



**Klagenemnda
for offentlige anskaffelser**

Innklagede gjennomførte en åpen anbudskonkurranse for bygningsmessig hovedentreprise i forbindelse med bygging av en barnehage. Klagenemnda fant at innklagede hadde brutt kravene til forutberegnelighet og likebehandling ved at konkurransegrunnlaget ble endret etter tilbudsfristens utløp. Videre hadde innklagede ved prisevalueringen lagt til grunn leverandørenes tilbudspriser for en seks-avdelingsbarnehage, til tross for at det bare skulle tildeles kontrakt for bygging av fire avdelinger. Klagenemnda fant innklagedes prisevaluering i strid med kravene til likebehandling og forutberegnelighet.

Klagenemndas avgjørelse 17. desember 2007 i sak 2007/118 – 23

Klager: Kvernmo AS

Innklaget: Verdal kommune

Klagenemndas medlemmer: Morten Goller, Kai Krüger, Bjørg Ven

Saken gjelder: Endring av konkurransegrunnlag etter tilbudsfristens utløp. Evaluering av tilbudspris.

Bakgrunn:

- (1) Verdal kommune (heretter kalt innklagede) kunngjorde 8. mars 2007 en åpen anbudskonkurranse i form av bygningsmessig hovedentreprise og separate entrepriser for VVS- og EL-arbeider for bygging av ny barnehage på Reinsholm i Verdal. Den saken gjelder den bygningsmessige hovedentreprisen.
- (2) Av kunngjøringens punkt II.1.9) fremkom at alternative tilbud ikke ville bli tatt i betraktning.
- (3) I kunngjøringens punkt II.1.5) ”Kort beskrivelse av anskaffelsens art og omfang” fremgikk følgende:

”Barnehagen skal i utgangspunktet ha 4 avdelinger, med et bruksareal på 796 m2. Anbyder skal i tillegg gi pris på 2 ekstra avdelinger, med et bruksareal på 247 m2.”
- (4) Fra konkurransegrunnlagets punkt 0.4.1 ”**Generell orientering**” hitsettes:

”Prosjektet omfatter ny 6-avdelings barnehage. [...]”

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

Byggingen av barnehagen er inndelt i to byggetrinn. 1. byggetrinn omfatter 4 avdelinger, og har et bruksareal på 796 m². 2. byggetrinn omfatter 2 avdelinger, og har et bruksareal på 247 m². Bygging av 2. byggetrinn vil bli avgjort etter at anbudene er innlevert.”

(5) I henhold til konkurransegrunnlagets punkt 0.2 skulle ”Barnehagen [...] være klar for kommunens overtakelse senest 01.03.2008”.

(6) Tilbudene skulle evalueres på bakgrunn av følgende tildelingskriterier:

”

- *Pris, timepris og påslagsprosent*
- *Framdriftskapasitet i den gitte periode.*
- *Tilbydde underentreprenører.*
- *Egnethet til utførelse av entreprisen.*
- *Kvalitetskontroll, internkontroll og økonomisk sikkerhet.”*

(7) Innen tilbudsfristens utløp hadde seks leverandører levert inn tilbud på den bygningsmessige hovedentreprisen. Blant disse var Kvernmo AS (heretter kalt klager) og Spar-Bygg AS som senere ble tildelt kontrakt.

(8) Innklagedes rådgiver gjennomførte en evaluering av tilbudene. Fra rådgiverens tilbudsinnstilling av 21. juni 2007 hitsettes:

”Anbudssum: De to laveste anbudene er kontrollsummert, [...]. Oversikten viser at Spar-Bygg AS leverte det laveste anbudet med en kontrollert anbudssum for alle 6 avdelingene (byggetrinn 1 og 2 samlet) på

Kr. 10 824 570,60 ekskl. mva.

Byggm. Kvernmo AS hadde nest laveste kontrollerte anbudssum for 6 avdelinger, med kr. 11 002 133,- ekskl. mva. [...]

Oppsplitting av anbudssummer i byggetrinn 1 og 2:

Spar-Bygg AS: Kontrollert anbudssum for byggetrinn 1 på kr. 8 302 823,60 og for byggetrinn 2 kr. 2 521 747,- (priser ekskl. mva.).

Byggm. Kvernmo AS: Kontrollert anbudssum for byggetrinn 1 på kr. 8 349 472,-, og for byggetrinn 2 kr. 2 652 661,- (priser ekskl. mva.).”

(9) I kommunestyremøtet 28. juni 2007 fattet innklagede følgende vedtak:

”9. Verdal kommunestyre vedtar utbygging av en 4-avdelingers barnehage på Reinsholm.”

(10) Fra saksprotokollen fra kommunestyremøtet hitsettes:

”Vurdering:

Det er tydelig at det er en svært høy aktivitet i byggemarkedet for tiden. Dette har tydeligvis ført til en prisstigning i markedet. Kvadratmeterpris for ny barnehage

Reinsholm ligger etter anbud på i overkant av 21.000,- kr/m². Da er kostnader til kjøp av tomt samt inventar og utstyr trekt ut. Dette er en merkbar prisstigning i forhold til tidligere prosjekt vi har utført de senere år. Blant annet lå G-bygget på Ørmelen Bo og Helsetun på en kvadratmeterpris på ca. kr 18.000,- kr/m².

Utbygging av 6 avdelinger i forhold til 4 avdelinger utgjør en merkostnad på i overkant 5 mill.kr. Rådmannen ser ingen mulighet å ta denne merkostnaden nå. Påbygging av disse avdelingene kan uansett tas i et senere utbyggingstrinn om det er ønskelig.”

- (11) Ved brev av 28. juni 2007 ble klager meddelt at Spar-Bygg AS var valgt som leverandør for bygningsmessige fag for bygging av 4-avdelings barnehage på Reinsholm.
- (12) Klager påklagde kontraktstildelingen ved brev av 11. juli 2007.
- (13) I brev datert 13. august 2007 til klager, kom innklagedes rådgiver med merknader til klagers klage. Fra brevet hitsettes:

”Anbudssum:

Byggetrinn 1 har en kontrollsummert kostnadsdifferanse på kr. 46 648,40 i favør av Spar-Bygg AS. Byggetrinn 2 har en kontrollsummert kostnadsdifferanse på kr. 130 914,- i favør av Spar-Bygg AS. Se for øvrig tidligere oversendte kontrollsummering av anbud.

Byggetid:

[...]

Kommunen ønsket i utgangspunktet at barnehagen skulle ferdigstilles innen 01.03.2008.

Før tomte kan bebygges må det bl.a. utføres en del masseutskifting, og det må gjøres en del forarbeider før tomte er byggeklar. En kommunal vurdering av byggetiden konkluderte med at den tiden som i utgangspunktet ble satt av til bygging av barnehagen var for kort. Det ble derfor vedtatt at byggetiden skulle forlenges, med ferdigstilling i første del av august.”

- (14) Innklagede avviste klagen av 11. juli ved brev av 15. august 2007. I innklagedes brev fremgikk følgende:

”Ved kontrahering i først halvdel av september, vil barnehagen stå ferdig i første tredjedel av august. Med de byggetider som er tilbudt i de gitte anbud, vil ny barnehage uansett ikke bli åpnet før ved nytt inntak i første halvdel av august i 2008.”

- (15) Klager sendte den 27. august 2007 en ny klage til innklagede.

- (16) Innklagede besvarte klagen i brev datert 31. august 2007. Fra innklagedes brev hitsettes:

”Pris, timepris og påslagsprosent:

Anbudssummer hovedalternativ:

- Sparbygg A/S: Kr. 10.824.570,60 eks. mva
- Byggm. Kvernmo A/S: Kr. 11.002.133,- eks. mva

Prisforskjell: Kr. 177.562,40 eks. mva

[...]

Påslagsprosent materiell:

[...] Med en 3 % høyere påslagsprosent vil dette utgjøre en merkostnad for Kvernmo A/S på ca. kr. 8.250,- i forhold til Sparbygg's anbud.

Samlet prisforskjell på de 2 anbud blir dermed ca. kr. 186.000,-.

[...]

Konklusjon:

Ingen av de angitte tilbud som er gitt tilfredsstillende kravet om ferdigstilling innen 01.03.[2008].

Ved kontrahering i første halvdel av september 2007, vil barnehagen med de tilbudte byggetider stå ferdig i første halvdel av august 2008.

Forskjellen i pris på de to laveste anbud utgjør ca. kr. 185.000,- eks. mva. [...]"

- (17) Klager brakte saken inn for klagenemnda ved e-post av 10. september 2007.

- (18) Kontrakt ble etter dette inngått mellom innklagede og Spar-Bygg AS.

Anførsler:

Klagers anførsler:

- (19) Innklagede har i strid med kravene til foruberegnelighet og likebehandling, endret konkurransegrunnlaget etter tilbudsfristens utløp. I konkurransegrunnlaget fremgikk det at barnehagen skulle være klar for innklagedes overtagelse senest 1. mars 2008. Etter tilbudsfristens utløp og etter anbudsåpning, har innklagede imidlertid vedtatt å forlenge byggetiden med ferdigstilling i første halvdel av august 2008. Dette er en stor endring i leveringstid. Innklagede skulle i stedet avlyst konkurransen og utlyst en ny konkurranse med ny frist for levering. Måten innklagede bruker ”alternative tilbud” på, er uklar og ukjent.
- (20) Innklagede har bedt om to utbyggingsalternativer i konkurransegrunnlaget – 4- og 6-avdelingsbarnehage. Etter tilbudsfristens utløp ble det vedtatt at det skulle bygges en 4-avdelingsbarnehage. Innklagede måtte da gjennomføre prisevalueringen med det reelle alternativet, og ikke med prisene for 6-avdelingsbarnehagen slik innklagede gjorde.

Innklagedes anførsler:

- (21) Etter tilbudsfristens utløp vedtok innklagede å forlenge fristen for overtakelse fra 1. mars 2008 til 1. august 2008. Begrunnelsen lå dels i at ingen av tilbudene lå innenfor angitt leveringstid, og dels var den faktiske situasjonen endret for innklagede ved at det uansett ikke var behov for å overta lokalene før barnehageårets oppstart medio august 2008. Det følger av forskrift om offentlige anskaffelser § 20-4 at oppdragsgiver har adgang til å ta i betraktning alternative tilbud.
- (22) Når innklagede valgte å fullføre konkurransen i stedet for å avlyse og angi ny frist, har dette sammenheng med tidsbruken. Ny utlysning ville medført fare for at prosjektet ikke kommer i havn til august 2008. Fristforlengelsen har dessuten ikke medført forskjellsbehandling av leverandørene.
- (23) Ved sammenligningen av tilbudene har innklagede tatt utgangspunkt i prisen for seks avdelinger, som var hovedalternativet ved utlysingen. Som påpekt av klager, besluttet innklagede etter tilbudsfristens utløp at barnehagen bare skulle bygges med fire avdelinger (byggetrinn 1). Det er ikke inngått kontrakt med Spar-Bygg AS om byggetrinn 2 for Reinsholm barnehage. Det kan hende det ville vært like riktig å sammenligne pristilbudene ut fra denne forutsetningen, men i så fall ville det oppstå et problem ved at Spar-Bygg AS ikke hadde angitt særskilt byggetid for byggetrinn 1.

Klagenemndas vurdering:

- (24) Klager har deltatt i konkurransen og har saklig klageinteresse, jf forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Anskaffelsen er kunngjort etter at forskrift om offentlige anskaffelser av 7. april 2006 nr. 402 trådte i kraft 1. januar 2007, og følger dermed nevnte forskrift. Anskaffelsens verdi er under EØS-terskelverdien for bygge- og anleggskontrakter. Det er således forskriftens del I og II som kommer til anvendelse, jf forskriftens § 2-1, jf § 2-2 (1).

Endring av leveringstid

- (25) I konkurransegrunnlaget var det stilt krav om at barnehagen skulle være klar for innklagedes overtakelse senest 1. mars 2008. Etter tilbudsfristens utløp ble imidlertid leveringstiden endret til 1. august 2008. Etter klagenemndas oppfatning har innklagede med dette gjort en endring i konkurransegrunnlaget. Spørsmålet er om det var adgang til å foreta en slik endring etter tilbudsfristens utløp.
- (26) Forskrift om offentlige anskaffelser § 8-2 gir adgang til å foreta rettelser, suppleringer eller endringer av konkurransegrunnlaget. Denne adgangen gjelder imidlertid bare frem til tilbudsfristens utløp. Klagenemnda har i flere saker lagt til grunn at etter dette tidspunktet er det i en anbudskonkurranse ikke anledning til å foreta endringer, jf blant annet sak 2004/256 og sakene 2005/306 og 2005/310. I de to sistnevnte sakene, som gjaldt samme anskaffelse, hadde oppdragsgiver i en åpen anbudskonkurranse endret konkurransegrunnlaget etter tilbudsfristens utløp. Til dette uttalte klagenemnda likelydende i henholdsvis premiss (30) og premiss (29):

”Forskriftens § 5-4 gir adgang til å foreta rettelser, suppleringer og endringer av konkurransegrunnlaget, men bare frem til tilbudsfristens utløp, jf. klagenemndas sak 2004/79. Senere er det ikke adgang til å foreta slike endringer, dette for å sikre at

hensynene til forutberegnelighet og lik behandling av tilbyderne ivaretas, men også av hensyn til leverandører som ut fra konkurransegrunnlagets opplysninger har valgt ikke å delta med tilbud, jf. lovens § 5.”

- (27) Innklagede har begrunnet endring av leveringstid dels med at det faktiske behovet for ferdigstillelse hadde endret seg, og dels med at ingen av leverandørene oppfylte kravet til ferdigstillelse innen 1. mars 2008. Innklagede har anført at leverandørens tilbud på bakgrunn av avvikende leveringstid, måtte anses å være alternative tilbud, slik at innklagede likevel hadde anledning til å ta tilbudene i betraktning og vurdere dem i henhold til ny leveringstid. Det følger av forskriftens § 11-4 at dersom oppdragsgiver tillater alternative tilbud, skal dette angis i kunngjøringen. Innklagede har i kunngjøring tvert i mot opplyst at alternative tilbud ikke ville bli tatt i betraktning. Uansett må alternative tilbud oppfylle minstekrav satt i konkurransegrunnlaget. Leverandørens tilbud kan etter dette ikke være å anse som alternative tilbud som innklagede kunne ta i betraktning.
- (28) Klagenemnda finner på bakgrunn av ovennevnte at innklagede har brutt kravene til foruberegnelighet og likebehandling i lov om offentlige anskaffelser § 5 (3) og (1) ved å endre konkurransegrunnlagets krav til leveringstid etter tilbudsfristens utløp.

Evaluering av tilbudspris

- (29) Det fulgte av konkurransegrunnlaget at leverandørene måtte gi pris på både byggetrinn 1 (fire avdelinger) og byggetrinn 2 (to ekstra avdelinger). Utgangspunktet ved prisevalueringen er at oppdragsgiver må legge til grunn tilbudt pris for det som skal anskaffes i henhold til konkurransegrunnlaget, herunder må pris for opsjoner som hovedregel tas med i evalueringen. Vektleggingen av pris for opsjonene, i forhold til pris for det som uansett skal levers, vil her kunne variere med sannsynligheten for at opsjonen kommer til utførelse. I kommunestyremøtet 28. juni 2007 besluttet innklagede at barnehagen skulle bygges med fire avdelinger. Opsjon på byggetrinn 2 (to ekstra avdelinger) ble således ikke aktuelt. Det fulgte av konkurransegrunnlaget at bygging av 2. byggetrinn ville bli avgjort etter at tilbudene var levert, slik at leverandørens foruberegnelighet på dette punktet må anses ivaretatt.
- (30) Til tross for at det bare ble tildelt kontrakt for bygging av barnehage med fire avdelinger, uten opsjon på bygging av to ekstra avdelinger, ble leverandørens tilbudspriser for seks avdelinger (byggetrinn 1 og 2) lagt til grunn for tilbudsevalueringen. Etter klagenemndas vurdering ville det i dette konkrete tilfellet vært riktigere å sammenligne prisene kun for byggetrinn 1.
- (31) Klagenemnda finner etter dette at innklagedes prisevaluering har vært i strid med kravene til forutberegnelighet og likebehandling i lov om offentlige anskaffelser § 5 (3) og (1).

Konklusjon:

Verdal kommune har brutt kravene til foruberegnelighet og likebehandling i lov om offentlige anskaffelser § 5 (3) og (1) ved å endre konkurransegrunnlagets krav til leveringstid etter tilbudsfristens utløp.

Verdal kommune har brutt kravene til forutberegnelighet og likebehandling i lov om offentlige anskaffelser § 5 (3) og (1) ved at leverandørens tilbudspriser for seks avdelinger ble lagt til grunn for prisevalueringen, til tross for at det bare skulle tildeles kontrakt for bygging av barnehage med fire avdelinger.

For klagenemnda,
17. desember 2007

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Morten Goller', with a long horizontal stroke extending to the right.

Morten Goller