



Klagenemnda for offentlige anskaffelser

Innklagede gjennomførte en konkurranse med forhandling for anskaffelse av elektrikerarbeid. Klagenemnda fant at innklagede hadde brutt forskriften § 13-3 (1) ved ikke å angi klagefrist i tildelingsmeddelelsen. Videre fant klagenemnda at innklagede hadde brutt kravet til nærmere begrunnelse i forskriften § 11-14 (4). Klagenemnda fant også at innklagede hadde brutt kravene til gjennomsiktighet og etterprøvbarhet i loven § 5, ved ikke å føre referat fra befaring og forhandlingsmøte. Som følge av de nevnte brudd kunne ikke klagenemnda ta stilling til klagers øvrige anførsler.

Klagenemndas avgjørelse 17. desember 2012 i sak 2011/125

Klager: Ing. Hans Pedersen AS

Innklaget: Bergen kommune v/Bergen Bolig og Byfornyelse KF

Klagenemndas medlemmer: Arve Rosvold Alver, Kai Krüger, Jakob Wahl

Saken gjelder: Klagefrist, referat, nærmere begrunnelse, gjennomføring av forhandlinger, tildelingsevaluering, ulovlig tildelingskriterium

Bakgrunn:

- (1) Bergen Bolig og Byfornyelse KF (heretter kalt innklagede) kunngjorde 7. februar 2011 en konkurranse med forhandling for anskaffelse av elektrikerarbeid. Anskaffelsen var kunngjort som en bygge- og anleggsanskaffelse. Anskaffelsens verdi er i kunngjøringens punkt II.2.1 angitt til å være kroner 1 900 000. Frist for anmodning om deltakelse var i kunngjøringen punkt IV.3.4 angitt til å være 25. februar 2011, mens frist for å "sende ut invitasjon til å inngi tilbud eller deltagelse til utvalgte tilbydere" var 3. mars 2011. I kunngjøringen punkt II.1.5 var det gitt følgende beskrivelse av anskaffelsen:

"Innvendig rehabiliteringsarbeider i boligblokk med 60 leiligheter. Arbeidene består av utskifting/oppgradering av underfordeling i leiligheter til 2/40A, 7 stk. jordfeilautomat og jordskinne. Nye fremlegg i kabelkanal til vaskesøyle, vv-bereder og oppvaskmaskin. Utskifting, fremlegg bryter/stikkontakt og benkebelysning på kjøkken. Nødvendig utskiftning av panelovner til termostatoovner på kjøkken/sov/stue. Montere nye varmekabler baderomsgulv der disse er ødelagt".

- (2) Det fremgikk av kunngjøringen punkt IV.2 "Tildelingskriterier" at kontrakt ville tildeles det økonomisk mest fordelaktige tilbudet basert på følgende opplistede kriterier; 1. "Kvalitet", 2. "Leveringssikkerhet", 3. "Service og teknisk bistand etter levering", 4.

"Pris" og 5. "Levering og ferdigstillelse dato". Før oppstillingen fremgikk at kriteriene var angitt i prioritetsrekkefølge.

- (3) Av konkurransegrunnlaget side 1 fremgikk følgende under "Byggetid":

«Arbeidene beregnes tidligst å starte uke 14 og antas å ha en total varighet på ca 9 mnd med beregnet avslutning i månedsskifte Oktober/Desember 2011. Arbeidene skal utføres innenfor de angitte rammer i utarbeidet fremdriftsplan. Ønsket avvik på beregnet fremdrift skal klart fremkomme i anbudet. (se side 10) Arbeidet skal pågå kontinuerlig til ferdigstillelse med bemanning tilpasset avtalt fremdrift.

Koordineringsplan utarbeides i samråd med byggeleder og settes inn i hovedfremdriftsplan sammen med øvrige fag.

Med grunnlag i vurdering av angitt fremdriftsplan og anbyders kontroll av leveringstider på materialer (se side 10), skal anbyder her oppgi totalt antall arbeidsdager som beregnes for utførelse.

Tid totalt: _____ dg."

- (4) På side 9 i konkurransegrunnlaget var det oppstilt fremdriftsplan, hvor første aktivitet var angitt til å skulle starte i april og første leilighet skulle påbegynnes i mai. Etter fremdriftsplanen skulle arbeidet være ferdig i desember. Det fremgikk at "[f]remdriftsplan skal danne grunnlag for kontraktsfestet produksjonstid." Videre fremgikk følgende:

"Eventuelle merknader til plan vedr. oppstartstidspunkt og varighet samt leveringstider på materialer/produkter med erfaringsmessig lang leveringstid, må fremkomme her:

FAG: _____

Antatt produksjonstid for 7 leiligheter: _____ dg

Angi leveringstid på produkter med antatt lang leveringstid:

1. Produkt: Bestillingstid:

2. Produkt: Bestillingstid: "

- (5) Under konkurransegrunnlaget punkt 021 på side 11 "Hovedtavle" fremgikk at tilbyderne skulle "[b]eskriv tiltak for provisorisk strøm som er medtatt i pris". Det skulle opplyses om "[b]eregnet tid for utskiftning av hovedtavle" i dager.

- (6) Det fremgikk følgende av konkurransegrunnlaget side 12, for postene 03 og 031:

"LEILIGHETER.

Tavlerom, underfordelingsrom og en del 2-romsleiligheter gjøres tilgjengelig for egenbefaring. Det er en forutsetning for prising at entreprenør besiktiger tilgjengelige arealer for å gjøre seg kjent med prosjektet.

BEFARING LEILIGHETER.

Før oppstart i leilighetene må det avholdes kontrollbefaring i alle leilighetene for kontroll og oversikt over følgende:

- *Registrering av varmekabler på bad som ikke fungerer.*
- *Registrering av panelovner som ikke har termostat.*

Kontroll omfatter ca 55 leiligheter. Her medtas pris på gjennomføring av befaring samt utarbeidelse av rapport fra befaring."

- (7) Innen fristen mottok innklagede anmodning om deltakelse fra syv leverandører, hvor samtlige ble invitert til å gi tilbud. Samtlige leverandører leverte tilbud innen fristen, herunder Ing. Hans Pedersen AS (heretter kalt klager), Sønnico Installasjon AS (heretter kalt valgte leverandør) og Petterson & Gjellesvik.
- (8) Det opplyst at innklagede gjennomførte befaring 18. mars 2011. Klager deltok ikke på befaringen.
- (9) På side 2 i valgte leverandørs tilbud var total tid angitt til 90 dager, og det fremgikk på side 9 at antatt produksjonstid for syv leiligheter var 10 dager.
- (10) På side 2 i tilbudet fra Petterson & Gjellesvik var total tid oppgitt til 11 dager. I tilbudet var det på side 9 strøket over "[a]ntatt produksjonstid for 7 leiligheter, og det fremgikk følgende:

"Angi leveringstid på produkter med antatt lang leveringstid:

1. Produkt: Hovedfordeling Bestillingstid: 4 uker

2. Produkt: Underfordeling Bestillingstid: 4 uker

Fellesanlegg"

- (11) Det fremgår av anskaffelsesprotokollen punkt 8 at samtlige tilbydere ble invitert til forhandlinger, og at det ble avholdt forhandlinger med samtlige tilbydere over telefon 23. mars 2010. Det fremgår at "[t]ilbudene ble gjennomgått og samtlige fikk muligheten til eventuelle korrigeringer i sine tilbud".
- (12) Klagers tilbudspris ble revidert ved e-post av 25. mars 2011, og det fremgikk at klager sendte "som avtalt svar på uklarheter i forbindelse med forhandlingsmøte". Det fremgikk at én post var lagt inn to ganger og at det dermed kunne gjøres fradrag for denne posten. Videre fremgikk at "[t]avler har en måneds leveringstid" og at den nye prisen inkluderte "fast pris ved fullføring av prosjektet innen utgangen av desember 2011".
- (13) Tilbydernes tilbudssum før og etter forhandling fremgår av åpningsprotokollen. Det fremgår at valgte leverandørs tilbud var kroner 1 602 145 før forhandling, og kroner 1 564 645 etter forhandling. Klagers tilbud var kroner 1 725 000 før forhandling, og kroner 1 550 000 etter forhandling. Tilbudet fra Petterson & Gjellesvik AS var kroner 1 677 875 før forhandling, og kroner 1 590 000 etter forhandling. Dette var de tre rimeligste tilbudene.

- (14) Tilbyderne ble meddelt tildelingsbeslutning i brev datert 28. mars 2011. Det var ikke angitt klagefrist i brevet. Det fremgikk at innklagede etter en samlet vurdering av kriteriene, som var angitt i prioritert rekkefølge, hadde kommet til at tilbudet fra Sønnico AS samlet sett måtte vurderes som det økonomisk mest fordelaktige tilbudet. Innklagede ville dermed *"innlede forhandlinger med Sønnico as med tanke på utførelse av prosjektet."* Følgende ble vektlagt ved evalueringen av tilbudene:

"Kriterie 1, Kvalitet:

Legger til grunn at det ikke er betydelig avvik mht kvalitet mellom de ulike tilbyderne.

Kriterie 2, Leveringssikkerhet:

Sønnico as som har nest laveste pris kan fremskaffe nødvendige komponenter tilnærmet uten leveringstid. Ing. Hans Pedersen as som har laveste pris oppgir leveringstid på en måned på hovedtavle. Kort leveringstid medfører mulighet for delvis innfasing av etasjevis fordelingsskap og dermed minimale konsekvenser for beboere i form av strømutkoblinger,

Kriterie 3, Service- og teknisk bistand etter levering;

Antas å være likeverdig mellom de ulike tilbyderne.

Kriterie 4, Pris:

Mellom de to tilbudene som totalt vurderes å være mest gunstig er det svært liten prisforskjell prosentvis.

Kriterie 5, Levering og ferdigstillelse dato:

På grunn av kortere leveringstid på viktige komponenter i leveransen legger en til grunn at tilbudet fra Sønnico as må antas å være mest gunstig mht levering og ferdigstilles dato."

- (15) Klager sendte klage på tildelingsbeslutning ved brev datert 29. mars 2011, hvor det ble anført at innklagede hadde brutt forskriften § 13-3, da tildelingsmeddelelsen ikke oppfylte kravet til begrunnelse, og det ikke var angitt noen klagefrist. Det ble videre bedt om nærmere begrunnelse etter forskriften § 11-14 (4), og det ble bedt om at anskaffelsesprotokollen og de øvrige tilbudene ble oversendt.
- (16) I e-post av 30. mars 2011 beklaget innklagede at klagefrist var bortfalt i evalueringsbrevet og bekreftet at denne var 14 dager, samt at kontrakt ikke ville bli inngått før utløpt klagefrist.
- (17) Innklagede oversendte kopi av foreløpig anskaffelsesprotokoll, som også omfattet åpningsprotokoll med priser før og etter forhandling, ved brev datert 31. mars 2011. Det fremgikk at innklagede ville oversende tilbud på et senere tidspunkt. Videre fremgikk følgende:

"Når det gjelder oppdragsgivers plikt til å gi nærmere begrunnelse i henhold til § 11-14 nummer 4 er vi av den oppfatning at begrunnelse gitt i vårt brev av 28.03.2011 sammen med vedlagte kopi av anskaffelse protokoll/åpningsprotokoll oppfyller oppdragsgivers

begrunnelsesplikt. Vi vil likevel vurdere om det kan være hensiktsmessig å komplettere denne begrunnelsen med ytterligere informasjon innenfor gjeldene frist."

- (18) Klager sendte klage på tildelingen ved brev datert 6. april 2011. Det ble anført at kravet til begrunnelse ikke var oppfylt, som følge av manglende opplysninger om hvilke forhold som var vektlagt under tildelingskriterium 1 og 4. Videre ble det anført at evalueringen av tildelingskriterium 2 og 5 var i strid med kravet til forutberegnelighet i loven § 5. Det ble også anført at innklagede hadde brutt kravet til gjennomsiktighet og etterprøvbarhet i loven § 5 som følge av manglende opplysninger om hvordan evalueringen av tildelingskriterium 1 og 4 var gjennomført.

- (19) Innklagede avviste klagen ved brev datert 8. april 2011, hvor det fremkom at:

"En har gjennomgått og vurdert Deres synspunkt. Imidlertid har vi etter en samlet vurdering kommet til at våre vurderinger så langt vi kan se er basert på saklighet og at det er gjennomført forsvarlige vurderinger.

Vi noterer oss Deres ønske om mer omfattende begrunnelser for de vurderinger som er foretatt ifht. de ulike tildelingskriterier. Vi kan imidlertid ikke se at den begrunnelse som er gitt ikke er i samsvar med forskriftens krav. En mer omfattende beskrivelse av de vurderinger som ligger bak begrunnelsens innhold ville i dette tilfellet vanskelig kunne medført at begrunnelsen ville fremstått annerledes i konklusjon.

BBB legger derfor til grunn at vi ut i fra en saklig og forsvarlig vurdering av de fremsatte tilbud i henhold til angitte tildelingskriterier har valgt det mest økonomisk fordelaktige tilbudet og finner således ikke grunnlag for å etterkomme den fremsatte klage."

- (20) Saken ble brakt inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser ved brev datert 14. april 2011.

- (21) Innklagede har i tilsvaret for klagenemnda redegjort for at følgende var tema under forhandlingene:

"Tidsbruk:

Syklustid pr. 7 leiligheter samt totaltid ble gjennomgått med samtlige leverandører. Syklustiden varierte etter denne gjennomgang fra 10 til 14 dager. Leverandøren som ble valgt, Sønnico AS, opplyste å ha 10 dager syklustid

Materialer / mengdekontroll:

Valg av utstyr som var medtatt i tilbudene ble gjennomgått. Med få unntak hadde samtlige leverandører priset inn de produkter som var medtatt i ytelsesbeskrivelsen og det var kun små avvik og liten forskjell mellom de ulike leverandører.

Leveringstid på materialer:

Mht. til hovedtavle og fordelingsskap ble det angitt ulike løsninger fra leverandørene. Leverandørene oppgav løsninger som dels var basert på bygging på stedet og dels prefabrikasjon. Opplyst leveringstid varierte fra ca. en uke til en måned. Leverandøren som ble valgt, Sønnico AS, angav leveringstiden til ca. en uke.

Utkoplingstid ved utskifting av hovedtavle var på forhånd av oppdragsgiver anslått til ca. 8-9 timer for hele bygget. Videre 6-8 timer utkopling pr. etasje ved utskifting av fordelingskap. Under forhandlingene fremkom det at Sønnico AS kunne ferdigstille hovedtavlen før arbeidene startet i leilighetene og derfor gjennomføre utskifting med strømutkopling på kun ca. 1 time. Med tanke på å redusere ulempene for en sårbar beboergruppe i størst mulig grad i gjennomføringsperioden, ble derfor den korte leveringstiden på hovedtavlen vurdert å være svært fordelaktig.

Besiktigelse på eiendommen:

Alle leverandører ble i konkurransegrunnlaget invitert til å delta ved felles besiktigelse som ble gjennomført den 18. mars 2011. To av tilbyderne hadde ikke deltatt under besiktigelsen og under forhandlingene ble det påpekt følgende tekst fra ytelsesbeskrivelsen side 12:

"Det er en forutsetning for prising at entreprenør besiktiger tilgjengelige arealer for å gjøre seg kjent med prosjektet."

Under forhandlingene ble det i forhold til Elektroinstallasjon AS og Ing. Hans Pedersen AS som ikke hadde deltatt ved besiktigelse stilt spørsmål ved om de kunne tilby en kontrakt etter NS3431 (totalentreprisekontrakt) for å gi oppdragsgiver sikkerhet for risikoen knyttet til korrekt forståelse av det totale oppdraget. Det ble også forespurt om de ville kunne tilby annen tilsvarende sikkerhet for at oppdragsgiver ikke skulle bli påført ytterligere kostnader ved mulige misoppfatninger knyttet til oppdraget. Det ble ikke tilbudt slik kontrakt eller annen tilsvarende sikkerhet fra de to leverandørene som ikke hadde deltatt ved besiktigelse.

For å sikre at tilbudene skulle kunne sammenlignes dersom Elektroinstallasjon AS eller Ing. Hans Pedersen AS valgte å gi et tilbud basert på NS 3431, ble også øvrige tilbydere under forhandlingene forespurt om de ville kunne tilby en kontrakt i samsvar med NS 3431. Eneste leverandør som under forhandlingene sa seg villig til å inngå kontrakt etter NS 3431 var Sønnico AS. Sønnico AS tilbydde slik kontrakt under forutsetning av at inntil kr. 50.000,- eks. mva. skulle kunne avskrives av avregningspost i tilbudet (timepost for regningsarbeid).

Pris:

Samtlige leverandører ble opplyst ca. plassering i prisrangering slik denne forelå etter kontrollregning."

Anførsler:

Klagers anførsler:

Klagefrist

- (22) Klager anfører at innklagede har brutt forskriften § 13-3 ved ikke å angi klagefrist i tildelingsbrevet. At innklagede senere innvilget klagefrist endrer ikke dette.

Referat

- (23) Klager anfører at innklagede har brutt kravene til etterprøvbarehet og gjennomsiktighet i loven § 5 ved ikke å føre referat fra forhandlingene.

- (24) Videre anføres at innklagede har brutt kravene til gjennomsiktighet og etterprøvbarhet i loven § 5 ved ikke å føre referat fra befaringen. På samme måte som for forhandlinger må det utledes en plikt til å skrive referat fra befaring, da behovet for referat ikke kan vurderes annerledes enn ved forhandlinger. I mangel av referat kan deltakerne ikke etterprøve hva som ble gitt av opplysninger, herunder om det ikke ble gitt opplysninger/presiseringer av betydning for tilbudet, som ikke fremgikk av konkurransegrunnlaget, jf. kravet til likebehandling.

Nærmere begrunnelse

- (25) Klager anfører at innklagede har brutt kravene til nærmere begrunnelse i forskriften § 11-14 (4). Alternativt anføres at kravene til gjennomsiktighet og etterprøvbarhet ikke er oppfylt. Det vises til at innklagede ikke har redegjort for hvordan tildelingskriteriene er evaluert.

Gjennomføring av forhandlinger

- (26) Klager har anført at innklagede har brutt kravet til forutberegnelighet og likebehandling i loven § 5 ved forhandlingene. Det vises til at klager kun fikk tilbakemelding om styrkeforholdet/forbedringspotensialet hva gjaldt pris, hvor klager var best, og ikke om forhold som ble tillagt avgjørende vekt i klagers disfavør.

Tildelingsevaluering

- (27) Klager anfører at innklagede har brutt kravet til forutberegnelighet i loven § 5 ved tildelingsevalueringen. Det vises til at det ikke er i samsvar med tildelingskriteriene å vektlegge manglende deltakelse på befaring, tilbud om regulering i henhold til NS 3431 og manglende sikkerhet for kostnader som følge av mulige misoppfatninger. Klager presiserer at klagenemnda ikke trenger å ta stilling å ta stilling til om endring av NS utgjør en ulovlig vesentlig endring, selv om det etter klagers oppfatning ikke kan være tvilsomt.
- (28) Vedørende evalueringen av tildelingskriteriet "*Leveringssikkerhet*", vises det prinsipalt til at det ikke er forutberegnelig å vektlegge leveringstid for hovedtavle basert på kriteriets utforming og informasjonen i konkurransegrunnlaget. Det ble heller ikke gitt opplysninger under forhandlingene som tilsa at klagers leveringstid for hovedtavler ville gi lav uttelling. Subsidiært anføres at det er i strid med kravet til forutberegnelighet å kreditere én ukes leveringstid for hovedtavle etter bestilling, sammenlignet med fire uker etter bestilling, da det ikke ville hatt noen praktisk betydning ettersom arbeidene skulle igangsettes 4 uker etter kontraktsoppstart. Også klager kunne hatt mulighet til dette, noe som fremgikk av tilbudet sammenholdt med innklagedes fremdriftsplan.
- (29) Innklagede har videre brutt kravet til forutberegnelighet i loven § 5 ved evalueringen av tildelingskriteriet "*Levering og ferdigstillelsesdato*". Det vises til at leveringstid for hovedtavle og strømutkoblingstid ble vektlagt ved evalueringen, mens totaltid og syklustid ikke ble evaluert.

Ulovlig tildelingskriterium

- (30) Klager anfører at tildelingskriteriene "*Kvalitet*" og "*Service og teknisk bistand etter levering*" er ulovlig da de ikke er egnet til å identifisere det økonomisk mest fordelaktige tilbudet. Klager hevder at tildelingskriteriene må være knyttet til opplysninger som det fremgår av konkurransegrunnlaget at skal gis i tilbudene, og som

det må forventes at tilbudene inneholder opplysninger om. I konkurransegrunnlaget må det derfor etterspørres informasjon som gjør det mulig å sammenligne tilbudene ut fra tildelingskriteriene. Videre må grunnlaget inneholde de nødvendige opplysningene for å kunne gi et konkurransedyktig tilbud i relasjon til de oppgitte tildelingskriteriene, jf. Dragsten og Lindalen side 1748.

- (31) Vedrørende at tildelingskriteriet "*Kvalitet*" er ulovlig, vises det til at innklagede har bundet tilbydernes besvarelse til en mal, med nærmere bestemte poster som forutsettes utfyllt. Det var kun etterspurt opplysninger om type panelovn, og det er ikke gitt nærmere opplysninger om at tilbyderne har blitt bedt om å gi en beskrivelse utover dette, og det er heller ikke dokumentert.
- (32) Vedrørende tildelingskriteriet "*Service og teknisk bistand etter levering*" vises det til at ingenting i tilbudsmalen omhandler dette, og det er heller ikke etterspurt opplysninger under telefonkonferansen.

Innklagedes anførsler:

Klagefrist

- (33) Innklagede bestrider å ha brutt regelverket om offentlige anskaffelser. Innklagede bekrefter at det ikke ble gitt klagefrist i tildelingsbrevet, men viser til at forholdet ble søkt rettet ved e-post av 30. mars 2011.

Referat

- (34) Innklagede bekrefter at det ikke foreligger referat fra forhandlingene, men fremhever at klager har fått tilgang på alle vurderinger som var foretatt i forbindelse med evalueringen av tilbudene.
- (35) Innklagede bekrefter også at det ikke foreligger referat fra befaringen. Det vises imidlertid til informasjon gjengitt over vedrørende befaring. Klager har ikke sannsynliggjort at det ble gitt opplysninger under befaringen som ikke fremgår av konkurransegrunnlaget.

Nærmere begrunnelse

- (36) Innklager anfører at klager har mottatt begrunnelse i forhold til angitte tildelingskriterier som tilfredsstiller kravet til nærmere begrunnelse i forskriften § 11-14 (4). Det vises til at all relevant informasjon om de ulike tilbuds egenskaper og relative fordeler er gitt, dels i tildelingsbrev og videre i materialet klager har fått innsyn i, herunder protokoll, pristilbud og samtlige tilbud i den grad dette var mulig uten at konkurransesensitiv informasjon ble utlevert.

Gjennomføring av forhandlinger

- (37) Innklagede har vist til at flere tema ble tatt opp under forhandlingene. Blant annet ble totaltid og syklustid gjennomgått med samtlige leverandører, herunder at dette også var et vurderingstema ved evalueringen av tilbudene.

Tildelingsevalueringen

- (38) Innklagede bestrider å ha brutt regelverket ved tildelingsevalueringen. Vedrørende tildelingskriteriet "*Kvalitet*" har innklagede vist til at dette alltid er av stor betydning, og

at det ble prioritert høyest. Alle tilbyderne hadde valgt gode kvalitetsmessige løsninger. Materialet som benyttes skulle være typegodkjent, og det ble ikke påvist åpenbare kvalitetsforskjeller mellom de ulike tilbyderne. Det ble således lagt til grunn at det ikke var betydelige avvik mellom de ulike tilbudene med hensyn til kvalitet.

- (39) Vedrørende tildelingskriteriet "*Leveringssikkerhet*" var det påviselige forskjeller mellom hvordan tilbyderne skulle fremskaffe sentrale komponenter som tavlekonstruksjon. Noen leverandører ville her benytte underleverandører som hadde leveringstid og med tilhørende risiko for forsinkelse. Den leverandøren som ble vurdert best ville selv produsere hovedtavler og kunne dermed sette dette i prosess i god tid før installasjon. Dette ville styrke leveringssikkerheten betydelig og sikre mot forsinkelser som ville kunne få konsekvenser for koordinerte arbeider innen for andre fag. At tavlene kunne prefabrikeres av leverandøren selv innenfor en produksjon på ca. 1 uke, ble vurdert som en langt bedre løsning enn det som var lagt til grunn i oppdragsgivers forslag til fremdriftsplan. At en av leverandørene derfor kunne forsere den foreslåtte fremdriftsplan vesentlig var etter oppdragsgivers innkjøpsfaglige skjønn et forhold som medførte at denne leverandøren, både med hensyn til tildelingskriteriet "*Leveringssikkerhet*" og kriteriet "*Levering og ferdigstillelsesdato*", hadde et vesentlig bedre tilbud.
- (40) Med en svært avgrenset prisforskjell mellom de to laveste tilbudene i forhold til pris, vurderte innklagede at fordelene ved bedre leveringssikkerhet, og større sikkerhet for levering, og overholdelse av ferdigstillelsesdato, medførte at tilbudet fra valgte leverandør samlet sett var det økonomisk mest fordelaktige tilbudet i relasjon til tildelingskriteriene. Innklagede presiserer også at det er selvsagt en fordel med kort leveringstid på hovedtavlen, og ikke minst at utkoblingstiden i bygget blir så kort som mulig. Dette var tema under forhandlingene, og valgte leverandør meddelte her at de kunne gjennomføre utskiftningen med strømutkopling på kun ca. en time. Dette ble ansett svært fordelaktig.

Ulovlig tildelingskriterium

- (41) På dette punkt har innklagede utelukkende vist til gjennomføringen av konkurransen, samt innklagedes evaluering som fremgikk av tildelingsbeslutningen, og at klagenemnda etter dette må ta stilling til om tildelingskriteriene var egnet til å identifisere det økonomisk mest fordelaktige tilbudet ved anskaffelsen av elektroentreprisen.

Klagenemndas vurdering:

- (42) Klager har deltatt i konkurransen, og har saklig klageinteresse, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Konkurransen gjelder elektrikerarbeid og er kunngjort som en bygge- og anleggsanskaffelse. Anskaffelsens verdi er i kunngjøringen punkt II.2.1 estimert til kroner 1,9 millioner. I tillegg til lov om offentlige anskaffelser følger anskaffelsen etter sin opplyste art og verdi forskrift om offentlige anskaffelser av 7. april 2006 nr. 402 del I og II, jf. forskriften §§ 2-1 og 2-2. Klagenemnda finner innledningsvis grunn til å bemerke at denne konkurransen reguleres av forskriften slik den lød før forskriftsendringen av 1. juli 2012.

Klagefrist

- (43) Problemstillingen er hvorvidt innklagede har brutt forskriften § 13-3 (1) ved ikke å angi klagefrist i tildelingsmeddelelsen.

- (44) Det følger av forskriften § 13-3 (1) at tildelingsbeslutning skal meddeles skriftlig til alle deltakerne *"i rimelig tid før kontrakt eller rammeavtale inngås"*. Videre fremgår av 4. punktum at meddelelsen *"skal angi frist for leverandørene til å klage over beslutningen."*
- (45) Det er på det rene at innklagede ikke hadde angitt klagefrist i tildelingsbeslutningen av 28. mars 2011. Tildelingsbeslutningen var dermed i strid med forskriften § 13-3, jf. klagenemndas saker 2010/308 premiss (44) som ble fulgt opp i 2011/83 premiss (56). Feilen i tildelingsbeslutningen av 28. mars 2011 kunne etter dette formelt sett ikke rettes ved å angi klagefrist i e-post av 30. mars 2011. Innklagede har dermed brutt forskriften § 13-3 (1) ved ikke å angi klagefrist i tildelingsmeddelelsen.

Nærmere begrunnelse

- (46) Den neste problemstillingen er om innklagede har brutt kravet til nærmere begrunnelse i forskriften § 11-14 (4).
- (47) Klager ba om en nærmere begrunnelse ved brev datert 29. mars 2011. Det følger av forskriften § 11-14 (4) at dersom det er fremsatt en skriftlig anmodning om det, skal det innen 15 dager gis en nærmere begrunnelse for at leverandøren ikke fikk kontrakten. Dersom kontrakt er tildelt, skal navnet på den som fikk kontrakten opplyses sammen med *"det valgte tilbudets egenskaper og relative fordeler."* Bestemmelsen må ses i sammenheng med forskriften § 11-14 (1) hvor det fremgår at første begrunnelse for valg av tilbud *"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."*
- (48) Klagenemnda har i flere saker lagt til grunn at en nærmere begrunnelse må forutsettes å skulle sammenlikne mer inngående det valgte tilbudet med tilbudet til den leverandøren som anmoder om en nærmere begrunnelse, jf. blant annet klagenemndas sak 2010/252 premiss (30) med videre henvisninger. For øvrig må det foretas en konkret vurdering av om begrunnelsesplikten er oppfylt, jf. klagenemndas sak 2010/235 premiss (35), 2009/254 premiss (44). Dersom oppdragsgiver har gitt flere etterfølgende begrunnelser, kan disse ses i sammenheng når det vurderes om kravene til en nærmere begrunnelse er oppfylt, jf. blant annet klagenemndas sak 2010/252 premiss (30) med flere henvisninger.
- (49) Innklagede gav ingen nærmere begrunnelse utover det som fremgikk av tildelingsbeslutningen. Klagenemnda forstår innklagede på den måten at det anføres at begrunnelsen som fremgikk i tildelingsbrevet, sett i sammenheng med oversendt anskaffelsesprotokoll/åpningsprotokoll, måtte anses tilstrekkelig til å oppfylle innklagedes begrunnelsesplikt etter forskriften § 11-14 (1) og (4). Nemnda minner om at ordningen før 1. juli 2012 var at en kortfattet begrunnelse etter forskriften § 11-14 (1) etter begjæring skulle utdypes med en nærmere og mer spesifikk begrunnelse for hvorfor leverandøren ikke ble tildelt kontrakt og en konkret påpekning av det valgte tilbuds egenskaper og relative fordeler.
- (50) I tildelingsbeslutningen sitert ovenfor under (14) var det redegjort for klagers tilbud sammenlignet med tilbudet fra valgte leverandør. De aktuelle kriterier var oppgitt i prioritert nummerert rekkefølge men uten vektingstall. Når det gjelder kriteriet *"Kvalitet"* var det vist til at det *"ikke er betydelig avvik mht kvalitet"* mellom tilbyderne. Ved kriteriet *"Leveringssikkerhet"* fremgikk at klager var lavest på pris, men at valgte

leverandør tilbød tjenesten, for så vidt gjelder komponentene, uten leveringstid, mens klager oppga en måned for nødvendige komponenter. Ved kriteriene 3 og 4 (Service mv og Pris) var det likeverdig eller svært liten prisforskjell. Ved kriteriet *"Levering og ferdigstillelse dato"* oppga innklagede at valgte leverandør hadde kortere leveringstid på viktige komponenter og at valgte leverandør derfor ble antatt å være mest gunstig. Ved oversendelsen av åpningsprotokollen fikk klager innsyn i samtlige totalpriser, som i det foreliggende tilfellet må anses tilstrekkelig i relasjon til tildelingskriteriet *"Pris"*.

- (51) Tildelingskriteriene var vagt utformet, og det var ikke nærmere redegjort for hva som ville vektlegges ved evalueringen. Tildelingskriteriene gav innklagede et vidt skjønn, og dette får betydning også for hvilke krav som stilles til begrunnelsen for valg av leverandør, jf. eksempelvis Rettens avgjørelse i sak T-447/10, hvor det ble fremhevet at tildelingskriteriene gav oppdragsgiver (the Court of Justice) en ikke ubetydelig skjønnsmargin, og at: *"... the corollary of the discretion enjoyed by the Court of Justice in the area of public procurement is a statement of reasons that sets out the matters of fact and law upon which the Court of Justice based its assessment. It is only in the light of those matters that an applicant is genuinely in a position to understand the reasons why those scores were awarded. Only such a statement of reasons therefore enables him to assert his rights and the General Court to exercise its power of review"*, jf. premiss (91) og (92).
- (52) Nemnda vil anta at den refererte begrunnelse gjengitt ovenfor ville tilfredsstilt forskriften § 11-14 (1). Derimot må det forventes en mer spesifikk utdypning ved den etterfølgende begrunnelse etter § 11-14 (4). Det er da særlig de punkter der valgte leverandør blir preferert som interesserer. Ved kriteriet *"Leveringssikkerhet"* er valgte leverandør spesifisert tilfredsstillende. Ved det andre kriterium med vurderingsforskjell – *"Levering og ferdigstillelsesdato"* oppgis bare at valgte leverandør har *"kortere leveringstid"* uten at klagers tilbud stilles opp mot dette ved annet enn at valgte leverandør antas å være mest gunstig. Dette er det laveste prioriterte tildelingskriterium. Nemnda har vært i noen tvil om dette, men er kommet til at begrunnelsen for valgte leverandørs preferanse under kriterie 5 er for generell og dermed uegnet til å klargjøre valgte leverandørs fordeler på en slik måte at klager kunne etterprøve om tildelingen var i samsvar med regelverket. At det ble gitt innsyn i anskaffelsesprotokoll og øvrige tilbud endrer ikke dette, anskaffelsesprotokollen gav uansett ikke noe nærmere informasjon knyttet til tilbudsevalueringen. Klagenemnda er etter dette – under tvil – kommet til at innklagede har brutt kravet til nærmere begrunnelse i forskriften § 11-14 (4).

Referat

- (53) Befaring ble foretatt 18. mars 2011, og det ble avholdt forhandlinger med samtlige tilbydere over telefon 23. mars 2011. Det er enighet om at det ikke foreligger referat fra verken befaring eller forhandlinger. Problemstillingen er om innklagede har brutt kravene til gjennomsiktighet og etterprøvbarhet ved ikke å føre referat fra befaring og forhandlingsmøte, jf. loven § 5 og forskriften §§ 3-1 (7) og 3-2.
- (54) I klagenemndas sak 2012/132 ble det i premiss (66) lagt til grunn at:

"For så vidt gjelder forhandlingsmøter har klagenemnda i flere saker lagt til grunn at det følger av kravene til gjennomsiktighet og etterprøvbarhet at oppdragsgiver har plikt til å føre referat fra møtene, jf. blant annet klagenemndas avgjørelse i sakene 2010/41,

2009/254 og 2007/134. Verken lov eller forskrift om offentlige anskaffelser oppstiller nærmere formkrav til hvordan referat skal utformes. Kravene til etterprøvbarehet og gjennomsiktighet i lov om offentlige anskaffelser § 5, samt forskriften § 3-1 (7), og § 3-2 må imidlertid innebære at oppdragsgiver skal føre skriftlig og utfyllende referat fra forhandlingsmøtene, jf. klagenemndas sak 2007/134. Ut fra kravet til gjennomsiktighet og etterprøvbarehet, må tilsvarende gjelde også for andre møter innklagede avholder med leverandørene i anskaffelsesprosessen. Det er også for disse møter sentralt at det ikke i ettertid skal være tvil om hvilken kontakt det har vært mellom innklagede og de ulike leverandørene."

- (55) Det er dermed klart at innklagede hadde en plikt til å føre referat fra forhandlingsmøtet, jf. kravene til gjennomsiktighet og etterprøvbarehet i loven § 5 og forskriften §§ 3-1 (7) og 3-2. Det fremgår også av klagenemndas sak 2012/132 at plikten til å føre referat gjelder tilsvarende *"for andre møter innklagede avholder med leverandørene i anskaffelsesprosessen"*. I det foreliggende tilfellet må den gjennomførte befaringen anses som et møte i anskaffelsesprosessen, og innklagede hadde dermed plikt til å føre referat. Mangelen på referat i samsvar med kravene kan ikke anses rettet ved at det i tilsvarende for klagenemnda ble redegjort for hva som hadde vært tema for forhandlingene.
- (56) Etter dette er klagenemnda kommet til at innklagede har brutt kravene til gjennomsiktighet og etterprøvbarehet ved ikke å føre referat fra befarings- og forhandlingsmøte, jf. loven § 5 og forskriften §§ 3-1 (7) og 3-2.

Gjennomføring av forhandlinger

- (57) Den neste problemstillingen er hvorvidt innklagede har gjennomført forhandlingene i samsvar med kravene til forutberegnelighet og likebehandling i loven § 5.
- (58) Ved gjennomføringen av en konkurranse med forhandling har oppdragsgiver plikt til å føre reelle forhandlinger med tilbydere, jf. klagenemndas sak 2008/136, hvor det fremgår at:

"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 leverandørenes 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)."

- (59) Klager har anført at i forhandlingene fikk klager kun tilbakemelding vedrørende tildelingskriteriet pris, og at det ikke ble gitt tilbakemelding vedrørende styrkeforhold eller forbedringspotensialet på de øvrige tildelingskriteriene. Innklagede har imidlertid redegjort for hva som var tema under forhandlingene, som gjengitt i premiss 21, og har hevdet at både syklustid og totaltid ble gjennomgått med samtlige leverandører, herunder at dette også var et vurderingstema ved evalueringen av tilbudene.

- (60) Klagenemnda legger etter dette til grunn at partene er uenige om hva som faktisk ble diskutert under forhandlingene. På bakgrunn av klagenemndas skriftlige saksbehandling har ikke nemnda mulighet til å ta stilling til slik faktisk uenighet mellom partene, jf. blant annet klagenemndas saker 2009/223 og 2008/162. Klagenemnda må derfor basere sin avgjørelse ut fra de skriftlige bevis som er fremkommet i saken.
- (61) I det foreliggende tilfellet ble ikke skrevet referat fra forhandlingene, og en skriftlig redegjørelse for innholdet i forhandlingene ble først gitt ved innklagedes tilsvaer. Basert på den dokumentasjon som er foreliggende, har ikke klagenemnda tilstrekkelig faktisk grunnlag for å ta stilling til hva det ble forhandlet om. Klagenemnda kan følgelig heller ikke ta stilling til hvorvidt forhandlingene ble gjennomført i samsvar med kravene til forutberegnelighet og likebehandling i loven § 5. Anførselen avvises dermed som uhensiktsmessig for behandling, jf. klagenemndsforordningen § 9.

Klagers øvrige anførsler

- (62) Klager har anført flere grunnlag for at innklagedes tildelingsbeslutning er i strid med kravet til forutberegnelighet i loven § 5, samt at kriteriene "*Kvalitet*" og "*Service og teknisk bistand etter levering*" ikke er egnet til å identifisere det økonomisk mest fordelaktige tilbudet.
- (63) I konkurransegrunnlaget var det ikke nærmere redegjort for hva som skulle vektlegges ved evalueringen av disse tildelingskriteriene. Klagenemnda har over kommet til at innklagede ikke har oppfylt kravene til nærmere begrunnelse som fremgår av forordningen § 11-14 (4). Det ble ikke ført referat fra forhandlingene, og informasjon om hva som fremkom av forhandlingene fremgår utelukkende av innklagedes begrensede redegjørelse i tilsvaer for klagenemnda. Det er i svært begrenset grad dokumentert hva som faktisk ble evaluert ved tildelingsevalueringen, og partene har ikke adressert spørsmålet om lovligheten av innklagedes tildelingskriterier på en måte som gjør det mulig for nemnda å ta stilling til disse. Klagenemndas saksbehandling er utelukkende skriftlig. På bakgrunn av den foreliggende dokumentasjon er det ikke mulig for klagenemnda å overprøve innklagedes vurderinger ved tildelingsevalueringen. Slik saken er opplyst er det heller ikke mulig for klagenemnda å ta stilling til hvorvidt tildelingskriterierene er egnet til å identifisere det økonomisk mest fordelaktige tilbudet. Klagers øvrige anførsler avvises dermed som uhensiktsmessig for behandling, jf. klagenemndsforordningen § 9.

Konklusjon:

Bergen kommune v/Bergen Bolig og Byfornyelse KF har brutt forordningen § 13-3 (1) ved ikke å angi klagefrist i tildelingsmeddelelsen.

Bergen kommune v/Bergen Bolig og Byfornyelse KF har brutt kravet til nærmere begrunnelse i forordningen § 11-14 (4).

Bergen kommune v/Bergen Bolig og Byfornyelse KF har brutt kravene til gjennomskiktighet og etterprøvbarehet ved ikke å føre referat fra befaringen og forhandlingsmøtene, jf. loven § 5 og forordningen §§ 3-1 (7) og 3-2.

Klagers øvrige anførsler avvises som uhensiktsmessig for behandling, jf. klagenemndsforskriften § 9.

Bergen, 17. desember 2012
For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,

Jakob Wahl