



Vedlegg.....	av:.....
Sak: 2004/203 - 10	

**Klagenemnda
for offentlige anskaffelser**

Saken gjelder konkurranse for oppføring av omsorgsboliger. Klagenemnda kom til at innklagede hadde brutt kravet til likebehandling ved å benytte tildelingskriteriet "Oppdragsgivers erfaring med tilbyder". Tildelingskriteriet "Øvrige økonomiske forhold" ble ikke ansett egnet til å identifisere det økonomisk mest fordelaktige tilbudet.

Klagenemndas avgjørelse 13. september 2004 i sak 2004/203

Klager: Bygg i Nord AS

Innklagede: Bardu kommune

Klagenemndas medlemmer: Per Christiansen, Svein Dahl, Morten Goller

Saken gjelder: krav til begrunnelsen, tildelingskriterier

Sakens bakgrunn:

- (1) Bardu kommune (heretter kalt "innklagede") kunngjorde 24. mars 2004 en anbudskonkurranse for oppføring av omsorgsboliger i Bardu. Før kunngjøringen ble det 23. mars 2004 gjennomført et orienteringsmøte med interesserte leverandører. Bygg i Nord AS (heretter kalt "klager") var en av flere leverandører som deltok på dette orienteringsmøtet.
- (2) Det ble konkurrert om å levere det økonomisk mest fordelaktige tilbudet. I konkurransegrunnlaget ble følgende angitt under overskriften "Byggherren legger vekt på følgende ved valg av tilbyder":

*"1. Det tilbudte produktet (arkitektonisk utforming, funksjonalitet, kvalitet, tilpassing til tomt og eksisterende bebyggelse etc.)
2. Pris
3. Leveringsdyktighet
4. Kompetanse og erfaring fra tilsvarende prosjekter
5. Oppdragsgivers tidligere erfaring med tilbyder
6. Øvrige økonomiske forhold
7. Eventuelle forbehold".*
- (3) Klager var én av fem leverandører som leverte tilbud, og klagers tilbud hadde den laveste nominelle prisen, 3.172.843 kr inkl mva.

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

(4) Den 24. mai ga innklagede klager telefonisk beskjed om at tilbudet fra Nordbohus AS ble ansett som det økonomisk mest fordelaktige. Klager ba samme dag kommunen om en begrunnelse for innstillingen. Innklagede sendte ut sin begrunnelse i brev datert 25. mai, og det ble samtidig gitt en klagefrist på ti dager.

(5) Klager fant ikke begrunnelsen tilfredsstillende og ba om en nærmere begrunnelse for innklagedes valg av leverandør. En mer utfyllende begrunnelse ble gitt av innklagede 2. juni. Innklagede fremhever her det valgte tilbudets fortrinn på følgende områder:

*" **Eстетisk, arkitektoniske utformingen:** Mest lik Menighetshuset i stil og utforming.*

***Planløsning:** Alle soverommene vender ut mot 'stille' rom i forhold til naboileiligheten, kjøkken er godt integrert mot stue, med spisebord som en del av stuen. Også god planløsning med tanke på pleie- og rehabiliteringsarbeider.*

***Bygningens plassering på tomte:** Nordbohus har klart å plassere bygningene på en genial måte, både med tanke på skjerming, snørydding og plassering av garasje med tilhørende gjesteparkering."*

(6) I begrunnelsen konkluderer innklagede med at:

"Valgte leverandør har totalt sett en løsning som tilfredsstiller de krav som plankomiteen har lagt til grunn i konkurransegrunnlaget, kostnadsmessig ligger dette planforslaget kr 295 933, - over laveste prisforslag. I tilbudsgrunnlaget/kravspesifikasjonen var det lagt mest vekt på planløsning og tomteløsning fremfor pris. I dette tilfellet var prisforskjellen så liten at det likevel var kostnadsmessig fordelaktig, hadde prisforskjellen vært vesentlig større hadde nok utfallet blitt noe annet.

Plankomiteen har vært av den oppfatning at her skulle en satse på gode løsninger som tilfredsstilte beboerne, ansatte, tomt og omkringliggende bygningsmasse. Derfor ble det lagt mye arbeider i forkant av tilbudskonkurransen, bla. Orienteringsmøte med interesserte tilbydere/leverandører. Tilbudsgrunnlaget har vært likt for alle, men dessverre så var ikke beste planløsning 'billigst'. Når en leverandør har meldt sin interesse på de premissene som her lå til grunn uten at det ble gitt noen signaler ved orienteringsmøtet, da har en samtidig 'godtatt' at beste planløsning ble rangert før pris."

(7) Klager valgte å klage på innklagedes valg av tilbud. Denne klagen ble ikke tatt til følge av innklagede som ga følgende begrunnelse for sin beslutning:

"Noen av de viktigste poengene i denne sammenhengen, som ikke er nevnt tidligere, er at alle leilighetene i Nordbohus sitt forslag er like i utforming. Brukerne av disse leilighetene er personer som er avhengig av 'faste rammer' å forholde seg til når de omgås hverandre. Dvs. at de skal kunne 'kjenne seg igjen' selv om de går inn i naboileiligheten.

Når dere argumenterer med at det er lydkrav til vegg mellom leiligheter, så vet vi av erfaring at leietakere med denne brukergruppen bla. liker musikk. Det spilles høyt og det spilles til 'alle' døgnets tider, derfor vil en 'buffersoner' bestående av bad og bod være den beste lydisoleringen i tillegg til vegg med krav til lydisolering."

(8) Innklagede har avventet kontraktsinngåelse for å se resultatet av klagenemndas behandling.

Klager har i det vesentligste anført:

- (9) Innklagede har brutt regelverket for offentlige anskaffelser.
- (10) Bruken av orienteringsmøte er i strid med kravene til likebehandling og konkurranse. Selv om klager selv deltok på møtet, ønskes en avgjørelse fra klagenemnda på dette punkt.
- (11) Den opprinnelige begrunnelsen for valg av tilbud oppfyller ikke kravene i forskriften § 17-3. Innklagedes nærmere begrunnelse ble bare sendt til klager og ikke til de øvrige leverandørene. Dette er i strid med samtidighetskravet i § 17-3 (2) jf § 17-3 (1).
- (12) Heller ikke den nærmere begrunnelsen tilfredsstiller de innholdsmessige kravene i § 17-3. Klager må gis mulighet til å vurdere om innklagede har truffet sin avgjørelse på korrekt faktum, og at avgjørelsen ikke er vilkårlig eller grovt urimelig. Begrunnelsen må derfor redegjøre for hvilket faktum som er lagt til grunn, og hvorfor det valgte tilbudet anses bedre enn de øvrige tilbudene.
- (13) Innklagede har gjennom klageprosessen forandret sin begrunnelse flere ganger. Dette indikerer at begrunnelsen er fabrikkert i ettertid, og vurderingen er ikke truffet på grunnlag av forsvarlig saksbehandling, jf forskriften § 3-1.
- (14) Tildelingskriteriene som er anvendt, er angitt så vagt at de åpner for en for stor grad av skjønnsutøvelse. Utformingen av tildelingskriteriene strider følgelig mot kravene til forutberegnelighet, gjennomsiktighet og etterprøvnbarhet.
- (15) Innklagede har under overskriften "Byggherren legger vekt på følgende ved valg av tilbyder" blandet sammen tildelingskriterier og kvalifikasjonskrav. Kvalifikasjonskrav er således urettmessig tillagt vekt i valg av tilbud.

Innklagede har i det vesentligste anført:

- (16) Innklagede bestrider å ha brutt regelverket for offentlige anskaffelser.
- (17) Klager deltok selv på orienteringsmøte og har derfor ikke saklig interesse i å få behandlet anførselen knyttet til bruken av slikt møte.
- (18) Den opprinnelige begrunnelsen var muligens knapp i forhold til kravene i forskriftens § 17-3. Et eventuelt brudd her er uansett reparert gjennom innklagedes nærmere begrunnelse. Klager har ikke saklig interesse i å få behandlet spørsmålet om også øvrige leverandører skulle fått den nærmere begrunnelsen tilsendt. Ingen andre leverandører har klaget på innklagedes tildelingsbeslutning.
- (19) Begrunnelsen er ikke endret, men utdypet i løpet av klageprosessen for å gi klager tilstrekkelig informasjon.
- (20) Tildelingskriteriene tilfredsstiller krav til objektivitet og presisjon. Enkelte tildelingskriterier er etter sin art slik at de må bedømmes på grunnlag av et visst skjønn. Tilbudene er vurdert av kompetente personer hva gjelder design og

utforming.

- (21) Konkurranses grunnlagets punkt om "valg av tilbyder" er ikke uklart. Samtlige sju punkter som er opplistet, er tildelingskriterier.

Klagenemndas vurdering:

- (22) Klager har deltatt i konkurransen og har i utgangspunktet saklig klageinteresse, jf forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig.
- (23) Enkelte av klagers anførsler relaterer seg til innklagedes forpliktelser overfor øvrige leverandører i konkurransen. Siden disse anførselene ikke berører klagers rettsposisjon, finner klagenemnda ikke grunn til å komme nærmere inn på anførselene. Klagenemnda vil følgelig bare ta stilling til spørsmålene om lovligheten av de anvendte tildelingskriteriene, om innklagedes begrunnelse for valg av tilbud oppfyller de innholdsmessige kravene i forskriften § 17-3, og om kravet til forsvarlig saksbehandling er overholdt.

Lovligheten av de anvendte tildelingskriteriene

- (24) Tre av de opplistede tildelingskriteriene - *Kompetanse og erfaring fra tilsvarende prosjekter, Oppdragsgivers tidligere erfaring med tilbyder og Øvrige økonomiske forhold* - viser til en vurdering av forhold ved leverandøren. Selv om utgangspunktet er at leverandørens egenskaper skal vurderes i kvalifikasjonsfasen, åpnes det for å vurdere forhold ved leverandøren gjennom tildelingskriterier dersom kriteriene er tilknyttet kontraktens gjenstand og representerer en verdi for oppdragsgiver.
- (25) Oppdraget det ble konkurrert om, består av en innsatsforpliktelse, og klagenemnda finner derfor at en vurdering av leverandørens *kompetanse og erfaring* kan ha vært relevant i vurderingen av hvilket tilbud som er det økonomisk mest fordelaktige.
- (26) Annerledes stiller det seg med kriteriet *Øvrige økonomiske forhold*. Det følger av forskriften § 12-5 at leverandørens finansielle og økonomiske stilling kan vurderes i kvalifikasjonsfasen. Klagenemnda kan ikke se at en ytterligere vurdering av leverandørens økonomiske stilling kan ha hatt nevneverdig verdi for innklagede. Tildelingskriteriet er derfor i strid med forskriften § 17-2 (2).
- (27) Heller ikke tildelingskriteriet *Oppdragsgivers erfaring med tilbyder* er i tråd med regelverket. Når tildelingskriteriet utelukkende premierer leverandører oppdragsgiver har hatt erfaring med, innebærer dette en usaklig forskjellsbehandling mellom disse leverandørene og leverandører uten tidligere oppdrag for oppdragsgiveren. Anvendelsen av kriteriet er derfor i strid med kravet om likebehandling i loven § 5.
- (28) For å tilfredsstille regelverkets krav må tildelingskriteriene utformes objektivt slik at de ikke gir oppdragsgiveren et ubegrenset skjønn i vurderingen. To av tildelingskriteriene som er anvendt i konkurransen, *Det tilbudte produktet og leveringsdyktighet*, legger opp til en kvalitativ vurdering av tilbudene. Selv om slike kvalitative vurderinger til en viss grad er overlatt til oppdragsgivers skjønn, må tildelingskriterier av denne art anses tillatt så lenge kriteriene kan evalueres objektivt og ensartet. Begge de nevnte tildelingskriteriene har vært vurdert på grunnlag av objektivt konstaterbare faktum, og klagenemnda kan derfor ikke se at tildelingskriteriene har gitt innklagede et ubegrenset skjønn i vurderingen.

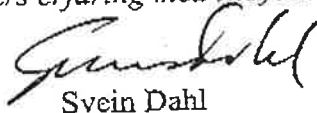
Kravene til begrunnelsens innhold

- (29) I følge § 3-8 (4) skal innklagede, dersom en leverandør skriftlig anmoder om det, gi "en nærmere begrunnelse" for hvorfor klagers tilbud ikke ble valgt. Som et utgangspunkt skal denne nærmere begrunnelsen samlet sett gi leverandøren tilstrekkelig informasjon om hvorfor hans tilbud ikke nådde frem, og gi grunnlag for å vurdere om klageadgangen skal benyttes.
- (30) For å sikre en reell klageadgang finner klagenemnda at den nærmere begrunnelsen skal opplyse om det valgte tilbudets egenskaper og relative fordeler. Dette må gjelde også i de tilfeller hvor kontrakt ikke er inngått. Eventuelle spørsmål leverandøren har bedt om svar på i sin skriftlige anmodning, kan også være av betydning for kravene som stilles til begrunnelsens innhold og omfang.
- (31) Selv om innklagedes nærmere begrunnelse kunne ha vært fyldigere, finner klagenemnda etter en konkret vurdering, at begrunnelsen er tilstrekkelig til å tilfredsstille kravene i forskriften § 3-8 (4).
- (32) Klagenemnda kan ikke se at innklagedes begrunnelse indikerer at kravet til forsvarlig saksbehandling er brutt ved valg av tilbud.

Konklusjon:

- (33) Bardu kommune har brutt forskrift om offentlige anskaffelser § 17-2 (2) ved å benytte *Øvrige økonomiske forhold* som tildelingskriterium siden kriteriet ikke er egnet til å identifisere det økonomisk mest fordelaktige tilbud.
- (34) Bardu kommune har brutt kravet til likebehandling i lov om offentlige anskaffelser § 5 ved å benytte *Oppdragsgivers erfaring med tilbyder* som tildelingskriterium.

For klagenemnda,
13. september 2004


Svein Dahl