandør var forpliktet til å utføre entreprisen med godkjente moduler. Hvilken modul som ble benyttet hadde utover dette ingen betydning for konkurranseforholdet mellom tilbyderne for øvrig. Klagers anførsel fører derfor ikke frem.

Konklusjon:

Jernbaneverket har ikke brutt regelverket om offentlige anskaffelser.

For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,

Arve Rosvold Alver

Dokumentet er godkjent elektronisk