



**Klagenemnda
for offentlige anskaffelser**

Innklagede gjennomførte en åpen anbudskonkurranse for levering og legging av et ledningsanlegg i forbindelse med et vann- og avløpsanlegg. Klagenemnda fant at innklagede hadde brutt forskriftens § 17-2 og kravene til forutberegnelighet og likebehandling ved at det var gjort endringer i konkurransegrunnlaget etter tilbudsfristens utløp, og ved at valgte leverandør hadde fått anledning til å inngi priser basert på de endrede forutsetningene. Klagers øvrige anførsler førte ikke frem.

Klagenemndas avgjørelse 25. februar 2008 i sak 2007/146

Klager: Nomeland anlegg AS

Innklaget: Bykle kommune

Klagenemndas medlemmer: Kai Krüger, Andreas Wahl, Jakob Wahl

Saken gjelder: Spørsmål om avvisning av valgte leverandør. Tilleggsarbeid – endring av konkurransegrunnlag etter tilbudsfristens utløp.

Bakgrunn:

(1) Bykle kommune (heretter kalt innklagede) kunngjorde 11. juli 2007 en åpen anbudskonkurranse for levering og legging av et ledningsanlegg i forbindelse med et vann- og avløpsanlegg.

(2) Fra kunngjøringens punkt III.2) ”KVALIFIKASJONSKRAV” hitsettes:

”III.2.1) *Sett opp krav til tilbyders organisatoriske og juridiske stilling
Dokumentasjonskrav knyttet til leverandørens organisatoriske og
juridiske stilling:*

[...]

*(2) Attester for registrering i faglig register som bestemt ved lovgivning
i det land hvor leverandør er etablert*

[...]

Krav:

1. Leverandøren må være registrert i sentralt register.

*2. Ansvarlig utførende må være godkjent for UFT og KUT i relevante
områder, tiltaksklasse 2 i h.h.t. plan og bygningsloven.*

[...]”

- (3) I konkurransegrunnlagets punkt 00.01.2.4 ”Kvalifikasjonskriterier” fremgikk følgende:

”Leverandørens organisatoriske og juridiske stilling:

Dokumentasjoner:

1. [...]
2. Attester for registrering i faglig register som bestemt ved lovgivning i det land hvor leverandør er etablert. UTF og KUT i relevante klasser
3. [...]

Krav:

1. Leverandøren må være registret i sentralt register
2. Ansvarlig utførende må være godkjent for arbeid i tiltaksklasse 2 iht. plan- og bygningsloven
3. [...]

- (4) I henhold til konkurransegrunnlagets punkt 00.01.2.5 ”Tildelingskriterier” skulle kontrakt tildeles det økonomisk mest fordelaktige tilbudet basert på følgende tildelingskriterier:

”1. Anbyder skal gi fast pris på komplett anlegg fullført innenfor de framdriftskrav som fremgår av pkt. 00.01.2.1 og 00.01.2.4. Tilbudspris, dvs. kontrollert sum som inkluderer forbehold, regningsarbeid, evt. opsjoner mm:
Vekt – 85 poeng

Det gis 85 poeng for lavest kontrollert tilbud.

20 % over middel av alle anbud gir 0 poeng.

Øvrige tilbud gis poeng utfra differanse til laveste pris.

2. Gjennomføringsevne:

Krav:

Gjennomføringsevne evalueres ut fra en samlet vurdering av anbyders –

- organisering av prosjektet.

- tilbudt framdrift.

- tilgjengelige/avsatte ressurser til dette prosjektet

Vekt – 15 poeng.

Anbud som etter en samlet vurdering viser en god oppgaveforståelse og realistisk sammenheng mellom kriteriene får 15 poeng.

Gradering/evaluering vurderes skjønnsmessig.

Dokumentasjon

1. Utfylt, komplett anbud.
2. Fremdriftsplan for prosjektet.
3. Kapasitetsoversikt over tilgjengelig personell og maskiner.
4. Beskrivelse av gjennomføringen av prosjektet”

- (5) Fra konkurransegrunnlagets punkt 00.01.9.0 ”Dokumentasjon” hitsettes:

”Det er en forutsetning at entreprenør leverer nødvendig dokumentasjon som forutsatt i pkt. 00.01.2.4 og pkt. 00.01.2.5 samtidig med tilbudet slik at kriteriene kan bli bedømt riktig.

Iht. til forskrift om offentlige anskaffelser kan/skal tilbud bli forkastet dersom forespurt dokumentasjon ikke blir levert ved anbudsåpning.”

- (6) Innen tilbudsfristens utløp 24. august 2007 var det kommet inn tilbud fra fire leverandører. Blant disse var Nomeland anlegg AS (heretter kalt klager) og Hovden Hytteservice AS som senere ble tildelt kontrakt.
- (7) I Hovden Hytteservice AS' tilbud av 23. august 2007 var det i post nr. 00.02.11.0 krysset nei på spørsmål om sentral godkjenning forelå.
- (8) Ved brev av 31. august 2007 ble tilbyderne meddelt at Hovden Hytteservice AS var tildelt kontrakt.
- (9) Klager påklaget tildelingen ved brev datert 5. september 2007. Innklagede mottok også klage fra en annen leverandør i konkurransen.
- (10) I brev til leverandørene av 10. september 2007 opplyste innklagede at kontraktstildelingen meddelt i brev av 31. august var annullert, og at det skulle gjennomføres en ny tilbudsevaluering.
- (11) Ved brev av 26. september 2007 ble tilbyderne meddelt resultatet av den nye tilbudsevalueringen foretatt av innklagedes rådgiver Firstventura AS. I brevet fremgikk følgende:

”Gjennomgangen viser at det har vært stilt et krav om sentral godkjenning som kvalifikasjonskriterium i konkurransegrunnlaget som enkelte av tilbyderne har stilt spørsmål ved. Firstventura er enig i at dette har vært en uheldig formulering. Det avgjørende i saken er likevel at Bykle i sin evaluering ikke har stilt et slikt absolutt krav, men istedenfor lagt til grunn alternativ dokumentasjon som viser om tilbydernes kvalifikasjoner er tilstrekkelige til at lokal godkjenning kan påregnes etter at kontraktstildeling har skjedd.

Evalueringen viser at alle tilbydere har levert dokumentasjon som sannsynliggjør at tilbydere oppfyller dette kravet. Saksbehandlingen har dermed vært i tråd med anskaffelsesregelverket.

Firstventuras nye evaluering viser at Hovden Hytteservice også denne gang har gitt det økonomisk mest fordelaktige tilbud. Bakgrunnen er at tilbyderen hadde en klart lavere pris, samt at de også har levert en god beskrivelse for sin gjennomføringsevne. Vi har derfor i dag besluttet å tildele kontrakten til Hovden Hytteservice AS. [...]”

- (12) Vedlagt meddelelsesbrevet fulgte kopi av tilbudsevalueringen. I evalueringens punkt I ”*EVALUERING AV PRIS*” fremgikk at klagers tilbudspris var på kr 13 988 600, mens Hovden Hytteservice AS' tilbudssum lød på kr 13 636 311. Hovden Hytteservice hadde med det lavest tilbudspris og fikk full poengscore (85 poeng). Klagers tilbudspris var tredje laveste og fikk 75,3 poeng.
- (13) I brev datert 1. oktober 2007 påklaget klager også den nye tildelingsbeslutningen, hvorpå innklagede avviste denne i brev av samme dato.

- (14) Klager opprettholdt klagen i brev av 2. oktober 2007. Som svar på klagers henvendelse sendte innklagede den 16. oktober 2007 en e-post til klager hvor følgende fremgikk:

”Vi vil ta initiativ til et møte om kort tid vedrørende anbudet i Hovden Sør. Det endrer imidlertid ikke på vår innstilling og vi går videre med Hovden Hytteservice AS. Vi har nå fått bekreftet at Hovden Hytteservice AS er godkjent for arbeid i tiltaksklasse 2, og mener at vi har tatt et riktig valg.

I ditt brev refererer du til at det er stilt krav til registrering i sentralt register i pkt. 1. Dette gjelder register for firma (Brønnøysund i Norge). Vi har i pkt 2 ikke stilt krav om at leverandøren skal være registrert i et register, men at vi har ordlagt oss på en måte slik at dette indirekte kunne misforstås. Jeg har ingen problemer med å innrømme at vi burde formulert oss annerledes, og at kravet vi har stilt ikke er lovlig. Vår vurdering har derfor vært at vi må kvalifisere ut i fra et lovlig kriterium som da vil være om leverandøren sannsynligvis vil bli godkjent. Dersom Hovden Hytteservice AS ikke hadde levert inn dokumentasjon som kunne sannsynliggjøre en slik godkjenning, kunne vi naturligvis ikke kvalifisert Hovden Hytteservice AS for konkurransen.”

- (15) Ved brev av 17. oktober 2007 avviste innklagede klagen av 2. oktober 2007.
- (16) Det ble gjennomført et møte mellom klager og innklagede 1. november 2007. I brev av 15. november 2007 fremkom at innklagde også etter møtet med klager mente at tildelingen var gjennomført i tråd med anskaffelsesregelverket.
- (17) Klager brakte saken inn for klagenemnda ved brev av 26. november 2007.
- (18) Det ble etter dette inngått kontrakt mellom innklagede og Hovden Hytteservice AS. Representant for innklagede underskrev kontrakten 13. desember 2007, mens en representant for Hovden Hytteservice underskrev 19. desember 2007. Kontrakten bestod blant annet av ”Vedlegg til avtaledokument”. I denne delen av kontrakten fremgikk følgende:

<i>”Opprinnelige poster i tilbudsgrunnlag</i>	<i>kr</i>	<i>12.953.311,-</i>
<i>Endringer i h til skriv av 08.08.07</i>	<i>”</i>	<i>743.000,-</i>
<i>Inngitt tilbud av 23.08.07</i>	<i>kr</i>	<i>13.696.311,-</i>

Post 02.02.03.1 Tegn. Kontrollert av tilbyder. Ingen prisendring.

*Følgende poster utgår:
[...]*

<i>Sum fradrag utgåtte poster kr 119.000,-</i>	<i>kr</i>	<i>- 119.000,-</i>
--	-----------	--------------------

<i>Tillegg post 06.00 oppsett av 02.10.07 jfr vedlegg</i>	<i>kr</i>	<i>686.985,-</i>
<i>Tillegg isolasjon, oppsett av 15.15.07 jfr vedlegg</i>	<i>kr</i>	<i>68.360,-</i>

<i>Fradrag, vannkummer V-W2, V-S1 og V-PS1 skal ha ø1400 og luftekum V-S skal være ø1200, 3 stk a kr 1.000,-</i>	<i>kr</i>	<i>- 4.000,-</i>
--	-----------	------------------

(19) Inn tatt i kontrakten var også et skriv av 8. oktober 2007 hvor det fremgikk følgende:

”I anbuds dokumentet for Bykle, Midregionen entreprise sør, er det medtatt poster for trykkprøving, spyling o.l av sjøledninger, men ikke for landleidninger. Det er naturlig at dette gjøres som en operasjon og ikke at en mindre del av strekninger skilles ut separat.

Vi foreslår derfor at følgende poster:

[...]

utgår og erstattes med tilsvarende poster felles for sjø- og landleidninger. Disse er medtatt i vedlegget ”Tilleggs poster”.

I tillegg vedlegges også tegning nr. S-K-03, vannkum V-PS1. Denne var ikke vedlagt anbudet. Du har prissatt kummen i post 02.02.03.1. Hvis tegningen har noen innvirkning på prisen, ber vi Dem vurdere dette.”

(20) Vedlagt skrevet fulgte ”Tilleggs poster”, med postnummer 06, datert 2. oktober 2007.

(21) I vedlegg av 15. oktober 2007 inntatt i kontrakten, var det inntatt fire nye poster for isolering av rørledninger.

Anførsler:

Klagers anførsler:

(22) Innklagede har brutt kravene til kvalifikasjoner og sertifisering som er satt i konkurransegrunnlaget, ettersom innklagede har tildelt oppdrag til et firma som ikke var registrert i noe faglig register og dermed heller ikke kunne dokumentere godkjenning i tiltaksklasse 2 etter plan- og bygningsloven. Valgte leverandør skulle vært avvist.

(23) I vedlegg til kontrakten fremgår det at valgte leverandør skal ha tillegg for til sammen kr 755 345,-. Beløpets størrelse indikerer omfattende tillegg. Behovet for disse tilleggsytelsene ser ut til å ha fremkommet tidlig. Det antas at tillegget er en slags forsinket korrigerende for feil, og at dette i realiteten er korrigerende tilbudssum fra valgte leverandør. Evalueringen vedlagt meddelelsesbrevet av 26. september 2007 gir dermed ikke et korrekt bilde. Valgte leverandør kommer ikke gunstigst ut på pris, men blir stående med høyeste pris av alle tilbyderne. Også de øvrige leverandørene skulle fått anledning til å prissette tilleggsarbeidene. Det er tidspunkt for kontraktsinngåelse som er avgjørende for mulighet for tildeling av tilleggsarbeider uten konkurranse.

(24) Klagers tilbud er det laveste gyldige tilbudet. Klager krever å bli tildelt oppdraget, alternativt bli tilkjent kompensasjon for kostnader med anbudsberging og tapt, forventet fortjeneste.

Innklagedes anførsler:

- (25) Etter tilbudsfristens utløp ble innklagede oppmerksom på at kvalifikasjonskravet ”*Ansvarlig utførende må være godkjent for arbeid i tiltaksklasse 2 iht. plan- og bygningsloven*” (krav om sentral godkjenning), trolig ikke var tillatt iht. anskaffelsesregelverket, jf blant annet klagenemndas saker 2005/60 og 2005/197. Innklagede besluttet derfor å legge til grunn dokumentasjon fra tilbyderne som viste om vedkommendes kvalifikasjoner var tilstrekkelig til at lokal godkjenning kunne påregnes etter at kontraktstildeling var skjedd. Dokumentasjonen Hovden Hytteservice AS innleverte ved sitt tilbud ble ansett for å oppfylle nettopp dette kravet. Hovden Hytteservice AS kunne således ikke avvises til tross for at det var stilt krav om sentral godkjenning i kunngjøring og konkurransegrunnlag.
- (26) Det er ikke riktig som klager hevder at prisen for tilleggsarbeidene skulle vært tatt med i tilbudsevalueringen. Tilleggsarbeidene var arbeider som ikke var med i den opprinnelige kunngjøringen fordi innklagede ikke ble kjent med disse før etter kontraktstildelingen som ble meddelt leverandørene ved brev av 26. september 2007. Arbeidene faller dermed utenfor den ordinære tilbudsevalueringen. Innklagede har ikke kunnet forutse nødvendigheten av disse arbeidene tidligere. Tildeling av slike tilleggstjenester til samme leverandør er tillatt iht. forskrift om offentlige anskaffelser § 14-4 bokstav j. Bestemmelsens øvrige vilkår er i dette tilfellet oppfylt.
- (27) Det foreligger ikke grunnlag for erstatning.

Klagenemndas vurdering:

- (28) Klager har deltatt i konkurransen og har saklig klageinteresse, jf forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Etter det opplyste fra innklagede er anskaffelsen en del av en større bygge- og anleggsanskaffelse som samlet overstiger EØS-terskelverdien. Anskaffelsen følger således forskrift om offentlige anskaffelser av 7. april 2006 nr. 402 (forskriften) del I og III, jf forskriftens § 2-1, jf § 2-2 (1), jf § 2-3 (7).

Avvisningsspørsmålet

- (29) Det følger av forskriftens § 20-12 (1) bokstav a at oppdragsgiver skal avvise leverandører som ikke oppfyller krav som er satt til leverandørenes deltakelse i konkurransen. Av kunngjøring og konkurransegrunnlag fremgikk det at ansvarlig utførende måtte inneha sentral godkjenning i tiltaksklasse 2 i henhold til plan- og bygningsloven, for å være kvalifisert for oppdraget. Det er på det rene at valgte leverandør ikke oppfylte dette kravet, jf tilbudets post 00.02.11.0.
- (30) Spørsmålet for klagenemnda blir imidlertid om det er tillatt å benytte krav om sentral godkjenning som kvalifikasjonskrav. Problemstillingen har vært behandlet i flere klagenemndsavgjørelser. I sak 2005/60 uttalte nemnda følgende:

”(15) Sentral godkjenning er en rent frivillig ordning, og alene av denne grunn finner klagenemnda det betenkelig å stille et absolutt krav om slik godkjenning. Uansett vil et slikt krav kunne virke usaklig konkurransebegrensende overfor nyetablerte foretak som ennå ikke har fått søkt om sentral godkjenning eller overfor foretak som av andre grunner ikke har denne godkjenningen. Et slikt krav vil kunne ekskludere foretak fra andre EØS-land, jf klagenemndas avgjørelser i sakene 2003/65, 2003/176 og 2004/24. Alle disse sakene gjaldt

rett nok anskaffelser under EØS-terskelverdiene, men forbudet mot usaklig diskriminering i lovens § 5 gjelder også anskaffelser under EØS-nivå. Forskriftens § 12-6 om kvalifikasjonsgrunnlag for anskaffelser etter del III må leses med den begrensning som følger av lovens § 5.

- (16) *Klagenemnda kommer derfor til at en oppdragsgiver ikke kan stille et ubetinget krav om sentral godkjenning med den virkning at tilbydere uten slik godkjenning avvises fra å delta. Dersom sentral godkjenning blir etterspurt, må oppdragsgiveren godta en alternativ dokumentasjon som viser om vedkommendes kvalifikasjoner er tilstrekkelige til at lokal godkjenning kan påregnes etter at tildeling er skjedd. Innklagede brøt dermed kravet til likebehandling i lov om offentlige anskaffelser § 5 ved at konkurransegrunnlaget stilte et ufravikelig krav om sentral godkjenning og ved at innklagede i kvalifikasjonsvurderingen derfor ikke vurderte om klagers kvalifikasjoner var tilstrekkelige for å oppnå lokal godkjenning.”*
- (31) Klagenemndas synspunkt i ovennevnte sak har blitt videreført i flere saker, jf blant annet 2005/197, 2006/58 og 2006/156. Nemnda legger på denne bakgrunn til grunn at innklagede ikke hadde anledning til å stille et ubetinget krav om sentral godkjenning. Innklagede måtte således godta alternativ dokumentasjon som viste at tilbyders kvalifikasjoner var tilstrekkelig til at lokal godkjenning kunne påregnes. Det er nettopp dette innklagede har gjort i forhold til valgte leverandør. Klager har ikke anført at valgte leverandør ikke har dokumentert at firmaet kunne oppnå lokal godkjenning. Nemnda går således ikke nærmere inn på innklagedes vurdering på dette punktet.
- (32) Klagenemnda finner etter dette at innklagede ikke hadde plikt til å avvise valgte leverandør som følge av at kravet om sentral godkjenning ikke var oppfylt.
- (33) Det kan reises spørsmål om det forhold at det var stilt et ulovlig kvalifikasjonskrav skulle ført til avlysning av konkurransen. Dette er imidlertid ikke anført i saken, og nemnda har derfor ikke kommentert dette spørsmålet, jf forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 12 (3).

Tilleggsarbeid

- (34) I tidsrommet mellom kontraktstildeling i september 2007 og kontraktssignering i desember 2007, ble det gjort visse endringer i hva det skulle inngås kontrakt om. Enkelte poster ble tatt ut og erstattet med andre poster, i tillegg til at det ble det tatt inn helt nye poster i kontrakten. Disse endringene hadde prismessige konsekvenser, og klagenemnda vurderer dette som endringer som kom som tillegg til de arbeider som fremkom i konkurransegrunnlaget, og at det ikke er korrigering for feil eller korrigert tilbudssum slik klager hevder.
- (35) Innklagede har anført at tildeling av tilleggsarbeidene til samme leverandør er tillatt i henhold til forskriftens § 14-4 bokstav j. Etter klagenemndas oppfatning må forskriftens § 14-4 bokstav j forstås slik at den regulerer forholdet etter at kontrakt er inngått. Dette er også forutsatt i Fornyings- og administrasjonsdepartementets veileder til reglene om offentlige anskaffelser hvor det på side 100 står følgende (klagenemndas understrekning):

”Dersom oppdragsgiver har inngått en tjeneste- eller bygge- og anleggskontrakt med en leverandør, kan han i visse tilfelle anskaffe tilleggsleveranser fra den samme leverandøren, som ikke var omfattet av den opprinnelige kontrakten, jf. forskriftens § 14-4 bokstav j.”

- (36) I anskaffelsesrettslig forstand er kontrakt først inngått når den er signert av begge parter, jf forskriftens § 22-3 (1). Klagenemnda legger etter dette til grunn at forskriftens § 14-4 bokstav j ikke kommer til anvendelse i foreliggende sak, ettersom kontrakten ikke ble underskrevet før etter at tilleggsarbeidene var avtalt.
- (37) Det er på det rene at kontrakten som innklagde inngikk var basert på andre produkter og tjenester enn det som opprinnelig ble kunngjort og beskrevet i konkurransegrunnlaget. Det er også klart at endringene ble foretatt etter tilbudsfristens utløp, og at ingen av de andre leverandørene har fått mulighet til å inngi nytt revidert pristilbud basert på disse endringene.
- (38) Tildeling av kontrakt skal skje i samsvar med de angitte tildelingskriterier og øvrige opplysninger i konkurransegrunnlaget, jf. forskriftens § 22-2. Det følger av kravet til likebehandling i lovens § 5 at alle tilbyderne skal behandles likt, herunder bli evaluert ut fra samme forutsetninger.
- (39) Forskriftens § 17-2 gir adgang til å foreta rettelser, suppleringer eller endringer av konkurransegrunnlaget. Denne adgangen gjelder imidlertid bare frem til tilbudsfristens utløp. Klagenemnda har i flere tidligere saker lagt til grunn at etter tilbudsfristens utløp er det i en anbudskonkurranse ikke anledning til å foreta endringer i konkurransegrunnlaget, jf blant annet sakene 2004/256, 2005/306, 2005/310 og 2007/118. Klagenemndas begrunnelse for denne regelen har vært *”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 å ikke delta med tilbud”*, jf sakene 2005/306 premiss (30) og 2005/310 premiss (29), som begge gjaldt samme anskaffelse.
- (40) Etter klagenemndas oppfatning må tilsvarende gjelde helt frem til kontrakt er inngått. Selv om innklagede har valgt tilbud, kan tildelingsbeslutningen omgjøres frem til kontrakt er signert av begge parter, jf forskriftens § 22-3 (2).
- (41) Klagenemnda finner etter dette at innklagede har brutt forskriftens § 17-2 og kravene til forutberegnelighet og likebehandling i lov om offentlige anskaffelser § 5 ved at det er gjort endringer i konkurransegrunnlaget etter tilbudsfristens utløp og valgte leverandør har fått anledning til å inngi priser basert på de endrede forutsetningene uten at de andre leverandørene har fått tilsvarende mulighet.

Erstatning

- (42) Spørsmålet om vilkårene for positiv kontraktsinteresse er oppfylt, beror på en konkret vurdering av om det foreligger ansvarsgrunnlag, i form av vesentlige feil, og årsakssammenheng, i form av klar sannsynlighetsovervekt for at klager ville blitt tildelt kontrakt dersom feilene ikke hadde vært gjort. På bakgrunn av sakens dokumenter har klagenemnda ikke grunnlag for å ta stilling til dette. Nemnda har heller ikke grunnlag for å vurdere hvorvidt vilkårene for negativ kontraktsinteresse kan tenkes oppfylt.

Konklusjon:

Bykle kommune har brutt forskrift om offentlige anskaffelser § 17-2 og kravene til forutberegnelighet og likebehandling i lov om offentlige anskaffelser § 5 ved at det er gjort endringer i konkurransegrunnlaget etter tilbudsfristens utløp og valgte leverandør har fått anledning til å inngi priser basert på de endrede forutsetningene.

For øvrig har klagers anførsler ikke ført frem.

For klagenemnda,
25. februar 2008

Andreas Wahl