



**Klagenemnda
for offentlige anskaffelser**

Innklagede hadde ikke meddelt klager at kontrakt var tildelt, og ikke gitt nærmere begrunnelse for tildelingen. Det ble heller ikke gitt opplysninger om den valgte tilbyders opsjonspriser innen 15 dager etter mottatt skriftlig anmodning om dette. Videre hadde innklagede unnlatt å regne med opsjonspriser på tilleggsytelser i vurderingen av det økonomisk mest fordelaktige tilbud. Klagenemnda fant at innklagede hadde brutt bestemmelsene i forskrift om offentlige anskaffelser § 17-3, § 3-8 (4) og kravet til forutberegnelighet i lov om offentlige anskaffelser § 5 (3). Nemnda kom til at vilkårene for erstatning for den positive kontraktsinteresse kunne være oppfylt.

Klagenemndas avgjørelse 20. mars 2006 i sak 2005/78

Klager: ILJE AS

Innklaget: Akershus fylkeskommune

Klagenemndas medlemmer: Morten Goller, Inger Marie Dons Jensen, Kai Krüger

Saken gjelder: Manglende meddelelse om valg av tilbyder og klagefrist. Begrunnelsesplikt. Beregning av pris – opsjoner.

Bakgrunn:

- (1) Akershus fylkeskommune (heretter kalt innklagede) kunngjorde den 7. september 2004 en åpen anbudskonkurranse for byggeledelse ved Nesodden videregående skole i forbindelse med tilbygg for tilrettelagt opplæring.
- (2) Byggeleders ytelser var nærmere beskrevet i konkurransegrunnlaget pkt. 4.2. og vedlegg 4 (ikke vedlegg 5 som oppgitt) til konkurransegrunnlaget. I tillegg ønsket innklagede separate tilbud på følgende tilleggsytelser: mottakskontroll og administrasjon av leverandørene for inventar og utstyr, og administrasjon for kunstnerisk utsmykning. Det ble understreket at oppdragsgiver på et senere tidspunkt ville avgjøre om han skulle benytte seg av tilbudet på tilleggsytelser eller ikke.
- (3) Det var opplyst at tildelingen skulle skje på basis av det økonomisk mest fordelaktige tilbud, og at tildelingskriteriene var prioritert, men ikke vektet. Kriteriene var oppgitt slik:

	<i>Undertildelingskriterier:</i>	<i>Dokumenteres med:</i>
1	<i>De tilbudte personer:</i>	- CV for tilbudte byggeledere

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

	- ansvarlig byggeleder - assisterende byggeleder/ - byggeleder for tekniske anlegg De tilbudte personers kompetanse innen/ i forbindelse med totalentrepriser.	- Attest fra de viktigste prosjekter han/hun har hatt ansvaret for/deltatt i de siste tre år, samt kontraktsstørrelse, tidspunkt for utførelse og arbeidets art.
2	Pris - Fastpris inkl. opsjoner	- Utfylt tilbudsskjema

(4) Tilbudsskjemaet så slik ut:

Post	Aktivitet	Honorar eks mva	Andel prosent	Antatt timeforbruk	
				Byggele der	Assist/ tekniske byggeleder
1.1	Administrasjon/møter	Kr.....	%	t	t
1.2	Kontraheringsfasen	Kr.....	%	t	t
1.3	Oppfølging av funksjon, økonomi og kvalitet ved overlevering	Kr.....	%	t	t
1.4	Oppfølging av funksjon, økonomi og kvalitet ved overlevering	Kr.....	%	t	t
1.5	Opplegg for FVD	Kr.....	%	t	t
1.6	Oppfølging av funksjon, økonomi og kvalitet i reklamasjonstiden (Opsjon)				
	SUM	Kr.....	100%	...timer	...timer

Antatt timeforbruk:

Opplysninger om timeforbruk er tilbyders omtrentlige oversikt over forbruket i den enkelte fase og tas i betraktning ved vurderingen av tilbudene. Da dette er en fastpriskontrakt plikter tilbyderne å bruke det antall timer som til enhver tid er nødvendig for å gjennomføre oppdraget.

Fastpris: Sum eks.mva..... kr.....
 24% mva.....kr.....
 Sum inkl mva kr.....

Opsjoner:

Tilbud pkt 1.6 – Oppfølging av funksjon økonomi og kvalitet i reklamasjonstiden

Tilbud på tilleggsytelser. Se kap. 4 post 4.2

		<i>Ytelse</i>	<i>Honorar eks. mva.</i>
2.1	<i>Løst inventar og utstyr</i>	<i>Administrasjon, mottakskontroll og koordinering</i>	<i>Kr.....</i>
2..2	<i>Kunstnerisk utsmykning</i>	<i>Administrasjon og koordinering</i>	<i>Kr.....</i>

- (5) Ved tilbudsfristens utløp leverte seks firmaer inn tilbud, herunder Ilje AS (heretter kalt klager). Den 18. oktober 2004 ble klager tilsendt faks med protokoll fra tilbudsåpning.
- (6) Klager tok senere muntlig kontakt med innklagede og ble orientert om at kontrakt allerede var inngått, og at begrunnelse ville bli sendt ut i ettertid.
- (7) Senere sendte innklagede brev 8. desember 2004 hvor tildeling av kontrakt ble meddelt samtidig med begrunnelse for tildeling. Det fremgikk av brevet at tilbyder nr. 3, siv.ing. Trond Thorvaldsen, som hadde en tilbudssum på kr. 421.476,- inkl. mva, hadde blitt tilbudt kontrakten, og videre at:

”Både tilbyder 3 (Siv. ing. Trond Thorvaldsen AS) og tilbyder 1 (ILJE AS) har dokumentert at de oppfyller kravene som stilles til kompetanse for denne type prosjekt og er derfor rangert likt for undertildelingskriterium 1.

Det vil derfor være undertildelingskriterium 2 – pris - som etter vårt skjønn må avgjøre valg av tilbyder. Tilbyder 1's pris er 0,6 % høyere enn tilbyder nr. 3.”

- (8) Klager sendte deretter et brev datert 17. desember 2004 til innklagede for å få nærmere begrunnelse for tildeling av kontrakt og for å få oppgitt opsjonsprisene til den valgte tilbyderen på løst inventar og kunstnerisk utsmykning.
- (9) I brev av 9. februar 2005 fra ble følgende utfyllende begrunnelse gitt:

”Ved utarbeidelsen av undertildelingskriteriene har det ved en inkurie dessverre sneket seg inn en beklagelig feil. Under punktet ”pris” skulle det stått ”fastpris inklusive opsjon”. Oppdelingen av tilbudsskjemaet viser imidlertid tydelig hva som er forutsatt.

”Som det fremgår av oppdelingen av tilbudsskjemaet er opsjonen i post 1.6 ”oppfølging av funksjon økonomi og kvalitet i reklamasjonstiden” å anse som del av tilbudet. Det er kun denne opsjonen som er ment å være med i vurderingen av ”det økonomisk mest fordelaktige tilbud”.

Anførsler:

Klagers anførsler:

- (10) Klager anfører at innklagede har brutt regelverket for offentlige anskaffelser.
- (11) Det ble inngått kontrakt uten at det ble sendt ut meddelelse om kontraktstildeling før kontrakt ble inngått, og det ble heller ikke gitt begrunnelse innen 15 dager etter

klagers skriftlige anmodning. Det er også i strid med regelverket at ikke totalprisene ble oppgitt i begrunnelsen innen 15 dager.

- (12) Det er i prisoppstillingen ikke tatt hensyn til alle opsjonsprisene i tilbudsskjemaet slik det fremgår av konkurransegrunnlaget. Innklagede gjennomførte en lignende konkurranse for Frogn videregående skole bare måneder tidligere med nøyaktig samme tilbudsskjema på 2 sider og med særskilt tilbud på opsjoner som i tilbudet på Nesodden videregående skole. Det ble også benyttet samme tildelingskriterier på begge prosjektene. I denne konkurransen ble alle opsjonene lagt til grunn ved vurderingen av det økonomisk mest fordelaktige tilbud. Klager hadde således grunn til å forvente at tilbudene ville bli evaluert og vurdert på samme måte på begge prosjektene.
- (13) Dersom det var tatt hensyn til opsjonsprisene på tilleggsytelsene, ville klager hatt det laveste tilbudet prismessig, og kontrakten skulle vært tildelt klager.
- (14) Klager krever erstatning for den positive kontraktsinteresse.

Innklagedes anførsler:

- (15) Innklagede bestrider at kontrakten ikke er blitt tildelt i samsvar med angitte tildelingskriterier.
- (16) Innklagede bestrider derimot ikke brudd på anskaffelsesforskriften §§ 17-3 og 3-8 (4) som følge av at det ikke ble sendt ut meddelelse om kontraktstildeling før kontrakt ble inngått, og at det ble avgitt svar for sent på klagers brev av 17. desember 2004.
- (17) Denne formelle feilen har imidlertid ikke hatt noen betydning for evalueringen av tilbudene og dermed heller ingen betydning for resultatet av konkurransen.
- (18) Opplysningsplikten etter § 3-8 (4) omfatter ikke taushetsbelagte opplysninger. Prisene på opsjon 2.1 og 2.2 er enhetspriser som anses som forretningshemmeligheter, og som er taushetsbelagt etter § 3-3.
- (19) Tildelingskriteriet "det økonomisk mest fordelaktige tilbud" ble lagt til grunn i konkurransen, og opsjon 2.1 og 2.2 skulle ikke omfattes av dette tildelingskriteriet. I forbindelse med evalueringen av de innkomne tilbudene ble begge undertildelingskriteriene som er angitt i vedlegg 3, tillagt vekt ved vurderingen av det enkelte tilbud. Det fremgår av fastprisskjemaet på side 15 i konkurransegrunnlaget hva undertildelingskriterium 2 "pris" omfatter. Fastprisen omfatter opsjonen "oppfølging av funksjon, økonomi og kvalitet i reklamasjonstiden". Opsjonene "løst inventar og utstyr" i 2.1 og "kunstnerisk utsmykning" i 2.2 var ikke angitt i fastprisskjemaet. Den unøyaktigheten som følger av at det står "opsjoner" i stedet for "opsjon" i undertildelingskriteriet "pris", er derfor uten betydning.
- (20) Det bestrides at klager er berettiget til positiv kontraktsinteresse, og at klagenemnda har myndighet til å ilegge slik erstatning. Dersom klagenemnda tar stilling til spørsmålet om positiv kontraktsinteresse, anføres det at saksbehandlingsfeilene ikke har hatt betydning for valg av tilbyder. Saksbehandlingen har vært i samsvar med de krav som følger av lov og forskrift om offentlige anskaffelser med unntak av de to nevnte forholdene. Tilbudet som ble valgt, var det økonomisk mest fordelaktige

tilbudet ut fra konkurransegrunnlagets krav. Saksbehandlingsfeilene kan ikke anses å være så vesentlige at det foreligger noen klar sannsynlighetsovervekt for at klagers tilbud ville blitt valgt, dersom feilene ikke var begått.

Klagenemndas vurdering:

- (21) Klager har deltatt i konkurransen og har saklig klageinteresse, jf forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Konkurransen følger forskrift om offentlige anskaffelser del I og III, jf. §§ 2-1 og 2-2.

Manglende informasjon om tildeling og manglende begrunnelse innen 15 dager.

- (22) Innklagede har erkjent å ha brutt forskriftens § 17-3 (1) ved ikke å opplyse klager om kontraktstildeling i rimelig tid før kontrakt ble inngått. Innklagede har også erkjent å ha brutt forskriftens § 3-8 (4) ved ikke å gi nærmere begrunnelse innen 15 dager da klager anmodet om dette.

Opsjoner

- (23) Utgangspunktet er at oppdragsgiver må evaluere tilbudene etter de tildelingskriterier som fremgår av konkurransegrunnlaget. Tildelingskriteriene skal undergis en objektiv fortolkning ut fra en naturlig forståelse av ordlyden. Dersom oppdragsgiver legger en annen forståelse til grunn, vil evalueringen kunne stride mot kravet til forutberegnelighet i anbudsprosessen, jfr. lovens § 5 (3).
- (24) Spørsmålet i denne saken er hvordan tildelingskriteriet ”Pris. Fastpris inkl. opsjoner” i vedlegg 3 til konkurransegrunnlaget er å forstå, og om klager burde forstått at bruken av flertall i ”opsjoner” måtte bero på en skrivefeil slik innklagede hevder.
- (25) Innklagede valgte å benytte tildelingskriteriet ”det økonomisk mest fordelaktige tilbud” med underkriterier spesifisert i vedlegg 3 til konkurransegrunnlaget. Ordlyden på underkriterium 2 ”Pris, Fastpris inkl. opsjoner” peker i retning av at alle opsjonene skal regnes med i evalueringen av det økonomisk mest fordelaktige tilbud. Klagenemnda kan ikke se at tilbudsskjemaet for fastpris endrer på dette. Selv om kun en av opsjonene er regnet med i selve tilbudsskjemaet for fastpris, og de to andre er skilt ut i eget skjema, er alle opsjonene med i selve tilbudsskjemaet. Det er derfor ikke opplagt at de to sistnevnte ikke skal telle med i vurderingen av det økonomisk mest fordelaktige tilbud. Klager hadde etter klagenemndas oppfatning således grunn til å tro at alle opsjonene skulle telle med. Her er det også et moment at det var gjennomført en tilsvarende konkurranse tidligere ved Frogn videregående skole, hvor alle opsjonene inngikk i tilbudsprisen.
- (26) Det er innklagede som har ansvar for å avverge misforståelser. Det burde derfor kommet klarere frem i konkurransegrunnlaget dersom innklagede ønsket å ekskludere opsjonene for tilleggssytelser i vurderingen.
- (27) Klagenemnda finner etter dette at unnlatelsen av å ta alle opsjonene med i vurderingen er et brudd på kravet til forutberegnelighet i lovens § 5 (3).

Opplysninger om priser i begrunnelsen

- (28) Spørsmålet er om innklagede skulle informert klager om prisene på opsjon 2.1 og 2.2 innen 15 dagers fristen i henhold til forskriftens § 3-8 (4). Oppdragsgiver har taushetsplikt om drift og forretningsforhold som det vil være av konkurransemessig

betydning å hemmeligholde av hensyn til den opplysningene angår, jf forskriftens § 3-3. Klagenemnda kan imidlertid ikke se at opsjonsprisene i pkt. 2.1 og 2.2 er taushetsbelagt, siden de ikke kan anses for å være enhetspriser. Klager hadde dermed krav på å få oppgitt disse prisene da han anmodet om dette.

Erstatning

- (29) Klagenemnda har ikke kompetanse til å uttale seg om de rettslige konsekvenser av brudd, jf. forskrift om Klagenemnd for offentlige anskaffelser § 12. Nemnda kan imidlertid uttale seg om vilkårene for klager til å kreve erstatning anses oppfylt.
- (30) For at positiv kontraktsinteresse skal kunne kreves erstattet, må det være begått vesentlige feil, og det må foreligge klar sannsynlighetsovervekt for at leverandøren ville ha fått oppdraget dersom feilen ikke var begått, jfr. Rt 2001 s 1062 (Nucleus). I denne saken kan det synes som om det foreligger sannsynlighetsovervekt for at klager ville ha fått tildelt kontrakten. Det fremgår av protokollen at det er undertildelingskriterium 2 - pris- som var avgjørende for valg av tilbyder, og ut fra opplysningene i saken ville klager hatt det laveste tilbudet prismessig dersom alle opsjonene hadde blitt regnet med i vurderingen av det økonomisk mest fordelaktige tilbudet.
- (31) Innklagede har brutt flere sentrale bestemmelser i regelverket som har fratatt klager muligheten til å stoppe kontraktsinngåelse i konkurransen og vanskeliggjort klagers mulighet til å fremme sine rettigheter. I tillegg har innklagede lagt til grunn en evaluering av priser som bryter med kravet til forutberegnelighet, og som mest sannsynlig har ført til at feil tilbyder har fått kontrakten. Klagenemnda legger til grunn at bruddene totalt sett må anses å representere en vesentlig feil, og at vilkårene for positiv kontraktsinteresse kan være oppfylt.

Konklusjon:

Innklagede har brutt forskriftens § 17-3 (1) og (2) ved ikke å meddele klager at kontrakt var tildelt, og ved ikke å gi en begrunnelse og frist for klager til å klage over beslutningen.

Innklagede har brutt forskriftens § 3-8 (4) ved å unnlate å gi en nærmere begrunnelse for tildeling, inkludert totalpriser, innen 15 dager etter klagers skriftlige anmodning om dette.

Innklagede har brutt kravet til forutberegnelighet i loven § 5 (3) ved å unnlate å legge vekt på alle opsjonsprisene i vurderingen av det økonomisk mest fordelaktige tilbudet.

For klagenemnda,
20. mars 2006

Inger Marie Dons Jensen