



**Klagenemnda
for offentlige anskaffelser**

Klagenemndas avgjørelse 10. februar 2003 i sak 2003/8

Forsvarsbygg utlyste en konkurranse for bygging av familieboliger på Setermoen. Konkurransen ble avlyst, og senere utlyst på nytt. Forsvarsbygg inngikk deretter kontrakt basert på det økonomisk mest fordelaktige tilbudet. Klagenemnda kom til at det var saklig grunn for å avlyse konkurransen, men at det ikke var gitt forskriftsmessig tilbakemelding til klager om avlysningen, at det var benyttet ulovlige tildelingskriterier, at det i strid med forskriften var unnlatt å angi tildelingskriteriene i prioritert rekkefølge og at matrise for vektning av tildelingskriteriene skulle vært tatt inn i konkurransegrunnlaget.

Klager: AS Ferdighus
9310 Sørreisa

Prosessfullmektig: Adv. Svein Kr. Arntzen
Pb. 204
9482 Harstad

Innklaget: Forsvarsbygg, Utbyggingsprosjektet Indre Troms
Pb. 405 Sentrum
0103 Oslo

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

Saken gjelder:

Inngåelse av bygge- og anleggskontrakt. "Saklig grunn" for avlysning av en konkurranse. Krav til tilbakemelding ved avlysning av en konkurranse. Krav til begrunnelse for valg av tilbud. Krav til prioritering av tildelingskriteriene. Ulovlige tildelingskriterier. Utlevering av opplysninger etter anbudsåpningen.

Sakens bakgrunn:

Om Forsvarsbyggs rolle

Forsvarsbygg har som oppgave å oppføre bygg som skal brukes av Forsvarets militære organisasjon. Forsvaret skal definere sine brukerbehov, og Forsvarsbygg utarbeider ut fra dette et konkurransegrunnlag for anskaffelsen.

Den opprinnelige konkurransen

Forsvarsbygg (heretter kalt "innklagede") kunngjorde 13. januar 2002 en konkurranse med forhandling etter forskrift om offentlige anskaffelser del III for oppføring av familieboliger på

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

Setermoen, Indre Troms. Prosjektet gjelder levering og oppføring av inntil 35 stk. familieboliger på Setermoen. Kunngjøringen omfattet i tillegg oppføring av familieboliger på henholdsvis Skjold og Bardufoss/Heggelia.

Den 4. september 2002 rykket innklagede inn en kunngjøring i DOFFIN-databasen hvor konkurransen ble avlyst. De prekvalifiserte deltakerne i konkurransen ble ikke varslet utover dette.

Fornyset konkurranse

Den 13. september 2002 kunngjorde innklagede en åpen anbudskonkurranse etter forskrift om offentlige anskaffelser del II. Det var i kunngjøringen opplyst at det skulle prosjekteres og bygges familieboliger med 4-5 roms boligenheter. Til sammen skulle 48 boliger bygges. Frist for mottak av tilbud var satt til 11. november 2002.

I konkurransegrunnlaget var følgende kriterier oppgitt for valg av tilbud (ikke i prioritert rekkefølge):

1. *Det tilbudte produktet (arkitektonisk utforming, funksjonalitet, kvalitet, tilpassing til tomt og eksisterende bebyggelse etc.)*
2. *Pris. Ved vurdering av pris vil både hvert byggetrinn og den total prisen for alle byggetrinnene bli vurdert*
3. *Leveringsdyktighet*
4. *Kompetanse og erfaring fra prosjektering av tilsvarende bygg og utomhusarealer*
5. *Kompetanse og erfaring fra oppføring av tilsvarende bygg og utomhusarealer*
6. *Oppdragsgivers tidligere erfaring med tilbydere*
7. *Øvrige økonomiske forhold*
8. *Eventuelle forbehold*

Klager leverte inn tilbud i konkurransen, og det ble avholdt avklaringsmøte mellom klager og innklagede 12. desember 2002. Til sammen mottok innklagede fem tilbud. I brev 20. desember 2002 opplyste innklagede i brev til deltakerne i konkurransen at kontrakt ville bli inngått med Finnmark Mur og Puss AS.

Partenes anførsler:

Klager anfører at oppdragsgiver har en plikt til å følge den anskaffelsesprosedyre som opprinnelig ble kunngjort. Det anføres videre at anskaffelsesregelverket er overtrådt idet klager ikke ble orientert om avlysningen av konkurransen og heller ikke ble gitt noen klageadgang. Klager anfører videre at begrunnelsen for valg av tilbud ikke tilfredsstiller kravene i forskrift om offentlige anskaffelser. Videre anføres at innklagede pliktet å sende klager opplysninger om hvem som har levert inn tilbudene, og tilbudenes pris etter anbudsåpningen. Klager viser her til NS 3400 punkt 11.3 og kravet til god forretningsskikk i lov om offentlige anskaffelser § 5. Det anføres videre at tildelingskriteriene skulle vært angitt i prioritert rekkefølge og at det er benyttet kvalifikasjonskriterier som tildelingskriterier i strid med regelverket for offentlige anskaffelser. Endelig anføres det at klager skulle blitt tildelt kontrakten som det økonomisk mest fordelaktige tilbudet ut fra de oppstilte tildelingskriteriene. Klager har bedt klagenemnda uttale seg om vilkårene for erstatning.

Innklagede anfører at vilkårene for å avlyse den opprinnelige konkurransen var tilstede, men erkjenner at plikten til å opplyse deltakerne om dette, jf. forskrift om offentlige anskaffelser § 3-8 er overtrådt. Innklagede bestrider at deltakerne i konkurransen har noen klagerett ved en avlysning. Innklagede bestrider også klagers øvrige anførsler.

Klagenemndas vurdering:

Klager har deltatt i konkurransen om å bli tildelt kontrakten, og klagenemnda finner derfor at klager har "saklig interesse" i å fremme klagen, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig.

1. Avlysning av konkurransen

En konkurranse kan avlyses dersom det foreligger "saklig grunn", jf. forskrift om offentlige anskaffelser § 17-1. Fra kunngjøringen til utsendelse av konkurransegrunnlaget gikk det lang tid, og oppdragsgivers behov endret seg i denne perioden. Videre ble konkurransen ved en feil kunngjort etter forskriften del III, istedenfor del II, slik innklagede hadde plikt til. Etter klagenemndas oppfatning forelå det "saklig grunn" for innklagede til å avlyse konkurransen.

Oppdragsgiver plikter å gi informasjon og en kort begrunnelse ved avlysning av en konkurranse, jf. forskriften § 17-1. Dette ble ikke gjort, og det foreligger et brudd på forskriften.

Når årsaken til en avlysning av en konkurranse er selvforskyldt eller kunne ha vært forutsett kan dette etter omstendighetene medføre et erstatningsansvar for oppdragsgiver. Dette gjelder selv om det foreligger "saklig grunn" til å avlyse konkurransen. Også manglende varsling om avlysning av konkurransen kan medføre erstatningsansvar. Klagenemnda finner ikke at det er grunnlag for å vurdere om vilkårene for erstatning er tilstede i den foreliggende sak.

2. Opplysninger til deltakerne i konkurransen om hvem som har levert inn tilbud og tilbudenes pris

Klager har anført at innklagede pliktet å opplyse om hvem som har levert inn tilbud og tilbudenes pris etter tilbudsåpningen ved den nye konkurransen. Noe slikt krav fremkommer imidlertid ikke av forskrift om offentlige anskaffelser, og klagenemnda kan heller ikke se at et slikt krav kan utledes av de alminnelige prinsipper om "god forretningsskikk". Klagers anførsel tas derfor ikke til følge.

3. Angivelse av tildelingskriteriene i prioritert rekkefølge

Innklagede har i sitt konkurransegrunnlag tatt forbehold om at tildelingskriteriene ikke er i prioritert rekkefølge og klager har anført at dette er i strid med forskrift om offentlige anskaffelser § 10-2 som lyder: "Kriteriene skal om mulig angis i prioritert rekkefølge". Innklagede har dels anført at bestemmelsen må forstås slik at den gir oppdragsgiver et skjønn til å vurdere hensiktsmessigheten av å prioritere kriteriene, dels at det ikke var "formålstjenlig" å prioritere kriteriene i denne saken fordi det var tale om en kombinasjon av prosjektering og utførelse hvor leverandørens valg av løsninger er vel så viktig som utførelsen.

Klagenemnda mener at ordlyden i bestemmelsen som ikke gir rom for en fortolkning i samsvar med det innklagede anfører. Bestemmelsen må anses klar på dette punktet, idet den pålegger oppdragsgivere å angi kriteriene i prioritert rekkefølge "om mulig". Det er på det rene at oppdragsgiver har anvendt en matrise med et vektingsystem. Dette innebærer en prioritering av tildelingskriteriene som skal være tilgjengelig for leverandørene ved utarbeidelse av tilbudene. Klagenemnda viser her til EF-domstolens avgjørelse i sak C-470/99. Når dette ikke har skjedd, representerer dette er brudd på forskriften § 10-2.

4. Underretning og begrunnelse for tildeling

Etter forskrift om offentlige anskaffelser § 10-3 skal oppdragsgiver gi en skriftlig begrunnelse for valg av tilbud. Formålet med begrunnelsesplikten er å gi leverandørene grunnlag for å vurdere en klage. I underretningen fra innklagede er det kun henvist til tildelingskriteriene angitt i konkurransegrunnlaget med en kommentar om at den valgte leverandøren leverte "det

økonomisk mest fordelaktige tilbudet". Klagenemnda finner ikke at dette tilfredsstillende kravet til begrunnelse. Det foreligger etter dette et brudd på forskriften § 10-3.

5. Bruk av kvalifikasjonskriterier som tildelingskriterier

Forskrift om offentlige anskaffelser skiller mellom krav som stilles til leverandørens kvalifikasjoner og kriterier for valg av tilbud. Valg av tilbud skal baseres enten på laveste pris eller det økonomisk mest fordelaktige tilbud. I sistnevnte tilfelle skal alle kriterier som vil bli lagt til grunn for valget, fremgå av kunngjøringen eller konkurransegrunnlaget, jf. forskriften § 10-2 (2).

For at et kriterium lovlig skal kunne benyttes ved valg av tilbud, må kriteriet oppfylle visse krav, jf. EF-domstolens avgjørelse i sak C-513/99. Kriteriet må være relevant for tilbudets verdi, det må være knyttet til kontraktens gjenstand, det må ikke være utformet så vagt at det i realiteten gir oppdragsgiver et ubetinget fritt skjønn og det må ikke stride mot de grunnleggende kravene i lov om offentlige anskaffelser § 5, herunder kravet til likebehandling.

Kriteriene "leveringsdyktighet", "kompetanse og erfaring fra prosjektering og oppføring av tilsvarende bygg", "oppdragsgivers erfaring med tilbyder" eller "øvrige økonomiske forhold" referer seg i utgangspunktet til egenskaper ved leverandøren, og spørsmålet er derfor om de kan representere en økonomisk verdi for oppdragsgiver og være knyttet til kontraktens gjenstand.

Klagenemnda legger til grunn at det i den aktuelle saken er tale om en forpliktelse for leverandørene til å levere et nærmere avtalt resultat til en avtalt totalpris (fastpriskontrakt), samtidig som anskaffelsen synes å ha begrenset kompleksitet. På grunnlag av de fremlagte opplysninger er det vanskelig å se at det er elementer i vurderingen av disse kriterier som innklagde ikke kunne ha ivaretatt ved vurderingen av tilbyders kvalifikasjoner. Klagenemnda er på denne bakgrunn kommet til at innklagde enten ikke skulle ha definert nevnte kriterier som tildelingskriterier, eller i alle fall ha indikert at disse kriteriene som utgangspunkt ville ha liten vekt.

6. Feil i evalueringen av tilbudene

Klagenemnda viser til at matrisen med vektingen av kriteriene for valg av tilbud skulle vært tatt med i konkurransegrunnlaget. Klagenemnda finner ut fra dette ikke grunn til å gå inn på vurderingen av om evalueringen av tilbudene har vært i samsvar med regelverket.

7. Erstatning

Klagenemnda finner ikke at det er grunnlag for å gå inn på spørsmålet om vilkårene for erstatning er oppfylt.

Konklusjon:

Forsvarsbygg har overtrådt forskrift om offentlige anskaffelser § 17-1 ved å avlyse en igangsatt konkurranse uten å underrette om dette og uten å begrunne avlysningen.

Forsvarsbygg har overtrådt forskrift om offentlige anskaffelser § 10-2 ved å unnlate å prioritere tildelingskriteriene og ved å unnlate å ta matrisen med vektingen av tildelingskriteriene inn i konkurransegrunnlaget.

Forsvarsbygg har benyttet kriteriene "leveringsdyktighet", "kompetanse og erfaring fra prosjektering og oppføring av tilsvarende bygg", "oppdragsgivers erfaring med tilbyder" og "øvrige økonomiske forhold" ved valg av tilbud. I dette tilfelle er anvendelsen av kriteriene i strid med forskrift om offentlige anskaffelser § 10-2.

Forsvarsbygg har overtrådt forskrift om offentlige anskaffelser § 10-3 ved å gi mangelfull begrunnelse til klager om valg av tilbud.

Klagenemnda ber om at Forsvarsbygg innen 25. februar 2003 gir klagenemnda tilbakemelding på om uttalelsen blir lagt til grunn. Klagenemnda ber videre Forsvarsbygg opplyse innen 25. februar 2003 om hva som vil bli gjort for å rette opp feil som er begått og for å unngå tilsvarende feil i fremtiden.

For klagenemnda:

Per Christiansen
Per Christiansen

10/2-03