



**Klagenemnda
for offentlige anskaffelser**

Innklagede gjennomførte en åpen anbudskonkurranse for totalentreprise på oppføring av et tilbygg til et eksisterende skolebygg. Klagenemnda fant at innklagede under sin vurdering av ett av tildelingskriteriene hadde brutt kravene til forutsigbarhet, etterprøvbarhet og gjennomsiktighet i lov om offentlige anskaffelser §5.

Klagenemndas avgjørelse 16. april 2007 i sak 2006/112

Klager: Th. Johansen & Sønner AS

Innklaget: Stange kommune

Klagenemndas medlemmer: Jens Bugge, Morten Goller og Bjørg Ven.

Saken gjelder: Tolking av konkurransegrunnlag og tildelingskriterier – Regelverkets krav til forutsigbarhet, etterprøvbarhet og gjennomsiktighet. Spørsmål om kontraktsvilkår i strid med balanserte og fremforhandlede kontraktsstandarder.

Bakgrunn:

- (1) Stange kommune (heretter kalt innklagede) kunngjorde 16. februar 2006 en åpen anbudskonkurranse for totalentreprise på oppføring av et tilbygg til et eksisterende skolebygg.
- (2) I punkt II.3 i kunngjøringen fremgikk det følgende om ”kontraktens varighet eller frist for utførelse”: ”Startdato: 01.06. 2006. Sluttdato: 01.08. 2007.”
- (3) I punkt IV.2B fremgikk det følgende uprioriterte tildelingskriterier:
 - ”Pris
 - Byggetid
 - Tekniske løsninger og kvalitet på disse
 - Erfaring
 - Service/tilgjengelighet”
- (4) På side 3 i konkurransegrunnlaget fremgikk det følgende krav til tilbudene:

”Alle innfyllingsposter og – sider i beskrivelsen skal fylles ut der dette er angitt. Manglende innfylling vil kunne medføre forkastelse av mottatte anbud uten nærmere begrunnelse. Skulle evt innfylte poster mangle, vil tiltakshaver allikevel forbeholde seg retten til å fylle inn disse manglene basert på ”worst case”, det vil si at høyeste pris fra øvrige anbud benyttes som enhetspris før vurdering og innstilling av anbud.”

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

- (5) På side 6 og 9 i konkurransegrunnlaget stilte tiltakshaver krav om at den tilbudte arkitekt skulle ha formell arkitektutdannelse, og av anbudsskjemaet fremgikk at navnet på arkitekten skulle oppgis .
- (6) På side 8 fremgikk det følgende om fremdriften i prosjektet: ”*Det antas byggestart ca 1. juni 2006, med ønsket ferdigstilling ca 1. august 2007.*” I kontraktsbestemmelsen endringer til standarden NS 3431 punkt 28.2 fremgikk det at overlevering av bygget før ferdigstillingsdatoen i kontrakten, ikke ville medføre noen premieutbetaling fra tiltakshaver.
- (7) I punkt 30 på side 16 fremgikk det følgende om innestående beløp: ”*Innestående beløp (5 % av kontraktssummen) skal ikke faktureres før feil og mangler iht liste fra ferdigbefaring er utbedret.*”
- (8) Innen tilbudsfristens utløp mottok innklagede 5 tilbud, deriblant fra Th. Johansen & Sønner AS (heretter kalt klager) og Hagen og Godager AS.
- (9) Klagers pristilbud var på kr 22 566.167,- inkl. mva med en tilbudt byggetid på 425 kalenderdager, det vil si at ferdigstilling ville skje 1. august 2007 ved byggestart 1. juni 2006. På side 1 i tilbudsbrevet fremgikk følgende forbehold mot kontraktsvilkårene: ”*Vi kan ikke akseptere mer enn 2 % innestående i perioden etter overlevering (til feil og mangler er utbedret).*” Det var ikke oppgitt noe beløp i feltet for pris på ”*videre engasjement av arkitekt og rådgiver*” i tilbudsskjemaet, og navn på tilbudt arkitekt med formell utdannelse var heller ikke oppgitt i feltet hvor dette skulle fylles ut. Eiendomsprosjekt var oppgitt som både ansvarlig prosjekterende og rådgivende ing. i byggteknikk. Dette firmaet har etter det opplyste ingen utdannede arkitekter blant sine ansatte.
- (10) Hagen og Godager AS` pristilbud var på kr 22 885.617,- med en tilbudt byggetid på 300 kalenderdager, det vil si at ferdigstilling ville skje 28. mars 2007 ved byggestart 1. juni 2006. Det var ikke oppgitt noe beløp i feltet for ”*videre engasjement av arkitekt og rådgiver*” i prisskjemaet, men navnet på tilbudt arkitekt med formell utdannelse var oppgitt.
- (11) I telefaks av 18. mai 2006 opplyste klager at firmaet hadde ”*medregnet kr 300.000,- + mva til arkitekt/rådg ing bygg.*” I e-post av samme dato opplyste Hagen og Godager AS at firmaet hadde beregnet kr 284.000,- eks mva i arkitektkostnader og kr. 138.650,- eks mva til Rådgivende ing. bygg..
- (12) I anskaffelsesprotokollen fremgikk det følgende vurdering av de to tilbudene:

”Evaluering:[...]

PRIS:

I anbud 4 fra Hagen og Godager AS må følgende tillegg påregnes med bakgrunn i oppgitte forbehold:

- *Tillegg for heltre i skolekjøkken i stedet for laminat: Vurdert kostnad kr. 45 000,-*
- *Tillegg på sprinklerløsning mot eksisterende bygg: Vurdert kostnad kr. 10 000,-*

- Tillegg riving/ arbeid med eksisterende el. anlegg: Vurdert kostnad kr. 10 000,-
- Tillegg for pendelarmatur med samme design: Vurdert kostnad kr. 84 645,-
- Sum vurderte tillegg anbud 4 eks. mva.: kr.149 645,-
- +25 % mva. kr. 37411,-
- Sum vurderte tillegg anbud 4 inkl. mva.: kr.187 056,-

I anbud 2 fra Th Johansen & Sønner AS er det tatt forbehold mot at tiltakshaver ønsker å ha 5 % innestående inntil evt. feil og mangler iht. liste fra ferdigbefaring er utbedret. Anbyder tilbyr i stedet 2 % innestående i denne tiden. Dette er en sikkerhet for tiltakshaver for å få entreprenøren til å ta med alle utbedringer innen fristens utløp. Dette betyr ikke noe økonomisk for tiltakshaver, men er kun en ekstra sikkerhet som gir et minus for tilbyder.

Anbyder 2 har ikke fylt ut linjen for arkitekt iht. anbudets forutsetning. Det kan synes som om firmaet vil benytte Eiendomsprosjektering AS både som arkitekt og rådgivende ingeniør bygg. Eiendomsprosjektering AS har ingen arkitekter med formell utdanning slik det er stilt krav om i anbudsdokumentet. Kjøp av arkitekttjenester for kr. 150 000,- i det videre arbeidet kan antas som en økonomisk konsekvens av dette.

BYGGETID:

Anbyder 2 har oppgitt 4 måneders lengre byggetid enn anbyder 4. Anbyder 4 har et forbehold mht. ferdigstillelse av væravhengige utomhusarbeider, men det påvirker ikke en evt. tidligere overtakelse og mulighet for midlertidig brukstillatelse for tilbygg øst for skolen. Byggetiden anbyder 4 oppgir muliggjør at skolen kan flytte inn i det nye tilbygget i mai 2007, og dermed frigjøre blokkene 1, 2 og 3 som skal ombygges i neste byggetrinn. Disse ombygingsarbeidene kan da komme i gang i juni 2007, med graving for tilbygg i skoleferien istedenfor etter skolestart høsten 2007. Den økonomiske vurdering av kortere byggetid er antatt som følger:

Byggelånsrente: 4 %.

Overtakelsesdato: 19.04.07.

Utbetalt pr. 19.04.07.: Antatt 18,0 mill (av totalt budsjettert 27 mill. inkl.prosjektering, ny VA-grøft mv.)

Rentebelastning ved 4 mnd. lengre byggetid: $kr. 18\ 000\ 000,- \times 4\ \% \times 4/12 = kr. 240\ 000,-$

Antatt økonomisk fordel for tiltakshaver mht husleie ved at tilbygget kan tas i bruk 4 måneder tidligere, da dette blir også en del av vurdering av byggetiden $kr. (27\ 000\ 000,- - 1\ 000\ 000,-) \times 4\ \% \times 4/12 = ca. kr. 350.000,-$

TEKNISKE LØSNINGER OG KVALITET PÅ DISSE:

Tiltakshavers tekniske konsulenter har gått igjennom sine respektive fag, og det er foretatt vurderinger og priskonsekvens for sammenlignbare løsninger. Etter disse korrigeringer er det ikke noen forskjell på anbud 2 og 4.

ERFARING:

Begge anbydere har drevet i mange år, og begge har erfaring med oppføring av denne type bygg. Anbydernes erfaring må anses som lang og likeverdig. Tiltakshaver har ved flere tidligere bygg benyttet begge anbydere, og har derfor erfaring med begge to. Ved to av de siste jobbene anbyder 2 har utført for

tiltakshaver, har denne opplevd avvik fra gitte kravspesifikasjoner mht. krav om hhv. lydvegger og glanstall på maling, noe vi mener internkontroll og rutiner hos vedkommende skulle ha fanget opp. Tiltakshaver sitter derfor igjen med det inntrykk at internkontrollen og rutinene hos anbyder 2 ikke er så god som den skulle være.

SERVICE OG TILGJENGELIGHET:

Service og tilgjengelighet er tilfredsstillende og likeverdig for begge anbydere.

POENGVURDERING AV ANBUD 2 OG 4:

Tildelingskriteriene er likeverdig vurdert på en skala fra 0 til 6.

Tildelingskriterium	Poeng anbud nr 2	Poeng anbud nr 4
Pris	6	5
Byggetid	4	6
Tekn løsninger/kvalitet	6	6
Erfaring	5	6
Service/tilgjengelighet	6	6
Sum	27	29

Snitt anbud 2: $27: 5 = 5,4$.

Snitt anbud 4: $29: 5 = 5,8$.”

- (13) I brev av 31. mai 2006 ble tilbyderne meddelt at Hagen og Godager AS var tildelt kontrakten. Tildelingsbeslutningen ble påklaget av Th. Johansen & Sønner AS i brev av 6. juni 2006. Klagen ble avslått i brev av 12. juni 2006, hvorpå Th. Johansen & sønner AS på nytt påklagde dette i brev av 16. juni 2006. Fra brevet hitsettes følgende:

”Byggelånsrenter

Den vurdering De gjør av fordelene ved kortere byggelånstid for påløpte byggelånsrenter er uriktig. Jo kortere byggetid, jo dyrere blir i prinsippet finansieringen for prosjektet. Dette henger sammen med at man ikke utelukkende kan se på byggelånsrentene, men man må også se på de totale renter som påløper både før og etter konvertering av byggelånsrentene til fastlån. Dette innebærer at byggelånet nedbetales med de samme nominelle renter og beløp, men i utgangspunktet med første forfall til første og siste forfall tilsvarende senere som det bygget faktisk er ferdigstilt med. I realiteten innebærer det at kommunen får nedbetalt siste del av byggelånet to måneder senere enn det man ellers ville fått. Denne rentekostnaden som dette representerer er neddiskontert til nåverdi lik 0,-. For å vurdere hvilke renter som derfor påløper må det tas utgangspunkt i rentekostnaden kommunen har hatt på en felles dato. Dette har kommunen ikke gjort ved beregningen av ”rentefordelen”. Kommunen gjør flere feil i beregningen. Den første er at man ser på den perioden som går fra tilbyder nummer 1 er ferdig frem til Th. Johansen er ferdig og beregner rentefordelen som om det også i forhold til Johansen skulle være trukket fullt på lånet. Reelt er situasjonen en helt annen. Forutsetter vi at byggelånet trekkes jevnt over perioden (det betyr det samme som at vi belaster renter for halve byggelånet over hele perioden) får vi følgende rentebelastning for byggelånet for tilbyder nr 1:

$$\frac{\text{kr } 18\,000.000,- \times 4 \times 300}{100 \times 365 \times 2} = \text{kr } 295.890,40$$

For Th. Johansen ville belastningen bli som følger

$$\frac{\text{Kr } 18\,000.000,- \times 4 \times 425}{100 \times 365 \times 2} = \text{kr } 419.178,06$$

Som kommunen vil se er forskjellen i rentebelastning kr 123.287,66 og ikke kr 240.000,- som kommunen anfører. Dersom denne rentefordelen skal oppstå, er forutsetningen at forskjellen i byggetid tas hensyn til ved at arbeidene påbegynnes 125 dager senere enn opprinnelig planlagt, slik at man blir ferdig til samme tidspunkt. Begynner man derimot til samme tidspunkt, må kommunen i tillegg ta hensyn til den renten som påløper på fullt trukket byggelån fra det tidspunktet anbyder nummer 1 blir ferdig og frem til Th. Johansen hadde vært ferdig. Dette vil si 125 dager med full belastning på i realiteten konvertert lån. Det tilsvarer med 4 % rente en ytterligere finansieringskostnad på kr. 246,575,-. I så fall får kommunen en dyrere finansiering med tilbyder nr 1 med ca 123.000,-. Det er denne fremdriften kommunen hevder å ha basert sitt regnestykke på. Da blir med andre ord finanskostnadene høyere ved å velge tilbyder nr 1 og ikke slik kommunen har lagt til grunn. Så kan det innvendes at nedbetaling om man starter tidligere å bygge, starter tilsvarende tidlig og avsluttes tilsvarende tidligere og at kommunen har lånet i 125 dager lenger og da også betaler ekstra renter i 125 dager. Dette er i prinsippet riktig, men realiteten er at ser vi på hvilke ekstra renter dette er fordelt over nedbetalingsperioden, så er den reelle verdi at disse pengene neddiskontert til nåverdi over de 25 (?) år kommunen har til nedbetaling tilnærmet lik null. Det som normalt gjør at man er interessert i å få bygd ferdig så tidlig som mulig, er at byggherren skal bruke dette i næringsvirksomhet. Det er klart at jo tidligere bygget kan leies ut forutsatt at det går med overskudd, jo forttere vil man i så fall begynne å tjene penger. I tillegg er det slik at dersom prisstigningen er spesielt høy, vil dette kunne medføre at rentefordelen spises opp av den prisstigning som ellers skal beregnes. For tiden er det ikke tilfellet. Det er videre vanskelig å skjønne at det eksisterer en slik reell husleiefordel som kommunen anfører. Dette forutsetter i så fall at man kan frigjøre lokaler som man ellers betaler husleie for. Ved en sammenligning for hva som er gunstigst for kommunen, må man legge faktiske forhold til grunn, og ikke en teoretisk anlagt modell hvor man forutsetter at om skolen ikke hadde vært ferdig så ville man måtte leie plass. Situasjonen er jo den at skolen er ferdig også med Th. Johansen & Sønner AS' tilbud på et slikt tidspunkt at skolen kan tas i bruk når man faktisk trenger å ta den i bruk. Realiteten er derfor at en tidligere ferdigstillelse enn det man faktisk har bruk for, bare vil påføre skolen ytterligere utgifter til drift og vedlikehold i den aktuelle fire måneders periode. Dersom arbeidene med tilbyder nummer to skal påbegynnes senere enn med Th. Johansen, noe kommunen ikke legger til grunn, eksisterer det uansett ingen husleiefordel. I tillegg kommer da en ekstra rentekostnad. Som det fremgår er kommunens resonnement under enhver omstendighet uriktig.”

- (14) Etter dette ble det utvekslet ytterligere to brev mellom klager og innklagede, av 5. og 17. juli 2006. Saken ble så brakt inn for klagenemnda i brev av 21. juli 2006. Kontrakt med valgte leverandør ble inngått etter dette.

Anførsler:

Klagers anførsler:

- (15) Innklagede har anvendt tildelingskriteriene i strid med kommunens egen angivelse. Riktig anvendelse skulle medført at klagers tilbud ble valgt.
- (16) Klagers pristilbud var det laveste. Klagers tilbud ble tillagt kr 150.000,- i økte arkitektkostnader. Dette er uriktig, idet tilbudet inkluderte kostnader til arkitekt siden det ikke var tatt noe forbehold mot dette.
- (17) Av konkurransegrunnlaget fremgikk det at ”ønsket” ferdigstillelse var ca 1. august 2007, hvilket i dette tilfellet tilsvarte ca 425 byggedager. Dette må innebære at ferdigstillelse så tett opptil dette tidspunkt bør gi best score, mens både tidligere og senere ferdigstillelse må telle negativt. Dette støttes også av at det ikke skulle utbetales premie ved overlevering før kontraktsfestet ferdigstillellesdato, jf konkurransegrunnlagets punkt 28.2. Klager tilbød ferdigstillelse på 425 dager, mens valgte leverandør tilbød ferdigstillelse på 300 dager. Klagers tilbud skulle derfor vært bedømt best. Det var umulig for klager å forutse at kortere byggetid enn den som var oppgitt som ønskelig, skulle telle positivt. I forhold til totale finansieringskostnader gir også klagers tilbud det mest prisgunstige resultat.
- (18) Klagers senere ferdigsstillestidspunkt førte også til at deres tilbud ble vurdert slik at kommunens byggelånsrenter ville øke med kr 240.000,-. Dette blir feil når kommunen har utelatt å ta hensyn til økte renteutgifter på konvertert lån. Skal man ta hensyn til finansieringskostnader, må samtlige relevante kostnader tas med, ikke kun utvalgte. Desto raskere byggetid, desto større totale finansieringskostnader. Dette er ubestridt finansieringsmessig. Den fortjeneste som ligger i at nedbetalingen blir tidligere ferdig, spiller ingen rolle på grunn av den neddiskontering og justering av pengeverdi som må foretas. Valgte leverandørs tilbud skulle vært tillagt et beløp for økte finansieringskostnader, anslagsvis vurdert til kr 120.000,-.
- (19) Klagers tilbud ble videre tillagt kr 350.000,- for ”*antatt husleiefordel*”. Kommunens beregnede interne husleie er ingen reell kostnad, og kan dermed ikke tillegges klagers pris.
- (20) Innklagedes vurderinger tilknyttet kriteriet ”*tekniske løsninger og kvaliteten på disse*” er umulig å etterprøve.
- (21) Med kriteriet ”*erfaring*” må det naturlig forstås hvilken erfaring tilbyder har med tilsvarende prosjekter. Klagers erfaring med tilsvarende bygg er bedre enn de øvrige tilbyderne, hvilket tilsier at klager skulle vært gitt best score her. Innklagede la imidlertid under dette punkt vekt på kommunens tidligere negative erfaringer med klager. Dette er forhold som eventuelt skulle medført at klager ble diskvalifisert fra konkurransen. Det som anføres som mangelfullt synes i tillegg betydelig overdrevet.
- (22) Kommunen la videre vekt på at tildeling til valgte leverandør muliggjorde ferdigstillelse til neste skolestart, trass i at prosjektet var forsinket av forhold som skyldes innklagede selv.
- (23) Kravet om økt innestående, 5 % av kontraktssummen istedenfor 2 % slik NS 3431 fastsetter, er ikke i samsvar med at kontraktsvilkårene skal være balanserte, og følge

de fremforhandlede standarder. Det foreligger i dette tilfellet ikke noe særskilt behov for å avvike standarden.

- (24) Klagenemnda bes om å vurdere om vilkårene for erstatning for den positive kontraktsinteresse er oppfylt.

Innklagedes anførsler:

- (25) Oppdragsgiver forutsatte at samtlige prosjekteringskostnader skulle være inkludert i tilbudet. Når klager oppga rådgivende ingeniør som prosjekterende for arkitektdelen, ble dette oppfattet som et forbehold mot konkurransegrunnlagets krav om arkitekt med formell arkitektutdannelse. Dette forbeholdet måtte prissettes for at ikke tilbudet skulle bli forkastet. Forbeholdet ble skjønnsmessig fastsatt til kr 150.000,- som utgjør prisforskjellen mellom klagers tilbud og valgte leverandørs tilbud på dette arbeidet. I henhold til konkurransegrunnlagets side 3 skulle forbeholdet vært prissatt til kr 265.000,-. Kravet om formell arkitektutdannelse var viktig for innklagede fordi Th. Johansen & Sønner AS i en tidligere konkurranse ikke benyttet formelt utdannet arkitekt, til tross for at innklagede anbefalte dette.
- (26) Byggetid var ett av tildelingskriteriene, jf kunngjøringens punkt IV.2B. Kunngjøringens punkt II.3, hvor kontraktens varighet skulle oppgis, var kun av orienterende art. Det samme gjelder konkurransegrunnlagets opplysninger om kontraktens varighet på side 8, 13 og 14.
- (27) Valgte leverandør tilbød ferdigstillelse 4 måneder før klager. Dette utgjør en besparelse på byggelånsrenter på kr 240.000,- med en rentesats på 4 %. Legges en høyere sats til grunn vil dette beløpet fort øke til 3-400.000,- kroner, hvilket ikke er urealistisk med dagens stigende rente. Gebyr som vil bli belastet oppdragsgiver er ikke tatt med her.
- (28) Skolen har et ønske om ferdigstillelse så snart som mulig, idet både ungdomsskolen og SFO bruker provisoriske lokaler. For å prise fordelen med tidligere ferdigstillelse er det gjort et anslag på kr 350.000,- i ”*antatt intern husleie*”. Punktet var ikke avgjørende for konkurransen. Et anslag over utgiftene til personalets merarbeid og elevenes undervisningssituasjon, samt økte vinterutgifter utgjør reelt sett langt over kr 350.000,-.
- (29) Kriteriet ”*erfaring*” innebar at det både skulle gjøres en vurdering av tilbyders erfaring med utførelse av tilsvarende bygg, og en vurdering av oppdragsgivers erfaring med tilbyder ved utførelse av tilsvarende bygg. Etter innklagedes vurdering er det åpenbart at Th. Johansen & Sønner AS ikke bruker sine systemer for internkontroll og kvalitetssikring på en måte som ivaretar kvaliteten på utført arbeid. Dette medførte at oppdragsgiver måtte være forberedt på å øke oppfølgingen og kontrollen ved tildeling av kontrakt til firmaet. På grunn av dette ble Th. Johansen & Sønner AS gitt 5 av 6 poeng under kriteriet. I ettertid ser innklagede at tilbyder gjerne skulle vært gitt enda lavere score, men dette ble ikke gjort fordi oppdragsgiver må kunne dokumentere de trekk som gis i poenggivningen.

- (30) Det ble i konkurransegrunnlaget krevd innestående på 5 %, istedenfor 2 %, til dekning av mangler som oppdages på sluttbefaring. Beløpet skal holdes tilbake til de registrerte mangler er utbedret, og ikke bare til overtakelsen. Klager tok forbehold om bruk av 2 % istedenfor 5 %. Begrunnelsen for at det ble krevd 5 % var at dette er et langt mer effektivt virkemiddel til å få utført mangelutbedringer, enn å få ut midler fra garantien. Kravet ble stilt på grunn av de dårlige erfaringer innklagede har hatt med klager i tidligere byggeprosjekt.

Klagenemndas vurdering:

- (31) Klager har deltatt i konkurransen og har saklig klageinteresse, jf forskrift om Klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Anskaffelsen følger etter sin kunngjorte verdi forskrift om offentlige anskaffelser av 15. juni 2001 nr 616 del I og III, jf forskriftens §§ 2-1 og 2-2.

Hvorvidt innklagede kunne tillegge klagers tilbud et tillegg for arkitektkostnader

- (32) Av anskaffelsesprotokollen fremgår det at innklagede under evalueringen av tilbydernes priser tilla klagers pristilbud et tillegg for arkitektkostnader på kr 150.000,-. Dette fordi innklagede oppfattet klagers manglende opplysning om hvilket firma som ville utføre arkitektoppavene, som et forbehold mot konkurransegrunnlagets krav om formelt utdannet arkitekt.

- (33) Siden det av konkurransegrunnlaget side 3 fremgikk at innklagede forbeholdt seg retten til å fylle ut manglende poster, basert på høyeste pris fra de øvrige tilbud, kan klagenemnda ikke se at det tillegg innklagede i dette tilfellet ga klagers pristilbud for arkitektkostnader, har skjedd i strid med regelverket. Klager fikk for øvrig full score på tildelingskriteriet ”Pris”, som den laveste av de to tilbydere som ble sammenlignet.

Innklagedes evaluering av byggetid

- (34) Problemstillingen her er om innklagede skulle lagt kortest byggetid eller ferdigstillelse så tett opptil 1. august 2007 til grunn som det optimale. Dette beror på en konkret tolking av konkurransegrunnlaget. På den ene side har innklagede angitt at ferdigstillelse ”ønskes” ca 1. august 2007. Dette kan, som klager gjorde, oppfattes slik at overlevering på denne angitte dato vil være det optimale for tiltakshaver. På den annen side er ”Byggetid” oppgitt som et av fem tildelingskriterier, hvilket indikerer at kommunen vil legge vekt på kort byggetid. Det behøver heller ikke nødvendigvis å ligge noe motsetningsforhold her. Kort byggetid vil medføre at man vil ha et visst slingringsmonn både i forhold til oppstartsdato og i forhold til ønsket ferdigsstillelsesdato. Det normale utgangspunkt er at en byggherre vil foretrekke kort byggetid, og det vil også være den naturlige forståelse når byggetid er tatt med som tildelingskriterium. Selv om formuleringene i konkurransegrunnlaget nok kan by på noe tvil og med fordel kunne vært klarere, må det etter nemndas oppfatning aksepteres at kort byggetid vurderes som en fordel og skal gis uttelling i evalueringen, når tildelingskriteriene er angitt slik som her.

- (35) At det i kontraktsbestemmelsene i anbudgrunnlaget er klargjort i forhold til NS 3431 punkt 28.2 at entreprenøren ikke oppnår premie ved tidligere ferdigstillelse enn den kontraktsfestede ferdigstillelsesdato, kan ikke tillegges betydning i denne forbindelse. Ferdigstillelsesdatoen vil jo først bli kontraktsfestet når oppstartstidspunkt og byggetid er på det rene, og det som her fremgår av

konkurransesgrunnlaget, er bare et signal til tilbyderne om at det ikke er planlagt noen premiering for forsering av byggearbeidene.

Innklagedes evaluering av kostnader til byggelånsrenter under tildelingskriteriet byggetid

- (36) Av anskaffelsesprotokollen fremgår det at innklagede i evalueringen av kriteriet byggetid tok hensyn til hvor store byggelånsrenter tilbudenes byggetid ville medføre. Basert på dette kom innklagede frem til at klagers tilbud ga en merkostnad på kr 240.000,- sammenlignet med valgte leverandør, idet klagers byggetid var 125 dager lenger enn valgte leverandørs.
- (37) Hvilke forhold som er relevant å vurdere under det enkelte tildelingskriterium, beror på en konkret tolking av kriteriet, sammenholdt med konkurransegrunnlagets opplysninger for øvrig. I dette tilfellet er klagenemnda kommet til at det var relevant å vurdere forskjeller i byggelånsrenter som følge av ulik byggetid, under kriteriet byggetid. Nemnda finner imidlertid innklagedes utregningsmodell uforutsvarlig. Slik modellen var lagt opp, med forutsetning om 4 måneders tidligere ferdigstillelse, er det for det første bare en eventuell forskjell i renten på det midlertidige byggelånet og det senere faste lånet som er interessant i en slik beregning. Modellen tar heller ikke hensyn til at rentene faktisk skal nedbetales suksessivt gjennom hele det totale låns nedbetalingstid, og ikke i byggeperioden, eventuelt ved byggeperiodens opphør. Utregningsmodellen gir således ikke et realistisk bilde av kostnadsforskjellen på byggelånsrentene ut fra ulik byggetid. Nemnda finner innklagedes anvendelse av modellen i strid med kravet til forutberegnelighet i lovens § 5.

Innklagedes evaluering av kostnader til "antatt husleiefordel" under tildelingskriteriet byggetid

- (38) Av anskaffelsesprotokollen fremgår det at innklagede også tok hensyn til kostnadsforskjellen i "antatt husleiefordel" som følge av ulik byggetid, i evalueringen av byggetidskriteriet. Også dette har nemnda i utgangspunktet funnet relevant. Det er imidlertid ikke gjort noe forsøk fra innklagedes side på å forklare hvordan de er kommet frem til det beløp på kr. 350.000,- som innklagede la til grunn her. Når innklagedes vurdering ikke lar seg etterprøve, må det anses for å være i strid med kravet om etterprøvbarehet og gjennomsiktighet i lovens § 5.
- (39) Innklagedes konklusjon vedrørende tildelingskriteriet "Byggetid" var at klager ble tildelt poengsum 4, mens den valgte leverandør fikk full score, 6, under dette tildelingskriteriet. Selv om innklagede har begått brudd på saksbehandlingsreglene under vurderingen av kriteriet "Byggetid", er det vanskelig for klagenemnda å fastslå om dette har hatt betydning for avgjørelsen, all den stund valgte tilbyder opererte med en 4 måneder kortere byggetid enn klager, og derfor skulle ha bedre uttelling enn klager på dette punkt.

Innklagedes evaluering av kriteriet "tekniske løsninger og kvaliteten på disse"

- (40) Det fremgår at tiltakshaverens tekniske konsulenter har gått gjennom sine respektive fag i tilbudene og foretatt vurderinger og priskonsekvens for sammenlignbare løsninger. Dette har bl a ført til tillegg på enkelte poster for valgte tilbyder. Etter disse korrigeringer har innklagede ikke funnet noen forskjell på klagers og valgte leverandørs tilbud. Begge har oppnådd full score på poengskalaen for dette

tildelingskriteriet. På bakgrunn av at begge tilbydere har priset en nærmere detaljert teknisk beskrivelse, og at klager ikke har påpekt konkrete punktere med kvalitetsforskjeller, må dette aksepteres. Begrunnelsen er riktignok svært kortfattet og kunne med fordel vært noe utdypet, men klagenemnda kan ikke konstatere noe brudd på dette punkt.

Innklagedes evaluering av tildelingskriteriet "erfaring"

- (41) Som ovenfor nevnt kan oppdragsgiver i evalueringen av det enkelte tildelingskriterium kun legge vekt på relevante forhold. Hvilke forhold som er relevante beror på en konkret tolking av kriteriet, sett i sammenheng med konkurransegrunnlaget for øvrig. I evalueringen av kriteriet "erfaring", slik dette er presentert i denne konkurransen, er klagenemnda enig med klager i at det relevante å vurdere her må være hvilken erfaring den aktuelle tilbyder har med tilsvarende prosjekter, og ikke hvilken erfaring innklagede har med tilbyderne. Imidlertid kan klagenemnda ikke se at innklagede skulle være forhindret fra å legge vekt på egen kunnskap om tilbydernes erfaring fra tilsvarende prosjekter i evalueringen av kriteriet. Slik nemnda ser det, er det i realiteten også dette innklagede faktisk har gjort ved evalueringen av klagers erfaring. Basert på dette kan nemnda ikke se at evalueringen av kriteriet har skjedd i strid med regelverket. Når innklagede legger vekt på egen kunnskap om tilbyderne i evalueringen av et bestemt kriterium er det viktig at kunnskapen synliggjøres slik at den blir etterprøvable. Dette har innklagede i dette tilfellet gjort ved å innsende kopi av den korrespondanse partene har utvekslet i forbindelse med mangelsutbedring av tidligere oppdrag klager har utført for innklagede.

Hvorvidt konkurransegrunnlagets krav om 5 % innestående av kontraktssummen, istedenfor 2 % som angitt i NS 3431, er i samsvar med regelverket

- (42) Av forskriftens § 3-9 fremgår det at dersom det finnes fremforhandlede og balanserte kontraktsstandarder skal disse "som hovedregel brukes ved bygge- og anleggskontrakter". Spørsmålet blir da om dette i realiteten oppstiller en plikt for oppdragsgiver til å benytte kontraktsstandardene, eller om dette er frivillig.
- (43) Klagenemnda tok stilling til dette i sak 2003/138, hvor nemnda la til grunn at det ikke eksisterer noen slik plikt til å benytte kontraktsstandardene. Dette baserte nemnda på at det hadde "*formodningen mot seg at bestemmelsen skal tolkes som noe mer enn en ordensforskrift. Lov og forskrift om offentlige anskaffelser regulerer i all hovedsak prosedyren frem til kontrakt er inngått. § 3-9 er et unntak. Dersom det er en aktuell problemstilling, skal oppdragsgiver i konkurransegrunnlaget orientere om hvilke kontraktsvilkår som skal benyttes, jf. forskriftens § 5-1(2) bokstav h). Verken lovens eller forskriftens formål er imidlertid å regulere avtaleforholdet mellom partene etter at kontrakt er inngått.*" Videre ble det vist til at det i Nærings- og handelsdepartementets veileder til forskrift om offentlige anskaffelser er forutsatt at bestemmelsen kun oppstiller "*en klar anbefaling*".

Erstatning for den positive kontraktsinteresse

- (44) Klagenemnda har ikke det nødvendige grunnlag for å uttale seg om vilkårene for erstatning for den positive kontraktsinteresse er oppfylt.

Konklusjon:

Stange kommune har brutt kravene til forutberegnelighet, etterprøvbarhet og gjennomsiktighet i lovens § 5 ved sin vurdering av kostnader til byggelånsrenter og antatt husleiefordel. under kriteriet ”Byggetid”.

Klagers øvrige anførsler har ikke ført frem.

For klagenemnda

16. april 2007

Björg Ven