



Klagenemnda for offentlige anskaffelser

Klager deltok i en konkurranse angående forprosjektering for nytt Ulefoss Vannverk. Konkurranses grunnlagets opplysninger om tildelingskriterier var uklare ved henvisninger til regelverk anbefalt av en bransjeorganisasjon. I evalueringen av tilbudene la innklagede blant annet vekt på to tildelingskriterier, □Oppdragsgivers erfaring med rådgiveren□ og □Nærhet□. Disse tildelingskriteriene var ikke angitt i konkurransegrunnlaget og var dessuten ikke i overensstemmelse med regelverkets krav til likhet og forutberegnelighet. Tildelingskriteriet □Ytelser og pris□ var ikke tillagt for liten vekt i vurderingen, men innklagedes håndtering av tildelingen var i strid med kravet til etterprøvbarehet. Innklagede hadde dessuten foretatt en uhjemlet rettelse i klagerens pristilbud.

Klagenemndas avgjørelse 23. august 2004 i sak 2004/189

Klager: Hjellnes COWI AS

Innklagede: Nome kommune

Klagenemndas medlemmer: Kai Krüger, Siri Teigum og Andreas Wahl

Saken gjelder: Oppdrag under terskelverdiene på forsyningssektorene. Krav til forutberegnelighet, likebehandling og etterprøvbarehet, vekting av tildelingskriteriene, endringer i tilbudt pris.

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

Sakens bakgrunn:

- (1) Nome kommune (heretter ☐ innklagede ☐) kunngjorde 3. juni 2004 en åpen anbudskonkurranse angående forprosjektering for nytt Ulefoss Vannverk. Konkurransen ble utlyst med henvisning til det økonomisk mest fordelaktige tilbud som tildelingskriterium. I konkurransegrunnlaget var tildelingskriteriene angitt på følgende måte:

☐ Ved valg av konsulent, vil vi benytte de vurderingskriterier som Rådgivende Ingeniørers Forening (RIF) anbefaler med noen endringer. I dette inngår kompetanse, sikkerhet, kapasitet, prosjektgjennomføring, ytelser og pris nærmere spesifisert og detaljert. Det er lagt vekt på følgende punkter: Kompetanse, benyttelse av eget personell, leveringstid og fremdrift samt pris og referanser på pris. ☐
- (2) I RIFs (Rådgivende Ingeniørers Forening) skjema, som konkurransegrunnlaget viste til, inngår 7 hovedpunkter med 3 underpunkter for hvert hovedpunkt. Hovedpunktene var Kompetanse, Sikkerhet, Kapasitet, Nærhet, Prosjektgjennomføring, Oppdragsgivers erfaring med rådgiveren, Ytelser og Pris. Ved bruk av matriser basert på dette skjemaet ble det i skjemaet ført kolonner for Vekttall, Karakter (skala 1-5) med 5 som beste karakter) summert ut som ☐ Sum ☐. Dette oppsettet er ikke en del av RIF-matrisen, men ble opprettet og anvendt av innklagde i tilbudsevalueringen. Vekttall og karakterer i matrisen var ikke tilgjengelig for tilbyderne, men har vært tilgjengelig for klagenemnda med sikte på eventuell sak .
- (3) I likhet med seks andre leverandører leverte Hjøllnes COWI AS (heretter ☐ klager ☐) inn tilbud. Tilbudet satte en total honorarramme på 233.700. Med tillegg for kopiutgifter og kjøreutgifter var totalbeløpet eks. mva på 239.700. Klagers tilbud var etter anbudsåpning dermed det laveste i sum, men klager nådde likevel ikke fram i konkurransen. I rubrikken ☐ Kompetanse ☐ (vekttall 2 i skala fra 1-4) oppnådde klager og den tilbyder som ble valgt den samme ☐ og høyeste - poengsum. I rubrikken ☐ Nærhet ☐ varierte klagers karakterer mellom 2 og 3. Under rubrikken ☐ Oppdragsgivers erfaring med rådgiveren var ført som karakter 0.
- (4) I klagers tilbud ble det varslet at man ville supplere egen kompetanse på VA-teknikk/prosess med ressurser fra SINTEF. I tilbudets kapittel 2.5. for honorarer var det ført to kolonner for henholdsvis timetall og beløp. Innklagede etterspurte spesifikasjoner i 12 grupper av ytelser, og i gruppen ☐ Valg av renseprosess ☐ hadde klager ført opp i rubrikken for timer ☐ 40 + Sintef ☐ med honorar i sum 63.000. Summert med de øvrige grupper fremkom tilbudssummen på i alt 239.700, som også ble referert av innklagde som anbudssum etter åpning. Nest laveste tilbyder SWECO Grøner, som vant konkurransen, hadde som tilbudssum 249.000.

- (5) Innklagede tolket klagerens tilbud slik at det i referansen til Sintef var tatt forbehold om et ukjent antall timer. I en håndskrevet påtegning bemerkes det

□NB pris på spesialkompetanse (Sintef) er ikke med her. Det vil her ikke være usannsynlig med et tillegg på 10-20.000 for Sintef.□

- (6) I matrisen ble karakterene på punktene 1-6 samt punkt 7.3 satt ut fra en skala fra 0-5 der 5 var beste karakter. Karakterer på punkt 7.1 og 7.2 ble gitt ved å multiplisere maksimumskarakteren, 5, med laveste pris delt på maksimal pris.
- (7) Totalt ble klagers tilbud tildelt 102,3 poeng mens konkurrerende anbyder SWECO Grøner fikk 101,77 poeng. Utrekningen av klagers poengsum ble imidlertid gjort med forbehold om at prisen kunne bli 10-20.000 kr dyrere.
- (8) Klager nådde ikke opp i siste runde i konkurransen, og innklagede valgte SWECO Grøner for oppdraget. Innklagedes begrunnelse for valget i brev til klager 21.7. refererer 4 punkter: spesialkompetanse, erfaring med ozonering og biofiltrering, referanseoppdrag for annet vannverk samt nest laveste pris. Innklagede anså SWECO Grøner for å ha levert det økonomisk mest fordelaktige tilbudet.
- (9) I innklagedes senere tilsvare til klagenemnda 13.8..2004 begrunnelsen for tildelingen til SWECO Grøner utdypet slik av avdelingssjefen for Teknisk etat:
- Prisen har hatt betydning for valget. Samtlige andre tilbud er estimert med en øvre antatt ramme for kostnadene. I tilbudet til Hjellnes COWI var det ikke estimert en pris på ekstern innleie av spesialkompetanse (her SINTEF). Det står her at det estimeres en sum + timene til SINTEF uten at det gjøres rede for hvilke beløp dette kan utgjøre. Etter min mening kunne det vært aktuelt, dog satt litt på spissen, å avvise tilbudet som ikke fullstendig da det ble spurt etter en antatt øvre ramme. Prisen fra Hjellnes COWI inneholder et ukjent tillegg□ Hadde den oppgitte prisen inkludert et estimert antall timer til SINTEF ville nok valget vært Hjellnes COWI og ikke SWECO Grøner.□*
- (10) Innklagede har avventet kontraktsinngåelse for å se resultatet av klagenemndas behandling.

Klager har i det vesentligste anført:

- (11) Innklagede har brutt regelverket for offentlige anskaffelser.
- (12) *Kravet til forutberegnelighet:*
Tildelingskriteriene *Oppdragsgivers erfaring med rådgiveren* og *Nærhet* er ikke angitt i konkurransegrunnlaget. Kravet til forutberegnelighet er dermed til hinder for at innklagede legger vekt på nevnte kriterier i vurderingen av tilbudene.
- (13) *Kravet til likebehandling:*
Når innklagede har gitt klager 0 poeng på kriteriet *Oppdragsgivers erfaring med rådgiveren*, er dette i strid med kravet til likebehandling. Kravet til likebehandling er også til hinder for at innklagede legger vekt på *Nærhet*, særlig ettersom reisetid og reiseomkostninger inngår i tilbudssummen.
- (14) *Vektlegging av tildelingskriteriet □Ytelser og pris□:*
Den vurderingsmetoden som var fastsatt i forhold til priskriteriet, førte til at et tilbud med 10 % høyere pris enn den laveste, ble tildelt 4,5 poeng i motsetning til laveste pris som fikk 5 poeng. Ved å evaluere priskriteriet på denne måten blir prisen tillagt for liten vekt i den totale bedømmelsen.
- (15) *Bedømmelsen av tildelingskriteriet □Ytelser og pris□:*
Årsaken til den valgte angivelse av timer er at Sintefs tilbud er gitt som en rund sum, ikke som en timebasert ytelse. I kolonnen for □Honorar□ står det en eneste sum, kr 63.000, uten noen form for reservasjon. Dette inkluderer selvfølgelig Sintefs honorar og er ført til sum. Det er dessuten gitt på samme side at høyeste timerate for eventuelle tilleggsarbeider er kr 630,-. 40 timer à kr 630 blir kr 25.200. Resten av summen er Sintefs honorar som altså er inkludert i summen. Tilbudt pris kommer følgelig klart frem av tilbudet, og innklagede har ikke foretatt en forsvarlig bedømmelse av tildelingskriteriet *Ytelser og pris*.

Innklagede har i det vesentligste anført:

- (16) Innklagede bestrider å ha brutt regelverket for offentlige anskaffelser.
- (17) *Kravet til forutberegnelighet:*
Konkurransegrunnlaget opplyste om at det sett av tildelingskriterier som er utarbeidet av RIF, skulle benyttes med noen endringer. Leverandørene ble dermed gitt beskjed om at innklagede aktet å behandle deltakerne i konkurransen etter samme oppsett, og dette er gjort. For å få en så rettferdig konkurranse som mulig ble det opplyst om de tildelingskriteriene som ble ansett viktigst.

- (18) *Kravet til likebehandling:*
Klager ble gitt karakter 0 på *Oppdragsgivers erfaring med rådgiver* fordi en ny rådgiver vil mangle kunnskap om kommunens organisasjon og lokaliseringen av forskjellige installasjoner som omfattes av tilbudet. Siden kommunens personale må gi relevante opplysninger, vil de påføres en økt belastning.
- (19) Nærhet er vektlagt fordi ekstrabefaringer vil bli rimeligere jo nærmere leverandøren er lokalisert. Klager er lokalisert i Oslo og har samarbeidspartner i Trondheim. For øvrig er tildelingskriteriet *Nærhet* nesten ikke vektlagt i evalueringen.
- (20) *Vektlegging av tildelingskriteriet □ Ytelser og pris □:*
Prisen er gitt tilstrekkelig vekt i vurderingen.
- (21) *Bedømmelsen av tildelingskriteriet □ Ytelser og pris □:*
Innklagede oppfattet tilbudet, slik det er formulert, som at det inneholdt et ukjent tillegg. Dette måtte få betydning for evalueringen av priskriteriet.

Klagenemndas vurdering:

- (22) Klager har deltatt i konkurransen og har saklig klageinteresse, jf forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig.
- (23) Etter sin art er anskaffelsen omfattet av forskrift om innkjøpsregler for oppdragsgivere innen vann- og energiforsyning, transport og telekommunikasjon (forsyningssektorene) 5. desember 2003 nr. 1424. Siden kontraktens anslåtte verdi er under terskelverdiene, kommer nevnte forskrift imidlertid ikke til anvendelse, jf forskriftens § 11. Innklagede er likevel forpliktet til å overholde de grunnleggende krav i lov om offentlige anskaffelser § 5, og det er ut fra disse klagenemnda foretar sin vurdering. Når innklagede dertil velger å utlyse oppdraget som åpen anbudskonkurranse med henvisning til et foreliggende konkurransegrunnlag, må dette forstås slik at innklagede i utgangspunktet har fastsatt spilleregler for konkurransen svarende til dem som ville fått anvendelse ved en påbudt anbudskonkurranse på de punkter som er aktuelle i denne saken.
- (24) *Kravet til forutberegnelighet □ lovens § 5 tredje ledd*
Det følger av lovens § 5 tredje ledd at innklagede er forpliktet til å sikre hensynet til forutberegnelighet gjennom hele anskaffelsesprosessen. Dette vil også gjelde selv om forskriften ikke kommer til anvendelse. Når tildelingskriteriene, som her, er angitt i konkurransegrunnlaget, oppstår det uklarheter når innklagede samtidig har forutsatt at en bransjeorganisasjons (RIF) matriser for evaluering skal anvendes uten å sitere

hvilket forhold som skal bestå mellom det som er uttrykkelig nevnt i konkurransegrunnlaget og matrisen som det henvises til.

- (25) Innklagede valgte ikke å kunngjøre vektall og prosedyrer for karaktersetting □ og har varslet om dette i konkurransegrunnlaget. Ved dette var det tilsiktet en noe større fleksibilitet enn det som ellers ville gjelddt om vektingskriteriene og karakterskalaen var blitt gjort tilgjengelig i kunngjøringen eller konkurransegrunnlaget. Klagenemnda har i sin praksis tolket regelverket slik at det formelt ikke kan stilles krav om at annet enn tildelingskriteriene blir gjort kjent i forkant av konkurransen. Dette må gjelde hva enten det er tale om påbudt anbudskonkurranse eller anbudskonkurranse som et fritt valg for anskaffelsesmyndigheten, men da slik at anskaffelsesmyndigheten i siste tilfelle har større herredømme over prosedyren. Forutsetningen om at prioriteringen av delkriterier □ om mulig □ skal oppgis (forskriftens § 10-2 (2) og 17-2 (2)) er i nemndas praksis tolkes i overensstemmelse med EF-domstolens sak C-470/99 (Universale-Bau). Dommen fastslår at hvis anskaffelsesmyndigheten anvender forhåndsfastsatte standard normer for vektning og karaktersetting av tilbudene, skal slike kunngjøres. I dette tilfellet var markedet gjort kjent med innklagdes generelle momenter for vektlegging og med at man i tillegg ville anvende bransjeforeningen RIFs 7 punkter med ulike presiseringer. Men verken de vektall eller den karakterskala innklagde anvendte var tilkjennegitt i forveien. Hvorvidt det her var tale om vektningstall fastsatt i forveien er etter sakens opplysninger uklart. Til det kommer at rekkevidden av EF-domstolens avgjørelse kan diskuteres når det gjelder et tilfelle som dette, der det ikke gjelder påbudt anbudskonkurranse etter forskriftens Del II. Nemnda anser det etter dette ikke dokumentert at innklagede har brutt de krav som kan bygges på lovens § 5.
- (26) Klagenemnda finner at tildelingskriteriene *Oppdragsgivers erfaring med rådgiver*, slik de er anvendt i denne konkurransen, må antas å være i strid med kravet til likebehandling, jf loven § 5 første ledd. Som klageren påpeker, vil en preferanse for oppdragstagere innklagede kjenner fra før, være i strid med likhetsprinsippet i § 5 første ledd. Også kravet til □ *Nærhet* □ er i strid med kravet til likebehandling så langt det ikke er tale om saklige krav til responstid og konkret befatning med oppdraget ut over det som kan ordnes fra oppdragstagers lokalisering i annen landsdel.
- (27) *Vektlegging av tildelingskriteriet □ Ytelser og pris □*: Konkurransgrunnlaget opplyste ikke om noen prioritering av tildelingskriteriene. Innklagedes skjønnsutøvelse ved evalueringen av tilbudene må likevel foretas innenfor visse rammer. En helt uventet vektlegging av enkelte tildelingskriterier kan fremstå som usaklig eller vilkårlig. Kriteriene kan heller ikke gis en bestemt vekt i den hensikt å favorisere en bestemt leverandør. I en konkurranse som den foreliggende, der elementet av innsatsforpliktelse er betydelig, kan det ikke komme uventet at også andre kriterier enn pris er tungtveiende i vurderingen. Slik klagenemnda ser det, kan derfor ikke innklagedes vektlegging av tildelingskriteriet *Ytelser og pris* fremstå som usaklig eller vilkårlig.

- (28) Klagers tilbud var formelt sett det laveste i konkurransen, jfr. at «ytelser og pris» er uttrykkelig nevnt i konkurransegrunnlaget. Klagenemnda bemerker at klagers punktvis prising av ytelsene ikke er helt utvetydig siden det opereres med et antall timer med tillegg «+ Sintef», som innklagede har tolket dit hen at beløpet for denne rubrikken 63.000 ikke er den endelige sum. Klagenemnda mener likevel at usikkerheten er så vidt liten at den naturlige forståelse av klagerens tilbud er å oppfatte både denne summen og sluttsummen 239.700 som et bindende tilbud. Når beløpet er ført til sum, kan klagenemnda ikke se at det er rom for uklarheter omkring den tilbudte pris. Innklagede har derfor foretatt en endring i klagerens tilbud i strid med prinsipper nedfelt i forskriftens § 9-1 (1) og § 16-1 (1). Her er det tale om grunnleggende prinsipper for all anbudskonkurranse som derfor får anvendelse også i den foreliggende sak. Separate kolonner for timetall og pris er ikke en del av konkurransegrunnlaget, og det fremstår som lite tvilsomt at tilbyder ville hatt risikoen for den uklarhet som kunne knytte seg til at enhetspriser er koblet til timetall. Dermed er klageren lavest i pris, og ville etter innklagedes eget matriseressystem kommet ut med høyeste poengsum, slik innklagede også har lagt til grunn før påplussingen for Sintef-timene ble foretatt. Klager har således brutt regelverket ved å endre klagers tilbud.
- (29) *Krav til etterprøvbarehet i lovens § 5 tredje ledd.*
Klagenemnda viser til at innklagedes begrunnelse for valget av SWECO Grøner skjedde i en situasjon der klageren etter konkurransegrunnlagets matriser kom ut med høyest poengsum. På de 3 punkter der den konkurrerende tilbyder SWECO Grøner vant (spesialkompetanse og erfaring) kom også klageren ut med samme topp score i poengtall. Preferansen for SWECO Grøner anser klagenemnda derfor som tvilsom. Det rimer ikke med dette at innklagede i sin første begrunnelse og i sin senere utdypning for klagenemnda har anført at klageren likevel ikke nådde opp, ikke en gang i siste runde før tildeling, til tross for klageren nettopp på de avgjørende punkter hadde samme poengsum som SWECO Grøner. Siden forskjellen mellom laveste (klagers) og nest laveste tilbud (SWECO Grøner) bare var på ca 10.000, kunne man ut fra innklagedes «uriktig» vektlagte - forutsetninger argumentert med at Sintef-tillegg vippet i klagers favør. Men det er ikke dette innklagede har anført overfor klagenemnda. Ved dette gir saken et inntrykk av at det under den interne saksbehandling er gjort vilkårlige vurderinger, noe klagenemnda må kunne vurdere selv om innklagede overfor markedet har holdt sitt karaktersystem for seg selv. Klagenemnda viser til sin drøftelse ovenfor og mener at innklagedes saksbehandling er i strid med kravet til etterprøvbarehet i lovens § 5.

Konklusjon:

- (30) Innklagede har brutt kravene til forutberegnelighet i lovens § 5 tredje ledd ved ikke å gi tilstrekkelig klare opplysninger om hvilke tildelingskriterier som ville bli anvendt og hvordan evalueringen av tilbudene ville bli gjennomført i lys av dette.

- (31) Innklagede har brutt kravene til forutberegnelighet og likebehandling ved å kunngjøre og senere legge vekt på tildelingskriteriene *Nærhet* og *Oppdragsgivers erfaring med rådgiveren* i bedømmelsen av tilbudene.
- (32) Innklagede har foretatt uhjemlede endringer i klagerens pristilbud på en måte som kan ha påvirket utfallet av anbudskonkurransen, jf prinsippene i forskriftens § 9-1 (1) og § 16-1 (2) som gjelder for anbudskonkurranser generelt.
- (33) Innklagede har brutt kravet til etterprøvbarhet ved å gi en begrunnelse for sitt valg av tilbyder som fremstår som vilkårlig og dermed ikke var i samsvar med det system for evaluering av tilbudene som innklagde selv har lagt til grunn.

For klagenemnda,

23. august 2004

Kai Krüger