



**Klagenemnda
for offentlige anskaffelser**

Q-Free ASA
Postboks 3974 Leangen

7443 TRONDHEIM
Norge

Deres referanse

Vår referanse
2011/0232-13

Dato:
29.04.2013

Avvisning av klage på offentlig anskaffelse

Det vises til Deres klage på offentlig anskaffelse av 18. august 2011 vedrørende anskaffelse av bomstasjonsutstyr til E18 Gulli – Langangen. Klagenemndas sekretariat har besluttet å avvise klagen som uhensiktsmessig for behandling i klagenemnda, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 9. Grunnen er at klagen klart ikke kan føre fram. Sekretariatets avvisningsbeslutning kan påklages til klagenemndas leder innen 3 virkedager etter at den ble gjort kjent for klager.

Nedenfor gis en oppsummering av bakgrunnen for klagen og sekretariatets vurdering.

Bakgrunn:

- (1) Statens Vegvesen (heretter kalt innklagede) kunngjorde 2. mai 2011 en åpen anbudskonkurranse for anskaffelse av bomstasjonsutstyr til E18 Gulli – Langangen. Anskaffelsens verdi er ikke opplyst i kunngjøringen eller konkurransegrunnlaget, men de mottatte tilbudene var i evalueringsrapporten fra 9. februar 2011 angitt til å være på mellom 26 og 38 millioner kroner. Tilbudsfrist var i konkurransegrunnlaget punkt A.6 angitt til å være 10. juni 2011.
- (2) Det fremkom av konkurransegrunnlaget punkt B5 "*Tender evaluation – Award of contract*" at:

"The project will be evaluated in terms of:

- ***Total price – weight 60%.***

Consisting of:

- *Total price in Section 2 of Bills of Quantities.*

Postadresse
Postboks 439 Sentrum
5805 Bergen

Besøksadresse
Rådhusgaten 4
5014 Bergen

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

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

- *Security key upgrade as described for the price scenario (Section 4.1 of Bills of Quantities).*
 - *Hourly prices for supplementary works, as described in the price scenario (Section 4.2 of Bills of Quantities).*
 - ***Service and Maintenance program – weight 40%, based on:***
Contractor solution specification, Appendix 2".
- (3) I konkurransegrunnlagets vedlegg "AutoPASS Requirement specification" var det inntatt en prisliste som tilbyderne skulle fylle inn. Post 54 i denne listen var "Repair after damage caused by third party", post 55 var "Additional work ordered by the customer", og post 63 var "Replacement of equipment by the end of lifetime of the particular component".
 - (4) Innklagede mottok tre tilbud innen tilbudsfristen 10. juni 2011, herunder fra Q-Free ASA (heretter kalt klager) og fra Tecsidel.
 - (5) Det fremkom av tilbudet til Tecsidel at selskapet Proxll var forutsatt benyttet som underleverandør.
 - (6) I tilbudet fra klager hadde klager i prislisten i konkurransegrunnlagets vedlegg "AutoPASS Requirement specification" på postene 54, 55 og 63 ikke ført inn en pris, men skrevet "not included".
 - (7) I brev datert 30. juni 2011 ble klager informert om at innklagede hadde til hensikt å inngå kontrakt med Tecsidel (heretter kalt valgte leverandør). Som begrunnelse for valg av leverandør fremgikk følgende:

"Begrunnelse for valg

Statens vegvesen har valgt det økonomisk mest fordelaktige tilbudet. Følgende kriterier og vekting er lagt til grunn:

- *Total pris – 60 %*
- *Service og vedlikeholdsprogram – 40 %*

Tilbudet fra Tecsidel er valgt med følgende begrunnelse:

Tecsidel har benyttet for høyt timeantall på tilleggsarbeider, dette gir en korrigert evalueringspris, i henhold til Forskrift om offentlig anskaffelser, § 21-1 (3) i evalueringen. Evalueringsprisen til Q-Free er med korrigerte poster for vedlikeholdstjenestene.

Pris:

I tabell 3, som viser detaljerte priser i Maintenance period har Q-Free skrevet "not included" på 3 poster, postene 54, 55 og 63. Vi har tolket dette som et forbehold mot de aktuelle poster. Forbeholdet er vurdert opp mot avvisningsreglene i FOA S 20-13 (1).

Konklusjonen er at vi ikke ser dette som noe vesentlige forbehold jf. § 20-13 (1) da vi har anslått summen av disse postene hos Q-Free til kr 872.080,-. Dette utgjør kun en liten del av den ikke korrigerte evalueringsprisen som er kr.26.728.422,- (3,3 %). Begrunnelsen for dette er:

- *Post 54: Med erfaring fra flere års drift av bomstasjoner anslår vi omfanget av posten Repair after damage caused by third party, til å omfatte gjennomsnittlig 6 timer pr måned. Dette utgjør kr.311.040,- i kontraktsperioden.*

- *Post 55: Additional work ordered by the Customer er satt opp for å få en indikasjon på hva tilbyderne anslår omfanget av arbeid som ikke er inkludert i service og vedlikeholdsprisen. Med erfaring fra tidligere anlegg anslår vi denne til å være gjennomsnittlig 6 timer pr. måned. Dette utgjør kr.311.040 i kontraktperioden.*
- *Post 63: Replacement of equipment by the end of lifetime of the particular component er inkludert i garantitiden på 2 år. Det etterspørres en pris i kontraktperioden for arbeid i forbindelse med utskifting av komponenter som har nådd sin levetid. Med erfaring fra tidligere års drift anslår vi denne posten til kr. 250.000*

Service og vedlikehold

Tecsidel har den beste beskrivelsen av hvordan de samlede tjenestene i vedlikeholdsavtalen planlegges løst. Hovedforskjellen mellom Tecsidel og Q-Free ligger i beskrivelsen av forholdet mellom teknisk løsning og beredskap for å opprettholde utstyrsfunksjonene og dermed oppetiden for utstyret i kjørefeltene. Tecsidel har en bedre beskrivelse av redundans på komponentnivå. Tecsidel har en mer spesifikk beskrivelse av de operative vedlikeholdsressursene, hvor angivelsen av de lokale ressursene skiller tilbyderne spesielt. Tecsidel beskriver bedre de lokale ressurser hos underleverandør med lokalisering i nærområdet til bompengesystemet. Q-Free har ikke en slik detaljert beskrivelse av operative ressurser i tilbudene sine. I poengsettingen har Tecsidel fått en samlet score på 3,7, mens Q-Free får 3,3."

- (8) Det var i brevet også inntatt en tabell som viste hvor mange poeng tilbyderne hadde fått på de ulike tildelingskriteriene.
- (9) I evalueringsrapporten datert 30. juni 2011 fremkommer det i punkt 4.3 "Timepriser tilleggsarbeid - Tecsidel" at Tecsidel hadde benyttet et for lavt timeantall i punkt 4.2, og at innklagede mente at dette var en åpenbar feil som kunne rettes. Innklagede la derfor til grunn riktig timeantall ved evalueringen av valgte leverandørs tilbud.
- (10) Klager sendte et brev til innklagede 5. juli 2011, og ba om en nærmere begrunnelse for tildeling av kontrakten, samt en kopi av tilbudet til valgte leverandør. Klager ba videre om å få oversendt informasjonen innen klokken 16.00 den 6. juli 2011.
- (11) Innklagede sendte en nærmere begrunnelse til klager den 8. juli 2011. Fra den hitsettes følgende:

"Oppsummering av resultatet fra vurderingen av løsningsbeskrivelsen, slik som tidligere beskrevet i brevet om avgjørelse av konkurransen:

Tecsidel har den beste beskrivelsen av hvordan de samlede tjenestene i vedlikeholdsavtalen planlegges løst. Hovedforskjellen mellom Tecsidel og Q-Free ligger i beskrivelsen av forholdet mellom teknisk løsning og beredskap for å opprettholde utstyrsfunksjonene og dermed oppetiden for utstyret i kjørefeltene. Tecsidel har en bedre beskrivelse av redundans på komponentnivå. Tecsidel har en mer spesifikk beskrivelse av de operative vedlikeholdsressursene, hvor angivelsen av de lokale ressursene skiller tilbyderne spesielt. Tecsidel beskriver bedre de lokale ressurser hos underleverandør med lokalisering i nærområdet til bompengesystemet. Q-Free har ikke en slik detaljert beskrivelse av operative ressurser i tilbudene sine. I poengsettingen har Tecsidel fått en samlet score på 3,7, mens Q-Free får 3,3.

Dette samlede resultatet er kommet fram ved at tilbydernes løsningsbeskrivelse (appendix 2) er sammenlignet med kravene i konkurransegrunnlaget for service- og vedlikeholdstjenestene. I løsningsbeskrivelsen skal tilbyderne beskrive hvordan kundens krav er planlagt tilfredsstilt.

I tilbudsevalueringen er derfor hvert av kravene i spesifikasjonsdokumentet "3.4 - Requirements Maintenance agreement" vurdert enkeltvis og har resultert i en samlet karaktersetting etter en skala 0-5, hvor 5 er beste karakter.

Q-Free har i forhold til Tecsidel oppnådd disse resultatene når det gjelder hvordan tilbudets løsningsbeskrivelse tilfredsstiller kravene:

Krav i appendix 1:

Begge tilbyderne har fått karakter 4. Begge har fått noe trekk, hovedsakelig på de samme kravene, som omhandler hvordan testen "IST Maintenance" skal gjennomføres (krav 10) og hvordan samlet kravoppnåelse skal rapporteres i driftsfasen (krav 11).

Krav i appendix 2:

Her har Q-Free fått karakteren 3 og Tecsidel har fått 4. Hovedforskjellen ligger i beskrivelsen av kravene 7 og 11, dvs. om ressurser, løsninger og prosedyrer. Q-Free har en mer overordnet/generell beskrivelse og viser mest til eksisterende organisasjon og prosedyrer, mens Tecsidel har en mer konkret og skreddersydd beskrivelse av vedlikeholdsressursene og hvordan disse skal fungere for å opprettholde oppetid og kvalitet i transaksjoner i forhold til hva som leveres av utstyrskvalitet, redundante løsninger, reservedelslager og beredskap.

Krav i øvrige appendix:

Begge tilbyderne har fått karakteren 3 og er dermed samlet sett like på dette kravsettet. Trekkene er gjort fordi det i tilbydernes løsningsbeskrivelse ikke er dokumentert hvordan flere krav er planlagt tilfredsstilt, selv om det ikke foreligger forbehold overfor kravene."

- (12) Det fremgikk videre av den nærmere begrunnelsen at innklagede hadde bedt Tecsidel om å forberede en sladdet versjon av sitt tilbud for oversendelse til klager, men at denne kunne sendes til klager tidligst 15. juli 2011.
- (13) Klager sendte et brev til innklagede 8. juli 2011 og ba om utsatt klagefrist til 22. juli 2011, på grunn av at klager ikke ville få oversendt tilbudet fra valgte leverandør før 15. juli 2011. Innklagede svarte samme dag og innvilget ikke utsatt klagefrist.
- (14) Klager sendte en klage på tildelingsbeslutningen til innklagede 11. juli 2011. I denne klagen påpekte klager at innklagede hadde foretatt en ubegrunnet skjønnsmessig vurdering av klagers service og vedlikeholdsprogram og at tildelingen var gjort på usaklig grunnlag ettersom klager ikke fikk innsyn i valgte leverandørs tilbud. Innklagede svarte på klagen samme dag og tok ikke klagen til følge.
- (15) Kontrakt med valgte leverandør ble signert 11. juli 2011.
- (16) Saken ble brakt inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser 18. august 2011.

Anførsler:

Klagers anførsler:

Uriktig prisgrunnlag ved vurderingen av valgte leverandørs tilbud

- (17) Klager anfører at innklagede har brutt forskriften § 21-1 (3) og likebehandlingsprinsippet ved å foreta korrigering av evalueringsprisen i punkt 4.1 i tilbudet til valgte leverandør grunnet for høyt timeantall på tilleggsarbeider, ettersom dette ikke var en åpenbar feil som det var utvilsomt hvordan skulle rettes. Klager viser til at det ikke var lagt føringer for timeantall for utregning av tilleggsarbeidet i konkurransegrunnlaget punkt 4.1 i vedlagte Bills of Quantity.

Brudd på kravet til likebehandling

- (18) Klager anfører at innklagede har brutt kravet til likebehandling i loven § 5 ved å benytte kostnadspost 54 (Repair after damage caused by third party) i konkurransegrunnlaget, ettersom kostnadspost 54 var til fordel for valgte leverandør siden valgte leverandør har en eksisterende bomstasjon på gjeldende vegstrekning og således sitter med egne erfaringstall.

Uriktig prisgrunnlag ved vurderingen av klagers tilbud

- (19) Klager anfører at innklagede har brutt regelverket ved å justere opp klagers evalueringspris på postene 54 (Repair after damage caused by third party), 55 (Additional work ordered by the Customer) og 63 (Replacement of equipment by the end of the particular component), ettersom disse kostnadspostene ikke var leverandørspesifikk. Klager viser til at leverandørene burde kunne sette kostnaden til kroner 0,- ettersom levering i henhold til krav- og lønsspesifikasjon ville gjøre slikt tilleggsarbeid unødvendig. Å prise postene til kroner 0,- er det samme som å skrive "*not included*" slik klager gjorde i sitt tilbud, ettersom en post som er priset til kroner 0,- innebærer at slike kostnader ikke er inkludert.

Klager fikk ikke tilstrekkelig klagefrist

- (20) Klager anfører at innklagede har brutt forskriften § 22-3 (1) ved ikke å gi klager tilstrekkelig tid til å vurdere begrunnelsen for valg av leverandør før utløp av klagefristen. Klager viser til at klager mottok den nærmere begrunnelsen fredag. 8. juli 2011, og at klagefristen gikk ut mandag 11. juli 2011. Klager mottok sladdet versjon av valgte leverandørs tilbud først etter klagefristens utløp. Klager ba om utvidet klagefrist for å få tilstrekkelig tid og grunnlag til å klage, men dette ble ikke innvilget av innklagede.

Inhabilitet

- (21) Klager anfører at innklagede har brutt forskriften § 3-7, ved at Geir Kjøningsen som var leder og prosessdriver i anskaffelsesprosjektet var inhabil til å tilrettelegge grunnlaget for anskaffelsen eller til å treffe avgjørelse i denne, ettersom han tidligere var ansatt hos Proxll som er underleverandør til valgte leverandør. Klager viser til at Høyesterett i Rt. 1998 side 1398 og Rt. 2007 side 983 har uttalt at det skal mindre til før inhabilitet konstateres i en konkurransesituasjon, og videre at forholdet ikke trenger å ha påvirket beslutningen, men har vært "*egnet til å svekke tilliten til hans upartiskhet*".

Innklagedes anførsler:

Uriktig prisgrunnlag ved vurderingen av valgte leverandørs tilbud

- (22) Innklagede bestrider å ha korrigert evalueringsprisen i post 4.1 i tilbudet til valgte leverandør og det foreligger således ikke brudd på forskriften § 21-1 (3) og likebehandlingsprinsippet. Innklagede viser til at det i tildelingsbrevet sendt til klager ble opplyst om at valgte leverandør hadde benyttet for høyt timeantall på tilleggsarbeider i konkurransegrunnlagets punkt 4.1. Dette var feil. Valgte leverandør hadde for lavt timeantall under punkt 4.2, og innklagede rettet derfor dette-, Det er altså ikke gjort noen endringer i tilbudets punkt. 4.1.

Brudd på kravet til likebehandling

- (23) Innklagede bestrider at bruken av post 54 i konkurransegrunnlaget utgjorde et brudd på kravet til likebehandling. Innklagede viser til at i enhver anbudskonkurranse vil det finnes eksempler på forhold som gir en eller flere tilbydere et fortrinn ved at de har levert tilsvarende ytelser tidligere eller har beregnet tilbudspriser på tilsvarende kostnadsposter. Det var heller ikke nødvendig med erfaringstall for a prise kostnadspost 54. Normalt vil det være relativt sjelden at biler gjør skade på veginnstallasjoner, herunder bomstasjonsinstallasjoner. Eventuelle erfaringstall vil i slike tilfeller kunne være misvisende, ettersom det er tale om såpass sjeldne hendelser at det erfaringsmessig ikke krever mer enn 1 time arbeid i måneden gjennomsnittlig pr. bomstasjon. Dessuten er det på det rene at Q-Free har en rekke egne erfaringstall som kunne ha blitt brukt til å beregne kostnadspost 54, selv om erfaringstallene ikke stammet fra en bomstasjon på den samme vegstrekingen som anbudskonkurransen i dette tilfellet dreide seg om.

Uriktig prisgrunnlag ved vurderingen av klagers tilbud

- (24) Innklagede bestrider at det var et brudd på likebehandlingsprinsippet å justere opp klagers evalueringspris på postene 54, 55 og 63, ettersom klager hadde tatt forbehold om disse postene ved å skrive "*not included*" i stedet for å fylle inn pris. Postene kunne ha blitt satt til kroner 0 uten at dette ville kunne ført til avvisning, men når klager valgte å skrive "*not included*" måtte dette tolkes som et forbehold. Forbeholdene ble vurdert opp mot avvisningsregelen i forskriften § 20-13 (1), men ble ikke funnet å være vesentlige. Forbeholdet ble priset til 872 080 kroner, og utgjorde 3,3 % av evalueringsprisen. Kostnadspostene 54 og 55 ble beregnet ut i fra erfaringsmessige tall fra andre bomstasjoner. Leverandørene skulle prise samlet kostnad pr. måned i 60 måneder. Ved beregningen benyttet Vegdirektoratet Q-Frees gjennomsnittlige timepris av prisene som fremgår av tabell 2 under punkt 4.2 i konkurransegrunnlagets del 1.4. Denne utgjorde kr. 864 pr. time. Etter erfaringstallene medførte både kostnadspost 54 og 55 gjennomsnittlig totalt 6 timer pr. måned. På denne bakgrunn ble det lagt til kr. 311 040 for både kostnadspost 54 og 55 (6 bomstasjoner x 1t x 60 mnd x kr. 864). Kostnadspost 63 ble beregnet ut i fra prisene til Tecsidel og Siemens. På bakgrunn av disse prisene ble denne kostnadsposten forsiktig anslått til kr. 250.000.

Klager fikk ikke tilstrekkelig klagefrist

- (25) Innklagede bestrider at klager ikke fikk tilstrekkelig tid til å vurdere begrunnelsen for valg av leverandør før utløp av klagefristen, og det foreligger således ikke brudd på forskriften § 22-3 (1). Innklagede viser til at klager fikk 11 dager til å ta stilling til om det var ønskelig å klage. Dette er i tråd med forskriften § 22-3 (1). Innklagede hevder at

begrunnelsen som ble gitt i tildelingsbeslutningen var tilstrekkelig som begrunnelse og dermed var fristutløsende. For det tilfellet at tildelingsbrevet ikke anses å oppfylle vilkårene i forskriften § 20-16 (4) reparerte brevet av 8. juli 2011 med den nærmere begrunnelse denne mangelen. Klager hadde da fortsatt tiden fra og med 8. juli til og med 11. juli 2011 kl. 12.00 til å vurdere en eventuell klage, og dette må anses som "*rimelig tid*".

Inhabilitet

- (26) Innklagede bestrider at Geir Kjørnigsen var inhabil til å tilrettelegge grunnlaget for anskaffelsen eller til å treffe avgjørelse i denne, og det foreligger dermed ikke brudd på forskriften § 3-7. Innklagede viser til at Kjørnigsen kun har vært ansatt i Proxll, som er valgte leverandørs underleverandør, og at det var gått 5 måneder siden Kjørnigsen sluttet i Proxll da den aktuelle konkurransen ble lyst ut. Det kreves en langt nærere eller sterkere tilknytning enn dette før en person anses inhabil etter reglene i forvaltningsloven § 6 (2). Innklagede viser videre til at selv om Kjørnigsen var leder og prosessdriver hadde han på ingen måte selvstendig påvirkningskraft eller innflytelse over valget av leverandør. Selv om Kjørnigsen i anskaffelsesprosjektet stod i en slags overordnet stilling i forhold til de øvrige, hadde ikke Kjørnigsen en slik stilling det henvises til i forvaltningsloven § 6 (4).

Sekretariatets vurdering:

- (27) Klager har deltatt i konkurransen, og har saklig klageinteresse, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Konkurransen gjelder anskaffelse av bomstasjonsutstyr til E18 Gulli – Langangen som er en vareanskaffelse. Anskaffelsens verdi er ikke opplyst i kunngjøringen eller konkurransegrunnlaget, men de mottatte tilbudene var i evalueringsrapporten fra 9. februar 2011 angitt til å være på mellom 26 millioner kroner og 38 millioner kroner. Sekretariatet legger dette til grunn i verdiberegningen av anskaffelsens anslåtte verdi. I tillegg til lov om offentlige anskaffelser følger anskaffelsen etter sin art og verdi forskrift om offentlige anskaffelser av 7. april 2006 nr. 402 del I og III, jf. forskriften §§ 2-1 og 2-2.

Brudd på kravet til likebehandling

- (28) Klager anfører at innklagede har brutt kravet til likebehandling ved å benytte post 54 (Repair after damage caused by third party) i konkurransegrunnlaget. Det er vist til at valgte leverandør har en fordel ved prisingen av denne posten, fordi valgte leverandør har en eksisterende bomstasjon på gjeldende vegstreking og således sitter med egne erfaringstall.
- (29) Kravet til likebehandling i loven § 5 innebærer at oppdragsgiver må sikre at alle leverandørene behandles likt gjennom hele anskaffelsesprosessen, jf. blant annet klagenemndas sak 2010/11 premiss (47).
- (30) Partene har opplyst at valgte leverandør på tidspunktet for innlevering av tilbud hadde en bomstasjon på den samme vegstrekingen som den aktuelle anskaffelsen gjaldt.
- (31) Dersom en tilbyder er eksisterende leverandør for oppdragsgiver, kan oppdragsgiver i noen tilfeller ha en aktivitetsplikt med sikte på å utjevne en konkurransefordel for eksisterende leverandør, jf. for eksempel EU-domstolens sak T-345/03 (domstolens første instans) og klagenemndas sak 2009/90 premiss (22) og 2010/160 premiss (81).

- (32) Det første som må avgjøres er dermed om valgte leverandør fikk en konkurransefordel ved utfyllingen av post 54, ved at leverandøren hadde en eksisterende bomstasjon på gjeldende vegstrekning.
- (33) Det vil i de fleste konkurranser foreligge forhold som gjør at noen tilbydere har et bedre grunnlag enn andre for å levere inn et godt tilbud, dette kan skyldes tidligere erfaring fra lignende oppdrag, deltagelse i lignende konkurranser på et tidligere tidspunkt eller annet. Ikke alle slike fordeler kan anses å være en konkurransefordel.
- (34) Innklagede har opplyst at det er relativt sjelden at biler gjør skade på veginstallasjoner, herunder bomstasjonsinstallasjoner, og at de erfaringstall valgte leverandør sitter med derfor kunne være misvisende, ettersom det er tale om såpass sjeldne hendelser at det erfaringsmessig ikke krever mer enn 1 time arbeid i måneden gjennomsnittlig pr. bomstasjon. Innklagede har også opplyst at klager sitter med egne erfaringstall som kunne ha blitt brukt til å beregne kostnadspost 54, selv om erfaringstallene ikke stammer fra en bomstasjon på den samme vegstrekningen som anbudskonkurransen i dette tilfellet dreide seg om. Klager har ikke bestridt dette, og det legges således til grunn at klager sitter med erfaringstall fra andre vegstrekninger, og at disse ville være relevante ved utforming av tilbudet i den aktuelle konkurransen. Dette tilsier at de erfaringstall valgte leverandør sitter med ikke utgjør en konkurransefordel for valgte leverandør.
- (35) Videre fremkommer det av konkurransegrunnlagets vedlegg "*AutoPASS Requirement specification*" at post 54 kun var en av 157 poster som skulle prises. Eventuelle erfaringstall angående denne posten ville dermed uansett ha en begrenset betydning for utformingen av tilbudet.
- (36) Sekretariatet kan etter dette ikke se at de erfaringstall valgte leverandør måtte sitte med angående kostnader på grunn av skader påført av en tredjepart på den aktuelle strekningen utgjorde en konkurransefordel for valgte leverandør ved utfyllingen av post 54. Innklagede har dermed ikke brutt kravet til likebehandling ved å benytte post 54 (Repair after damage caused by third party) i konkurransegrunnlaget. Klagers anførsel fører dermed ikke frem.

Uriktig prisgrunnlag ved vurderingen av valgte leverandørs tilbud

- (37) Klager anfører at innklagede har brutt forskriften § 21-1 (3) og likebehandlingsprinsippet ved å foreta korrigering av evalueringsprisen i punkt 4.1 i tilbudet til valgte leverandør grunnet for høyt timeantall på tilleggsarbeider, ettersom dette ikke var en åpenbar feil som det var utvilsomt hvordan skulle rettes.
- (38) Av forskriften § 21-1 (3) fremkommer det at "*[d]ersom oppdragsgiver blir oppmerksom på åpenbare feil i tilbudet, skal disse rettes dersom det er utvilsomt hvordan feilen skal rettes.*"
- (39) I tildelingsbrevet 30. juni 2011 som ble sendt til klager, ble det opplyst at valgte leverandør hadde benyttet for høyt timeantall på tilleggsarbeider i konkurransegrunnlagets punkt 4.1. I sine anførsler har imidlertid innklagede påpekt at dette var feil. Det riktige er at valgte leverandør hadde for lavt timeantall under et annet punkt, punkt 4.2, og det var dette som ble korrigert ved evalueringen. Det samme

fremkommer også av evalueringsrapporten datert 30. juni 2011. Det er altså ikke gjort noen endringer i tilbudets punkt. 4.1. Klagers anførsel fører dermed ikke frem.

Uriktig prisgrunnlag ved vurderingen av klagers tilbud

- (40) Klager anfører at innklagede har brutt regelverket ved å justere opp klagers evalueringspris på postene 54, 55 og 63.
- (41) Ved tilbudsevalueringen utøver oppdragsgiver et innkjøpsfaglig skjønn som klagenemnda bare i begrenset grad kan overprøve. Klagenemnda kan imidlertid prøve om oppdragsgivers skønnsutøvelse er usaklig eller vilkårlig, bygd på feil faktum eller for øvrig er i strid med de grunnleggende kravene i loven § 5.
- (42) Det fremkom av konkurransegrunnlagets vedlegg "*AutoPASS Requirement specification*" at tilbyderne som en del av tilbudet skulle føre inn pris på 157 oppgitte poster. Partene er enig om at klager på postene 54, 55 og 63 i stedet for å føre inn en pris, hadde skrevet "not included".
- (43) Dersom klager hadde priset de aktuelle postene til kroner 0,- ville dette medført at klager var forpliktet til å levere de tjenestene som fremkom av de aktuelle postene, men at det enten ikke ble krevd betaling for dette, eller at postene inngikk i prisen oppgitt på andre poster. Det at klager skrev "*not included*" på postene 54, 55 og 63 må derimot forstås slik at klagers tilbud ikke omfattet de tjenestene som skulle prises i de aktuelle postene. Ettersom dette var tjenester innklagede forutsatte at skulle inngå i kontrakten, utgjør det et avvik/forbehold når klager i sitt tilbud ikke inkluderer de tjenestene som fulgte av postene 54, 55 og 63.
- (44) Utgangspunktet når et tilbud inneholder et avvik/forbehold er at oppdragsgiver skal vurdere om avviket/forbeholdet medfører en plikt for oppdragsgiver til å avvise tilbudet. Dersom det ikke foreligger plikt til å avvise tilbudet, skal oppdragsgiver prissette avviket/forbeholdet dersom det har en økonomisk verdi, jf. for eksempel klagenemndas sak 2008/62 premiss (40) og sak 2010/159 premiss (66).
- (45) Innklagede konkluderte med at avvikene/forbeholdene i klagers tilbud ikke medførte en plikt til å avvise tilbudet, men at avvikene/forbeholdene hadde en økonomisk verdi. Innklagede priset derfor avvikene/forbeholdene i tilbudet til klager. Innklagede har etter dette ikke brutt regelverket ved å justere opp klagers evalueringspris på postene 54, 55 og 63. Innklagede har opplyst at kostnadspost 54 og 55 ble beregnet ut fra erfaringsmessige tall fra andre bomstasjoner, mens kostnadspost 63 ble beregnet ut fra prisene i de andre tilbydernes priser. På bakgrunn av disse prisene ble det foretatt et forsiktig prisanslag. Klagenemnda kan ikke se at innklagedes prising av valgte leverandørs avvik/forbehold er vilkårlig eller usaklig. Klagers anførsel fører ikke frem.

Klager fikk ikke tilstrekkelig klagefrist

- (46) Klager anfører at innklagede har brutt forskriften § 22-3 (1) ved ikke å gi klager tilstrekkelig tid til å vurdere begrunnelsen for valg av leverandør før utløp av klagefristen.
- (47) Klagenemnda gjør oppmerksom på at forskriftens bestemmelser om meddelelse om kontraktsinngåelse og karenperiode ble endret med virkning fra 1. juli 2012. I konkurranser som er kunngjort etter dette tidspunktet følger det av § 22-3 (3) at

oppdragsgiver tidligst kan inngå kontrakt eller rammeavtale etter utløpet av den karenperioden oppdragsgiver har fastsatt. Karenperioden skal være minst 10 dager dersom meddelelsen sendes elektronisk eller over telefaks, eller minst 15 dager dersom den sendes med et annet kommunikasjonsmiddel.

- (48) Av den tidligere bestemmelsen i forskriften § 22-3 (1), som gjaldt for denne konkurransen, følger det at oppdragsgivers beslutning om hvem som skal tildeles kontrakt skal meddeles til alle deltakerne "*i rimelig tid før kontrakt [...] inngås*". Det fremkommer videre at meddelelsen skal inneholde en begrunnelse for valget i samsvar med § 20-16 (oppdragsgivers begrunnelsesplikt) første ledd. Dersom tildelingsmeddelelsen ikke oppfyller kravene til begrunnelse etter § 20-16 (1), blir klagefristen ikke utløst jf. sak 2008/87 premiss (43) og 2010/148 premiss (54).
- (49) Det første som må avgjøres er dermed om den begrunnelse som ble gitt i tildelingsmeddelelsen datert 30. juni 2011 oppfylte kravene til begrunnelse i forskriften § 20-16 (1), slik at klagefristen begynte å løpe fra dette tidspunkt.
- (50) Av den tidligere bestemmelsen i forskriften § 20-16 (1), som gjaldt for denne saken, fremgår det at oppdragsgivers begrunnelse ved meddelelse om kontraktstildeling, skal inneholde tilstrekkelig informasjon om det valgte tilbudet til at leverandøren kan vurdere om oppdragsgivers valg har vært "*saklig og forsvarlig, i samsvar med angitte tildelingskriterier*". Det sentrale formålet med begrunnelsesplikten etter denne bestemmelsen er å gi leverandørene et grunnlag for å vurdere om tildelingsbeslutningen skal imøtegås, enten ved å be oppdragsgiveren endre avgjørelsen eller ved å begjære midlertidig forføyning, jf. FADs veileder 2006 på s. 204. Klagenemnda har i tidligere saker lagt til grunn at oppdragsgiver i tillegg til matriser som viser poengsettingen på tildelingskriteriene, må redegjøre for sine vurderinger ved poengsettingen for at begrunnelsen skal oppfylle kravene i forskriften, jf. blant annet klagenemndas sak 2009/215 premiss (39). For øvrig må det foretas en konkret vurdering av om begrunnelsesplikten er oppfylt, jf. klagenemndas sak 2009/254 (premiss 44).
- (51) Som begrunnelse for poenggivningen av tildelingskriteriet "*Total price*" var det i meddelelsen av 30. juni 2011 vedlagt en tabell som viste tilbyderens tilbudte priser, samt redegjort for hvordan poengene var blitt regnet ut og hvor mange poeng henholdsvis klager og valgte leverandør hadde fått på dette kriteriet. Det var også opplyst om hvorfor innklagede hadde økt klagers evalueringspris. Dette må anses som en tilfredsstillende begrunnelse i tilknytning til tildelingskriteriet "*Total price*", da den gir klager en reell mulighet til å etterprøve oppdragsgivers evaluering, jf. klagenemndas vurdering av en tilsvarende begrunnelse i sak 2012/219 premiss (23).
- (52) Det fremkom videre i meddelelsen av 7. desember 2010 at det som begrunnelse for poenggivningen under tildelingskriteriet "*Service and Maintenance program*" var opplyst hvor mange poeng tilbyderne fikk, samt gjort rede for hvorfor tilbudet til valgte leverandør ble vurdert som bedre enn tilbudet til klager på dette punkt. Dette må anses som en tilfredsstillende begrunnelse for dette tildelingskriteriet, da den gir klager en reell mulighet til å etterprøve oppdragsgivers evaluering. Klagefristen begynte etter dette å løpe fra tildelingsmeddelelsen datert 30. juni 2011.
- (53) Klagenemnda har i sin praksis om den gamle § 22-3 (1) uttalt at klagefristen må settes ut fra saksomstendigheter og rimelighetshensyn, jf. sak 2008/98 premiss (103) og sak 2009/266 premiss (49). Videre følger det av klagenemndas praksis at en klagefrist på 10

dager normalt må anses som tilstrekkelig lang jf. sak 2009/270 premiss (32), 2009/266 premiss (52). I den foreliggende sak var tildelingsbeslutningen datert 30. juni 2011, og klagefristen var satt til 11. juli 2011. Klager hadde altså en klagefrist på 11 dager, og dette må anses å være tilstrekkelig. Klagers anførsel kan derfor ikke føre frem.

Inhabilitet

- (54) Klager anfører at innklagede har brutt forskriften § 3-7, ved at Geir Kjønigsen som var leder og prosessdriver i anskaffelsesprosjektet var inhabil til å tilrettelegge grunnlaget for anskaffelsen eller til å treffe avgjørelse i denne, ettersom han tidligere var ansatt hos Proxll som er underleverandør til valgte leverandør.
- (55) Det følger av forskriften § 3-7 at ved behandling av saker som omfattes forskriften gjelder reglene om habilitet i forvaltningsloven § 6 til § 10 og kommuneloven § 40 nr. 3.
- (56) Partene har opplyst at Geir Kjønigsen var ansatt som direktør for avdeling for samferdsel hos Proxll, som er en underleverandør til valgte leverandør, fra 1. mars 2009 til 31. desember 2010. Han ble ansatt i Statens Vegvesen 1. januar 2011. Anskaffelsen ble lyst ut på doffin.no 2. mai 2011. Det var altså gått vel 4 måneder siden Kjønigsen sluttet i Proxll da den aktuelle konkurransen ble lyst ut i Doffin.
- (57) Av fv1. § 6 (2) fremgår det at det foreligger inhabilitet dersom det finnes *"særegne forhold[...] som er egnet til å svekke tilliten til hans upartiskhet; blant annet skal legges vekt på om avgjørelsen i saken kan innebære særlig fordel, tap eller ulempe for ham selv eller noen som han har nær personlig tilknytning til. Det skal også legges vekt på om ugildhetsinnsigelse er reist av en part."*
- (58) Spørsmålet blir dermed om Kjønigsens tidligere ansettelse hos valgte leverandørs underleverandør kan anses som *"særegne forhold [...] som er egnet til å svekke tilliten til hans upartiskhet"* jf. forskriften § 3-7, jf. forvaltningsloven § 6 (2).
- (59) I sak 2009/254 kom klagenemnda i premiss (62) til at leder av en kommunes bygg- og eiendomsavdeling ikke var inhabil til å delta i behandlingen av en anskaffelse, selv om han var i permisjon fra, eller tidligere ansatt hos, en avtaleleverandør til valgte leverandør, ettersom han ikke hadde et *"virksomt ansettelsesforhold til valgte leverandør"*.
- (60) Heller ikke Kjønigsen har et virksomt ansettelsesforhold til valgte leverandør eller valgte leverandørs underleverandør, og det er heller ikke opplyst andre forhold som tilsier at Kjønigsen har en spesielt nær tilknytning til Proxll. Det kan ikke være nok at Kjønigsen ca. 4 måneder forut for kunngjøringen av aktuelle konkurranse var ansatt som direktør for avdeling for samferdsel hos Proxll i en periode på ett og ni måneder. Sekretariatet finner dermed etter en konkret vurdering at det ikke foreligger særegne forhold som er egnet til å svekke tilliten til Kjønigsens upartiskhet og vedkommende var da ikke inhabil til å tilrettelegge grunnlaget for anskaffelsen eller til å treffe avgjørelse i denne. Klagers anførsel på dette punkt kan ikke føre frem.
- (61) Ettersom sekretariatet har funnet at klagen klart ikke kan føre fram, avvises den som uhensiktsmessig for behandling i klagenemnda, jf. klagenemnds forskriften § 9.

Erlend Pedersen
Nestleder/advokatfullmektig (e.f.)

Tine Sæbø
førstekonsulent

Kopi til: