



Klagenemnda for offentlige anskaffelser

Klagenemndas avgjørelse 4. august 2003 i sak 2003/57

Klager: Securitas AS

 Postboks 35 Grønland

 0133 Oslo

Innklaget: Statsbygg

 Postboks 8106 Dep

 0032 Oslo

Klagenemndas medlemmer: Morten Goller, Siri Teigum, Bjørg Ven

Saken gjelder: Kvalifikasjonskrav, delvis avlysning av konkurransen, vurdering og prioritering av tildelingskriteriene.

Bakgrunn:

Den 13.1.2003 kunngjorde Statsbygg (heretter kalt ”innklagede”) en åpen anbudskonkurranse i forbindelse med byggingen av nytt operahus i Oslo. Konkurransen gjaldt vaktholdtjenester på byggeplassen, og kontraktsperioden var beregnet å strekke seg fra 1.3.2003 til 31.12.2007.

Arbeidene var delt opp i tre faser, hvor omfanget av vaktholdtjenestene varierte i samsvar med byggarbeidenes fremdrift og inngjerding av byggeplassen. Hensikten var at fase 1 skulle strekke seg fra 1.3.2003 til 1.6.2003, fase 2 fra 1.6.2003 til 1.6.2005, og fase 3 fra 1.6.2005 til 1.1.2008. For fase 3 anga konkurransegrunnlaget at

"Området skal sikres slik at all innkjøring skal skje gjennom adgangskontrollert port.

Vaktholdet i porten skal skje fra 0600 til 1800. I denne perioden skal det og være tre streifvakter på byggeplass og innvendig i operabygget.

Fra 1800 til 0600 skal det være vakthold med hund".

I konkurransegrunnlagets punkt 1.4 hadde innklagede stilt opp *"Utvelgelses- og tildelingskriterier"*. Som dokumentasjon på utvelgelseskriteriet kompetanse, krevde innklagede *"Godkjennelse fra Sikker vakt eller tilsvarende (www.sikkervakt.org)"*. Sikker Vakt er en bransjeorganisasjon som godkjenner vaktelskaper. I konkurransegrunnlagets punkt 4.1.4.3 var det bestemt at et tilbud skal avvises når *"tilbyderen ikke er funnet kvalifisert i.h.t. konkurransegrunnlagets/kunngjøringens utvelgelseskriterier"*.

Tildelingskriteriene var fastsatt til pris, gjennomføring og kapasitet.

Innen tilbudsfristen 10.2.2003 fikk innklagede inn fire tilbud. Ett av disse var levert av Securitas AS (heretter kalt "klager"). Før tilbudsfristen løp ut, mottok innklagede et brev fra klager med enkelte spørsmål til konkurransegrunnlaget, blant annet angående omfanget av det etterspurte vaktholdet i fase 3. Brevet var datert 31.1.2003, og ble i følge innklagede mottatt av prosjektledelsen fem dager før tilbudsfristen løp ut. Innklagede tok som følge av dette telefonisk kontakt med klager, hvor det ble avvist å gi tilleggsopplysninger så sent i prosessen. Under telefonsamtalen bekreftet imidlertid innklagede den forståelse klager hadde av konkurransegrunnlagets angivelse av omfanget av vaktholdet i fase 3. De øvrige leverandørene i konkurransen ble ikke gjort kjent med telefonsamtalen eller innholdet av den.

Etter tilbudsåpningen den 11.2.2003 ble det klart at deltakerne i konkurransen hadde tolket konkurransegrunnlagets angivelse av vaktholdstjenestenes omfang i fase 3 på to ulike måter. Tolkings tvilen relaterte seg til kravet om tre streifvakter på byggeplassen i tidsrommet 0600 til 1800. To leverandører hadde tolket dette til å omfatte tre vektere som hele tiden var til stede på byggeplassen og streifet rundt på området, og hadde gitt tilbud i samsvar med denne forståelsen. To leverandører hadde lagt til grunn at det krevdes en person som streifet gjennom området tre ganger i løpet av tidsrommet 0600 til 1800. Sistnevnte forståelse var innklagedes opprinnelige mening. De ulike tolkningene medførte at tilbudsprisen til de to førstnevnte leverandørene lå ca. 7.000.000 kroner over tilbudsprisen til de andre leverandørene.

Innklagede la til grunn at de fire tilbudene ikke var sammenlignbare, og valgte å avlyse konkurransen for fase 3. Innklagede ønsket å avgjøre den foreliggende konkurransen alene på grunnlag av tilbudene for fase 1 og 2. Alle deltakerne i konkurransen samtykket skriftlig i å

vedstå seg den delen av tilbudet som gjaldt fase 1 og 2, under den endrede forutsetning om at konkurransen skulle avgjøres alene på grunnlag av disse delene. Innklagede opplyste om at vakthold i fase 3 ville bli utlyst som en separat konkurranse på et senere tidspunkt.

I brev av 4.3.2003 ble klager meddelt at innklagede hadde til hensikt å inngå avtale med Hafslund Sikkerhet Bedrift AS. Valget ble begrunnet med at firmaet hadde levert tilbudet med lavest pris. Klager påklaget beslutningen til innklagede, og den 11.3.2003 avviste innklagede klagen. Kontrakt ble inngått 14.3.2003.

Anførsler:

Klagers anførsler:

Innklagede hadde ikke adgang til å forkaste samtlige tilbud på fase 3. Innklagede pliktet å meddele alle deltakerne i konkurransen den presisering som ble foretatt overfor klager om omfanget av vaktholdet i fase 3, jf. forskrift 15.6.2001 om offentlige anskaffelser § 5-4(2). Når innklagede ikke oppfylte denne plikten, utgjorde det ingen saklig grunn til å forkaste denne delen av samtlige tilbud at to av fire leverandører misforsto omfanget av de etterspurte tjenestene, jf. § 10-1(2).

Innklagede har brutt forskriftens § 8-12(1) bokstav a) ved ikke å avvise Hafslund Sikkerhet Bedrift AS. Bakgrunnen er at dette firmaet ikke hadde godkjenning fra Sikker Vakt ved tilbudsfristens utløp. Selv om konkurransegrunnlaget åpnet for at leverandørene kan dokumentere sin kompetanse ved "tilsvarende" godkjennelse, var det et krav at slik godkjennelse forelå ved tilbudsfristens utløp.

Innklagede har ikke foretatt en forsvarlig vurdering av alle tildelingskriteriene som ble oppgitt i konkurransegrunnlaget. Innklagedes begrunnelse for valg av tilbud henviste utelukkende til at det valgte tilbudet hadde lavest pris. Dersom tilbudene vurderes på grunnlag av alle kontraktens tre faser, leverte klager tilbudet med lavest pris.

Det var videre i strid med regelverket ikke å oppgi tildelingskriteriene i prioritert rekkefølge.

Vilkårene for erstatning for den positive kontraktsinteressen er oppfylt.

Innklagedes anførsler:

Innklagede hadde ingen plikt til å informere alle deltakerne i konkurransen om det som ble sagt til klager pr. telefon før tilbudsfristen løp ut. Telefonsamtalen ble ikke ansett som tilleggsopplysninger etter § 7-1(5). Innklagede var derfor berettiget til å avlyse konkurransen for den del som gjaldt fase 3.

Hafslund Sikkerhet Bedrift AS opplyste i sitt tilbud at Sikker Vakt, på det tidspunkt tilbudsfristen løp ut, var i ferd med å behandle firmaets søknad om godkjenning. Innklagede kontaktet deretter Sikker Vakt, og fikk bekreftet at Hafslund Sikkerhet Bedrift AS ville få slik godkjenning. Når konkurransegrunnlaget krevde at leverandørens kompetanse skulle dokumenteres med slik godkjenning "*eller tilsvarende*", ble Hafslund Sikkerhet Bedrift AS vurdert til å ha oppfylt dette kravet.

Alle tildelingskriteriene som var oppgitt i konkurransegrunnlaget har blitt vurdert. Da de innkomne tilbudene var likeverdige med hensyn til tildelingskriteriene gjennomføring og kapasitet, la innklagede avgjørende vekt på pris.

Misforståelsen med hensyn til omfanget av vaktholdet i fase 3 medførte at de fire tilbudene ikke var sammenlignbare. Skulle alle kontraktens tre faser tas i betraktning, var det ikke mulig å avgjøre hvilket tilbud som hadde den laveste prisen.

Innklagede har ikke prioritert tildelingskriteriene på en uventet og uforutsigbar måte som utløser en plikt til å opplyse om prioriteringen. Uansett har oppdragsgivere ingen ubetinget plikt til å opplyse om prioriteringen av tildelingskriteriene i konkurransegrunnlaget, jf. uttrykket "*om mulig*" i § 10-2(2) annet punktum.

Klagenemndas vurdering:

Klager har deltatt i den aktuelle konkurransen og har saklig klageinteresse, jf. forskrift 15.11.2002 om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig.

Vaktholdtjenester er en uprioritert tjeneste, jf. forskrift om offentlige anskaffelser § 2-5 (kategori 23). Anskaffelsen reguleres således av forskriftens del I og III, jf. § 2-1(3).

Adgang til delvis avlysning av konkurransen

Forskrift om offentlige anskaffelser gir adgang til å avlyse hele anbudskonkurransen dersom det foreligger saklig grunn, mens delvis avlysning er ikke uttrykkelig regulert. Spørsmålet er heller ikke behandlet i norsk praksis eller av EF-domstolen. Det foreligger noe dansk forvaltningspraksis på området, som er sprikende. I den danske boken *EU'S UDBUDSREGLER I PRAKSIS* (2002) anfører Jesper Fabricius og René Offersen på side 265 at *"Det kan derimot ikke i alle tilfælde være udelukket at foretage en delvis aflysning, og det kan ikke være ulovlig at tage et forbehold om hel eller delvis aflysning, hvis det dels klargøres, at aflysningen i givet fald skal ske på et sagligt grundlag, og det dels i hvert fald i hovedtræk præciseres hvad den delvise aflysningen kan omfatte, således at det ikke bliver helt uklart, hvad der er udbudt"*.

En slik delvis avlysning kan resultere i en forrykkelse av konkurransen, ettersom tilbudene er utformet og inngitt på grunnlag av anbudet i sin helhet. Delvis avlysning kan på den annen side være svært praktisk i gitte situasjoner. I foreliggende sak hadde to av fire leverandører misforstått konkurransegrunnlagets beskrivelse av omfanget av vaktholdet i fase 3, slik at tilbudene ikke var sammenlignbare. Innklagedes fremgangsmåte har neppe forhindret potensielle leverandører fra å delta i konkurransen. I tillegg har samtlige deltakere i konkurransen uttrykkelig og uten forbehold samtykket i den delvise avlysningen og vedstått seg sine priser for fase 1 og 2. Klagenemnda bemerker at alternativet til en delvis avlysning var å utlyse hele konkurransen på nytt. Dette ville være en atskillig dårligere løsning for leverandørene, ettersom de samlede tilbudsprisene allerede var gjort kjent.

Etter en samlet vurdering finner klagenemnda at innklagede i dette tilfellet måtte ha adgang til å avlyse konkurransen for kontraktens fase 3, og at avlysningen var saklig begrunnet.



Plikt til å avvise Hafslund Sikkerhet Bedrift AS

I følge konkurransegrunnlaget er *"kompetanse"* et *"utvelgelseskriterium"* som *"vil bli lagt til grunn ved vurdering av tilbyderne"*. Godkjenning fra Sikker Vakt skal i følge konkurransegrunnlaget tjene som dokumentasjon på at kvalifikasjonskriteriet kompetanse er oppfylt. Konkurransegrunnlaget bestemmer videre at et tilbud skal avvises når *"tilbyderen ikke er funnet kvalifisert i.h.t. konkurransegrunnlagets/kunngjøringens utvelgelseskriterier"*. Den samme regelen følger av forskriftens § 15-12(1) bokstav a). At en leverandør har unnlatt å gi opplysninger om oppfyllelsen av kvalifikasjonskravene, medfører imidlertid ingen plikt til å avvise leverandøren, jf. § 15-12(2) bokstav g).

I foreliggende sak hadde innklagede tatt kontakt med bransjeorganisasjonen Sikker Vakt og fått bekreftet at Hafslund Sikkerhet Bedrift AS ville bli tildelt godkjenning på et nært forestående styremøte. Det fremgår av den fremlagte dokumentasjonen at bransjeorganisasjonen godkjente Hafslund Sikkerhet Bedrift AS' kvalifikasjoner samme dag som kontrakt ble inngått (14 mars), samt at innklagede allerede i e-post av 10 mars ble gjort kjent med at vedtak ville bli truffet 14 mars, og at Hafslund Sikkerhet da *"vil ..bli formelt*

godkjent". Klagenemnda legger dermed til grunn at innklagede har foretatt en forsvarlig vurdering og funnet at Hafslund Sikkerhet Bedrift AS faktisk innehadde den nødvendige kompetansen på tidspunktet for tilbudsfristens utløp. Det er ikke avgjørende at selve godkjenningen ikke forelå da tilbudsfristen løp ut, jf. KOFA 2003/60. Det forelå således ingen plikt til å avvise Hafslund Sikkerhet Bedrift AS fra konkurransen.

Forsvarlig vurdering av tildelingskriteriene

I sin meddelelse om valg av tilbud har innklagede begrunnet valget utelukkende med en henvisning til at den valgte leverandøren *"har levert det laveste pristilbud"*. Formuleringen er egnet til å gi inntrykk av at innklagede ikke har vurdert andre tildelingskriterier enn pris. Det er imidlertid fremlagt dokumentasjon for klagenemnda som viser flere runder med evalueringer av samtlige av de oppgitte tildelingskriteriene. Klagenemnda finner det på denne bakgrunn ikke godtgjort at innklagede ikke har foretatt en forsvarlig vurdering av samtlige tildelingskriterier.

Plikten til å oppgi tildelingskriteriene i prioritert rekkefølge

Dersom en oppdragsgiver på forhånd har foretatt en prioritering av tildelingskriteriene, plikter oppdragsgiveren å opplyse leverandørene om dette enten i kunngjøringen eller i konkurransegrunnlaget, jf. EF-domstolens sak C-470/99 (Universale-Bau). Det vises videre til klagenemndas avgjørelser i KOFA 2003/3 og KOFA 2003/38. I den foreliggende sak har klagenemnda ikke grunnlag for å konkludere med at innklagede hadde prioritert tildelingskriteriene før kunngjøringen eller utarbeidelsen av konkurransegrunnlaget.

Klagenemnda finner etter dette ikke grunn til å ta stilling til erstatningsspørsmålet.

Konklusjon:

Statsbygg har ikke brutt lov om offentlig anskaffelser med forskrifter ved anskaffelse av vaktholdtjenester i forbindelse med oppføringen av nytt operabygg i Oslo.

For klagenemnda,

Siri Teigum,

6.8.2003