



**Klagenemnda
for offentlige anskaffelser**

Klager deltok i en åpen anbudskonkurranse for om- og utbygging av det rørtekniske anlegg på Melhus videregående skole. Klagenemnda fant at innklagede hadde brutt kravet til forutberegnelighet ved å angi tildelingskriteriene med forskjellig meningsinnhold i konkurransegrunnlaget og et oversendelsesbrev, som ble sendt ut sammen med grunnlaget. Klagers øvrige anførsler førte ikke frem.

Klagenemndas avgjørelse 19. februar 2007 i sak 2006/61

Klager: Horgmo Rørkompani AS

Innklaget: Sør-Trøndelag fylkeskommune

Klagenemndas medlemmer: Per Christiansen, Morten Goller og Bjørg Ven.

Saken gjelder: Angivelsen av tildelingskriterier. Tilbudsevaluering. Krav til opplysninger i konkurransegrunnlaget. Erstatning.

Bakgrunn:

- (1) Sør-Trøndelag fylkekommune (heretter kalt innklagede) kunngjorde medio desember 2005 en åpen anbudskonkurranse for oppføring av et nybygg og ombygging av eksisterende bygninger på Melhus videregående skole. Arbeidet omfattet totalt seks administrerte sideentrepriser, deriblant om- og utbygging av det rørtekniske anlegget, som denne klagen refererer seg til.
- (2) Kunngjøringens punkt II.3 anga at kontraktens varighet var fra 1. mars 2006 til 15. mai 2007. I punkt IV.2 var det oppgitt at kontrakt skulle tildeles *"det økonomisk mest fordelaktige tilbud vurdert på grunnlag av kriterier som oppgitt i konkurransegrunnlaget."*
- (3) I oversendelsesbrevet, som ble sendt ut sammen med konkurransegrunnlaget, utarbeidet av firmaet som evaluerte tilbudene for innklagede, fremgikk det følgende:

"Følgende momenter vil tillegges stor vekt i evalueringen av tilbudene:

- 1. Pris med vurdering av eventuelle forbehold*
- 2. Kvalitet/referanser*
- 3. Kapasitet/kompetanse/sikkerhet*

Byggherren står fritt til å velge det tilbud han totalt sett mener er gunstigst."

- (4) I det medfølgende konkurransegrunnlagets punkt 1.12 fremgikk det at kontrakt skulle tildeles det økonomisk mest fordelaktige tilbud på basis av to vektete tildelingskriterier. Dette var illustrert i følgende tabell:

	Tildelingskriterier:	Dokumenteres med:	Vekting:
1.	Pris Tilbudspris Anslått verdi av forbehold Timepris Påslagsprosjenter	Utfylt tilbudsskjema/følges kriv	80 %
2.	Gjennomføring	Egen beskrivelse/plan som viser hvordan tilbyderen vil gjennomføre og bemanne byggesaken.	20 %

- (5) I grunnlagets punkt 1.13 var det fastsatt hva tilbudet skulle inneholde, blant annet:
"Dokumentasjon av tildelingskriterier i henhold til punkt 1.12."
- (6) I kontraktsbestemmelsenes punkt 3.2.7 var det fastsatt følgende vedrørende fremdriftsplan:

"Fremdriftsplan

(18.1) Tillegg:

Administrerende sideentreprenører skal innen 1 måned etter kontraktsmøte utarbeide forslag til fremdriftsplan. På dette grunnlag skal hver entreprenør sette opp forslag til fremdriftsplan for sine arbeider så detaljert at den viser alle egne arbeider frem til ferdigstillelse. Delfrister som er forlangt av byggherren, skal klart angis. Forslaget leveres til administrerende sideentreprenør. Sammen med byggherren skal administrerende sideentreprenør deretter utarbeide fremdriftsplan for samtlige arbeider i samråd med de enkelte sideentreprenører. Fremdriftsplanen skal, etter at sideentreprenørene har godkjent den, vedlegges kontrakten som del av denne. De angitte delfrister og ferdigstillelsesfrister er bindende."

- (7) I konkurransegrunnlagets punkt 4.7 vedrørende *"tidsfrister/fremdriftsforhold"* var det fastsatt at byggestart skulle skje ca 6. mars 2006, at overtakelse fra entreprenør skulle skje medio april 2007 og at overtakelse av utomhusanlegg skulle skje 15. juni 2007. For ombyggingen av eksisterende bygg var det vist til: *"Plan gjennomføring som viser hvordan ombygging av eksisterende bygg er planlagt gjennomført i forhold til skoledrift."*
- (8) I punkt 4.9 fremgikk det at skolen skulle være i drift under hele byggeperioden. Det ble videre vist til: *"Plan gjennomføring hvor det er forsøkt angitt arealer som skal være i drift og hvilke arealer som skal ombygges når. Det kan være muligheter for endring av datoer underveis om andre forhold avdekkes som gjør drift/ombygging smidigere."*

- (9) Punkt 4.10 fastsatte følgende: *"I prosjekt og beskrivelsessammenheng omhandles prosjektet i 3 deler. Byggetrinn 1 – ombygging, byggetrinn 2 – ombygging, verkstedbygg – ombygging, mellombygg - nybygg (tilbygg)."*
- (10) I punkt 6.10 het det at: *"Vedlagte fremdriftsplan er foreløpig og overordnet"*
- (11) Innen tilbudsfristens utløp mottok innklagede fem tilbud, deriblant fra Horgmo Rørkompani AS (heretter kalt klager) og K. I. Selboe AS (heretter kalt valgte leverandør). Klagers pristilbud var på kr 4.219.443,75, mens valgte leverandørs tilbud var på kr 4.387.912,50. Klagers tilbud var ikke vedlagt plan over gjennomføring og bemanning, mens valgte leverandørs tilbud inneholdt en slik plan.
- (12) I anskaffelsesprotokollen fremgikk det at klager var gitt beste karakter på pris, 4 poeng, idet selskapet hadde det laveste pristilbudet. Valgte leverandør var gitt 3,93 poeng. På gjennomføring var klager gitt 1 poeng, mens valgte leverandør var gitt 2,5 poeng. Etter hensyntagen til den prosentmessige vektfordeling mellom kriteriene, ga dette valgte leverandør 3,65 poeng, mens klager oppnådde 3,40 poeng. Det fremgår av protokollen at tilbudene er evaluert på basis av tildelingskriteriene som ble oppgitt i konkurransegrunnlaget..
- (13) I brev av 31. mars 2006 ble saken brakt inn for klagenemnda. Kontrakt i saken ble inngått etter dette.

Anførsler:

Klagers anførsler:

- (14) Det er ikke samsvar mellom det som ble oppgitt som tildelingskriterier i konkurransegrunnlagets punkt 1.12 og det som ble oppgitt i oversendelsesbrevet som fulgte med grunnlaget. Dette gjorde det uklart hvilke kriterier som skulle gjelde. Oversendelsesbrevet må anses som en del av konkurransegrunnlaget, da dette ble utsendt sammen med resten av grunnlaget.
- (15) Siden det fremgikk av kontraktsbestemmelsene punkt 3.2.7 at fremdriftsplan først skulle utarbeides én måned etter kontraktsmøte, inneholdt ikke klagers tilbud noen slik plan. Klager oppfattet også denne fristen, i likhet med tre av de øvrige tilbyderne, som fristen for når plan over bemanning og gjennomføring skulle innleveres. Tilbudet inneholdt derfor ikke plan over bemanning og gjennomføring. Idet konkurransegrunnlaget ikke beskrev hvorvidt det var utbyggingen eller ombyggingen som skulle foretas først, ville det vært svært vanskelig å utarbeide noen fremdriftsplan eller plan over bemanning og gjennomføring forut for tilbudsinnleveringen. På grunn av at klagers tilbud ikke inneholdt fremdriftsplan eller plan for bemanning og gjennomføring fikk selskapet kun 1 poeng under kriteriet *"gjennomføring"*, mens K. I. Selboe AS fikk 2,5 poeng. Dette ble utslagsgivende for at K. I. Selboe AS fikk kontrakten. De øvrige to tilbyderne fikk også kun 1 poeng under kriteriet knyttet til gjennomføring. Klagers tilbud var lavest i pris. Dersom innklagede ønsket å fravike det som var oppgitt i punkt 3.2.7 skulle samtlige tilbydere vært gjort oppmerksom på dette, for eksempel gjennom et avklarende møte etter forskriftens § 9-1 (2) bokstav a.
- (16) Klager finner det uforståelig at valgte leverandør ble ansett 250 % bedre enn de andre tilbyderne under tildelingskriteriet *"gjennomføring"*. Ved en slik

skjønnsmessig, på forhånd ikke-definert karaktergivning, er det umulig å vite om kontrakten ble tildelt det økonomisk mest fordelaktige tilbud. Den karaktergivning som ble brukt var ikke oppgitt i kunngjøringen eller konkurransegrunnlaget, hvilket har åpnet for en ikke-prøvbar forskjellsbehandling, i strid med anskaffelsesregelverkets intensjoner, jf forskriftens § 10-2 (2).

(17) Klagenemnda bes om å vurdere om vilkårene for erstatning er oppfylt.

Innklagedes anførsler:

(18) Prinsipalt anføres det at klagen må avvises som uhensiktsmessig for behandling i klagenemnda, jf Klagenemnds forskriftens § 9. Regelverket gir oppdragsgiver et vidt innkjøpsfaglig skjønn. Klagenemnda kan ikke prøve om skjønnnet er rimelig, hensiktsmessig mv, men kun ta stilling til om skjønnsutøvelsen har vært usaklig, vilkårlig eller grovt urimelig. Det har skjønnsutøvelsen ikke vært.

(19) Konkurransegrunnlaget anga hvilke tildelingskriterier som gjaldt for konkurransen. Klager forholdt seg ikke til de momenter som fremkom i oversendelsesbrevet. At disse har skapt tvil om hvilke tildelingskriterier som gjaldt, synes derfor oppkonstruert i ettertid. Klager foretok seg ikke noe for å avklare den påståtte uklarhet.

(20) Idet klagers tilbud ikke inneholdt den dokumentasjon som var etterspurt til vurderingen av tildelingskriteriet "gjennomføring", fikk klager kun 1 poeng på dette kriteriet. Tildelingskriteriet "gjennomføring" har ingen sammenheng med kravet om fremdriftplan etter kontraktsinngåelse. Oppdragsgiver hadde i tilbudsevalueringen behov for en plan over hvordan gjennomføringen og bemanningen av prosjektet var tenkt av tilbyder. Det var oppgitt at startdato ville være den 1. mars 2006 og sluttdato den 15. mai 2007. Gjennomførings- og bemanningsplan er et vanlig tildelingskriterium. Dersom klager var i tvil om hvordan gjennomføringskriteriet skulle forstås i forhold til kravet om fremdriftsplan, burde klager avklart dette med innklagede. Klager unnlot istedenfor å innlevere plan over bemanning og gjennomføring, og det kan synes som om tilbyder tok en bevisst sjanse på å bli tildelt kontrakt på basis av priskriteriet alene. At klager problematiserer dette i ettertid, synes som et forsøk på å rette opp egen feilvurdering.

(21) Anskaffelsesregelverket oppstiller ikke noe krav om at den metode som vil bli brukt ved vurderingen av et bestemt kriterium skal opplyses på forhånd. Det er tilstrekkelig for tilbyderne å få opplyst hvilken vekt de ulike kriteriene vil bli tillagt i vurderingen, jf klagenemndas sak 2004/275 (premiss 53). Gjennomføring var angitt til å telle 20 %, mens pris var angitt til å telle 80 %.

(22) Subsidiært anføres det at innklagede har forholdt seg til regelverket.

(23) Det foreligger ikke grunnlag for erstatning. Klager unnlot å innlevere etterspurt dokumentasjon, unnlot å redegjøre for årsaken til dette, og foretok seg ikke noe for å avklare de uklarheter det i ettertid har blitt påstått at forelå. Klager har dermed bevisst påtatt seg de konsekvenser som måtte følge av vedkommendes subjektive oppfatninger på disse punkt.

Klagenemndas vurdering:

- (24) Klager har deltatt i konkurransen og har saklig klageinteresse, jf forskrift om Klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Anskaffelsen følger etter sin kunngjorte verdi forskrift om offentlige anskaffelser av 15. juni 2001 nr 616 del I og III, jf forskriftens §§ 2-1 og 2-2.

Angivelsen av tildelingskriterier

- (25) Ved tildeling av kontrakt etter kriteriet ”det økonomisk mest fordelaktig tilbud” skal alle kriterier som vil bli lagt til grunn i tilbudsevalueringen angis enten i konkurransegrunnlaget eller i kunngjøringen, jf forskriftens § 17-2 (2). Dersom tildelingskriteriene angis flere steder, må de angis med det samme meningsinnhold.
- (26) Av den foreliggende dokumentasjon fremgår det at tildelingskriteriene ble angitt med forskjellig meningsinnhold i konkurransegrunnlaget og oversendelsesbrevet som fulgte med ved utsendelsen av grunnlaget. Selv om oversendelsesbrevet ikke var en del av de formelle tilbudsdokumenter, jf oversendelsesbrevets første avsnitt på side 2, er det nærliggende at de avvikende kriteriene som ble oppgitt i brevets side 3 kunne skape en uklarhet. Dette mener klagenemnda er uheldig og i strid med kravet til forutberegnelighet i lovens § 5. Nemnda vil tilføye at det i dette tilfellet ikke synes som om angivelsen av de avvikende kriterier i oversendelsesbrevet har hatt noen betydning for tilbyderne i konkurransen.

Innklagedes evaluering av klagers tilbud tilknyttet tildelingskriteriet ”gjennomføring”

- (27) For å kunne evaluere tilbudene er oppdragsgiver avhengig av at tilbyderne inngir den dokumentasjon som er etterspurt i kunngjøringen eller konkurransegrunnlaget. I denne konkurransen hadde innklagede etterspurt en beskrivelse/plan over hvordan tilbyder ville gjennomføre og bemanne byggesaken. Dette var stilt som et dokumentasjonskrav til evalueringen av tildelingskriteriet ”gjennomføring”, og angitt til å telle 20 % i den samlede tilbudsevalueringen. I det øvrige konkurransegrunnlaget var det angitt noen datoer for hvordan innklagede hadde tenkt seg gjennomføringen av arbeidene, jf blant annet gjennomføringsplanen og punkt 4.10, som fastsatte at ombygging skulle skje i de tre første byggetrinnene og utførelse av nybygget i det siste, samt oppgitt at arbeidene skulle utføres som seks administrerte sideentrepriser. For øvrig var det ikke gitt noen særlige opplysninger om gjennomføringen og fremdriften av arbeidene. I kontraktsbestemmelsene var det fastsatt at det én måned etter kontraktsinngåelse skulle utarbeides en fremdriftsplan. Dette har klager oppfattet som fristen for å innlevere plan over gjennomføring og bemanning, og følgelig unnlot firmaet å innlevere slik plan sammen med tilbudet.
- (28) Etter klagenemndas syn kan konkurransegrunnlaget ikke med rimelighet forstås slik at plan over gjennomføring og bemanning først skulle innleveres på det tidspunkt fremdriftsplanen skulle innleveres, all den tid denne dokumentasjon skulle anvendes i evalueringen av tildelingskriteriet ”gjennomføring”. Klager må således selv ha risikoen for at dette ikke ble innlevert.

Hvorvidt innklagede skulle ha opplyst mer om den metode som ville bli anvendt i evalueringen av tildelingskriteriet "gjennomføring" i kunngjøringen eller konkurransegrunnlaget

- (29) Av forskriftens § 17-2 (2) fremgår det at oppdragsgiver skal oppgi de kriterier kontrakt vil bli tildelt etter. Om mulig skal kriteriene angis i prioritert rekkefølge. Etter konkurransegrunnlaget skulle det økonomisk mest fordelaktige tilbud baseres på dokumentasjon for pris og gjennomføring med hhv 80 og 20 prosent vektning. Dette viser en prioritering som innebærer at det skulle legges klart mindre vekt på "gjennomføring" sammenlignet med "pris". Det fremgikk videre at "gjennomføring" skulle dokumenteres ved tilbyders "egen beskrivelse/plan som viser hvordan tilbyderen vil gjennomføre og bemanne byggesaken". Valget av vektfordeling (prioritering) hører inn under et innkjøpsfaglig skjønn som klagenemnda normalt ikke vil overprøve, jf uttalelsen i klagenemndas sak 2004/275 (premiss 53). I rangeringen mellom tilbyderne innenfor hvert av tildelingskriteriene ble tilbyderne tildelt poeng, uten at det på forhånd var redegjort for hvordan dette skulle skje. Etter klagenemndas oppfatning kan oppdragsgiver etter anskaffelsesregelverket normalt ikke være forpliktet til å redegjøre for den skønnsmessige metode som vedkommende vil anvende for å evaluere tilbudene. Klagers anførsel om at evalueringsmetoden som ville bli brukt skulle vært opplyst tilbyderne i kunngjøringen eller konkurransegrunnlaget, kan derfor ikke føre frem.

Erstatning

- (30) Klagenemnda har ikke grunnlag for å ta stilling til om vilkårene for erstatning er oppfylt, jf klagenemnds forskriftens § 12.

Konklusjon:

Sør-Trøndelag fylkeskommune har brutt kravet til forutberegnelighet i lovens § 5 ved å angi tildelingskriteriene med forskjellig meningsinnhold i konkurransegrunnlaget og oversendelsesbrevet som fulgte med ved utsendelsen av grunnlaget.

Klagers øvrige anførsler har ikke ført frem.

For klagenemnda,

19. februar 2007


Per Christiansen