



Klagenemnda for offentlige anskaffelser

Myhre & Co Advokatfirma AS
Att: advokat Trine Friberg Skaug
Rådhusgt. 9a
0151 Oslo

Deres referanse

Vår referanse
2010/142

Dato
18. februar 2011

Avvisning av klage på offentlig anskaffelse

Det vises til Deres brev av 5. mai 2010 vedrørende klage på offentlig anskaffelse av naturtypekartlegging i henholdsvis Rana-, Leirfjord- og Alstahaug kommune. Klagenemndas sekretariat har besluttet å avvise klagen som uhensiktsmessig for behandling i klagenemnda, jf. forskrift 15. november 2002 nr. 1288 om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 9. Grunnen er at klagen klart ikke kan føre fram. Sekretariatets avvisningsbeslutning kan påklages til klagenemndas leder innen tre dager etter at den er gjort kjent for klager.

Nedenfor gis en oppsummering av klagen og sekretariatets vurdering.

Bakgrunn:

- (1) Fylkesmannen i Nordland (heretter kalt innklagede) inviterte, ved e-post av 1. februar 2010, fire leverandører til å delta i en anbudskonkurranse vedrørende gjennomføring av andregenerasjons naturtypekartlegging i kommunene Rana, Leirfjord og Alstahaug. Tilbudsfrist var oppgitt til 20. februar 2010, men ble senere utsatt til 1. mars 2010. Anskaffelsens omfang var oppgitt til kr 380 000,- inkl. mva.
- (2) Som kvalifikasjonskrav var det i invitasjonen oppstilt at *"kartlegger må ha inngående kunnskap om kartlegging etter DN handbok 13 (rev 2007). Det er ein føresetnad at kartleggar har erfaring frå liknande arbeid og kan vise til gode resultat"*.
- (3) Av invitasjonen fremgår følgende krav til tilbudet:

"Prosjektet har ei fast kostnadsramme på kr 380 000,- inkl. mva. Dette betyr at prosjektet ikkje er gjenstand for ei reell priskonkurranse mellom dei ulike tilboda. Vi ønskjer likevel at det skal opplysast om timepris i tilbodet, då det er ønskjeleg å få gjort mest mogleg for summen som er avsett. Skildringa av gjennomføringa av prosjektet skal derfor innehalde eit overslag over tidsbruk på forarbeid, litteratur, intervju, feltarbeid og rapportering. Tilbodet bør også innehalde ei kort utgreiing over kompetanse for dei

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

tilsette som skal delta i prosjektet, samt referansar til publiserte rapportar frå liknande oppdrag.

I utveljinga av konsulent vil Fylkesmannen legge vekt på erfaring frå liknande oppdrag, kompetanse hos de personane som er tenkt å delta i prosjektet og skildring av korleis prosjektet er tenkt utført.”

- (4) Etter anmodning fra klager, ble tildelingskriteriene presisert i innklagedes brev av 10. februar 2010 til de inviterte tilbyderne, hvorav følgende refereres:

”Kriterier for val av tilbud er:

1. Tilbyders kompetanse og erfaring med naturtypekartlegging etter DN-håndbok 13: - referanser fra 2 tidligere publiserte rapporter
2. Praktisk gjennomføring, under dette hvor mye tid som er tenkt avsatt til forarbeid, litteratur, intervju, feltarbeid og rapportering
3. Timepris

Vektinga på kriteria er som følger:

1. 60 %
2. 30 %
3. 10 % ”

- (5) Innenfor tilbudsfristens utløp mottok innklagede tre tilbud, herunder fra Bioforsk Nord Tjøtta avd. (heretter kalt klager) og Miljøfaglig utredning AS (heretter kalt valgte leverandør).
- (6) Av anskaffelsesprotokollen datert 11. mars 2010 fremgår det at Miljøfaglig Utredning AS er innstilt som leverandør, med følgende begrunnelse: ”*Lengst erfaring og svært god kompetanse på heilskapleg naturtypekartlegging etter DN-handbok 13, samt lav timepris*”. Fra anskaffelsesprotokollen refereres i tillegg følgende vedrørende evalueringen av tilbudenes relative fordeler:

”Bioforsk har etter referansane berre gjort kartlegging av enkelte naturtypar etter DN-handbok 13- myrkartlegging og kulturlandskapskartlegging. Etter referansane har dei ikkje gjort ei helskapeleg naturtypekartlegging med fokus på alle dei utvalde naturtypar. Bioforsk har mykje erfaring med vegetasjonskartlegging, men det er ikkje etter DN-handbok 13. Ecofact har ein del erfaring med heilskapleg naturtypekartlegging etter DN- handbok 13 frå sommaren 2009, men det er rapportar som endå ikkje er tilgjengelege, og dermed ikkje kan vurderast på noverande tidspunkt. Dei andre publikasjonane til Ecofact er ikkje heilskapleg naturtypekartlegging”.

- (7) Innklagede meddelte i brev av 11. mars 2010 at Miljøfaglig Utredning AS var valgt som leverandør. Fra begrunnelsen refereres følgende:

”Erfaring og kompetanse med naturtypekartlegging etter DN-handbok 13 vart sett som det viktigste tildelingskriteriet, og vektast 60 %. Miljøfaglig Utredning AS har meir erfaring enn både Bioforsk og Ecofact med heilskapleg naturtypekartlegging etter referansane å dømme. Når det gjeld tildelingskriterie 2 og 3, praktisk gjennomføring og timepris, var det ingen store skilnader mellom tilboda. Miljøfaglig Utredning AS får derfor oppdraget på grunn av lengst erfaring og brei kompetanse med heilskapleg naturtypekartlegging etter DN- handbok 13”.

- (8) Klager påklaget tildelingsbeslutningen i brev av 24. mars 2010.
- (9) Innklagede meddelte i brev av 9. april 2010 at klagen ikke ble tatt til følge. Fra brevet refereres følgende:

”Kvalifikasjonskrav og tildelingskriterier

[...]

Sett ut fra dette oppdragets type, som består av forarbeid og kartlegging, som igjen skal ende opp i et ferdig produkt i form av en rapport med et best mulig kvalitetsperspektiv i framtiden, kan vi ikke se at det er feil å kreve at tilbyderne har kunnskap og erfaring med liknende oppdrag.

Men ser samtidig at siste del av setningen; ”og kan vise til gode resultat.” skulle vært utelatt. Dette var ment å skulle komme inn under kriteriene for valg av tilbyder.

[...]

Det var ingen av tilbudene som ble forkastet på bakgrunn av at de ikke oppfylte kvalifikasjonskravet, alle tilbudene ble vurdert i konkurransen etter de kriterier som ble oppgitt. Men vi beklager hvis dette punktet kan misforstås, men det som er vurdert under dette punktet er kvaliteten på de to tidligere publiserte rapporter og likhet mellom tidligere utførte kartlegginger og den aktuelle naturtypekartleggingen som skal gjøres i sommer.

Mangel på priskonkurranse

[...]

Her må vi bare beklage ordlyden som er brukt, om at prosjektet har en fast kostnadsramme, og at dette ikke er en reell priskonkurranse.

Dette vil ikke bli gjentatt ved senere konkurranser.

Men samtidig har saksbehandler bedt om å få oppgitt et estimert timeforbruk med timepris på oppdragets forskjellige faser. Dette for å kunne skille mellom tilbydernes ressursprioriteringer under oppdragets forskjellige faser, og som igjen er med på å gi en oversikt over fordelingen innenfor den totale kostnadsrammen som var oppgitt i invitasjonen.

Basert på denne metoden har saksbehandler prøvd å forsikre seg om at man fikk gjort mest mulig arbeid innenfor den oppgitte rammen.

Dette kriteriet kan ha blitt for lavt vektet i den konkurransen.

Selv om loven om offentlige anskaffelser skal bidra til økt verdiskapning i samfunnet ved å sikre mest mulig effektiv ressursbruk, kan man i enkelte tilfeller vektlegge priskriteriet med mindre viktighet.

[...]

På bakgrunn av deres fremsatte klagepunkter og behandlingen av disse, kan vi ikke se at denne konkurransen går i mot lovens formål om likebehandling og god forretningsskikk. Men vi beklager enkelte formuleringer i invitasjonen til konkurransen, og at disse kunne tolkes forskjellig.

Vi anser nå klagebehandlingen som avsluttet, og kan ikke ut fra de overnevnte svar se noen grunn til å endre vårt vedtak om tildelingen.

Fylkesmannen i Nordland opprettholder sin tildeling av oppdraget”.

(10) Saken ble brakt inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser i brev av 5. mai 2010.

(11) Kontrakt ble signert av innklagede 18. mai 2010 og valgte leverandør 25. mai 2010.

Anførsler:

Klagers anførsler:

- (12) Klager anfører at tildelingskriteriet ”*Tilbyders kompetanse og erfaring ...*” er ulovlig, da vurderingen under dette kriteriet er sammenfallende, eller en gjentakelse av, vurderingen under kvalifikasjonskravet vedrørende kartlegger. Det vises til at ulovlighet er lagt til grunn av klagenemnda vedrørende anskaffelser etter forskriftens del II og del III, og at klagenemndas avgjørelse i sak 2009/214 viser at tilsvarende er lagt til grunn for anskaffelser etter del I. I følge klager er det naturlig å forstå kvalifikasjonskravet til kartlegger dit hen at det siktes til den/de som skal stå for utførelse av oppdraget, og ikke selskapets kompetanse som sådan. Det siktes således til oppdragsspesifikk kompetanse både i kvalifikasjons- og tildelingsfasen. Under enhver omstendighet er det erkjent av innklagede at formuleringen ”*og kan vise til gode resultat*” i kvalifikasjonskravet overlapper med tildelingskriteriet og skulle vært utelatt. Bruken av det ulovlige tildelingskriteriet innebærer en plikt til å avlyse konkurransen.
- (13) Videre anføres det at utformingen av tildelingskriteriet ”*Praktisk gjennomføring ...*” ikke fremstår tilstrekkelig klart, når kriteriet sammenholdes med hvordan det ble kommentert i innklagedes tilsvarende til den administrative klagen. Videre presiserte innklagede at ”*Timepris*” var et selvstendig tildelingskriterium etter at invitasjonen til konkurransen var sendt ut. Estimert timeforbruk med timepris på oppdragets forskjellige faser var i tillegg et tema under tildelingskriteriet vedrørende praktisk gjennomføring.
- (14) Klager anfører i tillegg at innklagede har brutt kravene til forutberegnelighet og likebehandling i loven § 5, jf. anskaffelsesforskriften § 3-1, ved ikke å ha begrunnet i tildelingsbrevet at samtlige tilbud er vurdert og rangert opp mot samtlige tildelingskriterier. Begrunnelsen som knytter seg til tildelingskriteriet vedrørende praktisk gjennomføring synes heller ikke å harmonere med ordlyden i kriteriet.

Innklagedes anførsler:

- (15) Klager anførsel bestrides. For øvrig har innklagedes vist til Fylkesmannens tilsvarende til den administrative klagen, som er gjengitt ovenfor.

Sekretariatets vurdering:

- (16) Klager har deltatt i konkurransen og har saklig klageinteresse, jf. forskrift 15. november 2002 nr. 1288 om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Anskaffelsen gjelder en tjenesteanskaffelse, som etter sin oppgitte verdi følger lov 16.

juli 1999 nr. 69 om offentlige anskaffelser og forskrift 7. april 2006 nr 402 om offentlige anskaffelser del I, jf. forskriftens § 2-1.

Hvorvidt tildelingskriteriet ”kompetanse og erfaring” er ulovlig

- (17) Klager har anført at konkurransen må avlyses, ettersom tildelingskriteriet som omhandler tilbydernes kompetanse og erfaring er ulovlig på grunn av sammenfallende vurderingstema i kvalifikasjons- og tildelingsfasen.
- (18) Sekretariatet bemerker innledningsvis at klagenemndas i sak 2009/214, som omhandlet anskaffelse etter forskriften del I, fant at innklagedes vurdering av at det var benyttet ulovlige tildelingskriterier i anskaffelsen, var forsvarlig. På den bakgrunn ble det konkludert med at innklagede ikke hadde brutt kravet til forutberegnelighet i loven § 5 ved å avlyse konkurransen. Nemnda uttalte seg imidlertid ikke om hvorvidt innklagede også ved anskaffelser etter forskriften del I må angi et klart skille mellom de forhold som skal vurderes i kvalifikasjons- og i tildelingsomgangen.
- (19) Ettersom angjeldende anskaffelse følger forskriften del I, er det ikke oppstilt detaljerte krav til gjennomføring av en konkurranse ut over at de generelle kravene i loven § 5 og i forskriften § 3-1 kommer til anvendelse. Oppdragsgiver står dermed friere enn ved anskaffelser etter forskriften del II og III ved utforming av kriterier for kvalifikasjoner og tildeling, jf. klagenemndas sak 2009/223 (premiss 48), og samme sak (premiss 50) hvor klagenemnda la til grunn at det avgjørende måtte være at de kvalifikasjonskrav og tildelingskriterier som skulle gjelde måtte gjøres kjent for tilbyderne på forhånd. Det nevnes videre at anskaffelser etter del I i henhold til forskriften § 3-1 (4) skal *”gjennomføres på en måte som innebærer lik behandling av leverandører og med lik mulighet for leverandører til å bli kjent med de forhold som skal vektlegges ved deltagelse og tildeling av kontrakt”*, jf sak 2009/223 premiss (52).
- (20) I foreliggende sak opplyste innklagede om hvilke kvalifikasjonskrav med tilhørende dokumentasjonskrav som skulle gjelde i kunngjøringen punkt III.2.3 og om hvilke tildelingskriterier som skulle gjelde i konkurransegrunnlaget punkt 4. Dette må således anses tilfredsstillende i forhold til de krav klagenemnda har oppstilt til kvalifikasjonskrav og tildelingskriterier i anskaffelser som gjennomføres etter forskriften del I. Basert på dette, kan klagers anførsel ikke føre frem.

Hvorvidt tildelingskriteriet ”praktisk gjennomføring” er uklart

- (21) Klager har anført at utformingen av tildelingskriteriet *”praktisk gjennomføring”* ikke fremstår tilstrekkelig klart, når det sammenholdes med innklagedes tilsvarende på administrativ klage og tildelingskriteriet *”pris”*. Det vises til at estimert timeforbruk med timepris på oppdragets forskjellige faser også var et tema under tildelingskriteriet *”praktisk gjennomføring”*.
- (22) EU-domstolen har uttalt seg om klarhetskravet som stilles til utforming av tildelingskriterier i konkurransegrunnlaget i sak C-19/00 (SIAC), hvorav følgende refereres fra premiss (42):

”...kriterierne for tildeling skal angives i udbudsbetingelserne eller i udbudsbekendtgørelsen således, at det gøres muligt for alle rimeligt oplyste og normalt påpasselige bydende, at fortolke dem på samme måde.”

- (23) Om klarhetskravet i konkurransegrunnlaget har klagenemnda i sak 2009/130 premiss (88) uttalt følgende:

”... konkurransegrunnlaget må være klart og utvetydig for å oppfylle de grunnleggende kravene til forutberegnelighet, likebehandling og gjennomsiktighet i lovens § 5. Ut fra konkurransegrunnlaget skal leverandørene kunne se hva oppdragsgiver ønsker anskaffet, jf. blant annet klagenemndas saker 2008/206 premiss (32), 2005/290 premiss (36) og 2005/245 premiss (24).”

- (24) Ettersom de generelle kravene i loven § 5 og i forskriften § 3-1 gjelder for angjeldende konkurranse, jf. premiss (19), blir spørsmålet også her hvorvidt innklagede har gitt en tilstrekkelig klar angivelse av angjeldende tildelingskriterium.
- (25) Av invitasjonen fremgikk det at prosjektet har ei fast kostnadsramme, men at det likevel var ønskelig at *”skal opplyst om timepris i tilbudet, då det er ønskeleg å få gjort mest mogleg for summen som er avsett. Skildringa av gjennomføringa av prosjektet skal derfor innehalde eit overslag over tidsbruk på forarbeid, litteratur, intervju, feltarbeid og rapportering”*. I innklagedes brev av 10. februar 2010 til de inviterte tilbyderne ble det foretatt følgende presisering av angjeldende tildelingskriterium: *”2. Praktisk gjennomføring, under dette hvor mye tid som er tenkt avsatt til forarbeid, litteratur, intervju, feltarbeid og rapportering”*. Timepris ble da oppgitt som et eget tildelingskriterium.
- (26) Etter sekretariatets syn, fremstår det som tilstrekkelig klart at tilbyderne skal gi en beskrivelse av hvordan prosjektet er tenkt gjennomført i de ulike fasene som er listet opp i forbindelse med tildelingskriteriet *”praktisk gjennomføringsevne”* og at det skulle gis et overslag over tidsbruken på de ulike fasene. Det forhold at timepris ble presisert til å være et eget tildelingskriterium, forstås dit hen at tilbyderne også skulle estimere timeprisen for de ulike fasene, herunder at det kunne oppgis differensierte timepriser dersom dette ble tilbudt, noe som ikke medfører at det blir uklart hvordan tildelingskriteriet *”praktisk gjennomføring”* skulle fortolkes. I sitt tilsvarende på den administrative klagen, opplyste innklagede at det er bedt om å få *”oppgitt et estimert timeforbruk med timepris på oppdragets forskjellige faser”* for å *”skille mellom tilbyderens ressursprioriteringer under oppdragets forskjellige faser”*. Videre er det opplyst at *”basert på denne metoden har saksbehandler prøvd å forsikre seg om at man fikk gjort mest mulig arbeid innenfor den oppgitte rammen”*. På den bakgrunn finner sekretariatet at tildelingskriteriet *”praktisk gjennomføringsevne”* er tilstrekkelig klart utformet, og at klagers anførsel ikke fører frem.

Brudd på kravet til forutberegnelighet og likebehandling

- (27) Klager har anført at innklagede har brutt kravene til forutberegnelighet og likebehandling i loven § 5, jf. anskaffelsesforskriften § 3-1, ved ikke å ha begrunnet i tildelingsbrevet at samtlige tilbud er vurdert og rangert opp mot samtlige tildelingskriterier. Begrunnelsen som knytter seg til tildelingskriteriet vedrørende praktisk gjennomføring synes heller ikke å harmonere med ordlyden i kriteriet.
- (28) Slik sekretariatet ser det, har innklagede evaluert tilbudene basert på de kriterier som er opplyst i invitasjonen og i brev av 10. februar 2010. Ettersom anskaffelsen følger forskriften del I, foreligger det ingen direkte forskriftsfestet plikt for innklagede til å gi en skriftlig begrunnelse til klager knyttet til evalueringen av de ulike tilbudene sett opp

mot tildelingskriterier eller tilbudenes relative egenskaper. Sekretariatet finner imidlertid at innklagede gjennom nedtegnelsen i anskaffelsesprotokollen og begrunnelsen som fremgår av tildelingsbrevet av 11. mars, har gitt en tilfredsstillende begrunnelse vedrørende valg av leverandør. Det foreligger dermed ikke brudd på kravet til forutberegnelighet og likebehandling. Klagers anførsel fører ikke frem.

- (29) Ettersom sekretariatet har funnet at klagen klart ikke kan føre fram, avvises den som uhensiktsmessig for behandling i klagenemnda, jf. klagenemndsforordningen § 9.

Med vennlig hilsen

Bente Therese Brekken
Seniorrådgiver

Mottakere:
Fylkesmannen i Nordland