



**Klagenemnda
for offentlige anskaffelser**

Klager har deltatt i en konkurranse med forhandling om bygging av ny barnehage i Hyen. Klagenemnda fant at innklagede hadde brutt forskriften § 13-3 første ledd, jf. § 11-14 første ledd, ved ikke å opplyse om den forhåndsbestemte formelen for karaktersetting av tildelingskriteriet "Pris" i tildelingsmeddelelsen. En rekke andre anførsler fra klager førte ikke frem eller ble avvist.

Klagenemndas avgjørelse 19. juli 2010 i sak 2009/254

Klager: Trebohus AS

Innklaget: Gloppen kommune

Klagenemndas medlemmer: Kai Krüger, Bjørg Ven og Jakob Wahl

Saken gjelder: Evalueringsmodell. Begrunnelse. Nærmere begrunnelse. Habilitet. Avklaringsplikt. Forhandlingsreferat. Kravspesifikasjon.

Bakgrunn:

- (1) Gloppen kommune (heretter kalt innklagede) kunngjorde 21. november 2008 en åpen anbudskonkurranse om detaljprosjektering og bygging av Hyen barnehage. Konkurransen ble avlyst under henvisning til at samtlige mottatte tilbud oversteg kommunens budsjett.
- (2) Innklagede kunngjorde 22. mai 2009 en ny konkurranse, med ett-trinns forhandling, om bygging av ny barnehage i Hyen. I kunngjøringen er anskaffelsen angitt med en verdi mellom 4,5 og 6 millioner kroner. Tilbudsfrist var 4. august 2009.

- (3) Fra konkurransegrunnlagets punkt 2 "Kravspesifikasjon" hitsettes:

"Generelle vilkår.

Prosjektet skal utførast som ei totalentreprise. Denne kravspesifikasjonen dannar grunnlaget for dei enkelte faga. Det skal nyttast produkt av robust kvalitet."

- (4) Om tildelingskriteriene står det følgende i konkurransegrunnlaget:

"Tildelingskriterium

Tildeling skjer på grunnlag av kva tilbod som er det økonomisk mest fordelaktige, basert på følgjande kriterium:

Pris 60 %

Planløsning/kvalitet 30 %

Byggetid 10 %

Kvart av kriteria vert vurdert slik:

Pris:

Lågaste pris

Planløsning/kvalitet:

Alle tilboda vert vurdert ut frå teikningar og opplysningar om materialbruk. Dette omfattar oppbygging av bygningsdelar, materialkvalitetar, tekniske installasjonar og utstyr samt overflatebehandling av material m.m.

Leveringstid:

Alle tilboda vert vurdert ut frå ei samla vurdering av oppgjevne byggetid."

- (5) Innklagede førte løpende anskaffelsesprotokoll. Av protokollen fremgår det at innklagede 27. juli 2009 fastsatte evalueringsmetode for tildelingskriteriene. Fra anskaffelsesprotokollen hitsettes:

"Tildelingskriterie, vekting og metode.

Under utarbeiding av anbudsgrunnlaget, valde ein å vekte kriteria i ein skala frå 1 til 10, der 10 er beste karakter. Følgjande metode skal brukast;

- 1. Pris: Lineær metode. Lågaste pris får 10 poeng. Tilbodspris meir enn 3 mill kroner over lågast pris får 0 poeng. (Kjem truleg over kostnadsramma)*
 - 2. Planløsning/kvalitet: Alle tilboda vert vurdert ut frå teikningar og opplysningar om materialbruk. Dette omfattar oppbygging av bygningsdelar, materialkvalitet, tekniske installasjonar og utstyr samt overflatebehandling av material m.m. Skala 1 – 10.*
 - 3. Byggjetid: Raskaste byggjetid får 10 poeng. Eitt poeng trekk for kvar veke over raskaste byggjetid."*
- (6) Innen tilbudsfristen mottok innklagede fire tilbud, blant annet fra Trebohus AS (heretter kalt klager) og Gravdal Bygg AS (heretter kalt valgte leverandør).
- (7) Av anbudsprotokollen fremgår det at ett av medlemmene i innklagedes byggenemnd, Einar Holmøy, 13. august 2009 fratrådte grunnet inhabilitet på grunn av hans tilknytning til en av tilbyderne, Veidekke Entreprenør AS. I hans sted tiltrådte Odd Arne Kolseth.
- (8) Av anbudsprotokollen fremgår det at innklagede 13. og 14. august 2009 avholdt forhandlinger med tilbyderne. Referatene fra forhandlingene med klager og valgte leverandør, samt innklagedes interne notat fra forhandlingsmøtet med klager, er fremlagt.
- (9) Fra referatet fra forhandlingsmøtet med valgte leverandør hitsettes:

"To garderobar

Arbeidstilsynet krev kan hende ein garderobe for kvart kjønn. Byggenemnda ønskjer ein løysing på dette. Det skal være to separate garderobar, ein for kvart kjønn.

[...]

Lydnivå i barnehagen

Ordinære veggjar med isolasjon samt platelag på kvar side. Utbyggjar ivaretek dei lydkrav som finst i høve til barnehagedrift.”

- (10) Frist for å inngi revidert tilbud ble satt til 21. august 2009. Alle fire leverandører leverte reviderte tilbud innen fristen. Fra valgte leverandørs reviderte tilbud hitsettes:

”Kommentarar til punkta i møtereferatet av 14.08.2009

[...]

2. Garderobar

a. Dette skal vi kunne løyse innanfor eksisterande bygningskropp utan ekstra kostnad

[...]

4. Lydnivå

a. Som omtala i referatet”

- (11) Sammen med valgte leverandørs reviderte tilbud var det blant annet vedlagt plantegninger. Av disse fremgår det at det er satt av et rom på 3,1 m² som er benevnt *”Lager/renhold”*.
- (12) Ved innklagedes brev 7. september 2009 ble leverandørene meddelt at kontrakt ville bli tildelt valgte leverandør. Meddelelsen inneholdt en kort redegjørelse for hvordan hvert tildelingskriterium var poengsatt, samt en matrise over de enkelte tilbyderes karakter.
- (13) Innklagede mottok tilbakemelding fra noen av tilbyderne om at begrunnelsen og matrisen var vanskelig å etterprøve. Innklagede sendte derfor 10. september 2009 et nytt brev til alle tilbyderne der begrunnelsen og matrisen var noe utvidet. Tildelingen av kontrakt til valgte leverandør ble opprettholdt. Fra brevet hitsettes:

”Pris - 60%

Her er det lågaste pris som gjeld. Byggjenemnda har vald å nytte seg av opsjon på radonsperre - og tilboda er samanlikna med dette for auge. Den lågaste summen vart sett til 10 poeng og dei som var dyrare vart gradert ned etter ein forhandsbestemt formel. Trappa vart sett til kr 300.000,- og det er lågaste pris som er utgangspunktet.

Planløsning/kvalitet — 30%

Representanter for tilsette og samarbeidsutvalet for Hyen barnehage gav råd til byggjenemnda om karaktersetting på planløsning og kvalitet. Byggjenemnda har deretter sett endeleg karakter.

Byggjetid — 10%

Raskaste byggjetid er sett til 10 poeng og dei som har lengre byggjetid far trekk i høve til kor mykje lengre tid dei nyttar. Her er trappa 1 veke.

Når alle karakterar er sett så gjev dette følgjande tabell;

	60 %		30 %	10 %		
<i>Hovudtabell</i>	<i>Pris mva</i>	<i>Pris- karakter</i>	<i>Planløsning /kvalitet - Karakter</i>	<i>Byggjetid - veker</i>	<i>Byggjetid – karakter</i>	<i>Samla karakter, vekta</i>
<i>Trebo-Hus AS</i>	<i>5 514 350</i>	<i>10,00</i>	<i>6,50</i>	<i>27</i>	<i>7,00</i>	<i>8,65</i>

Kandal Bygg AS	5 719 000	9,32	4,00	28	6,00	7,39
Veidekke Entreprenør AS	5 967 697	8,49	7,00	24	10,00	8,19
Gravdal Bygg AS	6 052 031	8,21	9,50	24	10,00	8,77

- (14) Klager påklaget tildelingen ved udatert brev. I klagen anføres at klagers tilbud er vurdert feil under tildelingskriteriene "Planløsning/kvalitet" og "Byggetid".
- (15) Ved innklagedes brev 9. oktober 2009 ble klagen besvart, og tildelingen til valgte leverandør opprettholdt. I brevet ble det gitt en nærmere begrunnelse av vurderingen av klagers tilbud. Fra brevet hitsettes:

"Pkt. 1:

Pris - 60% av vurdering av tildeling av tilbød: Vektleggingsprosenten er bestemt i utlysinga og det er rett at Trebo-Hus AS har det lågaste tilbødet.

Pkt. 2:

Planløsning/kvalitet — 30% av vurdering for tildeling av tilbød:

- Byggenemda bad i forhandlingsmøte om ein pris på fast himling med etg. høgd 2,90 m med synlege kanalføringer. Trebo-Hus påstår at vi har fått denne prisen spesifisert i tilbødet og ref til 3. siste linje på side 1 i tilbødsbrevet. Der står ingen ting om dette i det tilbødsbrevet vi har fått (ref vedlegg av tilbødet).
- Det er rett at planløyseringa "på det næraste" er lik planløyseringa som Nordplan AS utarbeidde ved tidlegare utlysing. Det er dermed ikkje sagt at vi ikkje kan få inn ei betre løysing. I tillegg til byggenemda sin eigen vurdering, har vi hatt møte med representantar for tilsette og samarbeidsutvalet for Hyen barnehage for å få gode råd.

Felles kommentar: Trebo Hus AS har ei grei løysing men fleksibiliteten kunne vore betre. Sjølv om denne løysinga kan forsvarast kom den heilt klart i skuggen av planløyseringa som Gravdal Bygg AS tilbyr.

- Kvalitet:** Trebo-Hus har ikkje greidd å gjere rede for kva dei har med når det gjeld takhøgde, laus/fast himlingar, skjult/synlege kanalføringer m.m. Når det gjeld eksteriørmessig meiner Byggenemda at barnehagen som Trebo-Hus AS tilbyr, er mindre tilpassa omliggande bygg (skule og idrettshall) enn tildelt forslag.

Pkt. 3:

Byggetid:

Trebo-Hus AS viser i klagen sin til at dei har 26 veker byggetid. Dette meiner vi er feil. Trebo-Hus AS hadde 24 veker byggetid frå oppstart betongarbeid, dvs, når grunnarbeidet er avslutta.

I totalentrepriser skal byggetida reknast frå igangsettingsløyvet er gitt til bygget er ferdig. Det vil igjen seie at Trebo-Hus AS ikkje har med verken prosjektering eller grunnarbeid i byggetida.

Vi sendte e-post om at vi måtte få total byggetid inkl. grunnarbeidet. Trebo-Hus AS ga oss ei byggetid på grunnarbeidet til 2 til 3 veker, eller vel 6,5 mnd. (ref vedlegg av e-post 25. august vedr. Byggetid)

Når Trebo-Hus ikkje kunne svare eksakt, valgte vi å legge 3 veker til grunn og derfor fekk dei 27 veker i tabellen."

- (16) Saken ble brakt inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser ved klage 11. november 2009. Innklagede har opplyst at kontrakt ble inngått med valgte leverandør 8. oktober 2009.
- (17) Innklagede inngav tilsva 2. desember 2009. Klager inngav 11. januar 2010 bemerkninger til tilsvaret. I brev 14. januar 2010 opplyste innklagede at de ikke hadde ytterligere å kommentere.
- (18) Klagenemndas sekretariat tilskrev innklagede 9. juni 2010, og påpekte at flere av klagers anførsler syntes å ikke være besvart av innklagede. Innklagede ble gitt frist for å inngi supplerende tilsva der alle klagers anførsler skulle kommenteres. I brev 18. juni 2010 kommenterte innklagede den første konkurransen som ble kunngjort 21. november 2008, og opplyste at de ellers hadde kommentert alle relevante punkter i sitt tilsva.

Anførsler:

Klagers anførsler:

- (19) Klager anfører at de ikke på forhånd ble gjort kjent med hvilke evalueringsmodeller som ble lagt til grunn for evaluering av tildelingskriteriene, og at dette utgjør brudd på kravene til forutberegnelighet, likebehandling og etterprøvbarhet.
- (20) Klager viser videre til tildelingsmeddelelsen, der det står: *"Den lågaste summen vart sett til 10 poeng og dei som var dyrare vart gradert ned etter ein forhandsbestemt formel."* Klager anfører at de ikke er gjort kjent med denne formelen.
- (21) Klager viser til at under tildelingskriteriet *"Planløsning/kvalitet"* har klagers tilbud fått 6,5 poeng, mens innklagedes tilbud har fått 9,5 poeng. Klager anfører at denne forskjellen ikke er tilstrekkelig begrunnet.
- (22) Klager viser videre til innklagedes avslag 9. oktober 2009 på klagen over tildeling av kontrakt, der det står at *"representantar for tilsette og samarbeidsutvalet for Hyen barnehage"* har avgitt en vurdering som grunnlag for evalueringen av tildelingskriteriet *"Planløsning"*. Klager anfører at det ikke fremkommer hvilke elementer som er tillagt vekt ved vurderingen.
- (23) Klager anfører at *"Kvalitet"* er et tildelingskriterium, som ikke er vurdert overhodet. Klager viser til innklagedes avslag 9. oktober 2009 på klagen, der vurderingen kun går på planløsningen og ikke kvalitet.
- (24) Klager anfører at Odd Arne Kolstad var inhabil til å evaluere tilbudene. Klager anfører at Kolstad har permisjon fra sin stilling hos selskapet Bygger'n Sandane Brødrene Solheim, som er avtaleleverandør til valgte leverandør.
- (25) Klager anfører videre at Solveig Moritsgård, som er gift med en av eierne i klager, og Olav Klungr, som har relasjoner til en annen tilbyder, erklærte seg inhabile til å vurdere tilbudene i konkurransen. Klager anfører at det da er i strid med kravet til likebehandling at Odd Arne Kolstad deltok ved vurderingen av tilbudene.

- (26) Klager viser til innklagedes avslag 9. oktober 2009 på klagen, der det står at pris på *"fast himling med etg. høgd 2,90 meter"* ikke fremgår av tilbudet. Klager anfører at det følger av konkurransegrunnlaget at innklagede hadde plikt til å kontakte klager, for å innhente denne manglende opplysningen.
- (27) Klager anfører subsidiært at innklagede hadde en plikt til å avklare den manglende pris på *"fast himling med etg. høgd 2,90 meter"* under forhandlingen med klager.
- (28) Klager viser til at det følger av forskriften § 11-8 at endringer i leverandørenes tilbud ved forhandlinger skal dokumenteres. Klager anfører å ikke ha mottatt slik dokumentasjon.
- (29) Klager anfører at innklagedes representanter ikke hadde forberedt seg til forhandlingsmøtet med klager. Klager anfører at de selv blant annet måtte dele ut relevante tegninger under forhandlingsmøtet. Klager anfører at dette utgjør et brudd på kravet til likebehandling.
- (30) Klager anfører at valgte leverandørs tilbud skulle vært avvist grunnet manglende oppfyllelse av kravspesifikasjonen. Klager viser til at kommunen på sine hjemmesider la ut tegninger fra valgte leverandørs prosjekt. Disse tegningene viste at blant annet at kravet til garderobe for begge kjønn, lydvegger mellom hvilerom, kontor, personalrom, grupperom og aktivitetsrom med tilstøtende lydvegger, rom til lagerplass for forbruksvarer m.m ikke var oppfylt i valgte leverandørs tilbud.
- (31) Klager anmoder om at klagenemnda uttaler seg om hvorvidt vilkårene for positiv kontraktsinteresse, subsidiært negativ kontraktsinteresse, forligger i denne sak.
- (32) Klager viser videre til at den første konkurransen om oppføring av barnehagen, kunngjort 21. november 2008, ble avlyst på grunn av at kostnadene overskrev innklagedes budsjett. Klager anfører ikke at selve avlysningen utgjør brudd på regelverket for offentlige anskaffelser, men anmoder klagenemnda om å uttale seg om vilkårene for negativ kontraktsinteresse er til stede.

Innklagedes anførsler:

- (33) Innklagede anfører at det ikke er en plikt for oppdragsgivere å oppgi de fastsatte evalueringsmodeller, selv om de er utarbeidet på forhånd.
- (34) Innklagede anfører at det ble benyttet en linjær metode for fastsette karakteren under tildelingskriteriet *"Pris"*. Formelen som ble benyttet var *"maxpoeng – (tilbudspris – laveste pris) = uttelling"*. Innklagede erkjenner at formelen kunne vært oppgitt i konkurransegrunnlaget.
- (35) Innklagede anfører at alle tilbudene er nøye vurdert, og at det er brukt mye arbeid på dette.
- (36) Innklagede bestrider at Odd Arne Kolstad var inhabil til å delta i behandlingen av saken. Innklagede opplyser at Kolstad er leder av kommunens bygg- og eiendomsavdeling, og at Bygger'n Sandane Brødrene Solheim er Kolstads tidligere arbeidsgiver. Innklagede anfører at Kolstads forbindelse til valgte leverandør er ytterst svak. Det anføres videre at verken Kolstad eller noen som står ham nær har noen fordel eller ulempe ved sakens utfall. Innklagede bemerker at klager ikke tidligere har fremsatt inhabilitetsinnsigelser mot Kolstad, men først ved klagebehandlingen for klagenemnda.
- (37) Innklagede bestrider at valgte leverandørs tilbud ikke oppfylte kravspesifikasjonen. Innklagede viser til at valgte leverandørs tilbud, sett sammen med referatet fra

forhandlingsmøtet, viser at blant annet kravene til garderober for begge kjønn og lydisolering er oppfylt. Det vises videre til at kravet om lagerplass klart fremkommer av plantegningen som var vedlagt valgte leverandørs tilbud.

- (38) Hva gjelder den første konkurransen kunngjort 21. november 2008, bestrider innklagede at vilkårene for erstatning foreligger. Innklagede viser særlig til at det i konkurransegrunnlaget var tatt forbehold om finansiering.

Klagenemndas vurdering:

- (39) Klager har deltatt i konkurransen og har saklig klageinteresse, jf. forskrift 15. november 2002 nr. 1288 om Klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6 annet ledd. Klagen er rettidig.
- (40) Konkurransen gjelder en bygge- og anleggskontrakt til en verdi under 41 millioner kroner og omfattes av lov 16. juli 1999 nr. 69 om offentlige anskaffelser og forskrift 7. april 2006 nr. 402 om offentlige anskaffelser del I og del II, jf. § 2-2 første ledd, jf. § 2-1 andre ledd.

Om plikt til å opplyse om evalueringsmodeller på forhånd

- (41) Klager anfører at de ikke ble gjort kjent med hvilke evalueringsmodeller som ble lagt til grunn for evaluering av tildelingskriteriene.
- (42) Det følger av forskriften § 13-2 andre ledd at konkurransegrunnlaget må angi tildelingskriteriene, samt tildelingskriterienes vekting eller prioritering dersom disse er fastsatt på forhånd. I konkurransegrunnlaget var tildelingskriteriene og deres relative vekting oppgitt. Derimot følger det ikke av § 13-2 andre ledd at oppdragsgiver har noen plikt til å opplyse om den evalueringsmodell som vil bli benyttet. Klagenemnda har i sak 2009/225 premiss (39) slått fast at en slik plikt heller ikke kan utledes av det grunnleggende kravet til forutberegnlighet i loven § 5. Innklagede hadde følgelig ingen plikt til å opplyse om hvilken evalueringsmodell som ville bli brukt, selv om innklagede hadde fastsatt slik. Klagers anførsel på dette punkt kan ikke føre frem.

Om plikt til å opplyse om evalueringsmodell etter kontraktstildeling

- (43) Klager anfører videre at de heller ikke etter tildeling av kontrakt ble gjort kjent med hva slags formel innklagede benyttet ved karaktersetting av tildelingskriteriet "Pris".
- (44) Det følger av forskriften § 13-3 første ledd, jf. § 11-14 første ledd at tildelingsmeddelelsen skal inneholde *"tilstrekkelig informasjon om det valgte tilbudet til at leverandøren kan vurdere om oppdragsgivers valg har vært saklig og forsvarlig, i samsvar med angitte tildelingskriterier"*. Kravet til begrunnelse må vurderes i lys av bestemmelsens formål. Den skal, med sikte på klage, gi tilstrekkelig informasjon for å vurdere om tildelingen er i samsvar med regelverket. For øvrig må det foretas en konkret vurdering av om begrunnelsesplikten er oppfylt, jf. klagenemndas sak 2008/172 premiss (27).
- (45) I tildelingsmeddelelsen 10. september 2009 ble fremgangsmåten for fastsettelse av karakter under tildelingskriteriet "Pris" opplyst å være: *"Den lågaste summen vart sett til 10 poeng og dei som var dyrare vart gradert ned etter ein forhandsbestemt formel."* I forbindelse med denne klagesaken har innklagede opplyst at den forhåndsbestemte formelen var *"maxpoeng – (tilbudspris – laveste pris) = uttelling"*, men at denne formelen ikke er oppgitt til leverandørene.

- (46) Opplysingen i tildelingsmeddelelsen om at tilbudene ble gradert ned fra 10 poeng etter en forhåndsbestemt formel er intetsigende når denne formelen ikke oppgis. Leverandørene hadde da ikke tilstrekkelig informasjon til å vurdere om innklagedes evaluering av tilbudene under tildelingskriteriet "*Pris*" var saklig eller forsvarlig.
- (47) Ved ikke å opplyse om den forhåndsbestemte formelen for karaktersetting av tildelingskriteriet "*Pris*" i tildelingsmeddelelsen, har innklagede brutt forskriften § 13-3 første ledd, jf. § 11-14 første ledd.

Om nærmere begrunnelse for poengforskjell

- (48) Klager anfører at poengforskjellen mellom klager og valgte leverandørs tilbud under tildelingskriteriet "*Planløsning/kvalitet*" ikke er tilstrekkelig begrunnet.
- (49) I tillegg til det som er gjengitt over om begrunnelseskravet i tildelingsmeddelelsen, jf. forskriften § 13-3 første ledd, jf. § 11-14 første ledd, følger det også av § 11-14 fjerde ledd at oppdragsgiver på anmodning skal gi "*en nærmere begrunnelse for hvorfor [...] leverandøren ikke tildeles kontrakt [...] sammen med det valgte tilbudets egenskaper og relative fordeler.*"
- (50) Klagenemnda har i flere saker lagt til grunn at en nærmere begrunnelse må forutsettes å skulle sammenligne mer inngående det valgte tilbudet med tilbudet til den leverandøren som anmoder om en nærmere begrunnelse, jf. blant annet sakene 2003/49, 2005/8 premiss (35) og 2007/30 premiss (33). 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. sak 2003/61.
- (51) I denne saken har ikke klager inngitt noen anmodning om en nærmere begrunnelse. Klager påklaget imidlertid tildelingen ved udatert brev. I klagen tas opp flere forhold som etter klagers syn skulle lede til at klagers tilbud burde fått en høyere poengsum under tildelingskriteriet "*Planløsning/kvalitet*".
- (52) Klagen ble besvart ved innklagedes avslag 9. oktober 2009. I avslaget påpeker innklagede blant annet: "*Trebo Hus AS har ei grei løysing men fleksibiliteten kunne vore betre. Sjølv om denne løysinga kan forsvarast kom den heilt klart i skuggen av planløysinga som Gravdal Bygg AS tilbyr.*" og "*Trebo-Hus har ikkje greidd å gjere rede for kva dei har med når det gjeld takhøgde, laus/fast himlingar, skjult/synlege kanalføringer m.m. Når det gjeld eksteriørmessig meiner Byggenemnda at barnehagen som Trebo-Hus AS tilbyr, er mindre tilpassa omliggande bygg (skule og idrettshall) enn tildelt forslag.*"
- (53) Poengsetting av et tildelingskriterium som "*Planløsning/kvalitet*" vil være utpreget skjønnsmessig. I tillegg kommer at klager aldri bad spesifikt om en redegjørelse for poengforskjellen mellom eget og valgte leverandørs tilbud. Klagenemnda kan da ikke se at innklagedes avslag 9. oktober 2009 bryter med kravet til innholdet i en nærmere begrunnelse, jf. forskriften § 11-14 fjerde ledd. Klagers anførsel kan på dette punkt ikke føre frem.

Om mottatte råd under evalueringen

- (54) Klager anfører at det fremkommer av innklagedes avslag 9. oktober 2009 at råd for tilsatte og representanter for barnehagen har avgitt en vurdering som grunnlag for evalueringen. Klager anfører at det ikke fremkommer hvilke elementer som er tillagt vekt ved evalueringen.

- (55) Klager gir på dette punkt en uriktig fremstilling. Det som fremkommer i innklagedes avslag 9. oktober 2009 er at *"I tillegg til byggenemnda sin egen vurdering, har vi hatt møte med representantar for tilsette og samarbeidsutvalet for Hyen barnehage for å få gode råd"*. At oppdragsgiver innhenter eksterne råd i forbindelse med sin evaluering er ikke uvanlig, og det følger ingen plikt til å gjengi hva slike råd har gått ut på. Det er oppdragsgivers evaluering som er avgjørende, og som skal opplyses i begrunnelsen til leverandørene. Klagers anførsel på dette punkt kan ikke føre frem.

Om manglende evaluering av tildelingskriterium

- (56) Klager anfører at *"Kvalitet"* er et tildelingskriterium, og at dette tildelingskriteriet ikke er vurdert overhodet av innklagede.
- (57) Det følger av konkurransegrunnlaget at tildelingskriteriet er *"Planløsning/kvalitet"*, og er angitt med én vektning. Planløsning og kvalitet er da ikke to forskjellige tildelingskriterier, men ett, som skal vurderes samlet, sml. Klagememndas sak 2009/159 premiss (22) til (33). Av innklagedes tildelingsmeddelelse 10. september 2009 og avslag 9. oktober 2009 på klagen fremgår det tydelig at innklagede har vurdert og evaluert alle tilbudene under tildelingskriteriet *"Planløsning/kvalitet"*. Klagers anførsel på dette punkt kan ikke føre frem.

Om inhabilitet

- (58) Klager anfører at Odd Arne Kolstad er inhabil til å evaluere tilbudene.
- (59) Det følger av forskriften § 3-7 at forvaltningsloven §§ 6 til 10 om habilitet kommer til anvendelse ved anskaffelser som følger forskriften. Forvaltningsloven § 6 bestemmer at en offentlig tjenestemann er ugild til å tilrettelegge grunnlaget for en avgjørelse eller til å treffe avgjørelse i en forvaltningssak når *"... andre særegne forhold foreligger som er egnet til å svekke tilliten til hans upartiskhet"*. Ved vurderingen skal det *"... blant annet skal legges vekt på om avgjørelsen i saken kan innebære en særlig fordel, tap eller ulempe for ham selv eller noen som han har nær personlig tilknytning til. Det skal også legges vekt på om ugildhetsinnsigelse er reist av en part"*.
- (60) Problemstillingen er etter dette om det foreligger særegne forhold som er egnet til å svekke allmennhetens tillitt til Kolstads upartiskhet. Hvorvidt det foreligger inhabilitet på dette grunnlag må avgjøres konkret i det enkelte tilfellet.
- (61) Så vidt klagememnda forstår er Kolstad enten i permisjon, eller har sagt opp sin stilling hos Bygger'n Sandane Brødrene Solheim.
- (62) Når det er tale om at Kolstad for tiden ikke har et virksomt ansettelsesforhold til valgte leverandør, finner nemnda etter en konkret vurdering at det ikke foreligger særegne forhold som er egnet til å svekke allmennhetens tillitt til Kolstads upartiskhet. Klagers anførsel på dette punkt kan ikke føre frem.

Om inhabilitet og likebehandling

- (63) Klager anfører videre at det er i strid med kravet til likebehandling når andre personer hos innklagede har fratrådt som inhabile, men ikke Kolstad.
- (64) Hvorvidt en person er inhabil eller ikke må avgjøres ut i fra habilitetsreglene i forskriften § 3-7, jf. forvaltningsloven. Dersom en person etter disse reglene er inhabil plikter han å fratre. Dersom personen ikke er inhabil foreligger ingen slik plikt. Det kan ut fra kravet til likebehandling i loven § 5 ikke utledes noen regel om

at en ellers habil person må fratre behandling fordi andre personer er funnet å være inhabile. Klagers anførsel på dette punkt kan ikke føre frem.

Om plikt til å innhente manglende opplysninger

- (65) Klager anfører at innklagede hadde plikt til å kontakte klager for å innhente opplysning om pris på *"fast himling med etg. høgd 2,90 meter"*, som manglet i klagers tilbud.
- (66) Det er som det klare utgangspunkt leverandøren som har risikoen for at tilbudet er fullstendig, jf. blant annet klagenemndas sak 2009/9 premiss (75) og Forsynings- og administrasjonsdepartementets *"Veileder til reglene om offentlige anskaffelser"* 2006, side 149 flg..
- (67) Ved anbudskonkurranse er det ikke adgang til å endre et innlevert tilbud. Ved konkurranse med forhandling kan partene justere tilbudene ved endring og supplering.
- (68) I referatet fra forhandlingsmøtet med klager står det at *"Byggenemnda ønskjer eit alternativ på fast himling på 2900 m.m."* I innklagedes avslag 9. oktober 2009 på klagen står det *"Byggenemnda bad i forhandlingsmøte om ein pris på fast himling med etg. høgd 2,90 m med synlege kanalføringer. Trebo-Hus påstår at vi har fått denne prisen spesifisert i tilbodet og ref til 3. siste linje på side 1 i tilbods brevet. Der står ingen ting om dette i det tilbods brevet vi har fått (ref vedlegg av tilbodet)."*
- (69) Klagenemnda minner om regelen i forskriften § 12-2 som lyder:
"Ved bygge- og anleggsarbeider skal poster som ikke er priset anses innkalkulert i andre poster, med mindre annet er angitt i tilbuds brevet eller den manglende utfyllingen skyldes en åpenbar feil, jf. § 12-1 (forhandlingsforbudet ved anbudskonkurranser) tredje ledd."
- (70) Klagenemnda legger etter dette til grunn at ønske om pris på *"fast himling med etg. høgd 2,90 meter"* ble tatt opp først i forhandlingsmøtet med klager, men at klager likevel unnlot å oppgi slik pris i sitt reviderte tilbud. Pris på dette skal da anses å være innkalkulert i de øvrige poster i klagers tilbud. Klagers anførsel på dette punkt kan etter dette ikke føre frem.

Om plikt til å sende referat

- (71) Klager anfører ikke å ha mottatt dokumentasjon på endringer i klagers tilbud som fremkom i forhandlingsmøte. Det er hverken anført eller opplyst at det i forhandlingsmøtet ble fremsatt endringer i klagers tilbud. Klagenemnda forstår da klagers anførsel som at de ikke har fått tilsendt referat fra forhandlingsmøtet.
- (72) Det følger av forskriften § 11-8 annet ledd at *"dersom forhandlinger fører til endring av en leverandørs tilbud, skal endringene dokumenteres skriftlig"*. Klagenemnda har i flere saker lagt til grunn at det uansett følger av kravene til gjennomsiktighet og etterprøvnbarhet i loven § 5, at oppdragsgiver må føre referat fra forhandlingene. I denne saken har innklagede ført referat fra forhandlingene med klager.
- (73) Klagenemnda har tidligere uttalt at det ikke er noe krav om at referatene må sendes leverandørene like etter forhandlingene, så lenge referatene blir tilgjengelig for leverandørene i ettertid, jf. sak 2005/129 premiss (41). I denne saken er det imidlertid verken anført eller dokumentert at klager på noe tidspunkt kontaktet innklagede og ba om å få oversendt referatet. Noen plikt for innklagede til å

oversende referatet av eget tiltak kan ikke utledes av regelverket. Klagers anførsel på dette punkt kan ikke føre frem.

- (74) Klagenemnda bemerker for øvrig at klager som vedlegg 3A og 3B til klagen 11. november 2009 har fremlagt møtereferatet og innklagedes interne notat fra møtet, hvilket sterkt taler for at klager har fått dem tilsendt.

Om forberedelse til forhandlingsmøte

- (75) Klager anfører at innklagedes representanter ikke hadde forberedt seg til forhandlingsmøtet med klager 13. august 2009.
- (76) Klagenemndas saksbehandling er skriftlig, og bevisvurderingen er således begrenset. Fra det fremlagte referatet og intern-notatet fra forhandlingsmøtet med klager, er det ikke mulig å utlede noe om at innklagedes representanter skulle vært uforberedt til møtet. Utover dette vil en vurdering av i hvilken grad deltakerne til et møte er tilstrekkelig forberedt, fordre en langt mer omfattende bevisføring enn hva det er adgang til for klagenemnda. Anførselen avvises derfor som uhensiktsmessig for behandling, jf. klagenemndsforskriften § 9.

Om valgte leverandørs tilbud skulle vært avvist

- (77) Klager anfører at tilbudet fra valgte leverandør skulle vært avvist fordi det ikke oppfylte de krav som var listet opp i konkurransegrunnlaget om blant annet garderobe for begge kjønn, lagerplass for forbruksvarer og renholdsutstyr og lydvegger mellom hvilerom, kontor, personalrom m.m.
- (78) Det følger av forskriften § 11-11 første ledd bokstav e at *"et tilbud skal avvises når [...] det inneholder vesentlige avvik fra kravspesifikasjonene i kunngjøringen eller konkurransegrunnlaget"*. Hvorvidt et tilbud oppfyller kravspesifikasjonen, eller om eventuelle avvik må betraktes som vesentlige, vil langt på vei være innenfor det innkjøpsfaglige skjønn som klagenemnda vil være forsiktige med å overprøve.
- (79) Det er i konkurransegrunnlaget, blant annet på første og andre side, oppstilt krav til utformingen av barnehagen. Det er blant annet stilt krav om garderobe og pauserom for de ansatte og rom til lagerplass for forbruskvarer og renholdsutstyr. Videre er det i referatene fra forhandlingene med klager og valgte leverandør opplyst at det er et krav om garderobe for hvert kjønn, og lydvegg mellom flere av rommene.
- (80) Klagenemnda bemerker i denne forbindelse at det er uten betydning hvorvidt innklagede på sine hjemmesider la ut tegninger av den planlagte barnehagen, der disse elementene manglet. Det er heller ikke avgjørende å se på valgte leverandørs plantegninger alene. Hele tilbudet, inkludert tilbudsbrief og plantegninger, må legges til grunn når det vurderes om tilbudet oppfyller kravspesifikasjonen. Det er valgte leverandørs tilbud, slik det ble inngitt til innklagede, som skal vurderes.
- (81) Klagenemnda kan ikke se at det foreligger avvik ved valgte leverandørs tilbud hva gjelder disse kravene. Klagenemnda viser blant annet til at valgte leverandørs reviderte tilbud, sett sammen med forhandlingsreferatet, viser at kravet om garderober for begge kjønn og lydisolering vil bli oppfylt. Det fremgår også tydelig av plantegningen vedlagt valgte leverandørs tilbud at det er satt av et 3,1 m² rom kalt *"lager/renhold"*.
- (82) Klagers anførsel på dette punkt kan ikke føre frem.
- (83) Klagenemnda skal uttale seg om brudd på regelverket, men kan ikke tilkjenne erstatning. Etter klagenemndsforskriften § 12 annet ledd kan nemnda likevel uttale

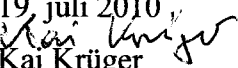
seg om erstatningsspørsmål dersom den finner grunn til det. Nemnda finner ikke grunn til å uttale seg om erstatningsspørsmålene i denne saken. Nemnda finner heller ikke grunn til å uttale seg om erstatningsspørsmålet vedrørende den første konkurransen som ble avlyst.

Konklusjon:

Gloppen kommune har brutt forskriften § 13-3 første ledd, jf. § 11-14 første ledd, ved ikke å opplyse om den forhåndsbestemte formelen for karaktersetting av tildelingskriteriet "Pris" i tildelingsmeddelelsen.

Klagers øvrige anførsler har ikke ført fram.

For klagenemnda for offentlige anskaffelser

19. juli 2010

Kai Krüger