



**Klagenemnda
for offentlige anskaffelser**

Klager har deltatt i en konkurranse om inspeksjon av utløpsledninger. Klagenemnda fant at innklagede hadde brutt kravet til forutberegnelighet i lovens § 5 ved at tildelingskriteriet "pris" var evaluert på en annen måte enn det som fremgikk av konkurransegrunnlaget. Klagers øvrige anførsler førte enten ikke frem eller ble ikke behandlet.

Klagenemndas avgjørelse 7. september 2009 i sak 2009/117 – 11

Klager: Dykker Sentret AS

Innklaget: Tromsø kommune

Klagenemndas medlemmer: Magni Elsheim, Morten Goller og Jakob Wahl.

Saken gjelder: Vekting av underkriterier. Endring av tildelingskriterier.

Bakgrunn:

- (1) Tromsø kommune (heretter kalt innklagede) inviterte 7. januar 2009 seks leverandører til å delta i en konkurranse om inspeksjon av utløpsledninger.
- (2) I konkurransegrunnlaget punkt 1.1 "Innbydelse" ble det opplyst følgende om anskaffelsen:

"Tromsø kommune Vann og Avløp ønsker en kontroll av alle utslippsledninger som ligger så dypt, eller slik til at de ikke kan inspiseres fra land.

Totalt er det 65 ledninger som skal sjekkes og dokumenteres.

[...]

Hva skal sjekkes ved inspeksjon og leveres med rapporten:

- *Alle overvanns utløp sjekkes for spillvann ved utløp. (Visuell forurensing)*
- *Tett rør.*
- *Kollaps rør.*
- *Fundament svikt, rørene holdes ikke opp fra bunn.*
- *Nedauring av rør ende.*
- *GPS posisjon inklusiv kote høyde rør, utløp og hver 20m til røret kommer på land.*
- *Hele rør lengden filmes fra utløp til land.*

Rapport for alle utløp og rørtrase med bilde leveres digitalt til Vann og avløp."

- (3) Fra konkurransegrunnlaget hitsettes fra punkt 1.7 "Kriterier for valg av tilbud":

"Det tilbud som er økonomisk mest fordelaktig vil bli valgt, og oppdragsgiver vil i sin vurdering legge vekt på følgende kriterier (opplistingen er ikke i prioritert rekkefølge):

1. Pris

- a. Tilbudssum inkl. antatt pris på stipulerte regningsarbeider, påslagsprosjenter, opsjoner og lignende.*
- b. Eventuelle forbehold.*
- c. Framdrift og leveringstid*

2. Kvalitet

Erfaring fra lignende oppdrag, særlig hos tilbudt personell, samt hvordan disse oppdrag ble utført bl.a. i forhold til kvalitet, framdrift, økonomi, tilleggsarbeider, samarbeid med oppdragsgiver og andre interessenter i prosjektet inkl. offentlige myndigheter.

I denne konkurranse vil kriteriene bli vektlagt som følgende:

Kriterier, jf. ovenstående.	Vektlegging
<i>Pris</i>	<i>40 %</i>
<i>Kvalitet</i>	<i>60 %</i>
<i>Sum</i>	<i>100 %"</i>

- (4) I konkurransegrunnlaget punkt 1.8 "Framdrift" var det opplyst følgende:

"Oppstart av planleggingsarbeidene forutsettes umiddelbart etter bestilling.

Vann og avløp ønsker arbeidet fullført med komplett inspeksjonsrapport for samtlige ledninger levert innen utgangen av mai 2009.

Leveringstiden regnes fra bestillingsdato. Hvis arbeidene bestilles ved underskriving av kontrakt gjelder kontraktens datoer.

Ut fra den kjennskap oppdragsgiver i dag har til prosjektet antas det at arbeidene vil bli bestilt i januar 2009."

- (5) Innen tilbudsfristens utløp 26. januar 2009 mottok innklagede tilbud fra seks leverandører, herunder fra Dykker Sentret AS (heretter kalt klager) og Stenvolds Undervannsservice.
- (6) Fra innklagedes saksutredning av 4. februar 2009 hitsettes følgende:

"Kriterier for valg av tilbud

I konkurransegrunnlaget er det sagt at følgende kriterier vil bli lagt til grunn for å velge det økonomisk mest fordelaktige tilbud (Opplistingen er vilkårlig):

- 1. Tilbudssum inkl. antatt pris på evt. regningsarbeider (timepriser etc.), opsjoner o.l.*
- 2. Tilbyders beskrivelse av arbeidsopplegg/gjennomføring (kvalitet) av oppdraget, inkl. framdriftsplan. Vurdering av eventuelle avvik som beskrevet i pkt. 2.5.2.*

3. *Grad av faglig innsikt og forståelse gjennom oppfyllelse av forespørselens punkter samt i hvilken grad tilbyder har klart å fange opp eventuelle mangler i forespørselens tekniske del.*
4. *Grad av relevans i referanser og attester fra tidligere prosjekter. Erfaring med utredning av tilsvarende anlegg vil bli tillagt stor vekt.*
5. *Tilbudt personell.*
6. *Kapasitet hos tilbyder.*
7. *Dokumentasjon av rutiner for internkontroll og administrative – og økonomiske rutiner.*
8. *Kvalitetssikring (jfr. pkt. 2.5.2. (12))*

I dette prosjektet er det sagt at kriteriene vil bli vektlagt på følgende måte:

<i>Kriterier</i>		<i>Vektlegging</i>
<i>Pris (pkt. 1)</i>	• <i>Tilbudssum, forbehold, leveringstid.</i>	40 %
<i>Arbeidsopplegg (pkt. 2-3)</i>	• <i>Arbeidsopplegg og grad av faglig innsikt.</i>	20 %
<i>Kompetanse og erfaring (pkt. 4-5-6)</i>	• <i>Relevans i referanser og attester, tilbudt personell, kapasitet.</i>	10 %
<i>Administrative forhold (pkt. 7)</i>	• <i>Dokumentasjon av rutiner for internkontroll og administrative og økonomiske rutiner.</i>	20 %
<i>Kvalitetssikring (pkt. 8)</i>	• <i>Dokumentasjon av rutiner for kvalitetssikring, samt beskrivelse av praktisk bruk av disse.</i>	10 %
<i>Sum</i>		100 %

- (7) I brev av 13. februar 2009 meddelte innklagede at klager var tildelt kontrakt.
- (8) Stenvolds Undervannsservice påklaget tildelingsbeslutningen i brev av 19. februar 2009. I klagen ble det bedt om dokumentasjon på at klager og andre leverandører hadde levert godkjent HMS egenerklæring, samt dokumentasjon på at klager hadde gjennomført HMS kurs. Det ble også spurt om tilbudt personell var ført opp som nevnt i konkurransegrunnlaget punkt 1.7 nr. 2, og hadde de nødvendige sertifiseringer som nevnt i konkurransegrunnlaget punkt 1.5.
- (9) I brev til klager av 10. mars 2009 bad innklagede om at det ble gjort nærmere rede for to punkter i tilbudet:

”Vi ber Dem skriftlig om å redegjøre detaljert for hvordan Deres prosjektmedarbeidere (Deres tilbudsskjema, side 8) er tenkt benyttet. Vi tenker da spesielt på de tre dykkerne De oppgir med sertifikat klasse S.

I tillegg ber vi Dem redegjøre for hvorfor Bjørn K. Stenvold er oppført i Deres liste, da som yrkesdykker med sertifikat klasse 1/R. Som De sikkert tør være kjent med, så driver Bjørn K. Stenvold egen bedrift, og var én av tilbyderne i konkurransen."

- (10) Klager besvarte denne henvendelsen i brev av 12. mars 2009.
- (11) I et notat fra anskaffelsesprosessen fremgår det at innklagede etter å ha behandlet klagen fra Stenvolds Undervannsservice, besluttet å innkalle klager og Stenvolds Undervannsservice til forhandlinger "for å avklare samt gi dem muligheten til å forbedre sine tilbud".
- (12) Innklagede avholdt 31. mars 2009 forhandlingsmøter med klager og Stenvolds Undervannsservice.
- (13) Fra innklagedes saksutredning av 14. april 2009 fremgikk følgende:

"Mottatte tilbud

Følgende firmaer er invitert til forhandlinger, og har gitt følgende endringer på sitt tilbud:

<i>Firma</i>	<i>Innlevert tilbudssum eks. mva</i>	<i>Ny pris etter forhandlinger eks. mva</i>	<i>Score (1)</i>
<i>1. Stenvolds Undervannsservice</i>	<i>kr. 422 400,-</i>	<i>kr. 384 000,-</i>	<i>79,3</i>
<i>2. Dykker Sentret</i>	<i>kr. 388 700,-</i>	<i>kr. 368 000,-</i>	<i>82,7"</i>

- (14) I saksutredningen fremgikk videre kriteriene for valg av tilbud, slik disse var angitt i saksutredningen av 4. februar 2009.
- (15) Fra saksutredningen av 14. april 2009 hitsettes videre fra evalueringen av tilbudene:

"Stenvolds Undervannsservice

		<i>Score</i>	<i>Vekt</i>	<i>Sum</i>
<i>Pris</i>		<i>72,1</i>	<i>40%</i>	<i>29P</i>
<i>Arbeidsopplegg</i>	<i>Bra. Forklarende og beskrevet tilstrekkelig</i>	<i>100</i>	<i>20%</i>	<i>20P</i>
<i>Kompetanse og erfaring</i>	<i>Bra, erfaren dykker. Referanseliste levert.</i>	<i>100</i>	<i>10%</i>	<i>10P</i>
<i>Administrative forhold</i>	<i>Beskrevet og funnet som godt dokumentert.</i>	<i>100</i>	<i>20%</i>	<i>20P</i>
<i>Kvalitetssikring</i>	<i>Bra, forklarende og dokumentert. HMS bok levert. Rutiner beskrevet.</i>	<i>100</i>	<i>10%</i>	<i>10P</i>
<i>Sum</i>				<i>89P</i>

Evaluering etter forhandlinger

		Score	Vekt	Sum
<i>Pris</i>	<i>Ny pris tilbudt.</i>	79,3	40%	32P
<i>Arbeidsopplegg</i>	<i>Bra. Forklarende og beskrevet nøyaktig og svært detaljert, mer enn tilstrekkelig. God faglig innsikt. [...]</i>	100	20%	20P
<i>Kompetanse og erfaring</i>	<i>Bra, erfaren dykker. Referanseliste levert.</i>	100	10%	10P
<i>Administrative forhold</i>	<i>Beskrevet og funnet som godt dokumentert.</i>	100	20%	20P
<i>Kvalitetssikring</i>	<i>Bra, forklarende og dokumentert. HMS bok levert. Rutiner beskrevet. (HMS rutiner for opplæring og oppfølging av de aktuelle dykkerne som firmaet benytter.) Presisere at alle dykk vil foregå med overflateforsynt luft med hensyn på dykkernes sikkerhet.</i>	100	10%	10P
<i>Sum</i>				92P

Dykker Sentret

		Score	Vekt	Sum
<i>Pris</i>		78,3	40%	31P
<i>Arbeidsopplegg</i>	<i>Bra. Forklarende og beskrevet tilstrekkelig.</i>	100	20%	20P
<i>Kompetanse og erfaring</i>	<i>Bra, erfaren dykker. Referanseliste levert.</i>	100	10%	10P
<i>Administrative forhold</i>	<i>Beskrevet og funnet som godt dokumentert.</i>	100	20%	20P
<i>Kvalitetssikring</i>	<i>Bra, forklarende og dokumentert. HMS bok levert. Rutiner beskrevet.</i>	100	10%	10P
<i>Sum</i>				91P

Evaluerings etter forhandlinger

		Score	Vekt	Sum
--	--	-------	------	-----

<i>Pris</i>	<i>Ny pris tilbuds.</i>	82,6	40%	33P
<i>Arbeidsopplegg</i>	<i>Bra. Forklarende og beskrevet godt. God faglig innsikt.</i> <i>[...]</i>	95	20%	20P
<i>Kompetanse og erfaring</i>	<i>Bra, erfaren dykker. Referanseliste levert.</i>	100	10%	10P
<i>Administrative forhold</i>	<i>Beskrevet og funnet som godt dokumentert.</i>	100	20%	20P
<i>Kvalitetssikring</i>	<i>Bra, forklarende og dokumentert. HMS bok levert. Rutiner beskrevet, men noe mangler på dokumentasjon av oppfølging og gjennomgang av bedriftens HMS for de enkelte dykkerne som benyttes.</i>	90	10%	10P
<i>Sum</i>				91P

- (16) I udatert brev ble klager deretter meddelt at kontrakt var tildelt Stenvolds Undervannsservice (heretter kalt valgte leverandør):

"Leder Vann og avløp har den 14.04.2009 besluttet å anta Stenvolds Undervannsservice som entreprenør for inspeksjon av utløpsledninger.

Dersom det ikke blir registrert innsigelser eller forføyninger mot beslutningen innen 24.04.2009 er det endelig, og vi vil da sende vår bestilling eventuelt vil vi bestille arbeidene ved underskriving av kontrakt."

- (17) I brev av 23. april 2009 bad klager om å få oppgitt en klagefrist, samt om å få en nærmere begrunnelse for tildelingen. Videre bad klager om å få fremlagt valgte leverandørs tilbud og anskaffelsesprotokollen.
- (18) I brev til klager av 28. april 2009 opplyste innklagede at dokumenter ikke ville bli oversendt på dette tidspunktet. Videre ble det gitt følgende redegjørelse:

"Den prosedyre prosjektleder valgte for tildeling av oppdraget, var konkurranse med forhandling over flere faser, jf. FOA § 11-8, nr. 1.

[...]

Frem til forhandlingsmøtene ble det gjort grundige undersøkelser av oss mhb. HMS-kvalifikasjoner, dykkersertifiseringer, sikkerhet, innmålingsmetoder av rørene, filmingsteknikker, siktforhold mv. Deres klient ble anmodet om skriftlige

tilleggsopplysninger. Også forskjellige vurderinger omkring avvisning av tilbud og avlysning av konkurransen ble foretatt – og alle forkastet. I og med at A og B kom så likt ut, anså vi at det ikke skulle mange endringer til under forhandlingene før den endelige tildelingen måtte omgjøres. For ordens skyld: de øvrige tilbyderne ville ikke under noen omstendigheter kunne nå til topps i konkurransen, forhandlinger med disse ble følgelig utelatt.

Under forhandlingene 31.03.09 viste det seg at A ikke var vel forberedt, A og B hadde mottatt mail med vedlegg om hva det skulle forhandles om (FOA § 11-8, nr. 2), bl.a. pris. A opplyste at han ikke hadde åpnet vedlegget og lest dette. A reduserte den tilbudte pris fra kr. 485.875 til kr. 460.000 inkl. mva.

Under forhandlingene med B presiserte og spesifiserte han en rekke forhold som var egnet til å konstatere at hans tilbud var klart bedre enn A's hva angikk kvalitet. Bl.a. kan nevnes konkret filmemetode, dykkernes sikkerhet, en to-delt tidsbruk der kvalitet både på filming og etterarbeid/inntegninger/rapport/bildebehandling ble definert. Det kan tilføyes at B kvalitetsmessig var så god gjennom hele vurderingen at han scoret 100 på alt innen kvalitet gjennom alle faser av prosessen. B hadde regnet pris og var forberedt, og reduserte den tilbudte pris fra kr. 528.000 til kr 480.000 inkl. mva. Det presiseres at B ikke på noe tidspunkt ble gjort kjent med A's tilbud eller om noe som var kommet ut av forhandlingene med A tidligere samme dag, jf. FOA § 11-8 nr. 3.

*A hadde da redusert med kr. 25.875 og B med kr. 48.000. A hadde da mistet 5 i score på arbeidsopplegg og 10 i score på kvalitetssikring i forhold til B, men naturlig økt scoren noe på pris. Han kom ut på samme poengsum som før forhandlingene: **91 poeng**.*

*B scoret 3 poeng på sin prisreduksjon, og kom for øvrig ut likt fra tidligere og samlet **92 poeng**.*

[...]

Det gis nå en ny frist til innsigelser eller klage til KOFA på én uke regnet fra mottak, følgelig til 06.05.2009."

- (19) Klager påklaget tildelingsbeslutningen i brev av 6. mai 2009.
- (20) Det ble avholdt et møte mellom klager og innlagede 11. mai 2009.
- (21) Saken ble brakt inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser i brev av 18. mai 2009.
- (22) I e-post av 26. august 2009 opplyste innklagede følgende om evalueringen av tildelingskriteriet "pris":

"Jeg har nå samtalt med prosjektleder. Han opplyser at under tildelingskriteriet "pris" ble kun prisen vurdert, ingenting annet.

Alt annet, herunder fremdrift, leveringstid ble vurdert under kriteriet kvalitet. I og med at dette i stor utstrekning var upløyd mark for Vann og avløp, ble disse vurderinger og tilbudt leveringstid gitt tilbyderne stort slingringsmonn å tilby og forhandle om."

Anførsler:

Klagers anførsler:

Angivelsen av tildelingskriteriene

- (23) Innklagede har begått flere feil ved gjennomføringen av konkurransen. For det første følger det av forskriftens § 10-2 at alle tildelingskriteriene om mulig skal angis i prioritert rekkefølge. Dette er ikke gjort for underkriteriene under tildelingskriteriene "pris" og "kvalitet". Klager kan ikke se at det er gitt noen begrunnelse for hvorfor dette etter innklagedes syn ikke var mulig.

Endring av tildelingskriteriene

- (24) Innklagede endret tildelingskriteriene etter at tilbudsfristen var gått ut, noe som er i strid med forskriftens § 13-2 og kravet til forutberegnelighet i lovens § 5. Klager ble heller ikke opplyst om de nye tildelingskriteriene før forhandlingene. Det vises til at innklagede i saksutredningene av 4. februar og 14. april 2009 har angitt helt andre tildelingskriterier enn de som er angitt i konkurransegrunnlaget. I møtet som ble avholdt 11. mai 2009 opplyste innklagede at kriteriene ble endret fordi innklagede ikke hadde god nok kjennskap til hvilke punkter som skulle føres opp under kvalitet i konkurransegrunnlaget. Dette er imidlertid ikke tilstrekkelig til å begrunne brudd på forskriftens § 13-3 og på kravet til forutberegnelighet i lovens § 5.

Tildelingsevalueringen

- (25) Innklagede har krevd at klagesaken blir avvist av klagenemnda, fordi det innkjøpsfaglige skjønn ikke kan overprøves av nemnda. Klager bestrider at dette gir grunnlag for å avvise saken. Om det foreligger et innkjøpsfaglig skjønn som ikke kan overprøves av nemnda, er et materielt spørsmål som klagenemnda må ta stilling til ved realitetsbehandlingen av saken.
- (26) Det anføres at innklagede har begått flere feil ved evalueringen av tildelingskriteriene.
- (27) For det første vises det til at dersom innklagede hadde forholdt seg til tildelingskriteriene i konkurransegrunnlaget, hvor det kun var erfaring fra tidligere oppdrag som skulle vurderes under kvalitet, så ville ikke valgte leverandør fått høyest poengsum. Dette fordi valgte leverandør kommer likt ut med klager på kompetanse og erfaring, og i tillegg har høyest pris.
- (28) For det andre tapte klager fem poeng på arbeidsopplegg og ti poeng på kvalitetssikring etter forhandlingene. I saksutredningen av 14. april fremgår det ikke hva som gjorde at klager ble trukket for disse poengene. På møtet med innklagede ble det opplyst at fordi valgte leverandør hadde et meget bra innsalg på forhandlingsmøtet, så måtte man justere klager ned. Dette er imidlertid ikke et relevant moment i vurderingen av klagers kvalitet.
- (29) For det tredje var referanser det eneste kriteriet som ifølge konkurransegrunnlaget skulle vurderes under kvalitet. Av dette må man legge til grunn at tidligere erfaring fra lignende oppdrag og referanser skulle tillegges stor vekt ved tildelingen av oppdraget. Innklagede måtte på grunnlag av dette sies å ha plikt til å kontakte tilbydernes referanser. I møtet med innklagede kom det imidlertid frem at ikke en eneste referanse hos noen av tilbyderne var kontaktet.

- (30) Klager har en omfattende referanseliste som bærer preg av kompetanse og lang erfaring fra lignende oppdrag. Valgte leverandør har i stor grad referert til oppdrag som Bjørn Stenvold personlig har vært med på sammen med klager. Slike referanser er mer å anse som en CV som dokumenterer Bjørn Stenvolds personlige erfaring. Imidlertid dokumenterer ikke referansene valgte leverandørs kompetanse ved å gjennomføre et slikt prosjekt. Dersom innklagede hadde tatt kontakt med referansene, så ville sannsynligvis valgte leverandør fått en lavere poenguttelling på dette kriteriet.

Begrunnelse

- (31) Innklagede har brutt plikten til å begrunne valg av leverandør, jf. forskriftens § 13-3 (1).

Protokoll

- (32) Til sist anføres det at innklagede også har brutt plikten til å føre protokoller, jf. forskriftens § 3-2.

Innklagedes anførsler:

Tildelingsevalueringen/protokoll

- (33) Innklagede er av den oppfatning at konkurransen har skjedd i samsvar med regelverkets grunnleggende krav til konkurranse, likebehandling, ikke-diskriminering, god forretningsskikk, etterprøvnbarhet og forutberegnelighet.
- (34) Det innkjøpsfaglige skjønn har vært rimelig og hensiktsmessig. Det er ingen forhold som tyder på at det i skønnsutøvelsen er lagt til grunn feil faktum, at skjønnets er sterkt urimelig eller vilkårlig. Det eneste som kan kritiseres er noe mangelfull protokollførsel, jf. forskriftens § 13-3 og § 3-2. Dette har imidlertid ikke hatt noen avgjørende betydning for det endelige resultatet. Det innkjøpsfaglige skjønnets kan ikke prøves, og innklagede ber om at klagen avvises av denne grunn.

Endring av tildelingskriteriene

- (35) Det bestrides at innklagede har endret tildelingskriteriene. Når det gjelder beskrivelsen av tildelingskriteriet "*pris*" i konkurransegrunnlaget punkt 1.7, må denne oppfattes som likt det som fremgår av saksutredningen av 14. april 2009, nemlig "*tilbudssum, forbehold, leveringstid*".
- (36) Når det gjelder tildelingskriteriet "*kvalitet*", erkjennes det at kriteriene er beskrevet med en noe annen ordlyd, men essensen/hovedinnholdet er det samme. Videre kommer det at disse kriteriene er sendt ut til klager og valgte leverandør 14. april 2009, dvs. etter at forhandlingene var avsluttet, og uten at noen av disse leverandørene hadde kjennskap til eventuelle forskjeller. Dermed er kravene til likebehandling og konkurranse fremdeles ivaretatt.

Klagenemndas vurdering:

- (37) 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 i den foreliggende sak har en verdi på under kr 500 000. Den følger derfor lov om offentlige anskaffelser 16. juli 1999 nr. 69 og forskrift om offentlige anskaffelser 7. april 2006 nr. 402 del I, jf. forskriftens §§ 2-1 og 2-2.

Hvorvidt klagen må avvises fra behandling i klagenemnda

- (38) Innklagede har anført at det innkjøpsfaglige skjønnet ikke kan prøves av klagenemnda, og at klagen av denne grunn må avvises. Til dette vil klagenemnda bemerke at oppdragsgivers innkjøpsfaglige skjønn i begrenset grad kan overprøves rettslig. Klagenemnda kan prøve om innklagedes vurdering er i samsvar med regelverkets grunnleggende krav, samt om evalueringen er basert på korrekt faktum, og ellers er saklig og forsvarlig. Hvorvidt oppdragsgiver har gått utover grensene for sitt innkjøpsfaglige skjønn, er et materielt spørsmål, som nemnda i utgangspunktet kan ta stilling til. Innklagede kan derfor ikke høres med sin anførsel om at klagen må avvises på dette grunnlag.

Angivelsen av tildelingskriteriene

- (39) Klager har anført at innklagede har brutt forskriftens § 10-2 ved å unnlate å oppgi underkriteriene i prioritert rekkefølge, uten at det er gitt noen begrunnelse for hvorfor dette ikke var mulig.
- (40) I den foreliggende sak følger anskaffelsen forskriftens del I, og denne delen av forskriften inneholder ikke de samme detaljerte kravene til prosedyre som del II og III. Oppdragsgiver må likevel følge de grunnleggende kravene i regelverket, jf. lovens § 5 og forskriftens § 3-1.
- (41) I klagenemndas sak 2008/191 premiss (21), hvor anskaffelsen fulgte forskriftens del III, uttalte nemnda følgende om hvorvidt oppdragsgiver hadde plikt til å vekte underkriteriene i kunngjøringen/konkurransegrunnlaget:

”Etter klagenemndas oppfatning, oppstiller ikke anskaffelsesregelverket noen plikt til å vekte eventuelle underkriterier til tildelingskriteriene. Etter forskriftens § 22-2 (2) er det kun selve tildelingskriteriene som skal vektes (evt. prioriteres), og dette må etter nemndas oppfatning også i tilstrekkelig grad ivareta tilbydernes behov for forutberegnelighet på tidspunktet forut for tilbudsinnleveringen. Hvordan hvert av de oppgitte tildelingskriterier skal vurderes for rangering hører under oppdragsgivers faglige skjønn så langt slike vurderinger ikke bryter med kunngjøringen og konkurransegrunnlagets opplysningsunderlag.”

- (42) Når oppdragsgiver således ikke har plikt til å vekte underkriteriene for anskaffelser som følger forskriftens del III, må tilsvarende enn mer legges til grunn for anskaffelser som bare følger loven og forskriftens del I. Klager kan derfor ikke høres med denne anførselen.

Endring av tildelingskriteriene

- (43) Klager har videre anført at innklagede endret innholdet i tildelingskriteriene etter at tilbudsfristen var gått ut. Det er vist til at innklagede i saksutredningene av 4. februar og 14. april 2009 har oppgitt helt andre tildelingskriterier enn de som fremgikk av konkurransegrunnlaget.
- (44) Av kravet til forutberegnelighet følger det at oppdragsgiver må forholde seg til de opplysningene som er gitt i prosessen, jf. klagenemndas sak 2008/153 premiss (51) med videre henvisninger til klagenemndas praksis. I EF-domstolens dom C-448/01 (”Wienstrom”) ble det uttalt at prinsippene om likebehandling og gjennomsiktighet medførte at oppdragsgiver måtte legge til grunn den samme tolkningen av

tildelingskriteriene gjennom hele anskaffelsesprosessen, og det ble understreket at tildelingskriteriene "overhovedet ikke" kunne endres i løpet av anskaffelsesprosessen, jf. premiss (93).

- (45) I konkurransegrunnlaget punkt 1.7 fremgikk det at tilbudssum, eventuelle forbehold, fremdrift og leveringstid ville bli vektlagt under tildelingskriteriet "pris". I e-post av 26. august 2009 har innklagede imidlertid opplyst at det kun var tilbudssummen som ble vurdert under dette kriteriet, og at alt annet, herunder fremdrift og leveringstid, ble vurdert under tildelingskriteriet "kvalitet". En slik evaluering av tildelingskriteriet "pris" er ikke i samsvar med opplysningene som ble gitt i konkurransegrunnlaget. Dette fordi "tilbudssum" bare var angitt som ett av til sammen tre underkriterier under tildelingskriteriet "pris" i konkurransegrunnlaget, noe som tilsa at tilbudssum ville få mindre enn 40 % vekt, som var den totale vekten av priskriteriet. Ved at det kun var "tilbudssum" som ble vektlagt i prisvurderingen, har imidlertid dette underkriteriet alene fått 40 % vekt. En slik vektlegging var ikke forutsigbar ut fra opplysningene i konkurransegrunnlaget, og innklagede har dermed brutt kravet til forutberegnelighet i lovens § 5.
- (46) Selv om dette ikke konkret er anført, vil klagenemnda bemerke at kriteriene fremdrift og leveringstid vanskelig kan være egnet til å si noe om tildelingskriteriet "pris". Innklagede må derfor endre kriteriet for at det skal være i overensstemmelse med regelverkets krav til utformingen av tildelingskriterier. Fordi tildelingskriterier ikke kan endres etter tilbudsfristens utløp, jf. premiss (44), er dette en feil som ikke kan rettes opp under tildelingsprosessen. Innklagede har da plikt til å avlyse konkurransen, jf. EF-domstolens sak C-448/01 ("Wienstrom") premiss (95), og klagenemndas saker 2008/163 premiss (48), 2008/92 premiss (102) og 2009/88 premiss (29). Dette er også begrunnelsen for at klagenemnda ikke har funnet grunn til å behandle klagers øvrige anførsler.

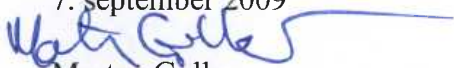
Konklusjon:

Tromsø kommune har brutt kravet til forutberegnelighet i lovens § 5 ved å evaluere tildelingskriteriet "pris" på en annen måte enn det som fremgikk av konkurransegrunnlaget.

Klagers øvrige anførsler har enten ikke ført frem eller er ikke blitt behandlet.

For klagenemnda,

7. september 2009


Morten Goller