



Klagenemnda for offentlige anskaffelser

Saken gjelder: Evalueringsmetode, ATI-vilkår, vekting av underkriterier, tildelingsevaluering, begrunnelse, de grunnleggende prinsippene

Innklagede kunngjorde en konkurranse med forhandling for anskaffelse av rammeavtale for forebyggende brannvern. Klager anførte at innklagede hadde brutt regelverket ved å konkretisere prisskjemaet som lå til grunn for bedømmelsen av tildelingskriteriet «Pris», etter at tilbudene var åpnet. Ifølge klager medførte dette i realiteten at selve evalueringsmetoden først ble fastsatt etter tilbudsåpning, i strid med regelverket. Klager anførte videre at priselementenes innbyrdes betydning var fastsatt i strid med kravet til forutberegnelighet, at priskriteriet var uegnet til å identifisere det beste tilbudet, og at det var gitt en mangelfull begrunnelse. Klagenemnda var enig med klager i at priselementenes innbyrdes betydning fremsto som uventet i lys av informasjonen i konkurransegrunnlaget. Slik saken lå an var det imidlertid ikke holdepunkter for at dette hadde hatt betydning for utformingen av klagers tilbud. Klagers øvrige anførsler førte ikke frem.

Klagenemndas avgjørelse 11. april 2018 i sak 2018/80

Klager: Firesafe AS

Innklaget: Bane Nor SF

Klagenemndas

medlemmer: Kristian Jåtog Trygstad, Georg Fredrik Rieber-Mohn, Finn Arnesen

Bakgrunn:

- (1) Bane Nor SF (innklagede) kunngjorde 20. oktober 2017 en konkurranse med forhandling for anskaffelse av en rammeavtale for forebyggende brannvern. Anskaffelsens verdi er estimert til 24 000 000 kroner. Tilbudsfrist ble satt til 15. november 2017.
- (2) Tjenestene som var omfattet av rammeavtalen ble beskrevet i konkurransegrunnlaget kapittel E1 punkt 2:

«Bane Nor Eiendom ønsker å inngå rammeavtale med et selskap innfor fagområdet Brannteknisk Rådgivning. Dette gjelder områdene:

- Brannteknisk Prosjektering*
- Branntekniske tilstandsvurderinger av bygg, verneverdige bygg og fredede bygg*
- Risikovurderinger med handlingsplaner*
- Rådgivende ingeniør brannteknikk*
- Vedlikeholdsplaner for alle bygg*

Postadresse

Postboks 511 Sentrum
5805 Bergen

Besøksadresse

Zander Kaaes gate 7
5015 Bergen

Tlf.: 55 19 30 00

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

- Branndokumentasjon (for eksempel brannbok)
- Tekniske tegninger: rømningsplaner, brann- og konstruksjonstegninger
- Kunne tilby kurs og opplæring i forebyggende brannvern

Bygningsmassen består av kontorer, verksteder, lager, stasjonsbygninger, driftsbaser, lokstaller, tekniske bygg mm.

Det er ønskelig at all kompetanse finnes innenfor samme firma.

Omfang (geografisk utstrekning)

Landsdekkende, men med hovedtyngde på Østlandsområdet.

Bane NOR forbeholder seg retten til å konkurranseutsette større oppdrag.

Rammeavtalen skal kunne benyttes av andre divisjoner i Bane NOR SF».

- (3) Av konkurransegrunnlaget kapittel E1 punkt 3 fremgikk det at avtalen inneholdt følgende opsjoner:

«- Kontroll og service av slokkeutstyr

- Brannøvelser og egen kontroller

– Branntetting»

- (4) Det ble konkurrert om å levere tilbudet med det beste forholdet mellom pris og kvalitet, basert på tildelingskriteriene «Pris» og «Gjennomføring, kompetanse og kapasitet», som begge var vektet 50%.

- (5) Priskriteriet ble bedømt på bakgrunn av følgende prisskjema:

«Priser:

Fagområde	Pris pr time
Rådgivende ingeniør, Brannteknisk	
Teknisk tegner	

Påslag: Påslag for regningsarbeid bortsatt til underentreprenør _____%

Materiale: Materialkostnader beregnes av leverandørens nettopriser tillagt _____% for administrasjon og fortjeneste.

Opsjonspriser:

Fagområde	Pris pr time
Fagpersonell for kontroll og service av slokkeutstyr	
Fagpersonell for utførelse av brannøvelser og egenkontroller	

Timeprisene skal gjelde alle samlede utgifter og påslag.

Prisene skal oppgis i NOK, eksklusive MVA».

- (6) Innklagede mottok ni tilbud innen tilbudsfristen, herunder fra Firesafe AS (klager) og Venator AS (valgte leverandør).
- (7) Det ble gjennomført forhandlinger med leverandørene 18. desember 2017, og frist for revidert tilbud ble satt til 5. januar 2018.
- (8) Innklagede meddelte i brev 25. januar 2018 at valgte leverandør var tildelt rammeavtalen. Valgte leverandør fikk til sammen 98 poeng, mens klager, som ble nr. 2, fikk 91 poeng.
- (9) I bedømmelsen av tildelingskriteriet «*Gjennomføring, kompetanse og kapasitet*» fikk klager full uttelling, 100 poeng, mens valgte leverandør fikk 95 poeng. Begrunnelsen for at valgte leverandør ikke fikk full uttelling, var denne:

«Venator leverte et godt tilbud men fikk litt redusert score på gjennomføring siden de kun har kontor i Oslo.»

- (10) I bedømmelsen av tildelingskriteriet «*Pris*» fikk valgte leverandør 100 poeng, mens klagers tilbud fikk 82 poeng.
- (11) Klager ba 25. januar 2018 om innsyn i valgte leverandørs tilbud. Klager ga uttrykk for at det særlig var innsyn i «*foretakets tilbakemelding på hvordan [valgte leverandør] vil prise prosjekter som ligger utenfor deres geografiske område*» de var interessert i.
- (12) Innklagede besvarte innsynsbegjæringen 29. januar 2018, og ga klager innsyn i de etterspurte dokumentene. I tillegg ga innklagede følgende opplysninger om evalueringen av priskriteriet:

«Tildelingskriteriet pris, timepris rådgivende ingeniør brannteknisk er vektet med 95 %, teknisk tegner er vektet med 1%, påslag for regningsarbeid 1%, påslag materialkostander vektet med 1%, fagpersonell for kontroll 1% og fagpersonell for utførelse 1%».

- (13) Klager påklaget tildelingen i brev 31. januar 2018. Klagen ble supplert i brev 4. februar 2018.
- (14) Innklagede opprettholdt tildelingen i brev 6. februar 2018. Om evalueringen av tildelingskriteriet «*Pris*» fremgikk følgende:

«Tilbudte priser dokumenteres ved at det er laget et prisskjema hvor de enkelte elementene bes prises inn.

(...)

Det ble i konkurransegrunnlaget oppgitt at tilbudte priser vektet 50% og ikke angitt noen nærmere vektning av disse underkriteriene. Under evalueringen ble det fastsatt nærmere underkriterier basert på antatt omfang på de enkelte tjenestekategoriene. Denne vektningen innebærer ingen endring av tildelingskriteriene i konkurransegrunnlaget og vektningen er helt objektiv basert på antatt bruk av tjenesten. Ytterligere var ikke denne undervektningen avgjørende for evalueringen. Det går tydelig frem at hovedelementet i denne konkurransen er Rådgivende ingeniør, Brannteknikk som er hovedelementet i beskrivelsen av oppdraget i konkurransegrunnlaget.

Påslagsprosenten

Ved utregning av påslagsprosenten er kr 1000,- lagt til grunn som påslag for regningsarbeidet og materialkost.

Årsakssammenheng

Firesafe AS har høyere priser på Rådgivende ingeniør, teknisk tegner, fagpersonell for utførelse av brannøvelser og egenkontroller og høyere påslagsprosjenter enn Venator AS. Utfallet av konkurransen ville således vært det samme med eventuelle andre vektinger».

- (15) Saken ble bragt inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser 8. februar 2018. Innklagede har avventet kontraktsinngåelse, og saken har derfor vært underlagt prioritert saksbehandling.
- (16) Nemndsmøte i saken ble avholdt 9. april 2018.

Anførsler:

Klager har i korthet anført:

- (17) Innklagede fastsatte evalueringsmetoden etter tilbudene var åpnet, i strid med regelverket.
- (18) Vektingen av underkriteriene til tildelingskriteriet «Pris» er i strid med kravet til forutberegnelighet i loven § 4.
- (19) Tildelingskriteriet «Pris» er ulovlig fordi det ikke er egnet til å utpeke tilbudet med det beste forholdet mellom pris og kvalitet.
- (20) Innklagedes begrunnelse oppfyller ikke kravene i forskriften § 21-1.
- (21) Evalueringen av tilbudene under tildelingskriteriet «Gjennomføringsevne, kompetanse og kapasitet» er uforsvarlig og ikke etterprøvbart.

Innklagede har i korthet anført:

- (22) Vektingen av underkriteriene til tildelingskriteriet «Pris» etter tilbudsfristen er i tråd med regelverket. I lys av informasjonen i konkurransegrunnlaget må vektingen av underkriteriene ha vært påregnelig for tilbyderne. Selv om vekten til underkriteriene ble fastsatt etter tilbudsåpning, var ikke innklagede kjent med innholdet i tilbudene på dette tidspunktet.
- (23) Tildelingskriteriet «Pris» er egnet til å utpeke tilbudet med det beste forholdet mellom pris og kvalitet.
- (24) Innklagedes evaluering av tilbudene og begrunnelsen for tildeling er i tråd med regelverket.

Klagenemndas vurdering:

- (25) Klager har deltatt i konkurransen, og har saklig klageinteresse, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Konkurransen gjelder rammeavtale for forebyggende brannvern som er en tjensteanskaffelse. Anskaffelsens verdi er estimert til 24 000 000 kroner. I tillegg til lov om offentlige anskaffelser av

17. juni 2016 nr. 73 følger anskaffelsen etter sin art og verdi forskrift om innkjøpsregler i forsyningssektorene av 12. august 2016 nr. 2247 del I og II, jf. forskriften §§ 5-1 og 5-2.

Feil ved evalueringen – «Pris»

(26) Klager har anført at innklagede i strid med regelverket fastsatte evalueringsmetoden etter at de opprinnelige tilbudene var åpnet. De ulike priselementene kunne ikke summeres til en tilbudssum. For å kunne foreta en samlet vurdering av prisene har innklagede opplyst at de ulike priselementene ble vektet. Det ble også beregnet påslag for regningsarbeid bortsatt til underentreprenør og for materialkost, basert på at hver av disse kostnadene utgjorde 1 000 kroner. Innklagede har erkjent at denne fremgangsmåten ble fastsatt etter tilbudsåpning, men mener at den var i tråd med kravene som er oppstilt av EU-domstolen.

(27) I sak C-331/04, *ATI*, hadde oppdragsgiver fastsatt den innbyrdes betydningen av fem underkriterier til et tildelingskriterium etter tilbudsfristen, men på et tidspunkt hvor tilbudenes innhold ikke var kjent. EU-domstolen uttalte at en slik etterfølgende vekting av underkriterier er tillatt, men at dette i tråd med prinsippene om likebehandling og gjennomsiktighet (i norsk rett forutberegnelighet) bare er tillat dersom vektingen

– ikke ændrer kriterierne for tildelingen af kontrakten, således som disse er fastlagt i udbudsbetingelserne eller i udbudsbekendtgørelsen

– ikke indeholder forhold, som, hvis de havde været kendt på tidspunktet for forberedelsen af buddene, kunne have haft indflydelse på denne forberedelse

– ikke blev vedtaget under hensyntagen til forhold, som kan virke diskriminerende over for en af de bydende.

(28) EU-domstolen har fastholdt dette synet på regelverket i en rekke senere saker. Innklagedes fastsettelse av priselementenes innbyrdes vekt i vår sak må følgelig tilfredsstille disse ATI-vilkårene.

(29) Tilbudenes poengscore på priskriteriet ble utregnet matematisk på bakgrunn av de beregnede tilbudsprisene. Av denne grunn har Klagenemnda også funnet grunnlag for å se hen til de vilkårene EU-domstolen slo fast for fastsettelse av evalueringsmetoder i sak C-6/15, *Dimarso*, avsnitt 31:

«I overensstemmelse med de i artikkel 2 i direktiv 2004/18 fastsatte prinsipper for indgåelse af offentlige kontrakter og for at undgå enhver risiko for favorisering kan den bedømmelsesmetode, som den ordregivende myndighed anvender med henblik på at vurdere og konkret klassificere tilbuddene, i princippet ikke fastsættes efter den ordregivende myndigheds åbning af tilbuddene. I det tilfælde, hvor fastsættelsen af denne metode af påviste grunde ikke er mulig inden denne åbning, kan det, som den belgiske regering har anført, ikke foreholdes den ordregivende myndighed, at den først fastsatte metoden efter, at den selv eller bedømmelsesudvalget fik kendskab til indholdet af tilbuddene.»

(30) Klagenemnda legger til grunn at avgjørelsene i ATI og Dimarso, som fulgte reglene for klassisk sektor, også er relevante for anskaffelser som følger forsyningsforskriften.

- (31) Innklagedes fremgangsmåte, hvor priselementenes innbyrdes vekt og grunnlaget for beregning av påslag ble fastsatt etter at tilbudene var åpnet, synes vanskelig å forene med fremgangsmåten EU-domstolen foreskrev i Dimarso-saken.
- (32) Slik Klagenemnda forstår disse sakene, oppstilles det imidlertid ikke noen ubetinget plikt til å fastsette underkriteriers vekt før tilbudsfristens utløp. Vår sak gir ikke grunn til å redegjøre generelt for disse nyansene. Innklagede har opplyst at underkriterienes vekt og grunnlaget for beregning av påslag ble fastsatt etter at tilbudene var åpnet, men før tilbudenes innhold var kjent for innklagede. Dette synes ikke å være bestridt av klager, og klagenemnda legger det derfor til grunn. I et slikt tilfelle vil de hensynene som ble trukket frem av EU-domstolen i Dimarso-saken uansett være ivaretatt, og man vil være i en tilsvarende situasjon som i ATI-saken. Etter Klagenemndas syn innebærer derfor ikke den etterfølgende vektingen og fastsettingen av beregningsgrunnlag for påslag i denne saken et brudd på regelverket.
- (33) Klager har videre anført at innklagede brøt regelverket i den innbyrdes vektingen av de seks priselementene, hvor «*Rådgivende ingeniør, Brannteknisk*» ble vektet 95% mens de fem resterende priselementene ble gitt en vekt på 1% hver. Innklagede har på sin side anført at vektingen er i tråd med de kravene EU-domstolen oppstilte i ATI-saken.
- (34) Det er opplyst for nemnda at priselementenes vekt ble fastsatt med utgangspunkt i det erfaringsgrunnlaget innklagede har opparbeidet seg i forbindelse med den gjeldende rammeavtalen. Når innklagede har et slikt erfaringsgrunnlag, er dette en naturlig måte å beregne hva som vil være et representativt bilde av hvilke kostnader de ulike tilbudene vil medføre. Klager, som er innklagedes nåværende leverandør, har på sin side lagt frem dokumentasjon for å underbygge at særlig priselementet «*Teknisk tegner*» er gitt vesentlig lavere vekt enn det som kunne forventes ut fra erfart bruk.
- (35) Selv om disse forholdene er relevante for hva leverandørene kunne forvente å kjenne til, er det informasjonen i konkurransedokumentene som er utgangspunktet for vurderingen. Prisskjemaet gir ingen informasjon om hvordan de ulike priselementene ville bli hensyntatt i tilbudsevalueringen. Slik tjenesten er beskrevet i konkurransegrunnlaget kapittel E1, fremgår det at en stor del av tjenesten skal utføres av rådgivende ingeniør. Konkurransgrunnlaget la følgelig opp til at dette priselementet ble gitt høyere vekt enn de øvrige. Dermed fremstår det også plausibelt at grunnlaget for beregning av påslagene for regningsarbeid utført av underentreprenør og for materialkost blir forholdsvis lavt.
- (36) Slik Klagenemnda leser konkurransegrunnlaget, gir det likevel ikke tilstrekkelige holdepunkter for den fremgangsmåten innklagede benyttet i dette tilfellet. Den fastsatte vekten innebar langt på vei at bare timeprisen for rådgivende ingeniør ville være relevant i bedømmelsen av priskriteriet. Denne fordelingen av beregnet (antatt) behov fremstår som såpass spesiell at leverandørene måtte kunne forvente å få klarere holdepunkter for den i konkurransedokumentene. Klagenemnda viser i denne sammenhengen også til at beskrivelsen i kapittel E1 inneholder tjenester som ser ut til å forutsette bistand som skal utføres av teknisk tegner. I valgte leverandørs tilbud ble det for øvrig lagt opp til at flere tjenester ble utført av underleverandører, hvilket synes å innebære at innklagedes beregningsgrunnlag ikke var i samsvar med oppbyggingen av dette tilbudet.
- (37) Innklagedes fremgangsmåte ved bedømmelsen av priskriteriet fremstår etter dette som uventet. Den etterfølgende utdypningen av prisskjemaet ga informasjon om evalueringen

som leverandørene kunne ha brukt til å inngi et bedre tilbud hvis informasjonen var kjent på tilbudstidspunktet. Fremgangsmåten var dermed i strid med det andre ATI-vilkåret.

- (38) Slik saken er opplyst, kan imidlertid ikke Klagenemnda se at denne feilen har hatt betydning for klagers muligheter til å bli tildelt kontrakten. Det vises i denne sammenheng til innklagedes opplysning om at klager hadde høyere påslagsprosjenter enn valgte leverandør og høyere priser på rådgivende ingeniør, teknisk tegner og på fagpersonell for utførelse av brannøvelser og egenkontroller. Dermed er det ikke holdepunkter for at en annen vektning av priselementene ville endret utfallet av konkurransen. Slik saken er opplyst, kan Klagenemnda heller ikke se at klager har godtgjort at selskapet ville ha tilbudt andre priser hvis priselementene var blitt vektet på en annen måte. Det vises i denne sammenheng til innklagedes opplysning om at klager uttalte at det prismessig ikke var mer å gå på, som respons på innklagedes forespørsel om å senke prisene.
- (39) Den feilen som er konstatert har ikke påvirket utfallet av konkurransen, og gir derfor ikke grunnlag for tilbakebetaling av klagegebyret, jf. klagenemndsforordningen § 13.

Ulovlig tildelingskriterium – «Pris»

- (40) Klager har anført at innklagede brøt regelverket ved ikke å ta hensyn til merkostnader for reisekostnader og reisetid. Disse ville være langt høyere for tilbydere som kun var lokalisert ett sted i landet.
- (41) Hvis oppdragsgiver utelater priselementer som oppdragsgiver vet vil påløpe i kontraktsperioden, kan konsekvensen bli at priskriteriet ikke er egnet til å identifisere det beste tilbudet, se for eksempel Klagenemndas avgjørelse i sak 2017/350. I denne saken kan imidlertid ikke Klagenemnda se at det er rettslige mangler ved innklagedes beslutning om ikke å inkludere reisekostnader i grunnlaget for beregning av tilbudsprisene. Det fremgår av konkurransegrunnlaget kapittel E1 at de fleste oppdragene vil bli utført på Østlandet, slik at reisekostnadene holdes på et begrenset nivå. Innklagede har vist til at disse kostnadene kun vil utgjøre en liten del av de totale kostnadene, noe som også underbygges av at valgte leverandør har foreslått konkrete tiltak for å holde reisekostnader nede. Lokalisering ble for øvrig hensyntatt i bedømmelsen av det andre tildelingskriteriet, «*Gjennomføring, kompetanse og kapasitet*», hvor valgte leverandør ble gitt redusert uttelling fordi selskapet kun var lokalisert i Oslo. Klagers anførsel fører etter dette ikke frem.

Mangelfull begrunnelse og feil ved evalueringen – «Gjennomføring, kompetanse og kapasitet»

- (42) Klager har anført at begrunnelsen for evalueringen av tilbudene under tildelingskriteriet «*Gjennomføring, kompetanse og kapasitet*» er mangelfull.
- (43) Begrunnelsesplikten følger av forordningen § 21-1, hvor det fremgår at begrunnelsen skal inneholde «*en redegjørelse for det valgte tilbudets egenskaper og relative fordeler i samsvar med tildelingskriteriene*».
- (44) 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).

- (45) Det fremgår av tildelingsmeddelelsen at klagers tilbud ble gitt full uttelling, 100 poeng, i bedømmelsen av tildelingskriteriet «*Gjennomføring, kompetanse og kapasitet*», mens valgte leverandørs tilbud ble trukket fem poeng. Poengtrekket ble begrunnet med at selskapet «*kun har kontor i Oslo*». Selv om begrunnelsen er knapp, har innklagede dermed gitt klager opplysninger om de relevante forskjellene mellom tilbudene, og dermed også om tilbudenes relative fordeler og ulemper. Begrunnelsen viste for øvrig at det som ble utslagsgivende for utfallet av konkurransen var innklagedes vurdering av at valgte leverandørs lavere priser mer enn veide opp for forskjellene i gjennomføring, kompetanse og kapasitet. Etter Klagenemndas syn var dermed begrunnelsen tilstrekkelig.
- (46) Basert på den helt begrensede oppmerksomheten dette er viet av partene under saksforberedelsen, kan klagenemnda ikke ta stilling til bedømmelsen av dette tildelingskriteriet, eller om kravet til etterprøvbarehet er ivarettatt.

Konklusjon:

Bane Nor SF har brutt det grunnleggende kravet til forutberegnelighet i loven § 4 ved fastsettelsen av fremgangsmåten for beregning av tilbudenes priser.

Klagers anførsler om ulovlig tildelingskriterium, feil ved tildelingsevalueringen, mangelfull begrunnelse og at det var i strid med regelverket å fastsette vekten til priselementene etter tilbudsåpning har ikke ført frem.

For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,

Kristian Jåtog Trygstad

Dokumentet er godkjent elektronisk