



**Klagenemnda
for offentlige anskaffelser**

Innklagede gjennomførte en åpen anbudskonkurranse for bygging av administrasjonsbygg og internat. Klager gav tilbud kun på internatet, og klagenemnda fant at klagers tilbud rettmessig ble avvist. Klagenemnda konstaterte imidlertid brudd på regelverket som følge av motstridende opplysninger i konkurransegrunnlag og kunngjøring, uklarheter i konkurransegrunnlaget og manglende avlysning.

Klagenemndas avgjørelse 23. februar 2009 i sak 2008/155

Klager: Ø. M Fjeld AS

Innklaget: Kongsvinger kommunale eiendomsforetak KF ved Kongsvinger kommune

Klagenemndas medlemmer: Per Christiansen, Siri Teigum og Jakob Wahl.

Saken gjelder: Adgang til å inngi deltilbud. Motstridende opplysninger i konkurransegrunnlag og kunngjøring. Uklart konkurransegrunnlag. Plikt til avlysning.

Bakgrunn:

- (1) Kongsvinger kommunale eiendomsforetak KF ved Kongsvinger kommune (heretter kalt innklagede) kunngjorde 18. april 2008 en åpen anbudskonkurranse for bygging av administrasjonsbygg og internat på Politi høyskolen på Sæter. Den samlede verdien av anskaffelsen er i kunngjøringens punkt II.2.1 oppgitt å være mellom kr 110.000.000 og kr 140.000.000.
- (2) I kunngjøringen punkt II.1.1 ble anskaffelsen navngitt som "*Totalentreprise PHS Sæter, Kongsvinger, Administrasjonsbygg og internat*". Av kunngjøringens punkt II. 1.5, om beskrivelse av anskaffelsens art og omfang, fremgikk det at anskaffelsen gjaldt "*Bygging av nytt administrasjonsbygg og internat.*" I kunngjøringens punkt II.1.8 og II.1.9 ble det opplyst følgende vedrørende delarbeid/delleveranser og alternative tilbud:

"*II.1.8) Vil kontrakten bestå av delarbeid og/eller delleveranser?*
Nei

II.1.9) Vil alternative tilbud bli tatt i betraktning?
Nei"
- (3) Kunngjøringen inneholdt ikke noen kvalifikasjonskrav til tilbyderne. Når det gjelder krav til tilbydernes økonomiske og finansielle kapasitet og tilbydernes tekniske og faglige kvalifikasjoner fremgikk det kun følgende; "*Se anbudsdokument*". Når det gjelder krav til tilbydernes organisatoriske og juridiske stilling, var det i punkt III.2 stilt opp følgende dokumentasjonskrav:

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

"III. 2) KVALIFIKASJONSKRAV

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

- (1) Firmaattest
- (2) Krav til å fremlegge skatteattest for merverdiavgift (Nasjonale krav)
- (3) krav til å fremlegge skatteattest for skatt (Nasjonale krav)
- (4) Annet (vennligst presiser dokumentasjonskrav under):
Sentral godkjenning."

- (4) I kunngjøringens punkt IV. 3.3. fremgikk det følgende:

*"Vilkår for å få utlevert konkurransegrunnlag og eller andre dokument
Frist for når forespørsel om utlevering/tilgang til konkurransegrunnlag og/eller andre dokument må være mottatt 19-05-2008."*

- (5) Under kunngjøringens punkt IV.2, "Tildelingskriterier", fremkom følgende:

*"Laveste pris Ja
Økonomisk mest fordelaktig tilbud vurdert på grunnlag av:
Kriterier fastsatt i konkurransegrunnlaget: Nei
Kriteriene listet under (tildelingskriteriene skal stå i prioritetsrekkefølge dersom det av påviselige grunner ikke er mulig å foreta en vekting): Nei"*

- (6) Innklagede hadde utarbeidet to ulike konkurransegrunnlag, ett som gjaldt internatet, og ett som gjaldt administrasjonsbygget.
- (7) Fra konkurransegrunnlaget for administrasjonsbygget del 1 side 3 til 14 hitsettes følgende:
- (8) Side 3:

"2 ANBUDSINNBYDELSE

Kongsvinger Kommune innbyr med dette til åpen anbudskonkurranse på totalentreprise i forbindelse med oppføring av administrasjonsbygg for politihøyskolen på Sæter, Kongsvinger. Anbudskonkurransen skal gjennomføres i henhold til etterfølgende anbudsgrunnlag.

Anbudsgrunnlaget består av følgende prosjektdokumenter:

- opplysning om byggherre
- orientering
- anbudsregler
- kontraktsbestemmelser
- anbudsskjemaer
- kravspesifikasjoner med opplistede vedlegg

Totalentreprisen skal bortsettes etter NS 3431, 2. utgave september 1994 "Alminnelige kontraktsbestemmelser for totalentrepriser" med de endringer og supplementer som

følger av etterfølgende "Kontraksbestemmelser" og senere utarbeidet "Avtaledokument."

(9) Side 6:

"4 Orientering om prosjektet

4.1 Generelt

Kongsvinger kommune er tiltakshaver for utvidelse av Politihøgskolen på Sæter med et nytt administrasjonsbygg og et nytt internat. Byggene er beskrevet i egne entrepriser og skal prises hver for seg. Denne del 1 omhandler kun administrasjonsbygget."

(10) Side 7:

"4.4 Krav til autorisasjon

Det er en forutsetning at samtlige entreprenører som blir benyttet har nødvendige offentlige godkjenninger/autorisasjoner.

Det kan være aktuelt å forlange referanser fra tidligere totalentrepriser før kontrakt inngås. Det er totalentreprenøren som har ansvaret for at disse formalitetene er i orden."

(11) Side 8:

"5.2 Innleveringssted:

*ARKITEKTLAGET A/S
Norskogvn. 10
Postboks 611
2204 Kongsvinger*

5.3 Innleveringsfrist: Mandag 02.06.08 kl 12 00

5.4 Anbud:

*Alle anbud skal være komplett utfyllt, datert og underskrevet, Likeledes skal all øvrig dokumentasjon nevnt under kapittel 07. vedlegges.
Telegrafisk eller telefakset innlevering godtas ikke*

Merking av anbud:

Anbudet skal leveres i lukket konvolutt og være tydelig merket slik innbyderen har foreskrevet. Anbudet skal være merket: "Politihøgskolen Sæter - Administrasjonsbygg. Totalentrepriseanbud"

(12) Side 9:

”5.7 Avvisning av anbud:

Ikke rettidig innlevert anbud skal avvises og returneres uåpnet. Slike anbud kan likevel åpnes hvis det er nødvendig for å fastslå anbyderens identitet. Tilfredsstillende anbyderen ikke innen anbudsfristens utløp de krav som er satt til anbyderens kvalifikasjoner, skal anbudet avvises. Dette gjelder alle entreprenører som benyttes. Vedrørende autorisasjon anses det tilfredsstillende at anbyder redegjør for hvordan slik autorisasjon skal ordnes. Anbud skal avvises når det ikke inneholder alle de opplysninger som er nødvendige for byggherrens bedømmelse av anbudet. Dette gjelder også for byggetid og igangsettelse. Anbyder skal straks ha begrunnet beskjed hvis hans anbud blir avvist

5.8 Vedståelse av anbud:

Anbyder skal vedstå seg sine anbud i 60 kalenderdager.

Deltagere i anbudskonkurransen er selv ansvarlig for å ta nødvendige kopier av det materiale som sendes inn.

5.9 Valg av anbud:

De innleverte anbud skal bedømmes av byggherrens prosjektledelse og rådgivningsteam, som fremmer forslag til Kongsvinger Kommune for antakelse av totalentrepris anbud.

Det anbud som totalt anses mest fordelaktig for byggherren vil bli valgt.

Ved denne vurderingen tar man blant annet hensyn til:

- pris
- oppstart, byggetid / ferdigstillelse
- totalentreprenørens administrative opplegg, herunder kvalitetssikring, fremdriftsoppfølging og erfaring fra tidligere totalentreprenør oppdrag.

Det er en forutsetning at totalentreprenøren og hans underentreprenører og planleggingsteam, har det faglige, tekniske og økonomiske grunnlag som er nødvendig for å oppfylle kontraktsforutsetningene. Byggherren forbeholder seg retten til å søke nærmere opplysninger om ovenfor nevnte forhold. Likeledes forbeholder byggherren seg retten til å forhandle om endringer i det innleverte anbud.

For øvrig forbeholder byggherren seg retten til å kunne anta et hvilket som helst av de rettidig innkomne anbudene eller forkaste samtlige.”

(13) Side 10:

”5.16 Underentreprenører / leverandører:

Det er en forutsetning at samtlige underentreprenører som blir benyttet har tilstrekkelig autorisasjon. Alle entreprenører må ha offentlig godkjenning til å kunne drive sin virksomhet i kommunen. Anbyderen skal i anbudsskjemaet oppgi navnene på de underentreprenørene han skal benytte.”

(14) Side 11:

”5.19 Skatteattest

Attest vedr. skatte- og avgiftsinnbetaling

Tilbyderen (Totalentreprenøren) må i evt. forhandlinger kunne levere attest for at skatte- og avgiftsrestanser til det offentlige er betalt i henhold til landets lovbestemmelser for å bli akseptert. Attesten skal være utstedt av den kompetente myndighet i det land der tilbyderen er etablert, og skal ikke være eldre enn 5 måneder. Attesten skal inneholde opplysninger om det eventuelt er inngått avtaler om betalingsutsettelse eller nedbetalingsavtale.

Tilbyderen må, for å komme i betraktning, oppgi organisasjonsnummer og levere attest for at bedriften (leverandøren) er registrert i det faglige register i det land hvor bedriften (leverandøren) er etablert.”

(15) Side 14:

”6.10 Kvalitetssikring – Generelt

Entreprenøren skal ha et etablert kvalitetssikringssystem. Kvalitetssystemet skal legge forholdene til rette slik at alle kontrakt- og kvalitetskrav som gjelder for de arbeidene entreprenøren skal utføre for byggherren, kan oppfylles iht. PBL av 1997.”

- (16) Tilsvarende opplysninger som inntatt ovenfor i premiss til 7 til 15 var også inntatt i konkurransegrunnlaget som gjaldt internatet. De to konkurransegrunnlagene var i all hovedsak like. I konkurransegrunnlaget som gjaldt administrasjonsbygget fremkom det imidlertid under punkt 5.15 at det ikke var adgang til å inngi alternative tilbud, mens det av konkurransegrunnlaget som gjaldt internatet fremkom under punkt 5.15 at det var adgang til å inngi alternative tilbud.
- (17) Innklagede mottok innen tilbudsfristen to tilbud, ett fra Ø. M. Fjeld AS (heretter kalt klager), og ett fra Glåma Bygg AS. Klager inngav kun tilbud på internatet. Totalsummen i klagers tilbud for bygging av internatet var kr 38.323.605, mens Glåma Bygg AS' tilbudspris for bygging av internatet var på kr 38.546.433.
- (18) Ved et udatert brev meddelte innklagede at klagers tilbud var avvist. Bakgrunnen var at klager kun hadde inngitt tilbud på bygging av internatet, og ikke på bygging av både internatet og administrasjonsbygget. Klager påklagede beslutningen ved brev datert 18. juni 2008. Ved et udatert brev meddelte innklagede at klagen ikke ville bli tatt til følge, og at kontrakt ville bli inngått med Glåma Bygg AS (heretter kalt valgte leverandør). Ved brev datert 26. juni 2008 påklagede klager igjen avvisningsbeslutningen. Ved brev datert 27. juni 2008 meddelte innklagede at klagen ikke ble tatt til følge.
- (19) Kontrakt med valgte leverandør ble inngått 26. juni 2008. Saken ble brakt inn for klagenemnda i brev av 23. august 2008.

Anførsler:

Klagers anførsler:

Avvisningen av klager

- (20) Det var ikke grunnlag for avvisning av klagers tilbud. Det fremkommer verken av konkurransegrunnlaget for internatet eller konkurransegrunnlaget for administrasjonsbygget at det ikke var mulig å gi tilbud på totalentreprisen på det ene bygget, uten samtidig å gi tilbud på det andre. Det fremstår tvært imot som om det foreligger to separate konkurranser lyst ut i felles kunngjøring, med egne prosjektnavn, eget konkurransegrunnlag, egne konkurranseregler, uavhengig evaluering og krav til separat innlevering av tilbudene. Videre fremstår hvert prosjekt som en selvstendig konkurranse i den innledende beskrivelsen i begge konkurransegrunnlagene. De enkelte anbuds konkurranser er også omtalt i entall. Det vises også til at det foreligger ett sett av konkurranseregler for hver av entreprisene, som heller ikke er identiske. For internatet var det adgang til å gi tilbud på alternative løsninger, mens det ikke var adgang til å gi tilbud på alternative løsninger for administrasjonsbygget. Tildelingskriteriene er også oppgitt særskilt for hver av de to byggene, og hvert av konkurransegrunnlagene kan ikke forstås på noen annen måte enn at det skal foretas en selvstendig evaluering i hver konkurranse.
- (21) Dette underbygges også av at det var separat anbudsåpning for de to entreprisene, herunder separat anbudsprotokoll. Ordlyden i kunngjøringens punkt II. 1.8 er at kontrakten ikke vil "bestå av delarbeid og/eller delleveranser." Det fremkommer ikke av dette punktet at det ikke er anledning til å inngi deltilbud. Klager oppfattet punktet på den måten at den enkelte entreprise ikke kunne deles opp.
- (22) Klager kan ikke se noen grunn til et så klart skille mellom tilbudene for begge bygg dersom man ønsket en felles kontrakt med kun én entreprenør. Det ville i et slikt tilfelle heller ikke være grunn til separat tilbudsinnlevering eller evaluering. På samme måte foreligger heller ingen rimelig grunn til å kreve tilbud i begge konkurranser av hver entreprenør, dersom kontrakt kunne inngås med to ulike entreprenører for hvert prosjekt. I og med at det skal være to selvstendige evalueringer hvor pris er avgjørende, må nødvendigvis konsekvensen være at det kan kåres to vinnere. Klagers forståelse av konkurransegrunnlaget fremstår også på denne bakgrunn som korrekt.
- (23) Innklagede har gjort gjeldende at det bør være klart at innklagede ikke kunne tillate tilbud på et av byggene pga den åpenbare risikoen som i tilfelle ville foreligge for at tilbyderne kun ga tilbud på et bygg. Dette kan ikke føre frem. Det vil i enhver konkurranse være en åpenbar risiko for at det ikke innkommer tilbud. Videre viser det at klager oppfattet konkurransen til å være delt opp gav økt konkurranse, ettersom klager ikke ville inngitt tilbud dersom innklagedes forståelse var lagt til grunn.

Motstridende opplysninger vedrørende tildelingskriterier

- (24) I kunngjøringen fremkommer det at tildelingskriteriet er laveste pris. I konkurransegrunnlaget fremkommer det imidlertid at det "anbud som totalt anses mest fordelaktig for byggherren vil bli valgt". Innklagede har brutt kravene til forsvarlig saksbehandling, forutberegnelighet og god forretningskikk ved å søke å endre tildelingskriteriene fra kunngjøringen til konkurransegrunnlaget. Ettersom det ikke er anledning til å endre tildelingskriteriet som er oppstilt i kunngjøringen, er det tildelingskriteriet i kunngjøringen som skulle vært lagt til grunn, altså laveste pris. Ettersom klager hadde lavere pris enn valgte leverandør, skulle klager blitt tildelt

kontrakten. Klagenemnda bes uttale seg om hvorvidt vilkårene for positiv kontraktsinteresse er til stede.

Øvrige saksbehandlingsfeil

- (25) Som nevnt utgjør det et brudd på regelverket om offentlige anskaffelser at innklagede forsøkte å endre tildelingskriteriene fra kunngjøringen til konkurransegrunnlaget. Videre utgjør det et brudd på regelverket at alle tildelingskriteriene ikke er oppgitt, ettersom det opplyses at det ved vurderingen av det økonomisk mest fordelaktige tilbudet "*blant annet tas hensyn til...*" De oppgitte tildelingskriterier er heller ikke vektet eller angitt i prioritert rekkefølge, slik innklagede er forpliktet til i konkurranser over EØS-terskelverdiene, jf forskriftens § 22-2 andre og tredje ledd.
- (26) Innklagede har også brutt forskriftens § 21-1 (1) ved å forbeholde seg "*retten til å forhandle om endringer i det innleverte anbud*", jf konkurransegrunnlagene punkt 5.9. Vilråene for å benytte konkurranse med forhandling er under enhver omstendighet ikke til stede.
- (27) Innklagede har også brutt det grunnleggende kravet til forutberegnelighet i lovens § 5, jf forskriftens § 3-1, og forskriftens § 22-2 ved å forbeholde seg retten til "*å anta et hvilket som helst av de rettidig innleverte tilbudene*".
- (28) Innklagede bryter også det grunnleggende kravet til forsvarlig saksbehandling, forutberegnelighet og god forretningsskikk i lovens § 5 ved å uttale følgende i konkurransegrunnlagene punkt 5.9:

"Det er en forutsetning at totalentreprenøren og hans underentreprenører og planleggingsteam, har det faglige, tekniske og økonomiske grunnlag som er nødvendig for å oppfylle kontraktsforutsetningene. Byggherren forbeholder seg retten til å søke nærmere opplysninger om ovenfor nevnte forhold."

- (29) Klager viser i denne forbindelse til at informasjon kun skal innhentes fra de av tilbyderne oppgitte referanser, og at oppdragsgiver ikke står fritt til å innhente opplysninger uten å ha oppgitt hvor dette vil bli gjort på forhånd.

Plikt til avlysning

- (30) Dersom innklagedes forståelse av konkurransegrunnlaget er riktig, at det ikke var anledning til å inngi tilbud kun på internettet, anfører klager subsidiært at innklagede hadde en plikt til å avlyse konkurransen og utlyse den på nytt. Manglende avlysning utgjør et brudd på kravene til forsvarlig saksbehandling, forutberegnelighet og god forretningsskikk jf lovens § 5. Samtlige opplysninger i konkurransegrunnlagene taler for at det foreligger to separate konkurranser. Det er utelukkende kunngjøringen som gir anvisning på hva innklagedes intensjon har vært for anskaffelsen. Sammenholdt med øvrige saksbehandlingsfeil foreligger det så store uklarheter ved konkurransegrunnlaget at konkurransen skulle vært avlyst. Klager ville ikke inngitt tilbud dersom klager hadde vært kjent med at det måtte inngis tilbud på begge prosjekter, eller at konkurransen måtte avlyses. Klagenemnda bes uttale seg om det foreligger grunnlag for erstatning for negativ kontraktsinteresse.

Innklagedes anførsler:

Avvisningen av klager

- (31) Klagers tilbud ble rettmessig avvist. I kunngjøringens pkt. IV.3.3, vedrørende tilgang til konkurransegrunnlag, er det ikke nevnt at det var utarbeidet to separate konkurransegrunnlag for de respektive byggene på eiendommen. Og i kunngjøringens pkt. IV.2, Tildelingskriterier, refereres det kun til "*konkurransegrunnlaget*". Innklagede fant det imidlertid som mest hensiktsmessig å utferdige to separate konkurransegrunnlag for de to byggene som var omfattet av konkurransen. Det vises også til kunngjøringens pkt. II.1.5, som beskriver anskaffelsens art og omfang, hvor det fremgår at anskaffelsen dreier seg om "*Bygging av nytt administrasjonsbygg og internat*". I følge konkurransegrunnlagene, som henviser til hverandre, fremgår det kun at byggene skal prises separat, og ikke at de skal håndteres som to ulike konkurranser. Dette kan ikke forstås på den måten at byggene skal håndteres som to ulike konkurranser, noe som måtte ha fremgått av både kunngjøringen og konkurransegrunnlagene.
- (32) Det avgjørende for avvisningsspørsmålet er hvorvidt kunngjøringen tillater at det kun gis tilbud på ett av byggene. Dette fordi det dreier seg om anskaffelsens omfang, som ikke i forhold til det opplyste i kunngjøringen kan endres i vesentlig grad i konkurransegrunnlaget, noe som vil være tilfelle hvis man senere i konkurransen åpner for anbud kun for ett bygg. Den estimerte verdi som er oppgitt i kunngjøringens punkt II.2.1. gjelder hele anskaffelsen, altså begge byggene. Av hensyn til de øvrige leverandørene i markedet kan ikke anskaffelsens omfang endres i konkurransegrunnlaget, i forhold til kunngjøringen. Dessuten ville et slikt anbud være et deltilbud eller et alternativt tilbud, noe kunngjøringen ikke åpner for.
- (33) Uansett kan heller ikke konkurransegrunnlaget oppfattes som en oppsplitting av anskaffelsen i den forstand at det tillates anbud for kun ett av byggene. Innklagede valgte ut fra hensiktsmessighetsbetraktninger å utarbeide to separate konkurransegrunnlag for de respektive byggene. Konkurransegrunnlagene er identiske og henviser til hverandre, med unntak av pkt 5.15 i konkurransegrunnlaget for internatbygget, hvor man har valgt å åpne for alternative løsninger.
- (34) Utarbeidelsen av separate anbudsprotokoller ble gjort av hensiktsmessighetsbetraktninger. Ut fra opplysningene i kunngjøringen og konkurransegrunnlaget må det fremgå som klart at innklagede ikke kunne legge opp til innlevering av anbud som kun gjaldt det ene bygget, og ikke det andre, pga den åpenbare risikoen som i tilfelle ville foreligge med hensyn til at tilbydere kun ga tilbud på et og samme bygg.

Motstridende opplysninger vedrørende tildelingskriterier

- (35) Som klager påpeker har innklagede angitt ulike tildelingskriterier i kunngjøringen og i konkurransegrunnlaget, noe som ikke er i samsvar med anskaffelsesreglene. Ettersom kunngjøring i utgangspunktet skal legges til grunn når det gjelder valg av tildelingskriterier, er konsekvensen av dette at kunngjøringens angitte tildelingskriterium må legges til grunn, altså lavest pris. Denne feilen har imidlertid ikke hatt noen betydning i konkurransen, siden innklagede var forpliktet til å avvise tilbudet til klager, og dette forholdet spiller derfor ingen rolle for saken eller konkurransen. Det er således intet grunnlag for å kreve erstatning som følge av denne eventuelle feilen.

Klagenemndas vurdering:

- (36) Klager har deltatt i konkurransen og har saklig klageinteresse, jf forskrift om Klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Anskaffelsen følger etter sin opplyste verdi forskrift om offentlige anskaffelser av 7. april 2006 nr 402 del I og III, jf forskriftens §§ 2-1 og 2-2.

Avvisning av klagers tilbud

- (37) Klager har anført at det var adgang til å inngi tilbud på oppføring av kun ett av byggene, og at klagers tilbud således uriktig er avvist.
- (38) Etter forskriftens § 20-13 bokstav e skal et tilbud avvises dersom det inneholder *"vesentlige avvik fra kravspesifikasjonene i kunngjøringen eller konkurransegrunnlaget."* Dette innebærer i vår sak at klagers tilbud er rettmessig avvist dersom det ikke var åpnet adgang til å inngi deltilbud, mens tilbudet ikke skulle vært avvist på dette grunnlag dersom innklagede må anses for å ha gitt adgang til å inngi tilbud på kun ett av byggene.

- (39) I forskriftens § 17-1 (1), om utarbeidelse av konkurransegrunnlag, heter det følgende:

"Oppdragsgiver skal utarbeide et konkurransegrunnlag. Konkurransegrunnlaget skal inneholde følgende opplysninger, med mindre dette allerede er tilstrekkelig og fullstendig beskrevet i kunngjøringen:

a. hvilken ytelse som skal anskaffes. Dersom det kan gis tilbud på deler av oppdraget eller med alternative frister, skal dette opplyses,"

- (40) I direktiv 2008/18 bilag VII A, fremgår det hvilke opplysninger oppdragsgivere skal angi i kunngjøringen. Av punkt 7 hitsettes følgende:

7. Når kontrakter er opdelt i delleranser, angivelse af, om de økonomiske aktører har mulighed for at afgive tilbud på en, flere og/eller samtlige delleranser.

- (41) Forskriftens § 17-1, jf direktiv 2004/18, bilag VII A, forutsetter at det må opplyses dersom det er adgang til å inngi tilbud deler av oppdraget. Det fremgår ikke av kunngjøringen eller konkurransegrunnlagene at det er anledning til å inngi deltilbud. Tvert imot er det i kunngjøringen opplyst at anskaffelsen ikke vil bestå av delarbeid eller delleranser. Klagers tilbud, som utelukkende gjaldt oppføring av internatet, inneholdt på denne bakgrunn et vesentlig avvik fra kravspesifikasjonene, og innklagede har dermed også rettmessig avvist tilbudet etter forskriftens § 20-12 bokstav e. Klagers anførsel kan på denne bakgrunn ikke føre frem.

Motstridende opplysninger vedrørende tildelingskriterier

- (42) Klager anfører videre at innklagede har brutt kravene til forsvarlig saksbehandling, forutberegnelighet og god forretningsikk ved å søke å endre tildelingskriteriene fra kunngjøringen til konkurransegrunnlaget. Innklagede har erkjent at dette må anses for å være en feil, og klagenemnda bemerker derfor bare helt kort at innklagede ved å oppgi ulike tildelingskriterier i konkurransegrunnlaget og kunngjøringen, skapte en usikkerhet omkring hvilke forhold som ville inngå i evalueringen av tilbudene. Innklagede har dermed brutt kravene til forutberegnelighet og gjennomsiktighet, jf lov om offentlige anskaffelser § 5.

Ulovlige tildelingskriterier

- (43) Klager har også anført at innklagede har brutt kravet til forutberegnelighet ved at tildelingskriteriene ikke er uttømmende angitt. Klagenemnda bemerker at nemnda ovenfor har konkludert med at innklagede brøt kravet til forutberegnelighet ved å oppgi ulike tildelingskriterier i kunngjøring og konkurransegrunnlag. Klagenemnda finner likevel grunn til å behandle klagers ytterligere anførsler, ettersom disse har betydning for klagers anførsel om at manglende avlysning innebærer et brudd på regelverket.
- (44) Etter forskriftens § 22-2 (2) skal tildelingskriteriene være klart og uttømmende oppgitt. I klagenemndas avgjørelse i sak 2005/306 fant klagenemnda at det er i strid med regelverket å åpne for andre tildelingskriterier ved bruk av uttrykket "*blant annet*". Nemnda legger tilsvarende til grunn i inneværende sak, og innklagede har dermed brutt forskriftens § 22-2 (2) ved at angivelsen av tildelingskriteriene åpner for at andre forhold enn de oppgitte tildelingskriterier vil bli vektlagt.
- (45) Klager har også anført at det innebærer et brudd på § 22-2 (2) at de oppgitte tildelingskriterier ikke er vektet eller angitt i prioritert rekkefølge. Etter klagenemndas oppfatning innebærer også dette et brudd på regelverket, jf forskriftens § 22-2 (2).
- (46) Videre har klager anført at innklagede har brutt kravet til forutberegnelighet i lovens § 5, jf forskriftens §§ 3-1 og 22-2, ved å forbeholde seg retten til "*å anta et hvilket som helst av de rettidige innleverte tilbudene.*" Klagenemnda bemerker at innklagede, ved å forbeholde seg denne retten, skaper ytterligere tvil om hvilke forhold som vil være avgjørende for utfallet av konkurransen. Dette innebærer et brudd på kravet til forutberegnelighet i lovens § 5.
- (47) Klager har også anført at innklagede har brutt forskriftens § 21-1 ved å forbeholde seg retten til å forhandle om endringer i de innleverte tilbud. Klagenemnda bemerker at innklagede ved å forbeholde seg retten til forhandlinger skaper en uklarhet om hvilken konkurranseform som gjelder for anskaffelsen. Innklagede har dermed brutt kravet til forutberegnelighet i lovens § 5. Dersom innklagede faktisk hadde avholdt forhandlinger, ville dette for øvrig vært i strid med forhandlingsforbudet som gjelder i anbudskonkurranser, jf forskriftens § 21-1 (1).
- (48) Klager anfører videre at innklagede har brutt de grunnleggende kravene til forsvarlig sakebehandling, forutberegnelighet og god forretningsskikk i lovens § 5 ved å forbeholde seg retten til å innhente opplysninger for å bekrefte at leverandørene har de faglige, tekniske og økonomiske grunnlag som er nødvendig for å oppfylle kontraktsforutsetningene. Klagenemnda bemerker at innklagede verken har oppstilt krav eller dokumentasjonskrav til leverandørenes faglige, tekniske og økonomiske kvalifikasjoner. Innklagede har imidlertid i konkurransegrunnlaget oppstilt en forutsetning om "*at totalentreprenøren og hans underentreprenører og planleggingssteam, har det faglige, tekniske og økonomiske grunnlag som er nødvendig for å oppfylle kontraktsforutsetningene*", og forbeholdt seg retten til å innhente nærmere opplysninger om dette. Forskriften åpner imidlertid ikke opp for en slik fremgangsmåte for vurderingen av leverandørenes kvalifikasjoner. Ved å forutsette at leverandørene har nødvendige faglige, tekniske og økonomiske kvalifikasjoner til å oppfylle kontraktsforutsetningene, og forbeholde seg retten til å innhente nærmere opplysninger om dette, skaper innklagede en uklarhet om hvilken vurdering som vil bli gjort i forhold

til leverandørens kvalifikasjoner. Ved dette har innklagede brutt kravet til forutberegnelighet i lovens § 5.

Avlysning

(49) Klager har til slutt anført at innklagedes manglende avlysning utgjør et brudd på kravene til forsvarlig saksbehandling, forutberegnelighet og god forretningsskikk i lovens § 5. Etter klagenemndas oppfatning hefter det så store feil ved konkurransen, jf de brudd som er konstatert ovenfor, at innklagede i dette tilfellet hadde en plikt til å avlyse konkurransen. Manglende avlysning innebærer derfor et brudd på kravene til forutberegnelighet og god forretningsskikk i lovens § 5.

Erstatning

(50) Klagenemnda finner ikke grunn til å ta stilling til hvorvidt vilkårene for erstatning er til stede, jf forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 12.

Konklusjon:

Kongsvinger kommunale eiendomsforetak KF ved Kongsvinger kommune har brutt kravene til forutberegnelighet og gjennomsiktighet i lovens § 5 ved å oppgi ulike tildelingskriterier i kunngjøring og konkurransegrunnlag.

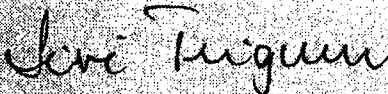
Kongsvinger kommunale eiendomsforetak KF ved Kongsvinger kommune har brutt forskriftens § 22-2 (2) ved at angivelsen av tildelingskriteriene åpner for at andre forhold enn de oppgitte kriterier vil bli vektlagt, og ved at de oppgitte tildelingskriterier ikke er vektet eller prioritert.

Kongsvinger kommunale eiendomsforetak KF ved Kongsvinger kommune har brutt kravet til forutberegnelighet i lovens § 5 ved å forbeholde seg retten til å anta et hvilket som helst av de rettidige innleverte tilbudene, ved å skape uklarhet om hvilken konkurranseform som gjelder, og ved å skape uklarhet om hvilken vurdering som ville bli foretatt av leverandørens kvalifikasjoner.

Kongsvinger kommunale eiendomsforetak KF ved Kongsvinger kommune har brutt kravene til forutberegnelighet og god forretningsskikk i lovens § 5 ved ikke å avlyse konkurransen.

Klagers øvrige anførsler har ikke ført frem.

For klagenemnda,
23. februar 2009



Siri Teigum