



Klagenemnda for offentlige anskaffelser

Klager har deltatt i en konkurranse med forhandling vedrørende totalentreprise for nytt bofellesskap med åtte leiligheter, fellesareal og personalavdeling på Nedre Nattland i Bergen kommune. Klagenemnda fant at innklagede hadde brutt regelverket ved å foreta en uforsvarlig evaluering/ poenggivning under tildelingskriteriet " gjennomarbeidet tilbud", og at det forelå brudd på kravet til etterprøvnbarhet i lovens § 5 ved at innklagede ikke hadde dokumentert og redegjort tilstrekkelig for evalueringen. Klagers øvrige anførsler førte ikke frem.

Klagenemndas avgjørelse 30. mars 2009 i sak 2008/162

Klager: Hordaland Bygg & Eiendom AS

Innklaget: Bergen kommune, avdeling Bergen Bolig og Byfornyelse KF

Klagenemndas medlemmer: Tone Kleven, Andreas Wahl, Jakob Wahl.

Saken gjelder: Reelle forhandlinger, tildelingsevalueringen, dokumentasjon, etterprøvnbarhet, erstatning.

Bakgrunn:

- (1) Bergen kommune kunngjorde 10. mars 2008 en konkurranse med forhandling vedrørende totalentreprise for nytt bofellesskap med åtte leiligheter, fellesareal og personalavdeling på Nedre Nattland. Den estimerte verdien av anskaffelsen var på mellom 20 og 30 millioner kroner. Kontraktens varighet var satt fra 15. mai 2008 til 15. mai 2009. Oppstarts- og ferdigstillelsesdato ble senere forskjøvet noe.
- (2) Klager ble prekvalifisert til å delta i anbudskonkurransen, og inngav tilbud innen fristen.
- (3) I kunngjøringens punkt IV.2) fremkom at kontrakt skulle tildeles den leverandør som leverte det økonomisk mest fordelaktige tilbudet. Tildelingskriteriene var fastsatt i konkurransegrunnlagets punkt 1, hvor det fremkommer at:

"Følgende kriterier vil bli lagt til grunn for tildeling av kontrakt:

Det økonomisk med fordelaktige tilbudet vurdert på grunnlag av:

Pristilbud

Leveringstid/fremdrift

Gjennomarbeidet tilbud

Tilbudet skal gis i henhold til konkurransegrunnlaget, og det skal omfatte en komplett leveranse til ferdigstillelse av bygget med tilhørende uteområder."

- (4) Etter tilbudsfristens utløp ble klager innkalt til "Forhandling avklaringsmøte Nedre Nattland" hos innklagede 3. juni 2008. Møtet ble avholdt i regi av innklagedes

konsulent Smidt & Ingebrigtsen. Forhandling/avklaringsmøte ble avholdt med samtlige tilbydere.

- (5) Innklagede sendte deretter referat fra møtene til hver enkelt tilbyder. Klager sendte 6. juni og 9. juni 2008 svar til innklagede med kommentarer og enkelte justeringer av tilbudet sitt. Klager foretok ingen prisjustering. Åsane Byggmesterforretning AS (heretter kalt valgte leverandør) sendte 6. juni 2008 inn sitt svar med kommentarer, herunder et revidert pristilbud med prisavslag på til sammen 400 000,- kroner.
- (6) Det ble gjennomført telefonkonferanse mellom Arild Myren (klager), Arild Bruvik og Øystein Rossevoid (innklagede) 9. juni 2008.
- (7) Fra anbudsprotokollen 11. juni 2008 fremkommer blant annet at prisforskjellen på tilbudet fra valgte leverandør og klager var på nær 300 000 kroner. Fra konklusjonen hitsettes følgende:

"Kontrakt tildeles Åsane Byggmesterforretning AS på bakgrunn av best pris, tilsvarende leveringstid som nærmeste konkurrerende tilbyder. Tilbud fra Åsane Byggmesterforretning AS er vurdert som et bedre gjennomarbeidet tilbud enn nærmeste konkurrent."

- (8) Ved brev 11. juni 2008 meddelte innklagede til klager at oppdraget ville bli tildelt valgte leverandør. Kontraktstildelingen ble samme dag bekreftet skriftlig ved brev fra Smidt & Ingebrigtsen. Av brevet fremkom blant annet at:

"Tilbudene hadde gjennomgående få avvik fra de kriterier som var angitt i konkurransegrunnlaget hva angikk kvaliteter på bygget, og mindre avvik med hensyn til leveringstid og grad av gjennomarbeidet tilbud fra leverandørene. Etter en samlet vurdering av kriteriene som var angitt i konkurransegrunnlaget, har Bergen Bolig og Byfornyelse KF besluttet å inngå kontrakt med Åsane Byggmesterforretning AS."

- (9) I tillegg hadde innklagede utarbeidet følgende matrise:

	Strand AS Vekting Karakter Karakter x vekt	Åsane Byggmesterforretning AS Karakter Karakter x vekt	Hordaland Bygg og Eiendom AS Karakter Karakter x vekt	Br. Ulveseth Karakter Karakter x vekt
Pristilbud	60 % 4,9 2,94	5 3,6	5,0 3,54	4,2 2,52
Leveringstid /fremdrift	20 % 5 1	5 1	5 1	6 1,2
Gjennomarb eidet tilbud	20 % 6 1,2	5 1	4 0,8	6 1,2
Sum karakter	100 % 5,14	5,6	5,34	4,92

- (10) Klager bestred kontraktstildelingen 12. juni 2008. Det ble fremsatt krav om at kontrakt ikke skulle inngås, samt at innklagede skulle gjennomføre forhandlinger i samsvar med konkurransegrunnlaget.
- (11) I brev 13. juni 2008 opplyste innklagede at man anså at reelle forhandlinger var gjennomført, herunder at møtet 3. juni 2008, sett i sammenheng med senere kontakt, var å anse som forhandlinger som går utover rammene for avklaringer. Innklagede avviste samtidig å endre beslutningen om å tildele kontrakt.
- (12) Klager påklaget avgjørelsen om kontraktstildeling 27. juni 2008, og fastholdt at møtet 3. juni 2008 ikke kunne anses som reelle forhandlinger.
- (13) Innklagede tok i brev 30. juli 2008 ikke klagen til følge ettersom de mente at reelle forhandlinger var gjennomført.
- (14) Kontrakt ble inngått med valgte leverandør. Valgte leverandør signerte avtalen 27. august 2008, og Bergen kommune signerte 2. september 2008.
- (15) Saken ble brakt inn for klagenemnda ved brev 15. september 2008.

Anførsler:

Klagers anførsler:

Reelle forhandlinger

- (16) Klager anfører at innklagede har brutt kravet om å gjennomføre reelle forhandlinger med alle leverandører som har levert gyldig tilbud. Det vises til lov om offentlige anskaffelser § 5, herunder kravet til forutberegnelighet. Det vises videre til Amdahl/Roll Mathiesen, Lov og forskrift om offentlige anskaffelser, Kommentartutgave, 2. utgave side 447 og 617, samt KOFAs sak 2003/70.
- (17) Bevissituasjonen, herunder begrepsbruken i referatet fra møtet 3. juni og klagers brev 6. og 9. juni 2009, viser at det var tale om avklaringer/avklaringsmøte, og ikke reelle forhandlinger om pris. Klager har ikke fått informasjon som skulle gi grunnlag for å oppfatte kontakten med oppdragsgiver som forhandlinger.
- (18) Subsidiært anføres at oppdragsgiver, i en avgjørende fase av anskaffelsesprosessen, skapte en vesentlig uklarhet med hensyn til hvilken type møte og kommunikasjon som ble gjennomført. Uklarheten kan åpenbart ha innvirket på anskaffelsesprosessen, og er i seg selv tilstrekkelig til å konstatere at anskaffelsesprosessen ikke er gjennomført i samsvar med grunnleggende krav til offentlige anskaffelser. Klager har ikke oppfattet avklaringsmøtet slik at det i etterkant skulle inngis revidert pristilbud. Tilbyderne er ikke gitt "*anledning til å revurdere sine tilbud, for så eventuelt å komme med revidert tilbud*", jf. KOFAs sak 2007/110, jf. sak 2003/171 og 2003/267.
- (19) Når det gjelder innklagedes anførsel om at klagers representant Arild Myren i telefonsamtale 9. juni 2008 skal ha godkjent innklagedes fremgangsmåte, bemerkes at Myrens aksept gjaldt innklagedes behov for avklaringer, ikke at man hadde gjennomført forhandlinger.

- (20) Hensynet til likebehandling og forutberegnelighet tilsier at det som et minstekrav må opplyses om forhold som vil kunne ha vesentlig innvirkning på forhandlingene. Det fremkommer i punkt 6 av referatet fra møtet med valgte leverandør at selskapet skal vedlegge en revidert betalingsplan. Tilsvarende fremkommer ikke av referatet fra møtet med klager. Det er på denne bakgrunn gitt en annen oppfordring til valgte leverandør til å inngi et revidert pristilbud enn hva som er gitt klager.
- (21) Klager reiser videre spørsmål ved kvalitetssikringen av anbudsprosessen. Det vises til at det etter klagers oppfatning, i møte 3. juni 2008, ble uttalt av Smidt & Ingebrigtsens representant at "*det presiseres at dette er et avklaringsmøte og ikke et forhandlingsmøte*". Uttalelsen har imidlertid ikke blitt protokollert, og det er følgelig uenighet mellom partene i forhold til hva som ble sagt om dette.

Dokumentasjon på evalueringen

- (22) Videre anføres at grunnlaget for karaktersettingen på innleverte tilbud ikke er dokumentert, samt at det reageres på at karaktersettingen virker påfallende, tilfeldig og uforståelig, herunder at den ikke tilfredsstiller kravene til likebehandling.

Manglende dokumentasjon

- (23) Det anføres at det ikke er dokumentert at valgte tilbyders tilbud var bedre gjennomarbeidet enn klagers tilbud.

Erstatning

- (24) Klager anfører at det foreligger klar sannsynlighetsovervekt for at oppdragsgiver har opptrådt i strid med regelverket ved å ikke gjennomføre reelle forhandlinger eller etablere større grad av tydelighet rundt forhandlingsprosessen. Det foreligger vesentlig brudd på anskaffelsesregelverket, som innebærer ansvarsgrunnlag for erstatningskrav. Ettersom forskjellen i pris bare var på mellom en og to prosent, er det åpenbart at manglende forhandlinger kan ha innvirket på valget av leverandør. Oppdragsgiver er følgelig erstatningsansvarlig for det tap klager har lidt som følge av regelbruddene.
- (25) Klager opplyser at et eventuelt erstatningskrav begrenses til den negative kontraktsinteressen. Kravet omfatter kostnader påløpt i forbindelse med anskaffelsesprosessen og klagebehandlingen, medregnet utgifter til juridisk bistand. Klagenemnda anmodes om å uttale seg om vilkårene for å kreve erstatning foreligger.

Innklagedes anførsler:

Reelle forhandlinger

- (26) Innklagede anfører at det er gjennomført reelle forhandlinger med samtlige tilbydere 3. juni 2008. Alle tilbyderne ble innkalt til "*Forhandlings/avklaringsmøte*", hvor det ble opplyst om at formålet med forhandlingene i hovedsak var å avklare forskjeller for å få tilbudene så sammenlignbare som mulig. Dette er grunnen til at overskriftene i referatene er "*avklaringsmøte*". Det avgjørende for vurderingen av om det er gjennomført reelle forhandlinger, må være møtenes reelle innhold, ikke overskriften i møterefelatene.
- (27) Møterefelatene datert 5. juni 2008 viser at det er gjennomført forhandlinger ut over rammene for avklaringer i anbudskonkurranser. Det fremgår av referatenes punkt 2.0 at flere forbehold av økonomisk betydning ble frafalt ved forhandlingene. Senere frafalt

klager også forbeholdet inntatt i tilbudet merket "*grunnarbeid*". Disse disposisjonene rammes av forhandlingsforbudet i forskrift om offentlige anskaffelser § 21-1, og viser samtidig at det er gjennomført reelle forhandlinger.

- (28) Ettersom valgte leverandør også oppnådde bedre karakter på tildelingskriteriet "*gjennomarbeidet tilbud*", ville ytterligere forhandlinger om pris neppe medført at klager ville blitt tildelt kontrakten.
- (29) Innklagede anfører at prosessen ikke har vært uklar, og at klager er gitt anledning til å inngi et revidert tilbud. Klager har, som de øvrige tilbyderne, stått fritt til å redusere sin pris for å øke muligheten til å bli tildelt oppdraget.
- (30) Det må anses å ligge innenfor det innkjøpsfaglige skjønn å avgjøre hvor intensive forhandlingene skal være, herunder hvilke sider av tilbudene det er nødvendig å forhandle om. Innklagedes formål med møtene var i hovedsak å avklare forskjeller og forhandle bort forbehold. Det er ikke gitt uttrykk for at det skulle gjennomføres egne forhandlinger om pris senere.
- (31) Innklagede hevder at det ikke foreligger plikt til å ha egne forhandlingsmøter om pris, jf. forskriftens § 20-11 (3). Det vises til KOFAs sak 2003/105, hvor det blant annet uttales at: "*Klagenemnda kan imidlertid ikke se at det er grunnlag for å statuere en plikt for oppdragsgiver til å påpeke alle sider ved leverandørenes tilbud som kan forbedres.*". Det vises dessuten til Dragsten/Lindalen, Offentlige anskaffelser, Kommentartutgave, side 1685 og 1686, samt NOU 1997:21, side 144.
- (32) Innklagede bestrider dessuten at klager hadde en rettslig beskyttelsesverdig forventning om at det skulle forhandles om pris senere i "*forhandlingsrunden*". Temaene som ble tatt opp i møtet 3. juni 2008 hadde også innvirkning på tilbudenes priser. I referatets punkt 5.0 ble det videre uttrykkelig påpekt at det var adgang til å inngi et revidert tilbud.
- (33) For så vidt gjelder uttalelsen fra Smidt & Ingebrigtsens representant om at møtene ikke skulle anses som forhandlinger, anføres at bakgrunnen for at dette ikke er protokollert, er at uttalelsen aldri har funnet sted. Ettersom klagen på sentrale punkter bygger på forhold som er uttrykt muntlig, synes det uhensiktsmessig å behandle saken i KOFA. Å ta stilling til de bevismessige spørsmål dette reiser, krever umiddelbar bevisførsel i form av vitneavhør, jf. klagenemndforskriften § 9.
- (34) Vedrørende klagers anførsel om forskjellsbehandling, vises det til at det også i referatet sendt klager fremgår at det er anledning til å inngi revidert tilbud.

Dokumentasjon på evaluering

- (35) Evalueringen av tilbudene er en del av oppdragsgivers vidtgående innkjøpsfaglige skjønn. Skjønnets kan bare overprøves dersom oppdragsgiver har brutt regelverket ved å legge feil faktum til grunn, eller ved å utøve et usaklig, sterkt urimelig eller vilkårlig skjønn.
- (36) For så vidt gjelder klagers anførsel om at grunnlaget for karakterfastsettingen ikke er dokumentert, er bakgrunnen for dette at det tidligere ikke har vært foranledning til å fremlegge fullstendig dokumentasjon. Vedrørende pris er det imidlertid dokumentert at valgte leverandør hadde lavere tilbudssum ved tildelingen. Klager fikk også lavere

karakter på tildelingskriteriet "gjennomarbeidet tilbud" enn valgte leverandør. Noe av bakgrunnen for dette var at klager ikke har priset alle postene i tilbudet som forutsatt, men fordelt kostnadene under ulike poster, slik at det var umulig for innklagede å vurdere hvor stort beløp som var tenkt benyttet på de ulike sidene av oppdraget.

Erstatning

- (37) Innklagede anfører at ikke foreligger brudd på anskaffelsesreglene. Subsidiært, for det tilfelle at klagenemnda kommer til at det foreligger brudd, anføres at vilkårene for erstatning uansett ikke er tilstede. Videre påpekes at utgifter knyttet til klagen til KOFA ikke har erstatningsrettslig vern, ettersom det ikke er tap som følge av et eventuelt regelbrudd, men en utgift påført for å konstatere et brudd, jf. Rt 2008 side 982. Utgiftene er da ikke en del av den negative kontraktsinteresse som har erstatningsrettslig vern etter lovens § 1, men saksomkostninger, som reguleres av klagenemndforskriften § 13.
- (38) Det nedlegges påstand om at klagen forkastes.

Klagenemndas vurdering:

- (39) Klager har deltatt i konkurransen og har saklig klageinteresse, jf. forskrift om Klagenemnd for offentlige anskaffelser 15. november 2002 nr. 1288 § 6. Klagen er rettidig. Anskaffelsen følger etter sin verdi forskrift om offentlige anskaffelser 7. april 2006 nr. 402 del I og del II, jf. forskriftens § 2-1 (1), jf. § 2-2 (1), samt bestemmelsene i lov om offentlige anskaffelser 16. juli 1999 nr. 69.
- (40) Sekretariatet bemerker at saken er funnet egnet til behandling i klagenemnda, slik at innklagedes avvisningspåstand ikke tas til følge, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 9.

Reelle forhandlinger

- (41) Klager har anført at innklagede ikke har gjennomført reelle forhandlinger.
- (42) Det følger av forskriftens § 11-8 (2) at det kan forhandles om alle sider av tilbudene, herunder pris. Forhandlingene skal gjennomføres slik at de grunnleggende kravene til likebehandling og forutberegnelighet overholdes. Det er i forskriften ikke oppstilt noe formkrav på hvordan forhandlingene skal gjennomføres.
- (43) I klagenemndas sak 2007/110 uttales blant annet at
- "I klagenemndas saker 2003/171 og 2003/267 fastslo nemnda at oppdragsgiver i en konkurranse med forhandling har plikt til å sørge for at forhandlingene blir reelle. I kravet om reelle forhandlinger ligger det at tilbyderne må gis anledning til å revurdere sine tilbud, for så å eventuelt komme med reviderte tilbud, jf. klagenemndas uttalelse i 2003/171. Selv om ikke oppdragsgiver kan ha noen plikt til å påpeke alle sider av tilbudet som kan forbedres, må det i alle fall kunne kreves at det opplyses om de forhold som vil kunne ha størst betydning."*
- (44) Klagenemnda bemerker innledningsvis at det ikke er av betydning hva møtene kalles, herunder om de kalles avklarings- eller forhandlingsmøter. Det avgjørende er om det har vært foretatt forhandlinger som har gitt alle tilbyderne mulighet til å forbedre sine tilbud.

- (45) Partene er uenige om det i møtet 3. juni 2008 fra innklagedes side eksplisitt ble presisert at det ikke skulle gjennomføres forhandlinger på dette møtet. Partene er dessuten uenige om deler av det som skal ha vært sagt i telefonsamtale mellom innklagede og klager 9. juni 2008, herunder om klager uttrykkelig har akseptert innklagedes fremgangsmåte. På bakgrunn av klagenemndas skriftlige saksbehandling, har nemnda ikke mulighet til å ta stilling til slik faktisk uenighet mellom partene, jf. KOFA sak 2006/13. Klagenemnda må derfor basere sin avgjørelse ut fra de skriftlige bevis som er fremkommet i saken.
- (46) Innklagede avholdt møter med tilbyderne 3. juni 2008. I innkallingen fremkommer at det skal avholdes "avklaring / forhandlingsmøte" for Nedre Nattland Bofellesskap". Referatene fra møtene med klager og valgte leverandør er i all hovedsak likt utformet, men innholdet under de enkelte punkter er noe forskjellig. Under punkt 2.0 i referat fra møtet mellom klager og innklagede fremgår det at klagers tilbud ble gjennomgått, og at klager ble oppfordret til å komme med eventuelle prisendringer for særskilt angitte deler av tilbudet. Frist for tilbakemelding for de saker som fremgår av referatet ble satt til 6. juni 2008, jf. likelydende punkt 8.0 i referatene til klager og valgte leverandør.
- (47) Referatenes punkt 5.0 har overskriften "*Fastpristilbud*". I referatet fra møtet med klager fremkommer under dette punktet at "*Eventuelle endringer i fastpristilbud ved oppstart i august må fremkomme av revidert tilbud*". I referatet fra møtet med valgte leverandør fremkommer under dette punkt at "*Fastpristilbud er basert på oppstart i juni 08. Dette er trolig ikke realistisk, og en ønsker tilbakemelding på evt. økonomisk konsekvens ved oppstart byggearbeider i august 08.*"
- (48) Etter klagenemndas oppfatning får tilbyderne her samme oppfordring til å komme med et revidert tilbud, også når det gjelder pris. Klager inngav deretter to brev, hvor det i brev 6. juni 2008 under punkt 5.0 uttales at "*Ved oppstart på tomten i august 2008 vil fastpristilbud på LPS være uendret.*" Dette viser at også klager må ha fått en oppfordring til å komme med et revidert tilbud, og at pris har vært ett av elementene i tilbudet som klager må ha skjönt kunne endres.
- (49) Klagenemnda er på denne bakgrunn kommet til at klager og valgte leverandør har fått samme mulighet til å revurdere sine tilbud, og deretter komme med et revidert tilbud, jf. KOFA sak 2007/110. Reelle forhandlinger anses følgelig avholdt i samsvar med forskriftens § 11-8 (2).
- (50) Klager anfører subsidiært at innklagede skapte vesentlige uklarheter i en avgjørende fase av anbudsprosessen og viser blant annet til at det i referatet fra møtet med valgte leverandør i punkt 6.0 signaliseres at det forventes fremsatt revidert tilbud, og at tilsvarende signal ikke fremkommer i referatet fra møtet med klager. I referatet fra møtet med valgte leverandør punkt 6.0 om betalingsplan, fremgår at slik plan skal vedlegges revidert tilbud. I referatet fra møtet med klager punkt 6.0 fremgår at vedlagt betalingsplan ikke ble gjennomgått i møtet, og at dette avventes til eventuelle kontraktsmøter. Klagenemnda mener at oppdragsgivers ulike kommentarer knyttet til betalingsplan ikke kan anses for å være av avgjørende betydning for om tilbyderne har fått foranledning til å revurdere sine tilbud, og deretter innlevere et revidert tilbud også med hensyn til pris. Klagenemnda påpeker i denne forbindelse at valgte leverandør ikke knytter sine prisreduksjoner til punkt 6.0. Klagenemnda kan ikke se at oppdragsgiver med dette har skapt vesentlige uklarheter i en avgjørende fase av anskaffelsesprosessen,

og det foreligger således ikke brudd på prinsippene om likebehandling og forutberegnelighet i loven § 5.

Karaktersetting i evalueringen

- (51) Klager "reagerer" på at karaktersettingen under de ulike tildelingskriteriene virker påfallende, tilfeldig og uforståelig. Klagenemnda tolker dette som en anførsel om at karaktersettingen ikke er saklig og forsvarlig. Det er også anført at karaktersettingen ikke er dokumentert.
- (52) Ved verdsettelsen, herunder karaktersettingen, av forskjellene mellom innkomne tilbud, utøver oppdragsgiver et skjønn som bare i begrenset grad kan overprøves. Klagenemnda kan imidlertid prøve hvorvidt oppdragsgivers skønnsutøvelse har vært saklig og forsvarlig, i samsvar med de oppgitte tildelingskriterier. I KOFA sak 2008/121 er det blant annet uttalt at *"Det følger imidlertid av kravet til forutberegnelighet i lovens § 5 at oppdragsgivers poengsetting i alle fall må sikre at relevante forskjeller mellom tilbudene gjenspeiles i de poengene tilbudene gis, jf. klagenemndas avgjørelse i sak 2005/201 (premiss 42), sak 2006/90 (premiss 34) og sak 2007/30 (premiss 39)."*
- (53) Oppdragsgiver har fremlagt en matrise som viser hvilke poeng tilbyderne er gitt i tilknytning til det enkelte tildelingskriterium. Det fremkommer her at klager og valgte leverandør er gitt samme poengsum på leveringstid/fremdrift, mens valgte leverandør scorer 6 på pris og klager 5,9. Av anbudsprotokollen fremgår at klager har tilbudt en pris som ligger rundt 300 000 kroner over valgte leverandørs pristilbud, samt at de hadde *"tilsvarende"* leveringstid. Nemnda tolker det slik at de hadde lik leveringstid. Ut fra dette er nemnda kommet til at karaktersettingen på disse to kriteriene er saklig og forsvarlig.
- (54) For så vidt gjelder kriteriet *"gjennomarbeidet tilbud"* er valgte leverandør gitt karakteren 5, mens klager er gitt karakteren 4. Innklagede presiserer i prosesskriv til klagenemnda at bakgrunnen for denne karakterfastsettelsen blant annet er at enkelte elementer i tilbudet ikke var priset som forutsatt, og at prisene var urealistisk lave. Innklagede vurderte det på denne bakgrunn slik at det reelt sett var vanskelig å vurdere hvor stort beløp som var budsjettert å påløpe ved de ulike delene av oppdraget. Dette gav seg igjen utslag i karaktersettingen. Klagenemnda er av den oppfatning at tildelingskriteriet *"gjennomarbeidet tilbud"* vanskelig kan sies å identifisere det økonomisk mest fordelaktige tilbud eller å ha tilknytning til kontraktens gjenstand, jf. forskriftens § 13-2. Dette er imidlertid ikke anført, og klagenemnda kommer derfor ikke nærmere inn på dette. Uansett må det være på det rene at innklagede ikke kan gi trekk i poengsettingen fordi enkelte poster er priset urealistisk lavt. Den riktige fremgangsmåten er å avvise et tilbud dersom klager har tilbudt priser som er unormalt lave, jfr. forskriftens § 11-12 *Avvisning av unormalt lave tilbud*. Siden dette var en konkurranse med forhandling hadde innklagede også adgang til å avklare disse forholdene med klager.
- (55) Ut fra ovenstående redegjørelse, finner klagenemnda at innklagede ikke hadde anledning til å vektlegge at prisene var *"urealistisk"* lave, og at karakterfastsettelsen av denne grunn ikke var saklig og forsvarlig.

Dokumentasjon på evaluering

- (56) Klager anfører at innklagede ikke har dokumentert karaktersetting på innlevert tilbud. Kravene til etterprøvbarhet og gjennomsiktighet i lov om offentlige anskaffelser § 5 innebærer at oppdragsgiver må kunne vise hvordan tilbudene er evaluert, herunder må oppdragsgivers meddelelse om hvem som skal tildeles kontrakt, inneholde en begrunnelse for valget, jf forskrift om offentlige anskaffelser § 11-4. Den første begrunnelsen som ble gitt i brev av 11. juni 2008 og brev av 13. juni 2008, som er et svar på klagen fra klager, angir ikke nærmere hva som var bakgrunnen for poengsettingen av tildelingskriteriene, kun at valgte leverandørs tilbud var vurdert som det beste og hadde lavest pris. Heller ikke i brev av 30. juli 2008 fremla innklagede dokumentasjon på hvordan de ulike tildelingskriteriene ble evaluert. Begrunnelsene er dermed ikke tilstrekkelig til å vise at alle tildelingskriteriene er vurdert eller på hvilken måte de er vurdert. Begrunnelsen er følgelig i strid med kravet til etterprøvbarhet i lov om offentlige anskaffelser § 5. I etterkant har innklagede innlevert anskaffelsesprotokoll som viser at innklagede har vurdert pris, men den sier lite om de to tildelingskriteriene leveringstid/fremdrift og gjennomarbeidet tilbud. Den ble uansett ikke lagt ved brev om tildeling av 11. juni 2008, og den kan derfor ikke tillegges vekt ved en vurdering av om kravet til etterprøvbarhet er oppfylt, se klagenemndas sak 2006/33 premiss (58).

Erstatning

- (57) Basert på det resultat klagenemnda er kommet til i saken, finner nemnda ikke grunn til å uttale seg om erstatningsspørsmålet, jf. klagenemndeforskriften § 12 annet ledd.

Konklusjon:

Bergen kommune har brutt regelverket ved å foreta en uforsvarlig evaluering/ poenggivning under tildelingskriteriet "gjennomarbeidet tilbud".

Bergen kommune har brutt lovens § 5 om etterprøvbarhet ved å ikke, i tilstrekkelig grad, ha dokumentert og redegjort for evalueringen av tilbudene.

Klagers øvrige anførsler førte ikke frem.

For klagenemnda,
30. mars 2009



Tone Kleven