



Klagenemnda for offentlige anskaffelser

Saken gjelder: Tildelingsevaluering, begrunnelse, forhandlinger, veiledningsplikt

Innklagede gjennomførte en konkurranse med forhandling om totalentreprise for bygging av nytt snorloft i Maihaugsalen. Klagenemnda kom til at innklagede hadde brutt kravet til begrunnelse og etterprøvnbarhet. Klagenemnda tok ikke stilling til om innklagede hadde brutt regelverket ved evalueringen av tildelingskriteriet «Referanser og design». Klagers anførsler angående veiledningsplikten og utvidet invitasjon til forhandling, førte ikke frem.

Klagenemndas avgjørelse 12. september 2019 i sak 2018/156

Klager: Dutch Theatre Systems & Services BV

Innklaget: Stiftelsen Lillehammer Museum

Klagenemndas

medlemmer: Finn Arnesen, Sverre Nyhus og Elisabeth Wiik

Bakgrunn:

- (1) Stiftelsen Lillehammer Museum (heretter *innklagede*) kunngjorde 22. desember 2017 en konkurranse med forhandling om totalentreprise for bygging av nytt snorloft i Maihaugsalen. Innklagede engasjerte Rambøll Norge AS til å gjennomføre konkurransen. Tilbudsfrist ble angitt til 5. februar 2018.
- (2) Konkurranses grunnlaget var delt inn i en generell del og en teknisk kravspesifikasjon. I konkurranses grunnlagets generelle del var det i punkt 1.3 angitt at:

«Denne totalentrepriseforespørselen omfatter komplette arbeider forbundet med demontering av eksisterende snorloft, prosjektering, bygging og levering av nytt snorloft. Vi oppfordrer og inviterer totalentreprenør til å tilby en fremtidsrettet og moderne løsning med god stabilitet og et godt brukergrensesnitt.»

- (3) Videre i konkurranses grunnlaget fremgikk det at:

«2.2.2 Kreativ løsning på design

Vedlagt til sitt tilbud skal tilbyder forklare hvordan de ulike kravspesifikasjoner skal oppnås, der det beskrives detaljert de løsninger tilbyder planlegger med. Det legges opp til, under forhandlingene, at tilbyder skal presentere sin oppgaveforståelse og de løsninger han legger til grunn.

2.2.3 Referanseprosjekter

Tilbyder bes om å oppgi minst 3 referanseprosjekter som ikke er eldre enn 5 år.»

Postadresse
Postboks 511
Sentrum
5805 Bergen

Besøksadresse
Zander Kaaes gate 7
5015 Bergen

Tlf.: 55 19 30 00

E-post: post@knse.no
www.klagenemndssekretariatet.no

- (4) Tilbudene skulle etter konkurransegrunnlaget punkt 2.5 vurderes på tildelingskriteriene «Pris» 50 prosent og «Referanser og design» 50 prosent.
- (5) I punkt 2.6 om kriterier for forhandling, ble det lagt til grunn at:
- «Byggherre kan selv plukke ut de mest fordelaktige tilbud, og invitere med seg disse til forhandlingsbordet, dog ikke færre enn tre (3) tilbydere. Utplukkingen av disse baseres på tildelingskriterier tilkjennegjort i punkt. 2.5».*
- (6) Innklagede mottok fem tilbud innen tilbudsfristen, herunder fra Dutch Theatre Systems & Services BV (*klager*) og Bright Norway AS.
- (7) Den 14. februar informerte innklagede leverandørene om at de ville kalle inn klager og Theatertechnische Systeme GmbH (TTS) til forhandlinger.
- (8) Etter det opplyste ble alle leverandørene ved e-post 15. februar 2018 informert om at en tredje leverandør, Trekwerk, var inkludert i forhandlingene. Innklagede viste i e-posten til en tabell, der den foreløpige evalueringen av tilbudene var angitt:

<i>Leverandør</i>	<i>Pris</i>	<i>Poeng 0-5 (Lineær modell)</i>	<i>Kvalitet 0-5</i>	<i>SUM</i>
<i>Bright</i>	<i>9 238 000</i>	<i>2,83</i>	<i>4,9</i>	<i>3,86</i>
<i>TTS</i>	<i>6 442 084</i>	<i>5,00</i>	<i>5</i>	<i>5,00</i>
<i>DTS2</i>	<i>6 989 410</i>	<i>4,58</i>	<i>5</i>	<i>4,79</i>
<i>Trekwerk</i>	<i>8 279 048</i>	<i>3,57</i>	<i>4,95</i>	<i>4,26</i>
<i>Waagner –Biro</i>	<i>8 641 444</i>	<i>3,29</i>	<i>4,95</i>	<i>4,12</i>

- (9) I brev av 17. februar 2018 informerte innklagede om at de ville forhandle med alle fem tilbydere, da «den valgte modellen for evaluering av pris ikke dekker alle priser i tilbudene på en fyllestgjørende måte». Dette førte til at også Bright Norway AS ble inkludert i forhandlingene.
- (10) Den 23. februar 2018 informerte innklagede om at forhandlinger var gjennomført med alle leverandørene, og de ble bedt om å sende inn reviderte tilbud innen 5. mars 2018.
- (11) I tildelingsbeslutningen av 9. mars 2018 ble kontrakt tildelt Bright Norway AS (heretter *valgte leverandør*). Det var fire leverandører som hadde levert reviderte tilbud innen fristen. Leverandøren som lå på førsteplass ved den førte evalueringen (TTS), unnløt å levere tilbud. Vurderingen av tildelingskriteriene gav følgende resultat:

<i>Leverandør</i>	<i>Pris</i>	<i>Poeng 0-5 (Lineær modell)</i>	<i>Kvalitet 0-5</i>	<i>SUM</i>
<i>Bright</i>	<i>6 424 000,00</i>	<i>5,00</i>	<i>5</i>	<i>5,00</i>
<i>DTS2</i>	<i>6 619 000,00</i>	<i>4,85</i>	<i>5</i>	<i>4,92</i>
<i>Trekwerk</i>	<i>7 376 217,07</i>	<i>4,26</i>	<i>5</i>	<i>4,63</i>
<i>Waagner –Biro</i>	<i>7 886 029,00</i>	<i>3,86</i>	<i>5</i>	<i>4,43</i>

(12) Innklagede begrunnet evalueringen slik:

«2. Tildelingskriteriene

Tildelingskriteriene for konkurransen var: Pris 50% og referanser og design 50%. Evalueringen har skjedd i henhold til tildelingskriteriene. Det er i samsvar med konkurransegrunnlaget ikke gitt tillegg for overoppyfillelse av krav i kravspesifikasjonen. Alle tilbudene var for øvrig svært gode og vanskelige å skille på referanser og design. Pris er vurdert etter lineær metode.»

«...»

3. Tildelingen

Tildelingen av kontrakt skjer på basis av hvilke av tilbudene som har det beste forholdet mellom pris og det andre tildelingskriteriet. Med bakgrunn i tilbudene, konkurransegrunnlaget og overstående innkjøpsfaglig vurdering tildeles kontrakten Bright Norway AS. Avgjørende for tildelingen ble pris.»

(13) Kontrakt ble inngått med valgte leverandør 6. april 2018.

(14) Klagen ble brakt inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser ved brev datert 4. mai 2018.

(15) Nemndsmøte i saken ble avholdt 9. september 2019.

Anførsler:

Klager har i det vesentlige anført:

(16) Innklagede har brutt regelverket for offentlige anskaffelser ved å gi alle leverandørene lik score på «Referanser og design». Innklagede kan ikke ha foretatt en skjønnsmessig vurdering av tilbudene, selv om de var pliktet til å gi uttelling for forskjeller i tilbudene. Klagers tilbud var bedre enn valgte leverandørs tilbud på dette kriteriet. Konkurransen ble i realiteten en ren priskonkurranse, og en slik endring i vektingen av tildelingskriteriene var i strid med regelverket.

- (17) Innklagede har brutt kravet til begrunnelse, ved ikke å grunngi poenggivningen i konkurransen. Det fremgår ingenting om vurderingen hvor det ble konkludert med at det ikke var noen forskjeller på tilbudene på tildelingskriteriet «Referanser og design».
- (18) Innklagedes utvidede invitasjon til forhandling var i strid med regelverket. Innklagede inviterte først kun to leverandører til forhandling, i strid med konkurransegrunnlaget punkt 2.6. Dette ble rettet opp ved å invitere en tredje leverandør. Det var derimot i strid med regelverket å invitere alle fem leverandørene til forhandlinger i etterkant.
- (19) Innklagede har brutt sin plikt til å veilede klager underveis i forhandlingsfasen. Klager lå an til å vinne konkurransen og kan ikke ha fått like god veiledning som valgte leverandør, som har redusert totalprisen med rundt 30 prosent.

Innklagede har i det vesentlige anført:

- (20) Innklagede har foretatt en skjønnsmessig vurdering av «Referanser og design», men gav alle leverandørene lik score, da de svarte svært godt på tildelingskriteriet. Dette var også noe leverandørene ble informert om.
- (21) Innklagede har gitt en tilstrekkelig begrunnelse. Det ble vist til at «Pris» var avgjørende, og at ingen av leverandørene skilte seg ut på «Referanser og design».
- (22) Innklagede kunne invitere ytterligere leverandører til forhandlinger. Innklagede oppdaget feil ved evalueringen av pris hos blant annet valgte leverandør, og ønsket derfor å invitere alle leverandørene til forhandlinger.
- (23) Innklagede har veiledet de ulike leverandørene tilstrekkelig og behandlet dem likt. På bakgrunn av den foreløpige evalueringsmatrisen hadde leverandørene en god indikasjon på hvordan de lå an i forhold til hverandre. Leverandørene fikk tilstrekkelig informasjon om at pris kom til å bli avgjørende i konkurransen.

Klagenemndas vurdering:

- (24) Klager har deltatt i konkurransen, og har saklig klageinteresse, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Konkurransen gjelder en konkurranse med forhandling om totalentreprise for bygging av et nytt snorloft, som er en bygge- og anleggsanskaffelse.
- (25) Klager fremholder at anskaffelsen følger forskriften del III, mens innklagede fremholder at del II kommer til anvendelse. I prosesskrivene for klagenemnda er det opplyst at anskaffelsens estimerte verdi var 10-12 millioner kroner. Anskaffelsen ble likevel EØS-kunngjort i TED som en konkurranse med forhandling.
- (26) Det fremgår av NOU 2014:4 på side 62 at:

«Slik utvalget ser det, er det i prinsippet ikke noe til hinder for at oppdragsgiver velger å gjennomføre en anskaffelse etter strengere regler enn det han er forpliktet til. Er en anskaffelse for eksempel omfattet av forskriftens del II, kan oppdragsgiver frivillig velge å gjennomføre en anskaffelse etter reglene i del III. Etter utvalgets vurdering må dette medføre at samtlige regler i del III får anvendelse, inkludert reglene om kunngjøring, frister, anskaffelsesprosedyre, forhandlingsforbud og reglene om håndhevelse.»

- (27) Anskaffelsens estimerte verdi var ikke oppgitt i kunngjøringen eller i konkurransegrunnlaget. Sett hen til at konkurransen var EØS-kunngjort som en konkurranse med forhandling, legger klagenemnda til grunn at innklagede har bundet seg til å følge reglene i del III.
- (28) I tillegg til lov om offentlige anskaffelser 17. juni 2016 nr. 73, følger anskaffelsen dermed forskrift om offentlige anskaffelser 12. august 2016 nr. 974 del I og III.

Tildelingsevaluering og begrunnelse

- (29) Klager anfører at innklagede har brutt regelverket, ved gi alle leverandørene lik uttelling under tildelingskriteriet «*Referanser og design*». Det anføres også at innklagede har brutt begrunnelsesplikten, ved at det ikke er angitt noe om vurderingene knyttet til at det ikke ble funnet forskjeller av betydning mellom tilbudene for så vidt gjaldt dette tildelingskriteriet.
- (30) Oppdragsgiver har etter forskriften § 25-1 (2), plikt til å gi tilbyderne en begrunnelse for valg av leverandør. Denne begrunnelsen skal være «*en redegjørelse for det valgte tilbudets egenskaper og relative fordeler i samsvar med tildelingskriteriene*». Begrunnelsen skal gjøre leverandørene i stand til, på objektivt grunnlag, å forstå hvilke forhold som har gjort at oppdragsgiver har bedømt valgte leverandørs tilbud som best ut fra de fastsatte tildelingskriteriene. Begrunnelsen skal også være så presis og utfyllende at leverandørene kan bedømme om anskaffelsen har foregått i samsvar med anskaffelsesregelverket, og om det er grunnlag for å imøtegå tildelingsbeslutningen, jf. klagenemndas avgjørelse i sak 2013/21.
- (31) Tildelingskriteriet «*Referanser og design*» legger opp til en skjønnsmessig vurdering. Leverandørene fikk imidlertid lite informasjon gjennom konkurransegrunnlaget om hva som konkret skulle evalueres under dette tildelingskriteriet. Som et utgangspunkt stilles det strengere krav til begrunnelsen, jo mer skjønnsmessig et tildelingskriterium er utformet.
- (32) I tildelingsmeddelelsen, er det angitt at det «*er i samsvar med konkurransegrunnlaget ikke gitt tillegg for overoppyfillelse av krav i kravspesifikasjonen*». Utover dette, er det kun angitt at tilbudene var «*for øvrig svært gode og vanskelige å skille på referanser og design*». Begrunnelsen gir ingen informasjon om de vurderinger innklagede har gjort i tilknytning til tildelingskriteriet «*Referanser og design*». Begrunnelsen gjør derfor ikke leverandørene i stand til, på objektivt grunnlag, å forstå hvilke forhold som har hatt betydning ved vurderingene i tilknytning til dette tildelingskriteriet. Begrunnelsen setter dermed heller ikke leverandørene i stand til å bedømme om anskaffelsen har foregått i samsvar med anskaffelsesregelverket, og om det er grunnlag for å imøtegå tildelingsbeslutningen.
- (33) Innklagede har dermed brutt begrunnelsesplikten i forskriften § 25-1 (2), og kravet til etterprøvbarehet, ved ikke å dokumentere hvordan tildelingskriteriet «*Referanser og design*» er evaluert.

Utvidet invitasjon til forhandling

- (34) Klager anfører at innklagedes utvidede invitasjon til forhandling var i strid med regelverket. Innklagede inviterte først kun to leverandører til forhandling, i strid med konkurransegrunnlaget punkt 2-6. Dette ble rettet opp ved å invitere en tredje leverandør. Klagenemnda forstår klager slik at det anføres at det var i strid med regelverket å invitere alle fem leverandørene til forhandlinger i etterkant.
- (35) I konkurransegrunnlaget punkt 2.6 fremgikk det at: *Byggherre kan selv plukke ut de mest fordelaktige tilbud, og invitere med seg disse til forhandlingsbordet, dog ikke færre enn tre (3) tilbydere ...»*
- (36) Det var ingen øvre begrensning for hvor mange leverandører innklagede kunne invitere til forhandling. Det at innklagede i etterkant inviterte alle leverandørene til forhandlinger utgjør etter nemndas syn ikke et brudd på regelverket.

Veiledningsplikt

- (37) Klager anfører at innklagede har brutt sin plikt til å veilede klager underveis i forhandlingsfasen. Klager fremholder at innklagede har gitt mer informasjon til valgte leverandør om at pris ville bli avgjørende, enn de har gjort til klager.
- (38) Likebehandlingsprinsippet i anskaffelsesloven § 4, innebærer at oppdragsgiver skal behandle leverandørene likt i forhandlingene. Oppdragsgiveren kan ikke på en diskriminerende måte gi opplysninger som kan gi noen av leverandørene en fordel fremfor andre. Regelverket pålegger derimot ikke oppdragsgiver noen alminnelig veiledningsplikt overfor leverandørene.
- (39) Alle leverandørene fikk etter det opplyste oversendt en foreløpig evaluering av tildelingskriteriene. Leverandørene fikk derfor informasjon om hvordan de lå an i forhold til hverandre. Det var tydelig at «Pris» kom til å bli avgjørende i konkurransen, da det var lite som skilte leverandørene på «Referanser og design».
- (40) Klagenemnda har ikke grunnlag for å konkludere med at innklagede har gitt mer veiledning til valgte leverandør, enn de har gjort til klager. Klagenemnda har dermed heller ikke grunnlag for å konstatere brudd på likebehandlingsprinsippet.
- (41) Klager har ikke anført at det det var i strid med regelverket å utgi de konkrete prisene før konkurransen var avsluttet.
- (42) Bruddet på kravet til begrunnelse og etterprøvbarehet er av en slik karakter at det kan ha påvirket utfallet av konkurransen, og gir følgelig grunnlag for tilbakebetaling av klagegebyret, jf. klagenemndsforordningen § 13.

Konklusjon:

Stiftelsen Lillehammer Museum har brutt kravet til begrunnelse og etterprøvbarhet.

Klagenemnda tok ikke stilling til om innklagede har brutt regelverket ved evalueringen av tildelingskriteriet «*Referanser og design*».

Stiftelsen Lillehammer museum har ikke brutt likebehandlingsprinsippet ved veiledningen under forhandlingene, eller brutt regelverket ved sin utvidede invitasjon til forhandling.

For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,

Finn Arnesen

Dokumentet er godkjent elektronisk