



Klagenemnda for offentlige anskaffelser

Innklagede kunngjorde en åpen anbudskonkurranse om prosjektering og bygging av tre pumpestasjoner for kloakk. Av konkurransegrunnlaget fremgikk det at den valgte prosedyren var konkurranse med forhandling. Det var oppgitt ulike tildelingskriterier i kunngjøringen og i konkurransegrunnlaget. Anskaffelsens verdi falt under de aktuelle terskelverdiene. Klagenemnda fant at innklagede hadde brutt lovens krav til forutberegnelighet, gjennomsiktighet og likebehandling i lov om offentlige anskaffelser § 5 ved å benytte flere sett tildelingskriterier og ved å endre prosedyreform i løpet av konkurransen.

Klagenemndas avgjørelse i sak 2004/19 den 3. desember 2004.

Klager: Jernbetong AS

Innklaget: Melhus kommune

Klagenemndas medlemmer: Kai Krüger, Siri Teigum, Andreas Wahl.

Saken gjelder: Valg av prosedyre. Forskjellig angivelse av tildelingskriterier i kunngjøring og konkurransegrunnlag.

Sakens bakgrunn:

- (1) Melhus kommune (heretter kalt innklagede) kunngjorde 12.08.2003 en åpen anbudskonkurranse om prosjektering og bygging av tre pumpestasjoner for kloakk. Tildelingskriteriene ble i kunngjøringen oppgitt slik:

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

☐ Tildelingskriterier: Det økonomisk mest fordelaktige tilbud vurdert på grunnlag av (i uprioritert rekkefølge):

1. *Leverings- eller ferdigstillingsdato.*
2. *Leveringssikkerhet.*
3. *Tilgjengelighet på reservedeler.*
4. *Service og teknisk bistand etter levering.*
5. *Driftskostnader.*
6. *Lønnsomhet.*
7. *Teknisk verdi.*
8. *Pris.*
9. *Kvalitet."*

(2) I konkurransegrunnlaget ble tildelingskriteriene oppgitt slik:

☐ *Valg av tilbud*

Melhus kommune legger følgende vurderingskriterier til grunn for valg av tilbyder/entreprenør:

- *pris*
- *kvalitet og garantier*
- *løsningsvalg og kompletthet*
- *service og tilgjengelighet*
- *driftskostnader og driftsvennlighet*
- *referanser fra tilsvarende prosjekter* ☐

(3) Konkurransegrunnlagets punkt 2.1 lød slik:

□2.1 Tilbudsgrunnlaget

Til grunn for tilbudskonkurransen legges NS3431. Anskaffelser skjer etter tilbud med forhandlinger. □

- (4) *Flere leverandører leverte inn tilbud, herunder Jernbetong AS (heretter kalt klager) og VA-Prosjekt AS (heretter kalt VA-prosjekt).*

Klager har i det vesentligste anført:

Manglende samsvar i oppgitte tildelingskriterier

- (5) Innklagede har angitt flere tildelingskriterier i kunngjøringen enn i konkurransegrunnlaget. Det er etter dette ikke klart angitt hvilke kriterier leverandørene skal forholde seg til. Innklagede har med dette brutt kravet til forutberegnelighet og etterprøvbarhet i lovens § 5.

Valg av prosedyreform

- (6) Innklagede har endret prosedyreform underveis i konkurransen. De har kunngjort en åpen anbudskonkurranse, mens det i konkurransegrunnlaget fremgår at prosedyren er konkurranse med forhandling.
- (7) Klager har også anført en rekke andre anførsler om brudd på regelverket. Blant annet anføres at innklagede enten har gjennomført ulovlige forhandlinger med den valgte leverandør eller har brutt likebehandlingsprinsippet ved å unnlate å forhandle med klager. Innklagedes vurderinger av tildelingskriteriene er mangelfulle, ukorrekte, uforsvarlige og mangler dokumentasjon. Videre er det anført at innklagede ulovlig har lagt vekt på positiv egenerfaring med den valgte leverandøren, og at begrunnelsen var mangelfull.

Erstatning

- (8) Klagenemnda anmodes om å uttale seg om erstatningsspørsmålet.**

Innklagede har i det vesentlige anført:

- (9) Innklagede bestrider å ha brutt regelverket om offentlige anskaffelser og har imøtegått klagers anførsler.

Bruk av tildelingskriterier

- (10) I konkurransegrunnlaget ble tildelingskriteriene listet opp. Til tross for at ordlyden i kunngjøringen er ulik, er det innholdsmessig ingen avvik i tildelingskriteriene. Evaluering og innstilling av tilbud er basert på de kriterier som er gitt i konkurransegrunnlaget. Det er ikke benyttet andre kriterier for å finne det beste tilbudet.

Valg av prosedyre

- (11) Det er riktig at innklagede ikke har vært entydig i valg av anskaffelsesprosedyre. Årsaken skyldes tastefeil fra innklagede. Anskaffelsesformen er imidlertid klart beskrevet i konkurransegrunnlaget. Innklagede har fulgt prosedyren konkurranse med forhandling, og det foreligger derfor ikke brudd på kravet til likebehandling.

Klagenemndas vurdering:

- (12) Klager har deltatt i konkurransen, og har saklig klageinteresse, jf forskrift om klagenemnd om offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig.
- (13) Anskaffelsen gjelder prosjektering og bygging av pumpestasjoner for kloakk, utlyst i august 2003. Anskaffelsene faller således etter sin art inn under forskrift om innkjøpsregler for oppdragsgivere innen vann- og energiforsyning, transport og telekommunikasjon (forsyningssektoren) fastsatt ved kgl res av 16. desember 1994, jf § 9 bokstav b) jf § 4 nr 1 bokstav a). (Ny forskrift 5.12.2003 nr 1424 trådte først i kraft fra 1.1.2004) Anskaffelsens verdi ligger under terskelverdiene for bygg- og anleggsprosjekter i forskriftens § 12, slik at det er lov om offentlige anskaffelser som regulerer anskaffelsen. Innklagede er således 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, jf KOFA sak 2004/189.

Valg av tildelingskriterier

- (14) Tildelingskriteriene ☐ leverings- eller ferdigstillingsdato ☐, ☐ leveringssikkerhet ☐, ☐ lønnsomhet ☐ og ☐ teknisk verdi ☐ forekommer bare i kunngjøringen, mens tildelingskriteriene ☐ løsningsvalg og kompletthet ☐ og ☐ referanser fra tilsvarende prosjekter ☐ bare forekommer i konkurransegrunnlaget. I tillegg er det i kunngjøringens tildelingskriterier ☐ tilgjengelighet på reservedeler ☐ og ☐ service og teknisk bistand etter levering ☐ fokusert på det materielle vedlikeholdet, mens konkurransegrunnlagets tildelingskriterium ☐ service og tilgjengelighet ☐ ikke har dette fokuset, men tilsynelatende legger mer vekt på den personelle servicen. I kunngjøringen lyder et av tildelingskriteriene ☐ driftskostnader ☐, mens det i konkurransegrunnlaget lyder ☐ driftskostnader og driftsvennlighet ☐. Fokuset på driftsvennligheten er således nytt ved konkurransegrunnlaget. Tilsvarende er vektleggingen av ☐ garantier ☐ i forbindelse med kriteriet ☐ kvalitet og garantier ☐ også nytt ved konkurransegrunnlaget. Tildelingskriteriene i kunngjøringen og konkurransegrunnlaget er således ikke innholdsmessig like.

- (15) Manglende konsekvens i opplisting av tildelingskriteriene i kunngjøring og konkurransegrunnlag gjør det lite forutberegnlig for leverandørene hvilke kriterier deres tilbud vil bli evaluert ut fra. Selv om ulike kriterier er beslektet og kanskje praktisk langt på vei sammenfallende, oppstår det med så mange endringer som er gjort i dette tilfellet usikkerhet mht hvilke kriterier som gjelder og hvordan de skal forstås. Innklagde har ved å operere med flere sett tildelingskriterier brutt lovens § 5 krav til forutberegnelighet. Nemnda finner ikke grunn til å vurdere om evt endringer i kriteriene ville ha vært lovlige.

Valg av prosedyre

- (16) Anskaffelsen er kunngjort som en ☐åpen anbudskonkurranse☐. Kunngjøringen må forstås slik at det ikke er lagt opp til en prosedyre med forhandlinger. Når innklagede i konkurransegrunnlaget nettopp legger opp til forhandlinger, er dette en vesentlig endring i forhold til kunngjøringen. Forhandlinger er grunnleggende uforenlig med anbudskonkurranse. Denne endringen er derfor i strid med kravene til forutberegnelighet, gjennomsiktighet og likebehandling, jf anskaffelsesloven § 5, jf KOFA sak 2004/54.

For øvrig

- (17) Klager har også fremsatt en rekke andre anførsler, blant annet vedrørende vektlegging av tidligere erfaring ved valg av leverandør, utøvelsen av skjønnet og begrunnelsen som ble gitt for valg av leverandør. Nemnda vil påpeke at det utgjør et brudd på kravene til likebehandling og etterprøvnbarhet i lov om offentlige anskaffelser § 5 å vektlegge egne erfaringer uten å kunne dokumentere at evalueringene er gjort på forsvarlig måte, jf KOFA sak 2004/243. Ettersom det er gjort grunnleggende feil i valg av konkurranseform og tildelingskriterier finner nemnda imidlertid det ikke hensiktsmessig å vurdere klagers øvrige anførsler nærmere.

Erstatning

- (18) Dersom en leverandør har forholdt seg til at en konkurranse er utlyst som en åpen anbudskonkurranse, og har hatt kostnader forbundet med utarbeidelsen av sitt tilbud, kan disse kostnadene vise seg å være bortkastede når prosedyren endres til en konkurranse med forhandling. Det vil da kunne være grunnlag for å kreve kostnadene erstattet.

Konklusjon:

Melhus kommune har brutt kravet til forutberegnelighet i lov om offentlige anskaffelser § 5 ved å operere med flere sett tildelingskriterier.

Melhus kommune har brutt kravet til forutberegnelighet, **gjennomsiktighet og likebehandling** i lov om offentlige anskaffelser § 5 ved å endre prosedyreform i løpet av konkurransen.

For klagenemnda, Oslo 3. desember 2004

Andreas Wahl