



**Klagenemnda
for offentlige anskaffelser**

Innklagede benyttet et arkitektfirma til å utarbeide spesifikasjonene i konkurransegrunnlaget, samt til å bistå innklagede ved evalueringen av tilbudene. Det var anledning til å levere inn alternativt tilbud. Konkurransgrunnlaget bestemte at innklagedes rådgivere kunne benyttes av totalentreprenøren til den videre prosjektering, hvis partene ble enige om dette. Klagenemnda kom under tvil til at arkitektfirmaet ikke var inhabile til å bistå oppdragsgiver under evalueringen.

Klagenemndas avgjørelse 09.02.2004 i sak 2003/272

Klager: Lønnheim Entreprenør AS

Innklaget: Asker kommune

Klagenemndas medlemmer: Morten Goller, Bjørg Ven, Per Christiansen

Saken gjelder:

Tildelingskriterier. Inhabilitet. Retting av tilbud. Innkjøpsfaglig skjønn.

Sakens bakgrunn:

Asker kommune (heretter "innklagede") kunngjorde 03.06.2003 en åpen anbudskonkurranse for totalentreprise vedrørende oppføring av idrettshall på Risenga i Asker. Kontraktens verdi ble anslått å ligge under terskelverdien. Konkurransgrunnlaget inneholdt spesifikasjoner for idrettshallen som var utarbeidet av Østgaard Arkitekter AS. Det var også anledning til å levere inn alternativt tilbud. Tildeling skulle skje til det økonomisk mest fordelaktige tilbudet. Kriteriene var følgende, i ikke prioritert rekkefølge:

”

- *Pris og driftsøkonomi*
- *Funksjonalitet for brukere*
- *Estetisk kvalitet*
- *Kvalitet i tekniske løsninger og gjennomføring*
- *Konsekvenser og ulemper for naboer og samfunnet for øvrig i byggeperioden og varig*
- *Forbehold*”

I konkurransegrunnlaget sto det bl a:

”0.05 HVA SKAL LEVERES?

...

Prosjektpresentasjon:

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

Det gis anledning til å gi pris på selvutviklet prosjekt som alternativ til prosjekt beskrevet i tilbudsunderlaget. Prosjektet skal tilfredsstille tiltakshavers program og Kirke og Kulturdepartementet (KKD) v/Idrettsavdelingen's krav til spillemidler.

...

0.06.2 Spesielle kontraktsbestemmelser for totalentreprise

...

1. Entrepriseform

Arbeidet gjennomføres som totalentreprise.

Byggherrens rådgivere ved utarbeidelse av tilbudsgrunnlaget kan benyttes av totalentreprenøren til den videre prosjektering, hvis partene er enige om dette."

Saksbehandling:

Det innkam tilbud fra 3 entreprenører. Ett av disse ble avvist, slik at to leverandører deltok i konkurransen, Lønnheim Entreprenør AS (heretter "klager") og NCC. Begge leverte alternative tilbud i tillegg til tilbud etter kommunens beskrivelse.

Til evalueringen av tilbudene hadde innklagede satt opp en prosjektgruppe som var bemannet med bl a teknisk/økonomisk, arkitektfaglig, bygningsdriftsfaglig og idrettsfaglig kompetanse fra kommunen selv samt rådgivere, herunder Østgaard Arkitekter AS.

Østgaard Arkitekter AS skrev et notat 21.08.2003, der de i forhold til klagers alternative tilbud skrev:

"Lønneims eget prosjekt ("alt. 3") er nesten 3,2 millioner rimeligere enn NCC's alternativ II. Dette forklares med redusert areal og kvalitet i forhold til beskrevet produkt. Sammenstillingen viser for Lønnheim kr. 9.495 pr. m2, mot 8.916 for NCC alt. II.

Spesifisert prosjekt i anbudsmaterialet tilfredstiller både forskriftene og brukernes krav, mens Lønneims "alt. 3" ikke uten videre tilfredsstiller noen av delene."

Deretter ble klagers tilbud kommentert i forhold til hvert enkelt tildelingskriterium, hovedsakelig som en sammenlikning med spesifikasjonene som fulgte arkitektkontorets eget alternativ fra konkurransegrunnlaget.

Samme dato ble det skrevet to notater der ventilasjon og elektriske installasjoner ble evaluert for de forskjellige tilbudene.

Den 26.08.2003 skrev prosjektleder et notat om vurderingen av tilbudene, som lød slik:

"1. Prosjektgruppens konklusjon og anbefaling

Prosjektgruppen har etter en samlet vurdering kommet frem til at anbudet fra NCC er det beste. Begge anbydere har gitt tilbud som fullt ut tilfredsstiller de krav og kriterier som er angitt i konkurransegrunnlaget og er relativt likeverdige på alle med unntak av pris. Det blir derfor utslagsgivende med anbudenes priser. NCC har lavest pris både med og uten miljørom inkludert.

Driftsøkonomi i tilbudene vurderes som likeverdige.

Begge anbydere har i tillegg tilbudt alternative prosjekter som avviker fra anbudsgrunnlaget. NCC sitt betinger at de også får bygge bade/svømmeanlegget. Det er en uakseptabel forutsetning. Lønnheim sitt har en knapp og uakseptabel løsning for internorganisering for å spare areal. Begge alternative tilbud forkastes.

Driftsøkonomi i tilbudene vurderes som likeverdige.

Alle tilbudene er gjennomgått av Arkitekt og rådgivende konsulenter på alle felt. I tillegg er de gjennomgått av faggrupper internt i kommunen. De er grundig vurdert i forhold til alle kriterier i anbudskonkurransen.

Begge anbydere har besvart tilfredsstillende på alle punkter. Utsendt beskrivelse er konkret på design, plassering, materialevalg og krav til tekniske løsninger. Tilbudene forholder seg til dette fullt ut med unntak av angitte luftmengder i ventilasjonsanlegget. Det er det korrigert for prismessig.”

Tilbudet fra NCC ble valgt av prosjektgruppen, og formannskapet vedtok at det skulle innledes kontraktsforhandlinger med NCC, under forutsetning av at kommunestyret vedtok de økonomiske rammene. Kommunestyret ga 28.10.2003 formannskapet myndighet til å godkjenne tilbudene.

Den 04.11.2003 ble det sendt ut brev til alle leverandørene. Som begrunnelse for valg av leverandør skrev innklagede bl a :

*”...Asker kommune har etter en samlet vurdering kommet frem til at anbudet fra NCC er det beste. Begge anbydere har gitt anbud som fullt ut tilfredstiller de krav og kriteriet som er angitt i konkurransegrunnlaget og er relativt likeverdige på alle med unntak av pris. Det blir derfor utslagsgivende med anbudenes priser. NCC har lavest pris både med og uten miljørom inkludert. Begge anbydere har i tillegg tilbudt alternative prosjekter som avviker fra anbudsgrunnlaget. NCC sitt betinger at de også får bygge bade-/svømmeanlegget. Det er en uakseptabel forutsetning. Lønnheim sitt har en knapp og uakseptabel løsning for internorganisering for å spare areal. Begge alternative anbud forkastes.
...”*

Innklagede ga 11.11.2003 klager ytterligere begrunnelse for valget i form av kopier av notatene av 21.08.2003 og 26.08.2003.

Partenes anførsler:

Klagers anførsler:

Innklagede har brutt forskrift om offentlige anskaffelser §§ 3-4 og 3-6.

Klager hevder å være den eneste som gjennom sitt alternative tilbud oppfylte kommunens politiske vedtak om et nøkternt prosjekt innen en økonomisk ramme på kr. 40 millioner, og at de andre tilbudene derfor skulle vært avvist.

Innklagede har ikke klargjort hvorvidt klagers alternative tilbud ble forkastet på formelt grunnlag, eller om tilbudet ble godkjent og underlagt en evaluering opp mot tildelingskriteriene.

Østgaard Arkitekter AS var inhabile til å evaluere det alternative tilbudet, idet de hadde utarbeidet den løsningen som var beskrevet i konkurransegrunnlaget, og som var den løsningen som prosjektgruppen anbefalte. Det ligger åpenbare motiver av prestisjemessig karakter når arkitekten skal evaluere et alternativt forslag til sitt eget forslag på løsning av kommunens program for ny idrettshall. Det faktum at konkurransegrunnlaget åpner adgang for arkitekten og øvrige konsulenter til å bli engasjert av den som vinner konkurransen, etablerer også et økonomisk motiv som sterkt vil redusere hans objektivitet og dermed gjøre ham inhabil i evalueringen. Som deltaker i evalueringsgruppen vil leverandøren ha større mulighet for ytterligere oppdrag ved å anbefale det alternativet de selv har utarbeidet.

Det er ikke dokumentert en fyllestgjørende evaluering av tildelingskriteriene opp mot prisdifferansen på kr 3,2 millioner. Det er ikke fremlagt og dokumentert vurderinger og konklusjoner på de forutsatte kriterier ut over arkitektens subjektive kommentarer av klagers alternative løsning sett opp mot arkitektens eget løsningskonsept, slik at hans egen løsning fremstår som en slags fasit i evalueringen. Det er uriktig å regne et redusert totalareal som en negativ faktor så lenge romprogrammets bruksarealer tilfredsstiller konkurranseforutsetningene og den funksjonalitet den er tiltenkt. Klagers alternativ inneholder en rekke funksjonsforbedringer i forhold til arkitektens løsningskonsept, uten at disse er imøtegått i evalueringen.

Det eneste vesentlige forhold som er fremhevet i innklagedes evaluering er blanding av forskjellig type trafikk og adkomst gjennom nærmiljørommet til publikumsgalleri. Funksjonsforbedringene som klager har foreslått i brev av 26.10.03 ble ikke vurdert. Arkitekten skulle ha påpekt at den manglende separate adkomsten til det ene publikumsgalleriet lot seg løse ved egen gallerigang fra øvre vestibyle mot publikumsgalleriet. Kostnadene for dette er beskjedne og kalkulerbare og står ikke i forhold til prisforskjellen til det valgte tilbudet. Dette kan enkelt løses under detaljprosjektering og har ingenting med endring av tilbud før valg og kontrahering å gjøre. Innklagede har ikke valgt det økonomisk mest fordelaktige tilbudet basert på de forutsatte tildelingskriteriene.

Innklagedes anførsler:

Innklagede bestrider å ha brutt forskrift om offentlige anskaffelser.

Konkurransegrunnlaget viser ikke til en økonomisk ramme på 40 mill. kroner, dette var kun et politisk anslått budsjett, som senere er endret gjennom ny behandling av kommunestyret.

Det alternative tilbudet fra klager ble ikke avvist av formelle grunner. Det var med i konkurransen, men ble forkastet.

Forskriften § 3-6 gjelder bruk av rådgivere forut for en anbudskonkurranse dersom rådgiverne skal delta i konkurransen for oppdraget. Ingen av de benyttede rådgiverne deltok i konkurransen.

Det antas at klager ved å vise til forskriften § 3-4 sikter til forvaltningsloven § 6 annet ledd jf § 10 om at det etter en helhetsvurdering skal fastslås om det foreligger særegne forhold som er egnet til å svekke tilliten til vedkommendes upartiskhet i saken. Det foreligger ikke

særegne forhold som er egnet til å svekke tilliten til Østgaard Arkitekter AS' upartiskhet i saken.

Det forhold at Østgaard Arkitekter AS har deltatt ved utarbeidelsen av spesifikasjonene medfører ikke et slikt særegent forhold at de er inhabile til å vurdere alternative tilbud i evalueringsprosessen.

Eventuelle prestisjemessige ønsker fra denne rådgiveren er for svakt grunnlag til å konstatere inhabilitet etter § 6 annet ledd.

Dersom det skal settes grenser for hva slags alternative løsninger som kan leveres inn, slik at det ikke skal kunne få konsekvenser for den videre behandling, vil dette kunne føre til at grensen må trekkes så snevert at det ikke kan åpnes for ellers ønskelige alternative løsninger.

Klager anfører at Østgaard Arkitekter AS var inhabile på grunn av økonomiske egeninteresse i evalueringen fordi firmaet ville kunne bli valgt til å fortsette sitt arbeid ved en avtale med den leverandøren som blir valgt til å gjennomføre prosjektet. Anførselen synes å bygge på at det alternative tilbud avviker fra den beskrevne løsning på en slik måte at utsiktene til å oppnå eventuelle ytterligere oppdrag avhenger av hvilken leverandør som blir valgt. Dette må i så fall ha fremstått som nokså klart. Alternative løsninger kan dessuten fravike konkurransegrunnlaget på forskjellige måter, i forskjellig grad og med forskjellige typer avvik fra flere leverandører. Innklagede mener at situasjonen ikke utgjør et tilstrekkelig særegent forhold.

Arkitektkontoret i denne saken har ingen tilknytning til den valgte leverandøren. Det foreligger så langt innklagede vet heller ikke noe løfte om videre engasjement. Valg av leverandør har således ikke i seg selv utgjort noen form for fordel for arkitektkontoret. Arkitektkontorets interesse i saken er av en så hypotetisk, indirekte og fremtidig art at det ikke kan bli tale om inhabilitet i denne situasjonen.

Det ville dessuten være svært enkelt for arkitektkontoret å sette seg inn i materialet og arbeide videre med detaljprosjektering på dette grunnlag, slik at konkurransefortrinnet uansett ikke har vært fremtredende.

Vedkommende arkitekt har dessuten ikke hatt en slik nøkkelposisjon at han kunne påvirke konkurransen, slik at en eventuell inhabilitet ikke har hatt betydning for utfallet, jf prinsippet i forvaltningsloven § 41.

Klagers alternative tilbud var lavest på pris, men dette scoret lavere på andre kriterier, vesentligst på kriteriet funksjonalitet for brukerne. Skjønnnet ble utøvd forsvarlig og i samsvar med tildelingskriteriene.

Klagers trafikk-løsning var ikke en åpenbar feil, og for øvrig skal ikke tilbudene endres.

Klagenemndas vurdering:

Klager har deltatt i anbudskonkurransen, og har saklig klageinteresse, jf. forskrift om klagenemnd om offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig.

1. Økonomisk ramme på 40 mill

Det fulgte ikke av konkurransegrunnlaget at prosjektet skulle gjennomføres innen en økonomisk ramme på 40 millioner kroner, denne rammen fulgte kun av kommunens politiske vedtak. Det var da ingen plikt ut fra regelverket om offentlige anskaffelser til å avvise noen av tilbudene.

2. Avvisning

Slik klagenemnda forstår klagen, anfører klager at det er uklart hvorvidt deres alternative tilbudt ble avvist på formelt grunnlag, eller om tilbudet ble vurdert, men ikke funnet godt nok til å vinne konkurransen.

Klagenemnda ser at begrunnelsen datert 04.11.2003 kan åpne for slik tvil, men det går frem av begrunnelsen datert 11.11.2003 at tilbudet ble vurdert, men ikke funnet godt nok til å vinne konkurransen. Klagenemnda finner derfor ikke grunn til å gå nærmere inn på om vilkårene for formell avvisning forelå.

3. Bruk av rådgivere

Forskrift om offentlige anskaffelser § 3-6 kommer ikke til anvendelse da den gjelder tidspunktet for utarbeidelse av spesifikasjonen, mao et tidspunkt forut i tid i forhold til det den aktuelle klagen omhandler.

4. Inhabilitet

Forskrift om offentlige anskaffelser § 3-4 lyder:

"Ved behandling av saker som omfattes av denne forskrift gjelder reglene om habilitet i forvaltningsloven § 6 til 10 og kommuneloven § 40 nr 3. Der forvaltningsloven ikke kommer direkte til anvendelse, gjelder reglene i forvaltningsloven § 6 til § 10 tilsvarende."

Forvaltningsloven § 6 bestemmer at:

"En offentlig tjenestemann er ugild til å tilrettelegge grunnlaget for en avgjørelse eller til å treffe avgjørelse i en forvaltningssak

a) ...

...

Likeså er han ugild når andre særegne forhold foreligger som er egnet til å svekke tilliten til hans upartiskhet; blant annet skal legges vekt på om avgjørelsen i saken kan innebære en særlig fordel, tap eller ulempe for ham selv eller noen som han har nær personlig tilknytning til. Det skal også legges vekt på om ugildhetsinnsigelse er reist av en part.

..."

Forvaltningsloven § 10 bestemmer at:

"Foruten for offentlige tjenestemenn gjelder bestemmelsene i kapitlet her tilsvarende for enhver som utfører tjeneste eller arbeid for et forvaltningsorgan...."

Det er på det rene at Østgaard Arkitekter AS ved sitt arbeide i prosjektgruppen utførte en tjeneste for et forvaltningsorgan, slik at reglen i forvaltningsloven § 6 kommer til anvendelse.

Problemstillingen er etter dette om det foreligger særegne forhold som er egnet til å svekke allmennhetens tillitt til prosjektgruppens upartiskhet, uavhengig av om det rent faktisk har skjedd noen kritikkverdige forhold. Inhabilitetsinnsigelsen ble ikke reist før under klagesaken.

Det forhold at en rådgiver har utarbeidet spesifikasjonene til konkurransegrunnlaget medfører i utgangspunktet ikke at rådgiveren blir inhabil til å bistå under den etterfølgende evalueringen av tilbudene.

Klagenemnda kan heller ikke se at det vil lede til inhabilitet om det er åpnet for alternative tilbud, og rådgiveren derfor må vurdere hensiktsmessigheten av innkomne løsningsforslag opp mot spesifikasjonene han selv opprinnelig utarbeidet. De anførte forhold av prestisjemessig karakter er i den foreliggende sak ikke tilstrekkelig til å bringe forvaltningsloven § 6 annet ledd til anvendelse.

Ett forhold i saken foranlediger likevel en nærmere vurdering: konkurransegrunnlaget bestemte at rådgiverne - herunder Østgaard Arkitekter AS – kunne benyttes av totalentreprenøren til den videre prosjektering, dersom partene blir enige om dette.

Det kan på generelt grunnlag ikke utelukkes at en rådgiver som på en slik eksplisitt måte får varsel om muligheten for et videre engasjement også kan trekke muligheten for å oppnå et slikt engasjement inn i evalueringen av tilbudene, bevisst eller ubevisst. Potensielt kan Østgaard Arkitekter AS oppnå økonomisk vinning ved å velge den leverandøren som - erfaringsmessig eller på grunnlag av konkret kunnskap - mest sannsynlig vil gi dem kontrakt eller kontrakt på best vilkår. Den potensielle økonomiske vinningen vil tilfalle Østgaard Arkitekter AS, og fremstår således som en særinteresse.

Klagenemnda finner likevel under tvil at denne muligheten er så avledet og fjerntliggende i denne sak at Østgaard Arkitekter AS ikke var inhabile til å delta med sine råd under oppdragsgivers evaluering av tilbudene. Under en hver omstendighet synes det for øvrig som om rådgiverens rolle i beslutningsprosessen ikke var av en slik karakter at dette kan lede til at avgjørelsen var i strid med regelverket, jf forvaltningsloven § 41.

5. Retting av tilbud

Forskriftens § 16-1 bestemmer at:

”(2) Det er adgang til følgende avklaringer av tilbudene:

...

c. Dersom det av tekniske eller funksjonelle grunner er nødvendig, kan det gjøres mindre justeringer i de løsninger leverandøren har fremsatt.

(3) Dersom oppdragsgiver blir oppmerksom på åpenbare feil i tilbudet, skal disse rettes dersom det er utvilsomt hvordan feilene skal rettes... ”

Klagers trafikkløsning var ikke en åpenbar feil, og det var ikke utvilsomt hvordan feilen eventuelt skulle rettes. Det var således korrekt av innklagede ikke å rette denne. Innklagede hadde heller ikke plikt til å foreta avklaringer vedrørende nødvendige funksjonelle justeringer, og nevnte trafikkløsning krevde uansett mer enn ”mindre justeringer” for å få den av klager foreslåtte løsning. Innklagede har etter dette ikke brutt forskriften ved ikke å rette tilbudet fra klager.

6. Økonomisk mest fordelaktige tilbud

Klagers anførsler vedrørende evalueringen gjelder utøvelsen av det innkjøpsfaglige skjønn. Klagenemnda påpeker at nemnda bare kan prøve om innklagdes valg av kontraktspart er truffet på grunnlag av en riktig saksbehandling og riktig faktum. Nemnda foretar ikke en overprøving av innklagdes innkjøpsfaglige skjønn. Innklagede har foretatt en evaluering av alle tildelingskriteriene og funnet at klagers alternative tilbud avvek fra konkurransegrunnlagets beskrivelse på en slik måte at kvaliteten og brukbarheten ble redusert og at klagers alternative tilbud derfor ikke var ønsket.

Konklusjon:

Asker kommune har ikke brutt forskrift om offentlige anskaffelser § 3-4 jf. forvaltningsloven § 6 annet ledd ved å la Østgaard Arkitekter AS delta i evalueringen av tilbudene.

For Klagenemnda, 09 februar 2004



Morten Goller