

**Klagenemnda
for offentlige anskaffelser**

Innklagede gjennomførte en konkurranse med forhandling. Tilbudene som kom inn, var imidlertid ikke direkte sammenlignbare med hensyn til forutsetninger i timepriser og estimat over antall timer som var nødvendig. Klagenemnda kom frem til at innklagede hadde brutt kravet til å føre reelle forhandlinger med leverandørene. Det fremgikk blant annet av protokollen at den valgte leverandøren fikk anledning til å revidere sitt tilbud, uten at det samme fremgikk i forhold til klager. Det avgjørende var likevel at innklagede skulle benyttet forhandlingene til å gjøre tilbudene sammenlignbare.

Klagenemndas avgjørelse 22. September 2003 i sak 2003/171

Klager: Byggplan Nord AS

Innklaget: Hemnes kommune

Klagenemndas medlemmer: Inger Marie Dons Jensen, Inger Roll-Matthiesen, Kai Krüger

Saken gjelder:

Plikt til å invitere til reelle forhandlinger. Forsvarlig vurdering av tildelingskriteriene.

Bakgrunn:

Hemnes kommune (heretter kalt "innklagede") arrangerte en konkurranse med forhandling om anskaffelse av byggeledertjenester ved ombygging/nybygging av Korgen og Hemnesberget sykehjem/omsorgssenter i Hemnes kommune. Konkurransen ble kunngjort i Norsk Lysningsblads elektroniske database (DOFFIN) den 25. mars 2003. Det fremgikk av kunngjøringen at:

"Byggeleder skal på vegne av tiltakshaver (kommunen v/prosjektleder) styre og kontrollere de samlede aktiviteter på byggeplassene, fra byggestart og til avslutning av reklamasjonsarbeidene. Byggeleder forventes i byggefasen i stor grad å være fysisk tilstede på arbeidsplassene".

Postadresse
Postboks 8014 Dep.
0030 Oslo

Besøksadresse
Einar Gerhardsens plass 1 (R4)
0030 Oslo

Tlf.: 22 33 70 10
Faks: 22 33 70 12

E-post: post@kofa.no
Nettside: www.kofa.no

Av konkurransegrunnlaget fremgikk det at:

" Tilbudet skal gis to delt:

Del 1 – Kontraheringsfasen (jfr. pkt. A i "Ytelsesbeskrivelse i byggeledelse"):

- *Her gis det pris time og pr. møte med møtested Korgen (Hemnes kommune). I møteprisen skal reisetid og alle bikostnader inkl. reiseutgifter være med. Timepris skal oppgis for byggeleder samt evt. sekretær.*

Del 2 – Utførelsesfasen (jfr. pkt. B-K i "Ytelsesbeskrivelse byggeledelse"):

- *Her oppgis en øvre kostnadsramme som dekker ordinære timer, reisetid og reise-/oppholdsutgifter for hele del 2, inkl. reklamasjonstiden som beskrevet i "Ytelsesbeskrivelse – byggeledelse".*
- *Her gis det (som for kontraheringsfasen) pris pr. time for h.h.v. byggeleder og sekretær.*
- *Videre oppgis reisetid og reiskostnader pr. konsulent pr. reise tur / retur Hemnes.*
- *Det oppgis også hvor mange arbeidstimer (ordinære timer) som er forutsatt i øvre kostnadsramme.*
- *Det er byggelederfirmaets ansvar at byggeleder er på byggeplass stort sett hver arbeidsdag for å utføre det som ligger innenfor byggeleder sitt mandat / ansvarsforhold.*
- *Prisstigning skal innkalkuleres i tilbudet.*

Det vil ved valg av byggeleder bli lagt vekt på følgende momenter:

- *Økonomiske vilkår*
- *Eventuelle forbehold, reservasjoner og presiseringer til tilbudsgrunnlaget*
- *Tilbyders og tilordnet personell sin kompetanse og kapasitet*
- *Firmaets og tilordnet personell sin erfaring fra tilsvarende prosjekter*
- *Tilbyders system for byggeledelse (herunder også økonomistyring og rapportering)*
- *Tilbyders system for kvalitetssikring og internkontroll*
- *Informasjon om firma og økonomisk soliditet".*

Tilbudene

Det kom inn tilbud fra fire leverandører, og innklagede forhandlet med tre av disse, deriblant Byggplan Nord AS (heretter kalt "klager"). Tilbudet fra klager oppga en timepris på kr. 600,- som inkluderte sekretærutgifter. Øvre kostnadsramme var kr. 1.350.000,- og inkluderte reisekostnader. Klager la til grunn 2000 timer for byggelederjobben. Tidsbruk for sekretær var ikke oppgitt.

Det kom også inn tilbud fra Nordland Teknisk AS (heretter kalt "det valgte tilbud"). Etter gjennomførte forhandlinger oppga det valgte tilbud kr. 550,- pr. time for byggeleder og kr. 350,- pr. time for sekretær. Reisekostnadene var inkludert i den øvre ramme på kr. 2.948.162. Det valgte tilbud la til grunn 4300 timer, hvorav 3457 var for byggelederjobben og det resterende for sekretærarbeidet.

Forhandlinger/avklaringer

Innklagede har utarbeidet og fremlagt møtereferater fra "avklaringsmøter" med den valgte leverandøren og med klager. Møtet med klager bærer preg av i hovedsak å omfatte klargjøringer av klagers tilbud. Det fremkommer i et sitat at "Rammen på 2000 timer er av BPN vurdert til å være tilstrekkelig for prosjektene".

Når det gjelder møtet med den valgte leverandøren, fremgår det derimot avslutningsvis at "Tilbudet på byggeledelse kan reduseres. NT gir tilbakemelding på eventuell revisjon av tilbudet". Innklagede mottok etter dette et revidert tilbudsskjema hvor den valgte leverandørens tilbudspris var justert. Det fremgår ikke av referatet eller dokumentene forøvrig at klager har fått oppfordring om å endre sitt tilbud.

Innstillingen

Hemnes kommune benyttet selskapet Medvita AS som prosjektkoordinator. I innstillingen til byggekomiteen i kommunen, fremgikk det at:

"Grunnlaget for evalueringen er de kriteriene som er oppgitt i kommunens tilbudsinnbydelse:

- **Økonomiske vilkår** (timepris, øvre kostnadsramme for utførelsesfasen, øvre timeramme)
- **Kompetanse** (firmakompetanse og tilordnet personell sin kompetanse)
- **Kapasitet** (firmaets generelle kapasitet, tilordnet personell sin kapasitet)
- **Andre forhold** (system for byggeledelse, system for kvalitetssikring, godkjenningsstatus)

Hvert av disse kriteriene er i evalueringen vektet 25%.

Hvert tilbud er så karaktersatt og poengberegnet slik det framgår av de vedlagte evalueringsskjemaene"

I innstillingen er det lagt til grunn at klagers tilbud hadde lavest kostnadsramme. Tilbudet hadde imidlertid også forutsatt færrest arbeidstimer og hadde høyest timepris. Av innstillingen fremgikk at:

"Det lave timetallet som tilbyder nr. 1 har lagt til grunn samlet sett for de 2 prosjektene, vurderes som (for) lavt og kan bety problemer ved en eventuell kontraktsinngåelse. Kompetanse og kapasitet for oppdraget vurderes som tilfredsstillende. Firmaet vurderes å være med i konkurransen om å få tildelt kontrakten. Etter en helhetsvurdering prioriteres tilbudet som nr. 2"

Det fremgikk også at det valgte tilbud hadde nest høyeste kostnadsramme, og nest høyest timepris og timeramme. Videre fremgikk det om det valgte tilbudet at:

"Det noe høye timetallet som tilbyder nr. 3 har lagt til grunn samlet sett for de 2 prosjektene, vurderes som positivt og kan bety at Hemnes kommune får tilstrekkelig av personellinnsats fra byggeledelsen til å få utført jobben på en tilfredsstillende måte. Det er satt av en byggeleder for hvert av de 2 prosjektene tilsvarende hel stilling på hvert sted, samt en god del bruk av assistenter/rådgivere for øvrig. Kompetansen vurderes også som god. Firmaet

vurderes å være med i konkurransen om å få tildelt kontrakten. Etter en helhetsvurdering prioriteres tilbudet som nr. 1."

I innstillingen ble så tilbudene sammenlignet:

"Vi vurderer det slik etter en helhetsvurdering at tilbudet fra Nordland Teknisk AS er det beste tilbudet samlet sett, når vi også tar hensyn til en noe høyere øvre kostnads-/timeramme i deres tilbud enn i tilbudene som blir prioritert på 2.plass (Byggplan Nord AS) og på 3. plass (Intekno AS).

Vurdert ut fra kompetanse og kapasitet for oppdraget, system for byggeledelse, m.v. framstår de 3 ovennevnte tilbud som gode og nesten sidestilt, men også her vurderer vi Nordland Teknisk AS som det beste.

Det er også naturlig å vektlegge tilgjengelighet på byggeplassen, der fast kontor og ofte tilstedeværelse vurderes som en fordel. Nordland Teknisk AS kommer også best ut her."

Byggekomiteen i Hemnes kommune besluttet etter dette at Nordland Teknisk AS skulle tildeles kontrakt.

Partenes anførsler:

Klagers anførsler:

Klager anfører at pris ikke har vært tilstrekkelig vektlagt ved valg av leverandør. Innklagede har valgt et tilbud som var ca. 120 % dyrere enn klagers tilbud. Klagers tilbud ga uttrykk for en riktig pris, ettersom byggeledelse normalt utgjør ca 2 % av entreprisekostnadene.

Det er bedt om timepriser i kontraheringsfasen og en øvre kostnadsramme i utførelsesfasen. En slik øvre kostnadsramme er i realiteten en fast pris, og det vil være klagers risiko dersom timeantallet overstiger de 2000 timer som er angitt i tilbudet. Det er ikke bedt om et øvre timetall, og dette er ikke noe kriterium for valg av leverandør.

Det er ikke korrekt, som innklagede legger til grunn, at den øvre kostnadsrammen vil øke dersom klager bruker mer enn de stipulerte 2000 timer. Klager vil, som påpekt under forhandlingene, bruke den tid som er nødvendig for å gjennomføre byggeledelsen tilfredsstillende, og den øvre kostnadsramme vil uansett stå ved lag.

Innklagede har ikke tatt hensyn til at sekretærarbeidet er inkludert i klagers timepris for byggeleder. Dersom dette var blitt splittet, ville klagers timepris ligget på samme nivå som de øvrige tilbydernes timepris.

Innklagedes anførsler:

Innklagede bestrider at regelverket er brutt. Kommunen kunngjorde at oppdraget skulle tildeles leverandøren med det økonomisk mest fordelaktige tilbud. Det var således adgang til å velge andre leverandører enn den med lavest pris. To andre vesentlige forhold har også betydning for byggelederytelsen/prisen. For det første var det viktig å opprettholde driften i begge bygg i store deler av perioden. For det annet anses prosjektet i Korgen som mer krevende å være byggeleder for enn et vanlig nybygg/sykehjem. Det er således ikke mulig å legge til grunn 2 % av entreprisekostnadene som en "riktig" pris for byggeledelse i foreliggende sak. Det er derfor riktig å akseptere en byggelederkostnad høyere enn det klager

hevder er normalt nivå for byggeledelse. Dessuten var klagers tilbud på bare 1,2 % av entreprisekostnadene.

Klager har avsatt et for lavt timeantall i forhold til de krav som er oppgitt i tilbudsmaterialet. Konkurranses grunnlaget ba om et øvre timeantall og en øvre kostnadsramme for gjennomføringen av oppdraget. Det anses ikke riktig og/eller hensiktsmessig å velge klager, som har et stipulert timeantall og hvor det forutsettes en endelig avklaring av den øvre kostnadsramme etter hvert. Dette vil også være i strid med prinsippet om likebehandling av leverandørene. Dette er dessuten en kontrakt i henhold til NS 8402 Alminnelige kontraktsbestemmelser for rådgivningsoppdrag, hvor honoreringen skjer i henhold til medgått tid, som skal dokumenteres med timelister, med tilbudt øvre time-/ kostnadsramme som "tak".

Klager har dessuten høyest timepris for byggeleder (kr 600 pr. time; de øvrige har kr. 530,- /550,- pr. time). De innhentede referanser er i hovedtrekk gode, men de gjelder ikke oppdrag av samme kategori eller omfang som de to prosjektene som skal gjennomføres i Hemnes kommune.

Klagenemndas vurdering

Klager har deltatt i konkurransen og har således saklig klageinteresse, jf. forskrift 15.11.2002 om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Anskaffelsens anslåtte verdi fremgår ikke av de fremlagte dokumenter. Basert på de fremlagte tilbud, legger imidlertid klagenemnda til grunn at anskaffelsen skal gjennomføres i henhold til forskrift 15.6.2001 om offentlige anskaffelser ("forskriften") del II, jf. forskriften §§ 2-2 og 2-3.

Vilkårene for konkurranse med forhandling etter forutgående kunngjøring fremgår av forskriften § 4-2. De fremlagte opplysninger indikerer etter klagenemndas vurdering at vilkårene for å benytte konkurranse med forhandling ikke har vært tilstede i den foreliggende sak, jf. hovedregelen i forskriftens § 4-1 (1) om at tildeling av kontrakt skal skje ved anbudskonkurranse, sammenholdt med de snevre unntak fra hovedregelen i forskriftens §§ 4-2 og 4-3. Dette spørsmålet er imidlertid ikke berørt av partene, og klagenemnda vil derfor ikke gå nærmere inn i denne problemstillingen.

Krav til reelle forhandlinger

Klagenemnda finner at det er rimelig tvil om hvordan tilbudene skal forstås med hensyn til øvre kostnadsramme, timepris og timebruk. Dette skyldes hovedsaklig innklagede, som gjennom sin utforming av tilbudsskjemaet og konkurransegrunnlaget, herunder de oppstilte kontraktsvilkår, har skapt tvil om dette var en fastpriskontrakt med absolutt øvre kostnadsramme eller en kontrakt basert på honorering for medgått tid. Det oppsto også tvil som følge av at klagers tilbud inkluderte pris for sekretær i sin timepris.

Det synes dessuten å være et faktum at leverandørene som har deltatt i konkurransen, har hatt svært forskjellig oppfatning av prosjektenes og kontraktenes omfang. Klagenemnda vil anta at dette i hovedsak skyldes mangler i konkurransegrunnlagets beskrivelse av arbeidene.

Det avgjørende for klagenemnda er at tilbudene, slik de fremstår, ikke uten videre kan sammenlignes, slik at det kan medføre tvil om hvordan klagers tilbud skal bedømmes i forhold til det valgte tilbud.

Siden det her var invitert til en konkurranse med forhandling, må det "forhandles med alle leverandører som har levert inn gyldig tilbud, forutsatt at de har reell mulighet for å få tildelt

kontrakten”, jf forskriften § 9-3 (3). Forskriftens forhandlingsregel innebærer en plikt for innklagede til å invitere både klager og den konkurrerende leverandør til *reelle* forhandlinger. Dette gjelder særlig når det foreligger tvil om hvordan tilbudene skal forstås, slik tilfellet er i vår sak. Da må oppdragsgiver sørge for å avklare innbyrdes uoverensstemmelser for å gjøre leverandørenes ytelser og priser sammenlignbare. Deretter må oppdragsgiver legge forholdene til rette for at de aktuelle leverandører kan revurdere sine tilbud både på pris og annet, jf. § 9-3 (4) som fastslår at det er

“...adgang til å forhandle om endringer eller suppleringer av alle sider ved tilbudene, så som forretningsmessige vilkår, pris og tekniske spesifikasjoner.

Bare gjennom reelle forhandlinger hvor tilbyderne innbyrdes gis like muligheter til å komme med reviderte tilbud, basert på oppdragsgivers klargjøringer av konkurransegrunnlaget, kan det grunnleggende kravet til likebehandling, jf. lov om offentlige anskaffelser § 5 og forskriften § 3-1, ivaretas. For å sikre etterprøvbarehet ved forhandlet konkurranse bør det sørges for at det føres protokoll med skriftlig møtereferat fra møtene med leverandørene. Det er gjort i dette tilfellet, men referatene etterlater tvil både om rammebetingelsene for forhandlingene ble tilstrekkelig klargjort, og om de to konkurrerende leverandører ble behandlet likt. Det står f.eks. i referatet med den valgte leverandøren at denne får frist for eventuell revisjon av tilbudet uten at tilsvarende mulighet synes å ha blitt gitt klager.

Etter klagenemndas oppfatning fremgår det ikke av fremlagte dokumenter at det er ført reelle forhandlinger med klager. Det vises her særlig til referatene fra avklaringsmøtene. Den alvorligste innvending ligger i at innklagede ikke har benyttet forhandlinger til å gjøre tilbudene sammenlignbare. Innklagede skulle ha sørget for at tilbudene bygget på like forutsetninger, både med hensyn til forståelse av oppdragsomfang, timebruk og timepriser, slik at sammenligningen av tilbudene kunne bli saklig og forsvarlig. Ved at dette ikke ble gjort, finner klagenemnda at innklagede har brutt forskriften § 9-3 (3) og kravet til likebehandling jf. loven § 5 og forskriften § 3-1.

Bruk av tildelingskriterier

Det fremgår av drøftelsen ovenfor at det etter klagenemndas vurdering var tvil om hvordan tilbudene skulle forstås. Det grunnlag som innklagede baserte sine vurderinger på, er derfor mangelfullt. Klagenemnda finner etter dette ikke grunn til å gå inn på innklagedes skjønnsutøvelse knyttet til vektlegging av timepriser, kostnadsrammer, timeantall osv.

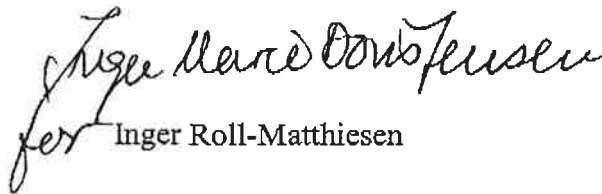
Det fremgår at innklagede i sin vurdering av leverandørenes tilbud la vekt på ”tilgjengelighet på byggeplassen.” At dette skulle vektlegges som tema i en vurdering av hva som er økonomisk mest fordelaktig, fremgår verken av kunngjøringen eller av konkurransegrunnlaget. Det følger av forskriften § 10-2 (2) at oppdragsgiver skal angi alle tildelingskriteriene som vil bli lagt til grunn ved valg av det økonomisk mest fordelaktige tilbudet, enten i kunngjøringen eller i konkurransegrunnlaget, jf. forskriftens § 10-2. Alle kriterier skal evalueres, og det kan ikke legges vekt på andre kriterier enn de som er angitt. Innklagedes skjønn er således basert på et utenforliggende forhold. Dette innebærer et brudd på forskriften § 10-2 (2).

Konklusjon:

Klagenemnda finner at Hemnes kommune ved anskaffelse av byggeledertjenester ved ombygging/nybygging av Korgen og Hemnesberget sykehjem/omsorgssenter har brutt forskrift om offentlige anskaffelser § 9-3 (3) og kravet til likebehandling jf. lov om offentlige anskaffelser § 5 og forskrift om offentlige anskaffelser § 3-1 ved ikke å gjennomføre forhandlinger som har resultert i sammenlignbare tilbud, og ved ikke å ha gitt de konkurrerende leverandører samme mulighet til å justere sine tilbud under slike forhandlinger.

Klagenemnda finner at Hemnes kommune har overtrådt forskrift om offentlige anskaffelser § 10-2 ved å legge vekt på tilgjengelighet på byggeplassen, uten at dette var angitt som tildelingskriterium.

For klagenemnda,


Inger Roll-Matthiesen

22.9.2003