



Klagenemnda
for offentlige anskaffelser

Klager har deltatt i åpen anbudskonkurranse vedrørende anskaffelse av rammeavtale for kjøp av byggeledelse og prosjektledelse til investerings- og vedlikeholdsprosjekter for Statsbygg Østs eiendomsforvaltning, avdeling Oslo, avdeling Østlandet og Teknisk avdeling. Klagenemnda fant at det forelå brudd på §§ 20-16 (1) og (4) ved at det ikke var gitt tilstrekkelig begrunnelse. Klagers øvrige anførsler førte ikke frem.

Klagenemndas avgjørelse 21. september 2009 i sak 2009/45

Klager: Oslo Byggeadministrasjon AS

Innklaget: Statsbygg Øst

Klagenemndas medlemmer: Per Christiansen, Siri Teigum og Jakob Wahl

Saken gjelder: Angivelse av tildelingskriterier – forutberegnelighet, oppdragsgivers begrunnelsesplikt.

Bakgrunn:

- (1) Statsbygg Øst (heretter kalt innklagede) kunngjorde 31. oktober 2008 en åpen anbudskonkurranse for anskaffelse av rammeavtale på kjøp av byggeledelse og prosjektledelse til investerings- og vedlikeholdsprosjekter for Statsbygg Østs eiendomsforvaltning, avdeling Oslo, avdeling Østlandet og Teknisk avdeling.
- (2) I konkurransegrunnlagets punkt 4.5 var det angitt følgende tildelingskriterier basert på det økonomisk mest fordelaktige tilbud:

Prioritet/vekt	Kriterier	Dokumentasjon
60 %	Byggeledelseserfaring	Navn på ansvarlige byggeledere: • CV skal minimum inneholde opplysninger om: 1) Utdanning 2) Referanser, navn og telefonnummer. 3) Erfaring fra oppdrag ombygging/rehabilitering 4) Erfaring fra bruk av elektronisk prosjektstyringsverktøy Navn på tekniske byggeledere: • CV skal minimum inneholde opplysninger om: 1) Utdanning 2) Referanser, navn og telefonnummer. 3) Erfaring fra oppdrag

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

		ombygging/rehabilitering med vekt på vvs og elektrofag 4) Erfaring fra bruk av elektronisk Prosjektstyringsverktøy Det skal angis navn og referanser på minimum tre personer som er tenkt benyttet i denne rammeavtalen. Det skal angis spesielt hvem som tilbys som tekniske byggeledere.
40 %	Pris	Utfylt tilbudsskjema, se vedlegg 1

- (3) I e-post av 12. januar 2009 ble det informert om følgende spørsmål til konkurransen, samt gjengitt følgende svar fra innklagede:

”Byggeleder

I tilbudsskjemaet er det tatt med timepris for teknisk byggeledelse. Er det et krav for å bli godkjent som tilbyder å inngi navn og timepris på teknisk byggeleder?

Prosjektleder

- I tilbudsskjemaet er det tatt med timepris for assisterende byggeleder og for sekretærfunksjon. Er der krav om å inngi navn og timepris for de nevnte funksjonene?

Svar:

Statsbygg Øst ønsker å få oppgitt navn også på teknisk byggeleder. Det er en egen rubrikk for dette på tilbudsskjema. Hvis man har teknisk byggeleder, vil det være en del av tilbudet å oppgi dette med navn. Man blir ikke avvist som tilbyder hvis man ikke har teknisk byggeleder, eller ikke oppgir navn på denne, men det vil bli et dårligere tilbud, og vil evalueres i forhold til dette. ”

- (4) Frist for å levere tilbud i konkurransen var 20. januar 2009. Det ble inngitt 21 tilbud innen fristen, herunder tilbud fra Oslo Byggeadministrasjon (heretter kalt klager). Innklagede informerte klager om valg av leverandør i brev av 6. februar 2009. Fra brevet hitsettes følgende:

”For område b: Akershus, er tilbyder Kåre Hagen foretrukket av følgende årsaker:

<i>Tildelingskriterium</i>	<i>Relativ fordel</i>
<i>Byggeledelseserfaring</i>	<i>Vurdert som nest beste tilbyder ut fra oversendte dokumentasjon</i>
<i>Pris</i>	<i>Tredje beste pristilbud</i>

Etter en helhetsvurdering av samtlige tildelingskriterier, jf. ovenfor, er Kåre Hagen AS innstilt som vinner av konkurransen for område b: Akershus.

For område c: Oslo, er tilbyder Kåre Hagen AS foretrukket av følgende årsaker:

<i>Tildelingskriterium</i>	<i>Relativ fordel</i>
<i>Byggeledelseserfaring</i>	<i>Vurdert som nest beste tilbyder ut fra</i>

	oversendte dokumentasjon
Pris	Tredje beste pristilbud

Etter en helhetsvurdering av samtlige tildelingskriterier, jf. ovenfor, er Kåre Hagen AS innstilt som vinner av konkurransen for område c: Oslo.

[...]Dersom det er innsigelser mot vårt valg av kontraktspart må dette meddeles oss innen 17.02.09.”

- (5) Klager påklaget beslutningen om valg av leverandør i brev av 10. februar 2009. Av brevet hitsettes følgende:

”Ifølge protokollen fra anbudsåpningen er vår timepris for byggeleder (...) ¹, mens Kåre Hagens timepris er (...). En forskjell på hele (...) kr eller (...) %. Når pris er oppgitt å telle nær halvparten i tildelingen, skal det være veldig stor forskjell i byggeledelseserfaringen for å oppveie denne betydelige prisforskjellen. For å unngå å velge billigste tilbud når prisforskjellen er så stor, må kvalifikasjonene til laveste tilbud være svært mangelfulle, nesten på grensen til at tilbudet bør forkastes.

Vi tilbyr en byggeleder med siv.ing. utdannelse fra 1983, og da 25 års relevant erfaring, og en byggleader med ingeniørutdannelse fra 2001, og 7 års relevant erfaring. Begge har hatt flere oppdrag for offentlige byggherrer, herunder rehabiliteringsoppdrag. Så hvordan dissers byggeledererfaring kan vurderes å være så dårlig at det oppveier timeprisforskjellen på kr (...), er helt uforståelig.

Det er da også bakgrunnen for at vi i går, 09.02.09, tok telefonisk kontakt med Statsbyggs saksbehandler for å få vite hva som lå til grunn for at vi ikke vant konkurransen. Vi fikk da oppgitt at vi ikke hadde tilbudt teknisk byggeleder, men for øvrig var evalueringen et internt arbeidsdokument, så ytterligere opplysninger kunne vi ikke få. [...]

Vi opplever at Statsbygg ved denne tildelingen, og ved å stille spørsmål om begrunnelse viser til "internt arbeidsdokument", fullstendig ignorerer formålet ved anskaffelsesreglene.”

- (6) Innklagede besvarte henvendelsen i brev av 13. februar 2009 hvor det ble opplyst følgende:

”Deres tilbud har på lik linje med øvrige tilbydere blitt vurdert ihht de angitte tildelingskriterier. Deres tilbud har fått beste karakter på tildelingskriterie nr. 2 slik dere antar i deres brev. Tildelingskriterie nr. 2 teller 40 % av de totale tildelingskriterier og er ikke nok i seg selv til å oppnå kontrakt. I forhold til tildelingskriterie nr. 1 har deres tilbud ikke blitt gitt beste karakter. Dette ut fra at vi i evalueringen har vurdert alle de fire angitte punkt som skal være medtatt i Cv-ene, samt om det er tilbudt personell i hht forespørsel. I deres tilbud er det ikke oppgitt hverken pris, navn eller CV (med de påkrevde opplysninger) for Tekniske Byggeledere, dere har derfor blitt trukket for dette. Dere har også blitt trukket noe i forhold til beste karakter

¹ Opplysningen er sladdet som forretningshemmelighet, jf. offentleglova § 13 nr 2 og forvaltningsloven § 13 nr 2. Tilsvarende gjelder også andre steder hvor opplysninger er sladdet ved bruk av vanlig parentes.

på andre punkter, her vil vi imidlertid påpeke at det skal svært mye til for å få beste karakter. Tildelingskriterie nr. 1 teller 60 % av de totale tildelingskriterier. Tildeling av kontrakt er gjort ut fra en totalvurdering av de to tildelingskriteriene.

I deres brev påpeker dere utdannelse og erfaring på personer som er tilbudt fra dere, i den forbindelse kan vi angi at flere av de øvrige deltagere i konkurransen har tilbudt flere personer i hver kategori som har tilsvarende eller bedre utdannelse og erfaring enn de personer dere har tilbudt.

Statsbygg Øst presiserer at tilbyder selv er ansvarlig for å levere ett tilbud som i størst mulig grad tilfredsstiller konkurransegrunnlaget.[...]

Begrunnelse for tildelingen er gitt i vårt brev datert 06.02.09, Meddelelse om tildeling av kontrakt. Der er tildelingskriterium, relativ fordel og resultat av helhetsvurderingen angitt.[...]

Interne arbeidsdokument blir ikke utlevert fra Statsbygg.”

- (7) Saken ble deretter brakt inn for klagenemnda i brev av 2. mars 2009. Innklagede signerte kontrakt 10. mars 2009 med Kåre Hagen AS.
- (8) I innklagedes tilsvarende av 23. mars 2009 ble det opplyst følgende:

”Ved evalueringen av tildelingskriteriet byggeledererfaring ble denne delt i fem, basert på den dokumentasjon som ble etterspurt i invitasjonen: tilbudt personells utdannelse, referanser, tilbudt personells erfaring med ombygning/rehabilitering, tilbudt personells erfaring med styringsverktøy, samt tilbudt personelltype (i forhold til Statsbygg Østs forespørsel). Hver enkelt av disse fem elementene av byggeledererfaring har Statsbygg Øst latt telle 20 % .[...]

Av Statsbygg Østs svar til klager fremgår det videre at man ikke anså dette som et absolutt krav som eventuelt ville medføre avvisning, men ville bli oppfattet som en klar svekkelse av kvaliteten på tilbudet. Hovedsakelig på bakgrunn av at OBA ikke tilbød teknisk byggeleder, men også fordi man kun tilbød det absolutte minimumsantall med personell, ble OBAs tilbud, på denne ene delen av tildelingskriteriet, vurdert til karakteren 2. Kåre Hagen tilbød ytterligere personell ut over minimumskravet, og av særlig viktighet, tekniske byggeledere, og ble derfor evaluert til karakteren 6.”

Anførsler:

Klagers anførsler:

Angivelse av tildelingskriteriene

- (9) Innklagede har brutt kravet til forutberegnelighet ved å legge vekt på antall personer som tilbys oppdraget. I konkurransegrunnlaget ble ikke antall tilbudte personer oppgitt å være et tildelingskriterium, kun et minimum antall.
- (10) Innklagede har brutt kravet til forutberegnelighet ved å legge uforholdsmessig stor vekt på tilbud av tekniske byggeledere til utførelse av oppdraget. Ordlyden i e-posten sendt til interessenter i tilbudsfasen; at det ville bli et ”dårligere tilbud”, og dermed

"evalueres i forhold til dette", er annerledes enn hva innklagede beskriver i sitt tilsvare av 23. mars 2009 hvor det opplyses at ikke å tilby tekniske byggeleder vil innebære en "klar svekkelse av kvaliteten på tilbudet".

Mangelfull begrunnelse

- (11) Klager anfører at meddelelsesbrev om tildeling av kontrakt, av 6. februar 2009, ikke gir tilstrekkelig informasjon om valgt tilbyder.
- (12) Klager anfører videre at innklagedes begrunnelse, av 13. februar 2009, ikke tilfredsstiller regelverkets krav ettersom det ikke er angitt egenskaper og relative fordeler ved valgt tilbyder.

Innklagedes anførsler:

Angivelse av tildelingskriteriene

- (13) Innklagede anfører at evalueringen av tilbudene er basert på de tildelingskriterier som fremgikk av anbudsinvitasjonen. Ved evalueringen av tildelingskriteriet byggeledererfaring ble denne delt i fem, basert på den dokumentasjon som ble etterspurt i invitasjonen: tilbudt personells utdanning, referanser, tilbudt personells erfaring med ombygning/rehabilitering, tilbudt personells erfaring med styringsverktøy, samt tilbudt personelltype. Hver enkelt av disse fem elementene av byggeledererfaring har Statsbygg Øst latt telle 20 prosent.
- (14) Innklagede fastholder at tilbud om tekniske byggeledere var av stor betydning og at dette tydelig fremgår av konkurransegrunnlaget. Fra konkurransegrunnlagets punkt 4.5 hitsettes følgende presisering: *"... minimum tre personer som er tenkt benyttet i denne rammeavtalen. Videre: "Det skal angis spesielt hvem som tilbys som tekniske byggeledere."* Når innklagede ønsker å evaluere på også de tekniske byggelederes kompetanse og erfaring, jf at navn og CV er bedt fremlagt, tilsier dette at det er av stor betydning, og vil innebære en klar svekkelse av tilbudet dersom slike byggeledere ikke tilbys. Innklagede viser videre til at det i tilbudsskjemaet er det bedt redegjort for navnet til tilbudt teknisk byggeleder, samt timepris for teknisk byggeleder. Innklagedes vurdering av viktigheten av teknisk byggeleder fremkommer også av besvarelsen på direkte spørsmål om dette før tilbudsfristen. Evalueringen som er foretatt på denne bakgrunn ligger innenfor grensene for det innkjøpsfaglige skjønn.
- (15) Videre anfører innklagede at det av anbudsinvitasjonen fremgikk at det var av stor betydning at man ikke kun fikk generelle byggeledere, men også tekniske byggeledere, altså med kompetanse på de tekniske fagene. Av innklagedes e-post til deltakerne i tilbudsfasen fremgår at man ikke anså dette som et absolutt krav som eventuelt ville medføre avvisning, men ville bli oppfattet som en klar svekkelse av kvaliteten på tilbudet. Hovedsakelig på bakgrunn av at klager ikke tilbød teknisk byggeleder, men også fordi man kun tilbød det absolutte minimumsantall med personell, ble klagers tilbud, på denne ene delen av tildelingskriteriet, vurdert til karakteren 2. Når innklagede åpner for at det kan fremlegges mer enn tre navn, dvs. at oppdragsgiver har begrenset antallet nedad og ikke oppad, må det være forutberegnlig for tilbyderne at det vil kunne oppfattes som positivt med flere tilbudte personer enn minimumsantallet.

Mangelfull begrunnelse

- (16) Innklagede anfører at plikten til å angi begrunnelse er oppfylt. Innklagede, etter forespørsel fra klager, redegjorde nærmere for bakgrunnen for tildelingen. Her ble det særlig påpekt at mangelen på tekniske byggeledere trakk klagers tilbud ned, men også de andre momentene ved tildelingskriteriet *"byggeledererfaring"* ble omtalt.

Klagenemndas vurdering:

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

Tildelingsevalueringen

- (18) Klager har anført at innklagede har brutt kravet til forutberegnelighet ved å vektlegge *"antall personer"* som en del av tildelingskriteriet *"byggeledererfaring"*, når *"antall personer"* samtidig var angitt som et minstekrav i konkurransegrunnlaget. Klager har anført at innklagede har lagt uforholdsmessig stor vekt på type byggeleder enn hva som fremkommer i konkurransegrunnlag og e-post sendt til interessentene før utløp av tilbudsfristen. Det er på det rene ut fra faktum i saken at innklagede har vektlagt ovennevnte forhold ved vurderingen av tildelingskriteriet *"byggeledererfaring"*.
- (19) Ved tildelingsevalueringen har oppdragsgiver et vidt innkjøpsfaglig skjønn som bare i begrenset grad kan overprøves rettslig. Klagenemnda kan imidlertid prøve om innklagedes vurdering er i samsvar med regelverkets grunnleggende krav, herunder kravet til forutberegnelighet, samt om evalueringen er basert på korrekt faktum, og ellers er saklig og forsvarlig.
- (20) Spørsmålet er om det var i samsvar med regelverket å vektlegge positivt tilbud om flere antall personer enn det som var angitt som minstekrav. Innklagede spesifiserte i konkurransegrunnlagets punkt 4.5 at det skal tilbys *"minst"* tre personer som er tenkt benyttet i rammeavtalen. Etter klagenemndas oppfatning må dette tolkes slik at dette er et minstekrav og at tilbud om flere ansatte med slik erfaring vil kunne telle positivt ved evalueringen av tildelingskriteriet *"byggeledererfaring"*. Videre følger det naturlig av tildelingskriteriet *"byggeledererfaring"* at man må kunne evaluere på antall personer tilbudt som innehar de etterspurte kvalifikasjoner. Dette innebærer en avsetning av ressurser for tilbyder, og en tilbyder som tilbyr kvalifiserte personer utover minstekravet, må følgelig kunne premieres med en høyere score ved evalueringen av tilbudet. Klagenemnda har på denne bakgrunn kommet til at innklagede ikke har evaluert i strid med kravet til forutberegnelighet. Klagers anførsel fører således ikke frem.
- (21) Spørsmålet er dernest om innklagede i strid med kravet til forutberegnelighet har vektlagt type byggeledererfaring mer enn det som kan utledes av konkurransegrunnlaget og etterfølgende e-postkorrespondanse. I konkurransegrunnlagets punkt 4.5 bes tilbyderne om å oppgi CV med minimum utdanning, referanser, erfaring fra oppdrag og erfaring fra prosjektstyringsverktøy, for både ansvarlig byggeleder og teknisk byggeleder.
- (22) I innklagedes e-post av 12. januar 2009 til deltakerne ble det presisert at tilbud uten tekniske byggeledere er å anse som et dårligere tilbud. I evalueringen har innklagede vektet *"type byggeleder"* til 20 prosent av tildelingskriteriet *"byggeledererfaring"*.

- (23) Av konkurransegrunnlaget kan utledes at oppdragsgiver vil legge vekt på angivelse av tekniske byggeledere i tilbudet, og e-posten gir ytterlige signaler om at tilbud på tekniske byggeledere vil være et viktig element i vurderingen. Av innklagedes tilsvare av 23. mars 2009 fremgår at vektingen av de øvrige underelementene også er angitt til 20 prosent. Vektingen av *"type byggeleder"* må dermed sies å stå i forhold til vektingen av de øvrige underelementene. Nemnda er således kommet til at vektingen ikke er i strid med kravet til forutberegnelighet jf. lovens § 5.

Mangelfull begrunnelse i brev av 6. februar 2009

- (24) Av forskriftens § 20-16 (1) følger at oppdragsgivers begrunnelse ved meddelelse om kontraktstildeling og valg av leverandør til rammeavtale *"skal inneholde tilstrekkelig informasjon om det valgte tilbudet til at leverandøren kan vurdere om oppdragsgivers valg har vært saklig og forsvarlig, i samsvar med angitte tildelingskriterier."* Kravet til begrunnelse må vurderes i lys av bestemmelsens formål. I Eidsivating lagmannsretts kjennelse i sak LE-2005-183161 uttalte lagmannsretten blant annet at *"bare en begrunnelse som gir anbyderen en mulighet til å vurdere om det er grunnlag for klage eller grunnlag for å begjære tildelingsbeslutningen "satt til side"*", tilfredsstiller forskriftens krav til begrunnelse. Av veileder til FAD 2006 punkt 16.2.2 fremkommer at begrunnelsen må ha et slikt innhold at leverandøren får mulighet til å vurdere hvorvidt tildelingsbeslutningen var saklig og forsvarlig, basert på korrekt grunnlag og i samsvar med tildelingskriteriene.
- (25) Ved begrunnelsen gitt i meddelelsen 6. februar 2009 viser innklagede til at tildelingen er gjort etter en helhetsvurdering av samtlige tildelingskriterier. Deretter vises resultatet av innklagedes vurdering av tilbudene i flere tabeller. Innklagede har under *"relativ fordel"* oppgitt score på tildelingskriteriet *"byggeledererfaring"* som *"beste tilbyder ut fra oversendte dokumentasjon"*, og *"nest beste tilbyder ut fra oversendte dokumentasjon"*. Score på tildelingskriteriet *"pris"* er angitt som *"nest beste pristilbud"* og *"tredje beste pristilbud"*.
- (26) Innklagede har ved dette kun angitt hvordan klager er rangert under hvert av tildelingskriteriene, og har etter klagenemndas oppfatning ikke gitt en begrunnelse i tråd med forskriftens krav. Innklagede har brutt forskriftens § 20-16 (1).

Mangelfull begrunnelse i brev av 13. februar 2009

- (27) Når det bes om nærmere begrunnelse, angir § 20-16 (4) at det valgte tilbudets egenskaper og relative fordeler skal oppgis. Dette innebærer at begrunnelsen må være tilstrekkelig omfattende til at tilbyder kan se hvilke tildelingskriterier valgte leverandørs tilbud var best på i forhold til klagers tilbud.
- (28) Fra klagenemndas sak 2008/112 premiss (25) hitsettes følgende:

"Klagenemnda har i flere saker lagt til grunn at en nærmere begrunnelse må forutsettes å skulle sammenligne mer inngående det valgte tilbudet med tilbudet til den leverandøren som anmoder om en nærmere begrunnelse, jf blant annet sakene 2003/49, 2005/8 premiss (35) og 2007/30 premiss (33). Videre har klagenemnda lagt til grunn at kravene til den nærmere begrunnelsens innhold og omfang til en viss grad vil måtte fastsettes på bakgrunn av innholdet i leverandørens skriftlige anmodning, jf. sak 2003/61."

- (29) I innklagedes begrunnelse 13. februar 2009 opplyses det at klager har fått beste karakter på tildelingskriteriet ”pris”. Videre opplyser innklagede at klagers tilbud ikke er like godt som øvrige tilbud på tildelingskriteriet ”byggeledererfaring”, herunder at klager ikke har tilbudt tekniske byggeledere og blitt trukket for dette, og at andre tilbydere har tilbudt flere personer med tilsvarende eller bedre erfaring og utdannelse. Imidlertid fremkommer det ingen opplysninger om valgte tilbyders egenskaper og relative fordeler, og det foreligger dermed også et brudd på forskriftens § 20-16 (4).
- (30) For ordens skyld bemerkes at innklagede i sitt svar til klagenemnda 23. mars 2009 har kommet med ytterligere begrunnelse for tildelingen. En slik begrunnelse ble også etterspurt i klagen. Ettersom den er gitt etter 15 dagers fristen, har nemnda ikke sett hen til den ved vurderingen av om begrunnelsesplikten er oppfylt, jf. forskriftens § 20-16 (4), jf. klagenemndas sak 2008/112.

Konklusjon:

Statsbygg Øst har brutt forskriftens § 20-16 (1) ved å ikke gi tilstrekkelig begrunnelse ved meddelelse av tildelingsbeslutningen, og forskriftens § 20-16 (4) ved å ikke oppfylle kravene til nærmere begrunnelse på klagers anmodning.

Klagers øvrige anførsler har ikke ført fram.

For klagenemnda,
21. september 2009
Jakob Wahl