



**Klagenemnda
for offentlige anskaffelser**

Klager har deltatt i en åpen anbudskonkurranse for anskaffelse av rammeavtale på levering av maling, tapet og gulvbelegg, samt tilhørende tjenester som maler-, tapetserer- og gulvleggertjenester til kommunale bygg og boliger. Klagenemnda kom til at innklagede ikke hadde brutt regelverket.

Klagenemndas avgjørelse 30. november 2009 i sak 2009/204

Klager: Thorstein Lund AS

Innklaget: Sola, Stavanger og Sandnes kommune

Klagenemndas medlemmer: Per Christiansen, Siri Teigum og Jakob Wahl

Saken gjelder: Ulovlig tildelingskriterium.

Bakgrunn:

- (1) Sola, Stavanger og Sandnes kommune (heretter kalt innklagede) kunngjorde 24. april 2009 en åpen anbudskonkurranse for anskaffelse av rammeavtale på levering av maling, tapet og gulvbelegg, samt tilhørende tjenester som maler-, tapetserer- og gulvleggertjenester til kommunale bygg og boliger.
- (2) Innklagede mottok tre tilbud, herunder tilbud fra Thorstein Lund AS (heretter kalt klager) og D. Nysted AS (heretter kalt valgte leverandør). Ett av tilbudene ble avvist som følge av forhold ved leverandøren.
- (3) I konkurransegrunnlaget punkt 3 hadde innklagede fremsatt en rekke kvalifikasjonskrav, herunder krav til skatte- og momsattest, firmaattest, HMS-egenerklæring, tekniske kvalifikasjoner, faglig kompetanse og leveringssikkerhet samt krav til finansiell og økonomisk stilling.
- (4) Av konkurransegrunnlaget punkt 5 fremgikk det følgende om tildelingskriteriene:

"Kriterier som det legges vekt på ved tildeling av kontrakt.

Oppdragsgiver vil velge det økonomisk mest fordelaktige tilbud basert på følgende kriterier:

<i>Pris og prisbetingelser</i>	<i>vekt 50 prosentpoeng</i>
<i>Levering og evne til å betjene kunden</i>	<i>vekt 30 prosentpoeng</i>
<i>Service og teknisk bistand</i>	<i>vekt 10 prosentpoeng</i>
<i>Miljø</i>	<i>vekt 10 prosentpoeng</i>

I evalueringen vil den oppgitte vekten på det enkelte tildelingskriterium kunne endres med ett maksimalt utslag på +/- 5 prosentpoeng, men vekten for det enkelte

tildelingskriterium kan ikke etter endringen bli 0 eller 100 prosentpoeng. Utslaget for det enkelte tildelingskriterium kan heller ikke være større enn den oppgitte vekten av tildelingskriteriet.

I henhold til konkurranseregler pkt. 2.8 gis det anledning til å gi tilbud til en eller flere av kommunene. **Kryss** av i tabellen for hvem tilbudet gjelder:

Tilbudet gjelder	Alle kommunene samlet	Sola	Stavanger	Sandnes
Sett kryss				

5.1 Pris og prisbetingelser

[...]

5.2 Levering og evne til å betjene kunden

5.2.1 Maler-, tapetserer- og gulvleggertjenester

Tilbyder bes oppgi maksimal responstid for ordinære oppdrag. Med responstid menes tiden fra bestilling av oppdrag er mottatt og til oppdraget er påbegynt.

Nr.	Spørsmål	Svar	Evt. vedlegg nr:
5.2.1.1	Maksimal responstid for ordinære oppdrag i antall dager mandag t.o.m. fredag?		

[...]

5.2.2 Maling, tapet og gulvbelegg

For levering av maling, tapet og gulvbelegg som ikke følger i servicebil skal tilbyder oppgi svar på:

Nr.	Spørsmål	Svar	Evt. vedlegg nr:
5.2.2.1	Maksimal leveringstid for lagervarer i antall dager?		
5.2.2.2	Klokkeslett (frist) for mottak av bestilling dersom oppgitt leveringstid for lagervarer skal overholdes?		
5.2.2.3	Maksimal leveringstid for skaffevarer i antall dager?		

[...]

5.2.3 Kvalitetssikringsrutiner

[...]

5.3 Service og teknisk bistand

[...]

5.4 Miljø

Oppdragsgiver ønsker å benytte produkter og tjenester som er miljøvennlige og vil legge vekt på at leverandør har gode rutiner for avfallshåndtering og miljøstrategi som sikrer minst mulig belastning for miljøet. Leverandør skal oppgi svar på:

Nr.	Spørsmål	Svar	Evt. vedlegg nr:
5.4.1	Rutiner for avfallshåndtering, herunder retur av emballasje, restavfall og demontert materiell, samt oppgi og dokumentere eventuelt medlemskap i returordning?		
5.4.2	Kort beskrivelse av hvilken miljøstrategi som blir benyttet ved valg av maskinpark, herunder servicebiler?		

- (5) Fra konkurransegrunnlagets punkt 6 "TILBUDSSKJEMA" hitsettes følgende:

"Oppdragsgiver vil dele vektingen av kriteriet "pris og prisbetingelser" i to.

Pris og prisbetingelser for maler-, tapetserer- og gulvleggettjenester (tjenester) vil bli vektet med 60 prosent.

Pris og prisbetingelser for maling, tapet og gulvbelegg (varer), vil bli vektet med 40 prosent."

[...]

6.1.7 Beregnet minstetid

Oppgi beregnet minstetid som faktureres ut utførelse av maling, tapet og gulvbelegg samt tilhørende tjenester som maler-, tapetserer- og gulvleggettjenester:

	Sola	Stavanger	Sandnes
Beregnet minstetid i timer			

[...]

6.3 Påslag på nettofaktura fra underleverandør

Leverandør skal oppgi påslag i prosent på nettofakturabeløp fra underleverandør. Påslag på nettofaktura fra underleverandør kan kun faktureres for arbeid og materiell som leverandør ikke selv naturlig kan forventes å kunne utføre eller ha som ledd i sin malervirksomhet. Bruk av underleverandør skal avtales med oppdragsgiver og kopi av faktura fra underleverandør skal vedlegges som bilag til egen faktura.

Påslag i %

<i>Oppgi påslag på nettofaktura fra underleverandør</i>	
<i>Oppgi påslag for leie av utstyr fra 3 part</i>	

- (6) Fra innklagedes brev av 19. august 2009 vedrørende meddelelse om tildeling av kontrakt hitsettes følgende:

"Begrunnelse for tildeling av kontrakt

Tildelingen er foretatt på grunnlag av det økonomisk mest fordelaktige tilbud. Kriteriene som er blitt vektlagt er de som var angitt i kunngjøringen og konkurransegrunnlaget. Nedenfor gis en begrunnelse for tildeling av kontrakt, hvor vinnners tilbud er sammenholdt med Deres tilbud.

Oversikt over poeng tildelingskriterier

Maksimal poengsum gis for laveste pris. For øvrige tildelingskriterier gis trekk for det enkelte underpunkt dersom besvarelsen er vurdert å ha lavere verdi for oppdragsgiver enn beste besvarelse.

<i>Tildelingskriterier</i>	<i>Pris og prisbet. (50)</i>	<i>Leverings-sikkerhet (30)</i>	<i>Service og teknisk bistand (10)</i>	<i>Miljø (10)</i>	<i>Sum (100)</i>	<i>Rangering Totalt</i>
<i>D. Nysted AS</i>	<i>48,6</i>	<i>26,9</i>	<i>5,8</i>	<i>10,0</i>	<i>91,3</i>	<i>1</i>
<i>Thorstein Lund AS</i>	<i>45,8</i>	<i>20,8</i>	<i>9,7</i>	<i>10,0</i>	<i>86,3</i>	<i>2</i>

Oppsummering av besvarelse av tildelingskriterier:

Pris og prisbetingelser: Det er en differanse i pris til D. Nysted AS, som er lavbyder. Det er gitt trekk for lenger beregnet minstetid i timer, jf. pkt. 6.1.7. Det er gitt trekk for høyere påslag for nettofaktura fra underleverandør, jf. pkt.6.2.4.

Leveringssikkerhet: Det er gitt trekk for lenger maksimal responstid, jf. pkt 5.2.1.1. Det er gitt trekk for lenger maksimal leveringstid av lagervare, jf. pkt. 5.2.2.1. Videre er det gitt trekk for noe kortere frist for mottak av bestilling dersom oppgitt leveringstid av lagervare skal overholdes, jf. pkt. 5.2.2.2.

Service og teknisk bistand etter levering: Besvarelsen er vurdert å ha størst verdi for oppdragsgiver. Det er gitt et mindre trekk for beskrivelse av apparat som stilles til disposisjon ved behov for teknisk bistand etter levering, jf. pkt. 5.3.4.

Miljø: Besvarelsen er vurdert å ha like stor verdi for oppdragsgiver som øvrig tilbyder sin besvarelse."

[...]

- (7) Klager påklaget deretter tildelingen i brev av 21. august 2009. Følgende hitsettes fra brevet:

"Prisbetingelser

1. Vi har fått trekk for beregnet minstetid i timer punkt 6.1.7. Dette skal oppgis i timer ifølge forespørsel. Minste enhet for timer er 1, og det er det vi har oppgitt. Vår forståelse av dette punktet er: Vi skal motta et oppdrag pr. telefon, mail eller fax. Prosjektleder skal sette opp en arbeidsordre, finne riktig produkt av maling eller belegg, eller sparkel. Jobben og produkt skal overleveres til utførende fagarbeider, han skal da utføre jobben på den adresse som en av kommunene har satt i sin bestilling, dokumenter, sluttkontroll skal inn igjen til prosjektleder, og jobben skal faktureres. Vi kunne selvsagt satt opp 15 minutt i vårt svar, men forventer at de som evaluerer en slik avtale ser og korrigerer hvis en anbyder fører inn helt urealistiske verdier i forespørsel. Vi ber om en utfyllende forklaring på dette punktet, og mener at hvis det er ment som minutter i forespørselen, så måtte dette stått. Det er "Sitat" beregnet minstetid i timer.

2. Pris/påslag fra underleverandører? Vi bruker ikke underleverandører, da vi er selvdekkende på alle områder vi jobber for kommunen på. Dette er priset til kr. 0,- med et unntak som er stillas. Her leier vi inn stillaser som et ledd i vår HMS strategi og sikkerhet vedr. riktig oppsatte stillaser, og sertifisering og godkjenning og godkjenning på disse. Vi har her satt opp 15% påslag når vi skal være involvert i oppmåling, bestilling og styring av stillas leverandør. Dette punktet mener vi er tillagt altfor stor vekt i forhold til faktisk bruk i forhold til avtalens størrelse.

Leveringssikkerhet

1. Det er her gitt trekk for lenger maksimal responstid, punkt 5.2.1.1. Vi har satt opp en dag fra bestilling av et oppdrag er mottatt, til arbeidet er påbegynt på den adresse som kommunen har oppgitt. Mener også på dette punkt at evalueringen ikke er riktig. Det står i forespørselen: Maksimal responstid, for ordinære oppdrag i antall dager mandag til og med fredag Med mindre responstid enn dette, så må tilbyder ha utførende personer "sittende" å vente på et mulig oppdrag, og så er ikke tilfelle for noen leverandører i bygningsbransjen i dag. Det er ikke realistisk mulig å få denne tiden ned, og hvis tilbyder har lagt lavere responstid til grunn, så mener vi at kommunen burde korrigere for dette, og sette opp den tid alle vet at det tar på snitt under normale oppdrag. Vi snakker her ikke om hasteoppdrag. I slike tilfeller så har vi gjennom avtalens varighet gjennom 20 år med Stavanger kommune vist en rekke ganger at vi kan starte opp et arbeid på en times varsel, men dette har ingen ting med de parameterne som skal fylles inn i avtale formularene. Der står det at det gjelder Ordinære oppdrag, og at tiden skal oppgis i dager. Vi ber om en forklaring på dette punktet.

2. Det er også gitt trekk for lenger maksimal leveringstid av lagervare? Punkt 5.2.1.1. Her har vi satt opp maksimal leveringstid på 1 dag. Den minste enhet for antall dager er

1. Dette er altså å forstå utlevering og fraktet ut av oss til oppgitt adresse fra kommunen. Hvis en her snakker om utlevering fra en av våre butikker, som er det vanlige i 95% av all utlevering hos oss mot Stavanger og Sola Kommune som vi har kjennskap til, så er dette umiddelbart. Som dere er kjent med er vi selv grossist, og har lagerhold på Forus i egne lokaler for betjening og utlevering. Vi har til enhver tid en lagerverdi på ca. 12 millioner kroner av de produktene som er relevante for kommunen. (total lagerbeholdning er 18-20 millioner) mener dette punktet enten er misforstått, eller tillagt for stor vekt. Forklaring ønskes også på dette punkt.

3. Videre er det gitt trekk for noen kortere frist fra mottak av bestilling? Vi har svart at bestillinger mottatt før kl. 09.00 effektueres samme dag. Dette er rutiner og

tidspunkter som er utviklet sammen med Stavanger kommune, og som det er enighet om å jobbe etter, og som er fulgt og har fungert meget godt for begge parter. Det er etter vårt syn da helt urimelig at det skal trekkes noe for dette. Vi finner det særdeles urimelig at dere har vurdert Nysted til 26,9 poeng på området leveringssikkerhet, når vi har vist over en årrekke vår leveringsdyktighet mot den største avtakeren i denne avtalen som er Stavanger kommune. Dere har vurdert Nysted til 26,9 på dette punktet, og oss på 20,8. Vi finner dette merkelig, og ber om en forklaring på hvordan evalueringsgruppen kan ha kommet frem til den poenggivningen.

Som nevnt i punktene over finner vi det særdeles vanskelig å forstå den totale vurderingen samlet, så lenge dere også oppgir at det viktigste kriteriet for avtalen er punktet Service og teknisk bistand.

Her har altså vi skåret 9,7 av 10 mulige, og den som dere nå velger å skrive kontrakt med har fått 5,8?

Slik det ser ut for oss, så har evalueringsgruppen akseptert at det er fylt inn timer og minutter i punkter som det spesifikt er bedt om svar i dager, og fått dette akseptert. Det er på alle de punkter dere gitt oss trekk for til og med skrevet antall "dager" i uthevet skrift. Hvis det var tillatt å splitte dette ned på timer eller halve dager, så måtte dette spesifikt kommet frem i forespørselen. Det er selvsagt mulig vi tar feil, og at dere har andre gode og saklige begrunnelser, som ikke fremkommer godt nok i deres brev.

Med en skår på 9,7 på det viktigste parameter som er service og teknisk bistand, samt en korrigering av de punkter det ser ut som om dere har akseptert timer og halve dager når dette ikke er forespurt, så ser det for oss ut at vi ville vunnet denne anbudsrunderen.

Vi ber om at det innkalles til et møte, med dere og repr. fra Stavanger kommune som kjenner dagens utførelse av avtale, for en gjennomgang og forklaring.

Vi ønsker ikke å fremstå som en "dårlig" taper, men vi mener seriøst at det må være noen feil vurderinger som er gjort, eller lagt til grunn.

Ser frem til en konstruktiv gjennomgang." [...]

- (8) Av innklagedes brev av 26. august 2009 fremgår at klagen ikke blir tatt til følge med bakgrunn i det følgende:

"Vi viser til deres brev datert 21.08.09. Nedenfor har vi tatt en gjennomgang av de anførsler som dere har kommet med til evalueringen av deres tilbud.

Innledning

Dere har i klagen trukket frem deres samarbeid med Stavanger kommune som et moment. Vi vil derfor innledningsvis bemerke at i en offentlig anskaffelse er det noen grunnleggende prinsipper vi som oppdragsgiver må overholde. [...] Et av disse prinsippene er likebehandling og ikke diskriminering. Det fremgår uttrykkelig at oppdragsgiver ikke skal diskriminere leverandører pga nasjonalitet eller lokal tilhørighet. I dette kravet ligger det også at vi som oppdragsgiver ikke kan vektlegge hvordan dere som tidligere leverandør har forhold dere til en av kommunene som er oppdragsgiver i denne konkurransen. De krav som er stilt i konkurransegrunnlaget skal

være nøytrale i forhold til alle potensielle leverandører og skal evalueres ut fra de svar som er gitt i tilbudet fra hver enkelt leverandør.

Videre er det slik at de benevnelser som er brukt i konkurransegrunnlaget først og fremst er ment som beskrivelser på hvordan ulike objekter skal kunne defineres på en entydig måte. Dette være seg timer eller dager, og det sentrale for oss som oppdragsgiver er at svarene som blir gitt inn har samme benevnelse slik at når vi sammenligner så er det lik benevning i besvarelsen fra tilbyderne.

Prisbetingelser

1. Trekk for beregnet minstetid i timer, jf. pkt 6.1.7

[...]

Det er ikke satt noen begrensninger i punktet på hvor mange/få timer som kan tilbys som beregnet minstetid. Derfor vil for eksempel både 2 timer, 1 time og 0,5 time alle være gyldige svar på dette punkt.

2. Trekk for påslag på nettofaktura fra underleverandør, jf. pkt. 6.3

[...]

Ut fra størrelsen på kontrakten er det knyttet usikkerhet til i hvor stor grad den leverandør som vinner konkurransen vil benytte seg av underleverandører. Oppdragsgiver har her forholdt seg lojal til de svar som er kommet inn fra tilbyder. Vi har kun vektlagt det påslag som er oppgitt. Oppdragsgiver kan ikke basere sin evaluering på de erfaringer dere har med Stavanger i dag. [...]

Leveringssikkerhet

1. Trekk for lenger maksimal responstid, jf. pkt. 5.2.1.1.

[...]

Igjen er det sentrale for oppdragsgiver at svarene som blir gitt inn har samme benevnelse slik at når vi sammenligner så er det lik benevning i besvarelsen fra tilbyderne. Det er ikke satt noen begrensninger i punktet på hvor mange /få dager som kan tilbys som maksimal responstid.[...]

2. Trekk for lenger maksimal leveringstid. jf. pkt. 5.2.1.1

[...]

3. Trekk for kortere frist fra mottak av bestilling, jf. pkt. 5.2.2.2

[...]

Evalueringen er blitt gjort på bakgrunn av oppgitte klokkeslett fra hver enkelt tilbyder. Vi kan ikke vektlegge tidligere rutiner som er avtalt med dere og Stavanger kommune.

Service og teknisk bistand

Vi viser til konkurransegrunnlagets pkt. 5.3

[...]

Dette punktet er oppgitt til å ha en vekt på 10 prosentpoeng, jf. konkurransegrunnlagets kap. 5.

Det synes her som om dere har misforstått det som er blitt sagt i brev til dere. Der skrev vi følgende:

"Service og teknisk bistand etter levering. Besvarelsen er vurdert å ha størst verdi for oppdragsgiver."

Med dette mener vi at den besvarelsen som dere har gitt under punktet "Service og teknisk bistand" er av størst verdi for oss i evalueringen av det konkrete punktet.

Ut fra redegjørelsen overfor så opprettholder vi vår evaluering og T. Lund er innstilt som nummer to i konkurransen.

[...]

Vi håper imidlertid at denne gjennomgangen er tilfredsstillende for dere. Skulle likevel noe være uklart vil vi selvsagt imøtekomme deres forespørsel vedrørende et møte. Hvis dere ønsker et møte, ta kontakt med undertegnede for å avtale tidspunkt." [...]

- (9) I brev av 17. september 2009 ble saken brakt inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser.
- (10) Innklagede avventer kontraktinngåelse i påvente av utfallet av klagebehandlingen.

Anførsler:

Klagers anførsler:

Tildelingskriteriene "Prisbetingelser" og "Leveringssikkerhet"

- (11) Innklagede har brutt kravet til likebehandling, forutberegnelighet og etterprøvnbarhet i anskaffelseslovens § 5 ved evalueringen av kriteriene "Prisbetingelser", jf. konkurransegrunnlagets punkt 2.1.1, og "Leveringssikkerhet", jf. konkurransegrunnlagets punkt 2.2. I konkurransegrunnlaget var det opplyst at evalueringsmatrisene for kriteriene skulle utfylles med henholdsvis timer og dager. Klager oppfattet konkurransegrunnlaget slik at minste aksepterte verdi som kunne fylles inn var 1. Ved evalueringen premierte innklagede tilbyderne som hadde angitt en lavere verdi enn 1. Etter klagers oppfatning utgjør dette et brudd, da minste verdi av målenheten timer er 1 time. Måleverdier under 1 time skal angis i minutter. Det samme må gjelde for målenheten dager. Dersom innklagede hadde ment å åpne for lavere måleverdier enn 1, skulle dette vært angitt i konkurransegrunnlaget.

Påstand om ulovlig tildelingskriterium – "Miljø"

- (12) Innklagede har benyttet et ulovlig tildelingskriterium ved å angi kriteriet "Miljø" som et minstekrav i konkurransegrunnlaget, jf. forskriftens § 22-2 (2). Slik kriteriet er presentert i konkurransegrunnlaget fremstår det som et kvalifikasjonskrav og ikke som et tildelingskriterium. Innklagedes konkrete anvendelse av dette kriteriet er ikke egnet til å gi innklagede grunnlag for å vurdere hvilken leverandør som yter best på dette kriteriet. Kriteriet fastslår kun en standard som begge oppfyller. Klager bestrider ikke

lovligheten av å anvende miljøkriterier ved evalueringen av det økonomisk mest fordelaktige tilbudet. Klager er av den oppfatning av kriteriet slik det er presentert i konkurransegrunnlaget ikke er egnet til evaluering av det økonomisk mest fordelaktige tilbudet.

Påstand om ulovlig tildelingskriterium – "Påslag nettofaktura fra underleverandør"

- (13) Innklagede har ved å benytte tildelingskriteriet "påslag på nettofaktura fra underleverandør" brutt forskriftens § 22-2 ved at kriteriet ikke er egnet til å gi svar på hva som er det økonomisk mest fordelaktige tilbudet for oppdragsgiver. En stor tilbyder vil være selvberget i mye større omfang enn en mindre tilbyder. Bruken av underleverandører vil derfor kunne variere forholdsvis mye. Klagers selskap er regionens, og kanskje landets, største tilbyder av tjenester innen maling og gulvlegging. Selskapet har derfor svært begrenset bruk for underleverandører. Det vil dermed sjelden blir oversendt nettofaktura fra dette selskapet. Et annet, mindre selskap vil følgelig ha større behov for underleverandører. Innklagede vil da motta flere nettofakturaer. Innklagede har derved også brutt kravet til likebehandling, jf. lovens § 5.

Begrunnelsesplikt

- (14) Innklagede har brutt anskaffelsesforskriftens §§ 20-16 (1) og 20-16 (4) ved ikke å gi klager en fullstendig og forsvarlig redegjørelse for valg av leverandør, jf. innklagedes begrunnelse i meddelelse om tildeling av 19. august 2009 og svar på klage av 26. august 2009. Det lovpålagte hensyn om etterprøvnbarhet er heller ikke oppfylt etter anskaffelsesloven § 5.

Innklagedes anførsler:

Tildelingskriteriene "Prisbetingelser" og "Leveringssikkerhet"

- (15) Innklagede er av den oppfatning at de tildelingskriterier som er benyttet i konkurransegrunnlaget er utformet på en slik måte at alle rimelig opplyste og normalt påpasselige leverandører vil tolke dem likt. Innklagede bestrider å ha angitt minsteverdier i konkurransegrunnlaget for måleenhetene "timer" og "dager". Begrunnelsen for at enhetsbenevnelsene "timer" og "dager" er brukt er at dette er vanlig i bransjen. Det gjør det lettere for oppdragsgiver å sammenligne tilbudene i evalueringsprosessen.

Påstand om ulovlig tildelingskriterium – "Miljø"

- (16) Innklagede bestrider at det i konkurransegrunnlaget har vært stilt kvalifikasjonskrav vedrørende miljø. Tildelingskriteriet "Miljø" er heller ikke angitt som et minstekrav. Under punktet vedrørende rutiner for avfallshåndtering har innklagede ment at tilbyderne skulle beskrive sine tiltak for avfallsminimering, kildesortering ved behandling av emballasje, demontert materiell og rester av maling, lim og tynnere for å skape et godt miljø på innklagede sine byggeplasser. For å sikre at innklagedes avfall ble skikkelig håndtert i ettertid var det et ønske om at leverandøren hadde en avtale for miljøvennlig viderebehandling. Under punktet vedrørende maskinparken ville innklagede gi tilbyderne muligheten til å beskrive de maskiner som håndverkerne benytter i sitt arbeide. Innklagede forventet her en beskrivelse av støy, lukt og støvreduserende tiltak som ville bidra til å skape et godt miljø på innklagede sine byggeplasser. I mange tilfeller utføres arbeidet samtidig med at det er brukere i samme bygning, eksempelvis ved ombygging av skoler og barnehager. Innklagede hadde videre

et ønske om å vite noe om de kjøretøy som frakter materiell og personell til innklagedes byggeplasser. Kriteriet er følgelig godt egnet til å rangere tilbudene og fastslå det økonomisk mest fordelaktige tilbudet.

Påstand om ulovlig tildelingskriterium – ”Påslag nettofaktura fra underleverandør”

- (17) Innklagede bestrider at kriteriet *”påslag nettofaktura fra underleverandør”* er ulovlig. Det har ikke vært et vurderingstema under evalueringen hvor stort firmaet er eller i hvor stor grad underleverandører vil bli benyttet. Underkriteriet var ikke forventet å ha et stort volum, og begrunnelse for at innklagede ønsket en fast påslagsprosent var låsing av priser og forutsigbarhet i kontraktsperioden. Punktet er således vektlagt lavt, og det kan legges til at punktet hadde 1 poeng i verdi for innklagede, og klager ble trukket 0,2 poeng i sin besvarelse. Valgt tilbyder fikk 1 poeng.

Begrunnelsesplikt

- (18) Innklagede er av den oppfatning at når konkurransegrunnlag og tildelingsbrev sammenholdes, foreligger det tilstrekkelig informasjon om valgte tilbydere, og klagers tilbud, til at klager kunne vurdere om innklagedes valg hadde vært saklig og forsvarlig. Det er i tildelingsbrevet oppgitt hvilke poengtrekk som er foretatt under hvert tildelingskriterium og hvorfor. I brev av 26. august 2009 til klager blir det gitt en nærmere begrunnelse for valg av tilbydere. Klager har ikke gitt uttrykk for at den evaluering som er foretatt har vært uklar eller at evalueringen ikke har vært etterprøvbart. Når klager ikke har etterspurt mer informasjon vedrørende poengtrekk rundt priskriteriet, kan ikke innklagede se at det ble oppfordret til å legge frem ytterligere informasjon om dette. Hadde innklagede mottatt en slik forespørsel, ville dette selvsagt bli lagt frem.

Klagenemndas vurdering:

- (19) 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 7. april 2006 nr 402 del I og III, jf. forskriftens §§ 2-1 og 2-2.

Tildelingskriteriene ”Prisbetingelser” og ”Leveringssikkerhet”

- (20) Klager har anført at innklagede har brutt kravet til likebehandling, forutberegnelighet og etterprøvbart ved angivelsen av tildelingskriteriene *”Prisbetingelser”* og *”Leveringssikkerhet”*.
- (21) Av kravene til forutberegnelighet, likebehandling og gjennomsiktighet i lovens § 5 følger det at tildelingskriteriene må være så klart utformet at alle rimelig opplyste og aktsomme leverandører forstår kriteriene på samme måte, jf. blant annet EF domstolens avgjørelse i sak C- 19/00 (SIAC Construction) og klagenemndas sak 2008/16 (premiss 37), med videre henvisninger til klagenemndas praksis. Hvorvidt tildelingskriteriet tilfredsstiller kravet til forutberegnelighet, må bero på en tolkning av tildelingskriteriet, sett i sammenheng med konkurransegrunnlaget for øvrig, sml. klagenemndas sak 2006/112 (premiss 41).
- (22) I den foreliggende sak er det i matrisen i konkurransegrunnlaget punkt 6.1.7 *”Beregnet minstetid”* opplyst at tilbyderne skal *”oppgi beregnet minstetid som faktureres ut utførelse av maling, tapet og gulvbelegg samt tilhørende tjenester som maler-,*

tapetserer- og gulvleggertjenester.” Videre er det spesifisert at beregnet minstetid skal oppgis i timer.

- (23) Klagenemnda forstår konkurransegrunnlaget slik at tilbyderne står fritt til å oppgi eksempelvis 0,5 timer eller 0,25 timer selv om det fremgår at beregnet minstetid skal oppgis i ”timer”. Det er videre på det rene at det i konkurransegrunnlaget ikke er oppgitt at minsteverdi for utfylling er 1 (time).
- (24) Tildelingskriteriet ”*Prisbetingelser*”, nærmere spesifisert underkriteriet ”*Beregnet minstetid*”, kan etter dette ikke sies å være uklart eller i strid med kravet til forutberegnelighet, likebehandling og gjennomsiktighet i lovens § 5. Klagenemnda er etter dette kommet til at klagers anførsel ikke kan føre frem.
- (25) Nemnda behandler ikke klagers anførsel vedrørende tildelingskriteriet ”*Leveringssikkerhet*”, da anførselen gjelder en identisk problemstilling. Tilsvarende drøftelse som ovenfor må derfor legges til grunn her.

Påstand om ulovlig tildelingskriterium – ”Miljø”

- (26) Klagenemnda må her ta stilling til om vurderingstemaene ”*avfallshåndtering*” og ”*miljøstrategi*” under tildelingskriteriet ”*Miljø*” er egnet til å identifisere det økonomisk mest fordelaktige tilbudet, jf. forskriftens § 22-2 slik det er angitt i konkurransegrunnlaget.
- (27) I konkurransegrunnlaget punkt 5 ”*TILDELINGSKRITERIER*” er det opplyst at tildeling skal skje på grunnlag av det økonomisk mest fordelaktige tilbud. Ved fastsettelsen av tildelingskriterier og underkriterier har oppdragsgiver i utgangspunktet et vidt skjønn. Tildelingskriteriene må imidlertid ha tilknytning til kontraktens gjenstand, og være i samsvar med de generelle kravene i lovens § 5.
- (28) Det følger av lov om offentlige anskaffelser § 6 at kommunale organer under planlegging av den enkelte anskaffelse skal ta hensyn til miljømessige konsekvenser av anskaffelsen. En del av planleggingen av anskaffelsen, vil være fastsetting av tildelingskriterier. Dersom tildelingskriterier knyttet til miljø oppfyller de generelle kravene som stilles til tildelingskriterier, vil det være adgang til å oppstille miljøkriterier. Det vises i denne sammenheng til EF-domstolens avgjørelse i sakene C-513/99 (Concordia Bus) og C-448/01 (Wienstrom).
- (29) Innklagede har oppgitt under tildelingskriteriet ”*Miljø*” at rutiner for avfallshåndtering og miljøstrategi vil bli vektlagt under evalueringen av tildelingskriteriet. Retur av emballasje, restavfall og demontert materiell er vektlagt, og dessuten miljøaspekter ved tilbydernes valg av maskinpark, herunder servicebiler. Kriteriene omfatter altså metoden for behandling av avfall knyttet til utførelsen av tjenesten, og videre hvordan miljøhensyn er ivarettatt ved transport tilknyttet tjenesten.
- (30) Det vises til EU-kommisjonens uttalelse ”*on the Community law applicable to public procurement and the possibilities for integrating environmental considerations into public procurement*” av 4. juli 2001, rapportert COM(2001) 274 Final. Fra uttalelsen hitsettes følgende:

"Contracting authorities are responsible not only for the choice of the work or concept/design itself, but also for the overall execution of the works and all that happens on and around the construction site. Purchasing entities are therefore entitled to define the requirements for the execution of the works. This offers a number of possibilities for the taking into account of environmental considerations, through, for instance, requirements relating to energy and water use or waste management on and around the construction site."

- (31) Av kommisjonens uttalelse fremgår at offentlig oppdragsgiver har anledning til å oppstille vilkår for utførelse av arbeidet, noe som gir oppdragsgiver flere muligheter til å hensynta miljø, eksempelvis avfallshåndtering ved byggeplassen.

- (32) Fra miljøveilederen 2004 til Nærings- og Handelsdepartementet hitsettes følgende:

"Hvilke tildelingskriterier som er direkte knyttet til kontraktsgjenstanden, vil variere fra anskaffelse til anskaffelse. Et krav som lovlig kan stilles som teknisk spesifikasjonskrav, må i utgangspunktet også kunne benyttes som ett av flere tildelingskriterium." Eksempelvis nevnes andel resirkulerte råvarer i produktet, og kjøretøyets støynivå og andel frigjøring av X stoffer pr km.

- (33) Det må etter dette legges til grunn at innklagedes vurderingstema vedrørende behandling av avfall knyttet til maler-, tapetserer- og gulvleggertjenester, og transport til og fra byggeplassen, må anses som egnet til å identifisere det økonomisk mest fordelaktige tilbudet når det gjelder anskaffelse av maler-, tapetserer- og gulvleggertjenester, jf. § 22-2. Klager anførsel kan således ikke føre frem.

Påstand om ulovlig tildelingskriterium – "Påslag nettofaktura fra underleverandør"

- (34) Klager har anført at kriteriet *"påslag nettofaktura fra underleverandør"* under tildelingskriteriet *"Pris og prisbetingelser"* ikke er egnet til å identifisere det økonomisk mest fordelaktige tilbudet, jf. forskriftens § 22-2 (2). Videre er det anført at innklagede har brutt kravet til etterprøvnbarhet og likebehandling i lovens § 5 ved at kriteriet oppstilles for tilbydere av varierende størrelse.
- (35) Når kontrakt skal tildeles det økonomisk mest fordelaktige tilbud, følger det av forskriftens § 22-2 (2) at tildelingskriteriene må ha tilknytning til kontraktens gjenstand, og være i samsvar med de generelle kravene i lovens § 5.
- (36) Innklagede har anført at det sentrale momentet var å få låst prisene i forhold til bruk av underleverandør(er) og dermed skape forutsigbarhet i kontraktsperioden. Etter klagenemndas oppfatning vil mulig påslag nettofaktura ha betydning i forhold til de utgifter innklagede vil pådra seg i forbindelse med leverandørens bruk av underleverandører, og dette vil kunne påvirke hvilket tilbud som er det økonomisk mest fordelaktige. Underkriteriet *"påslag nettofaktura fra underleverandør"* må således være egnet til å identifisere det økonomisk mest fordelaktige tilbud, jf. § 22-2 (2).
- (37) Klagenemnda kan heller ikke se at det vil utgjøre brudd på kravet til likebehandling å anvende dette kriteriet fordi store leverandører ikke vil ha like stort behov for underleverandører, og dermed lavere kostnader ved påslag nettofaktura. Innklagede må ha et vidt rom for skjønn når det gjelder å velge hvilket kriterium som er best egnet til å identifisere det økonomisk mest fordelaktige tilbud, jf. klagenemndas sak 2009/116 premiss (45). Noen leverandører vil ha konkurransefortrinn fremfor andre på grunn av

størrelse eller andre forhold, og innklagede kan ikke ha plikt til å utjevne disse, jf. EF-domstolen – Retten i Første Instans - T-345/03 premiss (60) og (61), og klagenemndas uttalelse i sak 2004/46 premiss (52) og (53). Klagers anførsel kan på denne bakgrunn ikke føre frem.

- (38) Spørsmålet dernest er om innklagede ved evalueringen kan ha brutt kravet til etterprøvbarhet og likebehandling i lovens § 5 ved evalueringen av tildelingskriteriet.
- (39) Ved evalueringen av kriteriet var det kun påslagsprosenten som ble evaluert. Størrelsen på selskapet, eller i hvor stor grad underleverandører ville bli benyttet, har ikke vært gjenstand for evaluering. Klagenemnda kan dermed ikke se at innklagede skal ha brutt kravet til etterprøvbarhet og likebehandling i lovens § 5. Klagers anførsel kan etter dette ikke føre frem.

Begrunnelsesplikt

- (40) Klager har anført at både begrunnelsesplikten i forskriftens § 20-16 (1) og kravet til nærmere begrunnelse i forskriftens § 20-16 (4) er brutt.
- (41) Av forskriftens § 20-16 (1) følger det at oppdragsgiver skal gi *"tilstrekkelig informasjon om det valgte tilbud til at leverandøren kan vurdere om oppdragsgivers valg har vært saklig og forsvarlig, i samsvar med angitte tildelingskriterier"*.
- (42) Kravet til begrunnelse i forskriftens § 20-16 (1) må vurderes i lys av bestemmelsens formål. I Eidsivating lagmannsretts kjennelse i sak LE-2005-183161 uttalte lagmannretten blant annet at *"bare en begrunnelse som gir anbyderen en mulighet til å vurdere om det er grunnlag for klage eller grunnlag for å begjære tildelingsvedtaket "satt til side", tilfredsstillende forskriftens krav til begrunnelse."* Av Veileder FAD 2006 punkt 16.2.2 fremgår det at begrunnelsen må ha et slikt innhold at tilbyderer får mulighet til å vurdere hvorvidt tildelingsbeslutningen var saklig og forsvarlig, basert på korrekt grunnlag og i samsvar med tildelingskriteriene.
- (43) Ved begrunnelsen gitt i meddelelsen av 19. august 2009 har innklagende gitt en skjematisk sammenligning med poenggivning av valgt tilbyder og klagers tilbud med tilhørende forklaring på evalueringen, og poengtrekk for de enkelte tildelingskriterier.
- (44) Etter klagenemndas syn begrunnet innklagede dermed i tilstrekkelig grad hvilke forhold som har vært avgjørende for tildelingsbeslutningen, og begrunnelsen oppfylte derfor kravene i forskriftens § 20-16 (1). Klagers anførsel kan ikke føre frem på dette punkt.
- (45) Det følger av forskriftens § 20-16 (4) at oppdragsgiver, dersom en leverandør skriftlig ber om det, har plikt til å gi en nærmere begrunnelse for hvorfor leverandøren ikke tildeles kontrakt. Begrunnelsen skal opplyse om det valgte tilbudets egenskaper og relative fordeler.
- (46) I klagenemndas saker 2003/49, 2005/8, 2007/30 og 2007/76 er det fastslått at dette innebærer at leverandøren har krav på en relativt inngående sammenligning mellom eget tilbud og valgte leverandørs tilbud. Videre har klagenemnda lagt til grunn at kravene til den nærmere begrunnelsens innhold og omfang til en viss grad vil måtte fastsettes på bakgrunn av innholdet i leverandørens skriftlige anmodning, jf. klagenemndas saker 2003/61 og 2008/2 premiss 126.

- (47) I klagers brev av 21. august 2009 ble stilt en rekke spesifikke spørsmål vedrørende blant annet evalueringen av beregnet minstetid, pris og påslag fra underleverandører og leveringstid. Av innklagedes svar på klage av 26. august 2009 fremgår at samtlige av klagers spørsmål er besvart. Klager fikk videre et tilbud om møte med innklagede, noe klager ikke benyttet seg av. Klager kan på bakgrunn av ovenstående heller ikke få medhold i sin anførsel på dette punkt.

Konklusjon:

Sola, Stavanger og Sandnes kommune har ikke brutt regelverket for offentlige anskaffelser

For klagenemnda,
30. november 2009


Siri Teigum