



Klagenemnda for offentlige anskaffelser

Innklagede gjennomførte en konkurranse med forhandling i ett trinn om utskifting av fasadefelt med nye ytterdører for Hennesmarka skole og Liertun sykehjem. Klagenemnda fant at innklagede hadde brutt kravet til forutberegnelighet, jf. forskriften § 11-8, ved ikke å avholde forhandlinger med noen av tilbyderne. Klagenemnda fant også at innklagede hadde brutt kravet til forutberegnelighet ved å innføre et nytt tildelingskriterium etter at tilbudsfristen var løpt ut og vurdert dette ut fra opplysninger og dokumentasjon som ikke var etterspurt under angivelsen av tildelingskriteriene i konkurransegrunnlaget. Klagers øvrige anførsler førte ikke frem.

Klagenemndas avgjørelse 21. mars 2011 i sak 2010/116

Klager: Brødrene Vatndal & Co AS

Innklaget: Lier kommune

Klagenemndas medlemmer: Morten Goller, Magni Elsheim, Andreas Wahl

Saken gjelder: Reelle forhandlinger. Innføring av nytt tildelingskriterium etter tilbudsfristens utløp. Krav til begrunnelse.

Bakgrunn:

(1) Lier kommune (heretter kalt innklagede) kunngjorde ved forenklet kunngjøring 2. desember 2009 en konkurranse med forhandling i ett trinn om utskifting av fasadefelt med nye ytterdører for Hennesmarka skole og Liertun sykehjem. Den anslåtte verdien på kontrakten var verken angitt i kunngjøringen eller konkurransegrunnlaget. Frist for å inngi tilbud var 21. desember 2009 klokken 12.00, jf. punkt 3.3 i kunngjøringen.

(2) Av konkurransegrunnlaget punkt 0 "INNBYDELSE" fremgikk det at:

"Valg av tilbud vil være basert på oppstartsdato, byggeperiode, løsninger og det mest økonomisk fordelaktige for Lier kommune. Utvelgelseskriteriene fremgår av kapittel 3.05.

[...]

Vedlagt tilbudet skal det medfølge dokumentasjon i henhold til kvalifikasjonskravene og tildelingskriteriene i kapittel 3.05 samt etterspurt dokumentasjon i teknisk beskrivelse."

(3) I konkurransegrunnlaget punkt 3.01 "Generelt" var det angitt at:

"Lov om offentlige anskaffelser av 16. juni 1999 nr. 69 med tilhørende forskrifter legges til grunn for konkurransen."

(4) Tildelingskriteriene var angitt i konkurransegrunnlaget punkt 3.05, på følgende måte:

Postadresse
Postboks 439 Sentrum
5805 Bergen

Besøksadresse
Olav Kyrresgate 8
5014 Bergen

Tlf.: 55 59 75 00
Faks: 55 59 75 99

E-post:
postmottak@kofa.no
Nettside: www.kofa.no

”Lier kommune vil gjennomføre forhandlinger med kvalifiserte tilbydere etter forskrift om offentlige anskaffelser § 11-8.

Kontrakt vil bli tildelt ut fra hvilket tilbud som er det mest økonomisk fordelaktige for Lier kommune basert på følgende kriterier:

<i>Vekt</i>	<i>Kriterium</i>	<i>Beskrivelse/dokumentasjon</i>
<i>60 %</i>	<i>Pris</i>	<i>Pris for beskrevet løsning + Forbehold som har innvirkning på pris + ca 10 % tilleggsarbeider basert på oppgitte timepriser og påslagsfaktorer = Evaluert pris</i>
<i>20 %</i>	<i>Kvalitet - Nøkkelpersonell - Tilbudt utstyr</i>	<i>CV for tilbudt personell i ledende stillinger skal vektlegges. Tekniske spesifikasjoner over tilbudte løsninger/utstyr skal vedlegges</i>
<i>20 %</i>	<i>- Fremdrift</i>	<i>Rask oppstart, og rask byggetid.</i>

”

- (5) I konkurransegrunnlaget punkt 4.03 *”Valg av tilbud”* hadde innklagede tatt følgende forbehold:

”Tiltakshaver vil forbeholde seg rett til å velge et hvilket som helst av tilbudene eller til å forkaste samtlige.”

- (6) Innklagede mottok 5 tilbud, herunder fra Brødrene Vatndal & Co AS (heretter kalt klager), og fra Profilteam AS (heretter kalt valgte leverandør), jf. tilbudsprotokoll datert 21. desember 2009.
- (7) HR Prosjekt AS ble benyttet som rådgiver av innklagede. HR Prosjekt AS utarbeidet innstilling i saken, og det fremgikk av innstillingen 11. januar 2010 at:

”Tilbudene er i tråd med konkurransegrunnlaget vurdert ut fra følgende kriterier

<i>Vekt</i>	<i>Kriterium</i>	<i>Beskrivelse/dokumentasjon</i>
<i>60 %</i>	<i>Pris</i>	<i>Pris for beskrevet løsning – kontrollregnet tilbud inkl opsjoner + Forbehold som har innvirkning på pris + ca 10 % tilleggsarbeider basert på oppgitte timepriser og påslagsfaktorer. = Evaluert pris</i>

20% *Prosjektgjennomføring. Tilbyder skal legge ved en plan/beskrivelse for Kvalitet. hvordan oppdraget tenkes gjennomført og hvordan byggeplassen tenkes administrert. CV for tilbudt personell i ledende stillinger skal vedlegges.*

20 % *Fremdrift. Rask oppstart og rask byggetid.*”

(8) Videre fremgikk det av innstillingen at:

”PL har evaluert tilbudene mht pris, forbehold og prosjektgjennomføring, se vedlagte evalueringsskjema. Noen mindre forhold må tas opp med entreprenøren på ett avklaringsmøte. Resultatet av evalueringen er som følger:

Det er ikke funnet grunn til å skille tilbyderne med hensyn til kvalitet og fremdrift, da alle har tilbudt produkter i henhold til tilbudsgrunnlaget og har kapasitet til å gjennomføre etter oppdragsgivers forutsatte betingelser.”

(9) I tillegg fremgikk det av innstillingen at prosjektgjennomføring var evaluert, og tilbyderne var rangert i rekkefølge med tilhørende poeng for pris og gjennomføring, samt oppnådd total poengsum. Vedlagt innstillingen fulgte evalueringsskjema hvor pris, kvalitet og fremdrift var evaluert. Evalueringsskjemaene viser at samtlige tilbydere fikk samme poenguttelling på kriteriene kvalitet og fremdrift.

(10) Det ble ikke avholdt forhandlinger forut for innstillingen, men det ble avholdt avklaringsmøte med valgte leverandør 13. januar 2010, jf. referat fra avklaringsmøte 13. januar 2010.

(11) Klager fremmet flere ganger innsigelser mot gjennomføringen av bedømmelsen av tilbudene, og manglende gjennomføring av forhandlinger. Innklagede avviste innsigelsene gjennom sin rådgiver i brev 18. januar 2010. Det fremgikk også av brevet at:

”Denne anskaffelsen ble i sin tid vurdert å ligge under forskriftens grense på 500 000 kr og det ble derfor foretatt en forenklet kunngjøring på Doffin”.

(12) Klager klaget på nytt ved advokat 25. februar 2010, og klagen ble avvist av innklagede 15. mars 2010.

(13) Kontrakt ble inngått med valgte leverandør 18. februar 2010. Klager brakte saken inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser 16. april 2010.

Anførsler:

Klagers anførsler:

Manglende forhandlinger

(14) Klager anfører at innklagede har brutt kravet til forutberegnelighet, jf lov om offentlige anskaffelser § 5 og forskrift om offentlige anskaffelser § 3-1, samt forskriftens § 11-8, ved å ha kunngjort en konkurranse med forhandlinger og deretter unnlatt å gjennomføre forhandlinger.

(15) Klager viser til at bestemmelsen i forskriften § 11-8 må gjelde selv om oppdragsgiver forsvarlig har vurdert anskaffelsens verdi til under kroner 500 000,-, siden

konkurranses grunnlaget viste til § 11-8. Bestemmelsen må da gjelde ut fra et avtalerettslig synspunkt.

- (16) Det vises også til at innklagede hadde plikt til å gjennomføre forhandlinger med de kvalifiserte tilbyderne. Selv om det kan foretas en reduksjon av antall tilbydere forut for forhandlingene, må det være igjen et tilstrekkelig antall tilbud til å sikre reell konkurranse, jf. forskriften § 11-8. Det må gjennomføres reelle forhandlinger, og avklaringer er ikke tilstrekkelig. Det vises for øvrig også til at innklagende ikke hadde til hensikt å benytte forhandlinger i konkurransen.

Tildelingskriteriene og evaluering av disse

- (17) Klager anfører at innklagede har brutt kravet til forutberegnelighet ved ikke å bedømme tilbudene i forhold til alle tildelingskriteriene som var oppgitt i konkurranses grunnlaget, jf. loven § 5 og forskriften § 3-1. Det vises til at tildelingskriteriene ”Kvalitet” og ”Fremdrift” ikke ble vurdert, og kriteriene ble ikke poengsatt. Tilvarende ble underkriteriet ”Nøkkelpersonell” ikke vektet.
- (18) Klager anfører videre at det ikke er adgang til å innføre nye tildelingskriterier etter tilbudsfristens utløp, jf. kravet til forutberegnelighet m.v. Det vises til at kriteriet ”Prosjektgjennomføring” ikke var angitt i konkurranses grunnlaget, men likevel medtatt som tildelingskriterium og poengsatt ved vurderingen av tilbudene. Videre vises det til at prosjektgjennomføringen synes vurdert etter dokumentasjon som konkurranses grunnlaget ikke etterspør.

Mangelfull begrunnelse

- (19) Klager anfører at det ikke ble gitt tilstrekkelig begrunnelse for valg av leverandør. Det er ikke mulig å vurdere om bedømmelsen var forsvarlig.

Erstatning

- (20) Klager anmoder om at klagenemnda uttaler seg om vilkårene for å kreve erstatning anses oppfylt.

Innklagedes anførsler:

Manglende forhandlinger

- (21) Innklagede anfører at kommunen ikke har opptrådt i strid med regelverket slik klager hevder. Det vises til at det ved en feil ble opplyst at konkurransen skulle gjennomføres med forhandlinger, og at feilen ikke ble oppdaget før tilbudsfristen var ute. Feilen har ikke hatt betydning for konkurransen eller utfallet av den.

Tildelingskriteriene og evaluering av disse

- (22) Innklagede anfører at evalueringen av tildelingskriteriene ikke er i strid med regelverket. I forhold til tildelingskriteriet ”Fremdrift” vises det til at alle tilbyderne hadde ledig kapasitet og kunne iverksette arbeidene raskt. Tilbyderne ble derfor vurdert som veldig like på dette punkt og da også gitt samme poenguttelling. Tilsvarende var kvaliteten god blant alle tilbyderne, og det var ikke mulig å differensiere mellom tilbyderne ut fra kvalitet. Videre vises det til at kriteriet ”Prosjektgjennomføring” var en del av kriteriet kvalitet.

Mangelfull begrunnelse

- (23) Innklagende anfører at kommunen ikke har opptrådt i strid med regelverket slik klager hevder.

Erstatning

- (24) Innklagede anfører at kommunen ikke har opptrådt i strid med regelverket slik klager hevder.

Klagenemndas vurdering:

- (25) Klager har deltatt i konkurransen og har saklig klageinteresse, jf. forskrift av 15. november 2002 nr. 1288 om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6 annet ledd. Klagen er også rettidig. Anskaffelsen gjelder bygge- og anleggskontrakter. Anskaffelsens verdi ble etter det opplyste i forkant av kunngjøringen anslått å være under kroner 500 000,-, jf. innklagedes brev av 18. januar 2010. Klagenemnda bemerker at tilbudene som ble vurdert oversteg den anslåtte verdien. Det følger av klagenemndas sak 2007/90 premiss 35 at det ikke er avgjørende om tilbudene i etterkant viser seg å ligge over terskelverdiene dersom oppdragsgiver opprinnelig har gjort en forsvarlig skjønsvurdering. Klagenemnda viser til at tilbudsprisene i varierende grad oversteg den anslåtte verdien, og at flere av tilbudene kun i mindre grad oversteg den anslåtte verdien. Videre vises det til at konkurransen ble kunngjort ved forenklet kunngjøring, og både klager og innklagede synes å være av den oppfatning at verdivurderingen som ble foretatt var forsvarlig. Klagenemnda legger derfor til grunn at den anslåtte verdien var forsvarlig vurdert. Etter sin opplyste art og verdi følger anskaffelsen således lov av 16. juli 999 nr. 69 om offentlige anskaffelser, og forskrift av 7. april 2006 nr. 402 om offentlige anskaffelser del I, jf. forskriftens § 2-1(1) og (2).

Manglende forhandlinger

- (26) Klager har anført at innklagede har brutt kravet til forutberegnelighet i loven § 5 og forskrift om offentlige anskaffelser § 3-1, samt forskriften § 11-8, ved å ha kunngjort en konkurranse med forhandlinger og deretter unnlatt å gjennomføre forhandlinger. Klager viser for det første til at bestemmelsen i forskriften § 11-8 må gjelde selv om oppdragsgiver forsvarlig har vurdert anskaffelsens verdi til under kroner 500 000,-, siden konkurransegrunnlaget viser til § 11-8. Bestemmelsen må gjelde ut fra et avtalerettslig synspunkt. Når § 11-8 først kommer til anvendelse, er innklagede etter klagers oppfatning forpliktet til å gjennomføres reelle forhandlinger og avklaringer er ikke tilstrekkelig.
- (27) Klagenemnda viser til at anskaffelsen etter sin opplyste art og verdi følger forskriftens del I. Bestemmelsen i § 11-8 kommer derfor som utgangspunkt ikke til anvendelse på anskaffelsen. Det fremgikk imidlertid av konkurransegrunnlaget punkt 3.01 at konkurransen ville følge lov om offentlige anskaffelser med tilhørende forskrifter, og av punkt 3.05 fremgikk at det ville bli gjennomført forhandlinger med leverandørene etter forskriften § 11-8. Det følger da av kravet til forutberegnelighet i loven § 5 at innklagede plikter å følge bestemmelsen i forskriften § 11-8, jf. blant annet klagenemndas sak 2009/225 premiss 24, sak 2006/33 premiss 53 og 2005/64 premiss 24. I en konkurranse med forhandling har oppdragsgiver etter forskriften § 11-8, jf. kravet til forutberegnelighet, plikt til å føre reelle forhandlinger med leverandørene, jf. blant annet klagenemndas avgjørelse i sak 2009/106 premiss 35 og 2008/136 premiss 94.
- (28) Det er på det rene at innklagede ikke gjennomførte forhandlinger med noen av tilbyderne, og det foreligger da et brudd på plikten til å føre reelle forhandlinger etter forskriften § 11-8, jf. kravet til forutberegnelighet.

Tildelingskriteriene og evaluering av disse

- (29) Klager har anført at innklagede har brutt kravet til forutberegnelighet i loven § 5, og forskriften § 3-1, ved ikke å bedømme tilbudene i forhold til alle tildelingskriteriene som var angitt i konkurransegrunnlaget. Klager har vist til at tildelingskriteriene ”Kvalitet”, ”Fremdrift” og ”Nøkkelpersonell” verken ble vurdert eller poengsatt.
- (30) Ved evalueringen av tilbudene etter tildelingskriteriene, herunder fastsettelse av poeng, utøver oppdragsgiver et innkjøpsfaglig skjønn som bare i begrenset grad kan overprøves rettslig. Klagenemnda kan imidlertid prøve om evalueringen er saklig og forsvarlig, og i samsvar med de angitte tildelingskriteriene. Videre kan klagenemnda prøve om skjønnsutøvelsen er i samsvar med de grunnleggende kravene i lovens § 5, samt om oppdragsgiver har lagt riktig faktum til grunn, jf. bl.a. klagenemndas sak 2009/223 premiss 64.
- (31) Utgangspunktet er at oppdragsgiver skal evaluere tilbudene etter de tildelingskriterier som fremgår av konkurransegrunnlaget, og tildelingskriteriene kan ikke endres etter at tilbudsfristen har løpt ut. Dersom oppdragsgiver ikke evaluerer tilbudene etter konkurransegrunnlagets tildelingskriterier, eller endrer kriteriene etter tilbudsfristens utløp, vil evalueringen normalt stride mot kravet til forutberegnelighet i loven § 5 (3), jf. blant annet sak 2005/308 premiss 37, 2009/220 premiss 25 og sak 2010/241 premiss 31.
- (32) Det fremgikk av tildelingsbrevet at innklagende hadde vurdert tildelingskriteriene knyttet til pris, kvalitet og fremdrift, slik de var angitt i konkurransegrunnlaget, men at innklagende ikke hadde funnet grunn til å skille tilbyderne med hensyn til kriteriene kvalitet og fremdrift. Innklagede hadde riktignok ikke inntatt de tildelte poengene for disse to sistnevnte kriteriene i selve innstillingen, men poengene fremgikk av evalueringsskjemaene som var vedlagt innstillingen. Evalueringsskjemaene viste at alle tilbyderne hadde fått samme poengsum på kriteriene kvalitet og fremdrift. Tilsvarende hadde innklagede ikke inntatt poeng for underkriteriet nøkkelpersonell i selve innstillingen, men poengene som tilbyderne var gitt for personell fremgikk av de vedlagte evalueringsskjemaene. Klagenemnda legger etter dette til grunn at kriteriene kvalitet, fremdrift og nøkkelpersonell ble vurdert og poengsatt. Klagers anførsel på dette punkt fører derfor ikke frem.
- (33) Til slutt har klager anført at innklagede har brutt kravet til forutberegnelighet i loven § 5, og forskriften § 3-1, ved å vurdere tilbudene i forhold til kriteriet ”Prosjektgjennomføring” som ikke var angitt i konkurransegrunnlaget, og at prosjektgjennomføringen synes vurdert etter dokumentasjon som konkurransegrunnlaget ikke etterspurte. Innklagede har vist til at prosjektgjennomføring ble vurdert som en del av kriteriet ”Kvalitet”.
- (34) I utgangspunktet vil en oppdragsgiver stå forholdsvis fritt til å avgjøre hvordan tilbudene skal vurderes under et så skjønnspreget tildelingskriterium som ”Kvalitet”, jf. bl.a. klagenemndas sak 2009/223 premiss 67. Det følger imidlertid av forskriften § 3-1 (4) at konkurranser uansett må gjennomføres på en måte som gir ”mulighet for leverandører til å bli kjent med de forhold som skal vektlegges ved deltakelse og tildeling av kontrakt”. Dette innebærer at de forhold som skal vurderes under et gitt tildelingskriterium må anses relevant og høre naturlig innunder kriteriet, slik dette er formulert i kunngjøringen og konkurransegrunnlaget. Dersom en oppdragsgiver angir konkrete underkriterier til et tildelingskriterium, vil disse kunne oppfattes som uttømmende og dermed også begrense hvilke forhold som kan anses relevant for vurderingen av tildelingskriteriet.

- (35) Klagenemnda viser til at konkurransegrunnlaget punkt 3.05 anga at "Nøkkelpersonell" og "Tilbudt utstyr" ville bli brukt som underkriterier ved evalueringen av hovedkriteriet "Kvalitet". "Prosjektgjennomføring" var derimot ikke angitt som kriterium, verken som et eget tildelingskriterium eller som underkriterium til tildelingskriteriet "Kvalitet". Det fremgikk heller ikke andre steder i konkurransedokumentene at det ville bli lagt vekt på prosjektgjennomføringen ved evalueringen av kriteriet kvalitet.
- (36) Videre fremkom det av innstillingen at prosjektgjennomføringen var vurdert ut fra "en plan/beskrivelse for hvordan oppdraget tenkes gjennomført og hvordan byggeplassen tenkes administrert". Av konkurransegrunnlaget punkt 3.05 fremgikk det at vurderingen av kvalitet ville bli foretatt ut fra "[t]ekniske spesifikasjoner over tilbudte løsninger/utstyr". Kravene til opplysninger om, og dokumentasjon for, prosjektgjennomføring var derimot ikke opplyst i konkurransegrunnlaget punkt 3.05. Innklagende hadde heller ikke inntatt noen henvisning til andre deler av konkurransegrunnlaget som kunne tilsi at slik dokumentasjon ville bli vurdert ved evalueringen av kvalitet.
- (37) Innklagede hadde dermed skapt en berettiget forventning om hvilke underkriterier og hvilke dokumentasjon som ville være relevant ved evalueringen av kriteriet kvalitet. På denne bakgrunn kan evalueringen ikke anses å være i samsvar med de angitte tildelingskriteriene.
- (38) Klagenemnda finner etter dette at kravet til forutberegnelighet i loven § 5 og forskriften § 3-1 er brutt ved at innklagende har evaluert tilbudene ut fra et kriterium som verken var angitt i kunngjøringen eller konkurransegrunnlaget, og ut fra dokumentasjon som ikke var etterspurt under angivelsen av tildelingskriteriene.
- (39) Det fremkom dog av innstillingen at innklagende ikke fant grunn til å skille mellom tilbyderne med hensyn til prosjektgjennomføring, og alle tilbyderne ble gitt likt antall poeng for prosjektgjennomføringen. Klagenemnda legger derfor til grunn at bruddet ikke har hatt noen konsekvenser for valg av leverandør.

Krav til begrunnelse

- (40) Klager har anført at kravene til begrunnelse er brutt ved at det ikke ble gitt tilstrekkelig begrunnelse for valg av leverandør. Det er ikke mulig å vurdere om bedømmelsen var forsvarlig.
- (41) Det følger av kravene til gjennomsiktighet og etterprøvbarehet i loven § 5 at oppdragsgiver, også i konkurranser der forskriftens bestemmelser om begrunnelse ikke får anvendelse, må gi en begrunnelse for valg av leverandør som gjør det mulig å bedømme om tildelingen er foretatt i samsvar med reglene fastsatt for konkurransen, jf. blant annet klagenemndas saker 2009/189 og 2008/93. Begrunnelsen må inneholde tilstrekkelig informasjon til å vurdere hvorvidt klageretten skal benyttes, og hvordan en eventuell klage skal utformes.
- (42) I innstillingen var både priser og tildelte poeng angitt. Det fremgikk også hvilke poeng tilbyderne hadde blitt tildelt for kriteriet pris, og at det ikke var grunnlag for å skille mellom tilbyderne med hensyn til kvalitet og fremdrift. I tillegg var evalueringsskjemaene med nærmere beregninger og poengsetting vedlagt innstillingen.
- (43) Etter klagenemndas vurdering gir tildelingsbrevet med vedlagte evalueringsskjema tilstrekkelig informasjon til at kravene til begrunnelse er oppfylt.

Erstatning

(44) Klagenemnda finner ikke grunnlag for å uttale seg om vilkårene for å kreve erstatning er oppfylt, jf. klagenemndforskriften § 12.

Konklusjon:

Lier kommune har brutt forskriften § 11-8, jf. kravet til forutberegnelighet i lov om offentlige anskaffelser § 5 og forskriften § 3-1, ved å ha kunngjort en konkurranse med forhandling uten å gjennomføre reelle forhandlinger med tilbyderne.

Lier Kommune har brutt kravet til forutberegnelighet i loven § 5 og forskriften § 3-1 ved å ha innført et nytt tildelingskriterium etter at tilbudsfristen var løpt ut og vurdert dette ut fra dokumentasjon som ikke var etterspurt under angivelsen av tildelingskriteriene.

Klagers øvrige anførsler har ikke ført fram.

For klagenemnda for offentlige anskaffelser

21. mars 2011

Morten Goller