



**Klagenemnda
for offentlige anskaffelser**

Klager har deltatt i en konkurranse med forhandling for inngåelse av en tjenestekontrakt angående eiendomsforvaltning. Klagenemnda fant at innklagede hadde brutt kravet til forutberegnelighet i loven § 5 ved å endre tildelingskriteriene under forhandlingene med leverandørene og ved at klagers prisforbehold ble vektlagt i evalueringen av tildelingskriteriet "Tilbyders forståelse av oppdragsgivers ønsker og behov".

Klagenemndas avgjørelse 4. april 2011 i sak 2010/159

Klager: Statskog SF

Innklaget: Opplysningsvesenets fond

Klagenemndas medlemmer: Kai Krüger, Siri Teigum og Jakob Wahl

Saken gjelder: Saklig klageinteresse, endring av konkurransegrunnlaget, evaluering av tildelingskriterier, reelle forhandlinger, avvisning av leverandør

Bakgrunn:

- (1) Opplysningsvesenets fond (heretter kalt innklagede) kunngjorde 21. august 2009 en konkurranse med forhandling for inngåelse av kontrakt om eiendoms- og kontraktsforvaltning. I "Grunnlag for anmodning om deltakelse og Konkurransgrunnlag for avtale om leveranse av eiendomstjenester" var det blant annet gitt følgende informasjon om kvalifikasjonskravene i konkurransen:

"7.3 Kriterier for deltakelse i konkurransen

7.3.1 Krav til tilbyders kvalifikasjoner

[...]

Miljø

Som tjenestekjøper ønsker vi at tjenesteoppdraget påfører miljøet den minste nødvendige belastning.

Dersom tilbyder gjennomfører tiltak for systematisk, eller i spesielle situasjoner å redusere virksomhetens negative påvirkning på det ytre miljø ber vi om at det redegjøres for dette i anmodning om å delta i prekvalifiseringen."

- (2) Innklagede hadde utarbeidet et eget vedlegg der det var gitt en oversikt over hvilke tjenester som var omfattet av konkurransen. Her var tjenestene delt inn i tolv produkter:

Produkt 1: Ivaretagelse av grunneierinteresser

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

Produkt 2: Regulering av festeavgifter
Produkt 3: Overføring av festerett
Produkt 4: Innløsning av festetomter
Produkt 5: Tomtefeste for øvrig
Produkt 6: Andre kontrakter
Produkt 7: Arealavståelser
Produkt 8: Uttalelse til kommune- og reguleringsplaner
Produkt 9: Rettighetssikring
Produkt 10: Avtalte enkeltoppdrag
Produkt 11: Forretningsførsel
Produkt 12: Arkivering og bruk av Opplysningsvesenets fonds IT-systemer

- (3) Vedlagt konkurransegrunnlaget var ”Retningslinjer for produkter utlyst 20. august 2009”. Her var det i punkt 5.3 gitt retningslinjer for regulering av festeavgift. Fra dokumentets punkt 5.3.3.7 hitsettes:

”5.3.3.7 Protester/skjønn

*Eventuelle protester på reguleringer og forhandlinger med festerne om avgiftsnivå skal behandles av tjenesteleverandør. Det er viktig å ha en ryddig og grundig argumentasjon i disse sakene, og en bør forsøke i størst mulig grad å komme til enighet med fester for å unngå skjønn. Dersom protesten gjelder forhold ved tomta som gir grunnlag for prisreduksjon, bør kopier av korrespondansen sendes OVF til orientering. Det er bare forhold **ved tomta** som kan føre til prisreduksjon, ikke festerens personlige forhold.*

[...]

Dersom fester og tjenesteleverandør ikke blir enige om avgiftsreguleringen, og det er nødvendig å avholde skjønn, må fondet underrettes snarest ved oversendelse av saken og dens dokumenter, senest innen tre måneder før fristens utløp (jfr. pkt. 5.3.3.1). Om dette skal gjennomføres som voldgiftsskjønn, lensmannsskjønn eller rettslig skjønn vil som regel gå fram av kontraktsbestemmelsene. Alle typer skjønn skal behandles av fondet, og det avgjøres fra sak til sak hvilken medvirkning som skal til fra tjenesteleverandørens side. Noen ganger vil en representant fra tjenesteleverandør bli bedt om å være til stede under skjønnet, andre ganger kan tjenesteleverandørens jurister få fullmakt til å representere fondet. Slik representasjon avtales som enkeltoppdrag.”

- (4) Frist for å levere søknad om prekvalifisering i konkurransen var 1. oktober 2009 klokken 13.00. Blant leverandørene som ble invitert til å levere tilbud i konkurransen var Statskog SF (heretter kalt klager), Advokatfirmaet Harris DA (heretter kalt valgte leverandør) og Forsvarsbygg. Vedlagt invitasjonen til å levere tilbud i konkurransen, datert 27. oktober 2009, var et oppdatert konkurransegrunnlag. Her fremgikk følgende om tildelingskriteriene i punkt 7.4:

”7.4 Kriterier for kontraktstildeling

Opplysningsvesenets fond har satt opp følgende endelige tildelingskriterier:

- 1. Gjennomføringsforslaget*
- 2. Tilbyders forståelse av oppdragsgivers ønsker og behov*
- 3. Lokalkunnskap og kjennskap til Ovfs eiendommer. (Enten tjenesteleverandør har denne fra før eller har konkrete planer for å skaffe seg denne)*

4. *Pris*
5. *Utredning av miljømessige konsekvenser og tiltak for å unngå eller redusere disse*

Vekting:

De tre første kriteriene vektet samlet, og vil utgjøre til sammen 65 % av vurderingen.

Pris vil utgjøre 30 %

Miljømessige konsekvenser vil utgjøre 5 %.

Det vil bli foretatt en helhetsvurdering av tilbudene.

Fondets administrasjon vurderes flyttet ut av Oslo. Dersom det besluttes kan det ha betydning for sentrale elementer i konkurransen. Det kan også føre til at konkurransen blir avlyst.”

- (5) Både klager, valgte leverandør og Forsvarsbygg leverte tilbud innen fristen 4. desember 2009 kl. 13.00.
- (6) Klagers tilbud var datert 30. november 2009. Fra tilbudet hitsettes følgende om prisingen av tjenestene:

”5 Priser

5.1 Innledning

Statskog har merket seg at oppdragsgiver i grunnlaget for prisingen signaliserer ønske om større forutberegnelighet av honorarets størrelse ved å flytte oppgaver fra timebetalte til fast- eller stykkprisede tjenester. Samtidig er det i de presenterte kontraktene gjort en rekke endringer i forhold til nåværende oppdragsavtale. Endringene innebærer mer sammensatte oppgaver og større ansvar og risiko for tjenesteleverandør.

Statskog har gitt sitt pristilbud i henhold til konkurransegrunnlaget og det er ikke tatt forbehold ut over det forbeholdet som er nevnt i tilbuds brevet punkt 2. Statskog finner imidlertid grunn til å peke på noen alternative prisingsmekanismer som etter vår oppfatning kan bidra til bedre å balansere enkelte risikoelementer, og derigjennom redusere kostnadene for Ovf. Nedenfor er en oppstilling av våre tilbudspriser med forklaring som korresponderer med oppsummeringsskjemaet som er vedlagt tilbuds brevet. Statskog har under hvert punkt hvor det er aktuelt foreslått alternative prisingsmekanismer som kan redusere kostnadene for Ovf. Statskog presiserer at de alternative prisingsmekanismene kun er å anse som innspill til vurdering i forhandlingene.”

- (7) Fra referat fra innklagedes forhandlingsmøte med klager, datert 27. januar 2010, hitsettes følgende:

”Tim informerte om klageprosenten på reguleringssaker (17), om at vi har bestemt oss for å tillate differensierte timepriser, men at vi uansett måtte ha en gjennomsnittspris, at det blir gitt adgang til å prise ikke gjennomførte innløsnings saker, at vi ved overføringssaker skiller KPI og markedsregulering, og at tildelingskriteriet miljø går ut til fordel for pris.

[...]

S: Er det noe med gjennomføringsforslaget fondet misliker.

T: Bortsett fra de punkta vi har nevnt, har vi, tror vi, forstått det. Ikke behov for presiseringer. De "presiseringer til kontrakten" dere har tatt inn i punkt 3 er ikke tatt som forbehold.

[...]

Tim: Honorar – dere gir uttrykk for en forventning om fortsatt bruk av særbehandlingssaker?

S: Står om dette i beskrivelsen av oppdraget,

Tim: Ok så langt, men husk at for eksempel bistand til skjønnssaker ikke nødvendigvis er bare enkeltoppdrag, noe av det vil også kunne inngå i produkt 1.

Alle: Fremfeste prises ikke særskilt. Diskusjon, men sånn er det.

Tim: Særskilt timepris på enkelte enkeltoppdrag må antydes i tilbudet, og vi må få en gjennomsnittspris.

Bitte: Her er budsjett i henhold til prisene dere har gitt oss delt ut.

Tim: Ikke så mye indre uoverensstemmelse. Vi ser at prisene har økt. Prisforskjell 4c kontra 4 a og b?

S: Dette er tall basert på erfaring. Behandling av krav og kontrollelement. Og saksbehandlingkostnader. Pluss usikkerhet for instruksframtida.

T: OK

Plenumsdebatt om instruksens eventuelle opphør eller endring.

S: Timebetaling for initialavtaler om framfestefelt.

Tim: Ja, men disse bør ikke ha samme omfang som før.

S: Timebetaling for innløsning ved uklare grenser.

Tim: Nei, må kalkuleres inn i stykkprisene.

S: Ny matrikkellov kan gi behov for å reise på mange flere kartforretninger.

Tim: Vi får håpe det ikke skjer.

S: Hvordan er prisene deres?

Tim: Innafor spennet. Flere tilbud kan være kvalitativt så like at pris blir avgjørende. Samtidig viktig at de ligger så høyt at det er interessant å utføre oppdraget."

- (8) 4. februar 2010 sendte innklagede et brev inneholdende enkelte endringer og suppleringer til konkurransegrunnlaget til tilbyderne. I brevet fremgikk blant annet følgende:

"Endringer og presiseringer til konkurransegrunnlaget

1. Det er ikke gitt tilbakemeldinger på tildelingskriteriet miljø i første tilbudsrunde, som er egnet til å gi poeng til tilbyderne. Innholdet er så likt det som ble vurdert i prekvalifiseringen at tildelingskriteriet har mistet sin verdi som sådan. Vi har derfor besluttet å ta det ut av vurderingen, og i stedet øke vekten for pris med 5 %, til 35 %.

[...]

Oppfølging

Veien videre er at vi senest 11. februar kl 1200 ønsker følgende tilsendt i lukket konvolutt, merket 08/2805 Tjenestekjøpsavtale.

- 1. Signert versjon av prisskjema og simulert budsjett*
- 2. Eventuelle endringer i tidligere tilbud spesifisert i følgebrev, utenom pris.*
- 3. Eventuelle nye forbehold i et eget dokument*
- 4. Eventuelle forbehold som trekkes i forhold til tidligere forbeholdsskriv*
- 5. Eventuelle elementer i tilbudet som tilbyder ønsker å presisere i forhold til tidligere inngitt tilbud, inntatt i følgebrev.”*

- (9) I klagers reviderte tilbud datert 10. februar 2010 fremgikk følgende om nye forbehold:

”1.2 Nye forbehold

I møte 2. februar ble tilleggskontraktene gjennomgått. Det ble da muntlig gitt tilbakemelding på en del forhold som har betydning for grensdragningen mellom ulike produkter.

Disse avklaringene gjengis i forbeholdsskjema inntatt i vedlegg 2.”

- (10) I klagers forbeholdsskjema ble det gitt følgende informasjon:

”FORBEHOLDSDOKUMENT

For å sikre et entydig og omforent avtalegrunnlag ønsker Statskog SF å redegjøre for sin oppfatning av avtalen. Prisene som er oppgitt i vedlegg 1 bygger på nedenforstående forutsetninger. Endringer i forutsetningene får betydning for prisene.

Timebetalte oppgaver som videreføres i ny oppdragsperiode:

- særskilt godkjente reguleringssaker*
- bistand i skjønnsaker*
- arbeid med å etablere initialavtale med frembortfestere for å ordne forholdet til hovedkontrakten*
- kompliserte grensespørsmål og lignende, som går ut over ordinært oppmøte på kartforretning”*

- (11) Fra valgte leverandørs opprinnelige tilbud hitsettes:

”4 Honorar/Kostnader

[...]

Mht. produkt 2-7 er det laget eget vedlegg der prisene redegjøres for, og det presiseres hva som ligger inne i prisene. I de oppgitte stykkpriser ligger inne klagebehandling i forhold til innløsning og oppregulering av festeavgift (produkt 2, 3 og 4).

[...]

Produkt 2-4 avgrenses mot der det foreligger tvist, dvs. konstaterbar uenighet mellom partene. Dersom tvist kan konstateres etter klagebehandling, går vi over på å arbeide på timer, enten i forhold til å gjennomføre forhandlinger eller å prosedere saken for

domstolene. Dette er i så fall etter særskilt avtale med OVF. Alternativt må OVF fortsette behandlingen av saken selv.

Når det gjelder timearbeid vil vi ha som mål å gjøre en faglig meget god jobb, og strebe etter å utnytte kompetansen på en så kostnadseffektiv måte som mulig i så henseende.

Både i forhold til innløsning og oppregulering av festeavgift vil vi avgrense mot de saker der det foreligger fremfesteforhold. Fremfeste reiser særlige problemstillinger det er vanskelig å prise i forhold til stk pris. Advokatfirmaet Harris/Advocatia har betydelig kompetanse og erfaring fra slike saker og kan bistå. Skal vi bistå må dette skje på timer, eller iht annen særskilt avtale med OVF.”

- (12) Valgte leverandør innga endelig tilbud datert 11. februar 2010. Fra tilbudet hitsettes følgende om forbehold:

”3 Forbehold

Det tas ingen nye forbehold. Vi frafaller forbehold som er oppgitt i vårt forrige tilbud. Det vises til nærmere redegjørelse i vedlegg 4.”

- (13) Fra tilbudets vedlegg 4 hitsettes:

”2 Eventuelle forbehold som trekkes i forhold til tidligere forbeholdsskriv

Følgende forbehold var forutsatt i tilbud dat. 3. desember 2009:

”Tilbudet er gitt i samsvar med forslag til kontrakt og uten vesentlige forbehold og avvik fra konkurransegrunnlaget. For tilbudt honorar for Produkt 1 er det lagt inn en forutsetning om at stipulert timeomfang i vedlegg til konkurransegrunnlag på 2400 timer legges til grunn for pris. Dersom OVF ønsker å legge mer vekt på kvalitet og vurderinger i tilsynet med eiendommene/forvaltningsenhetene må det være rom for en prisregulering for denne tjenesten. Dersom en i løpet av året ser at timeomfang ikke er tilstrekkelig for gjennomføring av tilsyn ved alle eiendommer/forvaltningsenheter må det også være rom for en prisregulering for å få gjennomført dette.”

Dette forbeholdet trekkes og Produkt 1 er dermed gitt som årlig fast pris uten forbehold.”

- (14) I brev 2. mars 2010 informerte innklagede klager om valg av leverandør. I brevet fremgår følgende om tildelingsevalueringen:

”Vekting og poenggivning

Pris er vektet til 35 %, og de andre mer skjønnsmessige kriteriene til 65 %.

For hver av de tre kvalitative vurderingene er det mulig å score 100 poeng før vekting. Alle de tre tildelingskriteriene har samme vekt, og vurderes uavhengig av hverandre.

Poenggivning for pris beregnes ut fra en matematisk modell. Den beste prisen får 100 poeng før vekting. De andre prisene reduseres med to poeng for hver prosent tilbudet overstiger den beste prisen.

Grunnlaget for poenggivningen er samlet pris over fire år inkludert oppstartskostnader.

Begrunnelse for valget

Etter gjennomgang av samtlige tilbud har vi kommet fram til at tilbudet fra Harris DA med underleverandører kvalitetsmessig er det beste tilbudet. De har erfaring med å ta oppdrag med tilsvarende innhold, og har mye erfaring med festekontraktsforvaltning. De tilbyr en organisering som passer godt til oppdraget med distrikts- og lokalkontorer. Harris DA, Asplan Viak og ABO Plan & Arkitektur er opptatt av å skape merverdi på eiendommene, og er meget sterke på planbehandling og verdsetting. Tilbyderen har en god plan for hvordan de skal bli kjent med eiendommene.

De hadde også den laveste tilbudsprisen.

Vi har rangert tilbyderne i følgende rekkefølge:

[...]

Vi legger ved matrise over poenggivningen.”

- (15) Av den vedlagte matrisen over poenggivningen, fremgikk at klager hadde fått følgende score på de forskjellige tildelingskriteriene:

<i>Tildelingskriterium</i>	<i>Poeng</i>	<i>Sum</i>	<i>Vekt</i>	<i>Totalscore</i>
<i>Gjennomføringsforslaget</i>	75			
<i>Forståelse av tilbyder ønsker og behov</i>	45			
<i>Lokalkunnskap</i>	90	210	0,65	136,5
<i>Pris</i>		90	0,35	31,5
				168”

- (16) Etter forespørsel fra klager, sendte innklagede grunnlaget for tildelingsbeslutningen til klager. Rapporten var datert 15. mars 2010. På bakgrunn av denne rapporten, påklaget klager tildelingsbeslutningen ved brev 25. mars 2010. I klagen ble det anført at det var begått en rekke saksbehandlingsfeil ved gjennomføringen av konkurransen, og at disse medførte at konkurransen skulle vært avlyst. Subsidiært ble det anført at klagers tilbud var det økonomisk mest fordelaktige, og at klager derfor skulle ha vunnet konkurransen.
- (17) Innklagede besvarte henvendelsen ved brev 9. april 2010. I brevet fremgikk blant annet følgende:

”2.2 Forhandlingsmøte – avklaring av avtalens innhold.

Statskogs forbehold må oppfattes som forbehold, ikke avklaringer fra forhandlingene. De må derfor behandles som forbehold. De fire aktuelle forbeholdene står i et eget forbeholdsdokument, som var nytt ved det bindende tilbudet. Etter innlevering av bindende tilbud kan oppdragsgiver ikke lenger forhandle med tilbyderne. Ovf kunne derfor ikke ta spørsmålet om hva Statskog mente lå i forbeholdene opp med Statskog uten å bryte forhandlingsforbudet. Ovf syntes for øvrig forbeholdene var klare.

[...]

Det dokument det i klagen refereres fra som Tildelingsvurdering av 15. februar 2010 er et utkast til saksfremlegg for fondets styre. Utkastet inneholder ikke de endelige vurderinger. Dette dokumentet var verken ment oversendt eller forespurt om fra Statskogs side, men ble oversendt elektronisk sammen med andre dokumenter ved en inkurie. Denne tilfældige meroffentlighet må anses som unnskyldelig. Ovf vedlegger nå det endelige dokumentet, der sitatet i klagens pkt 2.2 ikke finnes. Ovf beklager at galt dokument er oversendt Statskog.

Den oppfatning det gis uttrykk for i utkastet er siden forlatt, og er derfor ikke med i den endelige utgaven. Det kan derfor ikke konkluderes slik det er gjort i klagen. Det bestrides for øvrig at konklusjonen i klagen ville vært riktig om man hadde beholdt formuleringen.

[...]

3.2.2 Saksbehandlingsfeil 1: endring av tildelingskriteriene.

Ovf viser innledningsvis til våre kommentarer til klagens pkt 2.3 ovenfor. Når det gjelder kravene til gjennomsiktighet og forutberegnelighet, påvirkes disse ikke av at det gjøres en mindre endring i tildelingskriteriene i god tid før tilbudet skal leveres inn. Det var tydelig for tilbyderne hvordan tildeling skulle vurderes, og alle tilbyderne hadde god tid til å tilpasse seg endringen før det bindende tilbudet skulle leveres 11. februar. Tildelingsvurderingen var dermed både gjennomsiktig og forutberegnelig for alle tilbyderne.

[...]

3.2.4 Saksbehandlingsfeil 3: Feil ved vurdering av forbehold.

[...]

Det er Ovfs oppfatning at det var relevant også å bedømme forbehold på den måten som er gjort. Grunnen er at forbeholdene tolkes som et tegn på motvilje til fleksibilitet og utvikling av tjenesteoppdraget i Statskogs tilbudte leveranse. For Ovf som tjenestekjøper er fleksibilitet og evne og vilje til å utvikle oppdraget et element Ovf både har ønsker om og behov for. Dette har medført et velbegrunnet trekk på 15 poeng.

Forbeholdene viser videre at Statskog legger meget stor vekt på å unngå risiko for egen del og sikre forutsigbarhet for egen økonomi. Slik vektlegging kan komme i veien for en best mulig tjeneste for oppdragsgiver. At Statskog kan ha en slik uheldig vektlegging, er også kjent fra tidligere. Det forbeholdene viser for Ovf er altså at Statskog som tjenesteleverandør ikke i tilstrekkelig grad ønsker å prioritere oppfyllelsen av Ovfs behov i tjenestekjøpet.”

- (18) I innklagedes endelige tildelingsevaluering, som var datert 15. februar 2010, fremgikk følgende om evalueringen av klagers tilbud på tildelingskriteriet ”Tilbyders forståelse av oppdragsgivers ønsker og behov”:

”Tilbyders forståelse av oppdragsgivers ønsker og behov.

Statskog har hatt dette oppdraget i mange år, og har således hatt god tid til å bli kjent med oppdragsgivers behov.

Under samtalene hadde Statskog mye fokus på egen risiko, særlig risiko knyttet til volumendringer, og ønsket å få inn at de skal være berettiget til et rimelig varsel før det gjøres endringer i oppdraget. De viser i denne forbindelse til alminnelige kontraktsrettslige regler.

Det kom ikke fram noe nytt i samtalene med Statskog. De fremhevet at oppdraget for Ovf var viktig for dem, og nevnte avslutningen at våre behov også hadde betydning, men ga ikke noe sterkt inntrykk av å ha våre ønsker og behov som en prioritert oppgave. Det gis ikke ekstrapoeng for Statskog på dette kriteriet, da det ikke er gitt signaler om forbedring i forhold til dagens leveranse. Det gir før vurdering av forbehold 60 poeng på denne delen. Det er vurdert om Statskogs fokus på andre forhold enn oppdragsgivers ønsker og behov burde gitt et ennå lavere utgangspunkt her.

Statskog har i et forbeholdsdokument vedlagt endelig tilbud ført opp fire forbehold. I følgebrevet er det dessuten tatt inn en passus som fremstår som et ytterligere forbehold: "Når det gjelder stykkprisproduktene legger Statskog SF til grunn at de kriteriene som utløser rett til vederlag videreføres."

Dette må vi kommentere. Det siste først: Det ble diskutert når delvis fullført sak kan faktureres. Vi gjorde det klart at det var ved utsendelse av kontrakt disse produktene kunne faktureres. Statskog på sin side mente det var andre kriterier som lå til grunn i dag. Dagens kriterium er annerledes beskrevet. I dag sier vi at det kan faktureres når det har gått ut et brev av materiell betydning. Det vil normalt bety kjøpekontrakt, men kan være noe annet som løser saken før utsendelse av kjøpekontrakt. Dersom denne passusen som fremstår som et forbehold skal gjelde i kontraktsforholdet skulle det vært tatt med i forbeholdsdokumentet, og ikke følgebrevet. Som en del av kontraktsdokumentet har det derfor ikke virkning.

De fire egentlige forbeholdene må vurderes i forhold til om de endrer konkurransesituasjonen, slik at de fører til at Statskogs tilbud må avvises. Spørsmålet er om forbeholdene gjør det umulig å sammenligne Statskogs tilbud med de øvrige tilbudene.

Forbeholdene Statskog tar, omhandler elementer som det i dag etter egne avtaler gis særlig vederlag for, men som ikke er direkte beskrevet i det materialet som er en del av utlysningen. Det må da vurderes om forbeholdene gjør at vi må avvise Statskogs tilbud. Det avgjørende er om det vil være mulig å sammenligne tilbudet fra Statskog med de øvrige tilbudene når det gjelder pris. Volumtallene i regnearket som ligger til grunn for sammenligningen inkluderer timer for det Statskogs forbehold omfatter. Vi antar derfor at det til tross for forbeholdene er mulig å sammenligne kostnader ved de ulike tilbudene. Sagt på en annen måte, i verdsettelsen av tilbudene fra de andre tilbyderne er det lagt inn et tilsvarende timetall som det Statskog tar forbehold om. Vi kan derfor ikke avvise Statskogs tilbud. Når det gjelder passusen i følgebrevet har den ikke verdi som forbehold, som begrunnet ovenfor. Heller ikke dette kan gi selvstendig grunnlag for avvising. Samlet sett kan forbeholdene og nevnte passus heller ikke gi grunnlag for avvising.

Forbeholdene og nevnte passus er imidlertid ikke uten betydning i vurderingene av tilbudet vi har fått fra Statskog. Flexibilitet i oppgaveløsningen er viktig for Ovf. Statskogs forbehold viser en svak evne til fleksibilitet og dessuten liten nytenkning i oppgaveløsningen. Vi opplever at Statskogs representanter i samtaler og gjennom det skriftlige tilbudet i utilstrekkelig grad forstår våre ønsker og behov. Statskog får trekk i poeng som følge av forbeholdene og den nevnte passusen. Antall poeng reduseres med 15 og Statskog får 45 poeng her.

(19) Klager brakte saken inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser ved brev 10. mai 2010.

(20) Innklagede inngikk kontrakt med valgte leverandør 26. april 2010.

Anførsler:

Klagers anførsler:

Saklig klageinteresse

(21) Klager har, som deltaker i konkurransen, saklig interesse i å få saken avgjort av klagenemnda. Hvorvidt klagers tilbud skulle vært avvist fra konkurransen eller ikke, er et materielt spørsmål, og har ingen betydning for spørsmålet om saklig klageinteresse. Forskriften § 11-11 (1) bokstav f gjelder ikke i konkurranser med forhandling. Innklagede hadde således uansett ikke plikt til å avvise klagers tilbud på grunn av relativ bedømmelsestil. Forskriften § 11-11 (2) bokstav b, som gjelder i konkurranser med forhandling, gir oppdragsgiver en rett, men ikke plikt, til å avvise tilbud dersom det er tvil om hvordan det skal bedømmes. Videre fremgår det av innklagedes tildelingsevaluering at innklagede vurderte avvisningsspørsmålet, og fant at det ikke forelå bedømmelsestil.

Endring av tildelingskriteriene

(22) Innklagede har brutt regelverket ved å endre tildelingskriteriene i konkurransen ved brev 4. februar 2010. Det fremgår av brevet at innklagede fjernet tildelingskriteriet ”*Utredning av miljømessige konsekvenser og tiltak for å unngå eller redusere disse*”, og samtidig økte vekten av tildelingskriteriet pris. Det er ikke anledning til å endre tildelingskriteriene etter tilbudsfristens utløp, jf. forutsetningsvis forskriften § 8-2 (1). Tilbudsfristen var i konkurransegrunnlaget satt til 4. desember 2009. Etter klagers mening er dette skjæringstidspunktet for når konkurransegrunnlaget kan endres.

(23) Endring av tildelingskriteriene er en feil som ikke kan rettes under tildelingsprosessen. Innklagede hadde da plikt til å avlyse konkurransen. Klager vil under henvisning til sitt tilbud punkt 6.2 bestride at innklagedes begrunnelse for å fjerne miljøkriteriet var riktig. Det anføres at begrunnelsen for å fjerne kriteriet uansett er uten betydning for spørsmålet om avlysning av konkurransen, da forbudet mot å endre tildelingskriteriene etter at tilbudsfristen er løpt ut er absolutt.

Evaluering av tildelingskriteriet ”tilbyders forståelse av oppdragsgivers ønsker og behov”

(24) Innklagede har brutt regelverket ved å trekke klager 15 poeng på tildelingskriteriet ”*Tilbyders forståelse av oppdragsgivers ønsker og behov*” på grunn av forbehold. Det fremgår av innklagedes egen vurdering av 15. februar 2010 at klagers presisering av avtalens prismekanismer er i samsvar med innklagedes forståelse av avtalen. De kan da

ikke anses som forbehold, selv om de er presentert som betingede forbehold av klager. Presiseringene medfører på grunn av dette ingen konkurransefordel for klager. Det er da ikke grunnlag for å tolke klagers forståelse av avtalen som et tegn på motvilje til fleksibilitet og utvikling av tjenesteoppdraget og at klager ikke i tilstrekkelig grad ønsker å prioritere innklagedes behov i tjenestekjøpet, slik innklagede gjør i brev 9. april 2010. Det kan ikke være avgjørende at innklagede i ettertid har endret ordlyden i rapporten fra 15. februar 2010.

- (25) Klager anfører at beslutningen om å gi klager trekk i poeng ved evalueringen av tildelingskriteriet "*tilbyders forståelse av oppdragsgivers ønsker og behov*" uansett var en saksbehandlingsfeil, fordi klager har blitt trukket i poeng under feil tildelingskriterium. I den første rapporten fra 15. februar 2010 fremgår det at klagers forbehold kan føre til en "*tidkrevende og kostnadsdrivende*" forhandlingsprosess. Dersom dette var tilfellet skulle innklagede eventuelt ha justert klagers pris, jf. konkurransegrunnlaget punkt 6.4. Tildelingskriteriet pris var opprinnelig vektet med 30 %, og forholdet ville ha gitt et mye mindre utslag på klagers totale poengsum om det var blitt trukket poeng under dette kriteriet.
- (26) Feilen medfører at konkurransen skulle vært avlyst.

Vektlegging av tidligere negative erfaringer

- (27) Innklagede har brutt regelverket ved å legge vekt på tidligere negativ erfaring med klager, jf. for eksempel klagenemndas saker 2005/50 premiss (38). Det vises til at det fremgår av innklagedes tildelingsevaluering at klager som eksisterende leverandør har hatt god tid til å bli kjent med innklagedes behov, og at klager ikke gis ekstrapoeng på tildelingskriteriet oppdragsforståelse. Uttalelsen gir etter klagers mening klart uttrykk for at innklagede ikke er fornøyd med dagens leveranse. Det vises også til at innklagede i brev 9. april 2010 gir uttrykk for at klager i eksisterende oppdrag har fokus på risiko for egen økonomi. Det anføres i brevet at dette er uheldig og viser at klager ikke i tilstrekkelig grad ønsker å prioritere oppfyllelsen av innklagedes behov i tjenestekjøpet. De anførte erfaringene er udokumenterte og kun subjektivt begrunnet. Klager er i dag leverandør av de konkurranseutsatte tjenestene. Eventuelle negative erfaringer bør adresseres ved kommunikasjon i inneværende kontraktsperiode. Feilen medfører at konkurransen skulle vært avlyst.

Reelle forhandlinger

- (28) Innklagede har brutt sin plikt til å føre reelle forhandlinger jf. klagenemndas saker 2005/218 premiss (33) og 2008/123 premiss (47) ved å ikke opplyse klager om to negative forhold ved klagers gjennomføringsforslag som hadde vesentlig betydning ved tildelingsevalueringen. Under forhandlingene informerte ikke innklagede klager om klagers angivelige fokus på andre forhold enn innklagedes behov og ønsker, og klagers forbehold om videreføring av ordningen med timebetaling for fire spesifikt angitte tjenester. Klager fikk på grunn av dette ingen reell mulighet til å forbedre sitt tilbud etter forhandlingsrunden.
- (29) Det er ikke riktig, slik innklagede hevder i sitt brev 9. april 2010, at innklagede først ble informert om disse forholdene da klager hadde levert endelig tilbud. Både gjennomføringsforslaget generelt og klagers forståelse av avtalens prismekanismer ble utførlig presentert i klagers opprinnelige tilbud, jf. tilbudets punkt 5.2.3. Det fremkommer klart av tilbudet at klager ikke anså prisingen av de fire kategoriene som

forbehold. Klager tok også gjennomføringsforlaget og prisingen opp under forhandlingsmøtet, men selv etter klagers uttrykkelige oppfordring om å kommentere svake sider ved gjennomføringsforlaget velger innklagede å holde avgjørende opplysninger tilbake fra klager. Det fremkommer heller ikke av møtereferatet at innklagede anså klagers prising av de nevnte enkelttjenestene som forbehold av negativ betydning for kontraktstildelingen. Feilen medfører at konkurransen skulle vært avlyst.

Avvisning av valgte leverandør

- (30) Innklagede har brutt forskriften § 11-11 (1) bokstav d ved å ikke avvise valgte leverandør fra konkurransen. Valgte leverandør har i sitt tilbud tatt flere forbehold mot kontraktsvilkårene som både isolert og samlet må anses som vesentlige.
- (31) Klager er ikke enig med innklagede i at valgte leverandør i sitt endelige tilbud har frafalt alle forbehold. I vedlegg 4 til valgte leverandørs reviderte tilbud fremgår det at valgte leverandør kun frafaller forbehold om timepris i produktkategori 1. Valgte leverandør har i sitt tilbud også tatt forbehold om timebetaling for tjenester i produktkategori 2-4, dersom det foreligger tvist etter regulering av festeavgift. I tilbudet har valgte leverandør lagt opp til at vederlaget skal beregnes etter medgått tid fra det tidspunkt det foreligger konstaterbar uenighet mellom partene etter klagebehandling. Dette er etter klagers mening ikke i samsvar med innklagedes retningslinjer for oppdraget, jf. retningslinjene punkt 5.3.3.7 og 5.3.3.8. Ettersom innløsning av festetomter er produktkategori 4, frafalles ikke dette forbeholdet i det endelige tilbudet. Avklaringer og protokollføringer fra forhandlingsmøtet går ikke, slik innklagede hevder, foran valgte leverandørs endelige tilbud. Konkurranses grunnlaget punkt 6.4 er uansett ikke tilstrekkelig klart til å tilsidesette de klare forbehold valgte leverandør har tatt i sitt endelige tilbud.
- (32) Nevnte forbehold forrykker avtalens skille mellom stykkpris og timebaserte tjenester. Dette medfører en betydelig risiko for at valgte leverandør oppnår en konkurransefordel. Valgte leverandør skulle derfor vært avvist fra konkurransen.
- (33) Selv om klagenemnda skulle komme til at forbeholdene ikke er vesentlige, må tilbudet avvises i medhold av forskriften § 11-11 (1) bokstav f. Innklagede har ikke prissatt forbeholdene, jf. konkurransegrunnlaget punkt 6.4. Det er derfor tvil om hvordan tilbudet skal bedømmes i forhold til øvrige tilbud.

Klagers tilbud var det økonomisk mest fordelaktige

- (34) Klagers tilbud var økonomisk mer fordelaktig enn tilbudet fra Forsvarsbygg. Forsvarsbygg fikk 171 poeng ved tildelingsevalueringen, mens klager fikk 168. Som det fremgår av klagers anførsel over, er imidlertid klager uriktig trukket 15 poeng under tildelingskriteriet "*Tilbyders forståelse av oppdragsgivers ønsker og behov*". Dersom denne feilen ikke var begått, ville klager fått 178 poeng ved tildelingsevalueringen. Ettersom valgte leverandør skulle vært avvist, ville klager da fått den beste poengsummen i konkurransen.

Innklagedes anførsler:

Saklig klageinteresse

- (35) Klager har ikke saklig klageinteresse, da klagers tilbud skulle vært avvist fra konkurransen, jf. § 11-11 (2) bokstav b. Dette fordi tilbudet inneholder forbehold som medfører tvil om hvordan tilbudet skal bedømmes i forhold til de øvrige tilbudene. Det erkjennes at det kan være begått en saksbehandlingsfeil ved at tilbudet likevel ikke er

avvist. Grunnen til at dette ikke ble gjort er at innklagede på grunn av det langvarige samarbeidet med klager ønsket å finne en vei utenom avvisning. Det fremsto videre som klart for innklagede at klager ikke kunne vinne konkurransen. Feilen innklagede begikk ved å ikke avvise klagers tilbud har dermed ikke hatt betydning for utfallet av konkurransen.

Endring av tildelingskriteriene

- (36) Innklagede har ikke brutt regelverket ved å endre tildelingskriteriene i konkurransen. Det vises for det første til at endringen har skjedd før tilbudsfristen i konkurransen. Tilbudsfristen i en konkurranse med forhandling må anses å være det tidspunktet da tilbudene blir bindende for tilbyderne, da det er endringer etter dette tidspunkt som påvirker om tilbyder har mulighet til å tilpasse sitt tilbud til endringene eller ikke. I dette tilfellet må tilbudsfristen anses å være 11. februar 2010, da dette var fristen for å levere tilbud etter forhandlingene. Videre vises til at klager selv i sitt opprinnelige tilbud datert 30. november 2009 har kommet med flere forslag til endringer av konkurransegrunnlaget, jf. tilbudets punkt 5.1, 5.2.4 og 5.2.5. Innklagede kan ikke se at spørsmålet om hvilket tidspunkt som er ansett for å være tilbudsfristen i en konkurranse med forhandling er vurdert tidligere. Så lenge tilbyderne får en reell sjanse til å tilpasse seg endringen, og endringen har begrenset omfang, kan innklagede ikke se at tilbudsfristen skal være et annet tidspunkt enn det tidspunktet tilbudene er bindende for tilbyderne.
- (37) De opprinnelige tilbudene viste at det var umulig for innklagede å gi poeng på tildelingskriteriet miljø. De forholdene som ble trukket frem i tilbudene var enten en gjentakelse av det som ble opplyst under prekvalifiseringen, løfter om å følge norsk lov og kravene i konkurransegrunnlaget eller tilbud om tjenester som ikke var inkludert i oppdraget. Følgelig gjaldt innspillene elementer som var vurdert før, var rene selvfølgeligheter, eller forhold det ikke kunne legges vekt på. Dette gjaldt også klagers tilbud, jf. punktene 6.1, 6.2 og 6.3. På grunn av dette, hadde innklagede valget mellom å kun gi tilbyderne poeng på 95 % av tilbudene, eller å endre tildelingskriteriene. Da miljøkriteriet ble fjernet, ble det nødvendig å øke vekten av et annet kriterium med 5 %. Valget falt da på tildelingskriteriet pris, fordi innklagede antok at det var dette elementet tilbyderne hadde mest kontroll over, og som tilbyderne dermed lettest kunne konkurrere om etter forhandlingsrunden. Endringen av tildelingskriteriene har ikke påvirket rangeringen av tilbudene. Formålet med regelverket er å sikre reell konkurranse. I en konkurranse med forhandling, må dette inkludere muligheten til å gjøre mindre justeringer i konkurransegrunnlaget, herunder også tildelingskriteriene, når dette bidrar til å styrke konkurransen.

Evaluering av tildelingskriteriet "Tilbyders forståelse av oppdragsgivers ønsker og behov"

- (38) Innklagede har ikke brutt regelverket ved å gi klagers tilbud lavere poengsum på tildelingskriteriet "Tilbyders forståelse av oppdragsgivers ønsker og behov" på grunn av forbehold i tilbudet. Forbeholdene om prising i klagers tilbud ble ikke tatt før innlevering av endelig tilbud 10. februar 2010, da klager la et eget forbeholdsskriv, jf. konkurransegrunnlaget punkt 6.4, ved sitt tilbud. Innklagede kunne da ikke lenger behandle forbeholdene som presiseringer, slik de var omtalt i klagers opprinnelige tilbud. Innklagedes umiddelbare reaksjon på forbeholdene, var at klager, til tross for samtalene i forhandlingsmøtet, ikke stolte på innklagede og tilbakemeldingene som var gitt, men ønsket å binde opp innklagedes fleksibilitet i oppgaveløsningen. Innklagede

tolket dette som et signal på at klager ikke hadde innklagedes ønsker og behov tilstrekkelig i fokus.

- (39) Innklagede kan ha handlet i strid med konkurransegrunnlaget ved ikke også å gi klagers tilbud lavere poengsum på tildelingskriteriet pris. Klagers forbehold vedrørende bistand i skjønnsaker og initialavtaler med frembortfester gjelder begge oppgaver det allerede er egne produkter som dekker. Faren ved forbeholdene er at de binder opp innklagedes fleksibilitet. Videre økes muligheten for senere konflikt om grensedragningen mellom to produkter der normal informasjon dekkes av produktet ”Ivaretagelse av grunneierinteressene” og tilleggsarbeidet går inn i produktet ”Tomtefeste for øvrig”. Ulempen for innklagede er her først og fremst at spillerrommet er redusert, og dette er det trukket for under tildelingskriteriet ”Tilbyders forståelse av oppdragsgivers ønsker og behov”.

Vektlegging av tidligere negative erfaringer

- (40) Innklagede har ikke lagt vekt på tidligere negative erfaringer ved evalueringen av klagers tilbud. Klagers anførsel er på dette punkt udokumentert og ubegrunnet. Henvisningene klager bruker for å underbygge sin anførsel kan ikke forstås slik at innklagede har lagt vekt på egne negative erfaringer. At innklagede har kommentert at klager har hatt oppdraget i en årrekke, og således har hatt god tid til å bli kjent med oppdragsgivers behov er en konstatering av faktum, ikke en vurdering. Dette faktum tar dessuten utgangspunkt i at klager har hatt evnen til å lære i situasjonen som tjenesteleverandør, noe innklagede oppfatter som positivt. Det bemerkes videre at denne formuleringen står i et notat til innklagedes styre, og har som hovedoppgave å informere styret.
- (41) Klager er ikke gitt tilleggs poeng, da det ikke er gitt signaler om en forbedring i forhold til dagens leveranse. Dette er en vurdering av klagers tilbud opp mot den leveranse innklagede har i dag. Det sier ingenting negativt om dagens leveranse. Det negative ved klagers tilbud er at det ikke har viser ambisjoner om å levere mer enn det klager har levert før. Dagens leveranse er for øvrig en nødvendig referanse ved vurderingen av andre tilbud.

Reelle forhandlinger

- (42) Klagers anførsel om at det ikke er ført reelle forhandlinger medfører ikke riktighet. Alle tilbyderne har i forhandlingsrunden fått anledning til å diskutere viktige elementer i tilbudene. Eventuelle uklarheter, tilsynelatende misforståelser og annet er tatt opp med alle tilbyderne på lik måte.
- (43) Klager har særlig pekt på to forhold som skulle vært diskutert i forhandlingsmøtet. For det første klagers fokus på andre forhold enn innklagedes behov og ønsker, og for det andre klagers forbehold om videreføring av ordningen med timebetaling for fire spesifikt angitte tjenester. Når det gjelder det første forholdet, var det ikke mulig for innklagede å diskutere dette med klager under forhandlingsmøtet. Dette fordi det var forbeholdene i det senere innleverte tilbudet som synliggjorde dette forholdet ved klagers tilbud. Når det gjelder det andre forholdet, ble betaling for alle de fire tjenestene diskutert i forhandlingsmøtet. Som det fremgår av referatet fra forhandlingsmøtet, går det klart frem at det er uaktuelt å tillate timebetaling for innløsning av festetomter med uklare grenser. Når det gjelder andre deler av klagers tilbud, bemerkes at innklagede som kjøper av kompetansetjenester må kunne anta at leverandørene inngir det beste

tilbud de kan til så god pris som mulig. Det blir da vanskelig å diskutere mer enn små justeringer der det er utydelig hva som tilbys. Klagers opprinnelige tilbud ga i stor grad oversikt over hva klager kunne levere, uten behov for ytterligere presiseringer.

- (44) Når det gjelder likebehandling mellom tilbyderne, bemerkes at valgte leverandør fikk samme informasjon som klager vedrørende timebetaling for initialavtaler med frembortfestere. Valgte leverandørs respons på dette var å fjerne et uformelt forbehold, som var tatt inn i tilbudet i strid med fremgangsmåten i konkurransegrunnlaget punkt 6.4. Klagers reaksjon på den samme informasjonen var å ta et formelt forbehold etter fremgangsmåten i punkt 6.4.

Avvisning av valgte leverandør

- (45) Innklagede hadde ikke plikt til å avvise valgte leverandørs tilbud på grunn av forbehold mot konkurransegrunnlaget. Det fremgår av konkurransegrunnlaget at alle forbehold skal fremgå tydelig av en egen oversikt i tilbudsbrevet, eller et eget dokument. Det fremgår også at kun forbehold som er angitt på denne måten kan påberopes under utførelsen av oppdraget. Tilbud som inneholder forbehold som kan verdivurderes av oppdragsgiver kan justeres, mens andre forbehold vil føre til avvisning av tilbudet. Ingen av valgte leverandørs forbehold er tatt inn i et eget forbeholdsskriv, eller satt inn under en overskrift som kan tjene som forbeholdsskriv. De er tatt inn i teksten, og de angivelige forbeholdene har dermed ingen betydning for poenggivningen, idet konkurransegrunnlaget uansett går foran.
- (46) Videre pekes på at det i valgte leverandørs følgebrev til endelig tilbud fremgår at valgte leverandør frafaller forbehold som er tatt i opprinnelig tilbud. Det er henvist til nærmere redegjørelse i vedlegg 4 til tilbudet. Innklagede oppfatter det slik at dette gjelder alle forbehold, selv om det gjøres enkelte presiseringer i vedlegg 4 til tilbudet. Det vises videre til at det fremgår av valgte leverandørs tilbudsbrev i endelig tilbud at oppgitte enhetspriser i vedlagt prisskjema erstatter alle tidligere oppgitte enhetspriser med tilhørende spesifikasjoner. Etter innklagedes mening har klager misforstått omfanget av valgte leverandørs tilbakekall, når det hevdes at kun ett forbehold er trukket tilbake.
- (47) Klager har i sine anførsler vist til at valgte leverandør vil kreve timebetaling for gjennomføring av klagebehandling. Dette er en feil forståelse av valgte leverandørs tilbud. Av tilbudet fremgår valgte leverandør vil gå over til timebetaling dersom det konstateres tvist etter at klagebehandling er gjennomført. Valgte leverandør likestiller her gjennomføring av forhandlinger med å prosedere saken for domstolen. Det er åpenbart at prosedyre for domstolen ikke omfattes av oppgavene i stykkprisproduktet. Når regulerings saker kommer til det punkt valgte leverandør beskriver, oversendes de i dag fra eksisterende leverandør (klager) til innklagede, som vanligvis gjennomfører ytterligere forhandlinger selv, før det eventuelt begjæres skjønn for domstolene. Et nivå med forhandling ut over det som går frem av retningslinjene er normalt, og kan falle utenfor oppgavene i produktet "*Regulering av festeavgift*", på lik linje med behandling i domstolene. At valgte leverandør identifiserer avsluttet oppgave ved konstaterbar tvist, viser forståelse for oppdragets omfang, og kan ikke karakteriseres som et forbehold.

Klagers tilbud var det økonomisk mest fordelaktige

- (48) Klagers anførsel om at klagers tilbud er økonomisk mer fordelaktig enn tilbudet fra Forsvarsbygg er basert på at klager ikke skulle hatt trekk i poeng ved vurdering av

tildelingskriteriene pris og forståelse av oppdragsgivers ønsker og behov, samt at valgte leverandørs tilbud skulle vært avvist. Klagers forutsetninger er her ikke riktige.

Klagenemndas vurdering:

(49) Saken gjelder anskaffelse av tjenester vedrørende forvaltning av fast eiendom. Anskaffelsen gjelder en uprioritert tjeneste i kategori 27 (vedlegg 6), og omfattes av lov 16. juli 2006 nr. 69 og forskrift 7. april 2006 nr. 402 om offentlige anskaffelser del I og del II, jf. § 2-1 (5). Klagen er rettidig.

Saklig klageinteresse

(50) Det følger av forskrift 15. november 2002 nr. 1288 om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6, annet ledd, at *"[k]lage kan fremsettes av enhver som har saklig interesse i å få vurdert lovmessigheten av en slik unnløstelse, handling eller beslutning"*.

(51) Klager har deltatt i konkurransen. Leverandører som har deltatt i en konkurranse, vil normalt anses å ha saklig interesse i å få avgjort sine anførsler om brudd på regelverket ved gjennomføringen av denne. Klageinteressen kan imidlertid falle bort, dersom oppdragsgiver avviser leverandøren fra konkurransen.

(52) Innklagede har anført at innklagede ikke har saklig interesse i å få sine anførsler prøvet av nemnda, fordi klagers tilbud skulle vært avvist fra konkurransen, jf. forskriften § 11-11 (2) bokstav b.

(53) Etter forskriften § 11-11 (2) bokstav b har oppdragsgiver rett, men ikke plikt, til å avvise et tilbud dersom *"det på grunn av avvik, forbehold, feil, ufullstendigheter, uklarheter eller lignende i en konkurranse med forhandling kan medføre tvil om hvordan tilbudet skal bedømmes i forhold til de øvrige tilbudene"*.

(54) Etter forskriften § 11-13 (1) skal oppdragsgiver snarest mulig ta stilling til spørsmålet om avvisning av tilbud. Når det gjelder bestemmelser som gir oppdragsgiver rett, men ikke plikt til å avvise et tilbud, følger det av praksis at retten til å avvise et tilbud normalt faller bort dersom oppdragsgiver ikke gjør dette før kontraktstildeling, jf. for eksempel klagenemndas sak 2004/291.

(55) Det fremgår av innklagedes tildelingsvurdering datert 15. februar 2010 at innklagede vurderte om forbehold i klagers tilbud medførte at tilbudet skulle avvises fordi prisene i tilbudet ikke kunne sammenlignes med prisene i de øvrige leverandørenes tilbud. Innklagede fant imidlertid at det ikke var grunn til dette. Klagers tilbud er således ikke avvist fra konkurransen, og innklagede må anses å ha forspilt muligheten til å avvise tilbudet på dette grunnlaget. Klagenemnda finner på bakgrunn av dette at klager har saklig interesse i å få sine anførsler behandlet av nemnda.

Endring av tildelingskriteriene

(56) Klager har anført at innklagede har brutt regelverket ved å endre tildelingskriteriene under gjennomføringen av konkurransen. Det er vist til at oppdragsgiver ikke kan endre tildelingskriteriene etter at tilbudsfristen er løpt ut.

(57) Det fremgår av forskriften § 8-2 (1) at oppdragsgiver innen tilbudsfristens utløp, kan foreta rettinger, suppleringer og endringer i konkurransegrunnlaget, som ikke er vesentlige.

- (58) I referatet fra forhandlingsmøtet mellom innklagede og klager, datert 27. januar 2010, er det innledningsvis opplyst at *"tildelingskriteriet miljø utgår til fordel for pris"*. Det er således klart at innklagede etter tilbudsfristens utløp den 4. desember 2009, har foretatt en endring av tildelingskriteriene.
- (59) I EU-domstolens dom C-448/01 (Wienstrom) ble det uttalt at prinsippene om likebehandling og gjennomsiktighet medførte at oppdragsgiver måtte legge til grunn den samme tolkningen av tildelingskriteriene gjennom hele anskaffelsesprosessen, og det ble understreket at tildelingskriteriene *"overhovedet ikke"* kunne endres i løpet av anskaffelsesprosessen, jf. dommens premiss (93). Dette innebærer at oppdragsgiver aldri vil kunne endre tildelingskriteriene etter at disse er gjort kjent for tilbyderne. Klagenemnda finner på bakgrunn av dette at innklagede har brutt kravet til forutberegnelighet i loven § 5 ved å foreta en endring av konkurransegrunnlaget.
- (60) Spørsmålet er så om feilen innklagede gjorde ved å endre tildelingskriteriene medførte en plikt for innklagede til å avlyse konkurransen. Det følger av praksis at oppdragsgiver har plikt til å avlyse konkurransen dersom det er begått en feil ved gjennomføringen som ikke kan rettes opp under tildelingsprosessen, jf. EU-domstolens sak C-448/01 (Wienstrom) premiss (95) og klagenemndas sak 2009/80 premiss (32) med videre henvisninger. Den ulovlige endringen av tildelingskriteriene skjedde i dette tilfellet under forhandlingene. Feilen kunne da vært rettet ved at innklagede hadde gått tilbake til de opprinnelige tildelingskriteriene ved tildelingsevalueringen. Innklagede hadde da ikke plikt til å avlyse konkurransen, og klagers anførsel fører ikke frem.

Evaluering av tildelingskriteriet "Tilbyders forståelse av oppdragsgivers ønsker og behov"

- (61) Klager har anført at innklagede har brutt regelverket ved å gi klager lavere poengsum på tildelingskriteriet *"Tilbyders forståelse av oppdragsgivers ønsker og behov"* på grunn av forbehold i klagers tilbud.
- (62) Ved evalueringen av tildelingskriteriene har oppdragsgiver et vidt innkjøpsfaglig skjønn. Klagenemnda kan bare overprøve oppdragsgivers skjønnsutøvelse dersom det foreligger formelle regelbrudd, oppdragsgiver har brutt de grunnleggende kravene i loven § 5, oppdragsgiver har lagt feil faktum til grunn, eller skjønnsutøvelsen er usaklig, sterkt urimelig eller vilkårlig, jf. for eksempel klagenemndas saker 2009/98 premiss (23) og 2009/151 premiss (51).
- (63) Klager har for det første begrunnet sin anførsel med at det fremgår av innklagedes evalueringsrapport datert 15. februar 2010 at innklagede ikke anså presiseringene i klagers endelige tilbud som forbehold, og at det ikke kan ha betydning at innklagede senere endret evalueringsrapporten.
- (64) Til dette bemerkes at nemnda ved sin vurdering av saken må legge innklagedes endelige vurdering av tilbudene til grunn. Av den endelige evalueringsrapporten fremgår det at *"Statskog har i et forbeholdsdokument vedlagt endelig tilbud ført opp fire forbehold"*, og at *"forbeholdene må vurderes i forhold til om de endrer konkurransesituasjonen, slik at de fører til at Statskogs tilbud må avvises"*. Til slutt fremgår det at selv om innklagede ikke mener at forbeholdene medfører avvisningsplikt, er de ikke uten betydning ved vurderingen av tilbudet. Det fremgår dermed tydelig av innklagedes

endelige vurdering av tilbudene at innklagede har ansett presiseringene i klagers endelige tilbud som forbehold mot kontraktsvilkårene.

- (65) Klager har videre vist til at det uansett var feil å trekke klager i poeng på tildelingskriteriet *"Tilbyders forståelse av oppdragsgivers ønsker og behov"*, fordi eventuelle konsekvenser av forbeholdene skulle vært vurdert under tildelingskriteriet *"Pris"*.
- (66) Utgangspunktet når det er tatt forbehold i et tilbud, er at oppdragsgiver skal vurdere om forbeholdene medfører en plikt for oppdragsgiver til å avvise tilbudet. Dersom det ikke foreligger plikt til å avvise tilbudet, skal oppdragsgiver prissette forbeholdene dersom de har en økonomisk verdi, jf. for eksempel klagenemndas sak 2008/62 premiss (40).
- (67) Det er i teorien antatt at et forbehold kan ha betydning for evalueringen av tilbudet i forhold til andre tildelingskriterier enn pris, jf. Dragsten/Lindalen side 1263.
- (68) Spørsmålet blir her om det var adgang til å vektlegge forbeholdene i klagers tilbud under tildelingskriteriet *"Tilbyders forståelse av oppdragsgivers ønsker og behov"*. Hvilke forhold oppdragsgiver kan legge vekt på ved evalueringen av et tildelingskriterium, beror på hva som naturlig kan henføres under kriteriet basert på opplysningene i konkurransegrunnlaget.
- (69) Innklagede har vurdert forbeholdene i klagers tilbud slik at de *"viser svak evne til fleksibilitet og dessuten liten nyttenkning i forhold til oppgaveløsningen"*.
- (70) Forbeholdene i klagers tilbud gjelder timebetaling for enkelte oppgaver under gjennomføringen av kontrakten. Forbeholdene må dermed anses å ha en økonomisk verdi. Dette er også lagt til grunn av innklagede, jf. evalueringsrapport 15. februar 2010. Innklagede hadde da plikt til å prissette forbeholdene, og legge verdien av dem til klagers tilbudspris.
- (71) Klagenemnda er ikke enig med innklagede i at det også kunne gis trekk for forbeholdene under tildelingskriteriet *"Tilbyders forståelse av oppdragsgivers ønsker og behov"*. Forbeholdene kan ikke anses å ha betydning for den kvalitative oppgaveløsningen når det gjelder fleksibilitet, kun hvor mye innklagede må betale for å få utført en del tjenester. Forbeholdene har dermed ingen naturlig sammenheng med tildelingskriteriet *"Tilbyders forståelse av oppdragsgivers ønsker og behov"*. Klagenemnda finner på bakgrunn av dette at innklagede har brutt kravet til forutberegnelighet i loven § 5 ved å vektlegge klagers prisforbehold ved evalueringen av tildelingskriteriet *"Tilbyders forståelse av oppdragsgivers ønsker og behov"*.
- (72) Klager har anført at feilen ved evalueringen av klagers tilbud medfører at konkurransen skulle vært avlyst. Som det fremgår over, er det feil som ikke kan rettes opp som medfører en plikt for oppdragsgiver til å avlyse konkurransen. Feil begått ved evalueringen av tilbudene kan rettes opp igjen ved at det foretas en ny tildelingsevaluering. Klagers anførsel fører derfor ikke frem.

Vektlegging av tidligere negative erfaringer

- (73) Klager har anført at innklagede har brutt regelverket ved å legge vekt på tidligere negative erfaring med klager ved evalueringen av tildelingskriteriet *"Tilbyders forståelse av oppdragsgivers ønsker og behov"*.
- (74) I innklagedes tildelingsevaluering 15. februar 2010 fremgår det om tildelingskriteriet *"Tilbyders forståelse for oppdragsgivers ønsker og behov"* at *"Statskog har hatt dette oppdraget i mange år, og har således hatt god tid til å bli kjent med oppdragsgivers behov"*, og at *"[d]et gis ikke ekstra poeng for Statskog på dette kriteriet, da det ikke er gitt signaler om forbedring i forhold til dagens leveranse"*. Klager anfører at dette tydelig viser at innklagede ikke var fornøyd med dagens leveranse. Klager viser også til at det fremgår av innklagedes brev 9. april 2010 at klager i nåværende oppdrag har fokus på egen økonomi, noe som anses som uheldig.
- (75) Slik klagenemnda ser det, er det ikke naturlig å tolke innklagedes evaluering av klagers tilbud slik klager her gjør. At klager som eksisterende leverandør har hatt god mulighet til å bli kjent med innklagedes ønsker og behov, må anses som en gjengivelse av faktum, ikke en vurdering av klagers tilbud. Bemerkningen om at det ikke gis ekstrapoeng på kriteriet, fordi det ikke er indikert noen forbedring i forhold til den ytelsen innklagede mottar i dag, gir ikke grunnlag for å konstatere at innklagede ikke var fornøyd med dagens leveranse. Det vil ofte være rom for forbedringer ved utførelsen av en tjeneste uten at oppdragsgiver kan sies å være misfornøyd med utførelsen. Det er ingen ytterligere referanser til dagens leveranse i innklagedes tildelingsevaluering, og den kontekst bemerkningen står i gir ingen indikasjoner på at innklagede er misfornøyd med denne leveransen. Når det gjelder klagers henvisning til innklagedes brev 9. april 2010, står denne i et avsnitt som handler om forbeholdene i klagers tilbud og deres betydning for innklagede. Bemerkningen fremstår som en ren tilleggsopplysning. Klagenemnda kan etter dette ikke se at innklagede har lagt vekt på egne negative erfaringer med klager ved evalueringen av klagers tilbud. Klagers anførsel fører derfor ikke frem.

Reelle forhandlinger

- (76) Klager har anført at innklagede har brutt regelverket ved å ikke føre reelle forhandlinger med klager. Det er vist til at innklagede i forhandlingene ikke informerte klager om at innklagede mente klager ikke hadde tilstrekkelig fokus på innklagedes ønsker og behov, og klagers forbehold om videreføring av timebetaling enkelte tjenester. Dette medførte etter klagers mening at selskapet ikke hadde en reell mulighet til å forbedre sitt tilbud etter forhandlingene.
- (77) I klagenemndas sak 2008/136 premiss (94) uttales følgende om oppdragsgivers plikt til å føre reelle forhandlinger med leverandørene:

"I en konkurranse med forhandling har oppdragsgiver plikt til å føre reelle forhandlinger med leverandørene. Av dette kan det imidlertid ikke utledes noen plikt for oppdragsgiver til å påpeke alle sider av leverandørens tilbud som kan forbedres, jf. klagenemndas saker 2003/105, 2008/123 premiss (46) og FAD Veileder s. 182. Klagenemnda har likevel tidligere kommet til at det kan foreligge plikt til å påpeke et forhold dersom det vil bli tillagt vesentlig eller avgjørende betydning i den etterfølgende tildelingsevalueringen, jf. klagenemndas saker 2005/218 premiss (33) og 2008/123 premiss (47). Innklagede kan også ha plikt til å påpeke et forhold som i den etterfølgende tildelingsevaluering har vært av betydning i disfavør av klager, spesielt

når klager og valgte leverandør ellers ligger svært likt og forholdet dermed kan bli utslagsgivende, jf. klagenemndas sak 2008/123 premiss (47).”

- (78) Klager fikk lavere poengsum på tildelingskriteriet ”Tilbyders forståelse av oppdragsgivers ønsker og behov” fordi innklagede mente at klagers forbehold om timepris for enkelte tjenester viste at klager ikke hadde tilstrekkelig fokus på innklagedes ønsker og behov. Disse forbeholdene fremgikk av klagers endelige tilbud. I klagers opprinnelige tilbud, datert 30. november 2009, var det ikke tatt noen slike forbehold. Det fremgår også tydelig av tilbudet at klager hadde merket seg at innklagede ønsket mer forutsigbarhet vedrørende prisen på tjenestene, og derfor hadde endret betalingen for en del tjenester fra timepris til stykkpris eller fastpris. Klagenemnda kan da ikke se at innklagede hadde noen oppfordring til å ta opp klagers forbehold på forhandlingsmøtet. Referatet fra forhandlingsmøtet viser også at klagers priser, og timepris for enkelte tjenester, ble diskutert i forhandlingene mellom klager og innklagede. Klagenemnda har på bakgrunn av dette funnet at innklagede har ført reelle forhandlinger med klager. Klagers anførsel fører derfor ikke frem.

Avvisning av valgte leverandørs tilbud

- (79) Klager har anført at innklagede har brutt regelverket ved ikke å avvise valgte leverandørs tilbud fra konkurransen. Det er vist til at valgte leverandør har tatt vesentlige forbehold mot kontraktvilkårene.
- (80) Etter forskriften § 11-11 (1) bokstav d, har oppdragsgiver plikt til å avvise tilbud som ”inneholder vesentlige forbehold mot kontraktvilkårene”.
- (81) Klager og innklagede er uenige om hvorvidt valgte leverandør har tatt noen forbehold i sitt endelige tilbud, og klagenemnda tar først stilling til dette spørsmålet.
- (82) Valgte leverandør har, for oppdrag vedrørende regulering av festeavgift, bedt om timebetaling dersom det ikke er oppnådd enighet om festeavgiften etter endt klagebehandling. Dette er etter klagers mening ikke i samsvar med innklagedes retningslinjer for saksbehandling punkt 5.3.3.7. I retningslinjene punkt 5.3.3.7 fremgår det at eventuelle protester på reguleringer og forhandlinger med festerne angående regulering av festeavgiften, skal håndteres av tjenesteleverandøren. Dersom det ikke oppnås enighet mellom festeren og tjenesteleverandøren om regulering av festeavgiften, og spørsmålet må avgjøres ved skjønn, skal tjenesteleverandøren oversende saken til innklagede, som selv vi behandle saken videre. Eventuell medvirkning fra tjenesteleverandøren avgjøres fra sak til sak, og avtales som enkeltoppdrag. For enkeltoppdrag skal tilbyderne oppgi timepris, jf. oppsummeringsskjema vedlagt konkurransegrunnlaget. Klagenemnda kan ikke se at det er uoverensstemmelse mellom dette og uttalelsen i valgte leverandørs tilbud om at valgte leverandør går over til å jobbe på timer dersom det kan konstateres tvist etter klagebehandling. Klagenemnda har på bakgrunn av dette kommet til at valgte leverandør ikke har tatt forbehold i sitt tilbud, og klagers anførsel fører derfor ikke frem.

Konklusjon:

Opplysningsvesenets fond har brutt kravet til forutberegnelighet i loven § 5 ved å endre tildelingskriteriene i konkurransen under forhandlingene.

Opplysningsvesenets fond har brutt kravet til forutberegnelighet i loven § 5 ved at klagers prisforbehold ble vektlagt i evalueringen av tildelingskriteriet "*Tilbyders forståelse av oppdragsgivers ønsker og behov*".

Klagers øvrige anførsler har ikke ført fram.

For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,
4. april 2011

Jakob Wahl