



## Klagenemnda for offentlige anskaffelser

*Innklagede gjennomførte to åpne anbudskonkurranser for inngåelse av rammeavtale om henholdsvis malerarbeid/gulvlegging og tømrer-/snekkerarbeid. Klagenemnda fant at valgte leverandørs tilbud innholdt en uklarhet som burde medføre tvil om hvordan tilbudet skulle bedømmes i forhold til de øvrige tilbudene. Innklagede hadde brutt forskrift om offentlige anskaffelser ved ikke å avvise valgte leverandørs tilbud. Klagenemnda fant videre at det synes å være sannsynlighetsovervekt for at klager ville fått oppdraget dersom Bests tilbud hadde blitt avvist. Klagenemnda uttalte at i fall denne sannsynlighetsovervekten var tilstrekkelig klar, kunne vilkårene for å kreve erstatning for den positive kontraktsinteresse være oppfylt.*

### Klagenemndas avgjørelse 4. desember 2006 i sak 2005/303 – 16

Klager: Reidar Håkonsen & Sønn AS

Innklaget: Aker universitetssykehus HF

**Klagenemndas medlemmer:** Per Christiansen, Svein Dahl, Siri Teigum

**Saken gjelder:** Avvisning av tilbud på grunn av uklarheter. Erstatning for positiv kontraktsinteresse.

#### **Bakgrunn:**

- (1) Aker universitetssykehus HF (heretter kalt innklagede) kunngjorde 1. april 2005 og 20. april 2005 to åpne anbudskonkurranser for inngåelse av rammeavtale om henholdsvis malerarbeid/gulvlegging og tømrer-/snekkerarbeid i forbindelse med vedlikeholdsarbeid ved flere sykehus. Leverandørene kunne gi tilbud på disse tjenestene for sykehusene Aker/Gaustad, Ski/Follo eller begge alternativene. Denne saken gjelder tildeling av kontrakt for Aker/Gaustad.
- (2) Vedlagt begge konkurransegrunnlagene fulgte prisskjema som leverandørene skulle fylle ut. Dette vedlegget, vedlegg 3, var i konkurransegrunnlagenes innholdsfortegnelse betegnet som "KRAVSPESIFIKASJON". Fra vedlegget hitsettes:

*"Generelle krav: kort responstid for oppstart av jobb, utføre oppdrag i ferietiden og i spesielle oppdrag arbeide utenfor normal arbeidstid, kunne prosjektere, utføre godkjent branntetting.*

[...]

**Postadresse**  
Postboks 439 Sentrum  
5805 Bergen

**Besøksadresse**  
Olav Kyrresgate 8  
5014 Bergen

Tlf.: 55 59 75 00

Faks: 55 59 75 99

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

[...]	[...]		
9	Kan forprosjektering utføres og til hvilken timepris		Kroner
[...]			
11	Det tas følgende forbehold: (Andre forbehold tas det ikke hensyn til. Dersom det ikke opplyses om eventuelle forbehold under dette pkt, er dette å forstå slik, at det ikke gjelder noen forbehold.)		
[...]			

- (3) Kontrakt skulle i begge konkurransene tildeles den leverandøren som leverte det økonomisk mest fordelaktige tilbudet basert på følgende uprioriterte tildelingskriterier:

”

- Oppdragsforståelse
- Pris
- Kvalitet (produkt og arbeid)”

- (4) Innen tilbudsfristenes utløp var det i konkurransen om malerarbeid/gulvlegging kommet inn tilbud fra elleve leverandører, mens det i konkurransen om tømrer-/snekkerarbeid var kommet inn tilbud fra ni leverandører. Reidar Håkonsen & Sønn AS (heretter kalt klager) og Best Totalentreprenør AS (heretter kalt Best) var blant leverandørene i begge konkurransene.

- (5) Fra Bests prisskjema i konkurransen om tømrer-/snekkerarbeid hitsettes:

”[...]	[...]		
9	Kan forprosjektering utføres og til hvilken timepris	NEI	Kroner
[...]			
11	Det tas følgende forbehold: (Andre forbehold tas det ikke hensyn til. Dersom det ikke opplyses om eventuelle forbehold under dette pkt, er dette å forstå slik, at det ikke gjelder noen forbehold.)		
	Ingen		
[...]			

- (6) Innklagede har opplyst at Bests svar på punkt 9 og 11 var utformet på samme måte i tilbudet på tømrer-/snekkerarbeid.
- (7) Av innklagedes prissammenligning fremkom at klagers timepriser i begge konkurransene gjennomgående var lavere enn Bests timepriser. Dette gjaldt imidlertid ikke timepriser for forprosjektering, hvor innklagede la til grunn en timepris på kr 0 for Bests tilbud.

- (8) I brev av 25. mai 2005 og 22. juni 2005 ble klager meddelt at Best var tildelt kontrakt for henholdsvis malerarbeid/gulvlegging og tømrer-/snekkerarbeid for Aker/Gaustad. I begge brevene stod det at *"[b]egrunnelsen for valget er en totalvurdering av det økonomisk mest fordelaktig tilbud, hvor det som til slutt ble utslagsgivende var leverandørens pris. For øvrig ble det ansett at deres tilbud scoret tilnærmet likt på tildelingskriteriene oppdragsforståelse og kvalitet."* I brevet av 22. juni 2005 stod det videre at *"[u]tslagsgivende var pris, deres tilbud lå ca 10 % over valgt tilbud i pris"*.
- (9) Klager ba om en ytterligere begrunnelse for tildelingen av malerarbeid/gulvlegging i e-post av 2. juni 2005.
- (10) Det ble inngått kontrakt mellom innklagede og Best 13. juni 2005 og 22. juli 2005, henholdsvis for malerarbeid/gulvlegging og tømrer-/snekkerarbeid.
- (11) I brev av 2. september 2005 ba klager på nytt om en ytterligere begrunnelse, denne gangen i forbindelse med tildelingen i begge konkurransene.
- (12) Innklagede besvarte henvendelsene i brev av 21. september 2005. Fra innklagedes brev hitsettes:

*"Når det gjelder begge anbudene Begrunnelsen for valget er en totalvurdering av det økonomisk mest fordelaktig tilbud, hvor det som til slutt ble utslagsgivende var leverandørens pris. For øvrig ble det ansett at deres tilbud scoret likt på tildelingskriteriene, utslagsgivende var prisen. Deres tilbud lå ca 10 % på begge anbudene over valgte tilbud i pris, forprosjektering er inkludert i denne %."*

- (13) I brev av 6. oktober og 14. november 2005 kom klager via sin advokat med spørsmål til tildelingene. Innklagede besvarte henvendelsene i brev av 15. november 2005. Fra brevet hitsettes:

*"Det fremkommer av dokumentene at den aktøren helseforetaket inngikk avtale med, ga det beste tilbudet. Årsaken til at det kan se ut til at prisen i de inngåtte kontraktene er høyere enn tilbudet fra Deres klient, er at prisen oppgitt i de inngåtte kontraktene inkluderer prosjektering. Deres klient priset denne tjenesten til [...] kr timen."*

#### **Anførsler:**

##### *Klagers anførsler:*

- (14) Klager anfører at innklagede har brutt regelverket for offentlige anskaffelser.
- (15) Av innklagedes begrunnelse for valg av tilbud fremgår at klager og Best ble vurdert likt i forhold til samtlige tildelingskriterier, bortsett fra pris. Når det bare var pris som skilte disse tilbudene fra hverandre, måtte innklagede velge det tilbudet som lå lavest i pris. Innklagede hevder at Best lå lavest i pris, men dette er faktisk feil. Det var klagers tilbud som hadde lavest pris. Innklagede har dermed ikke valgt det økonomisk mest fordelaktige tilbudet, og tildelingsbeslutningen er feil. Innklagede har anført at prisene til Best inkluderer forprosjektering. Dette fremkommer ikke på noen måte av tilbudene, tvert om har Best uttrykkelig skrevet "NEI" på spørsmålet

om forprosjektering kan utføres. Det er således høyst uklart hvordan innklagede har kommet til denne slutningen.

- (16) Når valgte leverandør skriver "NEI" på spørsmål om forprosjektering kunne tilbys, oppfyller ikke valgte leverandør de generelle kravene som stilles i konkurransegrunnlagene. Konsekvensen av dette er at tilbudene skulle vært avvist etter forskrift om offentlige anskaffelser § 8-12 (1) bokstav a. Innklagedes anførsel om at kravet om prosjektering er en del av kravspesifikasjonen, og ikke et kvalifikasjonskriterium, bestrides. Det er selvsagt ikke avgjørende at kravet er inntatt i vedlegget som i konkurransegrunnlagene kalles kravspesifikasjon. Hvilke konkrete krav leverandørene må oppfylle, fremgår av en naturlig fortolkning av konkurransegrunnlagene. Ved en slik fortolkning må det legges til grunn at innklagede har oppstilt et kvalifikasjonskrav om prosjekteringskompetanse, som Best ikke oppfyller.
- (17) Valgte leverandør svarte i tilbudene "NEI" på spørsmålet om forprosjektering kunne tilbys og "Ingen" på spørsmålet om forbehold. Denne indre motsetningen/uklarheten i tilbudene medfører tvil om hvordan dette tilbudet skal forstås i forhold til øvrige tilbud. Tilbudene skulle således også vært avviste etter forskriftens § 8-10 (1) bokstav d.
- (18) Korrekt saksbehandling fra innklagedes side ville medført at klager fikk kontraktene. Klagenemnda bes ta stilling til hvorvidt vilkårene for erstatning anses oppfylt.

*Innklagedes anførsler:*

- (19) Innklagede bestrider å ha brutt regelverket for offentlige anskaffelser.
- (20) I de generelle kravene i kravspesifikasjonene stod det at leverandørene måtte kunne prosjektere. Siden valgte leverandør førte opp at de ikke tok noen forbehold, var det naturlig for innklagede å tolke "NEI" i tilbudene slik at forprosjektering var inkludert i oppgitt timepris. Tilbudene fra valgte leverandør fremstod derfor som de økonomisk mest fordelaktige.
- (21) Valgte leverandørs tilbud skulle ikke avvises med hjemmel i forskriftens § 8-12 (1) a. Denne bestemmelsen gjelder kvalifikasjonskriterier. Valgte leverandør oppfylte alle disse kriteriene. Kravet til prosjektering var derimot en del av kravspesifikasjonene, og med mindre det blir tatt forbehold fra kravspesifikasjonene, forutsetter innklagede at tilbudene er i tråd med disse.
- (22) Valgte leverandørs tilbud skulle heller ikke avvises med hjemmel i forskriftens § 8-10 (1) bokstav d. Ved vurderingene av tilbudene fant innklagede det naturlig å vurdere valgte leverandørs tilbud slik som forklart over.

**Klagenemndas vurdering:**

- (23) Klager har deltatt i konkurransene og har saklig klageinteresse, jf forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Innklagede har lagt til grunn at reglene i forskrift om offentlige anskaffelser del I og II kommer til anvendelse. Klagenemnda legger dette til grunn i det følgende.

- (24) Ordlyden "... kunne prosjektere" under "Generelle krav" i konkurransegrunnlagets vedlegg 3 kan tale for at dette er et krav til leverandørens tekniske kvalifikasjoner. Sammenholdt med at det i punkt 9 i prisskjemaet stilles spørsmål ved om tilbyder kan utføre forprosjektering, fremstår det likevel ikke å være et absolutt krav som må være oppfylt for deltakelse i konkurransen. Klagenemnda legger dermed til grunn at innklagede ikke hadde plikt til å avvise valgte leverandør som følge av manglende oppfyllelse av kvalifikasjonskrav.
- (25) Spørsmålet er da om Best skulle vært avvist som følge av uklarhet ved tilbudet. Når Best i prisskjemaets punkt 9 har svart nei på spørsmålet om "... forprosjektering [kan] utføres og til hvilken pris" og i punkt 11 har sagt at det ikke tas noen forbehold, foreligger det etter klagenemndas oppfatning en uklarhet med hensyn til hvorvidt forprosjektering var en del av Bests tilbud. Klagenemnda kan ikke se at det følger av en naturlig tolkning av punkt 9 i Bests prisskjemaer at prosjektering er inkludert i timeprisene, slik innklagede har lagt til grunn. Klagenemnda finner at uklarhetene i Bests tilbud "kan medføre tvil om hvordan tilbudet skal bedømmes i forhold til de øvrige tilbudene", jf forskriftens § 8-10 (1) bokstav d. Bests tilbud skulle således vært avvist, jf § 8-10 (1).

#### *Erstatning*

- (26) Det følger av Rt. 2001 s. 1062 (Nucleus-dommen) at vilkårene for å få erstattet den positive kontraktsinteresse, er at oppdragsgiver har begått en vesentlig feil, og at det foreligger klar sannsynlighetsovervekt for at vedkommende leverandør ville fått oppdraget dersom feilen ikke var begått.
- (27) Etter klagenemndas oppfatning er det begått en vesentlig feil når innklagede har antatt et tilbud som skulle vært avvist. Det følger av innklagedes tilbudsevaluering at klagers tilbud kom nest best ut i begge konkurransen når det gjelder sykehusene Aker/Gaustad. Det kan således synes å foreligge sannsynlighetsovervekt for at klager ville fått oppdragene dersom Bests tilbud hadde blitt avvist. I fall denne er tilstrekkelig klar, kan vilkårene for å kreve erstatning for den positive kontraktsinteresse være oppfylt.

#### **Konklusjon:**

Aker Universitetssykehus HF har brutt forskrift om offentlige anskaffelser § 8-10 (1) bokstav d ved ikke å avvise valgte leverandørs tilbud.

For klagenemnda,  
4. desember 2006

  
Per Christiansen