



Klagenemnda for offentlige anskaffelser

Saken gjelder: De generelle kravene i § 4. Saklig klageinteresse.

Innklagede gjennomførte en konkurranse for anskaffelse av bassenger og bassengtekniske anlegg. Klager anførte at innklagede hadde brutt regelverket ved at det i konkurransegrunnlaget var henvist både til forskriften del II og del III. Det ble også anført at det utgjorde et brudd på regelverket at innklagede gjennomførte konkurransen som en åpen tilbudskonkurranse etter del II, for deretter å ombestemme seg og gjennomføre konkurransen etter del III. Klagenemnda kom til at feilene innklagede hadde gjort ikke medførte en avlysningsplikt. Klagenemnda konkluderte med at klager ikke hadde saklig klageinteresse i å få avgjort om valgte leverandørs tilbud skulle vært avvist.

Klagenemndas avgjørelse 22. februar 2021 i sak 2020/335

Klager: SchwimmbadNORD AS

Innklaget: Åfjord kommune

Klagenemndas medlemmer: Bjørn Berg, Karin Fløistad og Alf Amund Gulsvik

Bakgrunn:

- (1) Åfjord kommune (heretter *innklagede*) kunngjorde 11. september 2019 en åpen anbudskonkurranse for anskaffelse av bassenger og bassengtekniske anlegg til det nye aktivitetshuset på Årnes i sentrum av Åfjord. Anskaffelsens estimerte verdi var ikke angitt i anskaffelsesdokumentene. Tilbudsfrist var 22. oktober 2019.
- (2) En tidligere konkurranse som gjaldt tilsvarende anskaffelse, ble avlyst da innklagede ble gjort oppmerksom på at anskaffelsen skulle vært kunngjort i henhold til forskriften del III og ikke del II, slik den hadde blitt kunngjort i Doffin. I e-post til klagers prosessfullmektig ble det henvist til forskriften § 5-4 (8) som begrunnelse for avlysningen.
- (3) En ny konkurranse ble kunngjort 11. september 2019, i Doffin og TED. I kunngjøringen var det opplyst om at det skulle være en «[å]pen anbudskonkurranse» og at alternative tilbud ville bli tillatt. I konkurransegrunnlaget stod det også noen steder at det skulle være en «åpen anbudskonkurranse».
- (4) I konkurransegrunnlaget punkt 2.1 stod det at anskaffelsen skulle gjennomføres etter forskriften del I og del III. Imidlertid var det opplyst i punkt 2.2 at «[k]onkurransen gjennomføres som åpen tilbudskonkurranse, jfr FOA § 8-3.» Det stod også under samme punkt at «[d]et presiseres at ingen leverandører kan forvente dialog om sitt tilbud og derfor må levere sitt beste tilbud.»

- (5) Om forbehold og avvik var det opplyst om i konkurransegrunnlaget at:

«Vesentlige forbehold og avvik, eller forbehold, avvik eller uklarheter som kan medføre tvil om hvordan tilbudet skal bedømmes i forhold til de øvrige tilbudene, vil føre til at tilbudet avvises, jfr plikten nedfelt i FOA § 9-6 (1) bokstav b).

Oppdragsgiver har videre alltid en rett til å avvise forbehold/avvik, med mindre de anses som «ubetydelige», jfr FOA § 9-6 (2).»

- (6) Videre i konkurransegrunnlaget ble det vist til en rekke bestemmelser i forskriften del II.
- (7) Om tidsrammer stod det:

<i>AKTIVITET</i>	<i>TIDSPUNKT</i>
<i>Frist for å stille spørsmål til konkurransegrunnlaget</i>	<i>01.10.2019 kl. 1200</i>
<i>Frist for å levere tilbud</i>	<i>22.10.2019 kl. 1200</i>
<i>Valg av leverandør og meddelelse til leverandører</i>	<i>Uke 44</i>
<i>Karensperiode</i>	<i>10 dager etter innstilling</i>
<i>Kontraktsinngåelse</i>	<i>Etter karensperiode</i>
<i>Tilbudets vedståelsesfrist</i>	<i>90 dager etter tilbudsfrist</i>
<i>Forventet oppstart av arbeider på stedet</i>	<i>01.08.2020</i>
<i>Ferdigstillelse kontraktsarbeider</i>	<i>01.07.2021</i>

- (8) Tildelingskriterier og vekting var oppgitt på følgende måte i konkurransegrunnlaget:

<i>Prioritet</i>	<i>Kriterier</i>	<i>Vekt</i>	<i>Dokumentasjonskrav</i>
<i>1</i>	<i>Pris</i>	<i>60 %</i>	<i>Tilbudsbrev og tilbudsskjema med totalpris ekskl. mva</i>
<i>2</i>	<i>Kvalitet</i>	<i>35 %</i>	<i>Beskrivelser gitt i tilbud</i> <i>• Teknisk kvalitet på tilbudt utstyr, materiell og løsning, vekt 20 %</i> <i>• Garantier, vekt 5 %</i> <i>• Service og vedlikeholdsvennlighet, vekt 5 %</i> <i>• Kompetanse hos nøkkelpersonell med CV vekt 3%</i>

			• <i>Organisasjonsplan for prosjektet, vekt 2%</i>
3	Gjennomføring	5 %	Beskrivelser gitt i tilbud • <i>Referanser fra tilsvarende leveranser siste tre år, vekt 4 %</i> • <i>Leveringstid fra bestilling til leveranse klar for overlevering, vekt 1 %</i>

- (9) Innen tilbudsfristen mottok innklagede fire tilbud, blant annet fra SchwimmbadNord AS (heretter *klager*) og Processing Norge AS. Etter innklagedes fagrådgivers gjennomgang av tilbudene, ble det konstatert at tilbudet fra klager inneholdt flere avvik/forbehold/uklarheter. I e-post til klager datert 22. november 2019, ble klager bedt om å avklare disse. I svaret fra klager økte prisen for enkeltdeler i opprinnelig levert tilbud, og forbehold ble frafalt.
- (10) Den 6. desember 2019 ble det foretatt en kontrollregning av prisene uten at det foranlediget kontakt med leverandørene. Klagers tilbudssum var 21 812 672 kroner før kontrollregningen og 21 947 799 kroner etter. Processing Norge AS' tilbudssum var 24 284 788 kroner før kontrollregningen og 23 964 788 kroner etter.
- (11) Den 10. januar 2020 ble det avholdt møte for å få på plass noen ytterligere avklaringer med klager.
- (12) I e-post til Processing Norge AS av 21. januar 2020, skrev ÅF Advansia på vegne av innklagede:

«Vi viser til mottatt tilbud på ovennevnte. Først må jeg beklage at vi først nå har latt høre fra oss, men vi har hatt avklaringsrunder med en annen tilbyder uten å ha kommet i mål. Vi ønsker derfor et møte med dere for en nærmere gjennomgang og lurte på om det var mulig med det møte i Trondheim kommende fredag.»

- (13) I referatet til avklaringsmøte datert 24. januar 2020 mellom innklagede og Processing Norge AS stod det at bakgrunnen for møtet var at *«man ønsket et avklaringsmøte med tilbyder for en gjennomgang av tilbudet.»* Videre stod det at *«[d]e aller fleste forhold ble drøftet og avklart i møtet mens det ble bedt om noen få tilbakemeldinger»* og at *«[t]ilbudet ble gjennomgått og drøftet.»*
- (14) En rekke punkter ble gjennomgått med valgte leverandør i møtet. Under følger noen av disse:

Punkt 2: *«Det er på side 1 angitt av begge bassenger leveres i syrefast stål, EN-1.4435 mens det på side 3 står EN-1.4404. PN bekrefter at EN-1.4435 leveres.»*

Punkt 5: *«All oppkobling av lys er med i leveransen. RGB-belysning i begge bassenger inngår. PN anbefaler vanlig hvitt lys i treningsbassenget, det er noe rimeligere, PN angir prisavslag for en slik løsning»*

Punkt 6: *«På den dype kortenden av treningsbassenget der det er startpaller, støpes en oppkant i betong som også tjener som vendebrett. I motsatt ende monteres det vendebrett, de inngår i leveransen»*

Punkt 8: «Baneskilletau kan leveres på tromler som står i hallen eller som nedsenket i kurver gjennom luker i gulvet. Valg av løsning har ingen priskonsekvenser for byggherren»

Punkt 15: «Platevarmeveksleren varmer opp alt vann til ønsket temperatur opp til 34 °C. Det kan være ønskelig med høyere temperatur i det utvendige boblebadet, da kan varmeveksleren utvides. PN angir pris for en slik utvidelse»

Punkt 16: «Det tilbudet Inline UV-anlegget som inngår i tilbudet for hvert av bassengene, anses som mindre viktig, i alle fall for treningsbassenget. PN angir pris for uttrekk av anlegget for hvert av bassengene»

Punkt 22: «Adgangskontroll og billetteringssystem er integrert med garderobeskapene. Byggherren kan trekke ut leveransen med den summen som er angitt i tilbudet»

Punkt 23: «Det finnes utstyr på byggeplass (byggekran og trucker) for inntransport av deler. PN har angitt i sitt tilbud at slik inntransport ikke er inkludert, forbeholdene frafaller og PN besørger all inntransport uten at det får prismessige konsekvenser for byggherren»

Punkt 24: «Installatører gis tilgang til rigg som beskrevet i tilbudsgrunnlaget, de holder selv egen konteiner for verktøy og behovet for et eget låsbart rom for slik oppbevaring frafaller. Konteinerplassering avklares med riggansvarlig entreprenør på stedet»

- (15) Av revidert evalueringsmatrise av 8. februar 2020, fremgikk det at klagers tilbudssum var blitt kontrollregnet til 26 112 459 kroner etter avklaringene. Processing Norge AS ble gitt tilsvarende tilbudssum, 23 964 788 kroner, som den som fremgikk av kontrollregningen gjennomført 6. desember 2019. Klager fikk 0,4 poeng under «Gjennomføring», 3,0 poeng under «Kvalitet» og 5,5 poeng under «Pris». Samlet poengsum var 8,5 poeng. Processing Norge AS fikk 0,5 poeng under «Gjennomføring», 3,3 poeng under «Kvalitet» og 6,0 poeng under «Pris». Samlet poengsum var 9,8 poeng.
- (16) I brev datert 27. februar 2020 informerte innklagede at klagers tilbud måtte avvises. Bakgrunnen var blant annet at dialogen med klager var i strid med avklaringsadgangen etter forskriften § 23-5 og at klagers tilbud inneholdt avvik og uklarheter fra anskaffelsesdokumentene.
- (17) I tildelingsbrevet datert 5. mars 2020, ble Processing Norge AS (heretter *valgte leverandør*) gitt samme poengsum som i kontrollregningen gjennomført 6. desember 2019 og i den reviderte evalueringsmatrisen av 8. februar 2020.
- (18) Innklagede har opplyst at kontrakt ble inngått med valgte leverandør 19. mars 2020.
- (19) Saken ble brakt inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser ved klage datert 28. april 2020.
- (20) Nemndsmøte i saken ble avholdt 1. februar 2021.

Anførsler:

Klager har i det vesentlige anført:

- (21) Innklagede har brutt de grunnleggende krav til forutberegnelighet og likebehandling i loven § 4 gjennom å kunngjøre et konkurransegrunnlag som henviser både til forskriften del II og del III, gjennomføre konkurransen etter del II for deretter å ombestemme seg og tildele kontrakten etter del III. På den bakgrunn foreligger det en avlysningsplikt.
- (22) Innklagede har brutt forskriften § 23-5 gjennom måten innklagede har avklart innholdet i valgte leverandørs tilbud og samtidig unnlatt å avklare andre tilbud fra de øvrige tilbyderne. Dette medfører at valgte leverandørs tilbud skulle vært avvist i medhold av forskriften § 24-8 (1) bokstav b).

Innklagede har i det vesentlige anført:

- (23) Det forelå ikke plikt til å avlyse konkurransen, da de aktuelle feil; brudd på forskriften § 23-5 og § 24-8 (1) bokstav b) er rettet innen rammen av gjeldende konkurranse, på en måte som ivaretok kravene til etterprøvbarehet, likebehandling og forutberegnelighet i loven § 4.
- (24) Tilbudet fra klager ble med rette avvist, da tilbudet slik det forelå per tilbudsfrist hadde klare avvik.
- (25) Det forelå ikke plikt til å avvise tilbudet fra valgte leverandør. Klager mangler uansett saklig klageinteresse til å få avgjort denne anførselen. En eventuell avvisning av valgte leverandørs tilbud ville ikke påvirket utfallet av konkurransen for klagers del, men føre til en omgjøring av tildelingsbeslutningen i favør av leverandøren Enwa Badeanlegg AS.

Klagenemndas vurdering:

- (26) Klager har deltatt i konkurransen, og har saklig klageinteresse, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Konkurransen gjelder utvikling og detaljprosjektering av to bassenger og levering og montering av disse og levering av bassengtekniske anlegg i tilknytning til bassengene. Dette er en tjenesteanskaffelse. Anskaffelsens estimerte verdi var ikke oppgitt i anbudsdokumentene. I tillegg til lov om offentlige anskaffelser 17. juni 2016 nr. 73 følger anskaffelsen forskrift om offentlige anskaffelser 12. august 2016 nr. 974 del I og del III, jf. forskriften §§ 5-1 og 5-3.

Feil i/uklart konkurransegrunnlag

- (27) Klager anfører at innklagede har brutt de grunnleggende kravene til forutberegnelighet og likebehandling i loven § 4, ved å kunngjøre et konkurransegrunnlag som henviser både til forskriften del II og del III, gjennomføre konkurransen etter del II for deretter å ombestemme seg og tildele kontrakten etter del III. Klager har videre anført at disse feilene medfører at det forelå en avlysningsplikt.
- (28) Klager har trukket frem klagenemndas avgjørelse i sak 2010/129 premiss 49 hvor det står: «[b]ruk av feil konkurranseform må anses å være en feil som ikke kan rettes under gjennomføringen av prosessen». I den saken konkluderte nemnda med at det forelå avlysningsplikt. Saken gjaldt imidlertid et tilfelle hvor oppdragsgiver ikke hadde

hjemmel for anvendt konkurranseform. Feilen kunne dermed ikke rettes innen rammen av samme konkurranse. Avgjørelsen har derfor ikke overføringsverdi til vår sak.

- (29) Innklagde har erkjent at henvisningen til del II var feil. Spørsmålet er om feilen medfører en avlysningsplikt. For at feil i konkurransegrunnlaget skal gi plikt til avlysning, følger det av praksis at det må påvises at feilen kunne ha påvirket utfallet av konkurransen eller deltagerinteressen. Klager har vist til at henvisningene til bestemmelser i forskriften del II, har hatt betydning for deres utforming av tilbudet.
- (30) I kunngjøringen av konkurransen fremgikk det at prosedyren for konkurransen var åpen anbudskonkurranse. I konkurransegrunnlaget var det imidlertid angitt at konkurransen skulle gjennomføres som en åpen tilbudskonkurranse. Dette er en konkurranseform som følger av forskriften del II, hvor oppdragsgiver har anledning til å gjennomføre dialog med tilbyderne. Angivelsen av åpen tilbudskonkurranse som konkurranseform, medfører imidlertid ingen plikt for oppdragsgiver til å gå i dialog med tilbyderne. Klagenemnda viser også til at det i konkurransegrunnlaget var presisert «*at ingen leverandører kan forvente dialog om sitt tilbud og derfor må levere sitt beste tilbud*». I konkurransegrunnlaget var det heller ikke fastsatt et tidspunkt for forhandlinger i den angitte tidsrammen for anskaffelsen. Potensielle tilbydere kunne derfor ikke legge til grunn at det ville være anledning til å gjøre endringer i de innleverte tilbudene.
- (31) Klagenemnda er av den oppfatning at konkurransegrunnlagets henvisninger til prosedyrereglene i forskriften del II ikke kan ha hatt betydning for deltakerinteressen. Klagenemnda kan heller ikke se at klager har tilstrekkelig sannsynliggjort at man ville inngitt et tilbud som ikke ville blitt avvist. Det forelå dermed ikke avlysningsplikt på dette grunnlaget.
- (32) Slik klagenemnda har forstått faktum, tok innklagede kontakt med klager etter utløpt tilbudsfrist for å få klarlagt flere avvik, forbehold og uklarheter. Dette førte til at klager ga tilleggspriser, og at forbehold ble frafalt. Det ble også avholdt et møte der innholdet i klagers tilbud ble diskutert. Med den nye informasjonen, konkluderte innklagede med at klagers tilbud var rangert som nest best.
- (33) Etter at innklagede hadde blitt gjort oppmerksom på at konkurransen skulle vært gjennomført som en åpen anbudskonkurranse, ble tilbudene evaluert slik de forelå per tilbudsfrist. Det medførte at klagers tilbud ble avvist. Klager har ikke bestridt at deres tilbud inneholdt vesentlige avvik på tilbudstidspunktet. Klagenemnda legger derfor til grunn at avvisningen av klagers tilbud var rettmessig.

Dialog med valgte leverandør

- (34) Det neste spørsmålet er om dialogen med valgte leverandør medførte et brudd på likebehandlingsprinsippet etter loven § 4, og derfor en avlysningsplikt.
- (35) Innklagede hadde kontakt med valgte leverandør etter at tilbudet ble levert, og det ble avholdt et møte. Ifølge møtereferatet ble det gjennomgått en rekke punkter i valgte leverandørs tilbud. En del av punktene gjaldt informasjon om hva som var tilbudt. Noen av disse punktene ville kunne ha en prismessig konsekvens for valgte leverandørs tilbud. Etter møtet sendte valgte leverandør en e-post til innklagede med priser for ulike endringer ved tilbudet. Innklagede har forklart at disse endringene ikke ble gjort til en del av valgte leverandørs tilbud.

- (36) Selv om innklagede har opplyst at det ikke ble tatt hensyn til dialogen med valgte leverandør ved den endelige tildelingsevalueringen, kan innklagede besitte informasjon om valgte leverandørs tilbud som de ikke nødvendigvis skulle ha hatt tilgang til. Dette kan i seg selv være problematisk sett opp mot likebehandlingsprinsippet. Slik saken er opplyst for klagenemnda, kommer ikke denne problemstillingen på spissen. Evalueringsskjemaet med kontrollregnede tilbudssummer som ble lagt til grunn for den endelige tildelingen, var utarbeidet før innklagede gjennomførte dialogen med valgte leverandør. Det er derfor ikke holdepunkter for at likebehandlingsprinsippet er brutt.
- (37) Det kan stilles spørsmål ved om dialogen med valgte leverandør ga innklagede mer informasjon om valgte leverandørs tilbud enn konkurranseformen etter del III tillot og muliggjorde. Dersom dialogen hadde ført til at innklagede hadde endret poengscoren tildelt valgte leverandørs tilbud, ville dette vært problematisk i lys av likebehandlingsprinsippet. Det var imidlertid ikke tilfellet i vår sak. I COWIs vurdering av tilbudene av 20. november 2019, hadde valgte leverandør i motsetning til de andre tilbyderne ikke fått noen kommentarer. Videre var tildelt score i tildelingsbrevet tilsvarende lik som den som fremgikk av evalueringsskjema med kontrollregnede tilbudssummer av 6. desember 2019.
- (38) Klager har i forlengelsen av denne anførselen, anført at valgte leverandørs tilbud skulle vært avvist. Klagenemnda mener at klager mangler saklig klageinteresse i å få avgjort denne anførselen.
- (39) Det følger av klagenemndsforordningen § 6 andre ledd at klage kan fremsettes av *«enhver som har saklig interesse»* i å få avgjort lovmessigheten av unnlater, handlinger eller beslutninger under gjennomføringen av en anskaffelse.
- (40) Av klagenemndas praksis følger det at det må foretas en konkret vurdering av klagers interesse, basert på hvilke anførsler klager har fremsatt og hvilken betydning en vurdering av disse anførselene vil kunne ha for klager, jf. eksempelvis klagenemndas avgjørelse i sak 2012/66, premiss 28.
- (41) Klager har ikke bestridt at avvisningen av deres tilbud var rettmessig som en følge av at konkurransen ble gjennomført etter del III. Utover klager og valgte leverandør, var det også to andre leverandører som leverte tilbud i konkurransen. Innklagede har forklart at dersom valgte leverandørs tilbud skulle vært avvist, ville kontrakt blitt tildelt en av de øvrige leverandørene. En eventuell avvisning av valgte leverandør ville derfor ikke hatt noen betydning for klager. Klager har derfor ikke en saklig interesse i å få avgjort denne anførselen.

Konklusjon:

Åfjord kommune har ikke brutt regelverket for offentlige anskaffelser ved å ikke avlyse konkurransen.

Klager har ikke saklig klageinteresse i å få avgjort om valgte leverandørs tilbud skulle vært avvist.

For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,

Alf Amund Gulsvik

Dokumentet er godkjent elektronisk