



Klagenemnda for offentlige anskaffelser

Innklagede gjennomførte en konkurranse med forhandling om leie av bygg eller nybygg til bruk som domstol. Klagenemnda fant at innklagede brøt regelverket om offentlige anskaffelser ved at saksbehandlingen rundt vurderingen av det valgte leverandørs tilbud ikke var forsvarlig.

Klagenemndas avgjørelse 7. februar 2005 i sak 2004/295

Klager: Sentrum Invest KS

Innklaget: Domstoladministrasjonen

Klagenemndas medlemmer: Svein Dahl, Siri Teigum, Bjørg Ven.

Saken gjelder: Kravet til å opplyse om fastsatt matrise for evaluering, veiledningsplikt i forhandlinger, forsvarlig saksbehandling.

Sakens bakgrunn:

- (1) Domstoladministrasjonen (heretter kalt innklagede) kunngjorde 24. mai 2004 en konkurranse med forhandling om leie av lokaler til nye Haugaland tingrett.
- (2) Av konkurransegrunnlaget fremgikk tildelingskriteriene slik:

7.1 Tildelingskriterier

Tildelingen vil skje på basis av hvilket tilbud som, etter gjennomførte forhandlinger, er det økonomisk mest fordelaktige tilbudet for DA. Det økonomisk mest fordelaktige tilbudet vil bli vurdert ut fra etterfølgende kriterier i prioritert rekkefølge.

Kriterier	Krav til tilbyders dokumentasjon
Planmessig og funksjonsmessige egenskaper	Domstoladministrasjonens vurdering av utleiers løsning av romprogram og funksjonsmessige krav i konkurransegrunnlaget, samt vurdering av avvik fra

	<i>beskrevne løsninger/ tekniske løsninger.</i>
<i>Pris</i>	<i>Tilbudt leiepris, samt driftskostnader i samsvar med tilbuds-brev og tilbudsskjema, og prismessig vurdering av eventuelle forbehold/ vilkår i tilbudt leiekontrakt.</i>
<i>Beliggenhet</i>	<i>Domstoladministrasjonens vurdering av utleieobjektets beliggenhet i nær tilknytning til Haugesund sentrum. Beliggenhet i forhold til serveringsmuligheter, offentlig kommunikasjon, og heldagsparkering vil bli vurdert.</i>
<i>Leveringstid</i>	<i>Tilbudt ferdigstillelse for start på leieforholdet. Vurdering av avvik i forhold til oppdragsgivers ønske om når leieforholdet bør starte. Maksimalt avvik for ferdigstillestidspunkt er 6 mnd fra det tidspunkt Domstoladministrasjonen har angitt som ønsket ferdigstillelse.</i>
<i>Estetisk og arkitektonisk uttrykk</i>	<i>Domstoladministrasjonen vil legge vekt på hvordan den tilbudte bygningen framstår som en funksjon av domstolens behov for verdighet og et markert og lett gjenkjennelig bygg i lokalmiljøet.</i>

- (3) I alt 6 leverandører leverte inn tilbud, herunder Sentrum Invest KS (heretter kalt klager) og Ski Eiendom AS (heretter kalt Ski Eiendom).
- (4) Medio oktober 2004 fastsatte innklagede en matrise, der tildelingskriteriene fikk følgende vektingstall: Planmessig og funksjonsmessige egenskaper: 100, Pris: 80, Beliggenhet: 60, Leveringstid: 40 og Estetisk og arkitektonisk uttrykk: 20.
- (5) Det ble foretatt en arkitektfaglig vurdering av tildelingskriteriene ”planmessig og funksjonsmessige egenskaper” og ”estetisk og arkitektonisk uttrykk”. Vurderingen ble oppsummert i et notat datert 19. oktober 2004, der det blant annet fremgår at klager skåret 70 på tildelingskriteriet nr 1, og 10 på nr 5, mens Ski Eiendom skåret 98 på nr 1 og 20 på nr 5.
- (6) Klager var i forhandlingsmøte med innklagede den 20. oktober 2004, og det ble skrevet et referat datert 22. oktober 2004.
- (7) Ski Eiendom AS skrev blant annet følgende i brev datert 27. oktober 2004:

"I forbindelse med etableringen av kystverkets kontorer (som er under bygging) og eventuelt tinghus vil det bli en betydelig trafikkøkning i området.

De signaler vi får fra busselskapet er at det pga. den sentrale beliggenheten er en liten kostnad med å sette opp et timestilbud på bussavganger i arbeidstiden, et slikt tilbud vil være lønnsomt med de nye etableringene på Hasseløy. Vi vil arbeide videre for å få på plass et konkret tilbagemelding om utvidet tilbud. Det er Kolumbus (fylkeskommunen) som setter opp bussrutene i forbindelse med anbudsinnhenting."

(8) Den 3. november 2004 leverte klager et revidert tilbud.

(9) I en e-post fra "Brukerutvalget" datert 15. november står blant annet dette:

"Brukerutvalget hadde møte 13.11 og gjennomgikk de 3 aktuelle tilbudene.

Når det gjelder tilbudet fra Sentrum Invest må man se på lysforholdene for enkelte saksbehandlerkontorer og for rettsalene. Man må også se på antall toaletter, både i indre og ytre sone. (...)"

(10) Den 17. november 2004 var klager i et nytt forhandlingsmøte med innklagede. Referat fra møtet er datert 25. november 2004.

(11) I referat fra forhandlingsmøte 05 med Ski Eiendom AS, avholdt 17. november 2004, er det i punkt Fhm.05.08 angitt følgende: *"Ski Eiendom AS bekrefter at de vil garantere at det blir etablert minimum 8 bussavganger daglig til dette tinghusbygget."*

(12) Klager leverte inn et revidert tilbud datert 18. november.

(13) I tilbud av 18. november 2004 fra Ski Eiendom AS er angitt følgende:

"I dag er det 4 buss stopp på Hasseløy pr. dag. Slik vi vurderer det vil det bli etablert et tilfredsstillende busstilbud med minimum 8 buss stopp pr. dag innen tinghusprosjektet er ferdigstilt.

Skulle dette ikke være tilfelle kan vi tilby en opsjonspris for etablering av et busstilbud med 4 ekstra bussavganger pr. dag. Avgangene tilpasses tinghusets åpningstid. Opsjonsprisen er kr. 45.000,- pr år."

- (14) I brev til klager datert 22. november skrev innklagede at de hadde besluttet å tildele kontrakten til Ski Eiendom. I brev datert 29. november ba klager om en nærmere begrunnelse for valget. I brev til klager datert 1. desember 2004 fremgikk blant annet dette:

"Domstoladministrasjonen engasjerte Sivilarkitekt MNAL Cecilie Wille til å utarbeide en uavhengig arkitektfaglig vurdering av alle tilbudene i konkurransen. Denne har dannet grunnlaget for Domstoladministrasjonens skjønnsmessige vurdering av planløsning og funksjonsmessige egenskaper, samt estetisk og arkitektonisk uttrykk. Vurderingen er datert 19.10.2004 og foretatt før forhandlingsrundene ble gjennomført. Den arkitektfaglige vurderingen for Ski Eiendom AS, Caiano Eiendom AS og Sentrum Invest KS følger vedlagt. (...)

Domstoladministrasjonen har vurdert de reviderte planløsningene etter første forhandlingsrunde og foretatt en skjønnsmessig forbedring for vurderingene av planløsningene til Caiano Eiendom AS og Sentrum Invest KS.

Det ble avholdt et møte mellom brukerutvalget og Domstoladministrasjonen basert på de opprinnelige tilbudene. Dette sammen med arkitektens synspunkter og eget skjønn dannet grunnlaget for å velge hvilke tilbydere som skulle inviteres til reelle forhandlinger og tema ved forhandlingene i første runde. Domstoladministrasjonen har også anmodet brukerutvalget for Haugaland tingrett om en endelig uttalelse vedrørende de aktuelle tilbudene dvs. basert på endrede plantegninger for Caiano Eiendom AS og Sentrum Invest KS. Deres uttalelse er mottatt 15.11.2004 (...). Domstoladministrasjonen har foretatt en skjønnsmessig vurdering av denne uttalelsen, men for øvrig lagt vekt på de tildelingskriterier som er oppgitt i konkurransegrunnlaget, samt forholdt seg til den arkitektfaglige vurderingen og påfølgende skjønnsmessige revurdering av tildelingskriteriene 1 og 5.

(...)

Evalueringen gir følgende resultat som har vært utgangspunkt for Domstoladministrasjonens skjønnsmessige vurderinger ved den endelige tildelingen av kontrakt:

	Planløsning og funksjonsmessige egenskaper	Pris	Beliggenhet	Leverings-tid	Estetisk og arkitektonisk uttrykk	SUM
TILBUD	100	80	60	40	20	
Sentrum Invest KS	80	62	60	40	15	257
Caiano Eiendom AS	75	80	60	40	15	270
Ski Eiendom AS	98	72	45	40	20	275

(...)"

- (15) Den 21. desember 2004, etter saken var brakt inn for klagenemnda, ble det foretatt en revidert arkitektfaglig vurdering basert på de reviderte planløsningene. I denne vurderingen endret klagers skår på tildelingskriterium nr 1 fra 70 til 79. Etter en fornyet behandling fastholdt innklagede sitt innkjøpsfaglige skjønn, vurdering og rangering.

Klager har i det vesentlige anført:

Opplysninger om matrisen - Brudd på kravet til forutberegnelighet

- (16) Evalueringen viser at det er lagt en spesiell vekting til grunn utover de opplyste prioriterte tildelingskriteriene. Dette var ukjent for alle lokale leverandører med eiendommer i Haugesund. At matrisen ikke var inntatt i konkurransegrunnlaget, utgjør en overtredelse av regelverket, jf KOFA sak 2003/3.
- (17) I vektingen er det innebygde kriterier som i realiteten utelukker tomter i sentrum, innenfor kvadraturen, og favoriserer frittliggende tomter utenfor sentrumkjernen.

Opplysninger om matrisen - Brudd på kravet til likebehandling

- (18) Ski Eiendom AS har tidligere har vunnet minst 2 leiekontrakter for nye tinghus. I tillegg har Ski Eiendom AS innlevert tilbud på noen andre tinghusprosjekter. Det er rimelig opplagt at Ski Eiendom AS gjennom erfaring har opparbeidet seg meget god innsikt i hvordan innklagede håndterer tinghusprosjekter, herunder hvordan og i hvilken grad tildelingskriteriene vektlegges (matrise/poenggivning). Det er likeledes rimelig å anta at innklagede vet at Ski Eiendom AS er i besittelse av denne kunnskapen og således har en fordel i forhold til andre tilbydere. Etter vår vurdering burde dette medføre særlig aktsomhet fra innklagedes side mht. til å sørge for likebehandling av tilbyderne. Innklagede har ved ikke å opplyse om sitt poenggivningssystem og ved ikke å klargjøre de andre tilbydernes forhandlingsposisjon ikke tatt tilbørlig hensyn til disse i sin saksbehandling og under forhandlingsprosessen og derved i realiteten brutt likebehandlingsprinsippet.

Forhandlingsfasen

- (19) Tilbakemeldingene fra innklagede under saksgangen burde ha vært langt mer opplysende slik at en i prosessen ville hatt mulighet for argumentasjon og/eller endringer, og ikke som nå mangelfull og villedende i forhold til de kriterier, den vektlegging og det skjønns klager i ettertid ser har vært benyttet. Dersom klager hadde vært kjent med vektingen av tildelingskriteriene, ville klager tilpasset sitt tilbud deretter. Det ville vært nærliggende for klager i betydelig grad å endre planløsning og kvaliteter innvendig i bygget samt kvaliteten på byggets fasade med tilhørende redusert leiepris og totalt sett oppnå høyere poengsum i matrisen.
- (20) Innklagede var 19. oktober 2004 klar over at det forelå en arkitektfaglig rapport som konkluderte med en relativt dårlig vurdering av klagers tilbud. Dette ble ikke opplyst i forhandlingsmøtene 20. oktober 2004 og 17. november 2004. I referatet fra møtet 20. oktober 2004 fremgår at den påståtte hensikten med dette møtet var ”å søke å likestille ytelsene i de mest aktuelle tilbudene”. Klager fikk ikke noen tilbakemeldinger om den negative arkitektfaglige vurdering som i ettertid har vist seg å være helt avgjørende for poenggivningen og derved for det endelige utfallet. Således ble klager avskåret muligheten til å endre sin løsning til å kunne bli mest mulig likestilt med de andre aktuelle tilbyderne. Innklagedes saksbehandling tilfredsstiller derfor ikke kravene om likebehandling og forutberegnelighet i lov om offentlige anskaffelser § 5 og forskriftens § 3-1.
- (21) I møtet 17. november 2004 opplyste innklagede at alle tre gjenværende tilbydere ble vurdert til å ha reell mulighet til å få tildelt kontrakten, noe som står i skarp kontrast til innklagedes begrunnelse for tildelingen. Klager fikk derved villedende opplysninger/intrykk om sin relative posisjon, hvilket anføres å være i strid med god forretningsskikk, og derved brudd på forskriftens § 16-3, 5. ledd. Dersom klager

hadde fått innsikt i sin reelle posisjon, ville de kunne bearbeidet planløsningen ytterligere, med tilhørende mulighet for å oppnå høyere poengsum i matrisen.

- (22) Forut for innlevering av det reviderte tilbudet den 3. november 2004, spurte klager innklagede om det var nødvendig å gjøre endringer på fasaden. Innklagede bekreftet imidlertid at dette ikke var nødvendig. Den arkitektfaglige vurderingen gir imidlertid klagers tilbud minus på dette punktet.

Det innkjøpsfaglige skjønn

- (23) Innstillingen viser at vurderingen av tildelingskriteriene 1, 3 og 5 er basert på innklagedes og innklagedes konsulent subjektive skjønn. Dette skjønn står i sterk kontrast til brukergruppens og vertskommunens vurdering.

Det innkjøpsfaglige skjønn - Planløsning og funksjonsmessige egenskaper samt arkitektonisk uttrykk.

- (24) Det foreligger vilkårlig skjønnsutøvelse ved at det ikke ble foretatt arkitektfaglig vurdering av de justerte tilbud før etter tildelingen var skjedd, til tross for at det reviderte tilbudet i vesentlig grad avviker fra det først innleverte forslaget.
- (25) Skjønn er i noen utstrekning bygget på feil faktum, da innklagede i sitt skjønn i hovedsak har lagt til grunn arkitektens vurdering av klagers første tilbud, og ikke det reviderte tilbudet som på tilnærmet alle punkter imøtekom de kommentarene innklagede hadde til det første forslaget.

Det innkjøpsfaglige skjønn - Pris

- (26) Innklagede har ikke hensyntatt at de ville oppnå en leieprisreduksjon ved valg av rimeligere fasadeløsning. Den faktiske prisforskjellen mellom den usentrale tomten på Hasseløy og klagers tomt midt i sentrum, er ikke hensyntatt i innklagedes vurdering.

Det innkjøpsfaglige skjønn - Beliggenhet

- (27) Tomten på Hasseløy oppfattes ikke som Haugesund sentrum. Arkitektens ønsker for å sette i gang byutvikling på Hasseløy er ikke forankret lokalt. Det er heller ikke i samsvar med RPR for fysisk arealplanlegging. I tillegg beskriver arkitekten et

nærmiljø som i beste fall kan komme i fremtiden, det er der ikke nå. Kriterier som god offentlig kommunikasjon, mulighet for bevertning og nærhet til hoteller nevnes ikke med et ord av innklagedes arkitekt. De finnes jo heller ikke på Hasseløy.

- (28) Den vurdering som innklagede har gjort med hensyn til beliggenhet står i kontrast til de krav som konkurransegrunnlaget foreskriver. Det er overhode ikke tatt hensyn til brukerne av bygget, ansatte eller vertskommunen. Innklagede opplyser kun å ha foretatt en skjønnsmessig vurdering av brukerutvalgets uttalelse av 15. november, og for øvrig forholdt seg til den arkitektfaglige vurdering og påfølgende skjønnsmessige vurdering av alternativ 1 og 5. På denne bakgrunn mener klager at innklagedes vekting og poenggivning ikke er faglig begrunnet.
- (29) Innklagedes innstilling på dette punkt er ikke i samsvar med kravene for beliggenhet, herunder kravet til sentrumsnærhet, tilgang på serveringssteder, offentlig kommunikasjon, m.v. Innklagedes innstilling er gitt på sviktende premisser i forhold til konkurransegrunnlaget.
- (30) Innklagede har vektet alt for høyt beliggenheten til Ski Eiendoms prosjekt i forhold til nærhet til Haugesund sentrum. Stedsvalget tar ikke hensyn til brukerne, da det verken er serveringsmuligheter eller offentlige kommunikasjonsmidler som i konkurransegrunnlaget er oppgitt å være viktig.
- (31) Ski Eiendom garanterer serveringsmuligheter og mulighet for bedret offentlig kommunikasjon. Klager stiller spørsmål ved at slike garantier kan gis av en privat tilbyder. Det er ikke opplyst i konkurransegrunnlaget at leverandørene kan garantere servering og offentlig kommunikasjon.
- (32) Hasseløy-alternativet tar heller ikke hensyn til politiet, som vel er den største enkeltbrukeren av tingretten. Økt gangavstand vil bety økt ressursbruk i form av tid og kostnader. Det samme gjelder ressursbruken for advokater og andre hyppige brukere av tingretten. Private brukere vil bli berørt ved at de må bruke privatbil eller taxi for å komme til Hasseløy. Alternativet medfører betydelig økte samfunnsmessige kostnader.
- (33) Klimatiske forhold er ikke hensyntatt.

Innklagede har i det vesentlige anført:

- (34) Innklagede bestrider å ha brutt regelverket om offentlige anskaffelser.

Opplysninger om matrisen - Brudd på kravet til likebehandling

- (35) Konkurranses grunnlaget er klart og entydig. Det fremgår klart av konkurranses grunnlagets punkt 7.1 hvilke tildelingskriterier som skulle legges til grunn og i hvilken rekkefølge disse ville bli prioritert.
- (36) I den innkjøpsfaglige vurderingen ble kriteriene gitt prioritet i angitt rekkefølge. Innenfor hver enkelt av de aktuelle tildelingskriteriene er det foretatt en innkjøpsfaglig rangering med en relativ forskjell og vurdering av hver enkelt tilbyder.
- (37) Til hjelp for denne vurderingen og rangering av prioriteringen av hvert enkelt tildelingskriterium og den relative forskjell og vurdering av hver enkelt tilbyder innenfor hvert enkelt tildelingskriterium, har innklagede utarbeidet en evalueringsoversikt som er oppgitt i begrunnelsesbrevet til tilbyderne. Denne ble utarbeidet i forbindelse med evalueringsarbeidet. Vektingstallene for de ulike kriteriene var bygd på den prioritering som var gjort i konkurranses grunnlaget.
- (38) Hvilke tallverdier som benyttes i evalueringsoversikten blir helt uvesentlig fordi den relative forskjell og vurdering av hver enkelt leverandør er foretatt helt i samsvar med hvordan det var oppgitt på forhånd at tildelingskriteriene skulle vurderes. Andre alternative tallverdier ville gitt nøyaktig samme resultat fordi det er de relative forskjeller og vurderinger som er lagt til grunn. Selv om man ser helt bort i fra den utarbeidede evalueringsoversikten ville resultatet av vurderingene av prioritering og de relative forskjeller mellom tilbyderne på hvert tildelingskriterium blitt nøyaktig det samme.
- (39) Alle tilbud er således blitt behandlet med den likebehandling og den forutberegnelighet som var oppgitt i konkurranses grunnlaget.
- (40) Det har aldri vært noen forutsetning i konkurranses grunnlaget og i tildelingskriteriene at kun tomter i sentrumskjernen og innenfor kvadraturen skulle kunne være aktuelle prosjekter. I tildelingskriteriet beliggenhet er det angitt at prosjektet skulle ha nær tilknytning til Haugesund sentrum. Det var ikke krav om at prosjektet skulle ligge i selve sentrum.

Opplysninger om matrisen - Brudd på kravet til likebehandling

- (41) Det ville vært et klart brudd på forskrift om offentlige anskaffelser dersom Ski Eiendom AS eller andre tilbydere skulle vært ekskludert fra tilbudskonkurranser på grunn av tidligere erfaring og kunnskap om lokaler for domstolene. Det er ikke benyttet det samme konkurransegrunnlag, tildelingskriterier eller prioriteringer i tidligere tilbudskonkurranser hvor Ski Eiendom AS har blitt tildelt kontrakten.

Forhandlingsfasen

- (42) Klager fikk en helt klar tilbakemelding om innklagedes vurdering av planløsningene i forhandlingsmøte 02, avholdt 20. oktober 2004. På dette grunnlag fikk klager mulighet til å tegne sitt prosjekt fullstendig om og levere et nytt forslag til planløsning før neste forhandlingsmøte, samt et revidert pristilbud. Klager leverte nye planløsninger og en redusert pris i sitt tilbud av 03. november 2004.
- (43) Det ble i forhandlingsmøtet ikke foretatt noen gjennomgang eller presentasjon av detaljene i den interne arkitektfaglige vurderingen med noen av de aktuelle tilbydere. Dette ville i så fall vært et brudd på prinsippet om likebehandling i forhold til de øvrige tilbydere. Klager hadde levert et tilbud med sitt spesielle arkitektoniske hovedgrep, og valgte å beholde dette arkitektoniske hovedgrepet i den reviderte planløsningen med de kommentarer som framkom under forhandlingsmøtet.
- (44) Det fremkommer like klart hva som ble påpekt fra innklagedes side i det siste forhandlingsmøtet 04, avholdt 17. november 2004. Klager fikk en klar tilbakemelding om at deres tilbud var høyt priset i forhold til andre tilbud. *"DA ber tilbyder vurdere sin tilbudte leiesum. Den tilbudte sum er høy i forhold til de øvrige tilbudene i den avsluttende konkurranse. Prosjektet framstår som kostbart."*
- (45) Dette må klager også ha oppfattet ettersom deres endelige og siste tilbud medførte en ytterligere prisreduksjon i forhold til tilbudet av 03. november 2004.
- (46) DA bestrider å ha gitt villedende opplysninger om klagers relative posisjon, og har ikke opptrådt i strid med god forretningskikk.

- (47) Innklagede kan ikke se å ha mottatt noen formell henvendelse fra klager om tilbudet ville bli vurdert som bedre med en fasadeendring forut for deres reviderte tilbud av 03. november 2004. Innklagede anfører at det er mulig at klager i forhandlingsmøtet 20. oktober 2004 har forespurt om endringer i fasaden, men at innklagede da ikke har sett det som formålstjenlig å forhandle om endringer av fasadeuttrykket fordi dette blant annet er en integrert del av det konkrete tilbudet. Innklagede har i forhandlingene vektlagt de to første tildelingskriteriene i konkurransen, hvor tilbudet fra klager hadde de største og beste forbedringspotensialene.

Det innkjøpsfaglige skjønn

- (48) Det er i konkurransegrunnlaget ikke oppgitt at politiet, advokatforeningen, kommunen eller andre skulle delta eller avgi noen uttalelse om innklagedes valg av utleier. Derimot har innklagedes eget interne brukerutvalg avgitt en uttalelse vedrørende tildelingskriteriet planløsning.

Det innkjøpsfaglige skjønn - Planløsning og funksjonsmessige egenskaper samt arkitektonisk uttrykk.

- (49) Innklagede la i sin evaluering av tilbudene vesentlig vekt på den profesjonelle og objektive ekspertvurderingen den eksterne rådgiveren foretok.
- (50) Etter mottatt klage fra klager har innklagede gjennomgått tidligere vurderinger i forhold til tildelingskriteriene. I denne gjennomgangen, har innklagede anmodet om en ny arkitektfaglig vurdering fra den arkitektfaglige rådgiveren. Dette blant annet fordi klager påpekte at den reviderte planløsningen av 03. november 2004 ikke var vurdert av den arkitektfaglige rådgiveren, men basert på DAs innkjøpsfaglige skjønn. Den nye arkitektfaglige vurderingen har ikke gitt grunnlag for å revurdere det opprinnelige innkjøpsfaglige skjønn. Den reviderte planløsningen fra klager er således tatt hensyn til i den reviderte arkitektfaglige vurderingen av 21. desember 2004, og danner grunnlag for innklagedes beslutning om å opprettholde tildelingen. Innklagede kan ikke se å ha basert sitt skjønn på feil faktagrunnlag.

Det innkjøpsfaglige skjønn - Pris

- (51) Resultatet av konkurransen, der klagers reviderte tilbud ble tatt i betraktning var at klager var 10 % dyrere enn valgte leverandør, og 23 % dyrere enn den som ble innstilt som nummer to.

- (52) I tillegg hadde klager et forbehold til prisstigningsreguleringen sammenlignet med de forutsetninger som var lagt til grunn fra innklagede, og som ble akseptert av de to andre tilbyderne. Dette forbeholdet er beregnet av DA å ha en verdi på ca kr. 250.000,- per år etter første prisregulering, men er ikke tillagt tilbudsprisen fra klager ved beregningen av differansen mellom tilbudene på leie. Dette er angitt i begrunnelsen for tildeling i brev til klager av 01. desember 2004.
- (53) Innklagede har forholdt seg til de pristilbud som framkom i tilbyders opprinnelige tilbud og reviderte tilbud av 03. november 2004 og 18. november 2004. Innklagede kan ikke se at klager har gitt noe alternativt pristilbud på leie med et rimeligere fasademateriale. Dersom klager i ettertid mener, etter at resultatet er kjent, at de kunne ha gitt en lavere pris med en annen løsning på sitt tilbud, så er dette en helt ny og hypotetisk situasjon. Innklagede har forholdt seg til tilbudet med den planløsning og pris som faktisk er tilbudt ved konkurransens avslutning 18. november 2004.
- (54) Dersom klager etter at konkurransen faktisk er avsluttet, mener det skulle vært forhandlet videre med klager, ville dette vært et klart brudd på likebehandlingsprinsippet i forhold til de øvrige tilbydere.

Det innkjøpsfaglige skjønnet - Beliggenhet

- (55) Alle de aktuelle leverandørene har angitt at de har avgitt tilbud på tomter som planmessig og reguleringsmessig i kommuneplanen er avsatt til dette formålet. Innklagede har også i ettertid fått dette forholdet bekreftet av den aktuelle kontraktspart. Etter en fornyet behandling fastholder innklagede sitt innkjøpsfaglige skjønn.
- (56) Ski Eiendom har i sitt tilbud garantert serveringsmuligheter for det nye tinghuset. De har ikke garantert bedret offentlig kommunikasjon, men sannsynliggjort dette og angitt muligheter for bedret tilgang på offentlig kommunikasjon. Etter en fornyet behandling fastholder innklagede sitt innkjøpsfaglige skjønn.
- (57) I brev av 27.10.2003⁴ redegjør Ski Eiendom AS at det eksisterer allerede en offentlig kommunikasjon med et busstilbud som stopper rett foran det aktuelle nye tinghuset. Antall stopp/avganger er 4 pr. dag. Det er i brevet vedlagt dokumentasjon med rutetider for rute 33 – Hasseløy.

- (58) DA har vurdert at med denne dokumentasjonen har Ski Eiendom AS i vesentlig grad tilfredstilt kravet til offentlig kommunikasjon som er angitt som et undertildelingskriterium under hovedtildelingskriteriet ”beliggenhet”. Som angitt vurderer DA at Ski Eiendom AS i vesentlig grad tilfredsstiller kravet i konkurransegrunnlaget om offentlig kommunikasjon allerede med den bussforbindelse som finnes i dag.
- (59) Innklagede la positiv vekt på at Ski Eiendom AS hadde sannsynliggjort bedret tilgang på offentlig kommunikasjon. Det er sannsynliggjort bedret tilgang på offentlig kommunikasjon uten at det blir nødvendig å ta i bruk noen opsjonspris for dette. Innklagede finner det dokumentert og har lagt til grunn i sitt innkjøpsfaglige skjønn at det på grunn av det behov som vil oppstå på grunn av det nye tinghuset, ikke vil bli aktuelt å legge til grunn noen opsjonspris. Av den grunn er ikke selve opsjonsprisen vektlagt i vurderingen, men sannsynligheten av det vil bli en bedret offentlig kommunikasjon er positivt vektlagt.
- (60) Dersom DA skulle velge senere å benytte seg av opsjonen, vil den årlige kostnaden være marginal i forhold til den årlige tilbudte leiesummen. Den eventuelle årlige leiesummen inkludert opsjonspris vil få liten betydning i forholdet til de øvrige tilbud, og ikke få noen innflytelse på rekkefølgen av tilbyderne i evalueringsoversikten og derigjennom ikke påvirke tildelingen.

Klagenemndas vurdering:

- (61) Klager har deltatt i konkurransen, og har saklig klageinteresse, jf. forskrift om klagenemnd om offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig.
- (62) Innklagede har vurdert forholdet slik at det omfattes av regelverket, nærmere bestemt forskriftens del III. Dette er ikke bestridt, og klagenemnda legger derfor dette til grunn.

Opplysning om valgt matrise

- (63) Innklagede hadde ved utarbeidelsen av konkurransegrunnlaget prioritert rekkefølgen på tildelingskriteriene, og opplyste om dette i konkurransegrunnlaget, i tråd med forskriftens § 17-2. En nærmere detaljerte matrise ble fastsatt etter utløpet av tilbudsfristen 1. september 2004. Matrisen inneholder en vektlegging av de 5 overordnede tildelingskriterier som er helt i tråd med den på forhånd angitte prioritering, og den synes ikke å være fastsatt i den hensikt å favorisere en bestemt leverandør. Innklagede må innenfor en slik ramme ha anledning til å utarbeide

nærmere regler for evalueringen etter at den første tilbudsfristen var utløpt, uten å opplyse om disse til leverandørene jf KOFA sak 2003/110. Klagenemnda kan ikke se at innklagede har brutt regelverket på dette punktet.

Andre innsigelser mot innklagedes vurderinger

- (64) Klagenemnda finner det ikke godtgjort at det i innklagedes vekting lå kriterier som utelukket tomter i sentrum.
- (65) Klagenemnda finner det ikke godtgjort at Ski Eiendom ved sin tidligere erfaring har hatt noen fordeler som innklagede pliktet å utjevne.

Forhandlingsfasen

- (66) Oppdragsgiver kan ha en plikt til å gi leverandørene veiledning under forhandlingene, for å sikre at forhandlingene blir reelle. Manglende rettledning under forhandlingene kan innebære et brudd på regelverket, for eksempel ved at kravene til gjennomsiktighet og likebehandling ikke oppfylles. Det kan imidlertid ikke oppstilles noen generell plikt for oppdragsgiver til å peke ut alle svake sider ved leverandørens tilbud, jf KOFA sak 2003/61. I dette ligger blant annet at innklagede ikke pliktet å gi klager en detaljert gjennomgang av den arkitektfaglige vurderingen som var foretatt.
- (67) Det fremgår av referat fra forhandlingsmøtene at klager ble gjort oppmerksom på de svake sidene ved tilbudet som innklagede fant at klager hadde størst forbedringspotensial. Klager ble gitt mulighet til å revidere sitt tilbud både med hensyn til pris og annen utforming. Klagenemnda finner at forhandlingene var reelle og at innklagede ikke har brutt sin veiledningsplikt.
- (68) Det vil være i strid med god forretningsskikk, jf forskriftens § 3-1 (2), å gi villedende informasjon til en leverandør i et forhandlingsmøte. Dette innebærer blant annet at innklagede, dersom en leverandør stiller konkrete spørsmål om leverandøren på spesifikke punkter kan forbedre seg, plikter å ta stilling til om det er adgang til å besvare spørsmålet, og deretter enten besvare spørsmålet, eller gi uttrykk for at det ikke kan besvares. Dersom leverandøren besvarer spørsmålet, må svaret gi korrekt uttrykk for innklagedes foreløpige evaluering.
- (69) Det er uklart hvorvidt klager har stilt et konkret spørsmål til innklagede om tilbudet ville skåre høyere dersom de endret fasaden i det reviderte tilbudet, og på

hvilken måte innklagede har besvart dette spørsmålet. Anførselen om at klager har fått villedende informasjon i forhandlingsmøtet egner seg derfor ikke for skriftlig nemndsbehandling.

Det innkjøpsfaglige skjønn

- (70) I vurderingen av tildelingskriteriene har oppdragsgiver et vidt innkjøpsfaglig skjønn, som klagenemnda normalt ikke overprøver. Dette innebærer blant annet at det forhold at for eksempel en brukergruppe eller en vertskommune har et annet syn på anskaffelsen enn oppdragsgiver, ikke i seg selv er noen grunn til å sette skjønnets side som ulovlig.

Det innkjøpsfaglige skjønn - Arkitektfaglig vurdering

- (71) Etter at meddelelse om valg av leverandør er gitt, kan oppdragsgiver annullere beslutningen om valget dersom de finner at denne ikke er i samsvar med §17-2, jf § 17-3 (3).. Klager har anført at det var vilkårlig av innklagede å ikke basere sin evaluering på en arkitektfaglig vurdering av endringene i de reviderte tilbudene, men i stedet selv evaluere disse endringene. Under klagebehandlingen for KOFA har innklagede kvalitetssikret sin vurdering ved å foreta en ny arkitektfaglig vurdering av de reviderte tilbudene. Denne førte ikke til en endret rekkefølge på tilbudene, og innklagede har derfor ikke annullert den opprinnelige beslutningen. Klager har fått innsyn i den nye vurderingen.
- (72) Fordi det allerede er foretatt en arkitektfagligvurdering av de reviderte tilbudene, anses det ikke lenger hensiktsmessig å ta stilling til klagers anførsel.
- (73) Klagers anførsel om at skjønnets bygget på feil faktum, kan det ikke sees å være grunnlag for. Innklagede revurderte løsningen etter endringen og økte klagers skår under dette tildelingskriterium fra 70 til 80.

Det innkjøpsfaglige skjønn - Pris

- (74) Klagenemnda finner det ikke godtgjort at innklagede har lagt feil faktum til grunn i evalueringen av tildelingskriteriet pris. Evalueringen må foretas ut fra klagers innleverte tilbud, ikke ut fra hva klager i ettertid anfører han kunne ha tilbudt.

Det innkjøpsfaglige skjønn - Beliggenhet

- (75) I vurderingen av tildelingskriteriene har oppdragsgiver et vidt innkjøpsfaglig skjønn, som klagenemnda normalt ikke overprøver. Dette innebærer blant annet at innklagede kan ha et annet syn på hvordan et tilbud skårer i forhold til et tildelingskriterium enn det for eksempel politiet, andre brukere, ansatte eller vertskommunen har, uten at innklagedes skjønn av den grunn er i strid med regelverket.
- (76) Det ble i tilknytning til tildelingskriteriet ”beliggenhet” presisert at det skulle foretas en ”vurdering av utleieobjektets beliggenhet i nær tilknytning til Haugesund sentrum”. Det var altså ikke et vilkår at tomten skulle ligge i selve sentrum. Klagenemnda har ikke grunnlag for å overprøve innklagedes skjønn i forhold til valgte tomts nærhet til sentrum.
- (77) At vurderingen av tilbudene beror på forhold som oppdragsgiver ikke har kontroll over, er ikke til hinder for at det gjennomføres en konkurranse. Oppdragsgiver må imidlertid gjøre en forsvarlig vurdering av disse forholdene, jf KOFA sak 2004/184.
- (78) I konkurransegrunnlaget ble det presisert at ”Beliggenhet i forhold til serveringsmuligheter, offentlig kommunikasjon (...) vil bli vurdert”. I evalueringen av tildelingskriteriet ”beliggenhet” må innklagede således ha anledning til å gjøre en forsvarlig vurdering av hvilke fasiliteter som vil foreligge ved kontraktens gjennomføring, ikke bare hvilke fasiliteter som foreligger ved tilbudsfristens utløp.
- (79) Når Ski Eiendom i sitt tilbud har garantert at eksisterende serveringsmuligheter i nabobygget vil opprettholdes, må innklagede ha anledning til å legge dette til grunn. Dersom Ski Eiendom ikke holder sin garanti, vil dette eventuelt bli et spørsmål av kontraktsmessig karakter.
- (80) Klagenemnda har imidlertid innvendinger mot evalueringen av forventet offentlig kommunikasjon. Klagenemnda tidligere lagt til grunn at oppdragsgiver må kunne vise til en viss form for skriftlig dokumentasjon før et forhold kan vektlegges i evalueringen av et tildelingskriterium, jf KOFA sak 2004/243 der det ble stilt krav til dokumentasjon som sikrer objektivitet, likebehandling, gjennomsiktighet og etterprøvbarehet.
- (81) Ski Eiendom har kun vist til ”signaler” de har fått fra busselskapet, uten annen form for dokumentasjon som sannsynliggjør at busselskapet vil øke tilbudet. Klagenemnda finner at innklagede har brutt forskriftens § 3-1 krav til forsvarlig

saksbehandling ved å legge til grunn at Ski Eiendom hadde sannsynliggjort bedret offentlig kommunikasjon, og la dette telle positivt i evalueringen av tilbudet. Klagenemnda har imidlertid ikke grunnlag for å ta stilling til hvor stort utslag dette har hatt på vurderingen.

- (82) Innklagede har brutt forskriftens § 3-1 krav til forsvarlig saksbehandling ved å legge til grunn at Ski Eiendom hadde sannsynliggjort bedret offentlig kommunikasjon.

Konklusjon:

Domstoladministrasjonen har brutt forskriftens § 3-1 krav til forsvarlig saksbehandling ved å legge til grunn at Ski Eiendom hadde sannsynliggjort bedret offentlig kommunikasjon uten at det er fremlagt dokumentasjon for dette.

For klagenemnda, Oslo 7. februar 2005

Siri Teigum