



2003 / 183-10

**Klagenemnda
for offentlige anskaffelser**

Innklagede valgte tilbud i en konkurranse om byggeledertjenester, men gjorde deretter om beslutningen. Klagenemnda la til grunn at det må foreligge feil eller mangler ved beslutningen om valg av tilbud som kan ha påvirket resultatet, før denne kan omgjøres. Det var ikke tilfelle i den foreliggende saken, og omgjøringen var derfor i strid med forskriftens § 10-3 (3).

Klagenemndas avgjørelse av 17.10.2003 i sak 2003/183

Klager: Interconsult ASA

og

Reinertsen Engineering AS

Innklagede: Ullevål Universitetssykehus HF

Klagenemndas medlemmer: Per Christiansen, Inger Marie Dons Jensen, Andreas Wahl

Saken gjelder: Omgjøring av beslutning om tildeling av kontrakt, forskriften § 10-2 og 10-3 (3)

Bakgrunn:

Ullevål Universitetssykehus HF (heretter kalt "innklagede") kunngjorde 4.2.2003 anskaffelse av byggeledertjenester som en åpen anbudskonkurranse. I konkurransegrunnlaget ble det opplyst at leverandørenes tekniske kvalifikasjoner, herunder faglig kompetanse, effektivitet, erfaring og pålitelighet, ville bli vurdert, og at det ville bli lagt vekt på leverandørens finansielle og økonomiske stilling. Det ble bedt om dokumentasjon på kvalifikasjonene.

Videre ble det opplyst at kontrakt ville bli tildelt på grunnlag av det økonomisk mest fordelaktige tilbud. Tildelingskriteriene i ikke-prioritert rekkefølge var "Pris", "Forbehold", "Gjennomføringsplan med tilhørende bemanningsplan/ressursplan" og "Referanser og kvalitetssystem".

"Pris" skulle angis i "Utfylt prisskjema". Forbehold måtte framgå klart i eget følgeskriv til tilbudsbrevet. Det var tale om en fastpriskontrakt. Det skulle også oppgis pris i reklamasjonsperiode og priser for fem ressurskategorier. Regningsarbeid skulle avregnes etter avtalte satser og skriftlig spesifiserte oppgaver.

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

Tilbudene:

Innklagede mottok åtte tilbud, herunder fra Reinertsen Engineering AS og Interconsult ASA (heretter kalt "klager"), som valgte å levere inn et felles tilbud. I klagers tilbud var samlet honorar kr 7.884.500 eks. mva. Det ble også oppgitt timepriser for fem ulike kategorier av arbeidskraft. Honorar for reklamasjonsperioden var kr 1.026.000. I den vedlagte gjennomføringsplanen ble det lagt til grunn til sammen 14.506 timer.

Innklagede mottok også et tilbud fra OPAK. Samlet honorar var kr 6.980.000 eks. mva. Honorar i reklamasjonsperioden var satt til kr. 200.000. Det ble angitt timepriser for fire kategorier arbeid. I gjennomføringsplan ble det angitt 12.560 timer.

Innklagedes opprinnelige evaluering

Innklagede engasjerte en innleid prosjektleder til å evaluere tilbudene. Prosjektlederen informerte leverandørene i brev 19.5.2003 om at klager ville bli tildelt kontrakt. Som begrunnelse ble oppgitt:

- " - *Har dokumentert erfaring og referanser fra tilsvarende oppdrag. Tilbudte personell for alle byggelederfunksjonene innehar den rette kompetanse på område.*
- *Gjennomføringsplan med tilhørende bemanningsplan/ressursplan indikerer at tilstrekkelige ressurser er stilt til rådighet for oppdraget slik at beskrevet ytelse blir ivarettatt på en tilfredsstillende måte.*
- *En pris som er konkurransedyktig og timepriser som er bransjenormale.*
- *Ingen forbehold av betydning."*

Valg av tilbud ble påklaget av OPAK. I brevet til innklagede argumenterte OPAK med at oppdraget var en fastpriskontrakt, og at OPAKs tilbud var ca. 12 % lavere enn klagers. Videre ble det gjort gjeldende at OPAK ikke hadde noen forbehold, at det var satt av "nødvendige og kvalifiserte ressurser", og at det var dokumentert "mer enn gode nok referanser".

I brev 19.6.03 ble klager informert om at beslutningen om tildeling av kontrakt var annullert, fordi beslutningen ikke var i samsvar med anskaffelsesforskriften § 10-2.

Nærmere begrunnelse for annullasjonen ble gitt i brev til klager 3.9.2003. Her ble det opplyst at prosjektlederen ved sin evaluering hadde gjort en feil ved å legge avgjørende vekt på at klager la fram "en bedre gjennomføringsplan/bemanningsplan/ressursplan" enn OPAK. Etter innklagedes mening var det ikke anledning til å tillegge dette kriteriet samme vekt som pris, fordi kriteriet også var oppgitt som et kvalifikasjonskrav.

Videre mente innklagede at det var begått feil ved evalueringen av kriteriet "pris". OPAK skulle ikke ha fått et tillegg for å ha oppgitt lavere timeantall enn klager. Ved fastprisoppdrag som her, har leverandørene risikoen for at ytelsesspesifikasjonen blir oppfylt med det timeantallet som er angitt.

Ny evaluering

Innklagede nedsatte en ny evalueringsgruppe som innstilte på at OPAK skulle tildeles kontrakten. Gruppen var ikke kjent med den første evalueringen. Den visste at det var gjennomført avklaringsmøter, men ba ikke om referat eller informasjon om disse. Gruppen anså det heller ikke nødvendig å avholde nye avklaringsmøter.

Ved den nye evalueringen ble det konkludert med at OPAKs tilbud var det økonomisk mest fordelaktige, og innstilt på at dette tilbudet skulle velges.

Partenes anførsler

Klagers anførsler

1. Omgjøring av beslutning om å tildele klager kontrakten

Innklagedes første evaluering var verken usaklig eller urimelig, og beslutningen om tildeling av kontrakten til klager var ikke i strid med forskriftens § 10-2. Det er ikke opp til innklagedes frie skjønn om beslutningen skal omgjøres etter anskaffelsesforskriften § 10-3 (3).

Selv om tildelingskriteriet "gjennomføringsplan med tilhørende bemanning/ressursplan" også var oppgitt som kvalifikasjonskriterium, er det ikke noe til hinder for at dette kriteriet vektlegges like mye som pris ved evaluering av tilbudene. Siden det ikke var angitt noen vekt på kriteriene på forhånd, skulle disse vært vektlagt like mye.

Det er heller ingen feil å legge vekt på planlagt timeforbruk ved evaluering av pris. En ytelsesspesifikasjon kan oppfylles på en god eller dårlig måte, avhengig av hvilke ressurser som benyttes. Vurderingen avspeiler derfor at innklagede ville få mer igjen for pengene ved å velge klagers tilbud. Lavt anslått timeantall medfører dessuten risiko for diskusjoner om tilleggsbetaling.

Selv om det ikke fremgår av evalueringen, er prisen i garantiperioden trolig vektlagt, uten at den har fått noen avgjørende betydning.

2. Den nye evalueringen

De retningslinjene for evalueringen og prinsippene for vektingen av kriteriene som den nye evalueringsgruppen utarbeidet, innebærer i realiteten en endring av konkurransegrunnlaget. Innklagende skulle derfor ha avlyst konkurransen og invitert til ny anbudskonkurranse.

Uansett skulle den nye evalueringen også vært foretatt av innklagedes prosjektleder som kjente prosjektet og kunne tatt hensyn til de mangler som innklagede påberopte seg ved den første evalueringen.

Tilbudene kommer ganske jevnt ut ved den nye evalueringen selv om OPAK skårer best på "pris". Dette kriteriet er tillagt dobbelt så stor vekt som de øvrige kriteriene til tross for at evalueringsgruppen selv uttaler at kompetanse til byggeledelse og anvendt tid må tillegges stor vekt. Resultatet er således vilkårlig.

Utvalget har i sin poenggivning lagt til grunn at klager skårer best på kriteriet "kompetanse", både samlet og for hovedbyggeleder alene. Likevel brukes hovedbyggeleders kompetanse i den endelige totalvurderingen *mot* klager. Det hevdes her at klagers hovedbyggeleder har svært lite praktisk erfaring fra byggeplass de siste ti årene. Dette er en faktisk feil, og bruken av argumentet er uriktig og vilkårlig.

OPAKs tilbudte hovedbyggeleder har ikke noen vesentlig annen erfaring de siste 10 årene enn klagers, slik at det også foreligger usaklig forskjellsbehandling.

Klager har ikke tatt forbehold. Dette ble avklart i møte med prosjektleder hvor det ble konkludert med at det ikke var tale om forbehold, men om presisering av elementære og selvfølgelige forutsetninger i tilbudsgrunnlaget. Prosjektlederen konkluderte med at de aktuelle presiseringene ikke hadde noen prismessige eller andre konsekvenser ved tilbudsevalueringen. Den nye evalueringen bygger på feil faktisk grunnlag når det konkluderes med at forbeholdene innebærer en risiko i prosjektet.

Innklagedes anførsler

1. Omgjøring av beslutning om å tildele klager kontrakten

Det foreligger flere saksbehandlingsfeil ved den første evalueringen. Oppdragsgiver valgte derfor å omgjøre beslutningen om å tildele kontrakt etter anskaffelsesforskriften § 10-3 (3).

Omgjøringen kan bare overprøves dersom den er tilfeldig eller ubegrunnet. Omgjøringen er forsvarlig og begrunnet i tre forhold:

Det var feil av prosjektleder å gi OPAK et tillegg ved evalueringen av pris for differansen i oppgitt timeantall i forhold til forventet ressursbruk. OPAK var forpliktet til å utføre de beskrevne tjenestene og bar således risikoen for eget timeforbruk. Oppgitt timebruk sier noe om forventet ressursbruk, og skal vurderes i forhold til dette kriteriet, ikke i forhold til pris.

Det var feil av prosjektleder ikke å legge vekt på tilbudte priser i garantiperioden ved evalueringen av kriteriet "pris". En mulig risiko for en differanse på kr 800.000 skal hensyntas ved prissammenligningen.

Kriteriet "gjennomføringsplan med tilhørende bemanning/ressursplan" ble tillagt avgjørende vekt av prosjektleder ved valg av tilbud. Det var imidlertid ikke lovlig adgang til å legge avgjørende vekt på dette kriteriet når dette både var et kvalifikasjonskrav og et tildelingskriterium. EF-domstolens praksis viser at egnethetskriterier kan anvendes i tildelingsomgangen, men da først og fremst som supplerende, sekundære tildelingskriterier. Dette innebærer at kriteriet først tas med i beregningen når avstanden mellom tilbudene er liten.

2. Den nye evalueringen

Presiseringen av tildelingskriteriene var ingen endring av konkurransegrunnlaget. Retningslinjene bygde på en naturlig allmenn forståelse av konkurransegrunnlaget og skulle sikre innklagede mot tilfeldige vurderinger og avgjørelser. Det forelå ingen adgang til å avlyse konkurransen, da det ikke var feil ved konkurransegrunnlaget.

Begrunnelsen for å oppnevne et nytt evalueringsutvalg var å sikre en forsvarlig saksbehandling i klageprosessen, herunder objektivitet og uavhengighet. Dette var ikke i strid med regelverket.

Retningslinjene forelå ikke ved utsendelse av konkurransegrunnlaget, og det var ikke mulig for innklagede å opplyse leverandørene om disse på forhånd. Prinsippene for vektningen forelå heller ikke før i ettertid. Det var således ingen plikt til å oppgi kriteriene i prioritert rekkefølge. Den nye evalueringen viser at det ble lagt 60 % vekt på kriteriet "gjennomføringsplan med tilhørende bemanning/ressursplan", og 40 % vekt på pris.

Det bestrides å være begått feil ved vektleggingen av pris og kompetanse/ressurser.

Den beregnede poengmessige forskjellen på tilbudene var liten. Formålet med totalvurderingen var å få frem de relative fordelene på tilbudene. Det ble da fremhevet at klagers tilbudte hovedbyggeleder ikke hadde praktisk erfaring fra byggeplass siste 10 år. Dette er en relativ svakhet, sammenlignet med tilbudet fra OPAK. Denne forskjellen fremkommer også av de konkrete evalueringene av tilbudene. Klagers tilbudte byggeleder fikk karakteren 3 på erfaring, mens OPAKS byggeleder fikk 4.

Det er ikke dokumentert at klagers hovedbyggeleder har relevant byggeplasserfaring fra de siste 10 år. Dette er det saklig å vektlegge, blant annet med tanke på den utvikling som har vært innenfor byggeplassforvaltningen i denne perioden. Dette er et faglig skjønn som klagenemnda ikke kan overprøve.

Det er ikke tatt hensyn til forbeholdene under kriteriet "pris". Dette er imidlertid fremhevet i totalvurderingen, siden forbeholdene er en relativ ulempe og representerer en viss risiko. "Forbehold" er tilkjennegitt som et eget kriterium i konkurransegrunnlaget, og skal således vurderes ved evalueringen av tilbudene. Forbehold kan få betydning selv om de ikke kan prissettes. Klager var således klar over at forbeholdene kunne bli tillagt vekt.

Klagenemndas vurdering

Klager har deltatt i konkurransen og har saklig klageinteresse, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Anskaffelsen er en prioritert tjeneste, jf. forskrift om offentlige anskaffelser § 2-4, og overstiger terskelverdiene i forskriftens § 2-2. Anskaffelsen følger derfor reglene i forskriftens del II.

1. Adgangen til å omgjøre beslutningen om å tildele klager kontrakten

Forskriftens § 10-3 (3) lyder:

"Dersom oppdragsgiver etter at meddelelsen er gitt finner at beslutningen om å tildele kontrakten ikke er i samsvar med § 10-2, kan beslutningen annulleres frem til kontrakt er inngått"

"Med kontrakt er inngått" menes tidspunkt for undertegning av kontrakt av begge parter, jf. forskriftens § 10-3 (1).

Bestemmelsen gir dels et vern for leverandørene, som kan påklage og få omgjort uriktige beslutninger om valg av tilbud før det foreligger bindende kontrakt. Dels gir den et vern for oppdragsgiver, som eventuelt kan rette opp feil, uten at dette medfører erstatningsansvar.

Bestemmelsen gir ikke oppdragsgiver en fri adgang til å omgjøre en beslutning om valg av tilbud. Utgangspunktet må være at det foreligger en feil eller mangel ved beslutningen som kan ha påvirket valget av tilbud. Beslutningen må være i strid med forskriften § 10-2.

I dette tilfellet er omgjøringen begrunnet i tre forhold:

For det første er det anført som en feil at prosjektleder ved evalueringen la avgjørende vekt på kriteriet "Gjennomføringsplan med tilhørende bemanningsplan/ressursplan" som også var et kvalifikasjonskriterium. Klagenemnda er ikke enig i at dette var i strid med regelverket. Tildelingskriteriene var angitt i ikke-prioritert rekkefølge. Oppdragsgiver har da et skjønn ved avveiningen av kriteriene ved valg av tilbud. Basert på de fremlagte opplysninger, finner ikke klagenemnda at prosjektleders skjønn var mangelfullt.

For det andre er det anført som en feil at prosjektleder tok hensyn til forskjeller i foreslått ressursbruk ved sammenligning av tilbudenes priser. Klagenemnda er enig med innklagede i at det ville vært galt å trekke inn timene under prisvurderingen. Det er tale om en fastpriskontrakt hvor leverandørene har risikoen for egen ressursbruk. Det fremgår imidlertid av prosjektleders redegjørelse at timene ikke ble tillagt vekt under prisvurderingen, men under vurderingen av ressursbruk. Basert på den fremlagte dokumentasjon finner ikke klagenemnda at det heftet feil ved prosjektleders vurdering av pris.

Innklagede har i ettertid anført at prosjektleder skal ha sett bort fra pris i reklamasjonstiden. Klager mener at dette kan ha blitt vektlagt. Av prosjektleders redegjørelse fremgår det at "pris i reklamasjonstiden" er hensyntatt. Ut fra de fremlagte dokumenter finner derfor klagenemnda at det heller ikke heftet feil ved denne del av den opprinnelige evalueringen av tilbudene.

Slik saken er opplyst, er det ikke sannsynliggjort at det ble gjort feil ved den første evalueringen som kan gi grunnlag for omgjøring. Innklagede hadde da heller ikke grunnlag for å velge et nytt tilbud som det økonomisk mest fordelaktige.

2. Den nye beslutningen om valg av tilbud

Under henvisning til drøftelsen av omgjøringsadgangen under pkt 1, er det ikke nødvendig for klagenemnda å kommentere den nye evalueringen.

Konklusjon:

Ut fra de opplysningene som foreligger, er det ikke sannsynliggjort at det ble gjort feil ved den første evalueringen som kan gi grunnlag for omgjøring av beslutningen om å tildele kontrakten til klager. Omgjøringen var således i strid med forskriftens § 10-3 (3).



For klagenemnda,

Inger Marie Dons Jensen

17.10.2003