



Klagenemnda for offentlige anskaffelser

Klager deltok i en konkurranse med forhandling om ombyggingsarbeider på et omsorgssenter. Klagenemnda fant at innklagede ikke kunne dokumentere hvordan to av tildelingskriteriene var evaluert og om kriteriene var evaluert utover et bestemt minstenivå. Dette fant nemnda i strid med kravene til gjennomsiktighet og etterprøvbarhet i lovens § 5. Klagers øvrige anførsler førte ikke frem.

Klagenemndas avgjørelse 22. januar 2007 i sak 2006/37

Klager: Brødrene Røsand AS

Innklaget: Averøy kommune

Klagenemndas medlemmer: Siri Teigum, Bjørg Ven og Jakob Wahl.

Saken gjelder: Tildelingsevaluering. Gjennomsiktighet og etterprøvbarhet. Forhandlingsadgangen.

Bakgrunn:

- (1) Averøy kommune (heretter kalt innklagede) kunngjorde 3. november 2005 en konkurranse med forhandling for ombyggingsarbeider på Averøy omsorgssenter. Av kunngjøringens punkt II 1.6 fremgikk det at arbeidene gjaldt ombygging av omsorgssenteret med omsorgsboliger, kontorer og sentralkjøkken. Av punkt II 1.9 fremgikk det at det kunne gis tilbud på en eller flere deler.
- (2) Av konkurransegrunnlagets punkt 2 fremgikk det at tilbudsfristen var 19. januar 2006, senere utsatt til 23. januar 2006. Tildeling av kontrakt skulle skje på basis av det økonomisk mest fordelaktige tilbud etter fire vektete tildelingskriterier inntatt i følgende tabell:

<i>Punkt</i>	<i>Kriterium</i>	<i>Vekting bygningsmessige fag</i>	<i>Vekting tekniske fag</i>
1	Vederlag/ pris	50 %	50 %
2	Kapasitet og leveringssikkerhet	20 %	10 %
3	Kompetanse/ kvalitet	20 %	20 %
4	Service og teknisk bistand etter levering	10 %	20 %

Evalueringen av de enkelte kriterier skjer etter en karakterskala fra 1,0 til 6,0 der karakter 1,0 er dårligst og 6,0 er best."

- (3) I brev av 9. januar 2006 fra arkitektfirmaet Arkitre AS ble tilbyderne oversendt følgende dokumentasjon som hadde manglet i konkurransegrunnlaget:

"Beskrivelse/ tegning fast innredning medisinrom C141 og C142, samt beskrivelse av enkel innredning i arbeidsrom C 122 i blokk C. Rivingsplan, tegning nr 2001-B-560 og 2001-B-561-A, Mål 1:100 blir oversendt tilbyderne (i to eksemplarer) via Netprint Ålesund."

- (4) I brevet het det dessuten at *"Utfylt beskrivelse/ prisskjema legges inn i konkurransegrunnlaget under kapittel 5 tømrerarbeider og summeres inn i kapittelets totalsum."*
- (5) Innen tilbudsfristen mottok innklagede to tilbud, fra henholdsvis Brødrene Røsand AS (heretter kalt klager) og Einar Mork Snekkerverksted AS.
- (6) I brev av 25. januar 2006 ble begge tilbyderne innkalt til forhandlinger. I brevet til Einar Mork Snekkerverksted AS ble selskapet blant annet bedt om å gi en fast pris på *"fast innredning medisinrom og arbeidsrom"*, som etterspurt i brevet av 9. januar 2006 fra Arkitre AS.
- (7) I brev av 31. januar 2006 mottok begge tilbyderne et tilbud på kr 27.950,- på den faste innredningen i medisinrommene C 141 og C142, samt arbeidsrom C 122 fra Bjørn Nilssen Serviceverksted.
- (8) I brev av 1. februar 2006 innsendte Einar Mork Snekkerverksted AS diverse tilleggsopplysninger til selskapets tilbud. I punkt 3 fremgikk det at *"fast innredning medisinrom og arbeidsrom"* ble tilbudt til kr 31.661,-
- (9) I punkt 1.6 i referat fra forhandlingsmøte med Einar Mork Snekkerverksted AS fremgår det blant annet følgende:

"1.6 Fast innredning til medisinrom – 05.270.13

Denne post er ikke utfylt i tilbud – ettersendt beskrivelse.

Svar: Fast innredning tilbys for kr 31.661,-"

- (10) Etter slutførte forhandlinger var klagers pristilbud på kr 6 849.740,- og valgte leverandørs pristilbud på kr 6 547 068,-. For timearbeider hadde klager oppgitt en pris på kr 395,- mens Einar Mork Snekkerverksted AS hadde oppgitt en timepris på kr 370,-. I evalueringen ble det benyttet 700 timer som evalueringsgrunnlag for timearbeider. For administrasjon av sideentreprenører hadde begge tilbyderne oppgitt en fast pris på kr 100.000,-. Begge tilbyderne garanterte at de hadde tilstrekkelig kapasitet til å ferdigstille arbeidene innen 1. februar 2007. Einar Mork Snekkerverksted AS opplyste i tillegg at selskapet hadde engasjert andre snekkerlag for å utføre andre arbeider firmaet hadde påtatt seg, for å frigjøre egne ansatte for dette prosjektet, samt at et annet firma allerede var engasjert til støping av betonggulvet på sentralkjøkkenet.

(11) I brev av 3. februar 2006 ble tilbyderne meddelt at kontrakt var tildelt Einar Mork Snekkerverksted AS. Brevet var vedlagt et skjema som viste hvordan tilbudene var evaluert. Her fremgikk det at klager var gitt 4,33 poeng på vederlag/ pris, 4,00 poeng på kapasitet/ leveringssikkerhet, 5,00 poeng på kompetanse/kvalitet og 4,00 poeng på service/ teknisk bistand etter levering, hvilket totalt ga 4,36 poeng. Valgte leverandør var gitt 4,57 poeng på vederlag/ pris, 4,00 poeng på kapasitet/ leveringssikkerhet, 4,90 poeng på kompetanse/kvalitet og 4,00 poeng på service/ teknisk bistand etter levering, hvilket totalt ga 4,47 poeng. Det fremgikk videre at poengsum 4,0 ble regnet for å være *"tilfredsstillende tilbud sett i forhold til aktuelt prosjekt."* Etter innklagedes klassifisering ble tilbudene bedømt som *"tilfredsstillende"* på tildelingskriterium nummer to og fire og *"godt"* på kriterium nummer tre. Klagers pristilbud var det høyeste.

(12) I brev av 8. februar 2006 ble innklagedes tildelingsbeslutning påklaget. Klagen ble avslått i brev av 13. februar 2006. I avslagsbrevet het det blant annet at:

"Både Deres klient og det firma som er tildelt oppdraget anses å oppfylle kriteriene 2-4 i relasjon til den entreprisen denne saken gjelder og den evaluering som har funnet sted er begrenset til å gjelde dette konkrete oppdraget. Oppdragsgiver har funnet at begge anbyderne tilfredsstiller de krav som må settes når det gjelder de nevnte kriteriene. Dermed vil prisen være avgjørende og dette fører til at anbudet fra Einar Mork Snekkerverksted AS er antatt."

(13) Klage til klagenemnda ble fremmet 21. februar 2006. Kontrakt i saken ble inngått primo februar 2006.

(14) I e post av 28. februar 2006 fra arkitektfirmaet som evaluerte tilbudene, inngitt som vedlegg til innklagedes tilsva, fremgår det at evalueringen av tilbudene ble gjort ut fra de oppgitte tildelingskriteriene, sett i forhold til konkurransegrunnlaget. Tallkarakterer er brukt som relative, og ikke absolutte, tall. Hvert kriterium er evaluert av tre forskjellige personer. Lik karakter viser at leverandørene tilfredsstiller et bestemt kriterium like godt. Idet hvert kriterium er gitt en bestemt prosentandel av totalkarakter, er det karakterdifferansen mellom tilbyderne under det enkelte kriterium som bestemmer poengdifferansen mellom tilbyderne, og ikke karakterens størrelse i seg selv. Når begge tilbyderne for eksempel er gitt 4,0 poeng under et bestemt kriterium, kunne begge like godt vært gitt 4,5. Når det gjelder evalueringen av kompetanse/ kvalitet fremgår det at det er *"sett på det arbeid som skal utføres og den kompetanse som tilbyderne besitter i forhold til det faktum at byggherren har engasjert en meget kompetent prosjekteringsgruppe til prosjektering og oppfølging av prosjektet. Dette er ikke noe totalprosjekt, der en normalt ville ha stilt andre krav overfor entreprenøren."*

Anførsler:

Klagers anførsler:

(15) Tildelingskriteriene er evaluert på basis av det konkrete behov innklagede hadde i den aktuelle konkurransen, det vil si ut fra aktuelle prosjekts størrelse, vanskelighetsgrad med mer, og ikke på basis av tilbyders generelle oppfyllelse av kriteriene. Tilbydere som i *"tilstrekkelig"* grad tilfredsstiller kriteriene, kan ikke sidestilles. Klagers firma må vurderes som bedre på blant annet kapasitet, leveringssikkerhet og kompetanse, idet firmaet har ca 80 ansatte, en omsetning på ca

180 millioner kroner (2005), flere høyt kvalifiserte siviløkonomer og ingeniører ansatt, egen HMS ansatt ingeniør, og kvalifisert til oppdrag i oljeindustrien. Valgte leverandør er en mindre lokal byggmester. I tidligere konkurranser hos oppdragsgiver har klager fått 5 poeng på kapasitet, mot 4 i denne konkurransen.

- (16) Innklagedes tildelingsevaluering er ikke etterprøvbart. Innklagede har for eksempel gitt tilbyderne henholdsvis 5 og 4.9 poeng under kriteriet "*kompetanse og kvalitet*", uten å kunne forklare forskjellen mellom tilbyderne, samt hvordan det er mulig å operere med en slik finmasket gradering. Nemnda bes om å vurdere om skjønnsanvendelsen har vært tilfeldig og om kommunen fritt kan fastsette karakter innenfor en skala fra 1 til 6 for den enkelte tilbyder, så lenge denne har "tilstrekkelig" kapasitet innen det enkelte tildelingskriterium. Hvis kommunen får medhold i dette, bes nemnda om å ta stilling til i hvilken utstrekning den prosentuelle vekten av de enkelte kriterier får betydning ved den endelige utvelgelse.
- (17) Subsidiært anføres det at valgte leverandørs tilbud skulle vært avvist, idet deler av tilbudet ble inngitt etter tilbudsfristens utløp.
- (18) Klagenemnda bes om å vurdere hvorvidt vilkårene for erstatning er oppfylt.

Innklagedes anførsler:

- (19) Det er ikke adgang til å legge vekt på tilbyders generelle kapasitet, erfaring, kompetanse med mer. Det avgjørende er tilbyders evne til å gjennomføre det konkrete oppdraget. Et stort firma med stor totalkapasitet, kan ikke automatisk få mer poeng enn et lite firma med mindre totalkapasitet. Det avgjørende er hvilken ledig kapasitet firmaet har til det konkrete oppdraget. Et stort firma kan i mange tilfeller ha mindre ledig kapasitet enn et lite firma. I tillegg må karakterfastsettelsen baseres på hvilken verdi ulik kapasitet har for oppdragsgiver.
- (20) Etter forskriftens § 16-3 (4) er det adgang til å forhandle om alle sider av tilbudet, herunder pris. Den supplerende valgte leverandør har foretatt ligger innenfor forhandlingsadgangen. Dersom nemnda mener det ikke var anledning til å ta hensyn til Morks tilbud på innredning av medisinerommene og arbeidsrommet, var selskapets tilbud fremdeles vesentlig rimeligere enn klagers tilbud.

Klagenemndas vurdering:

- (21) Klager har deltatt i konkurransen og har saklig klageinteresse, jf forskrift om Klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Anskaffelsen følger etter sin verdi forskrift om offentlige anskaffelser av 15. juni 2001 mv del I og III, jf forskriftens §§ 2-1 og 2-2.

Klagenemndas vurdering av innklagedes tildelingsevaluering. Etterprøvbart.

- (22) Oppdragsgivers tildelingsevaluering skal skje på basis av det som konkret er tilbudt i den enkelte konkurranse. Den poengsum som gis under det enkelte kriterium skal derfor reflektere den verdi det tilbudte har for oppdragsgiver. I klagenemndas sak 2004/180 er det slått fast at oppdragsgiver kan bestemme seg for et beste ønskelig nivå (i den konkrete saken gjaldt det beste ønsket produktkvalitet), og vurdere tilbudene opp mot dette. I sak 2006/14 er det godtatt at oppdragsgiver ikke premierer enhver forskjell, så lenge forskjellen ikke representerer noen verdi for oppdragsgiver. På basis av dette kan klagers anførsel om at tildelingsevalueringen skal skje ut fra

tilbyders generelle oppfyllelse av tildelingskriteriene, uavhengig av oppdragsgivers behov i den aktuelle anskaffelse, anskaffelsens størrelse, vanskelighetsgrad med videre, ikke føre frem.

- (23) I tillegg har klager anført at det er i strid med regelverket å likestille tilbydere som i "tilstrekkelig" grad tilfredsstiller tildelingskriteriene. I klagenemndas saker 2003/61 og 2004/162 m.fl. er det uttrykkelig fastslått at tildelingskriteriene ikke skal benyttes som minstekrav. Kriteriene skal anvendes til å evaluere hvor gode tilbudene er under de enkelte forhold kriteriene omfatter.
- (24) Ut fra foreliggende dokumentasjon er det vanskelig å se om innklagede har benyttet kriteriene som minstekrav, eller om de relevante forskjeller er premiert utover det som skal til for å tilfredsstille et bestemt minstenivå. At tilbyderne under de ulike kriteriene er gitt tallkarakterer på en skala fra 1.0 til 6.0, kan tyde på at tilbudene er evaluert utover et visst minstenivå. Imidlertid heter det i innklagedes brev av 13. februar 2006 at begge tilbyderne er ansett for å "oppfylle kriteriene", og at begge tilbyderne "tilfredsstiller de krav som må settes når det gjelder de nevnte kriteriene". Dette taler for at kriteriene kun er anvendt som minstekrav. Den manglende muligheten til å avgjøre hvorvidt kriteriene kun er anvendt som minstekrav, eller skjønnsmessig evaluert utover dette, utgjør et brudd på kravene til gjennomsiktighet og etterprøvbarehet i lovens § 5.
- (25) I tillegg vil nemnda bemerke at det ut fra den dokumentasjon som er fremlagt kun er i forhold til priskriteriet og kriteriet tilknyttet kapasitet/ leveringssikkerhet at det er mulig å gjenfinne de vurderinger innklagede har foretatt av tilbudene forut for poenggivningen. Siden klagers pristilbud er noe høyere enn valgte leverandørs, er det naturlig at klagers tilbud er bedømt dårligere under priskriteriet. Av referatene fra forhandlingsmøtene fremgår det at tilbydernes tilbudte leveringssikkerhet og kapasitet er likeverdig, hvilket godtgjør at tilbudene er gitt samme poengsum under dette kriteriet. At det derimot ikke er mulig å gjenfinne hvilke vurderinger og forhold ved tilbudene som er vektlagt under evalueringen av de øvrige tildelingskriteriene, utgjør et brudd på kravene til gjennomsiktighet og etterprøvbarehet i lovens § 5, jf blant annet klagenemndas sak 2003/178.

Hvorvidt valgte leverandørs tilbud skulle vært avvist på grunn av brudd på forhandlingsadgangen

- (26) Av forskriftens § 16-3 (4) fremgår det at det i en konkurranse med forhandling er adgang til å forhandle om endringer eller suppleringer av alle sider ved tilbudene.
- (27) Valgte leverandørs inngivelse av pristilbud på kr 31.661,- på "fast innredning medisinrom og arbeidsrom" i et pristilbud på totalt kr 6 547.068,- må anses for å ligge innenfor den forhandlingsadgang forskriftens § 16-3 (4) hjemler. Valgte leverandør var ansett kvalifisert, og den sene inngivelsen av pristilbud på aktuelle post kan ikke antas å ha påvirket om tilbyderen hadde reell mulighet til å få tildelt kontrakten, jf § 16-3 (1) og (3).

Erstatning

- (28) Klagenemnda mangler faktisk grunnlag for å ta stilling til om vilkårene for erstatning er oppfylt, jf Klagenemndeforskriftens § 12.

Konklusjon:

Averøy kommune har brutt kravene til gjennomsiktighet og etterprøvbarhet i lovens § 5 ved ikke å kunne dokumentere om tildelingskriteriene er skjønnsmessig evaluert utover et bestemt minstenivå.

Averøy kommune har brutt kravene til gjennomsiktighet og etterprøvbarhet i lovens § 5 ved ikke å kunne dokumentere hvordan tildelingskriteriene utenom pris og kapasitet/leveringssikkerhet er evaluert.

Klagers øvrige anførsler har ikke ført frem.

For klagenemnda,

22. januar 2007


Bjørge Ven