



**Klagenemnda
for offentlige anskaffelser**

Saken gjelder: Ulovlig direkte anskaffelse. Ulovlig tildelingskriterium. Avvisning av leverandør. Begrunnelse. Gjennomføring av forhandlinger. De grunnleggende kravene i loven § 5.

Innklagede gjennomførte en konkurranse med forhandling for kjøp av styresekretær/daglig leder. Klagenemnda fant at det var forsvarlig av innklagede å estimere anskaffelsens verdi til 1,5 millioner kroner, og kunngjøre konkurransen etter forskriften del II, basert på en vurdering hvor også forventet effektivitet hos den som ble valgt som leverandør ble tatt i betraktning. Videre utgjorde det ikke et brudd på regelverkets bestemmelser om konkurranse med forhandling at innklagede ikke pekte på konkrete forbedringspunkter i klagers tilbud. Klagers anførsel om at innklagede hadde plikt til å dele opp et av tildelingskriteriene og gi hver del en relativ vekt, førte ikke frem, med henvisning til at det ikke gjelder et krav om vektning av tildelingskriteriene for anskaffelser som følger forskriften del II. Klagers anførsler om at valgte leverandør skulle vært avvist, og at det ville utgjøre et brudd på regelverket å inngå kontrakt med valgte leverandør som følge av en fare for krysssubsidiering mv., førte ikke frem. Klagenemnda kom imidlertid til at innklagedes begrunnelse for tildeling av kontrakt var i strid med forskriften § 11-14 nr. 1.

Klagenemndas avgjørelse 29. januar 2015 i sak 2014/130

Klager: Via Futura AS

Innklaget: Nord-Jæren Bompengeselskap AS

Klagenemndas medlemmer: Gro Amdal, Magni Elsheim og Jakob Wahl

Bakgrunn:

- (1) Innkjøpsassistanse Vest AS kunngjorde 4. juli 2014 – på vegne av Nord-Jæren Bompengeselskap AS (heretter innklagede) – en konkurranse med forhandling for engasjement av styresekretær/daglig leder. Anskaffelsens verdi ble i kunngjøringen punkt II.2.1) estimert til 1,5 millioner kroner. Tilbudsfrist ble i kunngjøringen punkt IV.3.4) angitt til 16. september 2014.
- (2) I konkurransegrunnlaget punkt 5 gikk det frem at styresekretæren/daglig leder var forutsatt å være engasjert "... i størrelsesorden 25 – 35 % stilling".
- (3) Krav til leverandørenes kvalifikasjoner, og tilhørende dokumentasjonskrav, fremgikk av konkurransegrunnlaget punkt 3. Av relevans for saken gjengis følgende dokumentasjons-/kvalifikasjonskrav:

"3.1 FIRMAATTEST

Det kreves at tilbyder godtgjør at de er registrert i et bransjeregister eller annet foretaksregister som foreskrevet i lovgivningen i den stat hvor de er etablert. Dokumentasjon (eksempelvis firmaattest fra foretaksregisteret i Brønnøysund) på dette skal vedlegges tilbudet."

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

- (4) Kontrakten skulle ifølge konkurransegrunnlaget punkt 4 tildeles det økonomisk mest fordelaktige tilbudet, basert på følgende tildelingskriterier:

"1. Egenskaper ved den tilbudte løsningen (50 %):

- *Kandidatens faglige kompetanse og erfaring fra gjennomføring av tilsvarende oppgaver*
- *Personlig egnethet, ryddighet og fleksibilitet bl.a. vurdert gjennom intervju med kandidat*
- *Beskrivelse av hvordan arbeidet vil bli gjennomført*
- *Tilleggskapasitet / reservekandidatens faglige kompetanse*

2. Økonomi / priser (50 %):

- *Timepriser, kostnader ellers og eventuelt andre betingelser i forbindelse med gjennomføring"*

- (5) Vedrørende tildelingskriteriet "Økonomi / priser" ble det presisert at

"Oppdraget begrenses til ca. 35 % årsverk tilsvarende maksimalt 600 arbeidstimer per år, men kan etter nærmere avtale med oppdragsgivers justeres [...]"

I vedlegg 2 er prisskjema til utfylling. Ved evaluering av pris benyttes: Timepris x 600 x 4 år pluss evt. reisekostnader til Rogaland for 4 år (basert på 16 møter i Stavangerområdet / år). Reisekostn. i Rogaland skal være inkludert i timepris [...]"

Fakturering skjer månedlig med fri fakturamåned + 30 dager. Timer og aktivitet pr dag rapporteres i skjema som vedlegges faktura. "

- (6) I prisskjemaet som innklagede hadde lagt ved konkurransegrunnlaget, ble tilbyderne bedt om å legge inn timepriser for henholdsvis hovedkandidat og reservekandidat, og eventuelle reisekostnader (for tilbydere uten kontor i Rogaland).
- (7) Blant leverandørene som leverte tilbud innenfor tilbudsfristen var Via Futura AS (heretter klager) og Vegfinans AS.¹
- (8) Forhandlingsmøte med klager ble avholdt 30. september 2014. Fra møtereferatet gjengis følgende:

"I forhandlinger gis mulighet til presiseringer og endringer, og tilbydere får anledning til å levere inn revidert tilbud og bedre pris. Det er hard konkurranse og høy kompetanse hos tilbydere."

- (9) Ved brev datert 7. november 2014 ble klager informert om at innklagede hadde til hensikt å inngå kontrakt med Vegfinans AS (heretter valgte leverandør). I brevet hadde

¹ Vegfinans AS eies ifølge www.vegfinans.no av fylkeskommunene Akershus, Buskerud, Hedmark, Oppland, Telemark og Vestfold.

innklagede tatt inn en tabell, som viste forskjellen i poeng mellom klagers- og valgte leverandørs tilbud. Tildelingsbeslutningen ble videre begrunnet på følgende måte:

"Vinner er bedømt klart bedre enn Via Futura mht. egenskaper ved den tilbudte løsningen. Vinner er også noe bedre enn Via Futura mht. Pris; til tross for at reisekostnader er lagt inn i regnestykket.

Egenskaper ved tilbudt løsning bl.a. ved den organisering og kapasitet som ble presentert av Via Futura var dessverre ikke vurdert god nok ved sammenligning med vinner."

- (10) Saken ble brakt inn for klagenemnda for offentlige anskaffelser ved brev datert 24. november 2014.
- (11) Nemndsmøte i saken ble avholdt 26. januar 2015.

Anførsler:

Klager har i det vesentlige anført:

- (12) Innklagede har brutt regelverket for offentlige anskaffelser på en rekke punkter. Anskaffelsens verdi tilsier for det første at konkurransen skulle vært kunngjort etter forskriften del III, og innklagede har dermed ikke gjort en forsvarlig vurdering av anskaffelsens verdi ved å kunngjøre konkurransen etter del II.
- (13) Innklagede har videre brutt kravet om å føre reelle forhandlinger med tilbyderne, ved at det ikke er påpekt noen sider av klagers tilbud som kan forbedres.
- (14) Tildelingskriteriet *"Egenskaper ved den tilbudte løsningen"*, er ulovlig fordi det i realiteten er en sammenslåing av to kriterier som skulle vært vektet hver for seg.
- (15) Innklagedes begrunnelse for tildeling av kontrakt, angir kun at valgte leverandørs tilbud var bedre på tildelingskriteriene, og begrunnelsen er derfor i strid med forskriften § 11-14 nr. 1.
- (16) Valgte leverandør har et vedtektsfestet formål som begrenser selskapet fra å delta i den foreliggende konkurransen. Dette strider med dokumentasjons-/kvalifikasjonskravet om firmaattest, og selskapet skulle derfor vært avvist, jf. forskriften § 11-10 (1). Under enhver omstendighet vil det utgjøre et brudd på prinsippene om likebehandling og god forretningsskikk å inngå kontrakt med valgte leverandør, som er et offentlig eid selskap. Dette på grunn av faren for kryssubsidiering og underprising.

Innklagede har i det vesentlige anført:

- (17) Innklagede bestrider at det var uforsvarlig å beregne anskaffelsens verdi til 1,5 millioner kroner, og kunngjøre konkurransen etter forskriften del II. Estimatet er blant annet basert på en forventet effektivitet hos den som blir valgt som leverandør.
- (18) Innklagede ga alle tilbyderne et oppfordring om å forbedre sine tilbud, både på pris og øvrige kriterier. Det er derfor ikke riktig at det ikke ble ført reelle forhandlinger med klager.

- (19) Etter forskriften del II er det ikke et krav om vekting av tildelingskriteriene. Klager kan da ikke høres med at tildelingskriteriet "*Egenskaper ved den tilbudte løsningen*", skulle vært delt opp i flere kriterier med hver sin tilskrevne vekt.
- (20) Innklagede bestrider at det vil være i strid med regelverket å tildele kontrakten til valgte leverandør. Klagers anførsler på dette punkt må avvises fra behandling i nemnda.

Klagenemndas vurdering:

- (21) Klager har deltatt i konkurransen, og har saklig klageinteresse, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Konkurransen gjelder kjøp av styresekretær/daglig leder, og er kunngjort blant annet med CPV-koden 79420000 ("*Ledelsesrelaterte tjenester*"), som er en prioritert tjeneste i tjenestekategori 11.

Beregningen av anskaffelsens verdi

- (22) Klager anfører at innklagede har brutt regelverket ved ikke å kunngjøre konkurransen etter forskriften del III (TED-databasen), fordi en forsvarlig vurdering av anskaffelsens verdi klart overstiger terskelverdien i forskriften § 2-2 (1), dvs. 1,55 millioner kroner.
- (23) Det følger av forskriften § 2-3 (1) og (2) at anskaffelsens verdi skal beregnes på grunnlag av det samlede beløpet oppdragsgiver anslår at man kan komme til å betale, og at denne beregningen skal være holdbar på kunngjøringstidspunktet.
- (24) Anskaffelsens verdi er i kunngjøringen punkt II.2.1) som nevnt estimert til 1,5 millioner kroner. Denne vurderingen, hevder klager, er ikke holdbar. Klager viser i denne sammenheng til at oppdraget innebærer ca. 600 arbeidstimer pr. år. Kontrakten er på tre år med opsjon på ett år. I evalueringsfasen har innklagede også multiplisert de tilbudte timeprisene med 600 arbeidstimer. Denne summen har deretter blitt multiplisert med kontraktens totale lengde på fire år. For å komme under terskelverdien på 1,55 millioner kroner, må man ifølge klager legge til grunn en timepris som ligger langt under den realistiske markedsprisen som innklagede kan forvente å betale.
- (25) Innklagede har forklart at beregningen av anskaffelsens verdi er basert på en forventet effektivitet hos den som leverer det økonomisk mest fordelaktige tilbudet. Av konkurransegrunnlaget fremgår det at styresekretæren/daglig leder er forutsatt engasjert i en 25 – 35 % stilling. Estimaten på 600 arbeidstimer ligger i det øvre sjiktet av dette, og er angitt først og fremst med evalueringsfasen for øye. Det er antatt at valgte leverandør vil bruke færre enn 600 timer på å utføre oppdraget, og at kostnadene ved tjenesten derfor ikke vil overstige 1,5 millioner kroner. Kontrakten som innklagede har til hensikt å inngå med valgte leverandør, lyder da også på 1,3 til 1,5 millioner kroner.
- (26) Etter klagenemndas oppfatning er det ikke grunnlag for å konstatere at innklagede med dette har gjort en uforsvarlig vurdering av anskaffelsens estimerte verdi, jf. forskriften § 2-3 (2). At innklagede, ved evalueringen av tilbydernes timepriser, har basert seg på et bestemt antall arbeidstimer, er uten betydning så langt det er rimelig å forvente at det finnes en leverandør på markedet som kan utføre arbeidet mer effektivt. Klagers anførsler gir ikke holdepunkter for å tilsidesette denne vurderingen fra innklagedes side. På denne bakgrunn finner klagenemnda at det var forsvarlig av innklagede å legge til grunn at anskaffelsen ville ha en estimert verdi på 1,5 millioner kroner. I tillegg til lov om offentlige anskaffelser følger anskaffelsen derfor etter sin verdi forskrift om

offentlige anskaffelser av 7. april 2006 nr. 402 del I og del II, jf. forskriften §§ 2-1 og 2-2. Klagers anførsel om at konkurransen skulle vært kunngjort etter forskriften del III, fører ikke frem.

Gjennomføring av forhandlingene

- (27) Klager anfører at innklagede har brutt anskaffelsesregelverket ved at det ikke er gjennomført reelle forhandlinger med leverandørene. Klager viser i denne sammenheng til at innklagede – i referatet fra forhandlingsmøtet med klager – ikke har pekt på noen konkrete sider av klagers tilbud som kan forbedres.
- (28) Klagenemnda har i en rekke saker uttalt at oppdragsgivere har plikt til å føre reelle forhandlinger med leverandørene ved konkurranser med forhandling gjennomført etter forskriften del II, se eksempelvis sak 2011/1. Basert på en gjennomgang av regelverkets forarbeider ble dette noe modifisert i klagenemndas avgjørelse i sak 2013/141. Nemnda la her til grunn at bestemmelsen i forskriften § 11-8 ikke oppstiller en ubetinget forhandlingsplikt, jf. premiss (36). Oppdragsgiver kan likevel ha en plikt til å forhandle med tilbyderne, men da basert på en konkret vurdering av omstendighetene i konkurransen i lys av kravene til likebehandling og god forretningsskikk, jf. forskriften §§ 3-1 og 11-8 (3).
- (29) Når utgangspunktet i forskriften del II er at det ikke gjelder en ubetinget plikt til å forhandle, må dette også få betydning for hvilke krav som kan stilles til innholdet i forhandlingene.
- (30) I det foreliggende tilfellet kom innklagede med en generell oppfordring til tilbyderne om å levere reviderte tilbud, herunder en bedre pris. Det ble påpekt at konkurransen var hard, og at samtlige tilbydere hadde høy kompetanse. Innklagede har videre forklart at det i tillegg ble gitt en mer omfattende veiledning under forhandlingsmøtet, noe klager bestrider.
- (31) Uavhengig av om innklagede ga klager en mer omfattende veiledning under forhandlingsmøtet eller ikke, fikk tilbyderne imidlertid den samme oppfordringen i møtereferatet til å levere inn et revidert tilbud. Klager benyttet seg ikke av denne muligheten.
- (32) Klager har videre ikke vist til konkrete omstendigheter ved forhandlingene, som kan ha gitt innklagede en plikt til å kommentere konkrete sider ved klagers tilbud mer inngående. Nemnda kan heller ikke se at forhandlingene på andre måter har skjedd i strid med kravene til likebehandling og god forretningsskikk.
- (33) Innklagede har etter dette ikke brutt anskaffelsesregelverket i forbindelse med gjennomføringen av forhandlingene med klager. Klagers anførsel fører ikke frem.

Ulovlig tildelingskriterium

- (34) Klager anfører at innklagedes tildelingskriterium "*Egenskaper ved den tilbudte løsningen*" er ulovlig, fordi det i realiteten er en sammenslåing av flere ulike kriterier, som skulle vært vektet hver for seg. Til støtte for dette har klager blant annet vist til klagenemndas avgjørelse i sak 2009/156, hvor nemnda kom til at en sammenslåing av kriteriene "*Kvalitet og vareutvalg*" var i strid med forskriften § 22-2 (2). Dette fordi

§ 22-2 (2) fjerde setning krever at oppdragsgiver angir *"den relative vektingen som gis hvert av kriteriene"*.

- (35) Klagers anførsel er at underkriteriene som gjelder kompetanse, erfaring og personlige forhold hos de tilbudte kandidatene, og underkriteriet *"beskrivelse av hvordan arbeidet vil bli gjennomført"*, er to separate kriterier som skulle vært angitt med hver sin vekt.
- (36) Anførselen bygger på at anskaffelsen også i det foreliggende tilfellet følger forskriften del III. Klagenemnda har ovenfor konstatert at anskaffelsen følger anskaffelsen del II. Kriterier for valg av tilbud er her regulert i § 13-2, som ikke inneholder det nevnte kravet fra § 22-2 (2) fjerde setning. For anskaffelser som følger forskriften del II, gjelder det ikke et krav om vekting av tildelingskriteriene. Følgelig kan det heller ikke legges til grunn at innklagede har brutt regelverket ved ikke å oppstille og vekte de nevnte kriteriene hver for seg. Nemnda kan heller ikke se at det er i strid med regelverket å benytte de aktuelle kriteriene som underkriterier til tildelingskriteriet *"Egenskaper ved den tilbudte løsningen"*. Klagers anførsel kan dermed ikke føre frem.

Begrunnelse

- (37) Klager anfører at innklagede har brutt regelverket ved å gi en mangelfull begrunnelse for tildeling av kontrakt.
- (38) Oppdragsgivers begrunnelsesplikt i anskaffelser som følger forskriften del II, reguleres av forskriften § 11-14 nr. 1. Det fremgår av denne bestemmelsen at oppdragsgiver skal gi *"en redegjørelse for det valgte tilbudets egenskaper og relative fordeler i samsvar med angitte tildelingskriterier"*.
- (39) I dette ligger det et krav om at begrunnelsen må inneholde *"en konkret vurdering som gjør leverandørene i stand til, på objektivt grunnlag, å forstå hvilke forhold det er som har gjort at oppdragsgiver har bedømt valgte leverandørs tilbud som best ut fra de fastsatte tildelingskriteriene, jf. klagenemndas sak 2013/21 premiss (77). Foruten de konkrete forklaringene som fremgår av selve begrunnelsen, beror dette blant annet på hvilke opplysninger som fremgår av konkurransedokumentene, og hvilken ytelse anskaffelsen gjelder."*
- (40) Innklagedes begrunnelse for å tildele kontrakten til valgte leverandør, var i foreliggende sak at leverandøren ble bedømt

"... klart bedre enn Via Futura mht. egenskaper ved den tilbudte løsningen. Vinner er også noe bedre enn Via Futura mht. Pris; til tross for at reisekostnader er lagt inn i regnestykket."

Egenskaper ved tilbudt løsning bl.a. ved den organisering og kapasitet som ble presentert av Via Futura var dessverre ikke vurdert god nok ved sammenligning med vinner."

- (41) I tildelingsbrevet tok innklagede også inn en tabell, som viste forskjellen i poeng mellom klagers- og valgte leverandørs tilbud på begge tildelingskriteriene.
- (42) Etter klagenemndas syn oppfyller ikke dette kravet i forskriften § 11-14 nr. 1.

- (43) Det er for det første klart at det ikke er tilstrekkelig å opplyse om hvor mange poeng tilbyderne fikk på de ulike tildelingskriteriene, jf. blant annet EU-domstolens avgjørelse i sak T-447/10 (Evropaiki Dynamiki) premiss 88 – 90. Det er heller ikke nok å vise til at valgte leverandørs tilbud ble vurdert som bedre på de angitte tildelingskriteriene. For å oppfylle begrunnelsesplikten, kreves det at oppdragsgiver gir en kort forklaring på *hva* som skilte valgte leverandørs tilbud fra de øvrige tilbudene i konkurransen. I den begrunnelsen som er gitt gis det ingen nærmere forklaring på hvilke egenskaper ved valgte leverandørs tilbudte løsning, som skiller seg fra de øvrige tilbudene i konkurransen.
- (44) Begrunnelsen fra innklagede gjør det dermed ikke mulig for de øvrige tilbyderne å bedømme "*... om anskaffelsesprosedyren har foregått i samsvar med anskaffelsesregelverket og om det er grunnlag for å imøtegå tildelingsbeslutningen, for eksempel ved midlertidig forføyning, klage eller stevning*", jf. klagenemndas sak 2013/21 premiss (77).
- (45) På denne bakgrunn finner klagenemnda at innklagede har brutt begrunnelsesplikten i forskriften § 11-14 nr. 1.

Avvisning av valgte leverandør

- (46) Klager anfører at valgte leverandør skulle vært avvist fordi de ikke oppfyller kvalifikasjonskravet om at man må være et lovlig etablert foretak. Kravet må ifølge klager sees i sammenheng med den tjenesten som skal leveres, og leverandørenes registrerte firmaopplysninger må ikke være til hinder for at leverandørene lovlig kan levere denne tjenesten.
- (47) Valgte leverandør har et vedtektsfestet formål som går ut på å gjennomføre aksjonærenes bomvegprosjekter på en mest mulig hensiktsmessig måte. Klager anfører at leverandøren går utenfor sitt vedtektsfestede formål ved å levere tilbud i konkurransen, ettersom innklagede ikke er en aksjonær i valgte leverandørs selskap.
- (48) Kvalifikasjonskravet er at leverandørene "*godtgjør at de er registrert i et bransjeregister eller annet foretaksregister som foreskrevet i lovgivningen i den stat hvor de er etablert*". Valgte leverandør har dokumentert dette ved en firmaattest fra foretaksregisteret i Brønnøysund. Kvalifikasjonskravet kan ikke forstås slik at det gir innklagede plikt til å avvise selskap med et slikt vedtektsfestet formål som valgte leverandør har.
- (49) Klagers anførsel om at valgte leverandør skulle vært avvist, fører ikke frem.

Likebehandling og god forretningsskikk

- (50) Klager anfører at det vil utgjøre et brudd på prinsippene om likebehandling og god forretningsskikk å inngå kontrakt med valgte leverandør, som er et offentlig eid selskap. Dette fordi det foreligger fare for krysssubsidiering og underprising av tjenestene.
- (51) Utgangspunktet er at ethvert rettssubjekt, herunder også offentlige oppdragsgivere, har rett til å delta i konkurranser om offentlige anskaffelser, jf. EU-domstolens uttalelse i sak C-305/08 (CoNISMA) premiss 42, hvor det heter at "*any person or entity which, in the light of the conditions laid down in a contract notice, believes that it is capable of carrying out the contract, is eligible to submit a tender or to put itself forward as a*

candidate, regardless of whether it is governed by public law or private law, whether it is active as a matter of course on the market or only on an occasional basis".

- (52) Retten til å delta i konkurranser om offentlige anskaffelser gjelder også leverandører som, eventuelt på grunn av subsidiering, er i stand til å inngi et betydelig lavere tilbud enn leverandører som ikke mottar slik støtte, jf. EU-domstolens avgjørelse i C-94/99 (ARGE) premiss 32. Domstolen uttaler i denne saken at det ikke utgjør et brudd på prinsippet om likebehandling å åpne for tilbud fra slike leverandører, jf. i denne retning også klagenemndas sak 2008/109 premiss (24) – (26).
- (53) Klagenemnda kan på denne bakgrunn ikke se at det vil utgjøre et brudd på prinsippene om likebehandling og god forretningsskikk, dersom innklagede i foreliggende sak inngår kontrakt med valgte leverandør. Klagers anførsel om dette fører ikke frem.

Konklusjon:

Klagers anførsler om ulovlig direkte anskaffelse, mangelfulle forhandlinger, ulovlig tildelingskriterium, avvisning av valgte leverandør, og brudd på prinsippene om likebehandling og god forretningsskikk, har ikke ført frem.

Nord-Jæren Bompengeselskap AS har brutt forskriften § 11-14 nr. 1 ved å gi en mangelfull begrunnelse for tildeling av kontrakt.

For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,

Gro Amdal

Dokumentet er godkjent elektronisk