



**Klagenemnda
for offentlige anskaffelser**

Klager deltok i en konkurranse med forhandling om entreprenørtjenester. Klagenemnda kom til at innklagede i evalueringsprosessen brøt kravene til forutberegnelighet, etterprøvbarhet, ikke-diskriminering og likebehandling.

Klagenemndas avgjørelse 23. august 2004 i sak 2003/289

Klager: Nupas Trondheim AS

Innklaget: Avinor

Klagenemndas medlemmer: Morten Goller, Kai Krüger, Siri Teigum

Saken gjelder: Krav til forutberegnelighet, etterprøvbarhet, ikke-diskriminering og likebehandling.

Sakens bakgrunn:

(1) Avinor (heretter ☐ innklagede ☐) kunngjorde 13. juni 2003 en prekvalifisering for konkurranse med forhandling. Anskaffelsen gjaldt entreprenørtjenester for byggearbeider på Alta lufthavn. Det fremgikk av kunngjøringen at entreprenørene kunne be om prekvalifisering for ett eller flere fag.

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

Formatert: Punktmerking og
nummerering

- (2) NUPAS AS (heretter ☐klager☐) og T. Johansen Entreprenør AS var de eneste leverandørene som anmodet om prekvalifisering, og begge ble ansett å oppfylle kravene og fikk tilsendt konkurransegrunnlaget.

Formatert: Punktmerking og nummerering

- (3) Konkurransegrunnlaget anga tildelingskriteriene slik:

Formatert: Punktmerking og nummerering

3.2. Tildelingskriterier

Gjennom prekvalifiseringen har tilbyderne dokumentert tilfredsstillende tekniske, administrative og økonomiske krav, og disse forhold vil ikke bli tillagt vekt for utvelgelse og tildeling av kontrakt for prosjekteringen.

Tilbudsevalueringene gjennomføres etter vekting med de vektall som fremgår nedenfor.

<u>Gjennomføring</u> • Tilbyders redegjørelse for oppgaveforståelse, inklusiv vurdering av arbeidsomfang, organisering, arbeidsledelse, kommunikasjon, egenkontroll og kvalitetssikring etc.	Vekttall 30
Fremdrift • Tilbyders forståelse av / kommentarer til fremdriftsplan, eventuelt tilbyders egen fremdriftsplan • Tilbyders ressurstilgang • Tilbyders evne til å ferdigstille arbeidene innen tidsfristen, • Tilbyders evne til å håndtere eventuelle uforutsette tilleggsarbeider som viser seg nødvendige for å oppfylle EU-forskriften	Vekttall 40
Pris • Tilbudets pris korrigert for eventuelle forbehold, rater for tilleggsarbeid etc. slik at forventet sluttkostnad for oppdragsgiver legges til grunn	Vekttall 30

Formatert: Punktmerking og nummerering

Formatert: Punktmerking og nummerering

Formatert: Punktmerking og nummerering

Følgende vil bli evaluert og lagt til grunn ved evalueringen:

<i>Tilbyders redegjørelse mhp prosjektgjennomføring</i>	<i>Dokumentasjon</i>
<i>Hvordan oppgaven er forstått, hvordan prosjektet foreslås gjennomført og firmaets kapasitet i forhold til oppgaven (inkl. vurdering av pågående oppdrag).</i>	<i>Kort beskrivelse</i>
<i>Firmaer som gir tilbud på flere fag må beskrive hvorledes tverrfaglig koordinering skal skje.</i>	
<i>Vurdering av en mest mulig rasjonell fremdrift, tilpasset (bagasje-) leverandørens og andre entreprenørers behov. Evne til å arbeide ubekvem arbeidstid (kveld, helg, natt) for arbeider som krever gjennomføring utenom flyplassens åpningstider.</i>	<i>Beskrives supplert med enkelt utkast til fremdriftsplan eller kommentar til vedlagt plan.</i>
<i>Generell faglig bakgrunn for tilbudt nøkkelpersonell (arbeidsledere). Erfaring fra ombygginger av bygg i drift / flyplassbygg og □ombygginger. Erfaring fra tverrfaglig prosjektledelse i de tilfelle tilbyder tilbyr flere fag.</i>	<i>CV for nøkkelpersoner med kortfattet beskrivelse av formell bakgrunn, generell praksis og spesiell kompetanse for dette prosjektet</i>
<i>Tilbyders underleverandører</i>	<i>Kort beskrivelse</i>
<i>Tid for mobilisering (tid fra kontraktstildeling til start på byggeplass). Uforstyrret og kontinuerlig bemanning og ressurstilgang, ressurstilgang i ferier, sykdom, andre uforutsette forhold.</i>	<i>Kort beskrivelse</i>
<i>Håndtering av grensesnitt, planlegging og tverrfaglig kontroll</i>	<i>Kort beskrivelse</i>
<i>Andre forhold som tilbyder finner vesentlig</i>	<i>Kort beskrivelse</i>

- | (4)(4) Den 11. august ble det sendt ut tilleggsspørsmål til begge leverandører pr e-post vedrørende fremdriften. Et av spørsmålene var om leverandøren var ☐ villig til å forplikte seg til 15. oktober i form av dagbot/bonus ☐.

Formatert: Punktmerking og nummerering

- | (5)(5) Den 12. august ble innstillingen av T. Johansen meddelt klager pr. e-post. Klager ba om utskrift av evalueringen flere ganger, og mottok en forenklet utgave av evalueringsskjemaet pr. e-post 18. august. Klager klaget på avgjørelsen 19. august, men mottok ikke svar på denne henvendelsen. Kontrakt ble signert 20. og 22. august med T. Johansen.

Formatert: Punktmerking og nummerering

Klager har i det vesentlige anført:

- | ~~(6)~~(6) Innklagede har ikke begrunnet eller fremlagt dokumentasjon for sitt valg av entreprenør basert på tildelingskriteriene. Formatert: Punktmerking og nummerering

- | ~~(7)~~(7) Begrunnelsen ☐ I evalueringen har vi lagt prosjektets behov til grunn og forutsatt stort omfang endringer og tilpasninger underveis innenfor en stram tidsplan ☐ er ikke i henhold til tildelingskriteriene og heller ikke et konkurransemoment. Formatert: Punktmerking og nummerering

- | ~~(8)~~(8) Det er uforståelig at klager oppnådde så lav score på gjennomføringsdelen. Innklagedes avgjørelse er basert på en feilvurdering. Det er ikke sammenheng med klagers score og uttalelsen fra innklagede ☐ Kvaliteten på de innkomne tilbud var generelt svært tilfredsstillende ☐. Formatert: Punktmerking og nummerering

- | ~~(9)~~(9) Innklagede kan ikke i evalueringen av tildelingskriteriet ☐ pris ☐ legge til 25 % tilleggsarbeider. Tilleggsarbeid er vanligvis ikke et konkurransemoment, og innklagede har først etter tilbudsfristens utløp fastsatt hvilket omfang som skal legges til grunn ved vurdering av tilleggsarbeidene. Formatert: Punktmerking og nummerering

- | ~~(10)~~(10) Klager var best på pris, og skulle derfor fått score 6 og ikke score 5. Formatert: Punktmerking og nummerering

- | ~~(11)~~(11) Det er ikke likebehandling når klager ikke får positiv uttelling for å godta innklagedes krav om dagbot, mens den valgte leverandør ikke gjorde dette, men derimot fikk endret disse forutsetningene. Formatert: Punktmerking og nummerering

- | ~~(12)~~(12) Innklagede har tatt et utenforliggende hensyn ved å legge negativ vekt på bruk av underleverandører. Formatert: Punktmerking og nummerering

- | ~~(13)~~(13) Innklagede har tatt et utenforliggende hensyn ved å legge vekt på at klager vil styre sin eventuelle leveranse fra Trondheim. Formatert: Punktmerking og nummerering

- | ~~(14)~~(14) Innklagede har i tildelingskriteriene sagt at de skulle vektlegge ☐ kommunikasjon, egenkontroll og kvalitetssikring ☐ uten at dette ble gjort. Formatert: Punktmerking og nummerering

- (15) Klager har bedt om en nærmere begrunnelse for valg av leverandør, uten å ha mottatt dette.

Formatert: Punktmerking og nummerering

Innklagede har i det vesentlige anført:

- (16) Tilbudene ble kontrollregnet. Evalueringen la til grunn tilbudenes priser inklusive ca 25 % tilleggsarbeider, som ble priset med gjennomsnittlige enhetspriser for tilleggsarbeid som angitt av hver leverandør i tilbudene.

Formatert: Punktmerking og nummerering

- (17) Innklagede anså ingen av tilbudene å være spesielt opplysende mht. etterspurt informasjon om fremdrift. Den valgte leverandøren ble vurdert å ha noe bedre evne til å takle endringer innenfor gitte rammer til fremdrift, hovedsakelig på grunn av at de disponerte større ressurser og flere fag innenfor eget selskap.

Formatert: Punktmerking og nummerering

- (18) Den valgte leverandøren hadde i sitt tilbud ikke akseptert dagbot på den viktigste milepælen 15. november. I evalueringsprosessen kom oppdragsgiver til at på grunn av den store usikkerheten i arbeidsomfang ville dagbotbelagte milepæler (som oppgitt i kontraktsforslag) være lite verdt som tvangsmiddel overfor entreprenørene fordi endringer alltid vil kunne brukes av entreprenøren som argument for forsinkelser. Alternativt til dagmulkt ble derfor vurdert og en intervensjonsrett ble vurdert som mer hensiktsmessig i dette tilfellet der oppdragsgiver allikevel måtte stå for det meste av fremdriftskoordineringen. Innstillingen ble avgitt under forutsetning av at dette punktet ble avklart før arbeidene startet.

Formatert: Punktmerking og nummerering

- (19) Den største forskjellen mellom leverandørene på tildelingskriteriet ☐gjennomføring☐ ble vurdert til å være selve organiseringen av gjennomføringen. Den valgte leverandøren benyttet i stor grad eget personell med underleverandører i spesielle fag, mens klagers tilbud var basert på tilnærmet 100 % bruk av underleverandører. Det var ikke noe galt med underleverandørene, men denne arbeidsformen ble på generell basis vurdert å ha svakheter i forhold til å takle endringer innenfor en stram fremdrift. Den valgte leverandør ble vurdert å ha en gjennomføringsmodell og ☐forståelse som ville gi større robusthet mot forventede endringer.

Formatert: Punktmerking og nummerering

Klagenemndas vurdering:

- (20) Klager har deltatt i anbudskonkurransen, og har saklig klageinteresse, jf. forskrift om klagenemnd om offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Anskaffelsen er en bygg- og anleggskontrakt på forsyningssektoren, og dens verdi ble anslått til 3-5 mill. kr. eks. mva. Anskaffelsens verdi faller under terskelverdiene i forsyningsforskriften, og det er således lov om offentlige anskaffelser som regulerer anskaffelsen.

Formatert: Punktmerking og nummerering

- (21) Det forhold at innklagede i evalueringen har ☐ *lagt prosjektets behov til grunn og forutsatt et stort omfang endringer og tilpasninger underveis* ☐ referer seg til faktiske forutsetninger for evalueringen, og er ikke en selvstendig begrunnelse for valg av tilbud. Det er ikke i strid med konkurransegrunnlaget at disse forutsetningene er lagt til grunn ved evalueringen.

Formatert: Punktmerking og nummerering

- (22) Innklagedes opplisting av tildelingskriterier i konkurransegrunnlaget er lite tilgjengelig. Evalueringsprotokollen viser videre at innklagede har benyttet andre underpunkter ved evaluering av tildelingskriteriene gjennomføring, fremdrift og pris, enn de som fremgikk av konkurransegrunnlaget. Sett under ett er dette uheldig ettersom uklarheten og inkonsistensen svekker etterprøvbareheten. Sett opp mot konkurransegrunnlaget er det uklart om innklagede faktisk har evaluert de samme underpunktene som oppført i konkurransegrunnlaget. Under enhver omstendighet har innklagede evaluert ☐ ressurstilgang ☐ som et underpunkt til tildelingskriteriet ☐ gjennomføring ☐ til tross for at dette i konkurransegrunnlaget var et underpunkt under tildelingskriteriet ☐ fremdrift ☐. Tilsvarende ble underpunktene ☐ tilpasning bagasje o.a. ☐ og ☐ evne til forsering / ubekvem arb. tid ☐ evaluert under tildelingskriteriet ☐ fremdrift ☐ til tross for at dette i konkurransegrunnlaget var et underpunkt under tildelingskriteriet ☐ gjennomføring ☐. Ettersom tildelingskriteriene ☐ gjennomføring ☐ og ☐ fremdrift ☐ var gitt ulike vektall i konkurransegrunnlaget, vil omklassifiseringene av underpunktene medføre en endring i kriterienes vekt. En slik endring utgjør et brudd på lovens § 5 krav til forutberegnelighet.

Formatert: Punktmerking og nummerering

- (23) Innklagede har ikke dokumentert at punktene ☐ kommunikasjon, egenkontroll og kvalitetssikring ☐ under tildelingskriteriet ☐ gjennomføring ☐ ble vektlagt ved evalueringen. Dette utgjør et brudd på lovens § 5 krav til etterprøvbarehet.

Formatert: Punktmerking og nummerering

- (24) Under klagebehandling har innklagede forklart at det er gjort følgende vurderinger av prosjektet og av klagers tilbud: ☐ *Tilbudsinvitasjonen inneholder flere holdepunkter for at det var forventet endringer og uforutsette situasjoner og at det ville settes krav til entreprenørenes fleksibilitet mht tilpasning av byggeprosessen til flyplassens daglige drift. Klagers gjennomføringsmodell, med utstrakt bruk av underleverandører, ble på generell basis vurdert å ha svakheter i forhold til disse kravene.*

Formatert: Punktmerking og nummerering

Betydelig bruk av underleverandører er en ulempe i gjennomføringen av et prosjekt som gjennomgår store endringer underveis. Kommunikasjon må gå gjennom flere ledd med fare for misforståelser.

- (25) Videre har innklagede for klagenemnda opplyst: ☐ *Den største forskjellen mellom tilbyderne ble vurdert å være selve organiseringen av gjennomføringen. Mens T. Johansen i stor grad benyttet eget personell med underleverandører i spesielle fag,*

Formatert: Punktmerking og nummerering

var NUPA's tilbud basert på tilnærmet 100 % bruk av underleverandører. Det var ikke noe galt med underleverandørene, men denne arbeidsformen (tilnærmet □contract management□ modell) ble vurdert å ha svakheter i forhold til å takle endringer innenfor en stram frendrift som den andre tilbyderer ikke hadde i tilsvarende grad□.

- | (26)(26) Klagenemnda forstår det slik at innklagede med utgangspunkt i sin vurdering av prosjektets art har lagt til grunn at utstrakt bruk av underleverandører ville være uheldig. Det må anses på det rene at innklagede ikke har funnet noen konkrete negative forhold mellom klager og dennes underleverandører, herunder for eksempel mangelfull kommunikasjon. Det er utelukkende organiseringsmodellen i forhold til det konkrete prosjektet som har trukket ned.
- | (27)(27) At innklagede i evalueringen har uttalt som negativt at klager □styrer□ fra Trondheim må forstås på denne bakgrunn. Det er etter klagenemndas syn ikke det forhold at klager er lokalisert i en annen region som er funnet negativt, men kombinasjonen hovedkontor utenfor regionen og utstrakt bruk av underleverandører. Det er med andre ord organiseringsmodellen som er funnet uheldig i forhold til det konkrete prosjektet. Dette vil i seg selv ikke kunne anses for usaklig diskriminering på grunnlag av geografisk lokalisering etter lovens § 5, forutsatt at det er tillatt å legge vekt på klagers organiseringsmodell i forhold til det konkrete prosjektet.
- | (28)(28) Klagenemnda har tidligere lagt til grunn at leverandører ikke kan avvises som følge av at de ikke oppfyller krav til godkjennelser eller andre minstekrav, forutsatt at leverandøren kan godtgjøre at han reelt disponerer over ressursene, jf. klagenemndas avgjørelser i sakene 2003/9 og 2003/204. Videre er det av EF-domstolen lagt til grunn at □ingen kan udelukkes fra at deltage i en udbudsprocedure vedrørende en offentlig tjenesteydelseskontrakt alene med den begrunnelse, at han ved aftalens oppfylldelse agter at benytte ressurser, som han ikke selv er i besiddelse af, men som tilhører en eller flere andre juridiske personer□jf. EF-domstolens sak C-176/98.
- | (29)(29) Den foreliggende tvisten gjelder ikke spørsmålet om klager er kvalifisert eller ikke, men hvilken økonomisk verdi tilbudene representerer. Ingen av avgjørelsene er derfor direkte overførbare til den foreliggende sak.
- | (30)(30) EF-domstolens praksis viser at det etter omstendighetene vil kunne være forenlig med regelverket å hensynta bruk av underleverandører også under vurdering av tildelingskriteriene i enkelte tilfeller. Dette kom til uttrykk i C-314/01 Arge (18 mars 2004). Spørsmålet var om oppdragsgiver i konkurransegrunnlaget kunne forby bruk av underleverandører for mer enn 30% av arbeidene. Domstolen uttalte i premiss 45:

Formatert: Punktmerking og nummerering

Formatert: Punktmerking og nummerering

Formatert: Punktmerking og nummerering

Formatert: Punktmerking og nummerering

Formatert: Punktmerking og nummerering

□Direktiv 92/50 er ikke [□] til hinder for et forbud eller en begrensning i brugen av underentreprise for oppfyllelse av de avgjørende dele af en kontrakt, når den ordregivende myndighet netop ikke har været i stand til at efterprøve underentreprenørernes tekniske og økonomiske formåen i forbindelse med vurderingen af buddene og udvælgelsen af det bedste bud□.

- | ~~(31)~~(31) På bakgrunn av de opplysninger som har fremkommet i saksforberedelsen for klagenemnda, kan klagenemnda ikke se at innklagede har søkt å gjøre en konkret vurdering av disse aspekter i klagers tilbud. Innklagede har generelt uttalt seg negativt om utstrakt bruk av underleverandører i prosjekter som styres av en oppdragsgiver i annen landsdel når slike prosjekter medfører omfattende endringer under fremdriften. Dette leser klagenemnda som en generell skepsis til denne slags organisasjonsmodeller. Det er ikke dokumentert at man har gjort en konkret vurdering av klagerens tilbud slik det ble fremsatt. Det er organisasjonsmodellen generelt som synes å ha vært utslagsgivende. Det kan ikke anses i samsvar med § 5.

Formatert: Punktmerking og nummerering

- | ~~(32)~~(32) Det er et alminnelig krav om at tildelingskriterier skal være tilknyttet kontraktens gjenstand. Dette tilknytningskravet forutsetter etter klagenemndas mening at det avdekkes konkrete forhold i selve organiseringen, for eksempel i kommunikasjon eller samarbeid mellom leverandørene, før dette kan trekkes inn i evalueringen av tilbudene.

Formatert: Punktmerking og nummerering

- | ~~(33)~~(33) Slik konkurransegrunnlaget var utformet fremgikk det klart at innklagede ville vektlegge både fastpris og regningsarbeid i prisvurderingen. Det kan stilles spørsmål til om innklagede hadde plikt til å opplyse hvor mye tilleggsarbeider som ville bli lagt til grunn ved prisvurderingen. 111 Klagenemnda kan imidlertid ikke se at en slik angivelse ville fått betydning for utfallet i saken.

Formatert: Punktmerking og nummerering

- | ~~(34)~~(34) Konkurransen er kunngjort som en konkurranse med forhandlinger, slik at innklagede har anledning til å endre kontraktsvilkårene, så fremt alle leverandørene blir likestilt. I denne saken har innklagede gitt leverandørene lik mulighet til å ikke godta kontraktsvilkår med dagbot, ved sin e-post til leverandørene datert 11. august. Det foreligger således ikke et brudd på kravet til likebehandling.

Formatert: Punktmerking og nummerering

- | ~~(35)~~(35) Klagenemnda har ikke grunnlag til å overprøve innklagedes skjønn med hensyn til den konkrete poenggivning.

Formatert: Punktmerking og nummerering

~~(36)~~(36) **Konklusjon:**

Avinor har brutt lov om offentlige anskaffelser § 5 krav til forutberegnelighet ved å endre vektingen av tildelingskriteriene.

Avinor har brutt lov om offentlige anskaffelser § 5 krav til etterprøvnbarhet ved å ikke kunne dokumentere at de har vurdert tilbudene opp mot alle tildelingskriteriene som fulgte av konkurransegrunnlaget.

Avinor har brutt lov om offentlige anskaffelser § 5 forbud mot forskjellsbehandling ved å legge negativ vekt på bruk av underleverandører på generelt grunnlag.

For klagenemnda, Oslo 23. august 2004

Siri Teigum

Formatert: Punktmerking og nummerering