



**Klagenemnda
for offentlige anskaffelser**

Klagenemnda kom til at det var i strid med god forretningsskikk å meddele leverandørenes priser i en konkurranse med forhandling. Innklagede hadde evaluert ett av kriteriene på en uforutsigbar måte. Kravet til etterprøvbarhet var brutt på to punkter, ved at innklagede ikke hadde gitt noen forklaring på evalueringen.

Klagenemndas avgjørelse 20. juni 2005 i sak 2004/182

Klager: Hålogaland Plankontor a/s

Innklaget: Statskog v/Finnmark jordsalgkontor

Klagenemndas medlemmer: Per Christiansen, Jens Bugge og Andreas Wahl

Saken gjelder: Gjennomføring av forhandlinger, evaluering av tilbud

Bakgrunn:

- (1) Statskog v/Finnmark jordsalgkontor (heretter innklagede) gjennomførte en konkurranse med forhandling om kjøp av tjenester i forbindelse med utarbeidelse av reguleringsplaner til nye hyttefelt på statens grunn i Finnmark.
- (2) Den samme anskaffelsen har tidligere vært behandlet i klagenemndas sak 2003/212. Klagenemnda kom til at innklagede hadde brutt regelverket for offentlige anskaffelser, og innklagede valgte derfor å avlyse konkurransen.
- (3) Deltakerne i den opprinnelige konkurransen ble i mars 2004 invitert til å delta i ny konkurranse. Anskaffelsesprosedyren var konkurranse med forhandling. I konkurransegrunnlaget var tildelingskriteriene utformet slik, i uprioritert rekkefølge:

*”- Dokumentert kompetanse og erfaring med tilsvarende oppdrag
- Positive referansekunder
- Dokumentert kapasitet til å utføre oppdraget
- Dokumentert kvalitetssystem/internkontroll
- Tilbyders forbehold og estimering av kostnadskonsekvensen av disse
- Enhetspris for det enkelte prosjekt
- Timepris for tilleggsarbeider”.*

Postadresse
Postboks 8132 Dep.
0033 Oslo

Besøksadresse
H. Heyerdahls gate 1
0033 Oslo

Tlf.: 22 33 70 10

Faks: 22 33 70 12

E-post:
postmottak@kofa.no
Nettside: www.kofa.no

- (4) Det kom inn ni tilbud i konkurransen. Hålogaland Plankontor a/s (heretter klager) hadde den laveste prisen ved tilbudsåpningen – kr. 229.800. Paulsen RI hadde nest billigste tilbud på kr 255.000.
- (5) Åpningsprotokollen ble sendt ut til samtlige leverandører. Av denne fremgikk navn og pris for alle leverandørene.
- (6) Klager mottok den 16.06.2004 en telefaks fra innklagede hvor det ble invitert til å inngi revidert pristilbud. I telefaksen het det bl.a.:

”[...]

For å velge ut hvem som skulle få delta i forhandlinger, gjorde vi en vurdering av hvilke leverandører som etter vårt skjønn var mest kvalifisert basert på kriteriene som ble oppgitt i konkurransegrunnlaget. Vi tok ikke hensyn til pris i denne vurderingen, men utelukkende kvalifikasjoner knyttet til leverandørene.

Vi har vært i samtaler med leverandørene som vi vurderte som mest kvalifisert. For ordens skyld kan vi informere om at vi ikke har bekjentgjort identiteten til leverandørene eller antallet leverandører som vi forhandler med. I samtalene har vi gjort avklaringer og forsikret oss om at vi har samme forståelse for momentene i konkurransegrunnlaget, oppdragets omfang og de spesifikke tilbudenes kvalitetsmessige innhold. I den forbindelse har vi også fått signaler om at enkelte leverandører ”har noe å gå på” i forhold til pris.

På bakgrunn av dette, gir vi dere med dette muligheten til å komme med en revidert tilbudspris innen fredag 18. juni kl 1200.
[...]

Etter at vi har mottatt siste reviderte pris, kommer vi til å vurdere hvilken leverandør som gir oss det mest optimale forholdet mellom pris og kvalitet. Vi fokuserer altså ikke ensidig på pris, men vurderer også tjenestens kvalitet i forhold til prisen.”

- (7) I telefaks av 17.06.2004 svarte klager at man ikke fant grunnlag til å justere prisen.
- (8) I brev av 24.06.2004 opplyste innklagede om utfallet av konkurransen:

”Vi valgte ut de 3 leverandørene som etter vårt skjønn var mest kvalifiserte og vi hadde samtaler med disse. Senere i prosessen ble disse innbudt til å justere sine tilbudspriser. De endelige tilbudsprisene ble registrert 18.06.04 kl. 16.30.

Det ble gjort en evaluering av tilbudene ifølge konkurransegrunnlagets pkt. 3.5. Konkurransen er avgjort på grunnlag av en vurdering av produktet som blir tilbudt opp mot totalkostnadene oppdraget vil påføre oss.

Etter en totalvurdering fant vi ut at Paulsen RI hadde det beste tilbudet for oss. Flere av tilbudene var prismessig og kvalitetsmessig like. ”Dokumentert kompetanse og erfaring med tilsvarende oppdrag” ble til slutt utslagsgivende for vår vurdering av hvilken tilbyder som gav oss det mest optimale forholdet mellom pris og kvalitet på tjenesten.”

- (9) Klager anmodet om en nærmere begrunnelse for tildelingen. Innklagede skrev følgende tilbake:

”Tre tilbydere ble valgt ut til samtaler: Hålogaland Plankontor, Sweco Grøner og Paulsen RI. Endelige tilbudspriser registrert 18.06.04 kl. 16.30:

<i>Hålogaland Plankontor:</i>	<i>229 800,-</i>
<i>Sweco Grøner:</i>	<i>325 000,-</i>
<i>Paulsen RI:</i>	<i>230 000,-</i>

Den valgte leverandøren har lagt med en referanseliste over reguleringsplaner de på forskjellig vis har vært med på å utarbeide i Finnmark. Det som har blitt vurdert som bedre ved denne leverandørens kompetanse og erfaring i forhold til tilsvarende dokumentasjon fra dere er erfaringer med hyttereguleringer i Finnmark, og kjennskap til de spesielle eiendomsforholdene i Finnmark, herunder Jordsalgsloven.”

- (10) Av innklagedes tilsvaer til klagenemnda fremkommer følgende evaluering av tilbudene:

Tildelingskriterium:	Viktighet (1-3)	Klager		Paulsen RI	
		Score	Score m/vektning	Score	Score m/vektning
<i>Dokumentert kompetanse og erfaring med tilsvarende oppdrag</i>	3	4	12	5	15
<i>Positive referanse kunder</i>	3	4	12	6	18
<i>Dokumentert kapasitet til å utføre oppdraget</i>	1	2	2	2	2
<i>Dokumentert kvalitetssystem/internkontroll</i>	1	3	3	2	2
<i>Tilbyders forbehold og estimering av kostnadskonsekvensen av disse</i>	2	5	10	5	10
<i>Enhetspris for det enkelte prosjekt</i>	2	5	10	5	10
<i>Timepris for tilleggsarbeider</i>	2	5	10	4	8
		28	59	29	65

- (11) Kontrakt er inngått med Paulsen RI.

Klager har i det vesentlige anført:

- (12) Innklagede har brutt kravet til god anbuds- og forretningsskikk ved at tilbudssummene ble gjort kjent for alle deltakerne i konkurransen.
- (13) Det er ikke gjennomført reelle forhandlinger. Innklagede har kun bedt om nytt pristilbud. Dette er i strid med kravet til god forretningsskikk ettersom de øvrige leverandørene var kjent med klagers pris.

- (14) Det fremgikk ikke av tildelingskriteriene at erfaring med planlegging av hytteområder i Finnmark skulle være relevant ved vurdering av leverandørenes kompetanse.
- (15) Erfaring fra planlegging av hytteområder andre steder må uansett anses likeverdig med erfaring fra Finnmark. Noe annet må anses som diskriminerende. Det er ingen grunner til at planarbeid i Finnmark skiller seg ut fra annet planarbeid.
- (16) Klager mener å ha tilbudt kompetanse og erfaring som langt overstiger den som valgte leverandør besitter. Klagers personell besitter høy formal- og realkompetanse innenfor utarbeidelse av reguleringsplaner. Valgte leverandør har ingen formalkompetanse innenfor fagområdet, reguleringsarbeide må i beste fall karakteriseres som en bigeskjeft.
- (17) Innklagede har ikke vurdert kriteriet ”positive referanse kunder” på en tilfredsstillende måte. Ingen av referansefirmaene oppgitt i tilbudet har blitt kontaktet.
- (18) Klagenemnda bes vurdere erstatningsspørsmålet.

Innklagede har i det vesentlige anført:

- (19) Etter innklagedes skjønn er forhandlingsadgangen oppdragsgivers verktøy. Man kan ikke se at klager har noen rett til å kreve forhandlinger utover det innklagede har behov for.
- (20) Det finnes ingen regler som forhindrer oppdragsgiver å opplyse om prisene i en konkurranse med forhandling.
- (21) Tilbyderne ble under forhandlingene stilt spørsmål om finnmarksforhold. Klager viser i sin klage manglende forståelse rundt finnmarksproblemene ved at det bemerkes at det ikke er noe spesielt knyttet til reguleringsarbeid i Finnmark.
- (22) Klager har ikke dokumentert at formelle regler er brutt. Statskog har lagt vekt på å etterleve prinsippene i anskaffelsesloven for å sikre reell konkurranse om oppdraget. Når en ved avslutningen av forhandlingene sitter tilbake med flere relativt likeverdige tilbydere vil det subjektive skjønn være avgjørende. Dette skjønnet kan ikke overprøves, men kontrolleres for bruk av kriterier som er illojale mot loven. Klager har i så måte en bevisbyrde som klagen ikke oppfyller.

Klagenemndas vurdering:

- (23) Klager har deltatt i konkurransen og har således saklig klageinteresse, jf klagenemndeforskriften § 6. Anskaffelsen er etter sin art og verdi underlagt reglene i forskrift om offentlige anskaffelser del I og III, jf § 2-2.

Meddelelse om tilbudspriser før forhandlingene

- (24) Anskaffelsen skulle gjennomføres etter konkurranse med forhandlinger. Det følger av lov om offentlige anskaffelser § 5 at oppdragsgiver skal opptre i samsvar med god forretningsskikk, jf. også forskriftens §§ 3-1 annet ledd og 16-3 femte ledd.
- (25) Forskrift om offentlige anskaffelser setter ikke forbud mot at oppdragsgiver gjør deltagerne i en konkurranse med forhandling kjent med tilbudsprisene som er oppgitt av de øvrige deltagere. Klagenemnda har oppfattet det slik at det å gi meddelelse om konkurrentenes priser ikke er i samsvar med praksis som er etablert som god

forretningsskikk for konkurranse med forhandlinger. Det vises til forslag om regler for forhandlede konkurranser i NS 8410, hvor det fremgår at prisene ikke skal oppgis til de øvrige leverandørene under forhandlingene. I NOU 1997:21 er det også lagt til grunn at man ikke kan meddele konkurrentenes priser ved forhandlede konkurranser.

Reelle forhandlinger?

- (26) Anskaffelsesmyndigheten må ha stor frihet i å tilrettelegge forhandlingene på en tjenlig måte, under tilbørlig hensyn til kravene til likebehandling, taushetsplikt og god forretningsskikk. Innklagede har gitt de tre utvalgte leverandørene mulighet til å inngi reviderte pristilbud. I den foreliggende sak anser klagenemnda dette som tilstrekkelig for å ivareta kravet til reelle forhandlinger.

Vurdering av ”dokumentert kompetanse og erfaring med tilsvarende oppdrag”

- (27) Under kriteriet ”*Dokumentert kompetanse og erfaring med tilsvarende oppdrag*” har innklagede vektlagt positivt at den valgte leverandør hadde erfaring med utarbeidelse av reguleringsplaner i Finnmark.
- (28) Klagenemnda stiller spørsmål ved om et krav om erfaring spesielt fra Finnmark er tilstrekkelig saklig begrunnet i denne saken, men kommer uansett til at utformingen av kriteriet ikke åpner for å vektlegge dette. Ordlyden – ”tilsvarende oppdrag” – gir ikke en god nok indikasjon på at erfaring spesielt fra Finnmark skulle være et relevant moment. Klagenemnda finner derfor at innklagedes evaluering fremstår som uventet for leverandørene. Evalueringen er således i strid med kravet til forutberegnelighet, jf. lov om offentlige anskaffelser § 5.
- (29) Den formelle kompetansen – de utførende personers utdanning – må utgjøre et relevant moment ved bedømmelsen etter dette kriteriet. Klagenemnda ser at klager gjentatte ganger har bedt om en forklaring på evalueringen av leverandørenes formelle kompetanse. Innklagede har besvart klagers henvendelser med å vise til at man har kommet frem til resultatet etter en helhetsvurdering. Heller ikke under saksforberedelsen for klagenemnda har innklagede kommentert evalueringen nærmere. Ved å ikke ha gitt en forklaring på dette, finner klagenemnda at innklagede har brutt kravet til etterprøvbarehet, jf. lov om offentlige anskaffelser § 5.

Vurdering av ”positive referansekunder”

- (30) Innklagede har vurdert Paulsen RI til karakteren 6 under dette tildelingskriteriet, mens klager har oppnådd karakteren 4. Noe nærmere forklaring på forskjellen i karaktersettingen er ikke gitt av innklagede. Klagenemnda finner at evalueringen også på dette punkt er i strid med kravet til etterprøvbarehet, jf. lovens § 5.

Konklusjon:

Statskog v/Finnmark jordsalgskontor har brutt lov om offentlige anskaffelser § 5 om at oppdragsgiver skal opptre i samsvar med god forretningsskikk, jf. også forskriftens §§ 3-1 annet ledd og 16-3 femte ledd, ved å meddele konkurrentenes priser i en konkurranse med forhandling.

Statskog v/Finnmark jordsalgskontor har brutt lov om offentlige anskaffelser § 5, ved ikke å gjøre det klart at erfaring spesielt fra Finnmark ville bli vektlagt.

Statskog v/Finnmark jordsalgkontor har brutt kravet til etterprøvbarhet i lov om offentlige anskaffelser § 5, ved å ikke gi forklaring på evalueringen av leverandørenes formelle kompetanse, og ved å ikke gi en forklaring på evalueringen av kriteriet ”positive referansekunder”.

For klagenemnda, 20. juni 2005

Per Christiansen