

LEXNET

EUROPEAN INFORMATION - SIA

PUBLIC PROCUREMENT

NORWEGIAN CASES 2005

Skolas iela 4-11
LV-1010 Riga, Latvia
VAT LV 40003655379

Phone: +371-7039-355
Fax: +371-7039-240
Mobile: +45-2622-0055

E-Mail: pgj@lexnet.dk
Website: www.lexnet.dk
Member: www.eurolex.com



Forsiden
Nemndsmedlemmer
Saksbehandling
Regelverk
Innkomne saker
Statistikk
Årsrapporter
Dommer

Søk i avgjorte saker

Avgjorte saker:

[2003](#) [2004](#) [2005](#)

Besøksadresse

H. Heyerdalsgate 1
0033 Oslo

Postadresse

Postboks 8132 Dep
0033 Oslo

Tlf.: 22 33 70 10

Faks: 22 33 70 12

E-post:

postmottak@kofa.no

Avgjorte saker

År: **2005** Antall saker: **249**

Vis sakene sortert etter

Innklaget	Saksinformasjon	Resultat
Helse Øst RHF Sak 2005/291 Avgjort 12.12.2005 Innkomet 21.11.2005	Klagenemndas kommentar	<i>Avvist - mangler saklig klageinteresse</i>
Oslo kommune v/samferdselsetaten Sak 2005/271 Avgjort 06.12.2005 Innkomet 12.10.2005	Klagenemndas kommentar	<i>Saken løst under saksforberedelsene</i>
Rendalen kommune Sak 2005/289 Avgjort 06.12.2005 Innkomet 17.11.2005	Klagenemndas kommentar	<i>Saken løst under saksforberedelsene</i>
Oslo kommune v/Oslo Havn KF Sak 2004/229 Avgjort 05.12.2005	Saken gjelder: Kvalifikasjonskrav. Avvisning. Klagenemndas kommentar Klagenemndas avgjørelse	<i>Brudd på regelverket</i>

Innkommet 27.09.2004		
Statsbygg Sak 2004/304 Avgjort 05.12.2005 Innkommet 17.12.2004	Saken gjelder: Forskriftsstridig produktangivelse i tekniske spesifikasjoner, forskriftens § 12-2(2). Klageinteresse – avvisning – klagenemndsforordens § 6 annet ledd Klagenemndas kommentar Klagenemndas avgjørelse	<i>Avvist - mangler saklig klageinteresse</i>
Helsebygg Midt-Norge Sak 2005/12 Avgjort 05.12.2005 Innkommet 07.01.2005	Saken gjelder: Prosedyreform Klagenemndas kommentar Klagenemndas avgjørelse	<i>Brudd på regelverket</i>
Rikstrygdeverket Sak 2005/249 Avgjort 05.12.2005 Innkommet 16.09.2005	Saken gjelder: Tekniske spesifikasjoner. Klagenemndas kommentar Klagenemndas avgjørelse	<i>Ikke brudd på regelverket</i>
Orkdal kommune Sak 2004/296 Avgjort 29.11.2005 Innkommet 07.12.2004	Klagenemndas kommentar	<i>Avvist - saken ubegrunnet eller kan klart ikke føre frem</i>
Sortland kommune Sak 2005/270 Avgjort 29.11.2005 Innkommet 12.10.2005	Klagenemndas kommentar	<i>Avvist - saken ubegrunnet eller kan klart ikke føre frem</i>
Sula kommune Sak 2004/264 Avgjort 28.11.2005 Innkommet 08.11.2004	Klagenemndas kommentar	<i>Avvist - saken ubegrunnet eller kan klart ikke føre frem</i>

Sel kommune Sak 2005/32 Avgjort 22.11.2005 Innkomet 25.01.2005	Klagenemndas kommentar	<i>Avvist - saken ubegrunnet eller kan klart ikke føre frem</i>
Ullevål universitetssykehus HFS Sak 2005/278 Avgjort 22.11.2005 Innkomet 19.10.2005	Klagenemndas kommentar	<i>Avvist - saken ubegrunnet eller kan klart ikke føre frem</i>
Oslo kommune v/Oslo Havn KF Sak 2005/92 Avgjort 21.11.2005 Innkomet 11.04.2005	Saken gjelder: Frist for forespørsel om deltakelse. Lovlige kvalifikasjonskrav. Begrunnelse Klagenemndas kommentar Klagenemndas avgjørelse	<i>Brudd på regelverket</i>
Rikshospitalet- Radiumhospitalet HF og Helse Sør RHF Sak 2005/247 Avgjort 21.11.2005 Innkomet 09.09.2005	Saken gjelder: Egenregi Klagenemndas kommentar Klagenemndas avgjørelse	<i>Ikke brudd på regelverket</i>
Harstad kommune Sak 2005/272 Avgjort 15.11.2005 Innkomet 13.10.2005	Klagenemndas kommentar	<i>Avvist - saken ubegrunnet eller kan klart ikke føre frem</i>
Mandal kommune Sak 2004/286 Avgjort 11.11.2005 Innkomet 29.11.2004	Klagenemndas kommentar	<i>Avvist - saken ubegrunnet eller kan klart ikke føre frem</i>
Oslo kommune	Saken gjelder: Misvisende opplysninger om prosedyreform. Protokollføring. Manglende	<i>Brudd på regelverket</i>

Sak 2004/307 Avgjort 07.11.2005 Innkomet 20.12.2004	begrunnelse. Klagenemndas kommentar Klagenemndas avgjørelse	
Sande kommune Sak 2005/10 Avgjort 07.11.2005 Innkomet 07.01.2005	Saken gjelder: Evaluering av tilbudene. Klagenemndas kommentar Klagenemndas avgjørelse	<i>Brudd på regelverket</i>
Arendal kommune Sak 2005/251 Avgjort 07.11.2005 Innkomet 22.09.2005	Saken gjelder: Egenregi. Kunngjøringsplikt. Klagenemndas kommentar Klagenemndas avgjørelse	<i>Ikke brudd på regelverket</i>
Helse Midt-Norge RHF Sak 2005/267 Avgjort 07.11.2005 Innkomet 05.10.2005	Saken gjelder: Vedståelsesfrist Klagenemndas kommentar Klagenemndas avgjørelse	<i>Ikke brudd på regelverket</i>
Statens vegvesen, Region vest Sak 2004/269 Avgjort 04.11.2005 Innkomet 12.11.2004	Klagenemndas kommentar	<i>Avvist - saken ubegrunnet eller kan klart ikke føre frem</i>
Oppland fylkeskommune Sak 2005/146 Avgjort 04.11.2005 Innkomet 14.06.2005	Klagenemndas kommentar	<i>Avvist - saken ubegrunnet eller kan klart ikke føre frem</i>
Narvik kommune Sak 2004/300 Avgjort 31.10.2005	Klagenemndas kommentar	<i>Avvist - saken ubegrunnet eller kan klart ikke føre frem</i>

Innkomet 13.12.2004		
Helse Nord-Trøndelag Sak 2004/251 Avgjort 24.10.2005 Innkomet 28.10.2004	Saken gjelder: Evaluering av tilbud. Etterprøvbarehet. Likebehandling. Førings av anskaffelsesprotokoll. Klagenemndas kommentar Klagenemndas avgjørelse	<i>Brudd på regelverket</i>
Avinor Sak 2004/275 Avgjort 24.10.2005 Innkomet 17.11.2004	Saken gjelder: Vekting av tildelingskriterier. Ulovlige tildelingskriterier. Veiledningsplikt ved forhandlinger. Klagenemndas kommentar Klagenemndas avgjørelse	<i>Brudd på regelverket</i>
Ullevål universitetssykehus HF Sak 2004/291 Avgjort 24.10.2005 Innkomet 04.12.2004	Saken gjelder: Tolkning av konkurransegrunnlag. Minstekrav. Avvisning. Klagenemndas kommentar Klagenemndas avgjørelse	<i>Brudd på regelverket</i>
Bergen kommune Sak 2005/240 Avgjort 24.10.2005 Innkomet 24.08.2005	Saken gjelder: Krav til kunngjøring. Utvelgelse til forhandlinger. Klagenemndas kommentar Klagenemndas avgjørelse	<i>Ikke brudd på regelverket</i>
Helse Vest RHF Sak 2005/265 Avgjort 24.10.2005 Innkomet 04.10.2005	Saken gjelder: Underleverandører. Evaluering. Klagenemndas kommentar Klagenemndas avgjørelse	<i>Ikke brudd på regelverket</i>
Hålogalandssykehuset HF Sak 2004/237 Avgjort 14.10.2005 Innkomet 07.10.2004	Klagenemndas kommentar	<i>Avvist - saken ubegrunnet eller kan klart ikke føre frem</i>

Hålogalandssykehuset Sak 2004/232 Avgjort 14.10.2005 Innkomet 08.10.2004	Klagenemndas kommentar	<i>Avvist - saken ubegrunnet eller kan klart ikke føre frem</i>
Arkitektøgskolen i Oslo Sak 2004/252 Avgjort 14.10.2005 Innkomet 28.10.2004	Klagenemndas kommentar	<i>Saken løst under saksforberedelsene</i>
Fusa kommune Sak 2005/262 Avgjort 14.10.2005 Innkomet 04.10.2005	Klagenemndas kommentar	<i>Saken løst under saksforberedelsene</i>
Stanger kommune v/Stavanger parkeringsselskap KF Sak 2005/163 Avgjort 10.10.2005 Innkomet 09.06.2005	Saken gjelder: Plikt til å sende ut konkurransegrunnlag Klagenemndas kommentar Klagenemndas avgjørelse	<i>Brudd på regelverket</i>
Helse Nord RHF Sak 2005/207 Avgjort 10.10.2005 Innkomet 08.07.2005	Saken gjelder: Frist for å fremme forespørsel om deltakelse i en åpen konkurranse Klagenemndas kommentar Klagenemndas avgjørelse	<i>Ikke brudd på regelverket</i>
Ullevål Universitetssykehus HF Sak 2005/237 Avgjort 10.10.2005 Innkomet 18.08.2005	Saken gjelder: Avvisning. Angivelse av tildelingskriterier. Klagenemndas kommentar Klagenemndas avgjørelse	<i>Brudd på regelverket</i>
Vikna kommune	Saken gjelder: Avvisning. Kvalifikasjoner.	<i>Brudd på regelverket</i>

Sak 2005/246 Avgjort 10.10.2005 Innkommet 07.09.2005	Klagenemndas kommentar Klagenemndas avgjørelse	
Statens vegvesen Region nord Sak 2004/267 Avgjort 06.10.2005 Innkommet 09.11.2004	Klagenemndas kommentar	<i>Avvist - saken ubegrunnet eller kan klart ikke føre frem</i>
Statsbygg Sak 2004/247 Avgjort 06.10.2005 Innkommet 13.10.2004	Klagenemndas kommentar	<i>Avvist - saken ubegrunnet eller kan klart ikke føre frem</i>
Bergen kommune Sak 2005/91 Avgjort 05.10.2005 Innkommet 08.04.2005	Klagenemndas kommentar	<i>Avvist - saken ubegrunnet eller kan klart ikke føre frem</i>
Sandefjord kommune Sak 2005/217 Avgjort 05.10.2005 Innkommet 01.08.2005	Klagenemndas kommentar	<i>Avvist - saken ubegrunnet eller kan klart ikke føre frem</i>
Hemsedal kommune Sak 2005/242 Avgjort 05.10.2005 Innkommet 29.08.2005	Klagenemndas kommentar	<i>Avvist - saken ubegrunnet eller kan klart ikke føre frem</i>
Helse Midt-Norge RHF Sak 2005/260 Avgjort 29.09.2005	Klagenemndas kommentar	<i>Avvist - saken ubegrunnet eller kan klart ikke føre frem</i>

Innkommet 29.09.2005		
Statens vegvesen Sak 2005/128 Avgjort 28.09.2005 Innkommet 04.05.2005	Klagenemndas kommentar	<i>Saken løst under saksforberedelsene</i>
Nordfjord Havnevesen IKS Sak 2004/161 Avgjort 26.09.2005 Innkommet 29.06.2004	Saken gjelder: Beregning av pris. Begrunnelse og etterprøvbarehet. Klagenemndas kommentar Klagenemndas avgjørelse	<i>Brudd på regelverket</i>
Ullensaker kommune Sak 2004/248 Avgjort 26.09.2005 Innkommet 28.10.2004	Saken gjelder: Kunngjøringsplikt. Evaluering av tilbud. Gjennomføring av forhandlinger. Klagenemndas kommentar Klagenemndas avgjørelse	<i>Brudd på regelverket</i>
Nord-Odal kommune Sak 2005/27 Avgjort 26.09.2005 Innkommet 16.02.2005	Klagenemndas kommentar	<i>Avvist - kontrakt inngått for mer enn seks måneder siden</i>
Sykehuset Innlandet HF Sak 2005/76 Avgjort 26.09.2005 Innkommet 21.03.2005	Saken gjelder: Konkurransen med forhandling. Plikt til avklaring. Klagenemndas kommentar Klagenemndas avgjørelse	<i>Brudd på regelverket</i>
Universitetssykehuset Nord-Norge HF Sak 2005/223 Avgjort 26.09.2005 Innkommet 01.08.2005	Saken gjelder: Tildelingskriterier Klagenemndas kommentar Klagenemndas avgjørelse	<i>Ikke brudd på regelverket</i>
Flesland Eiendom AS	Saken gjelder: Tilbyderes bruk av oppdragsgivers	<i>Ikke brudd på regelverket</i>

Sak 2005/241 Avgjort 26.09.2005 Innkomet 01.09.2005	rådgivere Klagenemndas kommentar Klagenemndas avgjørelse	
Helse Bergen HF Sak 2005/136 Avgjort 21.09.2005 Innkomet 19.05.2005	Klagenemndas kommentar	<i>Avvist - saken ubegrunnet eller kan klart ikke føre frem</i>
Aker Universitetssykehus Sak 2005/2 Avgjort 19.09.2005 Innkomet 03.01.2005	Klagenemndas kommentar	<i>Avvist - saken ubegrunnet eller kan klart ikke føre frem</i>
Innherred samkommune Sak 2004/311 Avgjort 19.09.2005 Innkomet 29.12.2004	Klagenemndas kommentar	<i>Avvist - saken ubegrunnet eller kan klart ikke føre frem</i>
Statens vegvesen Sak 2005/234 Avgjort 19.09.2005 Innkomet 18.08.2005	Klagenemndas kommentar	<i>Avvist - saken gjelder ikke brudd på lov om offentlige anskaffelser</i>
TFK eiendom Sak 2005/227 Avgjort 14.09.2005 Innkomet 01.08.2005	Klagenemndas kommentar	<i>Saken løst under saksforberedelsene</i>
Helse Bergen HF Sak 2005/230 Avgjort 14.09.2005	Klagenemndas kommentar	<i>Avvist - saken ubegrunnet eller kan klart ikke føre frem</i>

Innkomet 09.08.2005		
Domstolsadministrasjonen Sak 2004/298 Avgjort 13.09.2005 Innkomet 09.12.2004	Klagenemndas kommentar	<i>Avvist - saken ubegrunnet eller kan klart ikke føre frem</i>
Bjugn kommune Sak 2004/240 Avgjort 12.09.2005 Innkomet 15.10.2004	Saken gjelder: Offentliggjøring av priser under konkurranse med forhandling. Reelle forhandlinger. Klagenemndas kommentar Klagenemndas avgjørelse	<i>Brudd på regelverket</i>
Drammen kommune Sak 2005/192 Avgjort 12.09.2005 Innkomet 04.07.2005	Saken gjelder: Avvisning, avlysning Klagenemndas kommentar Klagenemndas avgjørelse	<i>Brudd på regelverket</i>
Nordland fylkeskommune Sak 2005/228 Avgjort 09.09.2005 Innkomet 01.08.2005	Klagenemndas kommentar	<i>Avvist - saken ubegrunnet eller kan klart ikke føre frem</i>
Universitetet i Tromsø Sak 2005/238 Avgjort 02.09.2005 Innkomet 19.08.2005	Klagenemndas kommentar	<i>Avvist - saken ubegrunnet eller kan klart ikke føre frem</i>
Buskerud fylkeskommune Sak 2005/145 Avgjort 01.09.2005 Innkomet 24.05.2005	Klagenemndas kommentar	<i>Avvist - saken ubegrunnet eller kan klart ikke føre frem</i>
Sørfold kommune	Klagenemndas kommentar	<i>Avvist - saken ubegrunnet</i>

Sak 2005/210 Avgjort 31.08.2005 Innkomet 01.08.2005		<i>eller kan klart ikke føre frem</i>
Statsbygg Vest Sak 2004/228 Avgjort 29.08.2005 Innkomet 22.09.2004	Saken gjelder: Avvisning. Tilbudsevaluering. Klagenemndas kommentar Klagenemndas avgjørelse	<i>Brudd på regelverket</i>
Bærum kommune Sak 2004/238 Avgjort 29.08.2005 Innkomet 07.10.2004	Saken gjelder: Avvisning pga forhold ved leverandøren. Evaluering av tilbud. Klagenemndas kommentar Klagenemndas avgjørelse	<i>Ikke brudd på regelverket</i>
Vitensenteret Innlandet AS Sak 2005/184 Avgjort 29.08.2005 Innkomet 28.06.2005	Saken gjelder: Offentligrettslig organ Klagenemndas kommentar Klagenemndas avgjørelse	<i>Brudd på regelverket</i>
Askøy kommune Sak 2005/194 Avgjort 29.08.2005 Innkomet 29.06.2005	Saken gjelder: Saklig klageinteresse. Spørsmål om hovedleverandørens anskaffelse fra underleverandør var omfattet av regelverket. Likebehandling av underleverandører. Klagenemndas kommentar Klagenemndas avgjørelse	<i>Ikke brudd på regelverket</i>
Vinmonopolet Sak 2005/154 Avgjort 26.08.2005 Innkomet 27.05.2005	Klagenemndas kommentar	<i>Avvist - saken ubegrunnet eller kan klart ikke føre frem</i>
Statens Vegvesen region Nord Sak 2004/231	Klagenemndas kommentar	<i>Avvist - saken ubegrunnet eller kan klart ikke føre</i>

Avgjort 23.08.2005 Innkommet 30.09.2004		<i>frem</i>
Molde kommune Sak 2005/181 Avgjort 23.08.2005 Innkommet 28.06.2005	Klagenemndas kommentar	<i>Avvist - saken ubegrunnet eller kan klart ikke føre frem</i>
Rikstrygdeverket Sak 2005/124 Avgjort 22.08.2005 Innkommet 09.05.2005	Klagenemndas kommentar	<i>Avvist - ikke hensiktsmessig av andre grunner</i>
Helse Vest RHF Sak 2005/215 Avgjort 22.08.2005 Innkommet 01.08.2005	Saken gjelder: Likebehandling i forhandlinger, krav til protokollføring. Klagenemndas kommentar Klagenemndas avgjørelse	<i>Brudd på regelverket</i>
Kommunene Nord-Fron, Sør-Fron og Ringebu Sak 2005/166 Avgjort 17.08.2005 Innkommet 08.06.2005	Klagenemndas kommentar	<i>Avvist - saken ubegrunnet eller kan klart ikke føre frem</i>
Helse Øst RHF Sak 2005/176 Avgjort 15.08.2005 Innkommet 23.06.2005	Saken gjelder: Kravet til konkurranse. Regelverkets virkeområde. Klagenemndas kommentar Klagenemndas avgjørelse	<i>Ikke brudd på regelverket</i>
Hemnes kommune Sak 2005/98 Avgjort 15.08.2005	Saken gjelder: Direkte anskaffelse Klagenemndas kommentar Klagenemndas avgjørelse	<i>Brudd på regelverket</i>

Innkommet 18.04.2005		
Helse Vest RHF Sak 2005/173 Avgjort 15.08.2005 Innkommet 20.06.2005	Saken gjelder: Pris. Evaluering av tilbud. Likebehandling under forhandlinger Klagenemndas kommentar Klagenemndas avgjørelse	<i>Ikke brudd på regelverket</i>
Helse Midt-Norge RHF Sak 2005/189 Avgjort 15.08.2005 Innkommet 22.06.2005	Saken gjelder: Inngåelse av bindende avtale, vedståelsesfrist. Klagenemndas kommentar Klagenemndas avgjørelse	<i>Ikke brudd på regelverket</i>
Forsvarsbygg Sak 2004/83 Avgjort 13.07.2005 Innkommet 07.04.2004	Klagenemndas kommentar	<i>Avvist - ikke hensiktsmessig av andre grunner</i>
Akershus Universitetssykehus HF Sak 2005/172 Avgjort 11.07.2005 Innkommet 14.06.2005	Klagenemndas kommentar	<i>Saken løst under saksforberedelsene</i>
Sykehuset Telemark HF Sak 2005/138 Avgjort 08.07.2005 Innkommet 19.05.2005	Klagenemndas kommentar	<i>Avvist - saken ubegrunnet eller kan klart ikke føre frem</i>
Trondheim kommune Sak 2005/141 Avgjort 08.07.2005 Innkommet 19.05.2005	Klagenemndas kommentar	<i>Avvist - saken ubegrunnet eller kan klart ikke føre frem</i>
Universitetssykehuset i Nord-Norge	Saken gjelder: Saklig klageinteresse for	<i>Brudd på regelverket</i>

Sak 2005/139 Avgjort 07.07.2005 Innkomet 19.05.2005	underleverandør, forhandlingsforbudet Klagenemndas kommentar Klagenemndas avgjørelse	
Stokke kommune Sak 2005/157 Avgjort 07.07.2005 Innkomet 31.05.2005	Saken gjelder: Saklig klageinteresse for underleverandør, bruk av tekniske spesifikasjoner, åpning for alternative løsninger. Klagenemndas kommentar Klagenemndas avgjørelse	<i>Brudd på regelverket</i>
Vox Sak 2004/218 Avgjort 06.07.2005 Innkomet 10.09.2004	Klagenemndas kommentar	<i>Avvist - saken ubegrunnet eller kan klart ikke føre frem</i>
Hordaland Fylkeskommune Sak 2004/293 Avgjort 05.07.2005 Innkomet 03.12.2004	Klagenemndas kommentar	<i>Avvist - saken ubegrunnet eller kan klart ikke føre frem</i>
Tjøme kommune Sak 2005/164 Avgjort 05.07.2005 Innkomet 16.06.2005	Klagenemndas kommentar	<i>Avvist - mangler saklig klageinteresse</i>
Statsbygg Sak 2005/196 Avgjort 04.07.2005 Innkomet 04.07.2005	Klagenemndas kommentar	<i>Avvist - mangler saklig klageinteresse</i>
Bodø kommune Sak 2005/119	Klagenemndas kommentar	<i>Saken løst under saksforberedelsene</i>

Avgjort 28.06.2005 Innkommet 29.04.2005		
Forsvarets logistikkorganisasjon Sak 2005/167 Avgjort 27.06.2005 Innkommet 08.06.2005	Klagenemndas kommentar	<i>Avvist - saken ubegrunnet eller kan klart ikke føre frem</i>
Helse Midt-Norge RHF Sak 2005/152 Avgjort 27.06.2005 Innkommet 25.05.2005	Klagenemndas kommentar	<i>Avvist - saken ubegrunnet eller kan klart ikke føre frem</i>
Meløy kommune Sak 2005/99 Avgjort 24.06.2005 Innkommet 18.04.2005	Klagenemndas kommentar	<i>Avvist - saken ubegrunnet eller kan klart ikke føre frem</i>
Karmøy kommune Sak 2005/203 Avgjort 24.06.2005 Innkommet 17.06.2005	Klagenemndas kommentar	<i>Saken løst under saksforberedelsene</i>
Statens legemiddelverk Sak 2005/165 Avgjort 24.06.2005 Innkommet 21.06.2005	Klagenemndas kommentar	<i>Avvist - ikke hensiktsmessig av andre grunner</i>
Kristiansand kommune Sak 2004/245 Avgjort 23.06.2005 Innkommet 13.10.2004	Klagenemndas kommentar	<i>Avvist - saken ubegrunnet eller kan klart ikke føre frem</i>

Helse Nord Trøndelag HF Sak 2004/212 Avgjort 22.06.2005 Innkomet 03.09.2004	Klagenemndas kommentar	<i>Avvist - saken ubegrunnet eller kan klart ikke føre frem</i>
Rikstrygdeverket Sak 2005/71 Avgjort 22.06.2005 Innkomet 14.03.2005	Klagenemndas kommentar	<i>Avvist - saken ubegrunnet eller kan klart ikke føre frem</i>
Statskog SF Sak 2004/182 Avgjort 20.06.2005 Innkomet 20.07.2004	Saken gjelder: Gjennomføring av forhandlinger, evaluering av tilbud Klagenemndas kommentar Klagenemndas avgjørelse	<i>Brudd på regelverket</i>
Sykehuset Innlandet HF Sak 2005/100 Avgjort 20.06.2005 Innkomet 18.04.2005	Saken gjelder: Frist for å klage til klagenemnda. Vesentlig endring av avtale. Ulovlig direkte anskaffelse. Kravet til konkurranse. Klagenemndas kommentar Klagenemndas avgjørelse	<i>Brudd på regelverket</i>
Arendal kommune Sak 2005/108 Avgjort 20.06.2005 Innkomet 25.04.2005	Saken gjelder: Frist for forespørsel om deltakelse. Kravet til konkurranse Klagenemndas kommentar Klagenemndas avgjørelse	<i>Brudd på regelverket</i>
Stortinget Sak 2005/117 Avgjort 20.06.2005 Innkomet 02.05.2005	Klagenemndas kommentar	<i>Avvist - saken ubegrunnet eller kan klart ikke føre frem</i>
Justisdepartementet Sak 2005/115	Saken gjelder: Krav til leverandørenes kvalifikasjoner, prekvalifisering	<i>Ikke brudd på regelverket</i>

Avgjort 20.06.2005 Innkommet 25.04.2005	Klagenemndas kommentar Klagenemndas avgjørelse	
Ski kommune Sak 2005/135 Avgjort 20.06.2005 Innkommet 19.05.2005	Saken gjelder: Avvisning som følge av avvik. Tildelingskriterier. Klagenemndas kommentar Klagenemndas avgjørelse	<i>Brudd på regelverket</i>
Sula kommune Sak 2005/134 Avgjort 20.06.2005 Innkommet 19.05.2005	Klagenemndas kommentar	<i>Avvist - saken ubegrunnet eller kan klart ikke føre frem</i>
Forsvarsbygg Sak 2005/151 Avgjort 20.06.2005 Innkommet 25.05.2005	Saken gjelder: Avvisning av tilbud Klagenemndas kommentar Klagenemndas avgjørelse	<i>Ikke brudd på regelverket</i>
Stjørdal kommune Sak 2004/210 Avgjort 16.06.2005 Innkommet 07.09.2004	Klagenemndas kommentar	<i>Avvist - ikke hensiktsmessig av andre grunner</i>
Helsebygg Midt-Norge Sak 2004/181 Avgjort 15.06.2005 Innkommet 16.07.2004	Klagenemndas kommentar	<i>Avvist - saken ubegrunnet eller kan klart ikke føre frem</i>
Kommunene Bømlo, Fitjar, Kvinnherad, Stord og Tysnes Sak 2004/172 Avgjort 14.06.2005	Klagenemndas kommentar	<i>Avvist - saken ubegrunnet eller kan klart ikke føre frem</i>

Innkommet 09.07.2004		
Helsebygg Midt-Norge Sak 2004/141 Avgjort 08.06.2005 Innkommet 14.06.2004	Saken gjelder: Evaluering av tildelingskriterier, avklaringsadgang i anbudskonkurranser. Spørsmål om avvisning av tilbud. Klagenemndas kommentar Klagenemndas avgjørelse	<i>Ikke brudd på regelverket</i>
Arendal kommune Sak 2004/158 Avgjort 08.06.2005 Innkommet 28.06.2004	Saken gjelder: Konkurransen med forhandling gjennomført uten forhandlinger, begrunnelsesplikt, erstatning for negativ kontraktsinteresse. Klagenemndas kommentar Klagenemndas avgjørelse	<i>Brudd på regelverket</i>
Innkjøpssamarbeidet på Haugaland og Sunnhordland Sak 2005/75 Avgjort 08.06.2005 Innkommet 18.03.2005	Saken gjelder: Prioritering av tildelingskriterier. Kravet til forutberegnelighet. Plikten til å gradere uttellingen på tildelingskriteriene. Kravet til etterprøvbarehet. Klagenemndas kommentar Klagenemndas avgjørelse	<i>Brudd på regelverket</i>
Innkjøpssamarbeidet på Haugaland, Sunnhordland interkommunale innkjøpsforum Sak 2005/104 Avgjort 08.06.2005 Innkommet 19.04.2005	Saken gjelder: Prioritering av tildelingskriterier. Kravet til forutberegnelighet. Klarhetskravet. Plikten til å gradere uttellingen på tildelingskriteriene. Kravet til etterprøvbarehet. Krav til nærmere begrunnelse. Klagenemndas kommentar Klagenemndas avgjørelse	<i>Brudd på regelverket</i>
Sykehuset i Vestfold Sak 2005/111 Avgjort 08.06.2005 Innkommet 02.05.2005	Saken gjelder: Tildelingskriterier, vektlegging av forhold ved leverandøren i tilbudsevalueringen Klagenemndas kommentar Klagenemndas avgjørelse	<i>Brudd på regelverket</i>
Statens legemiddelverk Sak 2005/101	Saken gjelder: Tildelingskriterier, gjennomføring av forhandlinger	<i>Brudd på regelverket</i>

Avgjort 08.06.2005 Innkommet 18.04.2005	Klagenemndas kommentar Klagenemndas avgjørelse	
Sørlandet Sykehus HF Sak 2005/125 Avgjort 03.06.2005 Innkommet 04.05.2005	Klagenemndas kommentar	<i>Avvist - saken ubegrunnet eller kan klart ikke føre frem</i>
Drammen kommune Sak 2005/150 Avgjort 03.06.2005 Innkommet 25.05.2005	Klagenemndas kommentar	<i>Avvist - mangler saklig klageinteresse</i>
Avinor Nord Sak 2005/62 Avgjort 02.06.2005 Innkommet 03.03.2005	Klagenemndas kommentar	<i>Saken løst under saksforberedelsene</i>
Viken Fjernvarme Sak 2005/113 Avgjort 02.06.2005 Innkommet 25.04.2005	Klagenemndas kommentar	<i>Saken løst under saksforberedelsene</i>
Farsund kommune Sak 2005/123 Avgjort 01.06.2005 Innkommet 04.05.2005	Klagenemndas kommentar	<i>Saken løst under saksforberedelsene</i>
Hafslund Sak 2005/148 Avgjort 01.06.2005 Innkommet 13.05.2005	Klagenemndas kommentar	<i>Avvist - kontrakt inngått for mer enn seks måneder siden</i>

Statsbygg Sak 2004/147 Avgjort 27.05.2005 Innkomet 17.06.2004	Klagenemndas kommentar	<i>Avvist - saken ubegrunnet eller kan klart ikke føre frem</i>
Rikstrygdeverket Sak 2005/142 Avgjort 27.05.2005 Innkomet 19.05.2005	Klagenemndas kommentar	<i>Saken løst under saksforberedelsene</i>
Finansdepartementet Sak 2004/287 Avgjort 26.05.2005 Innkomet 04.11.2004	Klagenemndas kommentar	<i>Avvist - saken gjelder ikke brudd på lov om offentlige anskaffelser</i>
Finansdepartementet Sak 2004/283 Avgjort 26.05.2005 Innkomet 04.11.2004	Klagenemndas kommentar	<i>Avvist - saken gjelder ikke brudd på lov om offentlige anskaffelser</i>
Finansdepartementet Sak 2005/5 Avgjort 26.05.2005 Innkomet 07.01.2005	Klagenemndas kommentar	<i>Avvist - saken gjelder ikke brudd på lov om offentlige anskaffelser</i>
Lovisenberg Diakonale Sykehus AS Sak 2005/89 Avgjort 25.05.2005 Innkomet 04.04.2005	Klagenemndas kommentar	<i>Avvist - saken gjelder ikke brudd på lov om offentlige anskaffelser</i>
Statens vegvesen Sak 2004/281	Klagenemndas kommentar	<i>Avvist - saken ubegrunnet eller kan klart ikke føre frem</i>

<p>Avgjort 24.05.2005</p> <p>Innkomet 26.11.2004</p>		
<p>Utlendingsdirektoratet</p> <p>Sak 2005/9</p> <p>Avgjort 24.05.2005</p> <p>Innkomet 07.01.2005</p>	<p>Klagenemndas kommentar</p>	<p><i>Avvist - saken gjelder ikke brudd på lov om offentlige anskaffelser</i></p>
<p>Sykehuset i Vestfold HF</p> <p>Sak 2005/24</p> <p>Avgjort 23.05.2005</p> <p>Innkomet 18.01.2005</p>	<p>Saken gjelder: Tjenestekonsesjonskontrakter, avlysning av konkurranse</p> <p>Klagenemndas kommentar Klagenemndas avgjørelse</p>	<p><i>Ikke brudd på regelverket</i></p>
<p>Vestby kommune</p> <p>Sak 2005/86</p> <p>Avgjort 23.05.2005</p> <p>Innkomet 29.03.2005</p>	<p>Saken gjelder: Tjenestekonsesjon</p> <p>Klagenemndas kommentar Klagenemndas avgjørelse</p>	<p><i>Ikke brudd på regelverket</i></p>
<p>Aetat Lillehammer</p> <p>Sak 2004/142</p> <p>Avgjort 23.05.2005</p> <p>Innkomet 15.06.2004</p>	<p>Saken gjelder: Tidsfrister ved gjennomføring av forhandlinger.</p> <p>Klagenemndas kommentar Klagenemndas avgjørelse</p>	<p><i>Brudd på regelverket</i></p>
<p>Helse Nord RHF</p> <p>Sak 2005/140</p> <p>Avgjort 22.05.2005</p> <p>Innkomet 19.05.2005</p>	<p>Klagenemndas kommentar</p>	<p><i>Avvist - saken ubegrunnet eller kan klart ikke føre frem</i></p>
<p>Helse Førde HF</p> <p>Sak 2004/156</p> <p>Avgjort 12.05.2005</p> <p>Innkomet 24.06.2004</p>	<p>Klagenemndas kommentar</p>	<p><i>Avvist - ikke hensiktsmessig av andre grunner</i></p>

Vadsø kommune Sak 2004/123 Avgjort 09.05.2005 Innkommet 27.05.2004	Saken gjelder: Avvisning. Evaluering av tilbud. Referanser. Klagenemndas kommentar Klagenemndas avgjørelse	<i>Brudd på regelverket</i>
Ryfylke Miljøverk IKS Sak 2004/127 Avgjort 09.05.2005 Innkommet 01.06.2004	Saken gjelder: Vage tildelingskriterier. Vurdering av tildelingskriterier. Habilitet. Klagenemndas kommentar Klagenemndas avgjørelse	<i>Brudd på regelverket</i>
Asker kommune Sak 2004/191 Avgjort 09.05.2005 Innkommet 10.08.2004	Saken gjelder: Konkurransen med forhandling gjennomført uten forhandlinger, begrunnelsesplikt, erstatning for negativ kontraktsinteresse. Klagenemndas kommentar Klagenemndas avgjørelse	<i>Brudd på regelverket</i>
Helse NORD RHF Sak 2005/17 Avgjort 09.05.2005 Innkommet 13.01.2005	Saken gjelder: Tildelingskriterier, evaluering av tilbudt pris, krav til likebehandling, referanser Klagenemndas kommentar Klagenemndas avgjørelse	<i>Brudd på regelverket</i>
Skien kommune Sak 2005/82 Avgjort 09.05.2005 Innkommet 04.04.2005	Klagenemndas kommentar	<i>Saken løst under saksforberedelsene</i>
Nordkapp bompengeselskap AS Sak 2005/106 Avgjort 09.05.2005 Innkommet 20.04.2005	Klagenemndas kommentar	<i>Avvist - saken ubegrunnet eller kan klart ikke føre frem</i>
Alta kommune Sak 2005/132	Klagenemndas kommentar	<i>Avvist - saken ubegrunnet eller kan klart ikke føre</i>

Avgjort 09.05.2005 Innkommet 09.05.2005		frem
Ski kommune Sak 2005/73 Avgjort 06.05.2005 Innkommet 30.03.2005	Klagenemndas kommentar	<i>Avvist - saken gjelder ikke brudd på lov om offentlige anskaffelser</i>
Statens vegvesen, Region vest Sak 2004/138 Avgjort 04.05.2005 Innkommet 09.06.2004	Klagenemndas kommentar	<i>Avvist - saken ubegrunnet eller kan klart ikke føre frem</i>
Statens vegvesen Sak 2005/83 Avgjort 04.05.2005 Innkommet 01.04.2005	Klagenemndas kommentar	<i>Avvist - saken ubegrunnet eller kan klart ikke føre frem</i>
Statens vegvesen Sak 2004/163 Avgjort 03.05.2005 Innkommet 29.06.2004	Klagenemndas kommentar	<i>Saken løst under saksforberedelsene</i>
Statens vegvesen, Region øst Sak 2004/131 Avgjort 29.04.2005 Innkommet 04.06.2004	Klagenemndas kommentar	<i>Avvist - saken ubegrunnet eller kan klart ikke føre frem</i>
Alvdal kommune Sak 2005/79 Avgjort 29.04.2005 Innkommet 21.03.2005	Klagenemndas kommentar	<i>Avvist - saken ubegrunnet eller kan klart ikke føre frem</i>

<p>Nord-Trøndelag fylkeskommune</p> <p>Sak 2004/313</p> <p>Avgjort 28.04.2005</p> <p>Innkomet 28.12.2004</p>	<p>Klagenemndas kommentar</p>	<p><i>Saken løst under saksforberedelsene</i></p>
<p>Sørlandet Sykehus HF</p> <p>Sak 2004/130</p> <p>Avgjort 27.04.2005</p> <p>Innkomet 03.06.2004</p>	<p>Klagenemndas kommentar</p>	<p><i>Avvist - saken ubegrunnet eller kan klart ikke føre frem</i></p>
<p>Skien kommune</p> <p>Sak 2005/80</p> <p>Avgjort 27.04.2005</p> <p>Innkomet 30.03.2005</p>	<p>Klagenemndas kommentar</p>	<p><i>Avvist - saken ubegrunnet eller kan klart ikke føre frem</i></p>
<p>Rogaland teater AS</p> <p>Sak 2005/103</p> <p>Avgjort 27.04.2005</p> <p>Innkomet 18.04.2005</p>	<p>Klagenemndas kommentar</p>	<p><i>Saken løst under saksforberedelsene</i></p>
<p>Hå kyrkjelege fellesråd</p> <p>Sak 2005/20</p> <p>Avgjort 25.04.2005</p> <p>Innkomet 17.01.2005</p>	<p>Saken gjelder: Tildelingskriterier, evaluering av tilbud, klagefrist</p> <p>Klagenemndas kommentar Klagenemndas avgjørelse</p>	<p><i>Brudd på regelverket</i></p>
<p>Forsvarsbygg</p> <p>Sak 2004/109</p> <p>Avgjort 25.04.2005</p> <p>Innkomet 13.05.2004</p>	<p>Saken gjelder: Feilprising. Tolkning av tilbud. Avvisning.</p> <p>Klagenemndas kommentar Klagenemndas avgjørelse</p>	<p><i>Ikke brudd på regelverket</i></p>
<p>Klepp kommune</p> <p>Sak 2004/151</p>	<p>Saken gjelder: Klarhetskravet. Utenforliggende hensyn.</p>	<p><i>Brudd på regelverket</i></p>

Avgjort 25.04.2005 Innkomet 04.06.2004	Klagenemndas kommentar Klagenemndas avgjørelse	
Statens vegvesen Sak 2004/299 Avgjort 25.04.2005 Innkomet 09.12.2004	Klagenemndas kommentar	<i>Avvist - saken ubegrunnet eller kan klart ikke føre frem</i>
Kvam kommune Sak 2005/70 Avgjort 25.04.2005 Innkomet 10.03.2005	Saken gjelder: Taushetsplikt, forsvarlig saksbehandling, likebehandling Klagenemndas kommentar Klagenemndas avgjørelse	<i>Brudd på regelverket</i>
Hjelpemiddelsentralen i Nord- og Sør-Trøndelag Sak 2005/109 Avgjort 22.04.2005 Innkomet 22.04.2005	Klagenemndas kommentar	<i>Avvist - kontrakt inngått for mer enn seks måneder siden</i>
Verran kommune Sak 2004/122 Avgjort 21.04.2005 Innkomet 26.05.2004	Klagenemndas kommentar	<i>Avvist - saken ubegrunnet eller kan klart ikke føre frem</i>
Norges vassdrags- og energidirektorat Sak 2004/121 Avgjort 20.04.2005 Innkomet 26.05.2004	Klagenemndas kommentar	<i>Avvist - saken ubegrunnet eller kan klart ikke føre frem</i>
Troms fylkeskommune Sak 2004/103 Avgjort 19.04.2005	Klagenemndas kommentar	<i>Avvist - saken ubegrunnet eller kan klart ikke føre frem</i>

Innkomet 05.05.2004		
Helse Fonna HF Sak 2004/98 Avgjort 18.04.2005 Innkomet 02.05.2004	Klagenemndas kommentar	<i>Avvist - saken ubegrunnet eller kan klart ikke føre frem</i>
Kommunene Narvik, Tromsø, Bodø og Rana Sak 2005/35 Avgjort 18.04.2005 Innkomet 02.02.2005	Saken gjelder: God anbudsskikk og forretningsskikk. Etterprøvbarhet. Evaluering av tilbud. Begrunnelse. Klagenemndas kommentar Klagenemndas avgjørelse	<i>Brudd på regelverket</i>
Skien kommune Sak 2005/74 Avgjort 18.04.2005 Innkomet 18.03.2005	Saken gjelder: Vurdering av kvalifikasjoner, retting av tilbud, tildelingskriteriene, evaluering Klagenemndas kommentar Klagenemndas avgjørelse	<i>Ikke brudd på regelverket</i>
Oslo Lufthavn AS Sak 2004/91 Avgjort 15.04.2005 Innkomet 27.04.2004	Klagenemndas kommentar	<i>Avvist - saken ubegrunnet eller kan klart ikke føre frem</i>
Fylkestrygdekontoret i Hordaland Sak 2004/140 Avgjort 15.04.2005 Innkomet 11.06.2004	Saken gjelder: Upresise tildelingskriterier. Klagenemndas kommentar Klagenemndas avgjørelse	<i>Ikke brudd på regelverket</i>
Norges Bank Sak 2005/95 Avgjort 15.04.2005 Innkomet 12.04.2005	Klagenemndas kommentar	<i>Saken løst under saksforberedelsene</i>

Kriminalomsorgen Sak 2005/33 Avgjort 13.04.2005 Innkomet 31.01.2005	Klagenemndas kommentar	<i>Avvist - ikke hensiktsmessig av andre grunner</i>
Aetat Madla Sak 2004/64 Avgjort 11.04.2005 Innkomet 19.03.2004	Saken gjelder: Sammenlåing av konkurranser, endring av konkurransegrunnlaget, tildelingskriterienes forutberegnelighet, krav til begrunnelse Klagenemndas kommentar Klagenemndas avgjørelse	<i>Brudd på regelverket</i>
Voss kommune Sak 2004/86 Avgjort 11.04.2005 Innkomet 21.04.2004	Saken gjelder: Tildelingskriterier. Kvalifikasjonskrav. Evaluering av tilbud. Forutberegnelighet og gjennomsiktighet. Klagenemndas kommentar Klagenemndas avgjørelse	<i>Brudd på regelverket</i>
Forsvarets Logistikk Organisasjon Sak 2005/40 Avgjort 11.04.2005 Innkomet 07.03.2005	Saken gjelder: Vesentlig endring av avtale, spørsmål om ulovlig direkteanskaffelse Klagenemndas kommentar Klagenemndas avgjørelse	<i>Ikke brudd på regelverket</i>
Direktoratet for naturforvaltning Sak 2004/206 Avgjort 11.04.2005 Innkomet 24.08.2004	Saken gjelder: Forsknings- og utviklingstjenester. Klagenemndas kommentar Klagenemndas avgjørelse	<i>Brudd på regelverket</i>
Tromsø kommune Sak 2005/63 Avgjort 11.04.2005 Innkomet 04.03.2005	Klagenemndas kommentar	<i>Avvist - saken ubegrunnet eller kan klart ikke føre frem</i>
Oslo kommune	Klagenemndas kommentar	<i>Avvist - saken ubegrunnet</i>

Sak 2004/263 Avgjort 31.03.2005 Innkomet 08.11.2004		<i>eller kan klart ikke føre frem</i>
Sjøfartsdirektoratet Sak 2005/4 Avgjort 31.03.2005 Innkomet 07.01.2005	Klagenemndas kommentar	<i>Avvist - saken ubegrunnet eller kan klart ikke føre frem</i>
Helse Midt-Norge Sak 2005/57 Avgjort 30.03.2005 Innkomet 28.02.2005	Saken gjelder: Avvisning av tilbud på grunn av unormalt lav pris. Klagenemndas kommentar Klagenemndas avgjørelse	<i>Brudd på regelverket</i>
Ullevål universitetssykehus HF Sak 2005/77 Avgjort 30.03.2005 Innkomet 29.03.2005	Klagenemndas kommentar	<i>Avvist - saken ubegrunnet eller kan klart ikke føre frem</i>
Statens vegvesen Sak 2005/55 Avgjort 29.03.2005 Innkomet 23.02.2005	Klagenemndas kommentar	<i>Saken løst under saksforberedelsene</i>
Direktoratet for samfunnssikkerhet og beredskap Sak 2005/52 Avgjort 18.03.2005 Innkomet 15.02.2005	Klagenemndas kommentar	<i>Avvist - ikke hensiktsmessig av andre grunner</i>
Sandnes kommune Sak 2005/30	Saken gjelder: Sammenkobling av ytelser. Krav til konkurranse.	<i>Ikke brudd på regelverket</i>

Avgjort 16.03.2005 Innkommet 25.01.2005	Klagenemndas kommentar Klagenemndas avgjørelse	
Vest-Finnmark Avfallselskap IKS Sak 2004/85 Avgjort 16.03.2005 Innkommet 16.04.2004	Klagenemndas kommentar	<i>Avvist - saken ubegrunnet eller kan klart ikke føre frem</i>
Universitetet i Oslo Sak 2004/89 Avgjort 16.03.2005 Innkommet 23.04.2004	Klagenemndas kommentar	<i>Avvist - saken ubegrunnet eller kan klart ikke føre frem</i>
LIS på vegne av Sykehusapotekene ANS, Apotekene Vest HF, Sykehusapotekene Midt-Norge HF, Sykehusapotek Nord HF, samt helseforetakene som deltar i LIS. Sak 2004/143 Avgjort 16.03.2005 Innkommet 15.06.2004	Klagenemndas kommentar	<i>Avvist - ikke hensiktsmessig av andre grunner</i>
Avfallsbehandling Tromsø HF Sak 2005/49 Avgjort 16.03.2005 Innkommet 16.02.2005	Saken gjelder: Forbehold, avvisning av tilbud Klagenemndas kommentar Klagenemndas avgjørelse	<i>Brudd på regelverket</i>
Avfallsbehandling Tromsø KF Sak 2005/16 Avgjort 16.03.2005 Innkommet 10.01.2005	Saken gjelder: Forbehold, avvisning av tilbud Klagenemndas kommentar Klagenemndas avgjørelse	<i>Brudd på regelverket</i>
Avinor Sak 2005/21	Saken gjelder: Hensiktsmessighet for behandling i nemnda.	<i>Avvist - saken ikke egnet for skriftlig behandling</i>

Avgjort 14.03.2005 Innkommet 12.01.2005	Klagenemndas kommentar Klagenemndas avgjørelse	
Domstolsadministrasjonen Sak 2004/312 Avgjort 14.03.2005 Innkommet 23.12.2004	Klagenemndas kommentar	<i>Saken løst under saksforberedelsene</i>
Sandnes kommune Sak 2005/28 Avgjort 14.03.2005 Innkommet 24.01.2005	Saken gjelder: Sammenkobling av ytelser. Krav til konkurranse. Klagenemndas kommentar Klagenemndas avgjørelse	<i>Ikke brudd på regelverket</i>
Kystverket Tromsø, Finnmark Sak 2005/67 Avgjort 14.03.2005 Innkommet 27.02.2005	Klagenemndas kommentar	<i>Avvist - saken ubegrunnet eller kan klart ikke føre frem</i>
Gjøvik kommune Sak 2005/54 Avgjort 14.03.2005 Innkommet 25.02.2005	Klagenemndas kommentar	<i>Saken løst under saksforberedelsene</i>
Tromsø kommune Sak 2005/56 Avgjort 14.03.2005 Innkommet 24.02.2005	Klagenemndas kommentar	<i>Saken løst under saksforberedelsene</i>
Kongsvinger kommune Sak 2005/34 Avgjort 14.03.2005 Innkommet 02.02.2005	Saken gjelder: Krav til utvelgelseskriterier i en plan og designkonkurranse. Krav til etterprøvnbarhet. Krav til begrunnelse for utvelgelse av leverandører. Klagenemndas kommentar	<i>Brudd på regelverket</i>

		Klagenemndas avgjørelse	
Helse Øst RHF		Klagenemndas kommentar	<i>Avvist - saken ubegrunnet eller kan klart ikke føre frem</i>
Sak 2004/39			
Avgjort 08.03.2005			
Innkomet 18.02.2004			
Ragn Sells		Klagenemndas kommentar	<i>Avvist - kontrakt inngått for mer enn seks måneder siden</i>
Sak 2005/59			
Avgjort 08.03.2005			
Innkomet 03.03.2005			
Forsvarets Logistikkorganisasjon		Saken gjelder: Prioriterte tjenester, forutberegnelighet, hasteprosedyre, forhandling	<i>Brudd på regelverket</i>
Sak 2004/309			
Avgjort 07.03.2005		Klagenemndas kommentar	
Innkomet 22.12.2004		Klagenemndas avgjørelse	
Herøy kommune		Klagenemndas kommentar	<i>Avvist - kontrakt inngått for mer enn seks måneder siden</i>
Sak 2005/46			
Avgjort 07.03.2005			
Innkomet 07.02.2005			
Aker Universitetssykehus HF		Saken gjelder: Vedståelsesfrist. Erstatning.	<i>Brudd på regelverket</i>
Sak 2004/54			
Avgjort 07.03.2005		Klagenemndas kommentar	
Innkomet 12.03.2004		Klagenemndas avgjørelse	
Ballangen kommune		Saken gjelder: Angivelse av tildelingskriterier. Begrunnelse. Erstatning for den negative kontraktsinteresse.	<i>Brudd på regelverket</i>
Sak 2004/106			
Avgjort 07.03.2005		Klagenemndas kommentar	
Innkomet 10.05.2004		Klagenemndas avgjørelse	
kommunene Suldal, Hjelmeland, Strand,		Klagenemndas kommentar	<i>Brudd på regelverket</i>

Gjesdal, Time, Klepp, Bjerkreim, Eigersund, Lund og Sokndal Sak 2004/116 Avgjort 07.03.2005 Innkommet 21.05.2004	Klagenemndas avgjørelse	
Helse Sør Sak 2004/124 Avgjort 07.03.2005 Innkommet 28.05.2004	Saken gjelder: Krav til protokoll. Krav til referat av forhandlingsmøter. Evaluering av tildelingskriterier. Klagenemndas kommentar Klagenemndas avgjørelse	<i>Brudd på regelverket</i>
Helse Øst RHF Sak 2004/63 Avgjort 25.02.2005 Innkommet 19.03.2004	Klagenemndas kommentar	<i>Avvist - saken ubegrunnet eller kan klart ikke føre frem</i>
Lenvik kommune Sak 2005/7 Avgjort 25.02.2005 Innkommet 07.01.2005	Klagenemndas kommentar	<i>Avvist - saken ikke egnet for skriftlig behandling</i>
Statens vegvesen, Region nord Sak 2004/78 Avgjort 24.02.2005 Innkommet 30.03.2004	Klagenemndas kommentar	<i>Avvist - saken ubegrunnet eller kan klart ikke føre frem</i>
Statens vegvesen Sak 2004/105 Avgjort 23.02.2005 Innkommet 10.05.2004	Klagenemndas kommentar	<i>Avvist - saken ikke egnet for skriftlig behandling</i>
Helse Nord	Klagenemndas kommentar	<i>Avvist - saken ubegrunnet eller kan klart ikke føre</i>

Sak 2004/274 Avgjort 23.02.2005 Innkomet 15.11.2004		<i>frem</i>
Gjøvik kommune Sak 2004/61 Avgjort 21.02.2005 Innkomet 18.03.2004	Saken gjelder: Forhandlingsforbudet. Erstatning. Klagenemndas kommentar Klagenemndas avgjørelse	<i>Brudd på regelverket</i>
Sørlandet Sykehus HF Sak 2004/60 Avgjort 21.02.2005 Innkomet 19.03.2004	Saken gjelder: Anskaffelsesprosedyre. Uklart konkurransegrunnlag. Avvikende opplysninger i kunngjøring og konkurransegrunnlag. Klagenemndas kommentar Klagenemndas avgjørelse	<i>Brudd på regelverket</i>
Aker Universitetssykehus HF Sak 2004/75 Avgjort 21.02.2005 Innkomet 26.03.2004	Saken gjelder: Vedståelsesfrist Klagenemndas kommentar Klagenemndas avgjørelse	<i>Brudd på regelverket</i>
Hole kommune Sak 2004/308 Avgjort 21.02.2005 Innkomet 20.12.2004	Saken gjelder: Tildelingskriteriene, krav til begrunnelsen, klage, midlertidig forføyning Klagenemndas kommentar Klagenemndas avgjørelse	<i>Brudd på regelverket</i>
Forsvarsbygg Skifte Eiendom Sak 2004/104 Avgjort 18.02.2005 Innkomet 05.05.2004	Klagenemndas kommentar	<i>Avvist - saken ubegrunnet eller kan klart ikke føre frem</i>
Helsebygg Midt-Norge Sak 2005/47	Klagenemndas kommentar	<i>Avvist - saken ubegrunnet eller kan klart ikke føre frem</i>

Avgjort 18.02.2005 Innkommet 09.02.2005		
Bergen kommune Sak 2004/265 Avgjort 17.02.2005 Innkommet 11.11.2004	Klagenemndas kommentar	<i>Avvist - saken ubegrunnet eller kan klart ikke føre frem</i>
Sykehuset Innlandet HF Sak 2005/6 Avgjort 17.02.2005 Innkommet 07.01.2005	Klagenemndas kommentar	<i>Avvist - saken ubegrunnet eller kan klart ikke føre frem</i>
Mattilsynet Sak 2005/42 Avgjort 17.02.2005 Innkommet 01.02.2005	Klagenemndas kommentar	<i>Saken løst under saksforberedelsene</i>
Bergen kommune Sak 2004/270 Avgjort 16.02.2005 Innkommet 05.11.2004	Klagenemndas kommentar	<i>Avvist - saken ubegrunnet eller kan klart ikke føre frem</i>
Bergen kommune Sak 2004/266 Avgjort 15.02.2005 Innkommet 11.11.2004	Klagenemndas kommentar	<i>Avvist - saken ubegrunnet eller kan klart ikke føre frem</i>
Akershus Universitetssykehus HF Sak 2004/48 Avgjort 07.02.2005 Innkommet 08.03.2004	Saken gjelder: Forlengelse av vedståelsesfrist. Erstatning for negativ kontraktsinteressen. Klagenemndas kommentar Klagenemndas avgjørelse	<i>Brudd på regelverket</i>

Kristiansand kommune Sak 2004/49 Avgjort 07.02.2005 Innkommet 09.03.2004	Klagenemndas kommentar	<i>Saken løst under saksforberedelsene</i>
Fylkesmannen i Møre og Romsdal Sak 2004/57 Avgjort 07.02.2005 Innkommet 16.03.2004	Klagenemndas kommentar	<i>Avvist - saken ubegrunnet eller kan klart ikke føre frem</i>
Nome kommune Sak 2005/36 Avgjort 07.02.2005 Innkommet 07.02.2005	Klagenemndas kommentar	<i>Avvist - saken ikke egnet for skriftlig behandling</i>
Mandal kommune Sak 2004/74 Avgjort 07.02.2005 Innkommet 26.03.2004	Saken gjelder: Kravet til forutberegnelighet, krav til begrunnelsen Klagenemndas kommentar Klagenemndas avgjørelse	<i>Brudd på regelverket</i>
Statsbygg Sak 2004/99 Avgjort 07.02.2005 Innkommet 02.05.2004	Saken gjelder: Regelverkets anvendelse på Svalbard, forkortelse av tilbudsfristen. Klagenemndas kommentar Klagenemndas avgjørelse	<i>Brudd på regelverket</i>
Domstoladministrasjonen Sak 2004/295 Avgjort 07.02.2005 Innkommet 06.11.2004	Saken gjelder: Kravet til å opplyse om fastsatt matrise for evaluering, forsvarlig saksbehandling, krav til rangering av tilbud. Klagenemndas kommentar Klagenemndas avgjørelse	<i>Brudd på regelverket</i>
Domstolsadministrasjonen Sak 2004/294	Saken gjelder: Kravet til å opplyse om fastsatt matrise for evaluering, veiledningsplikt i	<i>Brudd på regelverket</i>

<p>Avgjort 07.02.2005</p> <p>Innkommet 06.11.2004</p>	forhandlinger, forsvarlig saksbehandling.	
	<p>Klagenemndas kommentar</p> <p>Klagenemndas avgjørelse</p>	
<p>Ullevål universitetssykehus</p> <p>Sak 2005/23</p> <p>Avgjort 04.02.2005</p> <p>Innkommet 17.01.2005</p>	Klagenemndas kommentar	<i>Avvist - saken ubegrunnet eller kan klart ikke føre frem</i>
<p>Kystverket ved Kystdirektoratet</p> <p>Sak 2004/15</p> <p>Avgjort 31.01.2005</p> <p>Innkommet 26.01.2004</p>	Klagenemndas kommentar	<i>Avvist - saken ubegrunnet eller kan klart ikke føre frem</i>
<p>Porsgrunn kommune</p> <p>Sak 2005/15</p> <p>Avgjort 25.01.2005</p> <p>Innkommet 12.01.2005</p>	Klagenemndas kommentar	<i>Saken løst under saksforberedelsene</i>
<p>Oslo kommune</p> <p>Sak 2005/25</p> <p>Avgjort 25.01.2005</p> <p>Innkommet 29.01.2005</p>	Klagenemndas kommentar	<i>Avvist - saken ubegrunnet eller kan klart ikke føre frem</i>
<p>Enova SF</p> <p>Sak 2004/28</p> <p>Avgjort 24.01.2005</p> <p>Innkommet 20.02.2004</p>	<p>Saken gjelder: Tildelingskriterier. Habilitet.</p> <p>Klagenemndas kommentar</p> <p>Klagenemndas avgjørelse</p>	<i>Brudd på regelverket</i>
<p>Østfold fylkeskommune</p> <p>Sak 2004/68</p> <p>Avgjort 24.01.2005</p>	<p>Saken gjelder: Tildelingskriterier, evaluering av tilbud</p> <p>Klagenemndas kommentar</p>	<i>Brudd på regelverket</i>

Innkomet 22.03.2004	Klagenemndas avgjørelse	
Aetat Trondheim Øst Sak 2004/216 Avgjort 24.01.2005 Innkomet 14.09.2004	Saken gjelder: Utvelgelse til forhandlinger. Reell mulighet til å få kontrakten. Klagenemndas kommentar Klagenemndas avgjørelse	<i>Ikke brudd på regelverket</i>
IVAR Sak 2004/256 Avgjort 24.01.2005 Innkomet 28.10.2004	Saken gjelder: Terskelverdier, konkurranse med forhandling, konkurransegrunnlagets Klagenemndas kommentar Klagenemndas avgjørelse	<i>Brudd på regelverket</i>
Statens vegvesen Sak 2004/52 Avgjort 21.01.2005 Innkomet 10.03.2004	Klagenemndas kommentar	<i>Avvist - saken ubegrunnet eller kan klart ikke føre frem</i>
Fylkestrygdekontoret i Oppland Sak 2004/43 Avgjort 19.01.2005 Innkomet 04.03.2004	Klagenemndas kommentar	<i>Avvist - saken ubegrunnet eller kan klart ikke føre frem</i>
Østfold fylkeskommune Sak 2004/80 Avgjort 19.01.2005 Innkomet 01.04.2004	Klagenemndas kommentar	<i>Avvist - saken ubegrunnet eller kan klart ikke føre frem</i>
Aust-Agder fylkeskommune Sak 2004/204 Avgjort 18.01.2005 Innkomet 24.08.2004	Klagenemndas kommentar	<i>Avvist - ikke hensiktsmessig av andre grunner</i>
Oslo kommune	Klagenemndas kommentar	<i>Avvist - saken ikke egnet</i>

Sak 2004/62 Avgjort 17.01.2005 Innkommet 18.03.2004		<i>for skriftlig behandling</i>
Aetat Kristiansand Sak 2004/37 Avgjort 14.01.2005 Innkommet 16.02.2004	Klagenemndas kommentar	<i>Avvist - saken ubegrunnet eller kan klart ikke føre frem</i>
Ålesund kommune Sak 2004/92 Avgjort 13.01.2005 Innkommet 29.04.2004	Klagenemndas kommentar	<i>Avvist - saken ubegrunnet eller kan klart ikke føre frem</i>
Aker Universitetssykehus HF Sak 2004/110 Avgjort 12.01.2005 Innkommet 14.05.2004	Klagenemndas kommentar	<i>Saken løst under saksforberedelsene</i>
Oslo kommune (plan- og bygningsetaten) Sak 2004/227 Avgjort 12.01.2005 Innkommet 21.09.2004	Klagenemndas kommentar	<i>Avvist - ikke hensiktsmessig av andre grunner</i>
Statens Forvaltningstjeneste Sak 2004/249 Avgjort 12.01.2005 Innkommet 28.10.2004	Klagenemndas kommentar	<i>Avvist - saken ubegrunnet eller kan klart ikke føre frem</i>
Det norske Radiumhospital HF Sak 2004/268 Avgjort 12.01.2005	Klagenemndas kommentar	<i>Avvist - saken ubegrunnet eller kan klart ikke føre frem</i>

Innkomet 12.11.2004		
Aetat Trondheim Øst Sak 2004/4 Avgjort 11.01.2005 Innkomet 09.01.2004	Klagenemndas kommentar	<i>Avvist - saken ubegrunnet eller kan klart ikke føre frem</i>
Stange kommune Sak 2004/290 Avgjort 11.01.2005 Innkomet 03.12.2004	Klagenemndas kommentar	<i>Avvist - saken ubegrunnet eller kan klart ikke føre frem</i>
Finnmark fylkeskommune Sak 2004/45 Avgjort 10.01.2005 Innkomet 05.03.2004	Saken gjelder: Forsknings- og utviklingskontrakter. Direkte anskaffelse. Klagenemndas kommentar Klagenemndas avgjørelse	<i>Brudd på regelverket</i>
Telemark fylkeskommune Sak 2004/276 Avgjort 10.01.2005 Innkomet 15.11.2004	Saken gjelder: Avlysning av konkurranse, avvisning, endring av konkurransegrunnlaget, Klagenemndas kommentar Klagenemndas avgjørelse	<i>Ikke brudd på regelverket</i>
Sykehuset Buskerud HF Sak 2004/277 Avgjort 10.01.2005 Innkomet 17.11.2004	Saken gjelder: Evaluering av tildelingskriteriene Klagenemndas kommentar Klagenemndas avgjørelse	<i>Brudd på regelverket</i>
Oppegård kommune Sak 2004/132 Avgjort 07.01.2005 Innkomet 04.06.2004	Klagenemndas kommentar	<i>Avvist - saken ubegrunnet eller kan klart ikke føre frem</i>
Sandnes Tomteselskap KF	Klagenemndas kommentar	<i>Avvist - saken ubegrunnet</i>

Sak 2004/289 Avgjort 07.01.2005 Innkommet 03.12.2004		<i>eller kan klart ikke føre frem</i>
Lindesnes kommune Sak 2005/38 Avgjort 07.01.2005 Innkommet 07.05.2005	Klagenemndas kommentar	<i>Avvist - saken ubegrunnet eller kan klart ikke føre frem</i>
Fylkestyrgdekontoret i Oppland Sak 2004/41 Avgjort 05.01.2005 Innkommet 27.02.2004	Klagenemndas kommentar	<i>Avvist - saken ubegrunnet eller kan klart ikke føre frem</i>
Oslo kommune v/Omsorgsbygg Oslo KF Sak 2004/292 Avgjort 05.01.2005 Innkommet 03.12.2004	Saken gjelder: Begrenset anbudskonkurranse. Utvelgelse til å få levere tilbud. Vilkårighet. Klagenemndas kommentar Klagenemndas avgjørelse	<i>Brudd på regelverket</i>



Forsiden
Nemndsmedlemmer
Saksbehandling
Regelverk
Innkommne saker
Statistikk
Årsrapporter
Dommer
Søk i avgjorte saker

Avgjorte saker:

[2003](#) [2004](#) [2005](#)

Besøksadresse

H. Heyerdalsgate 1
0033 Oslo

Postadresse

Postboks 8132 Dep
0033 Oslo

Tlf.: 22 33 70 10

Faks: 22 33 70 12

E-post:

postmottak@kofa.no

Avgjorte saker

Innklagede gjennomførte en konkurranse med forhandling for prosjektering og bygging av et lagerskur. Det var stilt som kvalifikasjonskrav at leverandørene skulle ha (meget god)/god soliditet. En av leverandørene ble vurdert som middels kredittverdig, men innklagede vektla også morselskapets kredittverdighet og fant derfor at leverandøren likevel oppfylte kvalifikasjonskravet. Etter at kontrakt var tildelt, stilte morselskapet garanti. Klagenemnda fant at den garantien som ble stilt, ikke kunne erstatte utilstrekkelige økonomiske kvalifikasjoner, og at garantien uansett var stilt for sent. Den valgte leverandøren skulle dermed vært avvist.

Klagenemndas avgjørelse 5. desember 2005 i sak 2004/229

Klager: Lønnheim Entreprenør AS

Innklaget: Oslo kommune v/Oslo Havn KF

Klagenemndas medlemmer: Jens Bugge, Kai Krüger, Andreas Wahl

Saken gjelder: Kvalifikasjonskrav. Avvisning.

Bakgrunn:

(1) Oslo kommune ved Oslo Havn KF (heretter kalt innklagede) kunngjorde 19. mai 2004 en konkurranse med forhandling vedrørende prosjektering og bygging av et lagerskur i Oslo havn.

(2) I konkurransegrunnlaget var det oppstilt følgende krav til leverandørenes kvalifikasjoner:

"3.7 Leverandørens økonomiske og finansielle stilling

[...]

Krav 1;

Det kreves (meget god) god soliditet

[...]"

(3) Under punkt 3.9 "Avvisning av leverandør" het det:

"Oppdragsgiver har plikt til å avvise leverandører som ikke har sendt inn skatteattester og HMS-egenerklæring innen de angitte frister, jf pkt 3.3, 3.4, 3.5, 4.9, og de leverandører som ikke oppfyller de kvalifikasjonskrav oppdragsgiver har krevd i kap. 3 – Krav til leverandøren.

Obligatoriske grunner for avvisning av leverandør:

- ikke er innbudt til å delta i konkurransen*
- ikke oppfyller kvalifikasjonskravene, jf pkt 3.6, 3.7, 3.8"*

(4) Det ble konkurrert om å levere det økonomisk mest fordelaktige tilbudet, basert på følgende tildelingskriterier oppgitt i ikke-prioritert rekkefølge:

"

- Materialkvalitet og tekniske løsninger*
- Pris*
- Estetikk*
- Funksjon*
- Leveringstid*
- Plan for gjennomføring/koordinering av 3.persons aktiviteter"*

(5) I konkurransegrunnlagets punkt 7.1 ble kontrakten beskrevet slik:

"I forbindelse med fristilling av sentrale havnearealer til byutvikling (Tjuvholmen) og veiformål (E18 i senketunnel Bjørvika/Bispevika) er det behov for bygging av erstatningsanlegg (kaier og lagerskur) på Kneppeskjærutstikkeren i Sydhavna for relokalisering av havnevirksomhet. Dette omfatter bl.a.:

- 1. bygging av ca. 7.500 m2 skur m/kontorfaciliteter*
- 2. bygging av 80 m åpen pelekai på østsiden av utstikkeren*
- 3. bygging av 260 m spunkai på vestsiden av utstikkeren*

Denne tilbudsforespørsel omfatter tiltak i forbindelse med bygging av skur del 1. Tiltaket er beskrevet som en funksjonsbeskrivelse med tilbudstegninger og skal gjennomføres som en totalentreprise som omfatter prosjektering og gjennomføring. Funksjonsbeskrivelsene er kun retningsgivende og gir kun et eksempel på hvordan skuret kan se ut, men det er fritt for tilbyderne å komme med andre løsninger. Funksjonsbeskrivelsen og tegninger følger som vedlegg."

(6) I kontraktsvilkårene var det stilt følgende krav om sikkerhetsstillelse:

"Totalentreprenøren skal stille en samlet sikkerhet for oppfyllelse av sine kontraktsforpliktelser i utførelsestiden og reklamasjonstiden."

(7) Tilbudsfrist var 30. juni 2004.

(8) Syv leverandører deltok i konkurransen, blant dem Lønnheim Entreprenør AS (heretter kalt klager) og Hallmaker AS som senere ble tildelt kontrakten. Klagers tilbud av 2. juli 2004 hadde en tilbudspris på kr 27.750.000.

(9) Hallmaker AS ble etablert i 2003, og er et heleid selskap i Hallmaker-Gruppen AS. Som et resultat av en omorganiseringsprosess ble Hallmaker AS' virksomhet utskilt fra Hallmaker-Gruppen AS i et eget aksjeselskap. Under klagebehandlingen for klagenemnda har innklagede vist til en kredittvurdering som ble gjort av både Hallmaker AS og Hallmaker-Gruppen AS. Hallmaker AS er gitt uttellingen 41 på en skala fra 0 til 100, og det er konkludert med at firmaet er "kredittverdig". Hallmaker-Gruppen AS har fått 77 poeng, med betegnelsen "beste kredittverdighet". Kredittratingen er forklart slik:

"30-49 Kredittverdig

Kreditt kan ytes med forsiktighet. Foretaket har liten statistisk sannsynlighet for konkurs, tvangsavvikling eller insolvens innen 12 måneder. Foretak merket "Kredittverdig" (30-49 poeng) har en statistisk sannsynlighet for å få en betalingsanmerkning på mindre enn 16% innen 12 måneder.

50-74 God kredittverdighet

Kreditt kan ytes. Foretaket har en mindre statistisk sannsynlighet for uerholdelighet (konkursåpning, tvangsavvikling, insolvens) på 0,6% innen 12 måneder. Foretak merket "God kredittverdighet" (50-74 poeng) har en statistisk sannsynlighet for å få en betalingsanmerkning på under 7% innen 12 måneder.

75-100 Beste kredittverdighet

Kreditt kan ytes med stor grad av trygghet. Foretaket har minimal statistisk sannsynlighet for konkurs, tvangsavvikling eller insolvens innen 12 måneder. Foretak merket "Beste kredittverdighet" (75-100 poeng) har en statistisk sannsynlighet for å få en betalingsanmerkning under 3% innen 12 måneder."

(10) Klager var én av seks leverandører som ble invitert til forhandlinger.

(11) I brev av 16. september 2004 ble tilbyderne meddelt at innklagede ville inngå kontrakt med Hallmaker AS. Det ble gitt en nærmere begrunnelse for kontraktstildelingen.

(12) Hallmaker AS sendte 28. september 2004 et brev til innklagede med overskriften "Opplysninger om Hallmaker-Gruppen". I brevet het det blant annet:

"Hallmaker AS har som nystartet selskap høy rating. Administrasjonen ser på selskapets utvikling som positiv, og forventer i første hele driftsår et driftsresultat i størrelsesorden 8 millioner, med en omsetning på 70 millioner. Driftsgarantier for Hallmaker AS er sikret gjennom Hallmaker-gruppen AS. Konsernets resultat i 1. halvår 2004 er det beste i Konsernets historie. Pr 31/12-03 hadde konsernet en bokført egenkapital på kr 17 mill."

(13) Den 5. oktober 2004 mottok innklagede et brev fra Hallmaker-Gruppen AS datert 30. september 2004. I brevet het det:

"Hallmaker-Gruppen AS bekrefter at de garanterer for at Hallmaker AS stiller de nødvendige garantier i h.t. kontraktens bestemmelser både i utførelses- og garantitiden."

(14) Kontrakt ble inngått 5. oktober 2004.

Klager har i det vesentligste anført:

(15) Innklagede har brutt regelverket for offentlige anskaffelser.

(16) Valgte leverandør oppfylte ikke kvalifikasjonskravene og skulle derfor vært avvist. Hallmaker AS er et nyetablert selskap og balansen gir ikke tilstrekkelig økonomisk soliditet til å gjennomføre et oppdrag av denne størrelsesorden. Selskapets soliditet blir ikke endret selv om det stilles en morselskapsgaranti for forutsatte sikkerhetsstillelser.

(17) Det er påfallende at kvalifikasjonsvurderingen ikke er nevnt i anskaffelsesprotokollen. Dette indikerer at en slik vurdering aldri ble foretatt. Dette støttes av at garantistillelsen fra Hallmaker-Gruppen AS er datert 30. september 2004, dvs etter at evaluering var foretatt og meddelelsen om valg av tilbud var sendt ut.

(18) Klager har for øvrig på en rekke punkter angrepet innklagedes tildeling av kontrakt, men klagenemnda finner ikke grunn til å referere dette.

Innklagede har i det vesentligste anført:

(19) Innklagede bestrider å ha brutt regelverket for offentlige anskaffelser.

(20) I konkurransegrunnlaget er det stilt krav om at leverandørene må ha (meget god)/god soliditet for å bli kvalifisert. Det kreves videre at leverandøren har betydelig erfaring fra tilsvarende oppdrag, samt meget god gjennomføringsevne. Valgte leverandørs morselskap er gitt kredittrating AAA. Hallmaker AS har som nystartet selskap høy rating. Driftsgarantier for selskapet er sikret gjennom garanti fra Hallmaker-Gruppen AS. Innklagede vurderte etter dette leverandøren slik at kravet til økonomisk soliditet var oppfylt. I vurderingen av soliditet må så vel selskapets egen økonomiske situasjon som eventuelle garantier vurderes. Som dokumentasjon vedla Hallmaker blant annet årsberetning både for eget selskap og for morselskapet. Innklagede tolket tilbudet slik at Hallmaker-Gruppen AS stod bak tilbudet fra Hallmaker AS, og fikk dette bekreftet ved garantistillelse før kontrakt ble inngått.

(21) Innklagede har videre imøtegått klagers øvrige anførsler.

Klagenemndas vurdering

(22) Klager har deltatt i konkurransen og har saklig klageinteresse, jf forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Anskaffelsen er etter sin art og verdi underlagt reglene i forsyningsforskriften.

(23) Det er i anskaffelsesprotokollen oppført at ingen tilbydere ble avvist, og klagenemnda finner å måtte legge til grunn innklagedes forklaring om at det ble foretatt en kvalifikasjonsvurdering før tilbudsevalueringen. Spørsmålet er om kvalifikasjonsvurderingen var i henhold til regelverket for offentlige anskaffelser.

(24) Hallmaker AS var i den kredittverdighetsvurdering som er fremlagt av

innklagede, gitt rating 41 med betegnelsen "kredittverdig". Med hensyn til betydningen av dette vises det til premiss 9. Kravet i konkurransegrunnlaget tilsa iallfall at leverandørene måtte ha "god kredittverdighet". Hallmaker AS oppfylte derfor ikke konkurransegrunnlagets krav til (meget god) god soliditet.

(25) Innklagede har anført at man så hen til morselskapets kredittverdiget. Når Hallmaker AS er utskilt som eget aksjeselskap, innebærer det at kreditorer ikke kan gå på morselskapet. Morselskapets økonomiske stilling er derfor uten rettslig betydning ved vurderingen av om en leverandør har tilstrekkelig sterk økonomisk stilling til å sikre at kontrakten blir oppfylt. At Hallmaker AS i sitt tilbud la ved årsberetning også fra Hallmaker-Gruppen AS, er uten betydning, da dette ikke innebærer noen økonomisk forpliktelse fra Hallmaker-Gruppen AS.

(26) Vurderingen av leverandørenes kvalifikasjoner skal skje før tilbudsevalueringen, og i en konkurranse med forhandling skal oppdragsgiver bare forhandle med tilbydere som oppfyller kvalifikasjonskravene. Det er på det rene at en garanti fra Hallmaker-Gruppen AS først ble stilt etter at kontrakten var tildelt. Garantien som ble stilt i brev av 30. september 2004, kunne uansett ikke oppfylle kvalifikasjonskravet, da garantien bare refererer til de krav som gjelder etter kontraktsvilkårene. Hallmaker AS tilfredsstilte dermed ikke de kravene som var satt til leverandørenes kvalifikasjoner og skulle derfor vært avvist.

Konklusjon:

Oslo kommune v/Oslo Havn KF har brutt regelverket for offentlige anskaffelser ved ikke å avvise Hallmaker AS.

For klagenemnda,

5. desember 2005

Jens Bugge



Forsiden
Nemndsmedlemmer
Saksbehandling
Regelverk
Innkommne saker
Statistikk
Årsrapporter
Dommer
Søk i avgjorte saker

Avgjorte saker:

[2003](#) [2004](#) [2005](#)

Besøksadresse

H. Heyerdalsgate 1
0033 Oslo

Postadresse

Postboks 8132 Dep
0033 Oslo

Tlf.: 22 33 70 10

Faks: 22 33 70 12

E-post:

postmottak@kofa.no

Avgjorte saker

Innklagede gjennomførte en åpen anbud konkurranse for anskaffelse av luftbehandlingsanlegg. En påtenkt underleverandør klaget og anførte dels at innklagede hadde benyttet tekniske spesifikasjoner med omtale av bestemt produktnavn, dels at innklagede før avtaleinngåelse gjennomførte forhandlinger i strid med forhandlingsforbudet i forskriftens § 16-1 (1), med den endring at klageren ble skiftet med en annen underleverandør. Klagenemnda kom til at klageren som underleverandør manglet klageinteresse, og klagen ble derfor avvist i medhold av klagenemndsforordningens § 6 annet ledd.

Klagenemndas avgjørelse 5. desember 2005 i sak 2004/304

Klager: F-Tech AS

Innklaget: Statsbygg

Klagenemndas medlemmer: Jens Bugge, Kai Krüger, Andreas Wahl

Saken gjelder:

Forskriftsstridig produktangivelse i tekniske spesifikasjoner, forskriftens § 12-2 (2). Klageinteresse – avvisning – klagenemndsforordningens § 6 annet ledd

Bakgrunn:

(1) Statsbygg (heretter kalt innklagede) kunngjorde 17. februar 2004 en åpen anbudskonkurranse for entreprise "K320 Luftbehandlingsanlegg".

(2) I konkurransegrunnlagets tekniske spesifikasjoner var det for avfuktingsaggregatene i tillegg til de tekniske kravene angitt:

"Fabr: Alfsen og Gunderson AS

Type: Econosorb

eller tilsvarende"

(3) Tilsvarende formuleringer var gjort for de ulike avfuktingsaggregatene som var etterspurt.

(4) Fire leverandører leverte tilbud innen fristen. En av tilbyderne var

Gunnar Karlsen AS (heretter kalt GK). GK innleverte tilbud på to alternative avfuktingsaggregater. Det ene var levert av Alfson og Gunderson (heretter kalt AG) og den andre var levert av F-Tech AS (heretter kalt klager).

(5) Ved evalueringen av tilbudet fra GK la innklagede avfuktingsaggregatet fra klager til grunn. GK hadde da det laveste tilbudet. Dersom avfuktingsaggregatet fra AG hadde blitt lagt til grunn ved evalueringen av tilbudet, ville GKs tilbud være ca. kr. 60.000,- dyrere enn det da laveste tilbudet.

(6) Meddelelse om tildeling av kontrakt i henhold til forskriftens §§ 10-3/17-3 ble gitt 1. juli 2004, med underretning om klageadgang innen 12. juli. Det ble varslet om at kontrakt ville bli inngått rett etter klagefristens utløp.

(7) I brev til GK datert 29. juli betegnet "bestillingsbrev" fremgår:

"Bestillingsbrev

(...)

Statsbygg ønsker å tildele avtalen K320 Luftbehandlingsanlegg til Gunnar Karlsen AS. Avtalen tildeles med forbehold i avklaringer.

Bestillingssummen er beregnet som følger:

Tilbudspris ekskl. mva kr. 4.135.100

(...)

Vi tar sikte på å avholde avklaringer og signere kontrakt i august 2004."

(8) Bestillingssummen skal være basert på avfuktingsaggregatet fra klager. Etter at brevet ble sendt, kom innklagede til at det var ønskelig å benytte avfuktingsaggregatet fra AG i stedet for aggregatet fra klager. GK opplyste om at endringen av underleverandør av avfuktingsaggregatet ikke ville få økonomiske konsekvenser for tilbudet.

(9) Kontrakten ble signert 5. november 2004 av GK og 10. november av Statsbygg.

Klager har i det vesentlige anført:

(10) Innklagede har brutt regelverket for offentlige anskaffelser.

(11) Klager anfører at de grunnleggende kravene i lov om offentlige anskaffelser § 5 er brutt ved at innklagede påla den valgte leverandøren å benytte en annen underleverandør av avfuktingsaggregat enn klager.

(12) Innklagede har brutt lovens § 5 om bruk av standarder og tekniske spesifikasjoner.

Innklagede har i det vesentlige anført:

(13) Klager har ikke deltatt i konkurransen og er ikke klageberettiget, jfr. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen må således avvises, jfr. forskriftens § 9.

(14) Innklagede bestrider for øvrig å ha brutt regelverket for offentlige anskaffelser. De påklagde endringen ble foretatt etter avtaleinngåelse og omfattes derfor ikke av forskriftens regel om forhandlingsforbud. Innklagede

endret kontrakten med hensyn til type avfuktingsaggregat da AG ble vurdert å være bedre enn klager. Det ble lagt vekt på at AG ble vurdert å være bedre kvalifisert underleverandør enn klager da AG i motsetning til klager kunne vise til mange relevante referanseprosjekter og hadde en mer overbevisende serviceorganisasjon. Kvalifikasjonene til underleverandøren ville få betydning for den fremtidige drifts- og vedlikeholdssituasjonen.

(15) Slik saken står, går klagenemnda ikke nærmere inn på de øvrige anførsler fra innklagedes side.

Klagenemndas vurdering:

(16) Klager anfører at innklagede har brutt de grunnleggende kravene etter lov om offentlige anskaffelser § 5 ved å avtale med GK at denne uten pristillegg skulle benytte en annen underleverandør enn klager, som hadde lavest pris. Det anføres et brudd på regelverket som har konsekvenser for klager som underleverandør. Etter det opplyste er det tale om en anskaffelse som følger forskriftens Del I og Del III.

(17) Klageforskriften FOR 2002-11-15 nr. 1288 § 6 annet ledd gir regelen om klagerett:

"Klage kan fremsettes av enhver som har saklig interesse i å få vurdert lovmessigheten av en slik unnlattelse, handling eller beslutning."

Hvis klager ikke har klagerett etter § 6 annet ledd, skal klagen avvises, enten av sekretariatet etter § 9 eller etter ordinær nemndsbehandling av spørsmålet.

(18) Bestemmelsen åpner for at kretsen av klageberettigede skal trekkes nokså liberalt, hvilket har sammenheng med at klageordningen først og fremst skal bidra til en effektiv håndhevelse av forskriftens krav til saksbehandling ved kontraktstildeling. Allikevel må det forutsettes noe mer og annet enn at klager rent faktisk kan være berørt når det er gjort feil. En påtenkt eller oppgitt underleverandør vil normalt ikke stå i noe rettsforhold til anskaffelsesmyndigheten. Underleverandøren kan være bundet opp i forhold til sin egen oppdragsgiver, men da vil avtalen vanligvis være betinget av at oppdragsgiver også får sitt tilbud antatt av anskaffelsesmyndigheten. Det vanlige er at den som leverer tilbud refererer innhentede priser fra mulige underleverandører i markedet. Underleverandøren er derfor verken deltager i anbudskonkurransen eller direkte berørt som forbigått leverandør dersom anskaffelsesmyndigheten ikke har fulgt regelverkets prosedyrekrav. Klagenemnda mener etter dette at underleverandører normalt ikke har en slik tilknytning til tilbudsbehandlingen at det foreligger tilstrekkelig saklig klageinteresse etter klageforskriftens § 6 annet ledd. Dette har også vært utgangspunktet for tidligere saker behandlet av klagenemnda, så som i sak 2005/241. I det foreliggende tilfelle er underleverandørens og hovedleverandørens interesser ikke sammenfallende, hvilket underbygger at det er hovedleverandøren som er rette vedkommende til å fremme klage, hvilket ikke er gjort.

(19) I sak 2005/241 ble underleverandøren rett nok gitt klagerett, men her var forholdet at regelbruddet etter sin art særlig rammet underleverandøren, hvilket vil være tilfellet når lovstridige produktspesifikasjoner etter forskriftens § 5-2(2) eller § 12-2(2) potensielt kan vri konkurransen i disfavør av underleverandører som da blir avskåret, jf. om et annet slikt tilfelle sak 2005/249. I vår sak fikk produktbetegnelsen ingen betydning, dels fordi GK tilbød både AG og klagers løsning, dels siden innklagede først hadde innstilt på å velge en utførelse med klagerens alternativ. Sakens hovedspørsmål er derfor om innklagede brøt forskriften ved å få tilbyderer til å gå med på å skifte fra klagers løsning til AG uten prisendring. I dette anliggende mener klagenemnda at klageren ikke har klageinteresse. Forhandlingsforbudet skal sikre ryddig og

etterprøvbar saksbehandling, og vedrører derfor først og fremst de leverandører som deltar i anbudskonkurransen. GK har ikke selv anfektet innklagedes håndtering av tildelingen. Slik saken står har klagenemnda dermed ingen foranledning til å vurdere om forhandlingsforbudet i forskriftens § 16-1 (1) er brutt, sml. en noe mer restriktiv løsning i sak 2005/139.

(20) Etter dette er klagenemnda kommet til at klagen må avvises.

Konklusjon:

Klagen avvises med henvisning til klageforskriftens § 6 annet ledd.

For klagenemnda,

5. desember 2005

Kai Krüger



[Forsiden](#)
[Nemndsmedlemmer](#)
[Saksbehandling](#)
[Regelverk](#)
[Innkommne saker](#)
[Statistikk](#)
[Årsrapporter](#)
[Dommer](#)
[Søk i avgjorte saker](#)
Avgjorte saker:
[2003](#) [2004](#) [2005](#)

Besøksadresse
 H. Heyerdalsgate 1
 0033 Oslo

Postadresse
 Postboks 8132 Dep
 0033 Oslo

Tlf.: 22 33 70 10

Faks: 22 33 70 12

E-post:

postmottak@kofa.no

Avgjorte saker

Innklagede hadde kunngjort en åpen anbudskonkurranse for anskaffelse av multifunksjonsmaskiner og printere. Før konkurransen var slutført, avlyste innklagede konkurransen. Innklagede inviterte så til en ny konkurranse. Den nye konkurransen ble gjennomført som en konkurranse med forhandling uten forutgående kunngjøring. Klagenemnda fant at innklagede hadde brutt forskrift om offentlige anskaffelser ved å gjennomføre den siste konkurransen som en konkurranse med forhandling.

Klagenemndas avgjørelse 5.desember 2005 i sak 2005/12

Klager: Konica Minolta Business Solutions Norway AS

Innklaget: Helsebygg Midt-Norge RHF

Klagenemndas medlemmer: Jens Bugge, Andreas Wahl, Kai Krüger

Saken gjelder: Prosedyreform.

Bakgrunn:

(1) Helsebygg Midt-Norge RHF (heretter kalt innklagede) kunngjorde den 30. juni 2004 en åpen anbudskonkurranse for anskaffelse av multifunksjonsmaskiner og printere. Med multifunksjonsmaskiner menes maskiner som kopierer, printer, skanner og fakser, men som også kan ha tilleggsfunksjoner utover dette. Tretten leverandører meldte sin interesse og fikk tilsendt konkurransegrunnlaget.

(2) I konkurransegrunnlagets bilag B2 var det tatt inn prismatriser som skulle fylles ut av tilbyderne. Det var utarbeidet en prismatrise for hver av artiklene som skulle anskaffes. I disse matrisene ba innklagede om tekniske data og pris for grunnmodell. I tillegg var det tatt med et punkt med "Tilleggsutstyr/-moduler".

(3) I konkurransegrunnlagets del om "Konkurransebestemmelser" stod det under punkt 5 "Tilbudet":

"5.1 Innhold og organisering

(...)

3. Bilag B1 Prisbestemmelser og B2 Prisformat

Komplett utfylt prisbestemmelser og prisformat som foreskrevet.”

(4) Kontrakt skulle tildeles etter vurdering av hva som var det økonomisk mest fordelaktige tilbudet. Tildelingskriteriene var i konkurransegrunnlaget sagt å være;

- *Tilbudspriser korrigert for åpenbare feil*
- *Årskostnader, (drifts- og vedlikeholdskostnader), kfr Bilag B2*
- *Produktets/systemets kvalitet og funksjonelle egenskaper*
- *Brukervennlighet og ergonomi*
- *Forbehold (som vil bli prissatt av oppdragsgiver etter beste skjønn, forutsatt at*

forbeholdene ikke er av en slik karakter at tilbudet skal avvises, jf tilbudsreglene)

- *Produktsortiment, relevant for tilbudt utstyr*
- *Gjennomføringsevne*

(5) Ni leverandører innga tilbud i konkurransen, en av disse var Konica Minolta Business Solution Norway AS (heretter kalt klager).

(6) De innkomne tilbudene ble først gjennomgått av en rådgiver, som skrev følgende i sin foreløpige rapport av 23. september 2004:

”Multifunksjonsmaskiner, (art. 22.05.001-22.05.007)

Et av problemene her er at tilbudene er så forskjellige når det gjelder tilbudt

tilleggsutstyr. Noen har det meste inkludert, andre har priset noen elementer og latt

andre poster stå åpne. De tekniske løsningene kan variere mye fra fabrikat til

fabrikat, så dette må bli en vurdering under et annet tildelingskriterium, f.eks

”kvalitet og funksjonelle egenskaper”. Det gjelder særlig ”nederste” del av listen

over tilleggsutstyr/-funksjonalitet.”

(7) Innklagedes eget evalueringsutvalg gikk også gjennom tilbudene.

(8) På bakgrunn av gjennomgangen av tilbudene, konkluderte innklagede med at det ikke forlås tilbud som gjorde det mulig å slutføre konkurransen på forsvarlig vis. Følgende ble skrevet i anskaffelsesprotokollen under punktet "EVALUERING":

"Avvisninger:

Følgende leverandører er avviste:

§ **Hewlett-Packard Norge AS**, p.g.a. at deres tilbud inneholdt forbehold og forhold som medførte tvil om hvordan tilbudet skulle bedømmes i forhold til de øvrige tilbudene.

§ **Xerox AS**, p.g.a. at deres tilbud inneholdt forbehold og forhold som medførte tvil om hvordan tilbudet skulle bedømmes i forhold til de øvrige tilbudene.

§ **29.okt 04 Resterende tilbydere avvist.** Tilbudenes innhold og oppbygning gjør det ikke mulig å foreta en forsvarlig evaluering av de kostnadmessige sidene."

(9) Ettersom alle tilbudene ble avvist, ble konkurransen avlyst. Klager ble orientert om dette i brev av 29. oktober 2004. I brevet het det:

"Det har ut fra tilbudets innhold og oppbygging vist seg ikke mulig å beregne den kostnadmessige siden forsvarlig. Dette medfører "tvil om hvordan tilbudet skal bedømmes i forhold til de øvrige tilbudene" (ref FOA § 8-10 (1) d.), og tilbudet avvises på bakgrunn av dette.

Vi gjør oppmerksom på at dette , og/eller liknende forhold har ført til at samtlige tilbud i denne konkurransen er avvist.

*Det inviteres derfor til forhandlinger med alle tilbydere i denne konkurransen. Dersom dere ønsker å delta i forhandlingene ber vi om å bli orientert om dette senest **4. nov 04**. Vi ber videre om en bekreftelse på at det inngitte tilbud opprettholdes som utgangspunkt for forhandlingen.*

Forhandlingene vil finne sted i uke 46. Innkalling følger senere.

*I forbindelse med forhandlingen ber vi om at vedlagte "simuleringsmodell" og "notat vedr simuleringsmodell" gås gjennom, og svar returneres oss **innen torsdag 4. nov 04**. (...)"*

(10) Etter forhandlinger ble Canon innstilt som nr. 1, og kontrakt mellom innklagede og Canon ble inngått 12. januar 2005.

Anførsler:

Klagers anførsler:

(11) Klager anfører at innklagede har brutt regelverket for offentlige anskaffelser.

(12) Når samtlige innkomne anbud ble avvist med referanse til samme paragraf og begrunnelse, skyldes dette at anbudsmaterialet fra innklagede er for ufullstendig eller at prismatrisen som er benyttet av innklagede er for dårlig eller utydelig, slik at det kan medføre misforståelser hos tilbyderne. Det er innklagedes plikt å utforme prismatriser slik at disse kan gi sammenlignbare priser for sammenlignbare produkter fra de forskjellige tilbyderne, og ikke er gjenstand for tvil og fortolkning.

(13) Innklagede hadde ikke anledning til å gå i forhandling med tilbyderne. I stedet skulle en ny og fullstendig utlysning med korrigerende av prismatriser vært gjennomført, da prissammenligninger/prismatriser er en sentral del av evalueringen av en anbudsbesvarelse.

Innklagedes anførsler:

(14) Innklagede bestrider å ha brutt regelverket for offentlige anskaffelser.

(15) Uklarhetene som oppsto skyldes ikke innklagedes eget forhold. Det fremgår av de dokumenter som er fremlagt at det ble oppstilt en klar prismatrise som skulle utfylles av samtlige tilbydere. Videre er det presisert i konkurransegrunnlagets bilag A hvilke opplysninger som skulle gis med hensyn til gjennomføring av leveransen m.v.

(16) Innklagede hadde anledning til å gå i forhandlinger med tilbyderne etter avslutning av den første konkurransen. Hjemmel for å gjennomføre en konkurranse med forhandlinger fremgår av forskrift om offentlige anskaffelser § 4-3, bokstav a. Samtlige anbud i konkurransen måtte anses som "ukorrekte" og/eller "uakseptable". Det ble videre ikke foretatt vesentlige endringer i de opprinnelige kontraktsvilkår, og samtlige av leverandørene som deltok i den første konkurransen ble invitert til å delta i den nye konkurransen. På denne bakgrunn bestrides klagers anførsel om at innklagede var forpliktet til å gjennomføre en ny anbudskonkurranse med forutgående kunngjøring.

Klagenemndas vurdering:

(17) Klager har deltatt i konkurransen og har saklig klageinteresse, jf forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Anskaffelsen følger etter sin verdi forskrift om offentlige anskaffelser del I og II, jf § 2-2.

(18) Forskrift om offentlig anskaffelser § 4-3 (1) lyder:

"Oppdragsgiver kan benytte konkurranse med forhandling uten å kunngjøre på forhånd i følgende tilfeller:

a. når tilbudene i en forutgående åpen eller begrenset anbudskonkurranse er

ukorrekte, eller dersom tilbudene er uakseptable i henhold til krav fastsatt i samsvar med § 5-5 (kvalifikasjonskrav) til § 5-16 (HMS-egenerklæring), § 8-2 (fremgangsmåte ved valg av leverandører og tildeling av kontrakter), § 8-4 (rett til deltakelse i konkurransen), § 8-6 (avvik fra konkurransegrunnlaget og alternative løsninger) eller § 10-2 (kriterier for valg av tilbud), forutsatt at det ikke foretas vesentlige endringer i de opprinnelige kontraktsvilkår og alle foretak som oppfyller kravene for deltakelse i konkurransen og som i den forutgående konkurransen har avgitt tilbud i samsvar med anskaffelsesprosedyrens formelle krav, inviteres til å delta.

(...)"

(19) De opplysninger klagenemnda har om hvorfor alle tilbudene ble avvist, følger av anskaffelsesprotokollens punkt om "evaluering", jf premiss 8. Videre er det sagt noe om problemene med sammenligning av tilbudene i rådgiverens rapport, jf premiss 6. Ikke noe av dette gir grunnlag for å konstatere at vilkårene i forskriftens § 4-3 (1) bokstav a er oppfylt. Klagenemnda er etter dette kommet til at innklagede ikke hadde hjemmel for å gjennomføre en konkurranse med forhandlinger uten forutgående kunngjøring. Det foreligger således et brudd på forskriftens § 4-1 som regulerer hvilke anskaffelsesprosedyrer som er tillatt.

Konklusjon:

Helsebygg Midt-Norge RHF har brutt forskrift om offentlige anskaffelser § 4-1 (2), jf § 4-3 (1) bokstav a ved at det ble gjennomført konkurranse med forhandling uten at det forelå hjemmel.

For klagenemnda,

5.desember 2005

Andreas Wahl



Forsiden
Nemndsmedlemmer
Saksbehandling
Regelverk
Innkomne saker
Statistikk
Årsrapporter
Dommer
Søk i avgjorte saker
Avgjorte saker:
[2003](#) [2004](#) [2005](#)

Besøksadresse
H. Heyerdalsgate 1
0033 Oslo

Postadresse
Postboks 8132 Dep
0033 Oslo

Tlf.: 22 33 70 10

Faks: 22 33 70 12

E-post:

postmottak@kofa.no

Avgjorte saker

Innklagede gjennomførte en åpen anbudskonkurranse for anskaffelse av blant annet videokonferanseapparater. I konkurransegrunnlaget var det angitt at "leverandøren skal kunne levere utvidelse av eksisterende konferansebro, type Tandberg MPS". Spesifikasjonen innebar at det bare kunne leveres utstyr fra Tandberg. Klagenemnda kom til at slik saken var opplyst, forelå det ikke grunnlag til å konstatere brudd på forskrift om offentlige anskaffelser § 5-2(2).

Klagenemndas avgjørelse 5. desember 2005 i sak 2005/249

Klager: Arcit AS

Innklaget: Rikstrygdeverket

Klagenemndas medlemmer: Jens Bugge, Kai Krüger, Andreas Wahl

Saken gjelder:

Tekniske spesifikasjoner.

Bakgrunn:

(1) Rikstrygdeverket (heretter kalt innklagede) har gjennomført en åpen anbudskonkurranse for anskaffelse av telefoniutstyr og tilhørende støttesystemer. Konkurransen omfatter en opsjon på kontaktsenter og tilleggsutstyr til videokonferanseapparater.

(2) I konkurransegrunnlagets bilag 1A punkt 2.3.8 fremgår det:

"En oversikt over det som ble anskaffet og installert finnes i tabellen under. I samband med anskaffelsen av konferanseenheter valgte etaten å investere i en konferansebro med tilhørende administrasjonsverktøy av typen Tandberg TMS. Konferansebroen og administrasjonsverktøyet skal benyttes i fremtiden og alle nyanskaffelser av systemer/enheter må kunne administreres via TMS. Leverandøren skal også kunne bidra med utvikling av videokonferanseløsningen (TMS, MPS og endepunkter) som eksempelvis streaming."

(3) I kravspesifikasjonen for opsjon for videokonferanseutstyr inntatt i bilag 1A punkt 7, står det i punkt 7.5.1 bokstav L:

"Leverandøren skal kunne levere utvidelse av eksisterende konferansebro, type Tandberg MPS, med kommunikasjon for opptil 128+128 endepunkter (pr i dag er det 32+32 endepunkter). Dette skal prissettes i forhold til antall lokasjoner. Kunden har et mål om å knytte alle endepunkter for videokonferanse til eksisterende konferansebro."

(4) Arcit IKT (heretter kalt klager), som er leverandør av Sony videokonferansutstyr, gjorde henvendelser til aktuelle leverandører for å gi tilbud om å være underleverandør på leveransen av videokonferanseutstyret, men fikk ingen underleveranser da leverandørene ønsket å benytte Tandberg videokonferanseutstyr.

(5) Innklagede har forklart at det ønskes en utvidelse av den eksisterende videokonferansebroen og at det da var nødvendig på grunn av kompatibilitet å etterspørre Tandbergprodukter i konkurransegrunnlaget. Klager har forklart at innklagede kan få dekket sitt behov på samme måte dersom innklagede i stedet for å utvide eksisterende konferansebro, skaffer flere separate konferansebroer. De ulike konferansebroene kommuniserer uproblematisk med hverandre. Dette kan sammenlignes med det å ringe fra en mobiltelefon fra Nokia til en mobiltelefon fra Siemens. Dette er ikke bestridt av innklagede. Innklagede kan da også fortsette å benytte den eksisterende konferansebroen.

Anførsler:

Klagers anførsler:

(6) Innklagede har brutt regelverket for offentlige anskaffelser.

(7) Innklagedes konkurransegrunnlag peker i sin helhet innen området videokommunikasjon mot Tandberg og denne produsentens forhandlere. Konkurransegrunnlaget innebærer en klar preferanse for Tandbergprodukter og utelukker utstyr fra konkurrerende merker. Dette selv om alle enheter som skal anskaffes vanskelig kan kommunisere via den single konferansebroen som er anskaffet. Klager mener det er oppsiktsvekkende at innklagede velger å unnlate å nevne at det også eksisterer Sony i RTVs nett da det pågår en test parallelt med Tandberg og Sony i innklagedes nett pr dags dato. Testen har påvist store forskjeller både teknisk og prismessig. Konkurransegrunnlaget medfører at det er sluttleverandøren Tandberg som kan velge å differensiere priser samt hvem som kan tilby disse produktene. Dette vil lede til styrt prissetting og ikke en reell konkurransesituasjon.

(8) Utstyret som innklagede tidligere har anskaffet, har på grunn av åpne standarder ingen kompatibilitetsproblemer mot konferansebroer av andre fabrikater enn Tandberg. Dette innebærer at enheten ikke må utvides for fortsatt å kunne benyttes. Innklagede kan velge en løsning der konferansebroer av ulike merker kommuniserer med hverandre. Det er normalt å ha flere ulike modeller/fabrikater geografisk spredt i egen organisasjon. Ved å utforme de tekniske spesifikasjonene på den måten innklagede har gjort, utelukker innklagede konkurranse på en uberettiget måte.

Innklagedes anførsler:

(9) Innklagede bestrider ikke at det kun er Tandbergutstyr som er kompatibelt med eksisterende videokonferansebro. Forholdet innebærer imidlertid ikke et regelbrudd. Det eksisterende videokonferanseutstyret har en verdi på ca. 3 millioner kroner, mens opsjonens verdi er anslått til ca. 2 millioner kroner. Det er da vanskelig å forsvare en full utskiftning av utstyret.

(10) Hvilken anskaffelsesstrategi innklagede har valgt, ligger innenfor det innkjøpsfaglige skjønnet som bare i begrenset grad kan overprøves av klagenemnda. Det innkjøpsfaglige skjønnet som er utøvd, er i samsvar med

anskaffelsesregelverket.

Klagenemndas vurdering:

(11) Klager er potensiell underleverandør for videokonferanseutstyr til tilbyderne i konkurransen. Innklagede har ikke bestridt at klager har rettslig klageinteresse. Hensett til bakgrunnen for klagen, jfr. premiss 4, legger klagenemnda til grunn at klager har saklig klageinteresse. Klagen er rettidig. Forskriftens del I og II kommer til anvendelse.

(12) Forskrift om offentlige anskaffelser § 5-2(2) lyder:

"Det kan ikke benyttes tekniske spesifikasjoner som omtaler varer av et bestemt fabrikkat eller opprinnelse, eller angir en særlig produksjonsmetode, dersom dette favoriserer enkelte foretak. En slik spesifikasjon kan likevel foretas når kontraktsgjenstanden berettiger det. Det er heller ikke tillatt å angi varemerker, patenter eller typer. Kan kontraktsgjenstanden ikke beskrives tilfredsstillende på annen måte, er det likevel tillatt å bruke slik angivelse når den er ledsaget av ordene "eller tilsvarende"."

(13) Innklagede har i konkurransegrunnlaget fastsatt at "leverandøren skal kunne levere utvidelse av eksisterende konferansebro, type "Tandberg MPS". Det er fra innklagedes side erkjent at dersom anskaffelsen av videokonferanseutstyr skal foretas gjennom en "utvidelse av eksisterende konferansebro", forutsetter dette leveranse av Tandbergprodukter. Konkurransegrunnlagets formulering innebærer dermed at det i realiteten henvises til et bestemt fabrikkat. Utgangspunktet er at en slik angivelse ikke kan benyttes med mindre "kontraktsgjenstanden berettiger det". I dette tilfellet har innklagede definert sin anskaffelse med utgangspunkt i en eksisterende utstysbeholdning av betydelig omfang, som man ikke kan forvente utskiftet. Skulle man unngå binding til Tandberg, måtte anskaffelsen ha åpnet for levering av noe mer og annet, nemlig konferansebroer som kan kommunisere med Tandberg MPS i motsetning til å bygge ut eksisterende konferansebro. Klagenemnda har ikke grunnlag for å overprøve innklagedes skjønn på dette IT-faglige område, og innklagedes valg av løsning fremstår som berettiget. Slik saken er opplyst for klagenemnda, er det dermed ikke grunnlag for å underkjenne innklagedes innkjøpsfaglige vurdering av hvilket konsept som skulle legges til grunn for anskaffelsen.

Konklusjon:

Rikstrygdeverket har ikke brutt forskrift om offentlige anskaffelser § 5-2(2).

Klagenemnda,

5. desember 2005

Andreas Wahl



Forsiden
Nemndsmedlemmer
Saksbehandling
Regelverk
Innkommne saker
Statistikk
Årsrapporter
Dommer
Søk i avgjorte saker

Avgjorte saker:
[2003](#) [2004](#) [2005](#)

Besøksadresse
H. Heyerdalsgate 1
0033 Oslo

Postadresse
Postboks 8132 Dep
0033 Oslo

Tlf.: 22 33 70 10

Faks: 22 33 70 12

E-post:

postmottak@kofa.no

Avgjorte saker

Innklagede gjennomførte en konkurranse med forhandling med prekvalifisering om konsulenttjenester i forbindelse med en tiltaksplan for forurensede sedimenter i Oslo havnedistrikt. Anskaffelsen var etter sin art omfattet av forsyningsforskriften slik at det var lov om offentlige anskaffelser som regulerte anskaffelsen. Klagenemnda kom til at en frist på 11 virkedager til å inngi en forespørsel om deltakelse (prekvalifisering) var tilstrekkelig selv om fristen løp over romjulen. Innklagede hadde benyttet kvalifikasjonskravet "gjennomførte kartlegginger og arbeider i det aktuelle området". Klagenemnda fant at kvalifikasjonskravet ikke var i strid med regelverket for offentlige anskaffelser i det konkrete tilfellet. Innklagede hadde ikke gitt tilfredsstillende begrunnelse for valget av hvilke leverandører som skulle inviteres til å inngi tilbud.

Klagenemndas avgjørelse 21. november 2005 i sak 2005/92

Klager: Promitek AS

Innklaget: Oslo kommune v/Oslo Havn KF

Klagenemndas medlemmer: Svein Dahl, Inger Roll-Matthiesen, Siri Teigum

Saken gjelder:

Frist for forespørsel om deltakelse. Lovlige kvalifikasjonskrav. Begrunnelse

Bakgrunn:

(1) Oslo Havn KF (heretter kalt innklagede) har hatt ansvaret for å lede en kommunal prosjektgruppe som skal lage en helhetlig tiltaksplan for forurensede sedimenter i Oslo havnedistrikt. I den forbindelse hadde innklagede behov for å knytte til seg konsulentbistand. Innklagede anslo verdien av konsulentbistanden til å være kr. 300.000.

(2) Anskaffelsen ble kunngjort i Doffin-databasen 22. desember 2004 som en konkurranse med forhandling under EØS-terskelverdiene. I kunngjøringen var det angitt at det først skulle foretas en prekvalifisering og utvelgelse av de leverandørene som skulle inviteres til å delta i konkurransen. Det fremgikk av kunngjøringen at innklagede ville invitere tre leverandører til å inngi tilbud.

(3) Om kontraktens gjenstand står det i kunngjøringen:

"(...) faglig bistand i forhold til å skaffe oversikt over og velge ut relevant foreliggende grunnlagsmateriale og sammenstilling av materialet. Det er nødvendig å frambringe tilfredsstillende kostnadsberegning over alternative løsninger, samt å vurdere miljønivå som kan oppnås for disse alternativene."

(4) I kunngjøringen ble det blant annet stilt følgende kvalifikasjonskrav:

"Kompetanse på forurensede sedimenter og oppryddingsalternativer. Kompetanse på beregning av anleggskostnader. Kjennskap til gjennomførte kartlegginger og arbeider i det aktuelle området."

(5) Frist for forespørsel om deltakelse var satt til 7. januar 2005. Innen fristens utløp var det syv leverandører som anmodet om deltakelse. En av leverandørene var Promitek AS (heretter kalt klager) som 23. desember 2005 sendte inn forespørselen om deltakelse.

(6) Samtlige leverandører ble ansett å være kvalifiserte. Innklagede valgte ut fire leverandører til selve konkurransen. Klager var ikke en av de som var valgt ut, noe som ble meddelt klager ved brev 18. januar 2005. I brevet ble det ikke gitt noen begrunnelse for dette. Klager ba i telefaks av 24. januar 2005 om en begrunnelse for valget. Dette brevet ble besvart av innklagede ved brev av 3. februar 2005. I brevet fremgår det blant annet:

"Når det gjelder Promitek var kvalifikasjonene tilfredsstillt, men Deres firma var ikke blant de utvalgte til konkurransen".

(7) Klager var ikke fornøyd med innklagedes svar og ved telefaks 17. februar 2005 ble det blant annet bedt om en begrunnet tilbakemelding og om en kopi av evalueringsprotokollen. Etter purring fra klager 14. mars 2004 besvarte innklagede telefaksen ved brev av 1. april 2005. Fra brevet hitsettes:

"Vi har meddelt Dem tidligere i brev av 3. februar 2005 at Deres firma ikke ble utvalgt blant de kvalifiserte til videre forhandlinger. Mer informasjon er vi ikke pliktig til å gi."

Anførsler:

Klagers anførsler:

(8) Innklagede har brutt regelverket for offentlige anskaffelser.

(9) Anskaffelsen er et delarbeid i arbeidet med å utarbeide en helhetlig tiltaksplan for forurensede sedimenter i hele Oslo havnedistrikt. Dette arbeidet er omfattende og ligger klart over forsyningsforskriftens terskelverdier. Innklagede har deltatt i prosjektet siden mai 2004 og deltar fortsatt pr. mai 2005. Arbeidet skjer med grunnlag i pålegg fra Statens forurensningstilsyn og fremdrift og omfang er derfor ikke betinget av politiske beslutninger hos innklagede. Saken har også vært behandlet i byrådet i byrådssak 1310/04 "Tiltak i forbindelse med forurensede bunnsedimenter i Oslo havnebaseng". Forsyningsforskriften kommer derfor til anvendelse.

(10) Innklagede har brutt forsyningsforskriften § 24 annet punktum ved å fastsette en for kort frist for å fremsette forespørsel om deltakelse. Fristen gikk over jul og nyttår, noe det må tas hensyn til ved vurderingen av om fristen har vært tilstrekkelig.

(11) Kvalifikasjonskravet "kjennskap til gjennomførte kartlegginger og arbeider i det aktuelle området" er i strid med lov om offentlige anskaffelser § 5 som setter krav til ikke-diskriminerende kriterier, og forsyningsforskriften § 23 første ledd som fastsetter at utvelgelsen av leverandører skal skje i samsvar med objektive kriterier som er tilgjengelige for alle interesserte leverandører. Det å kreve lokal kunnskap er ikke et objektive kriterium for å kunne gjennomføre de

generelle vurderingene som oppdragsbeskrivelsen tilsier. Kravet vil på bakgrunn av den korte fristen, gjøre det umulig for en del leverandører å skaffe seg nødvendig kunnskap om utførte arbeider i det aktuelle området. Oslo havn KF opplyser heller ikke noe mer konkret om hvilke undersøkelser det her siktes til, og om dette er offentlig tilgjengelig informasjon. Innklagede har videre endret innholdet av kravet etter kunngjøringen ved at det er lagt vekt på "allmenn kjennskap til problematikken" og ikke "i det aktuelle området".

(12) En "best mulig konkurransesituasjon" er ikke et lovlig utvelgelseskriterium da det verken er forutberegnlig eller etterprøvbart.

(13) Klager har ikke fått en begrunnelse på hvorfor klager ikke ble valgt ut til å delta i konkurransen. Dette er i strid med forsyningsforskriften § 31 annet ledd. Det vises til klagenemndas sak 2003/225. Klager har ikke fått vite på hvilke utvelgelseskriterier som klager skilte seg ut fra de valgte leverandørene. Det er heller ikke i begrunnelsen angitt at de fire valgte leverandørene var de fire best kvalifiserte eller hvilke forhold ved de tre andre leverandørene som gjorde at disse ikke ble invitert til å inngi tilbud.

(14) Er regelverket for offentlige anskaffelser brutt, bes klagenemnda uttale seg om vilkårene for erstatning er til stede.

Innklagedes anførsler:

(15) Innklagede har ikke brutt regelverket om offentlige anskaffelser.

(16) Anskaffelsens verdi ligger under forsyningsforskriftens terskelverdier. Det er dermed bare lov om offentlige anskaffelser som regulerer anskaffelsen. Anskaffelsen av konsulentbistand til å utarbeide tiltaksplanen kan ikke sees på som en del av en større anskaffelse. Tiltaksplanen vil bli gjenstand for politisk behandling. Under den politiske prosessen vil det bli besluttet om tiltak skal iverksettes og om rådene i tiltaksplanen skal følges opp. Tiltaksplanen må karakteriseres som et forprosjekt og det er usikker om ytterligere arbeider vil bli iverksatt. Det er per i dag ikke fattet noen politisk beslutning om gjennomføring av tiltak.

(17) Lov om offentlige anskaffelser inneholder ikke frister for å fremsette forespørsel om deltakelse. Fristen var tilstrekkelig lang til å sikre likebehandling og konkurranse mellom aktuelle leverandører og bestod av flere ordinære arbeidsdager. Det vises til at klager sendte inn forespørsel ca. to uker før fristen gikk ut. Innen fristen hadde innklagede fått inn forespørsler fra ytterligere seks leverandører.

(18) Det ble satt krav til "kjennskap til gjennomførte kartlegginger og arbeider i det aktuelle området" fordi det ble antatt å være en forutsetning for en vellykket resultat at aktuelle leverandører hadde en viss forkunnskap. Innklagede la til grunn at en leverandør ville bruke for lang tid på å orientere seg om hvilke personer/organer/miljøer man måtte henvende seg til for å finne frem til riktig materiale dersom man overhodet ikke hadde slik forkunnskap. "Kjennskap til" er ikke noe sterkt uttrykk og kravet står i forhold til den ytelsen som skal leveres. Problematikken er velkjent i relevante miljøer og mange leverandører vil derfor kunne tilfredsstillende kravet. Alle leverandørene tilfredsstilte kravet.

(19) Innklagede har ikke endret kvalifikasjonskravet etter kunngjøringen. Kravet ble kun noe annerledes formulert i tilsvaret inngitt under klagenemndsbehandlingen.

(20) Innklagede står relativt fritt ved utvelgelsen av hvilke leverandører som skal delta i konkurransen. Det vises til NOU 1997:21. Innklagede la vekt på hvem som var relativt sett best kvalifisert. Av hensynet til å få en best mulig konkurransesituasjon ble fire leverandører invitert til forhandlingene. "En best mulig konkurransesituasjon" var imidlertid ikke et utvelgelseskriterium.

(21) Loven oppstiller ikke konkrete krav til begrunnelse ved oppdragsgivers avgjørelse av hvem som skal innbys til å inngi tilbud. Klager har fått tilstrekkelig begrunnelse for valget.

Klagenemndas vurdering:

(22) Klager har deltatt i konkurransen og har saklig klageinteresse, jf forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig.

Hvilket regelverk som kommer til anvendelse

(23) Anskaffelsen er etter sin art omfattet av forsyningsforskriften. Hvorvidt anskaffelsen overstiger forsyningsforskriftens terskelverdier er avhengig av om kontrakten om konsulentbistand må anses som et delarbeid som et del av en større anskaffelse.

(24) Selve arbeidet med opprydding av forurensede bunnsedimenter vil være bygge- og anleggsarbeider. Kontrakten om konsulentbistand vil derimot være en tjenestekontrakt. Klagenemnda uttalte i sak 2003/109 at klagenemnda ikke kunne se at det er grunnlag for å legge sammen verdien av tjenestekontrakten med verdien av eventuelt senere bygge- og anleggsarbeider ved vurderingen av anskaffelsens verdi. Klagenemnda legger samme oppfatning til grunn i herværende sak. Ved vurderingen av hvilket regelverk som kommer til anvendelse skal det derfor ikke sees hen til verdien av de etterfølgende bygge- og anleggsarbeidene. Verdien av kontrakten om konsulentbistand er under forsyningsforskriftens terskelverdier. Etter dette er det kun lov om offentlige anskaffelser som kommer til anvendelse på konkurransen.

Fristen for mottak av forespørsler

(25) Innklagede satte en frist for mottak av forespørsler på 14 dager fra 22. desember 2004 til 5. januar 2005. Utgangspunktet for vurderingen av om fristen er i samsvar med regelverket er at konkurransen skal gjennomføres i samsvar med god forretningsskikk og sikre at det ikke finner sted noen forskjellsbehandling av leverandørene, jfr. lov om offentlige anskaffelser § 5.

(26) Ved vurderingen av om fristen er tilstrekkelig lang, vil det være særlig relevant å se hen til hvor omfattende dokumentasjon som kreves innlevert innen fristen for forespørsel om deltakelse går ut.

(27) Fra kunngjøringen ble tatt inn i DOFFIN-databasen og frem til fristens utløp legger klagenemnda til grunn at det var 11 virkedager disponibelt for potensielle leverandører, hvorav fem av virkedagene var i romjulen. Innenfor denne fristen måtte leverandørene vurdere om anskaffelsen var av interesse, innhente HMS-erklæring og skatteattester og sende inn dette sammen med årsberetning, organisasjonsplan og opplysninger om kompetanse på forurensede sedimenter og oppryddingsalternativer m.v. Selv om fristen løp i romjulen, finner ikke klagenemnda at fristen, sett på bakgrunn av den dokumentasjonen som skulle fremlegges, har vært så kort at dette kan ha medført at kvalifiserte leverandører ikke har fått rimelig anledning til å delta i konkurransen. Selv om det ikke har vært avgjørende for vurderingen, vises det til at klager allerede dagen etter kunngjøringen var i stand til å inngi en forespørsel om deltakelse.

Kvalifikasjonskrav

(28) Innklagede hadde fastsatt "kjennskap til gjennomførte kartlegginger og arbeider i det aktuelle området" som et kvalifikasjonskrav i konkurransen. Innklagede har stor grad av frihet i valget av hvilke kvalifikasjonskrav som er nødvendige og hensiktsmessige i konkurransen. Kvalifikasjonskravene må

imidlertid ikke være diskriminerende, jfr. lov om offentlige anskaffelser § 5 fjerde ledd, eller i strid med kravet om likebehandling, jfr. lov om offentlige anskaffelser § 5 første ledd. Kravet til konkurranse i lov om offentlige anskaffelser § 5 annet ledd innebærer videre at kravet må stå i forhold til ytelsen som skal leveres.

(29) Innklagede har benyttet "kjennskap til gjennomførte kartlegginger og arbeider i det aktuelle området" som kvalifikasjonskrav. Hvorvidt dette er et lovlig kvalifikasjonskrav avhenger av hvordan kvalifikasjonskravet er å forstå. "Kjennskap til" er et svakere uttrykk en "erfaring med", og kjennskap til gjennomførte kartlegginger og arbeider i det aktuelle området kan tilegnes gjennom fremskaffelse av dokumentasjon om gjennomførte kartlegginger og arbeider i området. Alle leverandører har derfor mulighet for å tilegne seg tilstrekkelig kjennskap til problemstillingene og dermed oppfylle kvalifikasjonskravet. Når dette er sagt, understrekes det at kjennskap til lokale forhold kan være diskriminerende, men slik saken er fremlagt for klagenemnda finner nemnda ikke at dette er tilfellet her. Klagenemnda vil også understreke viktigheten av at kvalifikasjonskravene er presist utformet, men finner altså ikke grunnlag for å konstatere brudd på reglene i dette konkrete tilfellet.

(30) Selv om innklagede under klagebehandlingen for klagenemnda har beskrevet kvalifikasjonskravet noe annerledes enn det var angitt i kunngjøringen, finner klagenemnda ikke grunnlag for å konstatere at innklagede har endret kvalifikasjonskravet i ettertid.

Begrunnelse

(31) Kravet til gjennomsiktighet og etterprøvnbarhet i lov om offentlige anskaffelser § 5 medfører at klager har krav på å få en begrunnelse for hvorfor klager ikke ble valgt ut til å delta i den videre konkurransen. Innklagede har kun informert klager om at klager ikke er utvalgt uten en nærmere begrunnelse for valget innklagede foretok. Dette er ikke tilstrekkelig til å oppfylle begrunnelsesplikten da denne informasjonen ikke er tilstrekkelig til at klager kan etterprøve om utvelgelsen av deltakere er gjort i henhold til regelverket. Begrunnelsen må inneholde opplysninger om på hvilke punkter de valgte leverandørene skilte seg ut i forhold til klager.

Konklusjon:

Oslo kommune v/Oslo Havn KF har brutt lov om offentlige anskaffelser § 5 ved ikke å gi en tilstrekkelig begrunnelse for valg av leverandører som ble invitert til å delta videre i konkurransen.

Klagenemnda

21. november 2005

Svein Dahl



Forsiden
Nemndsmedlemmer
Saksbehandling
Regelverk
Innkomne saker
Statistikk
Årsrapporter
Dommer
Søk i avgjorte saker

Avgjorte saker:
[2003](#) [2004](#) [2005](#)

Besøksadresse
H. Heyerdalsgate 1
0033 Oslo

Postadresse
Postboks 8132 Dep
0033 Oslo

Tlf.: 22 33 70 10

Faks: 22 33 70 12

E-post:

postmottak@kofa.no

Avgjorte saker

Innklagede foretar løpende tjenesteanskaffelser fra et selskap som er heleid av et datterselskap av innklagede. Selskapet det anskaffes fra, har hele sin omsetning knyttet til innklagedes virksomhet. Basert på dette fant klagenemnda at unntaket for egenregi kom til anvendelse.

Klagenemndas avgjørelse 21. november 2005 i sak 2005/247

Klager: NorChip AS

Innklaget: Rikshospitalet-Radiumhospitalet HF og Helse Sør RHF

Klagenemndas medlemmer: Svein Dahl, Inger Roll-Matthiesen, Siri Teigum

Saken gjelder: Egenregi

Bakgrunn:

(1) I mai 2002 ble selskapet GenDia etablert som et samarbeidsprosjekt mellom Avdeling for patologi ved det daværende Rikshospitalet HF og SINTEF kjemi. I henhold til innklagedes forklaring skulle GenDia etablere og drive et laboratorium for gendiagnoser. GenDia skulle bistås både av Rikshospitalet og SINTEF og ble eid av de to i fellesskap. Prosjektet utløp ved årsskiftet 2004/2005.

(2) GenDia AS (heretter kalt GenDia) ble så etablert som eget aksjeselskap 2. februar 2005. I stiftelsesdokumentet heter det at selskapets formål er å "utføre analyser basert på genteknologi for diagnostikk, generell risikovurdering og vurdering av terapi i forbindelse med kreftsykdommer" og å "utvikle nye analyseløsninger basert på genteknologi". Videre heter det at "formålet kan fremmes ved deltagelse i eller samarbeid med andre foretak i inn- og utland".

(3) I henhold til innklagedes forklaring har GenDia to ansatte, hvorav én, firmaets daglige leder, er ansatt i 80% stilling hos GenDia og 20% stilling ved Avdeling for patologi ved Rikshospitalet. De tre styremedlemmene i GenDia mottar ikke styrehonorar og har ingen opsjoner eller lignende rettigheter til fremtidige eierandeler i selskapet. Det tas ikke utbytte fra GenDia.

(4) GenDia er heleid av Medinnova AS (heretter kalt Medinnova), som igjen er heleid av Rikshospitalet-Radiumhospitalet HF (heretter også kalt innklagede). Medinnova ble unntatt fra skatteplikt ved Oslo likningskontors vedtak av 17.

august 2005. Som begrunnelse for vedtaket het det blant annet:

"Ved avgjørelsen er det lagt vekt på at Medinnova AS har som formål å bidra til en effektiv utnyttelse av forskningsressursene innen Bio-medisin og helse ved Rikshospitalet og tilsvarende allmenntilgjengelige forskningsmiljøer. Medinnova AS anses således ikke å ha erverv til formål. Videre er det lagt vekt på at vedtektene klart angir at overskudd skal tilbakeføres til forskning i egen regi og kan ikke utdeles som utbytte til aksjonærene. Det er også lagt vekt på at selskapets virksomhet finansieres gjennom inntekter fra oppdrags- og bidragsforskning, donasjoner, stipender, priser og ulike honorarer."

(5) I avtalen mellom innklagede og GenDia AS av 29. april 2005, som erstatter den muntlige avtalen fra 1. januar 2005, heter det blant annet følgende:

"GenDia AS (heretter GenDia) og Avdeling for patologi, Rikshospitalet-Radiumhospitalet HF (heretter RR-hospitalet) er enige om å samarbeide omkring utveksling av en molekylærgenetisk analyseservice. I først rekke vil dette begrense seg til supplerende tester av humant papillomavirus (HPV). Det kan bli aktuelt å utvide samarbeidet til å omfatte andre tester etter behov."

Intensjonen med samarbeidet er at GenDia skal kunne få utført undersøkelser fra RR-hospitalet i de tilfeller der det er aktuelt for GenDia å supplere egne undersøkelser.

[...]

Bakgrunn

GenDia tilbyr det offentlige og private helsevesen en service for HPV testing i tilknytning til undersøkelser av celler fra livmorhals. [...]

Logistikk

Celleprøver mottas fra rekvirenter ved GenDia til registrering, DNA isolasjon og HPV testing (Hybrid Capture II) DNA fra positive HPV prøver oversendes til Laboratorium for molekylærpatologi, Avdeling for patologi, for HPV genotyping dersom dette anses ønsket fra rekvirenter. Gjennom felles tilgang til svarsystemet ved RR-hospitalet (SymPathy®), legges resultatet fra analysene ved GenDia AS og RH-DNR, respektivt, for samkjøring med cytologi. Det endelige svaret fra HPV analysene og cytologi godkjennes av ansvarlig patolog ved Avdeling for patologi.

Økonomi

RR-hospitalet dekker de totale kostnader for analyser utført på GenDia og RR-hospitalet gjennom refusjon fra Rikstrygdeverket og de regionale helseforetak (RHF) etter inngåtte avtaler og gjeldende retningslinjer. GenDia fakturerer RR-hospitalet for utførte analyser inntil GenDia har etablert egne avtaler med helseforetakene og Rikstrygdeverket.

GenDia svarer for utgifter som påføres RR-hospitalet i form av leie av lokaler, bruk av personale og bruk av annen infrastruktur (datasystem, telefon etc).

Ansvar overfor kundene

GenDia står som ansvarlig overfor kundene når det gjelder forsendelse av prøvetakingsutstyr og håndtering av prøvemateriale og utførelse av screeningstesten og eventuell supplering med genotyping. Rikshospitalet har det overordnede medisinskfaglige ansvaret ved formidling av korrekte diagnoser overfor rekvirenten av HPV analyser.”

(6) Innklagede har forklart at rekvirentene kan være både privatpraktiserende og andre helseforetak. GenDia mottar de fysiske prøvene som kommer inn, mens rekvisisjonen sendes til innklagede v/Avdeling for patologi hos Rikshospitalet. Hos GenDia blir prøvene kjørt gjennom et analyseinstrument. Prøveresultatet blir så sendt til Avdeling for patologi hos innklagede som kontrollerer prøvesvarene og gjør en medisinskfaglig kvalitetssikring. Prøvesvarene blir så sendt fra innklagede til rekvirentene. GenDia fakturerer innklagede for tjenestene, mens innklagede mottar refusjon fra Rikstrygdeverket for den samlede tjenesten, dvs både den delen som utføres av GenDia og den delen som utføres av Rikshospitalet. I henhold til innklagedes forklaring er dette GenDias eneste omsetning.

Anførsler:

Klagers anførsler:

(7) Klager anfører at innklagede har brutt regelverket for offentlige anskaffelser.

(8) Rikshospitalet-Radiumhospitalet HF gjennomfører ulovlige direkte anskaffelser ved innkjøp av tjenester for HPV-testing. I tillegg til å ha denne innklagede som kunde tilbyr GenDia HPV-tester direkte til private aktører i markedet. Unntaket for egenregi kan ikke komme til anvendelse ettersom GenDia er et selvstendig rettssubjekt.

(9) Prøvene blir sendt direkte fra rekvirenten til GenDia. Prøvene som skal analyseres, kommer altså ikke fra innklagede, men fra ulike kunder/rekvirenter i markedet. For kundene er det GenDia som er tjenesteyter. Riktignok registreres prøvene hos innklagede, og de blir også fakturert derfra, men dette gjøres bare fordi det er nødvendig for å kreve refusjon fra Rikstrygdeverket. GenDia er dermed ingen underleverandør til innklagede.

(10) GenDia ble etablert som et samarbeidsprosjekt mellom innklagede og SINTEF, og de to var eiere i fellesskap frem til årsskiftet 2004/2005. De anskaffelsene som ble foretatt før årsskiftet, var dermed uansett ulovlige direkte anskaffelser.

(11) Helse Sør RHF er som eier av Rikshospitalet-Radiumhospitalet HF, medansvarlig for de ulovlige direkte anskaffelsene som skjer.

(12) Klager er leverandør av tilsvarende tjenester som GenDia, og har dermed saklig klageinteresse.

Innklagedes anførsler:

(13) Begge de innklagede bestrider å ha brutt regelverket for offentlige anskaffelser.

(14) Med opprettelsen av GenDia har Rikshospitalet-Radiumhospitalet HF valgt å organisere en del av sin virksomhet ved Avdeling for patologi som et eget aksjeselskap. Dette innebærer at Rikshospitalet-Radiumhospitalet HF og GenDia er forskjellige rettssubjekter. Organiseringen innebærer imidlertid ikke at tjenestene GenDia utfører, er eksterne. Det er en så sterk nærhet og avhengighet mellom Rikshospitalet-Radiumhospitalet HF virksomhet ved avdeling for patologi og GenDia at tjenesten må anses for å bli utført i egenregi. Rikshospitalet-Radiumhospitalet HF har en kontroll over GenDia som tilsvarer den man har over interne avdelinger, og GenDia har hele sin omsetning rettet mot innklagede. Vilåårene for såkalt utvidet egenregi som EF-domstolen har oppstilt i Teckal-saken, er dermed oppfylt.

(15) Rikshospitalet-Radiumhospitalet HF har organisert virksomhet i datterselskaper for å redusere styringsspennet og få mer fokus på kjernevirksomheten. Rikshospitalet-Radiumhospitalet HF har også erfart at når virksomhet som har rammebetingelser til det, organiseres som et selskap med selvstendig ansvar og eierskap til egen økonomi, virker dette gunstig på virksomhetens resultater. Et annet aspekt ved det å organisere virksomhet som aksjeselskap er at det setter virksomheten inn et prøvet og stabilt rammeverk som gir trygghet og forutsigbarhet i håndtering av økonomien.

(16) For Rikshospitalet-Radiumhospitalet HF har organisering av virksomhet i egne datterselskap vært et alternativ som gjør at virksomhet kan opprettholdes som egen i stedet for å sette virksomheten bort til eksterne tilbydere.

(17) Når det gjelder de anskaffelsene som ble foretatt fra GenDia mens selskapet var eid av Rikshospitalet-Radiumhospitalet HF og SINTEF i fellesskap, er disse foretatt over seks måneder før tidspunktet for klagen, og denne delen av klagen må derfor avvises.

(18) Saken vedrører ikke Helse Sør RHF. Helse Sør RHF har verken hatt kontakt med GenDia eller oppfordret til kjøp fra GenDia.

Klagenemndas vurdering:

(19) Klager anfører at klager er aktuell leverandør av den typen tjenester som GenDia utfører. Ved vurderingen av om saklig klageinteresse foreligger, må klagenemnda bygge på klagers pretensjoner, iallfall så lenge disse ikke åpenbart er uriktige. Klagenemnda registrerer at klager er leverandør av medisinske tjenester og finner at klager har saklig klageinteresse, jf forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6.

(20) I henhold til samme bestemmelse må klage fremsettes innen seks måneder etter at kontrakt i saken er inngått. Klagen er datert 7. september 2005, og klagenemnda kan derfor ikke ta stilling til om innklagede brøt regelverket for offentlige anskaffelser ved de anskaffelsene som ble foretatt før årsskiftet 2004/2005, den gang innklagede, ifølge klager, ikke var eeneier av GenDia. Klagenemnda forstår partene slik at klagen ellers gjelder anskaffelser som skjer løpende, og klagen er dermed rettidig når det gjelder anskaffelser fra GenDia til innklagede etter dagens organisering.

(21) Det er to innklagede i saken, Rikshospitalet-Radiumhospitalet HF og Helse Sør RHF. Slik klagenemnda forstår saksforholdet, skjer analysene gjennom et samarbeid mellom GenDia og Rikshospitalet-Radiumhospitalet HF, der dette helseforetaket betaler GenDia for den delen GenDia utfører. Etter klagenemndas vurdering utfører derfor GenDia tjenestene utelukkende til Rikshospitalet-Radiumhospitalet HF. Helse Sør RHF foretar ingen anskaffelse på vegne av Rikshospitalet-Radiumhospitalet HF og bestiller heller ingen tjenester til seg selv. En oppfordring om at Rikshospitalet-Radiumhospitalet HF skal gjøre dette på en bestemt måte, kan ikke anses dekket av anskaffelsesregimet. Helseforetakene er egne rettsssubjekter, selv om de er eid av de regionale helseforetakene, og klagen mot Helse Sør RHF forkastes derfor.

(22) GenDia utfører nærmere bestemte helsetjenester for Rikshospitalet-Radiumhospitalet HF, og mottar betaling fra denne innklagede for dette arbeidet. Dette er en gjensidig bebyrdende avtale, jf forskrift om offentlige anskaffelser § 1-4. Helsetjenester er uprioriterte tjenester, jf forskrift om offentlige anskaffelser § 2-5 kategori 25, og anskaffelsen er derfor etter sin art regulert av forskriftens del I og III, jf § 2-1 (3).

(23) Det sentrale spørsmålet i saken er om den tjenesten GenDia utfører for innklagede, skjer som egenregi, slik at plikten til å følge regelverket for offentlige anskaffelser bortfaller.

(24) Det er på det rene at GenDia og Rikshospitalet-Radiumhospitalet HF er forskjellige rettssubjekter. I henhold til EF-domstolens praksis kan imidlertid kontrakter fritt tildeles en annen juridisk person når oppdragstaker er underlagt en kontroll svarende til den som anskaffelsesmyndigheten selv utøver over interne organer, og når oppdragstaker har sin omsetning i det vesentlige knyttet til den kontrollerende myndighet, jf Teckal-dommen (C-107/98).

(25) GenDia er heleid av et selskap som innklagede, Rikshospitalet-Radiumhospitalet HF, igjen eier 100%. EF-domstolen slo i Stadt Halle-dommen (C 26/03) fast at egenregi er utelukket dersom et privat foretak er medeier i det rettssubjektet anskaffelsen skal skje fra. Klagenemnda finner det imidlertid klart at Medinnova ikke er et slikt privat foretak som utelukker innklagede fra å gjøre anskaffelser fra GenDia i egenregi, gitt eierforholdene og karakteren av Medinnovas virksomhet. Det faktum at styremedlemmene i GenDia verken mottar honorar eller opsjoner til å erverve aksjer i selskapet, bekrefter også dette, samt at GenDia ikke utbetaler utbytte bekrefter dette. Denne organiseringen av virksomheten kombinert med delingen av ansatte mellom Rikshospitalet-Radiumhospitalet HF (innklagede) og GenDia tilsier at innklagede har kontroll med GenDia på samme måte som med et internt organ.

(26) Det synes som om klager tar samarbeidsavtalen mellom Rikshospitalet-Radiumhospitalet HF og GenDia til inntekt for at GenDia vil kunne tilby tjenester også til andre enn innklagede. I henhold til innklagedes forklaring er imidlertid GenDias omsetning fullt ut knyttet til innklagede og har hele tiden vært det. Klagenemnda finner etter dette at innklagedes anskaffelser av tjenester fra GenDia skjer i egenregi. Dersom eierskap eller omsetning skulle endre seg i fremtiden, slik samarbeidsdokumentet synes å forutsette, kan dette endre seg.

Konklusjon:

Rikshospitalet-Radiumhospitalet HF og Helse Sør RHF har ikke brutt regelverket for offentlige anskaffelser.

For klagenemnda,

21. november 2005

Siri Teigum



Forsiden
Nemndsmedlemmer
Saksbehandling
Regelverk
Innkomne saker
Statistikk
Årsrapporter
Dommer
Søk i avgjorte saker

Avgjorte saker:

[2003](#) [2004](#) [2005](#)

Besøksadresse

H. Heyerdalsgate 1
0033 Oslo

Postadresse

Postboks 8132 Dep
0033 Oslo

Tlf.: 22 33 70 10

Faks: 22 33 70 12

E-post:

postmottak@kofa.no

Avgjorte saker

Innklagede gjennomførte en konkurranse for anskaffelse av kjøkken- og kantinetjenester. I kunngjøringen hadde innklagede angitt at konkurranseformen skulle være åpen anbudskonkurranse, mens konkurransegrunnlaget opplyste at det skulle gjennomføres forhandlinger. Klagenemnda kom til at uklarheten som her var skapt, var i strid med kravet til forutberegnelighet i lov om offentlige anskaffelser § 5. Videre fant klagenemnda at innklagede hadde brutt forskrift om offentlige anskaffelser § 17-3 ved at det ikke var gitt begrunnelse ved meddelelse om valg av tilbud. Klagenemnda fant at det ikke forelå brudd på protokollføringsplikten i forskriften § 15-1.

Klagenemndas avgjørelse 7. november 2005 i sak 2004/307

Klager: Matpartner AS

Innklaget: Oslo kommune v/ Bydel Sagene

Klagenemndas medlemmer: Inger Marie Dons Jensen, Kai Krüger, Bjørg Ven.

Saken gjelder: Misvisende opplysninger om prosedyreform. Protokollføring. Manglende begrunnelse.

Bakgrunn:

(1) Oslo kommune v/ Bydel Sagene (heretter kalt innklagede) kunngjorde den 11. oktober 2004 en konkurranse for anskaffelse av kjøkken- og kantinetjenester. Både i overskriften og i kunngjøringens punkt IV 1 var det angitt at prosedyren var åpen anbudskonkurranse.

(2) På forsiden av konkurransegrunnlaget og i dokumentets punkt 2.2 var det angitt at prosedyren skulle være "åpen konkurranse". Videre het det under punkt 5.5 "Forhandlinger".

"Oppdragsgiver velger hvilke leverandører som skal inviteres til forhandlinger blant de som tilfredsstillr kravene for deltakelse i konkurransen og som har en reell mulighet til å få tildelt kontrakten, jf pkt 2.2.

Det er adgang til å forhandle om endringer eller suppleringer av alle sider ved tilbudene, så som forretningsmessige vilkår, tilbudets faglige innhold, forventet resultatoppgåelse og andre spesifikasjoner."

(3) Det ble ikke gjennomført forhandlinger.

(4) Det ble ført anskaffelsesprotokoll for anskaffelsen. Som begrunnelse for valg av leverandør stod det i protokollen:

"Det valgte tilbudet er det mest økonomisk fordelaktige tilbud og har laveste pris i

konkurransen"

(5) I et vedlegg til anskaffelsesprotokollen var det tatt inn en oversikt over prisene som hver enkelt leverandør hadde oppgitt i tilbudet. Videre fulgte en vurdering av de ulike tilbudene:

"Vurdering:

Pris: Medirest er den tilbyderen som har den laveste prisen.

Kvalitet: En gjennomgang av tilbudene tilsier at de fire tilbydere har tilfredstillende kvalitet på sine tjenester. Det er vanskelig å rangere tilbudene da de vurderes å være like gode.

Servicegrad: Tilbyderne har lagt vekt på pasienten i sentrum og viktigheten av frisk og god mat av høy kvalitet til avtalte tidspunkter for måltider. Tilbudene vurderes som like gode.

Leveringssikkerhet: Tilbyderne har referanser på at de har ytt tilfredstillende leveranser for andre oppdragsgivere.

(6) Leverandørene ble 15. november 2004 meddelt at innklagede ville inngå kontrakt med Medirest. I e-posten var tildelingskriteriene opplistet, og innklagede opplyste at *"Valgte leverandør leverte det mest økonomisk fordelaktige tilbudet"*.

(7) Den 29. november 2004 mottok innklagede e-post fra klager hvor innklagede ble gjort oppmerksom på at konkurransegrunnlagets pkt. 5.5 inneholdt en regel om forhandlinger. Klager ba også om en individuell vurdering av deres tilbud og en begrunnelse for hvorfor firmaet ikke ble innkalt til forhandlinger.

(8) Innklagede erkjente i e-post av 30. november 2004 at det var en feil at pkt. 5.5 – punktet om forhandlinger – var inntatt i konkurransegrunnlaget.

(9) Klage til klagenemnda ble fremsatt 14. desember 2004.

Anfrslr:

Klager har i det vesentlige anført:

(10) Klager anfører at innklagede har brutt regelverket for offentlige

anskaffelser.

(11) Innklagede har ikke opptrådt i tråd med forskrift om offentlige anskaffelser § 12-4 i det kommunen ikke har gjort rettelser for å unngå mistolkinger av konkurransegrunnlaget mht. prosedyreform.

(12) Innklagede har ikke ført anskaffelsesprotokoll i samsvar med forskriften § 15-1.

(13) Innklagede har gitt mangelfull begrunnelse for valg av leverandør, jf. forskriften § 17-3.

(14) Innklagede er erstatningspliktig.

Innklagede har i det vesentlige anført:

(15) Innklagede bestrider å ha brutt regelverket for offentlige anskaffelser.

(16) En rettelse, supplerings eller endring i hht. forskriften § 12-4 betinger positiv kunnskap om eventuelle feil. Slik kunnskap hadde ikke innklagede før klager gjorde oppmerksom på dette i e-post av 29. november 2004, dvs. etter utløp av tilbudsfristen 8. november 2004. Når klager ikke har benyttet muligheten til å ta kontakt med innklagede for å få avklart prosedyreformen for konkurransen, må klager selv bære risikoen for sin tolkning.

(17) Innklagede har ført anskaffelsesprotokoll i tråd med forskriftens § 15-1. Protokollen inneholder alle de opplysninger § 15-1 (1) og (2) litra a og litra b pkt. 1-4 krever. Kravene til innhold i § 15-1 (2) litra c er delvis oppfylt. At begrunnelsen for valg av tilbud er noe tynn, har imidlertid ingen betydning for konkurransens utfall.

(18) Det erkjennes at begrunnelsen i e-post av 15. november 2004 er mangelfull. Dette har imidlertid ikke hatt betydning for konkurransens utfall.

(19) Klagenemnda har ikke det nødvendige grunnlag for å uttale seg om erstatningsspørsmålet i denne saken. Klager har verken anført eller dokumentert at firmaet har lidt noe økonomisk tap eller sannsynliggjort øvrige vilkår for at erstatningsansvar foreligger.

Klagenemndas vurdering:

(20) Klager har deltatt i konkurransen og har saklig klageinteresse, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Kontrakten gjelder uprioriterte tjenester, jf. forskrift om offentlige anskaffelser § 2-5, og konkurransen følger del I og III i forskrift for offentlige anskaffelser, jf. § 2-1 (3).

Misvisende opplysninger om prosedyreform

(21) I kunngjøringen av 11. oktober 2004 var det opplyst at konkurransen var en åpen anbudskonkurranse, mens konkurransegrunnlaget både opplyste at anskaffelsesprosedyren var "åpen konkurranse" og at det skulle gjennomføres forhandlinger.

(22) Når kunngjøringen og konkurransegrunnlaget inneholder motstridende opplysninger om konkurranseform, er det skapt en uklarhet mht. hvilken prosedyre som skulle følges. Dette kan ha medført at tilbudene har blitt annerledes enn de ville ha blitt dersom det hadde blitt gjennomført forhandlinger. Klagenemnda finner at den uklarhet som innklagede her har

skapt, er i strid med kravet til forutberegnelighet i lov om offentlige anskaffelser § 5, jf blant annet sak 2004/211.

Manglende protokollføring

(23) I henhold til forskrift om offentlige anskaffelser § 15-1 (2) litra c skal anskaffelsesprotokollen inneholde *"begrunnelse for valg av tilbud med angivelse av tilbudets verdi og relative fordeler og egenskaper i forhold til de øvrige tilbudene"*.

(24) Forskriften krever at begrunnelsen skal vise at den foretatte tildelingen er i samsvar med de forhåndskunngjorte tildelingskriteriene, jf sak 2004/124. I anskaffelsesprotokollen i foreliggende sak var det bare angitt at det valgte tilbudet var det økonomisk mest fordelaktige tilbudet og hadde lavest pris. En nærmere begrunnelse ble derimot gitt i et vedlegg til anskaffelsesprotokollen. Vedlegget anga tilbudenes verdi, samt en vurdering som viste at innklagede hadde vurdert leverandørene i forhold til de forhåndskunngjorte tildelingskriteriene. Klagenemnda finner at vurderingen i vedlegget til anskaffelsesprotokollen tilfredsstillende kravene i forskriften § 15-1 (2) litra c.

Manglende begrunnelse

(25) Etter forskrift om offentlige anskaffelser § 17-3 (2) skal oppdragsgiver gi en skriftlig begrunnelse for valg av tilbud. Formålet med begrunnelsesplikten er å gi leverandørene grunnlag for å vurdere om de skal klage.

(26) Klagenemnda har i en rekke avgjørelser lagt til grunn at en henvisning til tildelingskriteriene angitt i konkurransegrunnlaget med en kommentar om at den valgt leverandøren leverte *"det økonomisk mest fordelaktige tilbudet"*, ikke er en begrunnelse. Det vises i denne forbindelse til klagenemndas avgjørelse i sak 2003/3. Ved bare å liste opp tildelingskriteriene og opplyse at *"Valgte leverandør leverte det mest økonomisk fordelaktige tilbudet"*, har innklagede etter dette brutt forskriften § 17-3 (2). Dette antas imidlertid ikke å ha hatt noen betydning, da innklagede har gitt en fullgod begrunnelse i anskaffelsesprotokollen med vedlegg.

Erstatning

(27) Klagenemnda har ikke grunnlag for å si om uklarheten mht prosedyre har påvirket innholdet i klagers tilbud, og kan derfor ikke uttale seg om innklagede er erstatningspliktig for den negative kontraktsinteresse.

Konklusjon:

Oslo kommune v/ Bydel Sagene har brutt kravet om forutberegnelighet i lov om offentlige anskaffelser § 5 ved å gi motstridende opplysninger om konkurranseformen i kunngjøring og konkurransegrunnlag.

Oslo kommune v/ Bydel Sagene har brutt forskrift om offentlige anskaffelser § 17-3 (2) ved at meddelelsen om valg av tilbud ikke inneholdt noen begrunnelse.

Oslo kommune v/ Bydel Sagene har ikke brutt forskrift om offentlige anskaffelser § 15-1 om å føre anskaffelsesprotokoll.

For klagenemnda,

7. november 2005

Inger Marie Dons Jensen



Forsiden
Nemndsmedlemmer
Saksbehandling
Regelverk
Innkomne saker
Statistikk
Årsrapporter
Dommer
Søk i avgjorte saker
Avgjorte saker:
[2003](#) [2004](#) [2005](#)

Besøksadresse
H. Heyerdalsgate 1
0033 Oslo

Postadresse
Postboks 8132 Dep
0033 Oslo

Tlf.: 22 33 70 10

Faks: 22 33 70 12

E-post:

postmottak@kofa.no

Avgjorte saker

Innklagede gjennomførte en konkurranse for anskaffelse av brøyting og strøing av kommunale veier og plasser. Før kontrakt ble tildelt, trakk innklagede innkjøp av strømasse ut av konkurransen. Dette medførte at prisene for strøing ble usammenlignbare, noe klagenemnda fant var i strid med regelverket for offentlige anskaffelser. Innklagede hadde ikke gjort noen feil ved vurdering av tilbydernes tilgjengelige utstyr.

Klagenemndas avgjørelse 7. november 2005 i sak 2005/10

Klager: Arnstein Grill Fasting

Innklaget: Sande kommune

Klagenemndas medlemmer: Bjørg Ven, Kai Krüger, Inger Marie Dons Jensen

Saken gjelder: Evaluering av tilbudene.

Bakgrunn:

(1) Sande kommune (heretter kalt innklagede) inviterte den 20. august 2004 til konkurranse for anskaffelse av brøyting av kommunale veier og plasser i Sande kommune i perioden høsten 2004 til våren 2009. Konkurransen ble annonsert i Drammens Tidende og Sande avis. Den ble ikke kunngjort i DOFFIN-databasen. Konkurransen gjaldt sju ulike roder, og leverandørene kunne velge hvor mange roder og hvilke roder de ville inngi tilbud på.

(2) Som vedlegg til konkurransegrunnlaget fulgte et tilbudsskjema som leverandørene ble bedt om å fylle ut. I tilbudsskjemaet skulle det bla. fylles ut hvilken rode vedkommende leverandør ønsket å gi tilbud på. Videre skulle "Timepris for brøyting med maskin med utstyr" og "Timepris for evt. strøing av roden (Inkludert sand/salt/grus)" oppgis.

(3) Tre leverandører innga tilbud på rode 1, to av disse var Arnstein Grill Fasting (heretter kalt klager) og Magnus Gran (heretter kalt Gran) som senere ble tildelt kontrakt. I klagers tilbud var timeprisen for brøyting angitt å være kr.

375,-, mens timeprisen for strøing inkludert strømasser var på kr. 525,-. I Grans tilbud var det oppgitt timepriser på kr. 350,- og kr. 350,- + kr. 100 pr. tonn med sand, salt eller grus for hhv. brøyting og strøing.

(4) I brev av 22. september 2004 ble leverandørene meddelt følgende:

"Ved tilbudsfristens utløp var det kommet inn 9 tilbud.

Tilbudene har blitt vurdert ut fra tilbudt pris og tilgjengelig utstyr.

Arbeid med brøyting er etter vurderingen blitt fordelt slik:

Rode 1: Magnus Gran

Rode 2: Re Maskin A/S

Rode 3: Magnus Gran

Rode 4: Re Maskin A/S

Rode 5: Odd Skaterud

Rode 6: Arild Hermansen

Rode 7: Arild Hermansen"

(5) I meddelelsen var det ikke nevnt noe om strøing. Innklagede har i ettertid forklart at kostnader til strømasse ble trukket ut av konkurransen, fordi innklagede inngikk avtale om kjøp av strømasse fra en leverandør som ga innklagede bedre rabatt enn hva den enkelte leverandør ville oppnå.

Anførsler:

Klagers anførsler:

(6) Klager anfører at innklagede har brutt regelverket for offentlige anskaffelser.

(7) Innklagede har begått en grov saksbehandlingsfeil når de har valgt leverandører. For det første har kommunen ikke vurdert pris på strøing, og for det andre har innklagede feilaktig lagt til grunn at valgte leverandør på rode 1 og rode 3 har tilstrekkelig med utstyr til å utføre arbeid på de rodene vedkommende er tildelt. Gran har listet opp at han bare har én snøfreser, og han er dermed ikke i stand til å frese begge rodene samtidig.

(8) Videre har innklagede gjort en grov saksbehandlingsfeil ved at innklagede i ettertid har satt bort all strøingen uten å ta hensyn til de innkomne tilbud.

Innklagedes anførsler:

(9) Innklagede bestrider å ha brutt regelverket for offentlige anskaffelser.

(10) Innklagede har ikke stilt krav til noe minimum av utstyr og maskiner som må stå tilgjengelig når tilbudet gis. Kravet som stilles, er at roden er gjennombrøytet innen et fastsatt tidspunkt om morgenen. Hvordan entreprenøren oppnår dette har ikke oppdragsgiver lagt seg opp i. Det er den første gjennombrøyting som er viktig, slik at veiene er farbare. Når dette er gjort, kan entreprenøren ta dagen til hjelp for å utvide og renske opp. Gran er fullt ut i stand til å utføre dette med det utstyret han har disponibelt. Grans tilbud på rode 1 var kr. 25,- billigere pr. time en klagers tilbud, derfor ble Gran tildelt kontrakt på denne roden.

(11) Innklagede valgte å trekke innkjøp av strømasser ut av kontrakten, da kommunen får større rabatter enn hva den enkelte leverandør oppnår. De som brøyter, vil da kunne hente massene fra leverandøren for kommunenes regning og strø for den oppgitte timepris.

Klagenemndas vurdering:

(12) Klager har deltatt i konkurransen og har saklig klageinteresse, jf forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Anskaffelsen følger etter sin verdi forskrift om offentlige anskaffelser del I og III.

(13) Klagenemnda forstår klagers anførsel dit hen at han mener innklagede trakk strøing ut av konkurransen, for så å tildele kontrakt for strøing uten ny konkurranse. Klagenemnda legger etter innklagedes forklaring til grunn at kontrakten som ble tildelt som resultat av konkurransen, også omfattet strøing. Det er bare innkjøp av strømassene som ble tatt ut

(14) Gran har gitt en timepris på strøing med et tillegg på kr. 100,- pr tonn for strømasse. Klager har derimot gitt timepris på strøing inkludert strømasse, slik det ble bedt om i konkurransegrunnlaget. Når innklagede har trukket innkjøp av strømasse ut av konkurransen, blir det vanskelig å vite hva klagers timepris på strøing er. Innklagede har ved sin endring av forutsetningene for prisingen skapt en situasjon hvor prisene for strøing ikke uten videre kan sammenlignes. Klagenemnda finner at denne etterfølgende endring er i strid med anskaffelsesforskriften § 12-4 og kravet til forutsigbarhet.

(15) Når det gjelder anførselen om at innklagede har begått feil ved vurdering av tilgjengelig utstyr hos Gran, mener klagenemnda at innklagede ikke stilte noe krav til et minimum av tilgjengelig utstyr som måtte stå klart når tilbud ble gitt. Det var heller ikke oppstilt krav om at alle roder måtte brøytes samtidig, dersom en leverandør ble tildelt kontrakt for flere roder. Når det ikke er oppstilt uttrykkelige krav, har oppdragsgiver et visst skjønn ved vurderingen av om tilbudet og leverandøren er egnet til å oppfylle innklagedes behov.

(16) Ut fra sakens dokumenter ser klagenemnda at innklagede har vurdert leverandørenes tilgjengelige utstyr. Utover dette har klagenemnda ikke noe grunnlag for å overprøve innklagedes skjønn med hensyn til om Gran hadde tilstrekkelig med utstyr til å bli tildelt kontrakt for to roder.

Konklusjon:

Sande kommune har brutt anskaffelsesforskriften § 12-4 ved å trekke ut strømasser av tilbudet slik at tilbudenes priser ikke lenger var sammenlignbare.

For øvrig foreligger ikke brudd på regelverket.

For klagenemnda,

7. november 2005

Bjørg Ven



Forsiden
Nemndsmedlemmer
Saksbehandling
Regelverk
Innkommne saker
Statistikk
Årsrapporter
Dommer
Søk i avgjorte saker

Avgjorte saker:

[2003](#) [2004](#) [2005](#)

Besøksadresse

H. Heyerdalsgate 1
0033 Oslo

Postadresse

Postboks 8132 Dep
0033 Oslo

Tlf.: 22 33 70 10

Faks: 22 33 70 12

E-post:

postmottak@kofa.no

Avgjorte saker

Innklagede har sammen med andre kommuner opprettet et interkommunalt selskap i landsdelen med formål å være deltagerkommunenes drifts- og innkjøpselskap for IKT-løsninger. Innklagede vedtok en opptrappingsplan for IKT i skoler, barnehager og voksenopplæring og ville tildele selskapet oppdrag om kjøp av infrastruktur, programvare, driftstjenester samt kjøp og leie av utstyr. Klagenemndas flertall kom til at et slikt oppdrag kunne tildeles som egenregi, mens et mindretall mente at oppdraget forutsatte kunngjøring og konkurranse etter regelverket.

Klagenemndas avgjørelse 7. november 2005 i sak 2005/251

Klager: Thinway AS og Linær AS

Innklaget: Arendal kommune

Klagenemndas medlemmer: Inger-Marie Dons Jensen, Kai Krüger, Bjørg Ven

Saken gjelder:

Egenregi. Kunngjøringsplikt.

Bakgrunn:

(1) Arendal kommune (heretter kalt innklagede) vedtok 31. mars 2005 en opptrappingsplan for IKT i skolen i kommunen, herunder barnehager og voksenopplæring. I forbindelse med dette skal innklagede inngå kontrakt om leie og drift av minimum 600 lærer pc'er og minimum 1500 elev pc'er. I vedtaket fremgår det:

"Bystyret vedtar å avsette kr. 9,4 millioner i investeringsbudsjettet for perioden 2005-2007. Driftsutgifter på 10, 7 mill (2006), 16,4 mill (2008) og 16 mill fra 2009 og videre innarbeides i økonomiplanene.

Rådmannen gis fullmakt til å inngå avtale med leverandører etter anbudsrunde for å [anskaffe] infrastruktur, programvare, driftstjenester, kjøp- og leie av utstyr."

(2) Etter at vedtaket var fattet, ble det reist spørsmål om dette var riktig fremgangsmåte, og om kontrakt ikke skulle tildeles IKT Agder IKS (heretter kalt

IKT Agder). Det ble innhentet en juridisk betenkning fra KS Advokatene som konkluderte med at det kunne inngås kontrakt direkte med IKT Agder.

(3) IKT Agder er et interkommunalt selskap hvor innklagede har en eierandel på 40 %. Øvrige eiere er Aust-Agder fylkeskommune (36 %), Grimstad kommune (19%) og Froland kommune (5 %). Deltakeransvaret tilsvarer eierandelen i selskapet. I representantskapet har innklagede i henhold til selskapsavtalens § 6 en av fire representanter. Medlemmene skal være eierkommunenenes ordførere, med varaordførere som varamedlemmer. Etter selskapsavtalens § 7 skal styret bestå av fem medlemmer hvorav eierkommunene har ett styremedlem hver og de ansatte ett styremedlem. I merknadene til § 7 forutsettes det at det er eierkommunenenes "rådmann med sin stedfortreder eller de som rådmannen foreslår" som skal sitte i styret.

(4) IKT Agders formål er i henhold til selskapsavtalens § 4:

"Selskapet skal være deltakernes drifts- og innkjøpsselskap og faglig instans for eiernes Informasjons- og kommunikasjonsteknologiske løsninger. For øvrig vises til styrets ansvar for utvikling og prising av tjenester, jfr. § 8

Selskapet kan, innenfor rammer fastsatt av styret, påta seg oppdrag for offentlige og private organer/instanser.

Selskapet skal samarbeide med den enkelte deltaker."

(5) I merknadene til formålsbestemmelsen er det uttalt:

"Det ligger som en klar forutsetning at selskapet skal styrke deltakernes kompetanse på IKT, herunder bidra til større effektivitet og bedret kostnadskontroll. Gjennom et forpliktende fellesskap som dette forventes en "vinn-vinn-situasjon" – økt kompetanse, bedre intern service og lavere kostnader.

I den grad selskapet utvikler kompetanse som gir mulighet for salg av tjenester til andre, kan styret tilrettelegge for dette. (...)

Selskapet er eiernes forlengede arm – og det må være god kontakt mellom selskapet og kommunens/fylkeskommunens driftsenheter. Det er deres behov som skal dekkes av selskapet. Selskapets fokus er eiernes behov."

(6) Formålet med dannelsen av IKT Agder fremgår også i merknadene til selskapsavtalens § 8 om styrets oppgaver hvor det står:

"For deltakerne ligger rasjonaliserings- og effektiviseringsmulighetene som et felles samarbeid gir som det viktigste motivet for selskapsdannelsen. Samtidig sikres eierne bred kompetanse på et sentralt felt i den kommunale virksomheten."

(7) I bystyremøtet 25. august 2005 ble det vedtatt med 20 mot 19 stemmer at oppdraget skulle gå til IKT Agder uten at det ble gjennomført konkurranse. Innklagede planlegger å inngå kontrakt med IKT Agder i november 2005.

(8) Thinway AS og Linær AS (heretter kalt klager) ønsker å delta i en konkurranse om oppdraget.

Anførsler:*Klagers anførsler:*

- (9) Innklagede har brutt regelverket for offentlige anskaffelser.
- (10) Anskaffelsen skulle ha vært kunngjort og gjennomført i henhold til forskrift om offentlige anskaffelsers prosedyreregler.
- (11) Unntaket for egenregi kommer ikke til anvendelse. For at unntaket for egenregi skal komme til anvendelse, må innklagede ha en kontroll med IKT Agder som tilsvarer den innklagede har med egne etater og avdelinger. Innklagede kan ikke identifiseres med de øvrige eierkommunene ved vurderingen av om kontrollvilkåret er oppfylt. Innklagede utøver ikke den nødvendige kontrollen. Innklagede er ikke majoritetsseier i IKT Agder og har bare en innflytelse i besluttede organer på mellom 20-25 %. I IKT Agder kan de fleste beslutninger fattes mot innklagedes vilje. Det at innklagede eier en mindre del av et offentlig eid selskap, kan ikke rokke ved konkurranseforpliktelsen som er helt sentral i regelverket. Er klagenemnda i tvil om kontrollvilkåret er oppfylt, bør klagenemnda falle tilbake på hovedregelen om kunngjøring og full konkurranse.
- (12) Innklagede har ikke oppfylt sin bevisbyrde i forhold til kravet til at hoveddelen av IKT Agders omsetning skal være rettet inn mot den eller de oppdragsgivere som den eies av. Det vises til at det i selskapsavtalen åpnes for at selskapet kan inngå leveranseavtaler med utenforstående private og offentlige aktører.
- (13) Vilkårene for tildeling av enerett i henhold til forskriftens § 1-3(2)(h) er ikke oppfylt.
- (14) Selv om innklagede var berettiget til å benytte unntaket for egenregi eller reglene om tildeling av enerett, skulle anskaffelsen ha vært kunngjort. Det vises til EF-domstolens saker C-26/03 og C-231/03. Kravet til gjennomsiktighet følger også av lov om offentlige anskaffelser § 5 og gjelder uavhengig av om egenregiunntaket kommer til anvendelse. Det er ikke tilstrekkelig til å oppfylle kravet om kunngjøring at vedtaket om tildeling er å finne i møtereferatene lagt ut på kommunens hjemmesider. Dette medfører nemlig at leverandører må lete seg gjennom samtlige møtereferater for å finne tilstrekkelig informasjon.
- (15) Skal kunngjøringen fylle sitt formål, er det ikke tilstrekkelig at kunngjøring finner sted når kontrakt er inngått. Kunngjøring måtte foretas så snart kommunen visste at den hadde som intensjon å tildele kontrakt til IKT Agder. Kunngjøringsplikten er derfor brutt.
- (16) Klager ber om at klagenemnda også uttaler seg om hvorvidt kommunene Froland og Grimstad og Aust-Agder fylkeskommune kan foreta direkteanskaffelser uten anbudskonkurranse fra IKT Agder.

Innklagedes anførsler:

- (17) Innklagede har ikke brutt regelverket for offentlige anskaffelser.
- (18) Anskaffelsen foretas i dette tilfellet i egenregi, og det er da ikke krav om at forskrift om offentlige anskaffelsers prosedyreregler følges. Teckaldommen åpner for at flere offentlige oppdragsgivere kan identifiseres ved vurderingen av om kontrollvilkåret er oppfylt. Det avgjørende må være en helhetsvurdering som legger vekt på reelle, ikke formelle forhold, og hvor vurderingstemaet må være om enheten som tildeles oppdraget, inngår som del av den organisasjon kommunen eller kommunene bygger opp for å løse sine oppgaver. Samlet sett har kommunene den nødvendige kontrollen med selskapet.

(19) Forutsatt at klagenemnda ikke kommer til at det foreligger egenregi, foreligger det tildeling av enerett i henhold til § 1-3(2)(h). Anskaffelsen gjelder et tjenestekjøp og IKT Agder er lovlig tildelt en enerett.

(20) Kommer klagenemnda til at anskaffelsen må skje ved konkurranse, bes klagenemnda vurdere hvorvidt det forhold at klager i forbindelse med klagebehandlingen for klagenemnda har fått utlevert utkast til konkurransegrunnlag, kan diskvalifisere klager i en senere konkurranse.

(21) Det foreligger ikke plikt til å kunngjøre anskaffelser som foretas i egenregi. Kontrakt er dessuten ikke inngått, og ingen enerett i henhold til forskrift om offentlige anskaffelser § 1-3(2)(h) er tildelt. Kommer klagenemnda til at bystyrets vedtak av 25. august 2005 er tildeling av enerett eller bestilling i egenregi, er kunngjøringsplikten oppfylt ved at det politiske vedtaket er offentlig i kommunens postjournaler.

Klagenemndas vurdering:

(22) Klagerne har interesse i å delta i en konkurranse om oppdrag vedrørende drift, vedlikehold og kjøp av IKT-systemer i skolen og har saklig klageinteresse, jf forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig.

(23) Anskaffelsen faller etter sin art inn under forskrift om offentlige anskaffelser del I og del II. Spørsmålet i saken er hvorvidt det foreligger unntak fraplikten til å følge prosedyrereglene i forskriftens del II.

Unntaket for egenregi

(24) Med bakgrunn i Teckal-dommen C-107/98 fra 1999 som er en sentral dom på området, kan kontrakter - uten at anskaffelsesregelverket får anvendelse - tildeles en annen juridisk person når oppdragstaker er underlagt en kontroll svarende til den som anskaffelsesmyndigheten selv utøver over interne organer, og når oppdragstaker har sin omsetning i det vesentlige knyttet til den kontrollerende myndighet. Det er oppdragsgiver som må dokumentere at både kravet til kontroll og kravet til intern omsetning er oppfylt, slik at forholdet kan bli å betrakte som egenregi, og dermed gjennomføres uten utlysning av konkurranse.

(25) Retningslinjer for egenregi (utenom et unntak i tjenstedirektivet) er ikke inntatt verken i gjeldende forskrift, i de direktiver som ligger til grunn for forskriften, eller i det Dir. 2004/18 som nå foreligger til innarbeidelse i nasjonal lovgivning. Kommisjonens forsøk på å få inntatt regler om egenregi strandet fordi man ikke oppnådde enighet under den politiske forberedelse av direktivutkastet. E-parlamentet gikk inn for at "intercommunity companies" - iallfall i en overgangsperiode begrenset til tre år - burde kunne operere uten at anskaffelsesreglene kom til anvendelse på dem (referat 22.10.1997 COM(96) 0583-C4-0009/97). Dette ble ikke videreført, men direktivet har fått en bestemmelse som gir adgang for medlemsstatene til å innføre ordninger for såkalte "central purchasing bodies" – artikkel 11 nr. 1.

(26) Spørsmålet er om en enhetsbetraktning kan legges til grunn når flere kommuner av praktiske grunner og med hjemmel i lov finner det hensiktsmessig å opprette interkommunale selskaper (IKS) av den type som nå er regulert i lov 29. januar 1999 nr. 6, der formålet – som i vårt tilfelle – er å samordne virksomheter og anskaffelser for flere eierkommuner med ulike eierandeler.

(27) Klagenemnda la i sak 2005/240 til grunn at en kommune i forhold til regelverket er et selvstendig rettssubjekt som ikke kan kjøpe varer eller tjenester fra eller via andre kommuner uten konkurranse fra markedet. Når kommuner anses på denne måten, tilsier dette etter klagenemndas oppfatning at man legger et restriktivt syn til grunn når det skal vurderes om ekskluderende

egenregi i et fungerende marked for IKT-ytelser kan anvendes i forhold til foretak av IKS-typen. For staten blir dette annerledes fordi statsforvaltningen i forhold til anskaffelsesreglene i utgangspunktet konstitusjonelt, formelt og prosessuelt må anses som ett rettssubjekt.

(28) Lovforarbeidene til 1999-loven tyder på at lovgiver har forutsatt at IKS-enheter kan levere til sine eierkommuner i egenregi uten å følge regelverket om offentlige anskaffelser, jfr. Ot. prp. nr. 53 (1997-1998) s. 85-86, der både kontrollkriteriet og omsetningskriteriet fra Teckal-saken (premiss (50) berøres. Departementet antok at spørsmålet om egenregi må bero på en helhetsvurdering:

"Interkommunale selskap vil etter lovforslaget være egne rettssubjekt. Som et formelt utgangspunkt vil de derfor ikke bli oppfattet som samme enhet som deltakerne. Dersom et interkommunalt selskap er opprettet med det formål å tilgodese eiernes egne behov, vil det likevel kunne bli godtatt som egenregi. Et interkommunalt selskaps mulighet til å levere til deltakerne som egenregi er knyttet til en helhetsvurdering av hvor sterkt selskapet er knyttet til deltakerne. Flere faktorer vil være relevante."

(29) Den helhetsvurdering det siktes til, konkretiseres med henblikk på prising, om foretaket skal ivareta både offentlige og private behov, foretakets selvstendighet og foreliggende instruksjons- og organisasjonsmyndighet. Disse betraktninger ligger imidlertid i tid forut for de føringer som EF-domstolen har utviklet senere enn den norske lov fra 1999. Lovforarbeidenes anvisning på en helhetsvurdering kritiseres av *K Weltzien* i *Public Procurement Law Review* 2005 s 237. Det er ikke tvilsomt at EF-domstolens praksis er like relevant for vurderingen av de rettslige spørsmål i EØS som innen EU. Det er også på det rene at både loven og forskriften om offentlige anskaffelser på EØS-nivå har trinnhøyde over annen norsk lov, så som IKS-loven av 1999. En mer praktisk tilnærming består i å legge til grunn en sterk presumsjon om at den norske IKS-loven pr fortolkning ikke er ment å avvike fra EØS-retten og herunder prinsippet i lovens § 5 om at alle offentlige anskaffelser over terskelverdiene skal skje etter konkurranse. Loven må altså tilpasses føringer fra EF-domstolen.

(30) I saker senere enn Teckal-dommen har EF-domstolen berørt egenregispørsmål, men kan ikke sies å ha tatt uttrykkelig eller direkte stilling til om det kan finne sted en identifikasjon av flere oppdragsgivere ved vurderingen av om kontrollvilkåret er oppfylt. I C-26/03 (Stadt Halle) forutsettes at selve beslutningen om å anse en anskaffelse som egenregi må kunne etterprøves av leverandører i markedet. Om det prinsipielle uttaler domstolen i premiss 46 at egenregi utgjør et unntak som følgelig skal fortolkes restriktivt:

"Alle undtagelser til denne forpligtelse må derfor fortolkes indskrænkende. Domstolen har således vedrørende anvendelsen af udbud efter forhandling uden forudgående offentliggørelse af en udbudsbekendtgørelse fastslået, at artikel 11, stk. 3, i direktiv 92/50, der giver mulighed for at anvende en sådan procedure, som en undtagelse til de regler, der skal sikre, at de rettigheder, som er fastsat i EF-traktaten, bliver virksomme inden for området for offentlige tjenesteydelsesaftaler, må fortolkes indskrænkende, og at bevisbyrden for, at de særlige omstændigheder, som berettiger undtagelsen, faktisk foreligger, påhviler den, der vil påberåbe sig dem (dom af 10.4.2003, forenede sager C-20/01 og C-28/01, Kommissionen mod Tyskland, Sml. I, s. 3609, præmis 58)."

- samtidig som premiss (49) er gitt en utforming som muligens kan forstås slik at flere kommunale eiere skal vurderes samlet:

"I henhold til Domstolens praksis er det ikke udelukket, at der kan foreligge andre omstændigheder, hvorunder afholdelse af et udbud ikke er obligatorisk, også selv om medkontrahenten er en fra den ordregivende myndighed juridisk forskellig person. Dette er således tilfældet, såfremt den offentlige myndighed,

som er en ordregivende myndighet, underkaster det selvstendige organ en kontroll, der svarer til den kontroll, den fører med sine egne tjenestegrene, og såfremt det selvstendige organ utfører hovedparten av sin virksomhet sammen med den eller de lokale myndigheter, det ejes af (jf. i denne retning Teckaldommen, præmis 50). Det bemærkes, at det selvstendige organ i det nævnte tilfælde var fuldt ud ejet af offentlige myndigheder. Derimod udelukker den omstændighed, at en privat virksomhed ejer en andel af kapitalen i et selskab, som den pågældende ordregivende myndighed også ejer en andel af, under alle omstændigheder, at den ordregivende myndighed kan udøve en kontrol over dette selskab, som svarer til den kontroll, den fører med sine egne tjenestegrene, også selv om den private virksomheds andel kun er en minoritetsandel.”

(31) Påpekningen er tvetydig og resonnementet må ses i lys av at hovedspørsmålet i saken gjaldt spørsmålet om private eierandeler. Konkret kan det også hevdes at bruken av flertallsformen er knyttet direkte til omsetningsvilkåret, som i Teckal-saken, ikke til kontrollkriteriet. Spørsmålet om senere overgang til privat eierskap foreligger i en sak som ennå ikke er avgjort – C-20/04 (Mödling) - Generaladvokatens innstilling datert 21.4.2005.

(32) EF-domstolen har kommentert svært lave eierandeler i interkommunale selskaper i C-231/03 (Coname). Dette var en sak om konsesjonstildeling, men det ble uttalt at en svært lav kommuneandel i det interkommunale foretak (0.97 %) ville være for liten til å etablere kontroll (premiss 24). I saken ble egenregi for konsesjonen utelukket med henvisning til at det også var private andeler, hvilket i seg selv utelukket egenregi (premiss 26), men drøftelsen skjer med sikte på tjenester til et stort antall italienske eierkommuner i regionen uten at dette drøftes særskilt. Logikken i resonnementet synes imidlertid å implisere at utvanning av kontroll for hver deltagerkommune strider mot kontrollkriteriet, d.v.s. at samlet kontroll for et større antall kommuner under ett ikke nødvendigvis er tilstrekkelig. Men det kan også hevdes at domstolen muligens forutsetter at høyere andeler kan godtas selv om de ikke når opp i samme nivå som i Teckal-saken.

(33) I norsk teori er spørsmålet om utvidet egenregi til kommunale IKS-enheter omstridt. *M. Lilli LoR* 2004 s 43 flg mener at kontrollkriteriet betyr at en kommune bare kan tildele i egenregi når vedkommende kommune alene er den dominerende eier. Et mer liberalt syn forfektes av *H.P. Graver* i *LoR* 2004 s. 317, som på dette punkt imøtegår *M Lillis* syn. *K Weltzien* drøfter spørsmålet i den nevnte artikkel i *Public Procurement Law Review* 2005 s 237, der lovgiverforutsetningen om brede helhetsbetraktninger for avgjørelsen av egenregi for IKS-enheter kritiseres med henvisning til kontrollkriteriet i Teckaldommen og tjenestebegrepet i C-360/96 (Arnhem). Kritisk til identifikasjon er også *M. Dragsten* og *E. Lindalen* *Offentlige anskaffelser Kommentartutgave* (2005) Bd. I s 434. I dansk rett er spørsmålet knyttet til rekkevidden av kommunalovgivning om kommunalt innkjøpsamarbeid. Spørsmålet om kollektiv kontroll ved slikt samarbeid berøres av *R. Nielsen* *Udbud af offentlige kontrakter* (3. utg. 2005) s. 195 flg. og av *M. Steinicke* og *L. Groesmeyer* *EU's udbudsdirektiver* (2003) s. 94, men uten at disse forfattere inntar noe klart standpunkt til hvordan grensen for egenregi skal trekkes. *S.E. Hjelmborg m.fl.* *EU Udbudsretten* (2005) s. 98 betegner det som "usikkert" om de deltagende kommuner kan tildele oppdrag til felleskommunalt selskap i egenregi og "tvivlsomt" om man kan bygge på tilstrekkelig kontroll gjennom styrerepresentasjon. En dansk klagenævnssak 11.10.1996 gjelder Odense kommunes etablering av et tjenesteytende selskap for renovasjon og vannforsyning med bestemte innflytelse for kommunen og forutsetning om at slike tjenester kunne overlates til foretaket. Dette ble ansett som "ikke udbudsløsende" divisjonering av kommunenes samlede disposisjoner. Men spørsmålet om kommunalt kontraktssamarbeid forelå ikke i denne saken. I Danmark er de aktuelle direktiver for anskaffelses over terskelverdiene innpasset ved blankettmetoden og uten særskilt lov eller forskrift når anskaffelsen ligger over terskelverdiene.

(34) Rettstilstanden for så vidt gjelder interkommunale selskaper, er etter

dette uavklart. Som nevnt har EF-domstolen i Teckal-dommen og vel også i Stadt-Halle-dommen uttalt at omsetningsvilkåret kan bli å vurdere i forhold til både myndighet og "myndigheter"- altså i flertallsform. I Coname-dommen C-231/03 uttalte domstolen at et selskap som delvis var åpent for privat kapital, aldri kunne "betraktes som et organ til "intern" drift af en offentlig tjenesteydelse for de kommuner (klagenemndas understrekning), der ejer selskabet" – igjen har man brukt flertallsform. På den annen side har EF-domstolen nevnt oppdragsgiver i entallsform i forbindelse med omtale av kontrollkriteriet i samtlige saker hvor unntaket for egenregi har vært omhandlet. Det vises til EF-domstolens saker C-107/98 (Teckal) premiss 50, C-26/03 (Stadt Halle) premiss 49, C-84/03 (Kommisjonen mot Spania) premiss 38 og C-458/03 (Parking Brixen) premiss 64.

(35) Når det gjelder omsetningsvilkåret, må det fortolkes relativt strengt. Det vises til at EF-domstolen blant annet i Coname-dommen premiss 26 legger vekt på at selskapet må være "et organ til "intern" drift av en offentlig tjeneste" for kommunene som eier selskapet. Uttalelsen omhandler ikke direkte omsetningsvilkåret, men er etter klagenemndas syn likevel relevant for vurderingen av hvilke hensyn som ligger bak omsetningsvilkåret. Det interkommunale selskapet må etter dette ikke ha virksomhet av betydning som er rettet mot det kommersielle markedet.

(36) IKT Agder kan i henhold til selskapsavtalens § 4, innenfor rammer fastsatt av styret, påta seg oppdrag for offentlige og private organer/instanser. Innklagede har opplyst at denne bestemmelsen ikke er benyttet da kapasiteten hos IKT Agder ikke har vært dimensjonert for dette. Klagenemnda legger etter dette til grunn at omsetningsvilkåret er oppfylt.

(37) Når det gjelder kontrollvilkåret, synes det å være på det rene at innklagedes 40 % andel alene ikke er nok til slik kontroll som Teckal-dommen forutsetter. Spørsmålet er da om man kan identifisere eierkommunene når kontrollkriteriet skal anvendes i dette tilfellet.

(38) Spørsmålet om tildeling til flereid interkommunalt foretak kan aksepteres som egenregi, i den forstand at eierne kan identifiseres når det gjelder kontroll, har ikke vært oppe i noen tidligere sak for Klagenemnda. Nærings- og handelsdepartementet har i den såkalte Sogndalen-saken 21.11.2002 uttalt seg mot at det skulle være adgang til identifikasjon mellom flere offentlige oppdragsgivere. I dette spørsmålet har klagenemnda delt seg i et flertall og et mindretall.

(39) *Flertallets syn*

Flertallet – *Bjørn Ven og Inger-Marie Dons Jensen* - mener at kommuner som deltar i interkommunale selskaper, må kunne identifiseres når det gjelder spørsmålet om kontroll, og at klagen derfor ikke fører frem, fordi det her vil måtte anses som egenregi.

(40) EF-domstolen har ikke tatt uttrykkelig stilling til om det kan finne sted en identifikasjon av flere oppdragsgivere ved vurderingen av om kontrollvilkåret er oppfylt. Det forhold at flertallsformen er brukt i enkelte avgjørelser om egenregi, selv om dette ikke knytter seg direkte til kontrollkriteriet, trekker etter flertallets syn i retning av at domstolen mener dette ikke kan utelukkes. Flertallet legger også en viss vekt på det som er sagt i Ot. prp. nr 53 (1997-98).

(41) Flertallet har ellers merket seg at den danske lov nr. 378 av 14.06.1995 om kommuners og amtskommuners utførelse av oppgaver for myndigheter § 1 Stk. 2 har en bestemmelse som går ut på at oppgaver som kommunale fellesskaper utfører for de deltakende kommunene, generelt er unntatt fra plikten til å lyse ut en konkurranse. Videre har man i den svenske utredning "Mer värde för pengarna" lagt til grunn at et foretak som eies av flere kommuner i felleskap må likestilles med et foretak som fullt ut eies av en kommune i forhold til reglene om egenregi.

(42) Formålet bak reglene om offentlige anskaffelser kan ikke sees å være til hinder for at to eller flere kommune går sammen om en rasjonell utførelse av oppgaver som hver enkelt av dem er for liten til selv å utføre rasjonelt.

(43) Flertallet kan ikke se at saklig begrunnet samarbeid mellom kommuner gjennom interkommunale selskaper ikke skal kunne kombineres med egenregi i de tilfellene hvor det interkommunale selskapet er opprettet med det hovedformål å dekke eierkommunenes behov, og eierkommunene samlet utøver en kontroll som er på linje med den som gjelder for interne etater.

(44) I slike tilfeller vil dessuten det interkommunale selskap være underlagt reglene for offentlig innkjøp, og må følge disse for sine anskaffelser.

(45) Flertallet vil etter dette konkludere med at det må være adgang til å identifisere eierkommunene ved vurderingen av om kontrollvilkåret er oppfylt.

(46) I sak C-458/03 (Parking Brixen) uttalte EF-domstolen seg om hva som nærmere ligger i det å ha en kontroll over selskapet som tilsvarer den oppdragsgiver har ovenfor egen interne organisasjoner. Bedømmelsen skal i følge EF-domstolen ta samtlige relevante lovbestemmelser og faktiske omstendigheter i betraktning. Det skal fremgå av undersøkelsen at det aktuelle selskapet er underlagt en kontroll som gjør det mulig for oppdragsgiver å påvirke virksomhetens beslutninger. Innflytelsen skal være bestemmende så vel i forhold til de strategiske målsetningene som i forhold til viktige beslutninger. (premiss 65)

(47) Flertallet antar at kontrollvilkåret vil være oppfylt for samtlige eierkommuner dersom strukturen i samarbeidet er lagt opp slik at de har felles innflytelse over organisering og opplegg i virksomheten. I dette tilfellet er det snakk om fire eierkommuner som har organisert IKS'et slik at de hver har én representant og én stemme i representantskapet og hver ett styremedlem, uavhengig av eierandel. I styret er det i tillegg til eierkommunenes styremedlemmer, en representant for de ansatte. Kontrollvilkåret anses dermed oppfylt.

Kunngjøringsplikt

(48) Som følge av flertallets syn må klagerens anførsel om at anskaffelsen uansett skulle ha vært kunngjort, behandles. Det følger av C-26/03 (Stadt Halle) premiss (36) og av C-231/03 (Coname) premiss (28) at beslutningen om å tildele i egenregi i lys av håndhevelsesdirektivet Dir. 89/665 må kunne etterprøves rettslig av berørte parter. For at klageadgangen skal fungere i praksis, må beslutningen gjøres kjent. Dette betyr at innstillingen eller beslutningen om å tildele oppdrag må gjøres offentlig tilgjengelig. Hvorvidt dette skjer ved kunngjøring eller på annen måte, må være opp til oppdragsgiver.

Mindretallets syn

(49) Medlemmet *Kai Krüger* mener at unntaket for utvidet egenregi ikke kommer til anvendelse i dette tilfellet, og ser slik på spørsmålet:

(50) Det foreliggende tilfelle gjelder en kombinasjon av utstyrsleveranser og tjenester, der noe skal anskaffes ved ordinær kunngjøring i markedet samtidig som IKT Agder er ment å skulle levere tjenester i egen produksjon. Mindretallet legger til grunn at en kommunal felles organisering av utstyrs- og tjenestekjøp fra det private marked må godtas. I slikt tilfelle er konkurransehensynet etter lovens § 5 ivaretatt i og med at private utstyrsleverandører deltar i konkurranse som det interkommunale foretak i egenskap av anskaffelsesmyndighet er forpliktet til å gjennomføre. Anskaffelsen kan da sies å skje i det kommersielle marked, men for IKS-kommunene. For ytelse som foretaket selv skal produsere, stiller dette seg annerledes, særlig

når det gjelder tjenester som også tilbys under konkurranse i det private marked. Egenregi vil i slikt tilfelle ikke forskyve, men begrense eller utelukke konkurranse fra privat sektor, hvilket kan sies å være i grunnleggende strid med konkurranseprinsippet i lovens § 5. IKT Agder skal i henhold til vedtektene være et drifts- og innkjøpselskap og fungere som deltagernes faginstans for IKT-løsninger generelt, hvilket så vidt skjønnes går lenger enn til å formidle storinnkjøp i markedet for slike ytelser. I det aktuelle tilfelle er det tale om en omfattende og flerårig opptrappingsplan for opplæring som skal omfatte infrastruktur, programvare, driftstjenester, kjøp og utstyrsleie. Dette er ytelser som også private IKT-foretak kan levere. At IKT Agder IKS er ment å kunne operere kommersielt fremgår av selskapsavtalens § 4 (siteret ovenfor), og selv om denne adgangen ikke er benyttet, understreker den at det er tale om en potensiell markedsaktør på et område der konkurransen i det relevante marked allerede er betydelig. Med henvisning til dette, og ut fra hensynet til sammenhengen i regelverket, herunder at det gjelder varer og tjenester som det er konkurranse om innen det private marked, mener mindretallet at vilkåret for egenregi ikke kan anses oppfylt. Skulle man godta lavere kontrollandeler enn det som følger av Teckal-dommen, men ikke så lave som i Coname-saken, måtte resultatet uansett bli at grensen for egenregi blir flytende – og med det resultat at adgangen til egenregi blir ulik ettersom hvilke andeler små og store kommuner deltar med.

(51) Det nye EU Dir. 2004/18 har i artikkel 11 bestemmelser om sentrale innkjøpsforetak - såkalte "central purchasing bodies". Hjemmelen åpner for at medlemsstatene kan etablere slike organer med den virkning at det kan gjøres direkte kjøp. Poenget er her at et slikt organ sentraliserer vare- og tjenestekjøp i markedet, slik at ny anbudsrunde ved leveranser innen offentlig sektor ikke er nødvendig. Det sentrale er her innkjøps samarbeid i forhold til det private marked. Hjemmelen vil visstnok ikke dekke egenproduksjon av varer og tjenester ved enhetens egne ressurser, jfr *Sue Arrowsmith The law of Public and Utilities Procurement* 2. utgave 2005, som omtaler dette på s. 402:

"The provision [d. v. s. artikkel 11 nr 1] does not cover...when the central purchasing body provides services or goods with its own resources. Thus the provision leaves untouched the situation in which a group of authorities establishes a joint agency to provide them with services entirely from the agency's own resources. Thus the scope of the existing law as set out in Teckal concerning the extent to which such agencies may be regarded as "in house" entities, remains important."

Den nye hjemmelen er også omtalt av *M.A. Dittmer* i antologien *R. Nielsen – S. Treumer The New EU Public Procurement Directives* (2005) s. 41-42, og med særlig sikte på langsiktige rammeavtaler. Det uttrykkes "some doubts" med tanke på rammeavtaler for IT-produkter som skal leveres over flere år med samme leverandører, men med tillegg av nye produkter, modeller o.s.v.

(52) Mindretallet forstår den nye hjemmelen i 2004-direktivet som en fakultativ utvidelse i forhold til det som gjelder under de eksisterende direktiver fra 1990-årene. Sitatet om at Teckal - med understrekning av kontroll for vedkommende anskaffelsesmyndighet - fortsatt gjelder, forstås best som støtte for at varer og tjenester tilveiebragt ved foretakets egne ressurser ikke kan skje ved egenregi, verken etter de gjeldende eller etter det nye direktiv.

(53) Det foreliggende høringsutkast til kommende forskrift for offentlige anskaffelser (Moderniserings-/Fornyingsdepartementet 2005) tar ikke opp egenregispørsmål og tar heller ikke opp 2004-direktivets opsjon for sentraliserte innkjøp som omtalt ovenfor.

(54) Mindretallet legger etter dette til grunn at kontrollvilkåret i dette tilfellet tilsier at det ikke kan finne sted en identifikasjon av eierkommunene. Innklagede har én av fire medlemmer i representantskapet. Videre har innklagede ett av fem styremedlemmer. Innklagede har dermed verken flertall i representantskapet eller i styret. Kontrollvilkåret er da ikke oppfylt. Innklagede kan derfor ikke inngå kontrakt med IKS Agder i henhold til unntaket om

egenregi. Kontraktens omfang og varighet, innhold og relasjon til IKT-markedet generelt inngår i mindretallets vurdering, og menes således å være i tråd med lovmotivene til IKS-loven fra 1999. Innklagede er da forpliktet til å gjennomføre anskaffelsen i henhold til prosedyrereglene i forskrift om offentlige anskaffelser del II, herunder å kunngjøre anskaffelsen.

Tildeling av enerett – forskriftens § 1-3 (2)(h)

(55) Innklagede har påberopt seg at forskrift om offentlige anskaffelser § 1-3 (2) (h) om tildeling av enerett kan anvendes i dette tilfellet. Bestemmelsen lyder

”Forskriften får likevel ikke anvendelse på:

(...)

h) kontrakter om offentlige tjenestekjøp som tildeles et organ som selv er en offentlig oppdragsgiver som definert i § 1-2 (hvem som er omfattet av forskriften) med hjemmel i en enerett organet har i henhold til en kunngjort lov, forskrift eller administrativt vedtak, forutsatt at bestemmelsene er forenlige med EØS-avtalen.”

(56) Mindretallet bemerker at enerett i forskriftens forstand forutsetter et overordnet vedtak forskjellig fra en beslutning om kontraktstildeling. Under enhver omstendighet gjelder at eventuell enerett må begrunnes i tvingende eller allmenne hensyn som er tilstrekkelig tungtveiende til at de går foran hensynet til den frie bevegeligheten av tjenester, jfr. EØS-avtalens artikkel 36 til 39, forbudet mot diskriminering på grunn av nasjonalitet i artikkel 4 samt konkurransereglene i avtalens del IV og særlig artikkel 59. Mindretallet antar at tildeling av enerett først og fremst vil være forenlig med EØS-avtalen for oppgaver som kommunen er pålagt å utføre, og som det er antatt er samfunnsmessig hensiktsmessig at det offentlige har kontroll over utførelsen av.

(57) Tjenestedirektivet Dir 92/50 har en bestemmelse i artikkel 6 som hjemler tildeling til foretak som etter definisjonen i direktivets artikkel 1 (b) leverer infrastruktur-tjenester av allmenn økonomisk betydning (“general interest”) uten å være av industriell eller kommersiell karakter, jfr forskriftens § 1-3 (2) (h). Rekkevidden av unntaket i tjenestedirektivet er utdypet av EF-domstolen i C-360/96 (Arnhem). IKT-tjenester i et konkurrerende marked faller utenom dette, og dermed også utenfor forskriftens unntak. Hjemmel for tildeling av infrastruktur-tjenester i egenregi til anskaffelsesmyndighet eller “association of contracting authorities” er videreført i det nye Dir. 2004/18 som artikkel 18. Dette vil også i fortsettelsen være hjemmel for egenregi-løsninger for infrastruktur-tjenester i kommunale sammenslutninger.

Klagers stilling i en eventuelt senere konkurranse

(58) Innklagede har bedt klagenemnda om å ta stilling til om det forhold at klager har fått utlevert konkurransegrunnlaget i forbindelse med klagebehandlingen, kan diskvalifisere klager i en senere konkurranse. Klagers eventuelle fordel vil her være at klager har fått informasjon om konkurransen på et tidligere stadium enn hva øvrige leverandører har fått, og dermed fått et forsprang i konkurransen. Denne forskjellsbehandlingen kan uansett repareres ved at innklagede tar hensyn til dette ved fastsettelsen av tilbudsfristen og gir leverandørene tilstrekkelig god tid til å utarbeide tilbud.

(59) Mindretallet former ingen konklusjon.

I overensstemmelse med flertallets syn formuleres slik

Konklusjon:

Arendal kommune har ikke brutt regelverket for offentlige anskaffelser.

For klagenemnda,

7. november 2005

Kai Krüger



Forsiden
Nemndsmedlemmer
Saksbehandling
Regelverk
Innkommne saker
Statistikk
Årsrapporter
Dommer
Søk i avgjorte saker

Avgjorte saker:
[2003](#) [2004](#) [2005](#)

Besøksadresse
H. Heyerdalsgate 1
0033 Oslo

Postadresse
Postboks 8132 Dep
0033 Oslo

Tlf.: 22 33 70 10

Faks: 22 33 70 12

E-post:
postmottak@kofa.no

Avgjorte saker

Etter at klager hadde fått medhold i sin begjæring om midlertidig forføyning for å stoppe inngåelse av kontrakt, løp vedståelsesfristen som var oppgitt i tilbudet, ut, og innklagede la til grunn at konkurransen var avsluttet. Klagenemnda fant at det var nærliggende å se klagers påstand i begjæringen om midlertidig forføyning som en forlengelse av vedståelsesfristen, men at konkurransen uansett måtte anses avsluttet fordi de øvrige leverandørene ikke hadde fått anledning til å forlenge sin vedståelsesfrist.

Klagenemndas avgjørelse 7. november 2005 i sak 2005/267

Klager: Nordic Medical Supply AS

Innklaget: Helse Midt-Norge RHF

Klagenemndas medlemmer: Inger Marie Dons Jensen, Kai Krüger, Andreas Wahl

Saken gjelder: Vedståelsesfrist.

Bakgrunn:

(1) Helse Midt-Norge RHF (heretter kalt innklagede) kunngjorde 11. februar 2005 en åpen anbudskonkurranse for inngåelse av rammeavtale om levering av kneproteser til alle helseforetak i regionen. Kontraktens varighet var to år med opsjon på to års forlengelse. Kontraktens gjenstand var nærmere beskrevet som "a) Totalproteser til kneledd b) Uniproteser til kneledd".

(2) Det var videre opplyst i kunngjøringens punkt IV.2

"Tildelingskriterier: Det økonomisk mest fordelaktige tilbud vurdert på grunnlag av (i uprioritert rekkefølge):

Leverings- og ferdigstillelsesdato

Leveringssikkerhet

Service og teknisk bistand etter levering

Driftskostnader

Estetisk og funksjonell verdi

Pris

Kvalitet

(3) Frist for mottak av tilbud var satt til 11. april 2005 kl 10.00. Både i kunngjøringen og konkurransegrunnlaget var det opplyst at tilbudet skulle være bindende i seks måneder fra tilbudsfristens utløp.

(4) I konkurransegrunnlagets kravspesifikasjon, punkt 2.2, var det opplyst følgende:

"Sementerte og usementerte proteser

Revisjon, helst samme system

[...]

Det vil generelt bli lagt vekt på produktegenskaper som kvalitet, funksjonalitet, brukervennlighet, ergonomi osv. ut fra formålet med anskaffelsen. I anbudet skal det derfor legges ved en komplett beskrivelse av produktegenskaper, muligheter og begrensninger i form av tester, rapporter, produktdatablad, brosjyrer ol."

(5) Konkurransegrunnlaget oppga tildelingskriteriene slik:

"

o *Vareutvalg og leveringsområde*

o *Leveringsbetingelser*

§ *Leveringstid*

§ *Leveringspresisjon*

o *Produktets/systemets levetid/kvalitet herunder (ref. pkt. 2 Bruks- og kvalitetskrav)*

§ *Driftssikkerhet og funksjonelle egenskaper*

§ *Kjøpesum og driftskostnader*

§ *Brukervennlighet og ergonomi (estetiske og funksjonsmessige egenskaper)*

§ *Garanti/vilkår*

o *Kvalitetssikring/sertifisering*

- § *Oversikt over internasjonale standarder mhp. sikkerhet og kvalitet*
- § *Produktgodkjenning: typegodkjenning og fabrikanterklæring*
- o *Service*
- § *Faglig og teknisk bistand*
- § *Produktkompetanse*
- § *Oppmøtetid*
- § *Opplæring*
- o *Miljøaspekt*
- o *Referanser*
- § *Viktigste referanser på salg av utstyret spesifisert i dette anbudet skal oppgis med kontaktperson og telefonnummer”*

(6) De nevnte tildelingskriteriene var utdypet noe, og det var bedt om forskjellig informasjon og dokumentasjon til bruk under evalueringen av kriteriene.

(7) I brev av 12. september 2005 ble tilbyderne meddelt utfallet av konkurransen. Innklagede skrev blant annet:

”Vareutvalg og leveringsområde: 3 av tilbyderne tilbød både totalprotese og uniprotese.

Leveringsbetingelser: Generelt vil vi si at tilbudene oppfattes som noenlunde jevnbyrdige når det gjelder tilbudte leveringsbetingelser.

Produktets/systemets levetid/kvalitet: Alle tilbudte produkter oppfattes som gode, med noe variasjon av innsetningsprosedyre.

Kvalitetssikring/sertifisering: Her var det forskjeller i dokumentasjon på tilbudt system. Det var kun LCS som fullt ut oppfylte kravet til SMM-rapport nr. 6/2002 mhp 10-års klinisk undersøkelse, mens Profix har vært i klinisk drift siden 1995 og forventes å komme med dokumentasjon på dette i løpet av 2006.

Det er i dag ulik eierforhold til de lagrene som er på sykehusene, og dette gjør at et skifte til et nytt system medfører store driftskostnader. Dette gjør at vi i denne avtaleperioden vil gå over til konsignasjonslager på alle sykehus, slik at vi sikrer bedre konkurranse i neste runde. Vi ser også at driftskostnader i form av omstillingskostnader må være mer synliggjort i konkurransegrunnlaget.

Læringskurven for kneproteser er langvarig både for kirurgen og operasjonssykepleier. Selv om operatør har erfaring med kneproteser, vil et nytt system kreve ny opplæring over tid, før han behersker det nye systemet. En må også under opplæringsfasen regne med enkelte feilslagere som innebærer økte driftskostnader. Ved valg av nytt system vil først de erfarne operatørene måtte gjennomføre flere operasjoner før de kan begynne å lære opp nye overleger og deretter assistentleger.

Et evt bytte av system vil redusere operasjonskapasiteten i det første året. Dette medfører inntektstap for sykehusene og lengre ventelister. Dersom sykehusene velger å kjøpe tjenesten eksternt i en opplæringsperiode, vil også dette medføre økte kostnader.

Med den situasjon som er på sykehusene i dag, vil ikke den økonomiske gevinsten ved å skifte system være stor nok til å forsvare de økte driftskostnader som vil komme ifm et skifte av system i denne runden.

For denne anbudskonkurransen har vi innstilt følgende leverandør:

For totalprotese og revisjonsprotese med et omfang på ca 50% hver:

OrtoMedic as for St.Olavs Hospital HF og Namsos sykehus

Smith&Nephew for Ålesund sjukehus, Kristiansund sykehus og Levanger sykehus

For uniprotese:

Bionet på hele omfanget

Smith&Nephew bør kunne dokumentere 10 års klinisk drift iht SMM-rapport i løpet av 2006."

(8) I brev av 1. oktober 2005 ble klage brakt inn for klagenemnda.

(9) Den 3. oktober 2005 innga klager begjæring om midlertidig forføyning for å stanse kontraktsinngåelse. Klager nedla slik påstand: "[Innklagede] forbys å inngå kontrakt om kneproteser frem til avgjørelse fra KOFA foreligger, med tillegg av syv virkedager". Trondheim tingrett tok samme dag begjæringen til følge med slutning i tråd med klagers påstand.

(10) Kontrakt i saken er ikke inngått.

Anførsler:

Klagers anførsler:

(11) Klager anfører at innklagede har brutt regelverket for offentlige anskaffelser.

(12) Klagers tilbud er fortsatt bindende. Før vedståelsesfristen utløp ble klager

gitt medhold i sitt krav om midlertidig forføyning for å stoppe kontraktsinngåelse, og innklagede ble nektet å inngå kontrakt før syv dager etter at klagenemndas avgjørelse foreligger. Det kan derfor ikke være tvil om at klager har ment å la sitt tilbud bli stående til klagenemnda har behandlet klagen, med tillegg av syv dager.

(13) Kunngjøringen og konkurransegrunnlaget angir forskjellige sett med tildelingskriterier, i tillegg har innklagede angitt i kravspesifikasjonene hvilke forhold som vil bli vektlagt. Innklagede har dermed i realiteten angitt tre ulike sett tildelingskriterier. Dette innebærer et brudd på kravet til forutberegnelighet i lovens § 5. I henhold til EF-domstolens dom i sak C-448/01 kan tildelingskriteriene ikke endres underveis i prosessen.

(14) En rekke tildelingskriterier synes ikke å være evaluert av innklagede. Dette gjelder for det første pris, og klager har grunn til å tro at klagers tilbud var vesentlig rimeligere enn konkurrentenes. For det andre gjelder det kriteriene teknisk bistand og service, estetisk og funksjonell verdi og kvalitet, som alle var oppgitt i kunngjøringen. For det tredje gjelder det kriteriene miljøaspekt og referanser, angitt i konkurransegrunnlagets ene sett med tildelingskriterier. Endelig gjelder det brukervennlighet og ergonomi, som er angitt i konkurransegrunnlagets andre sett tildelingskriterier. Innklagede har med dette brutt forskriftens § 10-2.

(15) Det fremgår av begrunnelsen at det er lagt avgjørende vekt på hvem som har levert varer til de eksisterende lagrene på sykehusene. I tillegg er det lagt vekt på de ansattes læring. Ingen av disse forholdene var angitt på forhånd, og innklagede har også ved dette brutt forskriftens § 10-2. Subsidiært anføres at vektlegging av hvilke leverandører som har levert varer tidligere, og vektlegging av ansattes læringskurve, innebærer en forskjellsbehandling av leverandørene i strid med lovens § 5.

(16) Heller ikke kan innklagede vektlegge kostnader forbundet med skifte av leverandør. Dette var ikke kunngjort, og kan følgelig ikke vektlegges. Uansett ville dette være i strid med kravet om å sikre konkurranse, jf lovens § 5.

Innklagedes anførsler:

(17) Innklagede bestrider å ha brutt regelverket for offentlige anskaffelser.

(18) Tilbudenes vedståelsesfrist utløp 11. oktober 2005, noe innklagede først ble oppmerksom på noen dager senere. Det faktum at vedståelsesfristen er utløpt, innebærer at konkurransen er avsluttet. Begjæringen om midlertidig forføyning kan ikke ses på som en fristforlengelse fra klagers side. Dessuten har ingen av de andre tilbyderne forlenget sin vedståelsesfrist, og konkurransen må derfor uansett anses avsluttet.

(19) Dersom klagenemnda skulle finne at konkurransen ikke er avsluttet, anføres følgende til klagens realiteter:

(20) Det er ikke riktig at det er brukt tre sett tildelingskriterier. De produkttegenskaper som er angitt i konkurransegrunnlagets pkt 2.2 4. avsnitt gir alle en utfyllende beskrivelse av kriterier i kunngjøringsskjemaet, nemlig kriteriene kvalitet og estetisk/funksjonell verdi. Ordlyden i punkt 2.2 er ingen uttømmende angivelse av tildelingskriterier, men en forklaring på dokumentasjonskravene.

(21) I konkurransegrunnlagets punkt 4 gis en oversikt over tildelingskriterier. Etter innklagedes oppfatning er samtlige kriterier som er oppgitt i konkurransegrunnlaget, presiseringer av kunngjøringens kriterier. For eksempel må kriteriene miljø og referanser ses på som en naturlig del av begrepet kvalitet.

(22) Alle tildelingskriterier og underkriterier ble vurdert før beslutning om tildeling av kontrakt ble fattet, herunder kjøpesum, teknisk bistand og service, estetiske og funksjonelle egenskaper/brukervennlighet og ergonomi, kvalitet, miljøaspekt og referanser.

(23) Når det gjelder kostnader, var det oppgitt i kunngjøringen at driftskostnader ville bli vektlagt. Videre var det opplyst i konkurransegrunnlaget at ikke bare stykkpris ville være avgjørende, og det var bedt om forslag til utskiftning av nåværende lager. I klagers tilbud opplyses det at det ikke er aktuelt "å ta fremmedprodukter i innbytte". Dette viser at tilbyder har vært klar over at kostnader som følger av eksisterende lager, er relevant og vil bli tillagt vekt som en del av kostnadsvurderingen. Leverandørene er ikke forskjellsbehandlet.

Klagenemndas vurdering:

(24) Klager har deltatt i konkurransen og har saklig klageinteresse, jf forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Anskaffelsen er en vareanskaffelse. Det er ikke opplyst om kontraktens verdi, men klager har anført at forskrift om offentlige anskaffelser del I og II kommer til anvendelse, jf § 2-2, og klagenemnda legger dette til grunn, uten at det har betydning for resultatet.

(25) Klagenemnda behandler først spørsmålet om klager har forlenget sin vedståelsesfrist, slik at tilbudet fortsatt er bindende.

(26) Tilbudsfristen utløp 11. april 2005. Det var opplyst i konkurransegrunnlaget at tilbudene skulle være bindende i seks måneder etter denne datoen, og i utgangspunktet skulle dermed tilbydernes vedståelsesfrist utløpe 11. oktober 2005.

(27) Det følger av klagenemndas avgjørelse i sak 2005/189, og forutsetningsvis av flere tidligere avgjørelser, at tilbyderne kan forlenge sin vedståelsesfrist etter at tilbud er inngitt. Forlengelse må imidlertid skje mens tilbudet ennå er bindende. Vedståelsesfristen er en avtalerettslig disposisjon, og forlengelse av denne fristen må følge vanlige avtalerettslige regler. I den aktuelle saken er det på det rene at klager ikke uttrykkelig forlenget sin vedståelsesfrist. Spørsmålet er derfor om klager underforstått, gjennom sine handlinger, kan anses å ha forlenget vedståelsesfristen.

(28) Klagers begjæring om midlertidig forføyning for å stoppe inngåelsen av kontrakt ble fremsatt før den vedståelsesfristen som var oppgitt i tilbudet, utløp. Etter klagenemndas mening er det nærliggende å se klagers påstand om forbud mot å inngå kontrakt inntil klagenemndas avgjørelse foreligger, med tillegg av syv virkedager, som en forlengelse av klagers vedståelsesfrist. Vedståelsen er imidlertid som nevnt ikke uttrykkelig uttalt, og den var heller ikke rettet direkte til innklagede.

(29) Selv om klagers vedståelsesfrist skulle være forlenget, slik at klagers tilbud fortsatt er bindende, synes ingen av de andre tilbyderne å ha fått anledning til å forlenge sin vedståelsesfrist. Det eneste tilbudet innklagede står igjen med som følge av konkurransen, er dermed klagers tilbud.

(30) Først dersom alle leverandører har fått en oppfordring til å forlenge fristen, kan konkurransen slutføres i tråd med regelverket. Oppdragsgiverens plikt til å ta initiativ til å få forlenget vedståelsesfristen følger av kravene til likebehandling og god forretningsskikk i lovens § 5.

(31) Klagenemnda finner etter dette at konkurransen må anses avsluttet, og at det må gjennomføres en ny konkurranse.

(32) Ettersom klagenemnda er kommet til at innklagede ikke kan inngå

kontrakt uten å gjennomføre en ny konkurranse, behandler klagenemnda ikke klagers øvrige anførsler.

Konklusjon:

Helse Midt-Norge RHF har ikke brutt regelverket for offentlige anskaffelser ved å legge til grunn at konkurransen er avsluttet.

For klagenemnda,

7. november 2005

Inger Marie Dons Jensen



Forsiden
Nemndsmedlemmer
Saksbehandling
Regelverk
Innkomne saker
Statistikk
Årsrapporter
Dommer
Søk i avgjorte saker

Avgjorte saker:
[2003](#) [2004](#) [2005](#)

Besøksadresse
H. Heyerdalsgate 1
0033 Oslo

Postadresse
Postboks 8132 Dep
0033 Oslo

Tlf.: 22 33 70 10

Faks: 22 33 70 12

E-post:

postmottak@kofa.no

Avgjorte saker

Innklagede gjennomførte en åpen anbudskonkurranse om medisinske forbruksvarer. Klagenemnda kom til at det ikke var krav til referat fra evalueringsmøtene så lenge evalueringen var nedtegnet i evalueringsskjemaer utarbeidet av klager. Innklagede hadde evaluert leverandørenes tilbud likt på flere av tildelingskriteriene uten at det var gitt en begrunnelse for dette. Klagenemnda kom til at dette var i strid med kravet til etterprøvbarehet. Innklagede ble ikke ansett å ha favorisert tidligere leverandør under evalueringen. Innklagede hadde overholdt kravene til at anskaffelsesprotokollen skal inneholde en begrunnelse for valg av tilbud ved at evalueringsskjemaet var inntatt som vedlegg til protokollen.

Klagenemndas avgjørelse 24. oktober 2005 i sak 2004/251

Klager: 3M Norge AS

Innklaget: Helse Nord-Trøndelag

Klagenemndas medlemmer: Svein Dahl, Inger Roll-Matthiesen, Siri Teigum

Saken gjelder:

Evaluering av tilbud. Etterprøvbarehet. Likebehandling. Førings av anskaffelsesprotokoll.

Bakgrunn:

(1) Helse Nord-Trøndelag (heretter kalt innklagede) kunngjorde 31. oktober 2003 en åpen anbudskonkurranse om kjøp av medisinske forbruksvarer. I konkurransegrunnlaget var det åpnet for å inngi tilbud på hele eller deler av leveransen. Til sammen var det etterspurt priser på 1024 varelinjer fordelt på en rekke produktgrupper. Innklagede påpekte i konkurransegrunnlaget punkt 2.4 at *"det tas primært sikte på å velge et begrenset antall leverandører."*

(2) I henhold til konkurransegrunnlaget punkt 2.2 var tildelingskriteriene i uprioritert rekkefølge:

- Økonomisk fundament/soliditet
- Kvalitet
- Tilgjengelighet, leveringstid og leveringsdyktighet
- Pris
- Miljøaspekter
- Forpakning/emballasje
- Produktgodkjenning, typegodkjenning og fabrikkertklæring
- Sortiment
- Forskning
- Service
- Garanti (tid og ansvar)
- Opplæring/bistand
- Drifts- og servicekostnader
- Brukervennlighet

(3) Videre fremgikk det av konkurransegrunnlaget at eventuelle vareprøver skulle stilles kostnadsfritt til disposisjon for kunden etter nærmere avtale.

(4) Tilbudsfristen var 31. desember 2003. Det ble levert inn 54 tilbud. En av tilbyderne var 3M Norge AS (heretter kalt klager).

(5) Tilbudene ble evaluert av et tverrfaglig anskaffelsesteam (heretter kalt TAT). TAT innhentet vareprøver og en del prøver ble gjennomgått. TATs vurderinger ble ført inn i håndskrevne evalueringsskjemaer.

(6) I anskaffelsesprotokoll fremgår det om evalueringen av tilbud:

"Utarbeidet av TAT gruppen. Gruppen har jobbet i mindre grupper helt fra 02 februar og frem til innstilling av leverandør. Gruppene har vurdert tilbudene ut fra tildelingskriteriene. Vareprøver og utprøvinger er foretatt. Møtene som er gjennomført ved evalueringen er ikke registrert med møtereferat, bare en sammenstilling. Se vedlegg for valgte tilbydere samt utsnitt av skjema for klagers varespekter."

(7) Alle tilbydere ble tilskrevet og fikk oversikt over hvilke tilbydere som var innstilt på hvert produkt. Klager var valgt for 32 varelinjer. Klager påklaget tildelingen innen klagefristen. Innklagede tok ikke klagen til følge. Kontrakter ble senere inngått med valgte tilbydere om definerte produkter.

Anførsler:

Klagers anførsler:

(8) Innklagede har brutt regelverket for offentlige anskaffelser.

(9) Evalueringen av tilbudene har ikke vært god nok. Klager har ikke tillit til innklagedes kostnadsanalyse da klager har fått signaler om at klagers priser var konkurransedyktige. Klager stiller seg uforstående til at klagers priser skal ligge betydelig høyere da det fremgår av evalueringsskjemaet fra TAT at klager har de laveste prisene. Evalueringen av tilbudene virker noe tilfeldig/vilkårlig. Innklagede har heller ikke ført noen rapporter eller referater fra evalueringsmøtene.

(10) Innklagede har foretatt en forskjellsbehandling av tilbyderne i strid med lov om offentlige anskaffelser § 5 da klagers tilbud er vurdert likt på mange av tildelingskriteriene sammenlignet med øvrige leverandører. Klager anfører at innklagede har favorisert eksisterende leverandører da motivasjonen og viljen til å prøve ut klagers produkter ikke har vært tilstede.

(11) Innklagede har brutt kravene til føring av anskaffelsesprotokoll i forskrift om offentlige anskaffelser § 8-1. Av protokollen fremgår det ingen begrunnelse for valg av leverandør, samt hvilke fordeler og egenskaper de valgte leverandørene hadde.

Innklagedes anførsler:

(12) Innklagede bestrider å ha brutt regelverket for offentlige anskaffelser.

(13) TAT har vurdert de innkomne tilbudene på beste måte. Det er innhentet en del vareprøver samt gjennomført noen utprøvinger. Vareprøver ble innhentet hvor prisen var gunstig og varene ikke hadde vært i bruk på et av sykehusene i den senere tid.

(14) I hovedsak var det pris som skilte de fleste tilbyderne. Klager hadde vesentlig høyere priser enn valgt leverandør for de produktområdene der klagers tilbud ikke ble valgt. Klager fikk stort sett tildelt produkter hvor klager hadde lavest pris. I tillegg fikk klager tildelt enkelte produkter hvor klager ikke var billigst, men hvor konkurrentene som hadde lavere tilbud, ikke hadde god nok kvalitet. For enkelte produkter hvor klager har vært lavest i pris, har klager ikke fått leveransen da innklagede har lagt vekt på å velge leverandører som kunne tilby alle typer av samme produkt samt hvem som var rimeligst innenfor en produktgruppe. Dette fordi innklagede har hatt et ønske om ikke å ha for mange leverandører å forholde seg til.

(15) TAT førte ikke møtereferat, men vurderingsskjemaene har vært arbeidsverktøy og endt opp med en innstilling av leverandører på artikkelnivå. Innstillingen er oversendt alle tilbyderne.

(16) Innklagede har ikke favorisert eksisterende leverandører. Dette vises blant annet ved at en representant fra klager, som en av eksisterende leverandører, har uttalt at klager har mistet ca. 50 % av omsetningen til innklagede som følge av konkurransen. Det ble en forholdsvis stor endring av leverandørene på grunn av konkurransen.

(17) Anskaffelsesprotokollen er i samsvar med kravene satt i forskrift om offentlige anskaffelser § 8-1. Vurderingsskjemaene fra TAT er vedlegg til protokollen. Disse skjemaene viser fordeler og egenskaper ved de valgte leverandørene i forhold til øvrige leverandører.

Klagenemndas vurdering:

(18) Klager har deltatt i konkurransen og har saklig klageinteresse, jf forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig.

(19) Forskrift om offentlige anskaffelser del I og del II er lagt til grunn for konkurransen.

Evalueringen av tilbudene

(20) Klagenemndas kompetanse er begrenset til å prøve om innklagedes vurdering av hvilket tilbud som er det økonomisk mest fordelaktige, er basert på en korrekt saksbehandling og et korrekt faktum, samt om oppdragsgivers vurdering er usaklig, vilkårlig eller kvalifisert urimelig, jfr. blant annet klagenemndas sak 2003/6 og 2003/19. Utover dette foretar klagenemnda således ikke en overprøving av innklagedes innkjøpsfaglige skjønn.

(21) Innklagede har vurdert tilbudene opp mot tildelingskriteriene. Resultatet av evalueringene er inntatt i evalueringsskjemaer. Tilbudene er ikke rangert, men i evalueringsskjemaene fremkommer det at tilbudene på de fleste tildelingskriteriene er vurdert likt og at tildeling derfor i forhold til flere produkter/produktgrupper har skjedd til leverandører med lavest pris. Når leverandører med lavest pris ikke er valgt, fremgår det av evalueringsskjemaene hvilke forhold som har vært avgjørende for valg av leverandør. Det er videre foretatt prissammenligninger som viser hvilke tilbud som er lavest både i forhold til hvert enkelt produkt og i forhold til produktgrupper ut fra antatt årsforbruk. Klagenemnda kan ikke se at dette er i strid med regelverket.

(22) Klager har anført at innklagede har forskjellsbehandlet leverandørene ved at klager er vurdert likt med øvrige leverandører på mange av tildelingskriteriene. Det fremgår av innklagedes evalueringsskjema at tilbudene er vurdert opp mot hvert tildelingskriterium for de enkelte produktområdene. Av evalueringsskjemaene fremgår det imidlertid ikke noen begrunnelse for at tilbudene er vurdert likt på de konkrete tildelingskriteriene. En ren henvisning til at kriteriene ble vurdert likt, uten en nærmere begrunnelse for vurderingen, gir ikke leverandørene tilstrekkelig grunnlag for å ta stilling til om det reelt sett kunne være grunn til å skille tilbudene. Det vises til klagenemndas sak 2004/183 premiss 27.

(23) I konkurransegrunnlaget er det angitt 14 tildelingskriterier. For klagenemnda er det ikke lett å se hvordan alle tildelingskriteriene kan være egnet til å skille ut hva som er det økonomisk mest fordelaktige tilbudet for den enkelte produktgruppe. Det har ikke vært klaget på tildelingskriteriene og klagenemnda går derfor ikke nærmere inn på dette. Klagenemnda anser det akseptabelt at enkelte av vurderingene basert på de oppstilte tildelingskriterier får et identisk utfall for alle eller de fleste leverandører, gitt at det til dels dreier seg om kjøp av standard forbruksvarer, hvor det ikke er faktiske forskjeller. Evalueringsskjemaene viser imidlertid at det også ved evalueringer knyttet til kriterier som "tilgjengelighet, leveringstid og leveringsdyktighet", "service" og "opplæring/bistand" ikke er identifisert forskjeller mellom leverandørene. Klagenemnda legger til grunn at dette er kriterier som skulle kunne skille tilbudene. Evalueringsskjemaene gir imidlertid ingen indikasjon på at det er foretatt en skjønsmessig vurdering utover å slå fast at alle oppfyller visse krav. En slik knapp begrunnelse er i strid med kravet til etterprøvnbarhet i lov om offentlige anskaffelser § 5.

(24) Det er ikke ført møtereferat fra evalueringsmøtene. Det kan imidlertid ikke fra regelverket om offentlige anskaffelser utledes noe krav om at det skal føres møtereferater fra evalueringsmøtene så lenge selve evalueringen er nedtegnet i evalueringsskjemaer slik innklagede har gjort.

Likebehandling

(25) Innklagede har opplyst at det ble en forholdsvis stor endring av leverandører på grunn av konkurransen. Klagenemnda har ikke opplysninger

om for hvilke produkter det har skjedd en leverandørendring som følge av konkurransen, og legger innklagedes opplysninger til grunn. Det er slik saken er opplyst for klagenemnda, ingen holdepunkter for at innklagede har favorisert tidligere leverandører i strid med kravet til likebehandling i lovens § 5.

Krav til føring av anskaffelsesprotokoll

(26) I selve anskaffelsesprotokollen er det ikke inntatt begrunnelse for valg av leverandør, samt hvilke fordeler og egenskaper den valgte leverandøren hadde. Forskrift om offentlige anskaffelser § 8-1(2)(d) kan ikke forstås slik at begrunnelsen må inntas i selve anskaffelsesprotokollen. Innklagede har i anskaffelsesprotokollen henvist til "*vedlegg for valgte tilbydere*". Dette vedlegget består av både en liste over hvilke leverandører som har fått tildelt leveranser samt evalueringsskjemaene utarbeidet ved evalueringen av tilbudene. I evalueringsskjemaene fremgår evalueringen av de enkelte tildelingskriteriene og en kort begrunnelse for valg av leverandører. Samlet sett tilfredsstiller dette kravene til protokollføring etter forskriftens § 8-1(2)(d).

Konklusjon:

Helse Nord-Trøndelag har brutt kravet til etterprøvnbarhet i lov om offentlige anskaffelser § 5 ved ikke å kunne fremlegge dokumentasjon på hvorfor tilbudene var vurdert likt i forhold til flere av tildelingskriteriene til tross for at det ut fra tildelingskriteriets art var naturlig med en skjønnmessig vurdering.

Klagenemnda,

24. oktober 2005

Inger Roll-Matthiesen



Forsiden
Nemndsmedlemmer
Saksbehandling
Regelverk
Innkommne saker
Statistikk
Årsrapporter
Dommer
Søk i avgjorte saker

Avgjorte saker:

[2003](#) [2004](#) [2005](#)

Besøksadresse

H. Heyerdalsgate 1
0033 Oslo

Postadresse

Postboks 8132 Dep
0033 Oslo

Tlf.: 22 33 70 10

Faks: 22 33 70 12

E-post:

postmottak@kofa.no

Avgjorte saker

Innklagede gjennomførte en konkurranse med forhandling om kjøp av flyplassbelysning. Klagenemnda kom til at det var adgang til å legge vekt på kompetanse og gjennomføringsevne ved tildelingen, men det var usaklig å legge vekt på forskjeller i antall års erfaring slik innklagede hadde gjort. Innklagede hadde endret vektingen av tildelingskriteriene etter tilbudsfristens utløp. Klagenemnda kom til at i en konkurranse med forhandling hvor leverandørene fikk kjennskap til den endrede vektingen og fikk mulighet til å inngi reviderte tilbud etter endringen var kravet til likebehandling og forutberegnelighet ivaretatt. Klagenemnda hadde ingen innvendinger mot måten reservedeler var evaluert på. Klagenemnda kom til at innklagede hadde oppfylt sin rettleidningsplikt under forhandlingene.

Klagenemndas avgjørelse 24. oktober 2005 i sak 2004/275

Klager: Luftfartstjenester

Innklaget: Avinor

Klagenemndas medlemmer: Svein Dahl, Inger Roll-Matthiesen, Siri Teigum

Saken gjelder:

Vekting av tildelingskriterier. Ulovlige tildelingskriterier. Veiledningsplikt ved forhandlinger.

Bakgrunn:

(1) Avinor (heretter kalt innklagede) kunngjorde 28. januar 2004 en konkurranse med forhandling vedrørende utstyr for flyplassbelysning.

(2) Innen fristen for forespørsel om deltakelse var det åtte leverandører som meldte sin interesse. Fem leverandører ble prekvalifisert. Konkurranseskrutlaget ble sendt til de prekvalifiserte leverandørene 10. mars 2004. Ved brev av 24. mars 2004 gjorde innklagede mindre endringer i konkurransegrutlaget.

(3) Tildelingskriteriene var i konkurransegrutlagets punkt 2.3.2 fastsatt slik:

"Elementer som vil bli tillagt vekt i evalueringen er listet under i prioritert rekkefølge:

- Tilbudets pris

- Avvik og forbehold
- *Kompetanse og gjennomføringsevne*

(4) For kriteriet "kompetanse og gjennomføringsevne" var det i konkurransegrunnlagets punkt 2.2.9 blant annet bedt om at tilbyderne skulle dokumentere "erfaring og oppgi referanser fra tilsvarende leveranser de siste 3 år, inkludert deres verdi, tidspunkt og mottaker". Videre skulle "CV for tilbudt nøkkelpersonell og ansvarlig prosjektleder" vedlegges.

(5) I konkurransegrunnlagets bilag B punkt 3.5 var det fastsatt:

"Leverandøren skal utarbeide en detaljert liste med enhetspriser over reservedeler som etter leverandørens erfaring anses å være nødvendig til vedlikehold av utstyret i en periode på 3 år, jf vedlegg B2. Ekstra lyskilder som beskrevet i vedlegg A, pkt. 3.6 medtas her.

Det forutsettes at leverandøren til enhver tid opprettholder et lager tilsvarende 10 % av de totale mengder i kontrakten. Responstiden skal være maks 48 timer fra bestilling er gitt til utstyret er mottatt på lufthavnen. Det forutsettes videre at bestillingen skal avropes mot denne kontrakt i en periode på 3 år gjeldende fra leveringsdato. Leverandøren presenterer en prisreguleringsformel i vedlegg B2."

(6) Innen tilbudsfristen 14. april 2004 leverte fire leverandører tilbud. En av leverandørene var Luftfartstjenester (heretter kalt klager).

(7) Klager ble invitert til forhandlinger ved brev av 21. april 2005. Det ble skrevet referat fra forhandlingsmøtet hvor følgende er skrevet om møtets hensikt:

"Avklare alle forhold ved tilbudet slik at innledende evaluering kan skje på korrekt grunnlag. Agenda for møtet er vedlagt innkallingen [...]. Videre er det Avinors intensjon samtidig å innlede forhandlinger med tilbyder."

(8) I forhandlingsmøtene ble tilbyderne informert om at vektingen av tildelingskriteriene var endret i forhold til angivelsen i konkurransegrunnlaget. Det fremgår av møtereferat punkt 14 at vektingen var endret til:

"1. Pris: 40 %

2. Avvik og forbehold: 20 %

3. Kompetanse og gjennomføringsevne: 40 %"

(9) Tilbyderne fikk under forhandlingene informasjon om hvilke deler av tilbudene som var svake, samt at det ble oppgitt et prismål inkludert reservedeler og MVA.

(10) Tilbyderne fikk anledning til å inngi reviderte tilbud, noe samtlige tilbydere leverte.

(11) Innklagede utarbeidet en evalueringsrapport i forbindelse med evalueringen. Det fremgår av rapporten at priskriteriet ble delt slik at pris for hovedleveranse ble vektet til 80 %, mens pris for verktøy/reservedeler ble vektet med 20 %. Videre fremgår det at tildelingskriteriet "kompetanse og gjennomføringsevne" er delt i tre underkriterier:

- kompetanse/erfaring

- oppfølging av leverandør
- referanser siste tre år

(12) Om evalueringen av "kompetanse/erfaring" står det:

"Elementet vurderer relevant erfaring for tilbudt nøkkelpersonell/prosjektleder. Med relevant erfaring forstås kunnskap om flyplassbelysning generelt. Spesialkompetanse innenfor fagområdet evalueres ikke da dette vil ekskludere en eller flere tilbydere (tilbyderne har forskjellig erfaring innenfor fagområdet)."

(13) Videre fremgår det av evalueringsskjemaet vedlagt evalueringsrapporten at erfaring hos nøkkelpersonell/prosjektleder er vektet slik:

- Over 26 års erfaring 5 poeng
- 21 - 25 års erfaring 4 poeng
- 16 - 20 års erfaring 3 poeng
- 11 - 15 års erfaring 2 poeng
- 1 – 10 års erfaring 1 poeng

(14) Poenggivningen for klagers tilbud og Avenco AS (heretter kalt Avenco) som ble tildelt kontrakten, var følgende:

	Vekt hovedpunkt	Vekt delpunkt	Luftfarttjenester		Ave
			Karakter	Poeng	Kar: Poeng
Pris	40				
Hovedleveranse		80	5,5	176,0	4,5
Verktøy og reservedeler		20	1	8,0	5,5
Avvik og forbehold	20	100	5	100,0	4
Gjennomføringsevne	40				
Kompetanse/erfaring		33,33	2	26,7	5
Oppfølging av leverandører		33,33	3	40,0	2
Referanser siste 3 år		33,33	1	13,3	4
SUM				364,0	

(15) Innklagede tildelte kontrakt til Avenco. Meddelelse ble sendt tilbyderne ved brev av 5. mai 2004. I brevet stod det blant annet:

"Avinor bekjentgjør herved at vi etter en grundig vurdering av alle innkomne tilbud, har til hensikt å inngå kontrakt med Avenco AS. Valg av tilbud er gjort ut i fra en samlet teknisk og økonomisk vurdering i samsvar med tildelingskriteriene."

(16) Klager ba om å få en ytterligere begrunnelse for valget ved brev av 7. mai 2004. Klager fikk samme dag tilsendt kopi av evalueringsmatrisen med tildelingskriterier og vektning gjeldende for klager.

(17) Det ble avholdt et møte mellom innklagede og klager 12. mai 2004. Det er ikke ført referat fra møtet. Klager sendte samme dag inn klage på tildelingen.

(18) Innklagede besvarte klagen ved brev av 14. mai 2004. Vedrørende tildelingskriteriet pris fremgår det blant annet av brevet:

"Avinor har i denne sammenheng valgt å evaluere [1] totalsum (80 %) og [2] verktøy/reservedeler (20 %). Verktøy og reservedeler er et viktig element fordi denne kostnaden representerer en driftsutgift. Avinor må kunne forutsette – som vi har bedt om i forespørselen – at tilbyderne kun tilbyr det som anses nødvendig for avtalt driftsperiode (3 år). Det er for øvrig satt krav til både responstid og reservedelslager hos tilbyderne, hvilket bør medføre at oppdragsgivers lagerhold kan reduseres. En rask kalkulasjon viser at selv om dette elementet fjernes, så vil ikke rangeringen endres."

(19) Innklagede sendte 14. mai 2004 bestillingsbrev til Avenco og innklagede anså konkurransen avsluttet. Kontrakt ble undertegnet 28. juni 2004.

Anførsler:

Klagers anførsler:

(20) Innklagede har brutt regelverket for offentlige anskaffelser.

(21) Innklagede hadde ikke adgang til å endre prioriteringen av tildelingskriteriene etter tilbudsfristens utløp. Dette må sees på som en vesentlig endring av konkurransegrunnlaget. Den mest sannsynlige vektningen dersom endringen ikke hadde funnet sted er "pris" 50 %, "avvik og forbehold" 30 % og "kompetanse og gjennomføringsevne" 20 %. Selv om det var adgang til å forhandle, medfører ikke dette at det var adgang til å endre konkurransegrunnlaget etter tilbudsfristens utløp. Det er ikke forutberegnlig at prioriteringsrekkefølgen endres etter at tilbudsfristen gikk ut.

(22) De samme rammene for forhandlingene som følger av § 16-3, må gjelde selv om forskrift om offentlige anskaffelser ikke regulerer anskaffelsen.

(23) Klager har tilbudt mer reservedeler enn de andre tilbyderne, dels som reservedelslager for skader i forbindelse med vintervedlikehold (brøyting osv.) og ikke minst for å sikre umiddelbar tilgjengelighet til deler ved uforutsette hendelser, for eksempel lynnedslag eller annen ytre påvirkning. Reservedelene utgjør prismessig ca. 7,7 % av det samlede tilbudet. Klager har tilbudt det innklagede har bedt om. Innklagede har ikke gitt alle tilbyderne like muligheter til å skjære sterkt ned på reservedelsmengden.

(24) Klager har med hensyn til reservedeler tilbudt det forskrift om elektrotjenester ved flyplasser (elektroforskriften) av 26. august 2004 som trådte i kraft 1. januar 2005, krever. Selv om det ikke er vist til denne forskriften i konkurransegrunnlaget, var det på tilbudstidspunktet vel kjent i luftfartsmiljøet at forskriften ville tre i kraft om kort tid. Når det gjelder regelendringer partene vet er "rett rundt hjørnet", kan det ikke slå ut til tilbyders ugunst at han legger til grunn at reglene vil bli fulgt.

(25) I følge elektroforskriften § 12 skal det finnes reservedeler ved flyplassen. Det holder ikke at det finnes reservedeler hos leverandør for levering innen 48 timer.

(26) Etter prisen på reservedeler i tilbudet til Avenco å dømme, har Avenco ikke tilbudt nok reservedeler for at anlegget skal være fullt operativt i henhold til elektroforskriften og anbefalinger som fulgte av konkurransegrunnlaget. Klager har tilbudt reservedeler som tilfresstiller både konkurransegrunnlaget og reglene som var nært forestående, sannsynligvis til en enhetspris som ligger lavere enn Avencos enhetspris. Det kan på denne bakgrunn ikke være riktig at klager skal skåre langt lavere på reservedeler enn

det Avenco gjør.

(27) Det er ikke oppgitt i konkurransegrunnlaget at priskriteriet ville komme til å få en innbyrdes vekting på 80-20 for henholdsvis hovedleveranse og reservedeler. Klager ville ha lagt inn færre reservedeler i tilbudet dersom klager hadde blitt gjort kjent med denne vektingen før tilbudsfristens utløp. Vektingen fører uansett til at det blir lagt uforholdsmessig stor vekt på prisen på en mindre del av tilbudet. En intern vekting på 95-5 ville stå mer i forhold til verdien av henholdsvis hovedleveranse og reservedeler.

(28) Tildelingskriteriet "kompetanse/erfaring" er ikke evaluert riktig. Klager som hadde 14-års erfaring i bransjen, har fått 2 av 5 oppnåelige poeng. Innehaveren av den valgte leverandøren hadde 25 års erfaring og fikk 5 poeng. I konkurransegrunnlaget er ikke erfaring nevnt. Selv om "kompetanse" anses å omfatte erfaring, må det legges til grunn at alle leverandører som er prekvalifisert har nødvendig erfaring. Under enhver omstendighet er det vanskelig å se noe grunnlag for å rangere innbyrdes mellom tilbydere med erfaring ut over 10 år. Det sier seg selv at eldre mennesker har mer yrkeserfaring enn yngre uten at eldre mennesker generelt er bedre kvalifisert enn yngre. Innklagedes vektlegging av erfaring er i strid med tildelingskriteriene oppgitt i konkurransegrunnlaget. Det fremgår ikke av konkurransegrunnlaget at ulik erfaring ut over det som må anses som rikelig, nemlig anslagsvis 10 år, vil bli tillagt vekt. Ulik erfaring i området 14-25 år er tillagt uforholdsmessig stor vekt. Skjønnsutøvelsen er vilkårlig på dette punktet.

(29) Det er ikke gjennomført reelle forhandlinger. Det vises til at det fremgår av møtereferatet at møtets hensikt var å *"avklare alle forhold ved tilbudet slik at innledende evaluering kan skje på korrekt grunnlag."* Tilbyderne fikk videre bare tre virkedagers frist for å komme med sine avklaringer. Innklagede har brutt regelverket ved at klager ikke har fått informasjon om viktige optimaliseringsmuligheter.

Innklagedes anførsler:

(30) Innklagede bestrider at regelverket for offentlige anskaffelser er brutt.

(31) Tildelingskriteriene er ikke endret. Det er kun vektingen av tildelingskriteriene som ble endret.

(32) Det bestrides at regelen i forskrift om offentlige anskaffelser § 16-3(4) gjelder generelt. Forsyningssektoren er regulert gjennom særskilte regler. Hadde det vært meningen å gjøre denne bestemmelsen gjeldende for forsyningssektoren, hadde daværende Nærings- og handelsdepartement all grunn til eksplisitt å gi en slik regel. Det er derfor ikke fastsatt eksplisitte skranker for forhandlingssituasjonen ut over det som følger av lovens § 5. Det kan ikke oppstilles andre krav til handlemåte enn at innklagede skal overholde de grunnleggende kravene i lovens § 5.

(33) Det er forutberegnlig at vektingen av tildelingskriteriene utarbeides som ledd i evalueringen av tilbudene. Det er i samsvar med regelverket å opplyse om vektingen av tildelingskriteriene i forhandlingsmøte.

(34) Innklagede har gitt alle tilbyderne frist til å inngi revidert tilbud i henhold til den vekten av tildelingskriteriene tilbyderne ble gjort kjent med i forhandlingsmøtene. Samtlige tilbydere leverte revidert tilbud uten motforestillinger. Kravene til likebehandling og forutberegnlighet er overholdt.

(35) Det bestrides at oppdragsgiver har vurdert reservedeler feil. Det presiseres at punktet det klages på inneholder elementer av reservedeler og verktøy. Det var tilbyderne som skulle vurdere behovet for reservedeler i kontraktperioden. Dette fordi innklagede har hatt som forutsetning at det er tilbyderne som er nærmest til å vurdere hvilke deler i tilbudt utstyr som det mest

sannsynlig vil være nødvendig å vedlikeholde over en tre års periode. Vektingen av reservedeler og verktøy er begrunnet i at innklagede ønsker en riktig mengde verktøy og reservedeler. Det er derfor ikke relevant at klager tilbyr mer reservedeler til den laveste tilbudsprisen, dersom en riktig mengde reservedeler gir en lavere tilbudspris. Innklagede har fått levert det reservedelslagret som ble anbefalt for vedlikehold fra den valgte leverandøren.

(36) Ved vektingen av reservedeler er det ikke lagt vekt på backup-ordningen beskrevet i konkurransegrunnlagets punkt 3.5 annet avsnitt ut over at ordningen er bekreftet av tilbyderne i forhandlingsmøtene. Denne ordningen er innført for å dekke eventuelle behov ut over behov knyttet til "vedlikehold" som er regulert i første avsnitt i konkurransegrunnlagets punkt 3.5.

(37) Innklagede har ikke vist til forskrift om elektrotjenester ved flyplasser av 26. august 2004 i konkurransegrunnlaget. Klager har risikoen for at han har lagt til grunn et regelverk det ikke er vist til. Klager hadde all grunn til å gjøre innklagede oppmerksom på grunnlaget for sitt tilbud. Uansett tilfredsstillende konkurransegrunnlagets krav elektroforskriftens regler. Ytterligere reservedeler blir dermed å anse som unødvendig.

(38) Når det i henhold til kontrakten skal leveres 100 % ekstra lyskilder, er det lagt inn en sikkerhetsmargin som medfører at tidsfristen på maksimalt 48 timers levering ikke medfører vanskeligheter i forhold til å overholde elektroforskriften og dagjeldende anbefalinger.

(39) Det er ikke riktig slik hevdet av klager at erfaring ikke er nevnt i konkurransegrunnlaget. Det fremgår av konkurransegrunnlaget at tilbyderne skal dokumentere erfaring. I tillegg er erfaring en naturlig del av kriteriet kompetanse. Det er tillatt å benytte dette kriteriet. Det vises til klagenemnda sak 2003/218. Kriteriet må forstås slik at det er prosjektets nøkkelpersonell og prosjektleder det siktes til. Punktet er ytterligere vektet i henhold til at reservedeler og verktøy er en leveranse som skal opprettholdes over tre år, og dermed er en driftsutgift for innklagede. Kravet til verktøy, krav til responstider i hele kontraktperioden og krav til reservedelslager angir også viktigheten av punktet ut over pris på reservedeler. Vektingen er fastsatt skjønnsmessig, men er forsvarlig, saklig og ikke-diskriminerende.

(40) Tildelingskriteriet "*Kompetanse og gjennomføring*" er delt i tre med lik vekt på hvert underkriterium. Oppdelingen er gjort for å kunne avgjøre forhold ved hovedtildelingskriteriet som ble ansett avgjørende. Den etterspurte dokumentasjonen underbygger en slik oppdeling. Innklagede fant at underkriteriene var å anse som likeverdige.

(41) Innklagede ser at det er grunnlag for å ha forskjellige oppfatninger omkring hvordan kompetanse og erfaring skal vurderes poengmessig. Innklagede valgte å benytte den samme poengskalaen som ble benyttet ved evalueringen for øvrig. Dette er velkjent, etterprøvbart og ikke-diskriminerende og således rettmessig. Vektingen av underkriteriene forelå ikke før tilbudsfristen utløp. Det foreligger da ikke krav om at vektingen skal kunngjøres.

(42) Det er gjennomført reelle forhandlinger. Klager kan ikke ha unngått å få med seg at møtet som ble avholdt med klager, var et forhandlingsmøte. Det vises til at det fremkom av overskriften i brevet av 21. april 2004 at det gjaldt invitasjon til forhandlinger. Dette fremgår også av møtereferatet.

(43) I forhandlingsmøtene fikk alle tilbyderne tilbakemelding på hvor deres tilbud står svakt og det ble for samtlige oppgitt et prismål for kontrakten. Det foreligger ingen plikt for innklagede å påpeke alle elementer som må/bør forbedres. Alle tilbyderne er gitt samme mulighet ved at begrunnelser og tilbakemeldinger er bygget over samme mal.

(44) Fristen for å inngi revidert tilbud ble gitt med det mål om å kunne inngå kontrakt innen uke 20 eller innen 14. mai 2004. Denne målsettingen ble

opnådd.

Klagenemndas vurdering:

(45) Klager har deltatt i konkurransen og har saklig klageinteresse, jf forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig.

(46) Anskaffelsen er etter sin art omfattet av forskrift om innkjøpsregler for oppdragsgivere innen vann- og energiforsyning, transport og telekommunikasjon (forsyningssektorene) 5. desember 2003 nr. 1424. Siden kontraktens anslåtte verdi er under terskelverdiene, kommer nevnte forskrift ikke til anvendelse, jfr. forskriftens § 11. Innklagede er likevel forpliktet til å overholde de grunnleggende kravene i lov om offentlige anskaffelser § 5. Når innklagede dertil velger å utlyse oppdraget som konkurranse med forhandling med henvisning til et foreliggende konkurransegrunnlag, må dette forstås slik at innklagede i utgangspunktet har fastsatt spilleregler for konkurransen svarende til dem som ville fått anvendelse ved en påbudt konkurranse med forhandling på de punktene som er aktuelle i denne saken. Det vises til klagenemndas sak 2004/189.

”Kompetanse og gjennomføringsevne”

(47) ”*Kompetanse og gjennomføringsevne*” viser til en vurdering av forhold ved leverandøren. Selv om utgangspunktet er at leverandørens egenskaper skal vurderes i kvalifikasjonsfasen, åpnes det for å vurdere forhold ved leverandøren gjennom tildelingskriterier dersom kriteriene er tilknyttet kontraktens gjenstand og representerer en verdi for oppdragsgiver. Dette må gjelde selv om det kun er lov om offentlige anskaffelser som kommer til anvendelse, jfr. ovenfor.

(48) Klagenemnda har tidligere lagt til grunn at ved innsatsforpliktelser kan ”kompetanse” og ”erfaring” være lovlige tildelingskriterier. Det vises blant annet til sakene 2003/74, 2003/262 og 2004/203.

(49) Herværende sak gjelder en vareanskaffelse med elementer av tilvirkningskjøp. I et slikt tilfelle er det ikke utelukket at det kan stilles krav til kompetanse og gjennomføringsevne hos tilbyderne.

(50) Innklagedes evaluering av tilbudene skal være basert på korrekt faktum, være saklig og ikke være vilkårlig eller grovt urimelig. Rangeringen eller poenggivningen skal reflektere en faktisk forskjell i verdi på tilbudene for innklagede. Det skal også være mulig for alle rimelige opplyste og normalt påpasselige leverandører å tolke tildelingskriteriet på samme måte. Av dette følger at innklagede kun kan legge vekt på forhold som følger av en naturlig forståelse av tildelingskriteriet. De grunnleggende kravene i lov om offentlige anskaffelser § 5 skal også overholdes ved evalueringen.

(51) Tilbyderne hadde i konkurransegrunnlaget fått kjennskap til at ”*kompetanse*” ville bli vektlagt ved evalueringen av tilbudene. Det var videre i konkurransegrunnlaget angitt at tilbyderne skulle dokumentere ”*erfaring*” og at CV fra nøkkelpersonell og ansvarlig prosjektleder skulle vedlegges. Det er da forutberegnlig at erfaring vil bli vurdert som en del av vurderingen av ”*kompetanse*”. I dette tilfellet har forskjeller i antall års erfaring fått relativ store utslag poengmessig også for leverandører med mange års relevant erfaring uten at det er godtgjort at dette har betydning for verdien av det enkelte tilbud. Det vises til premiss 13 ovenfor. Forskjeller i antall års erfaring er etter klagenemndas vurdering tillagt uforholdsmessig stor vekt. Denne måten å evaluere kompetanse på, er etter klagenemndas oppfatning usaklig.

Prioriteringen og vekting av tildelingskriteriene

(52) Anskaffelsen var gjennomført som en konkurranse med forhandling hvor tilbyderne hadde adgang til å endre tilbudene sine etter tilbudsfristens utløp. Samtlige tilbydere fikk mulighet til å inngi reviderte tilbud etter at innklagede hadde opplyst om den endrede prioriteringen og den eksakte vektingen av tildelingskriteriene. Kravet til likebehandling av tilbyderne var således ivaretatt. Den endringen av prioriteringen innklagede gjorde, er etter klagenemndas oppfatning ikke av en slik karakter at det må antas at tilbyderne ville ha endret tilbudene vesentlig på grunn av endringen. Det var da ikke i strid med kravet til forutberegnlighet å foreta en slik endring så lenge tilbyderne i ettertid fikk mulighet til å endre tilbudene.

(53) Det fremgår av evalueringsrapporten at priskriteriet var delt i "hovedleveransen" som ble vektet med 80 % av priskriteriet og "verktøy/reservedeler" som ble vektet med 20 % av priskriteriet. Når det skulle inngis priser på verktøy og reservedeler, var det forutberegnelig for tilbyderne at prisene på reservedeler ville bli tillagt vekt. Hvilken vekt som skulle legges på verktøy og reservedeler, ligger under innklagedes innkjøpsfaglige skjønn. Klagenemnda prøver bare om skjønnet er usaklig, vilkårlig eller grovt urimelig. Klagenemnda har på grunnlag av opplysningene som er lagt frem for klagenemnda, ingen rettslige innvendinger mot det skjønnet innklagede har utøvet ved vektingen av disse underkriteriene.

Reservedeler

(54) Det fremgår av konkurransegrunnlaget at tilbyderne selv skulle vurdere hvilken mengde reservedeler tilbyderne mente var nødvendig for kontraktperioden. Innklagede forpliktet seg deretter til å anskaffe de tilbudte reservedelene. Ved tildelingen skulle videre reservedeler kun evalueres i forhold til pris. Innklagede har evaluert pris på reservedeler ut fra den samlede prisen på de tilbudte reservedelene og ikke i forhold til enhetsprisene. Prisene er heller ikke justert i forhold til hvilke mengder reservedeler som er tilbudt. Siden innklagede skulle anskaffe de tilbudte reservedelene samlet og i den mengde som ble tilbudt av leverandørene, finner klagenemnda at dette var en forsvarlig evaluering.

(55) Det ligger utenfor klagenemndas kompetanse å vurdere hvorvidt konkurransegrunnlaget oppfyller kravene i forskrift om elektrotjenester ved flyplasser av 26. august 2004.

Rettledningsplikt under forhandlingene

(56) Om oppdragsgivers plikt til å rettlede tilbyderen under forhandlingene uttales i klagenemndas sak 2003/105:

"Oppdragsgiver skal forhandle med alle leverandører som har levert inn gyldig tilbud, forutsatt at de har reell mulighet for å få tildelt kontrakten, jf. forskriftens § 9-3(3) annet punktum. Forhandlingene skal gjennomføres på en måte som fremmer en åpen og reell konkurranse og likebehandler leverandørene, jf. forskriftens § 3-1.

Klagenemnda kan imidlertid ikke se at det er grunnlag for å statuere en plikt for oppdragsgiver til å påpeke alle sider ved leverandørenes tilbud som kan

forbedres. I den foreliggende sak ble klager invitert til å inngi nye pristilbud, noe klager også gjorde. Det fremgår videre at pris var et kriterium hvor klager skåret lavere enn konkurrentene. ”

(57) Klager har vært invitert til forhandlingsmøte. Av referatet fra forhandlingsmøtet fremgår det at flere sider ved tilbudet ble gjennomgått. I tillegg fikk klager mulighet til å inngi et nytt revidert tilbud i etterkant av forhandlingene. Innklagede har oppfylt sin rettledningsplikt.

Konklusjon:

Avinor har brutt forskrift om offentlige anskaffelser § 10-2(2) ved å legge vekt på forskjeller i antall års erfaring uten å vise at det har sammenheng med verdien av tilbudene.

Klagenemnda

24. oktober 2005

Siri Teigum



Forsiden
Nemndsmedlemmer
Saksbehandling
Regelverk
Innkomne saker
Statistikk
Årsrapporter
Dommer
Søk i avgjorte saker

Avgjorte saker:

[2003](#) [2004](#) [2005](#)

Besøksadresse

H. Heyerdalsgate 1
0033 Oslo

Postadresse

Postboks 8132 Dep
0033 Oslo

Tlf.: 22 33 70 10

Faks: 22 33 70 12

E-post:

postmottak@kofa.no

Avgjorte saker

Innklagede gjennomførte en åpen anbudskonkurranse om engangskjøp av blant annet agarkoker. Klagenemnda kom til at konkurransegrunnlaget måtte forstås slik at det satte minstekrav til at agarkokeren skulle ha løs innerkjele. Tilbud med agarkoker uten løs innerkjele skulle derfor ha vært avvist. Klager tilbød agarkoker med løs innerkjele. Ca. en måned etter at tildeling hadde funnet sted, anførte innklagede at klagers tilbud skulle ha vært avvist. Klagenemnda kom til at det ikke forelå noe vedtak om avvisning og at det ikke var tilstrekkelig at innklagede påberopte seg retten til å avvise tilbudet på et så sent stadium.

Klagenemndas avgjørelse 24. oktober 2005 i sak 2004/291

Klager: Norske Laboratorieleverandørers forening

Innklaget: Ullevål universitetssykehus HF

Klagenemndas medlemmer: Svein Dahl, Inger Roll-Matthiesen, Siri Teigum

Saken gjelder:

Tolkning av konkurransegrunnlag. Minstekrav. Avvisning.

Bakgrunn:

(1) Ullevål Universitetssykehus (heretter kalt innklagede) utlyste 6 april 2004 en åpen anbudskonkurranse vedrørende engangskjøp av agarkoker, skålefyllemaskin og to skålemerkemaskiner samt kjøp av forbruksmateriell med varighet på to år med opsjon på forlengelse i ytterligere ett år, jfr. konkurransegrunnlagets punkt 5.

(2) Av konkurransegrunnlagets punkt 7 fremgår det blant annet:

"Det kan leveres tilbud på hele eller deler av den forespurte anskaffelsen. Hver forespurte maskin skal prissettes for seg. Oppdragsgiver forbeholder seg retten til å velge én eller flere leverandører for denne anskaffelsen dersom det er hensiktsmessig ut fra pris, kvalitet og/eller brukervennlighet. Dersom dette endrer leverandørens prisfastsettelse av produktene, må dette spesifiseres i tilbudet.

(...)

Dersom det finnes alternative varianter eller løsninger til utstyret, må dette presiseres og prissettes.”

(3) Det var fastsatt generelle krav til utstyret som skulle leveres. For agarkokeren fremgår det blant annet:

”j) Vekt på hele agarkokeren og på innerkjelen/medieholderen må angis. Pris på ekstra innerkjeler må oppgis. Innerkjelen må kunne vaskes i vaskemaskin. Utvendige mål på innerkjelen angis.

(...)

m) Agarkokeren og alt tilhørende utstyr må være enkel å rengjøre. Dette må beskrives i tilbudet.”

(4) I tillegg til leveranse av utstyr, etterspurte innklagede tilbud på forbruksmateriell og service- og vedlikeholdskontrakt. I konkurransegrunnlagets punkt 7.2 b) var det bedt om betingelser på forbruksmateriell og slidedeler og reservedeler. Det fremgikk at leverandørene skulle vedlegge en liste over forbruksmateriellet som vil inngå i rammeavtalen.

(5) Av konkurransegrunnlagets vedlegg 2 er det angitt om service- og vedlikeholdskontrakten:

”Tilbyder bes om å levere tilbud på de tre alternativer til service- og reparasjonskontrakt som er skissert nedenfor. Hvis tilbyder ser ytterligere aktuelle løsninger for denne type kontrakter, kan disse skisseres som egne alternativer, og vil bli vurdert på lik linje med de øvrige.”

(6) Alternativene som skulle skisseres var følgende:

- alternativ 1: forebyggende vedlikeholdskontrakt,
- alternativ 2: servicekontrakt
- alternativ 3: full servicekontrakt som inkluderer vedlikeholds- og servicekontraktene beskrevet i alternativ 1 og 2 og hvor reservedeler er inkludert.

(7) Tildeling skulle skje i henhold til det økonomisk mest fordelaktige tilbudet hvor kriteriene i uprioritert rekkefølge var:

”

- Pris
- Det vil gjøres en totalvurdering av kostnader, der man ser samlet på prisen

for utstyret, de viktigste delkostnader knyttet til den daglige drift, samt service- og vedlikeholdskostnader

- Kvalitet*
- Kapasitet*
- Servicegrad og responstid*
- Brukervennlighet, inkl behov for tilsyn og innsats fra bioingeniør*
- Behov for vedlikehold, både gjort av Oppdragsgiver og utført av serviceingeniør*
- HMS*
- Erfaringer fra eventuelle demonstrasjoner av utstyret*
- Garantier*
- Behov for opplæring*
- Leveringsbetingelser*
- Referanser og uttalelser*
- Kvalitetssikring/sertifisering”*

(8) Innen tilbudsfristen 12. mai 2005 innleverte seks leverandører tilbud. Samtlige leverandører ble ansett for å være kvalifisert. Tre av leverandørene leverte tilbud på agarkokeren. To av disse leverandørene var AS E. Pedersen & Sønn og VWR International AS. AS E. Pedersen & Sønns tilbud var på totalt kr. 566.600 eks. mva., hvorav agarkoker var tilbudt til kr. 295.000 eks. mva., mens VWR International AS' tilbud var på totalt kr. 539.950 eks. mva., hvorav agarkokeren utgjorde kr. 269.140 eks. mva.

(9) I tilbudet til AS E. Pedersen & Sønn fremgår det om forbruksmateriell og vedlikehold og reparasjoner:

”Forbruksmateriell

Utstyret har ikke behov for mye forbruksmateriell. Fyllemaskinen har behov for utskiftning av fylleslanger når disse blir slitt. Merkemaskinen krever påfylling av blekk og tynner. Agarkokeren har behov for papir og fargebånd til skriveren.

Vedlikehold og reparasjoner

(...)

Vår erfaring med det tilbudte utstyret og avstanden mellom vårt verksted og Ullevål Sykehus, tilsier at en servicekontrakt vil koste mer enn vanlig service utført etter regning ved behov. Avdelingen har selv mange års erfaring med servicekostnadene på vårt utstyr.

En årlig servicekontrakt som dekker deler og arbeid vil normalt beløpe seg til 8% av utstyrets innkjøpskostnad."

(10) I AS E. Pedersen & Sønns tilbud er det videre oppgitt priser på følgende forbruksmateriell:

- Tappesett for fyllmaskin
- Sett med blekk/tynnere for merkemaskin
- Printerpapir for agarkoker
- Fargebånd for agarkoker
- Ekstra muttere for tappeslange

(11) Av et internt evalueringsnotat hos innklagede fremgår det at VWR International AS har tilbudt en agarkoker med fast innerkjele. AS E. Pedersen & Sønn tilbød en agarkoker med løs innerkjele. AS E. Pedersen & Sønn opplyste ikke om utvendige mål på innerkjelen og om den kunne vaskes i vaskemaskin. Videre fremgår det at AS E. Pedersen & Sønn ikke har oppgitt priser på deler eller gitt tilbud på alternativ 1 og 2 for servicekontrakten. Om alternativ 3 er det angitt:

"Alt 3 angitt til ca 8% av utstyrets innkjøpskostnad (utgjør ca 23.600 kr eks mva kun for agarkroken)."

(12) Innklagede valgte å tildele kontrakt til VWR International AS. Dette ble meddelt AS E. Pedersen & Sønn ved brev 12. oktober 2004. I brevet er det blant annet angitt om tilbudet fra AS E. Pedersen & Sønn:

"Tilbudet mangler opplysninger om servicekontrakter og forbruksmateriell, noe som gir mangler for en totalvurdering av kostnadene. Samtidig er ikke Deres fyllmaskin like automatisert som det valgte tilbudet. De øvrige kriteriene i punkt 7.2 i konkurransegrunnlaget ble vurdert som tilnærmet likeverdige i forhold til vår kravspesifikasjon."

(13) AS E. Pedersen & Sønn påklaget tildelingen ved brev av 19. oktober 2004. Det ble blant annet anført at AS E. Pedersen & Sønn mener at tilbudet deres ikke var mangelfullt med hensyn til servicekontrakter.

(14) Klagen besvares av innklagede ved brev av 27. oktober 2004. Om AS E. Pedersen & Sønns tilbuds mangler vedrørende servicekontrakter og forbruksmateriell uttales:

"Tilbudet oppfyller likevel ikke konkurransegrunnlagets spesifikasjoner til servicetilbud. Det er spesifikt bedt om tre ulike alternativer, og dette mangler i tilbudet. Et anslag på 8% av innkjøpskostnad for en vedlikeholdskontrakt inklusive deler er ikke fullgodt i forhold til alternativene som var definert i vedlegget. I konkurransegrunnlagets punkt 72 b) er det i tillegg bedt om priser på slidedeler og forbruksmateriell til maskinene. I vårt svar av 12. 10.04 henspeiler ordet forbruksmateriell på dette. Det står igjen i vedlegg 2 at forventet forbruk av forbruksmateriell (slidedeler) skal oppgis med priser for de ulike delene. Dette gjør at kostnader er vanskelig å sammenligne med øvrige tilbud. Selv om kostnadene til service fra Deres firma har vært minimal over tid, har vi ingen erfaring med mye av det utstyret som her er tilbudt."

(15) I ettertid har det vært ytterligere korrespondanse mellom AS E. Pedersen & Sønn og innklagede. Innklagede sendte blant annet et brev til AS E. Pedersen & Sønn 15. november 2005 hvor det fremgår at innklagede mener tilbudet fra AS E. Pedersen & Sønn skulle ha vært avvist.

(16) Norske laboratorieleverandørers forening (heretter kalt klager) leverte inn klage til klagenemnda 29. november 2004.

Anførsler:

Klagers anførsler:

(17) Innklagede har brutt regelverket for offentlige anskaffelser.

(18) Innklagede har valgt en agarkoker hvor innerkjelen ikke kan tas ut, men må rengjøres i instrumentet. Dette er i strid med konkurransegrunnlaget og tilbudet skulle ha vært avvist.

(19) Selv om innklagede i konkurransegrunnlag har lagt til grunn at alternative varianter eller løsninger kan angis, har innklagede likevel ikke vært berettiget til å legge vekt på alternative løsninger. Dette fordi det i konkurransegrunnlaget ikke er angitt minstekrav til alternative løsninger.

(20) AS E. Pedersen & Sønn har besvart konkurransegrunnlagets punkter om forbruksmateriell og vedlikehold/reparasjoner. Det bemerkes at innklagede i konkurransegrunnlaget har benyttet begrepet "ønskes tilbud på" slik at dette ikke var et skal-krav. AS E. Pedersen & Sønn fraråder servicekontrakt og skriver i tilbudet at forbruksmateriell er ubetydelig for agarkokeren.

Innklagedes anførsler:

(21) Innklagede har ikke brutt regelverket for offentlige anskaffelser.

(22) Konkurransegrunnlaget kan ikke forstås slik at det var et krav til at agarkokeren skulle ha løs innerkjele. Punktene angitt i konkurransegrunnlagets bokstav j) var aktuelle for agarkokere med løs innerkjele. Konkurransegrunnlaget må leses i sammenheng. Det er bokstav m) som regulerer generelle krav til rengjøring og ikke bokstav j). Bakgrunnen for at innklagede har bedt om vekt og størrelse på innerkjelen er at dette blant annet har betydning for brukervennligheten. En løs innerkjele må løftes ut av mediebeholderen når den skal rengjøres. Det sentrale for en agarkoker med fast innerkjele er at den er enkel å rengjøre. Dette er det stilt krav om i bokstav m).

(23) Innklagede har aldri ment å stille krav om løs innerkjele da dette vil innebære et sterkt konkurransehennende element. Det er bare AS E. Pedersen & Sønn som tilbød agarkoker med løs innerkjele.

(24) Tilbudet fra den valgte leverandøren tilfredstilte kravene i konkurransegrunnlaget og var dermed ikke et alternativt tilbud.

(25) Tilbudet fra AS E. Pedersen & Sønn skulle ha vært avvist. Det inneholdt ikke alle priser på slidedeler slik angitt i konkurransegrunnlagets punkt 7.2 b). Det er heller ikke gitt tilbud på alle vedlikeholdsalternativer i punkt 7.2 c) og konkurransegrunnlagets vedlegg 2. Dette gjør at det har vært vanskelig å sammenligne tilbudet med de øvrige tilbudene. Kravet til likebehandling gjør at innklagede ikke kan vektlegge egen erfaring med servicekostnader på utstyr levert av AS E. Pedersen & Sønn tidligere. Prisene på selve utstyret lå så jevnt at øvrige kostnader kunne få betydning for hvilket tilbud som var det økonomisk mest fordelaktige tilbudet.

Klagenemndas vurdering:

(26) Klager er en bransjeorganisasjon for potensielle leverandører av

ytelsen og har saklig klageinteresse, jf forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Anskaffelsens følger reglene i forskrift om offentlige anskaffelser del I og III, jf forskrift om offentlige anskaffelser § 2-2.

(27) Konkurranses grunnlaget skal undergis en objektiv fortolkning. Hva innklagede har ment er derfor ikke avgjørende dersom dette ikke følger av en naturlig forståelse av konkurranses grunnlagets ordlyd. I konkurranses grunnlaget er det ikke uttrykkelig fastsatt hvorvidt innerkjelen i agarkokeren skal være løs eller ikke. Det som er fastsatt er at *"innerkjelen må kunne vaskes i vaskemaskin"* og at *"utvendige mål på innerkjelen angis"*. Etter klagenemndas oppfatning må dette forstås slik at det er stilt minstekrav om at innerkjelen skal være løs da innerkjelen ellers ikke vil kunne vaskes i vaskemaskinen. Det at konkurranses grunnlaget også stiller krav til at *"agarkokeren og alt tilhørende utstyr må være enkel å rengjøre"*, medfører ikke at konkurranses grunnlaget kan forstås på annen måte.

(28) Tilbud som avviker fra fastsatte minstekrav, kan ikke aksepteres i konkurransen. Tilbud på agarkokere som ikke har løs innerkjele, skulle etter dette ha vært avvist.

(29) AS E. Pedersen & Sønn var den eneste som leverte tilbud med løs innerkjele. Innklagede har anført at dette tilbudet skulle ha vært avvist fordi det har vært vanskelig å sammenligne tilbudet med de øvrige tilbudene, jfr. forskrift om offentlige anskaffelser § 15-10(1)(d).

(30) AS E. Pedersen & Sønns tilbud på agarkoker var det eneste tilbudet som oppfylte kravspesifikasjonen i konkurranses grunnlaget. Tilbudet skulle dermed ikke sammenlignes med øvrige tilbyders tilbud. Forskriftens § 15-10(1)(d) kan derfor ikke benyttes som avvisningshjemmel i dette tilfellet.

(31) Tilbudet oppga ikke priser for slidedeler og reservedeler som etterspurt i konkurranses grunnlagets punkt 7.2 c) og det var heller ikke angitt priser for alle alternativene for vedlikehold og reparasjoner i konkurranses grunnlagets vedlegg 2. Tilbudet kunne derfor ha vært avvist etter forskriftens § 15-10(2)(b).

(32) Utgangspunktet er at oppdragsgiver snarest mulig skal ta stilling til spørsmålet om avvisning, jfr. forskriftens § 8-13(1). En oppdragsgiver kan miste retten til å påberope seg en "kan"-avvisningsgrunn dersom dette først påberopes etter at tildeling har funnet sted. Det vises til Borgarting lagmannsretts dom av 14. mai 2002 hvor lagmannsretten ikke fant grunn til å gå inn på hvorvidt en leverandør kunne vært avvist, da leverandøren hadde vært med i tildelingsomgangen.

(33) Det vises også til klagenemndas sak 2003/70 hvor klagenemnda uttalte:

"At klager muligens kunne vært avvist, er ikke ensbetydende med at avvisning faktisk er skjedd. Avvisning forutsetter et vedtak, og slikt vedtak skal meddeles vedkommende tilbyder snarest mulig, jf forskriftens § 3-8(1)."

Det er ikke tilstrekkelig i denne sammenheng at innklagede i sitt tilsvarende svar overfor klagenemnda, tre måneder etter at kontrakt ble inngått, gir uttrykk for at klager skulle ha vært avvist fra konkurransen."

(34) I herværende sak er det heller ikke fattet beslutning om avvisning og det er ikke tilstrekkelig at innklagede påberoper seg rett til å avvise tilbudet først en måned etter meddelelse om tildeling var gitt.

(35) Klagenemnda bemerker at når innklagede satt igjen med ett tilbud,

kunne det ha vært grunnlag for å avlyse konkurransen i henhold til forskriftens § 10-1.

Konklusjon:

Ullevål universitetssykehus har brutt forskrift om offentlige anskaffelser § 8-10 (1)(c) ved ikke å avvise tilbud som ikke oppfylte minstekrav satt til den etterspurte ytelsen.

Klagenemnda

24. oktober 2005

Svein Dahl



Forsiden
Nemndsmedlemmer
Saksbehandling
Regelverk
Innkomne saker
Statistikk
Årsrapporter
Dommer
Søk i avgjorte saker

Avgjorte saker:
[2003](#) [2004](#) [2005](#)

Besøksadresse
H. Heyerdalsgate 1
0033 Oslo

Postadresse
Postboks 8132 Dep
0033 Oslo

Tlf.: 22 33 70 10

Faks: 22 33 70 12

E-post:
postmottak@kofa.no

Avgjorte saker

Innklagede gjennomførte en utvelgelse av leverandører til konkurranse med forhandlinger. De fem best kvalifiserte leverandørene ble valgt ut, og klagenemnda fant at denne fremgangsmåten var i samsvar med § 9-3. Klagenemnda fant ikke at leverandørenes kvalifikasjoner skulle vært vurdert annerledes. I kunngjøringen var Bergen kommune oppgitt som eneste oppdragsgiver, og klagenemnda fant at det vil innebære en ulovlig direkte anskaffelse dersom andre rettssubjekter som er omfattet av regelverket for offentlige anskaffelser, tilslutter seg rammeavtalen.

Klagenemndas avgjørelse 24. oktober 2005 i sak 2005/240

Klager: Ventelo AS

Innklaget: Bergen kommune

Klagenemndas medlemmer: Svein Dahl, Kai Krüger, Inger Roll-Matthiesen

Saken gjelder: Krav til kunngjøring. Utvelgelse til forhandlinger.

Bakgrunn:

(1) Bergen kommune (heretter også kalt innklagede) kunngjorde 3. februar 2005 en konkurranse med forhandling for anskaffelse av transportnettverk og teletrafikk-løsninger. Anskaffelsen var betegnet som en tjenesteanskaffelse. Konkurransen var begrenset, dvs at det først skulle gjennomføres en prekvalifisering. Det var oppgitt at mellom tre og seks av søkerne ville bli invitert til å inngi tilbud.

(2) Under punktet "sted for bygge- og anleggsarbeidet, levering eller utførelsessted" het det:

"Bergen med omkringliggende kommuner"

(3) Kvalifikasjonskravene var oppgitt i kunngjøringen og utdypet i et eget kvalifikasjonsgrunnlag. I kvalifikasjonsgrunnlaget het det innledningsvis:

"Oppdragsgiver for denne anskaffelsen er Bergen kommune, BFKN, IT-seksjonen, heretter kalt BK. Konkurransen gjennomføres av Bergen kommune, Byrådsavdelingen for finans, kultur og næring, seksjon for konkurranse og utvikling/innkjøp. Bergen kommune har inngått samarbeidsavtale med en del samarbeidspartnere, disse er listet i vedlegg III. BK vil i konkurransegrunnlaget komme tilbake til hvem som vil knytte seg til en eventuell avtale."

(4) Vedlegg III inneholdt navn på 13 kommuner i Hordaland og syv offentlige enheter med tilhold i Bergen.

(5) I et brev som senere ble sendt ut til de leverandørene som var valgt ut til å inngi tilbud, var det oppgitt at følgende enheter hadde avgitt innklagede fullmakt, slik at de kunne velge å slutte seg til avtalen: Kommunene Askøy, Fjell, Lindås, Meland, Os, Radøy og Øygarden, Bergen kino AS, Bergen og omland havnevesen, BiR AS, Bergen kirkelige fellestråd og Bergen tomteselskap.

(6) I kvalifikasjonsgrunnlaget het det følgende om anskaffelsen:

"Oppdragsgiver innbyr til konkurranse i forbindelse med anskaffelse av transportnettverk og teletrafikk tjenester til Bergen kommune.

BK skal inngå nye avtaler innenfor områdene transportnettverk og teletrafikk. Dette har i tidligere avtaler blitt sett på som separate saker. BK ønsker nå å se disse anskaffelsene i sammenheng, da de teknologisk er i ferd med å nærme seg hverandre. Anskaffelsen er delt inn i følgende tjenestområdegrupper:

Datakommunikasjon

1 Transportnett

2 Internettaksess

Telefonitjenester

3 Fasttelefoni

4 Mobiltelefoni"

(7) Kravene til leverandørenes økonomiske og finansielle kapasitet var presentert slik:

"

1. *Det kreves at leverandøren viser god økonomisk styrke.*

Dokumentasjon:

· Følgende nøkkeltall skal dokumenteres og beregnes: soliditet, likviditet og lønnsomhet. Nøkkeltallene skal være fra den enhet som ønsker å bli prekvalifisert. Konsernregnskap vil ikke bli godkjent.

2. *Det kreves at leverandøren skal ha evne til å foreta langsiktige investeringer.*

Dokumentasjon:

- *Det skal vedlegges de siste 3 års revisorgodkjente årsregnskaper. Disse regnskapene skal være fra den enhet som ønsker å bli prekvalifisert. Konsernregnskap vil ikke bli godkjent.*
- *Investeringsbudsjett for de neste 3 årene skal vedlegges.”*

(8) Kravene til leverandørens tekniske kapasitet var beskrevet som følger:

”

1. *Det kreves at leverandør skal kunne levere ethernet-grensesnitt.*

Dokumentasjon:

- *Beskrivelse av de grensesnitt som leverandøren håndterer.*

2. *Det skal være et transportnett tilgjengelig i hele området.*

Dokumentasjon:

- *Vedlegg II til kvalifikasjonsgrunnlaget skal være utfylt.*

3. *Det kreves at leverandøren har erfaring fra minst én tilsvarende leveranse tidligere.*

Dokumentasjon:

- *Beskrivelse av de viktigste leveranser de siste 5 år.*

4. *Det kreves god gjennomføringsevne.*

Dokumentasjon:

- *Det skal vedlegges en bemanningsplan for de tjenester man ønsker å levere innenfor.*

5. *Det kreves at leverandøren har en drifts- og vedlikeholdsserviceevne innenfor omfanget.*

Dokumentasjon:

- *Det skal vedlegges en beskrivelse av serviceorganisasjon.”*

(9) Elleve leverandører innga søknad om prekvalifisering, blant dem Ventelo AS (heretter kalt klager). I søknaden skrev klager følgende om

transportnettverk:

"Vi var først usikre på hva som skulle fylles inn i vedlegg 2, men fikk muntlig beskjed av innkjøpleder Alf Jarle Albertsen at det kun var dagens leverandører av transportnettverk/internettaksesser som skulle fylle inn velegget.

Det kan imidlertid leveres ADSL/SHDSL/Fiber til lokasjonene i vedlegget. Det er også en mer omfattende beskrivelse av de ulike bredbåndsproduktene i vedlagt "IP Dokument".

Ventelo er nå inne i en fase der vi bygger ut et eget IP nett for å kunne tilby våre kunder IP Tjenester, som f.eks ADSL, SHDSL, IP VPN og IP Telefoni. Denne utbyggingens fase 1 skal være ferdigstilt i løpet av mai 2005, og innebærer at vi setter inn eget utstyr i Telenors sentraler og etablerer infrastruktur mellom de 5 største byene i Norge. ADSL og SHSL har Ventelo tidligere tilbudt gjennom en videresalgsavtale med Telenor. Det skal vi fortsatt gjøre, men kun til kunder som ikke er på en av våre egne sentraler."

(10) To søkere ble avvist, mens ni ble funnet å oppfylle kvalifikasjonskravene. Innklagede rangerte så søkerne innenfor kategoriene økonomisk styrke, tilgjengelig transportnett, tidligere erfaring, god gjennomføringsevne og drifts- og vedlikeholdsevne. På hvert av punktene ble søkerne rangert lavt, middels eller høyt og ble gitt henholdsvis null, ett og to poeng. Klager ble vurdert som middels på alle punkter bortsett fra gjennomføringsevne, der klager fikk høy uttelling. Total uttelling for klager var dermed 6 poeng. Fem leverandører med poengsummer fra 8 til 10 ble valgt ut til å inngi tilbud. Klager ble dermed ikke valgt til forhandlinger. I sine notater skrev innklagede blant annet:

"Dei fem med høgast poeng omfatta fire leverandørar på transportnett og internettaksess, tre på mobiltelefoni og tre på fasttelefoni. Dette vart sett som ei konkurransemessig tilfredsstillande fordeling, då det også var ei blanding av tilbydarar som kunne levere fleire tenester, og spesialistfirma som bare leverte innafør nokre kategoriar."

Anførsler:

Klagers anførsler:

(11) Klager anfører at innklagede har brutt regelverket for offentlige anskaffelser.

Partsforhold

(12) Konkurransen er en form for innkjøpssamarbeid mellom innklagede og en rekke andre offentlige oppdragsgivere. Det fremgår ikke av kunngjøringen at anskaffelsen også skal gjelde innkjøp til andre kommuner og offentlige etater enn innklagede. Anskaffelser til andre offentlige oppdragsgivere enn innklagede kan derfor ikke skje uten ny kunngjøring. Det vises til klagenemndas avgjørelse i sak 2004/220. Kunngjøringen navngir ingen andre innkjøpere enn Bergen kommune. At det er opplyst at levering eller utførelse er "Bergen og omkringliggende kommuner", er ikke tilstrekkelig identifisering av de andre innkjøperne. Det viser seg dessuten at mange andre offentlige aktører enn "omkringliggende kommuner" skal delta i innkjøpet.

Valg av anskaffelsesprosedyre

(13) Konkurransen følger del II i forskrift om offentlige anskaffelser. Da er

hovedregelen at konkurransen skal gjennomføres som en anbudskonkurranse. Unntaksbestemmelsene i forskriftens § 4-2 skal tolkes strengt. Vilklårene for å benytte konkurranse med forhandling er ikke oppfylt. I allfall bør det ikke være problematisk å avholde anbudskonkurranse for tjenesteområdene fasttelefoni og mobiltelefoni. De forholdene innklagede beskriver, gjelder bare transportnettjenestene. Det må derfor være i best overensstemmelse med regelverket for offentlige anskaffelser dersom det ble avholdt en separat konkurranse for leveransene til Bergen kommune.

(14) For å rette denne feilen må innklagede gjennomføre en ny konkurranse med prosedyren anbudskonkurranse.

Kvalifikasjonskravene

(15) I kvalifikasjonsgrunnlaget er det blant annet angitt tekniske kvalifikasjonskrav som tilgjengelig transportnett, erfaring med transportnett, og drifts- og vedlikeholdsevne for transportnett. Disse kravene er bare aktuelle for Bergen kommune, og ikke de andre oppdragsgiverne som er med i innkjøps samarbeidet. Bruk av tekniske kvalifikasjonskrav som ikke er relevante for resten av oppdragsgiverne i innkjøps samarbeidet, er i strid med kravet til forholdsmessighet og i strid med anskaffelsesforskriftens bestemmelser om hvilke kvalifikasjonskrav som kan fastsettes.

(16) Dersom det ses bort fra disse tekniske kvalifikasjonskravene, der klager i følge innklagede er vurdert som "middels", ville klager blitt rangert på "topp" i forhold til behovet for de øvrige oppdragsgiverne. Klager skulle derfor hatt anledning til å inngi tilbud til disse oppdragsgiverne.

(17) Videre er de tekniske kvalifikasjonskriteriene angitt på en slik måte at leverandørene blir vurdert etter hvem som best oppfyller kriteriene, dvs med høyest margin ut over det som er nødvendig for å sikre at leverandøren er egnet til å levere kontraktsmessig. Dette er i strid med forskriftens § 5-5 (1) og (2). Leverandørene er i realiteten blitt vurdert i henhold til hvem som lettest kan tilby transportnett. Dette skal vurderes som del av tilbudsevalueringen.

Vurderingen av klagers kvalifikasjoner og utvelgelsen av leverandører

(18) Når det gjelder vurderingen av kvalifikasjonene, har innklagede uriktig vurdert klagers finansielle styrke som "middels". Den oversendte dokumentasjonen viser at klagers økonomi er meget god.

(19) Videre er klager uriktig blitt vurdert som middels i forhold til de tekniske kvalifikasjonskravene som er nevnt ovenfor. For det første har ikke innklagede tilstrekkelig materiale til å konkludere med at klager er middelmådig med hensyn til transportnett. For det andre viser den innleverte dokumentasjonen at klager er i stand til å tilby internettaksess/transportnettverk basert på den videresalgsavtalen med Telenor som det ble opplyst om i søknaden om prekvalifisering.

(20) Vurderingen av klagers kvalifikasjoner fremstår som vilkårlig og usaklig, og det er ikke dokumentert at klagers kvalifikasjoner er middels i forhold til de øvrige leverandørene. Referanseprosjektdokumentasjonen viser at klager blant annet har 60% av kommunene og Forsvaret som kunder, og innklagedes vurdering fremstår derfor som uforståelig.

(21) Innklagede har vurdert negativt at klager har søkt om prekvalifisering for samtlige av de fire tjenesteområdene, herunder transportnett. Det fremgår ikke

av kvalifikasjonsgrunnlaget at det vil bli vektlagt om leverandørene ønsker å inngi tilbud for samtlige eller bare enkelte tjenesteområder, og det er usaklig og uriktig å trekke dette inn i prekvalifiseringen.

(22) Det er i strid med kravet til konkurranse at leverandørene i prekvalifiseringen vurderes relativt i forhold til hverandre. Vurderingstemaet bør være hva som sikrer best mulig konkurranse om anskaffelsen.

Innklagedes anførsler:

(23) Innklagede bestrider å ha brutt regelverket for offentlige anskaffelser.

Partsforhold

(24) Av kunngjøringen fremgår det at sted for levering eller utførelse er "Bergen med omkringliggende kommuner", mens det i kvalifikasjonsgrunnlaget ble opplyst hvilke enheter som var partnere i samarbeidsavtalen. Det var videre opplyst at innklagede ville komme tilbake med opplysninger om hvilke parter som ville knytte seg til rammeavtalen. Anskaffelsen er derfor tilstrekkelig kunngjort. Dersom kunngjøringen likevel har vært feil, har ikke dette hatt betydning for klager.

(25) Denne saken skiller seg fra sak 2004/220 ved at det her bare er én oppdragsgiver, nemlig Bergen kommune. Samarbeidspartenes behov for tjenester ivaretas ved at leverandøren inngår kontrakt med Bergen kommune som oppdragsgiver. Videre skiller herværende sak seg fra 2004/220 ved at prosedyren er konkurranse med forhandling og ved at det gjelder en rammeavtale.

Valg av anskaffelsesprosedyre

(26) Unntaket for bruk av konkurranse med forhandling er oppfylt. Anskaffelsen gjelder en type teknologi som er i en rivende utvikling. Da innklagede høsten 2004 gjennomførte en markedsundersøkelse for å klarlegge hvilke løsningsmodeller, viste det seg at transportnettet nå kan realiseres på ulike teknologiske plattformer, med et stort spekter av funksjonsalternativer og større mulighet for tilstrekkelig båndbredde til alle lokasjoner. Samtidig øker leverandørenes mulighet til å dele nettverksinfrastrukturen mellom flere kunder, noe som kan redusere kostnadene per kunde, men samtidig introdusere sikkerhetsproblemer. Videre har det skjedd en konvergens mellom data og telefoni, slik at tidligere adskilte tjenester kan realiseres over samme infrastruktur. Dette gjorde det ønskelig å etterspørre alle tjenestene samtidig for å få prøvd denne muligheten i markedet.

(27) Innklagedes behov, med høyt antall brukere og tjenestesteder, båndbreddekrav, sikkerhetskrav og kompleks organisasjon, viser at leveransen er så kompleks, både når det gjelder teknologi og logistikk, at de fleste leverandører vil måtte tilpasse sine løsninger for å oppfylle kravene. Disse forhandlingene vil lett overskride den typen avklaringer som tillates ved anbudskonkurranser. Innklagede har bevisst prøvd å unngå å spesifisere en bestemt teknologisk løsning, slik at konkurransen ikke skulle bli unødvendig begrenset. Dermed måtte det også kunne gjennomføres forhandlinger for å tilpasse løsningen til innklagedes behov.

Kvalifikasjonskravene

(28) Bergen kommune alene er oppdragsgiver ved anskaffelsen. De øvrige kommunene har mulighet til å knytte seg til rammeavtalen dersom de ønsker dette. Innklagede har derfor benyttet de kvalifikasjonskravene som er relevante for Bergen kommunes behov, og det er opp til samarbeidspartene å vurdere om de vil knytte seg til den avtalen som inngås.

(29) Når transportnett inngår i anskaffelsen, er det relevant å vurdere evnen til å tilby dette. Det er adgang til å trekke inn i utvelgelsesvurderingen hvilken leverandør som lettest kan tilby en leveranse.

Vurderingen av klagers kvalifikasjoner og utvelgelsen av leverandører

(30) Klagers økonomi er vurdert opp mot de andre leverandørenes økonomi. Klagers økonomi kan være god nok, men sett i forhold til de andre leverandørene er klager vurdert som dårligst av de ni leverandørene.

(31) Videre er klager vurdert som middels på transportnett. Bakgrunnen er at klager ikke har transportnettverk, men intensjoner om å bygge dette. Klager hadde heller ingen referanser på levering av transportnett.

(32) De fem leverandørene som hadde høyest poengsum, omfattet fire leverandører på transportnett, tre på mobiltelefoni og tre på fasttelefoni. Utvelgelsen av leverandører som får inngi tilbud, gir en sammensetning som sikrer både leveringskvalitet og konkurranse i tilbudsfasen.

Klagenemndas vurdering:

(33) Klager har deltatt i konkurransen og har saklig klageinteresse, jf forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Anskaffelsen gjelder prioriterte tjenester og er etter sin verdi underlagt forskrift om offentlige anskaffelser del I og II.

Partsforhold

(34) Etter forskriftens § 6-2 skal oppdragsgiver som ønsker å tildele en kontrakt, gjøre dette kjent gjennom en kunngjøring. Oppdragsgivere som er omfattet av regelverket, kan dermed som hovedregel ikke inngå en kontrakt uten forutgående kunngjøring. I kunngjøringen er bare Bergen kommune nevnt som oppdragsgiver. Dersom andre offentlige oppdragsgivere anskaffer de aktuelle tjenester uten forutgående kunngjøring, vil dette være i strid med § 6-2. Det vises i denne sammenheng til klagenemndas avgjørelse i sak 2004/220, der klagenemnda fastslo at Sametinget ikke kunne tiltre en avtale som var kunngjort av seks fylkeskommuner, ettersom Sametinget ikke var oppgitt som oppdragsgiver i kunngjøringen.

(35) Innklagede har vist til at saken skiller seg fra sak 2004/220 ved at det i den foreliggende sak er tale om å inngå en rammeavtale, og at prosedyren er konkurranse med forhandling. Til dette vil klagenemnda bemerke at kravet til kunngjøring er gitt av hensyn til alle potensielle leverandører og gjelder uavhengig av konkurranseform og kontraktstype.

(36) Videre er det vist til at det i den foreliggende sak ikke er tale om å tilslutte seg en avtale med leverandøren, men å inngå kontrakt med Bergen kommune. Klagenemnda forstår innklagedes anførsel slik at samarbeidende enheter skal forholde seg til Bergen kommune, slik at Bergen kommune anskaffer på vegne av dem. Uten å ta stilling til om dette er riktig vil klagenemnda bemerke at det er uten betydning i forhold til kunngjøringsreglene om eventuelle samarbeidsparter kontraherer med Bergen kommune eller med den valgte leverandøren. Om en annen enhet gjennomfører anskaffelsen fra Bergen kommune eller fra den valgte leverandøren direkte, er anskaffelsen uansett ikke blitt kunngjort, og dette vil innebære et brudd med § 6-2. Kommuner er i forhold til regelverket selvstendige rettssubjekter og kan derfor ikke anskaffe fra hverandre uten konkurranse fra markedet.

(37) Ettersom kunngjøringsreglene er gitt av hensyn til potensielle leverandører, har det ingen betydning at klager gjennom prekvalifiseringsgrunnlaget er gjort kjent med hvilke andre offentlige enheter som uten å ha forpliktet seg ved utlysning i fortsettelsen kan velge å tilslutte seg rammeavtalen.

Valg av anskaffelsesprosedyre

(38) For kontrakter som omfattes av forskriftens del II, kan konkurranse med forhandling bare unntaksvis benyttes, jf § 4-1. Dette gjelder blant annet i særlige tilfeller hvor tjenestens eller bygge- og anleggskontraktens art eller tilknyttede risiko ikke tillater samlet prisfastsettelse på forhånd, jf § 4-2 bokstav b. Videre kan konkurranse med forhandling benyttes når tjenesten som skal leveres, er av en slik art at det ikke i tilstrekkelig grad kan fastsettes så nøyaktige spesifikasjoner at valg av det beste tilbudet kan skje etter reglene for åpen eller begrenset anbudskonkurranse, jf § 4-2 bokstav c. Dette unntaket gjelder særlig intellektuelle tjenester og finansielle tjenester.

(39) Innklagedes argumentasjon, jf premissene 26 og 27, er særlig aktuell i forhold til sistnevnte unntak, men klagenemnda antar at de to unntakene til dels faller sammen. Tjenestene som skal anskaffes, må betegnes som intellektuelle tjenester og er dermed i kjernen for unntaket. Klagenemnda anser innklagedes argumenter om at det dreier seg om en komplisert og mangesidig anskaffelse der utvikling av løsninger skjer i et raskt tempo, som relevante. Det kan ikke forventes at en oppdragsgiver er kjent med alle mulige løsninger innen et så teknisk felt som det aktuelle. Klagenemnda har ikke faktiske forutsetninger for å avgjøre om anskaffelsen kunne vært gjennomført som anbudskonkurranse etter et forprosjekt, eller om dette ville nødvendiggjort en detaljspesifikasjon som ville virke unødvendig bindende i forhold til valg av løsning og dermed hemme konkurransen. Klagenemnda kan etter dette ikke overprøve innklagedes vurdering av at konkurransen ikke med rimelighet kunne vært gjennomført som anbudskonkurranse.

Kvalifikasjonskravene

(40) I henhold til forskriftens § 5-11 kan oppdragsgiver be om å få oppgitt leverandørens erfaring med tilsvarende leveranser. Transportnett er en del av innklagedes forespørsel, og klagenemnda antar at det er relevant å vurdere leverandørens evne til å tilby dette. Klagenemnda trenger ikke å ta stilling til om det er relevant å stille dette som krav også ved levering til andre mulige oppdragsgivere som ikke skal ha transportnett. Bergen kommune er den eneste oppdragsgiveren som har kunngjort anskaffelsen, og er dermed den eneste som kan inngå kontrakt uten å bryte kunngjøringsreglene.

Vurderingen av klagers kvalifikasjoner og utvelgelsen av leverandører

(41) I henhold til forskriftens § 9-3 (1) og (2) skal oppdragsgiver velge ut leverandører som får inngi tilbud, på grunnlag av den foreliggende informasjon om leverandørens stilling og tekniske, økonomiske og finansielle kapasitet. En rangering av leverandører som ikke er avvist, etter en vurdering av hvor godt de oppfyller forhåndskunngjorte objektive kvalifikasjonskrav, slik som i dette tilfellet, er etter klagenemndas vurdering ikke i strid med bestemmelsens ordlyd.

(42) Klagenemnda registrerer at klager ikke har referanser på levering av nettverk, og nemnda er ikke i stand til å vurdere om videresalgsavtalen med Telenor er et fullgodt substitutt for eget nettverk eller erfaring med levering av et slikt. Etter dette har klagenemnda ikke grunnlag for å overprøve innklagedes vurdering av at klager hadde middels tekniske kvalifikasjoner i forhold til levering

av nettverk.

(43) Basert på klagers fremlagte regnskapstall for årene 2001, 2002 og 2003 regnet innklagede ut klagers soliditet og likviditet, og klagenemnda ser at klager jevnt over blir vurdert som svakere enn de andre leverandørene mht disse parametrene. Klagenemnda har ingen kommentar til at klagers økonomi ble vurdert som svakere enn de andre søkeres økonomi.

(44) Etter å ha gjennomgått de fremlagte dokumenter kan klagenemnda ikke se at innklagede har vektlagt i klagers disfavør at klager ønsker å inngi tilbud på alle tjenesteområdene.

(45) Klagenemnda finner etter dette at innklagede ikke har brutt regelverket for offentlige anskaffelser ved utvelgelsen av leverandører som skal få inngi tilbud.

Konklusjon:

Bergen kommune har ikke brutt regelverket for offentlige anskaffelser.

Andre offentlige oppdragsgivere vil bryte forskrift om offentlige anskaffelser § 6-2 dersom de tilslutter seg Bergen kommunes avtale.

For klagenemnda,

24. oktober 2005

Svein Dahl



Forsiden
Nemndsmedlemmer
Saksbehandling
Regelverk
Innkommne saker
Statistikk
Årsrapporter
Dommer
Søk i avgjorte saker
Avgjorte saker:
[2003](#) [2004](#) [2005](#)

Besøksadresse
H. Heyerdalsgate 1
0033 Oslo

Postadresse
Postboks 8132 Dep
0033 Oslo

Tlf.: 22 33 70 10

Faks: 22 33 70 12

E-post:

postmottak@kofa.no

Avgjorte saker

I en konkurranse med forhandling for levering av laboratorietjenester var det stilt krav om at utførelsen skulle skje av leverandørenes egne ansatte. I det valgte tilbudet var det opplyst at leverandøren unntaksvis ville bruke underleverandører" på konsultativ basis". Klagenemnda fant at dette ikke innebar et avvik fra konkurransegrunnlaget. Videre kunne ikke klagenemnda se at innklagede hadde gjort noen andre feil under evalueringen.

Klagenemndas avgjørelse 24. oktober 2005 i sak 2005/265

Klager: Fürst Medisinske Laboratorium

Innklaget: Helse Vest RHF

Klagenemndas medlemmer: Svein Dahl, Kai Krüger, Inger Roll-Matthiesen

Saken gjelder: Underleverandører. Evaluering.

Bakgrunn:

(1) Helse Vest RHF (heretter kalt innklagede) kunngjorde 21. februar 2005 en konkurranse med forhandling for anskaffelse av laboratorietjenester. Kontrakten var beskrevet som en rammeavtale for analyser av prøver innsendt fra leger/helseforetak for pasienter i Rogaland, Hordaland og Sogn og Fjordane. Kontrakten skulle ha en varighet på to år.

(2) I kunngjøringen var det stilt følgende krav til tilbydernes tekniske kapasitet:

"Leverandøren skal ha en organisasjon som er kompetent til å utføre tjenesten. Leverandøren skal ha god gjennomføringsevne. Leverandøren skal ha gode og velfungerende kvalitetssikringssystem/internkontrollsystem for utføring av tjenesten."

(3) Det var videre stilt krav om forskjellig dokumentasjon på tilbydernes tekniske kvalifikasjoner.

(4) I konkurransegrunnlaget var det under overskriften "kontraksbestemmelser" blant annet satt opp som eget kulepunkt at "undersøkelser innenfor rammeavtalen skal skje av eget ansatt personell".

(5) Det var videre oppgitt at kontrakt skulle tildeles den leverandøren med det økonomisk mest fordelaktige tilbudet "basert på følgende":

"

- Pris
- Kapasitet og leveringssikkerhet
- o volum
- o utstyr (alder og mengde)
- Kvalitet og service

Leverandøren skal beskrive hvordan tjenestene skal organiseres og gjennomføres.

Tildelingskriteriene er listet i uprioritert rekkefølge."

(6) Pris skulle oppgis som prosentsats av de refusjonssatser fra Rikstrygdeverket (RTV-sats) som gjaldt da konkurransen ble gjennomført. Det var oppgitt anslått volum for 2004 innen hver gruppe av laboratorietyper.

(7) To leverandører innga tilbud innen fagområdet medisinsk biokjemi: Fürst Medisinske Laboratorium AS (heretter kalt klager) og Capiro Diagnostikk AS (heretter kalt Capiro).

(8) I Capios tilbud var det inntatt noen kommentarer til kontraktsvilkår. Blant annet het det at:

"Vi vil benytte eget ansatt personell til arbeidet med alle undersøkelser innenfor rammeavtalen. I spesielle tilfeller vil vi dog, for å sikre utvilsomt tilfredsstillende medisinsk kvalitet, unntaksvis bruke underleverandører på konsultativ basis."

(9) Det ble gjennomført noen forhandlingsrunder med tilbyderne, og både klager og Capiro sendte inn sitt siste reviderte tilbud 30. august.

(10) Klager oppga en pris på 88% av RTV-sats for alle analyser, mens Capiro hadde prissatt noen analyser til 80%, andre til 100% og atter andre til 190%.

(11) Basert på anslått volum og fordeling fra 2004 la innklagede til grunn at de analysene Capiro hadde prissatt til 80%, utgjorde det vesentligste av det totale volumet, og at prisforskjellen var 7,7% i Capios favør. Capios tilbud ble gitt karakteren 10, mens klagers tilbud fikk karakteren 9. På kriteriet kapasitet og leveringssikkerhet fikk begge tilbudene karakteren 5, mens kriteriet kvalitet og service ble belønnet med karakteren 6 for begge vedkommende.

(12) Ved evalueringen av kriteriet kvalitet og service hadde innklagede vurdert tilbyderens henteruter, tidsbruk ved laboratoriesvar, hvorvidt prøvesvar kunne overføres elektronisk, tilgjengelighet for telefonkonsultasjoner og informasjon, kundestøtte og kommunikasjon for øvrig overfor rekvirenten.

(13) I brev av 1. september 2005 ble tilbyderne meddelt at Capiro var tildelt

kontrakten for blant annet medisinsk biokjemi.

Anførsler:

Klagers anførsler:

(14) Klager anfører at innklagede har brutt regelverket for offentlige anskaffelser.

(15) Innklagede har beregnet tilbyderens pris på det historiske prøvevolumet for 2004. Innklagede skulle imidlertid basert sin vurdering på det mest oppdaterte prøvevolum. Dette ville medført at prisforskjellen mellom de to tilbudene ville blitt mindre.

(16) Også tildelingskriteriet kapasitet og leveringssikkerhet er vurdert feil. Det fremgår av Capios tilbud at Capio ikke vil oppfylle konkurransegrunnlagets krav til hvordan tjenesten skal utføres. Capio tar sikte på å la en andel av prøvene bli analysert i utlandet, og ikke av "egne ansatte". Om dette kravet er utformet med sikte på en annen problemstilling, eller om det eventuelt er i strid med EØS-forpliktelsene, endrer ikke det faktum at konkurransegrunnlaget setter et forbud mot at undersøkelser foretas av andre enn egne ansatte.

(17) Når det gjelder tildelingskriteriet kvalitet og service, har innklagede utelukkende vurdert service, mens kvalitet er oversett. Klager har ikke forstått formuleringen "*leverandøren skal beskrive hvordan tjenesten skal organiseres og gjennomføres*" som et underkriterium.

(18) Innklagede skulle lagt vekt på akkreditering, som er den overordnede og viktigste kvalitetsindikator for medisinsk biokjemisk laboratorievirksomhet. Klager har akkreditering for langt flere analytter enn Capio. Videre er det ikke lagt vekt på medisinsk faglig kompetanse. I motsetning til Capio har klager fast ansatte leger som er tilgjengelige til enhver tid. Capio skulle dessuten hatt uttelling for å tilby praksisplasser. Etter klagers vurdering er satsning på utdanning og forskning relevant ved bedømmelsen av kvalitet.

(19) Endelig skulle innklagede vektlagt datakompetanse og dataløsning. Dette er en naturlig del av tjenestens innhold. Innklagede har uriktig lagt til grunn at tilbyderne er likestilt mht. nettjenester. Klagers nettjenester er interaktive i egentlig forstand. Mens det på Capios nettside bare er et bilde av Capios rekvisisjonsskjema (som ikke kan skrives ut til anvendelse), tilbyr klager muligheten til å rekvirere og føre dialog via nettet. Det er en betydelig kvalitetforskjell mellom tilbyderne på dette punkt, og det må trekkes inn i vurderingen av tilbudenes kvalitet.

(20) Innklagede kan ikke høres med at tildelingskriteriet kvalitet i realiteten skal være begrenset til en vurdering av hvordan tjenestene praktisk skal organiseres og gjennomføres. Tilbudenes kvalitet må vurderes i samsvar med en naturlig forståelse av ordet kvalitet.

(21) Beslutningen om tildeling av kontrakt har dermed vært i strid med forskriftens § 17-2, og beslutningen må derfor annulleres, jf § 17-3 (3).

Innklagedes anførsler:

(22) Innklagede bestrider å ha brutt regelverket for offentlige anskaffelser.

(23) I konkurransegrunnlaget er det angitte volum basert på anslått aktivitet i 2004, beregnet på grunnlag av aktivitetstall for i de første ni måneder av året. Det følger av praksis at en vurdering basert på historisk forbruk er i samsvar med regelverket. Innklagede mener at den prismodell som har vært benyttet, gir det beste og riktigste sammenligningsgrunnlaget. Prisforskjellen var 7,7% klagers disfavør, som resulterte i at Capios uttelling var ett poeng høyere enn

klagers uttelling på dette punkt.

(24) Konkurranses grunnlagets krav om at undersøkelser innefor rammeavtalen skal skje av eget ansatt personell, er et kontraktskrav som retter seg mot leverandørens utførelse av kontrakten. Dersom Capio skulle la andre enn egne ansatte utføre undersøkelsens skal leveres i henhold til avtalen, ville det i utgangspunktet representere et mislighold. Innklagede har ikke grunnlag for å antasipere mislighold av en slik art at det skulle gi grunnlag for heving av kontrakt, og følgelig gir ikke nevnte forhold grunn til å la være å tildele kontrakt.

(25) Denne bestemmelsen i konkurransegrunnlaget er inntatt i kjølvannet av diskusjonen som har funnet sted om bierverv, og har først og fremst vært benyttet i forbindelse med kjøp av sykehustjenester. Fra oppdragsgiversiden har hensikten vært å forhindre at sykehustjenester som etterspørres på grunn av sykehusenes manglende kapasitet, blir levert fra private foretak av helseforetakenes eget personell som utfører arbeidet som bierverv. Den foreliggende situasjon rammes derfor ikke av bestemmelsen.

(26) Innklagede kan uansett ikke se at Capios tilbud innebærer at leveransen skal utføres av andre. Bestemmelsen er under ingen omstendighet ment å avskjære leverandøren fra tildele arbeidet til ansatte innen samme selskapsgruppe eller konsern dersom det skulle være behov for det. For øvrig ville det ikke være i overensstemmelse med EØS-forpliktelsene å tillegge det noen betydning at et slikt laboratorium ligger i en annen EØS-stat.

(27) Når det gjelder tildelingskriteriet kvalitet og service, er det angitt i konkurransegrunnlaget hva som er vurderingstemaet, nemlig hvordan tjenesten skal organiseres og gjennomføres. Innklagede vil likevel knytte noen bemerkninger til de forhold klager mener skulle vært vurdert.

(28) Akkreditering er et irrelevant forhold ved vurderingen av tilbudene. Akkreditering av analytter er en frivillig ordning som det må betales for. Det utelukkes ikke at dette kan være en indikator på kvalitet, men innklagede har ikke ansett det relevant under vurderingen av tildelingskriteriene. For øvrig er Capio akkreditert som prøvingslaboratorium.

(29) Medisinsk faglig kompetanse har innklagede vurdert i forbindelse med kvalifiseringen av tilbyderne. Det er ikke oppgitt i konkurransegrunnlaget at dette også ville bli vurdert i tildelingsfasen, og innklagede har derfor ikke vektlagt slik kompetanse.

Klagenemndas vurdering:

(30) Klager har deltatt i konkurransen og har saklig klageinteresse, jf forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Anskaffelsen gjelder en uprioritert tjeneste, jf forskrift om offentlige anskaffelser § 2-5 kategori 25, og konkurransen følger derfor forskriftens del I og III, jf § 2-1 (3).

(31) Klagenemnda behandler først spørsmålet om tilbyderne priser er beregnet riktig. Tilbyderne har prissatt sine tilbud forskjellig, og hva som blir endelig pris, beror derfor på fordelingen av de forskjellige analysene. For å gjøre prisene sammenlignbare må oppdragsgiver beregne prisen ut fra en forventet fordeling. I sak 2004/184 slo klagenemnda fast at når prisen avhenger av faktiske forhold som ikke er kjent ved kontraktstildelingen, må oppdragsgiver gjøre en forsvarlig vurdering av disse forholdene, se premissene 39-42.

(32) Ved beregningen av pris har innklagede lagt til grunn anslått volum og fordeling for året 2004. Dette er i tråd med opplysningen i konkurransegrunnlaget om at "*omfanget av nye avtaler vil bygge på anslått aktivitet i 2004*", og de oppgitte aktivitetstall. Klagenemnda kan ikke se at innklagedes valg av tallgrunnlag eller bruken av dette i klagers til fordel er i strid med regelverket. Klager har ikke vist at klagers egne beregninger fra første del

av 2005 er bedre egnet som tallgrunnlag for kontraksperioden enn de tallene innklagede la til grunn.

(33) Klagenemnda behandler så klagers anførsel om at Capios tilbud ikke er i samsvar med konkurransegrunnlagets krav til hvordan tjenesten skal utføres. Det fremgår av Capios tilbud at deler av ytelsen vil bli utført av en underleverandør. Etter klagenemndas vurdering fremstår konkurransegrunnlagets forutsetning om at utførelse skal skje av "*eget personell*" i utgangspunktet som et krav til at tjenesten faktisk utføres av ansatte hos tilbyderne, i dette tilfellet Capiro Diagnostikk AS. Oppdraget gjelder sensitive forhold ved pasientbehandling, og klagenemnda mener da at et slikt vilkår om særskilt kvalitetssikring og kontroll kan være saklig begrunnet i tjenestens art. Klagenemnda finner uansett at når Capiro varsler at bruk av underleverandører vil skje unntaksvis og bare på konsultativ basis, innebærer dette ikke at oppdraget forutsettes utført i strid med konkurransegrunnlagets forutsetning.

(34) Når det gjelder tildelingskriteriet kvalitet og service, fremgår det av evaluering dokumentene og innklagedes forklaring at innklagede først og fremst har vurdert forhold som etter klagenemndas oppfatning naturlig hører under betegnelsen service, og som tilbyderne ble bedt om å belyse. Tilbydernes medisinskfaglige kompetanse er ikke vurdert. Så lenge konkurransegrunnlaget i tilknytning til tildelingskriteriene ba om å få oppgitt hvordan tjenestene skal organiseres og gjennomføres, men ikke ba om dokumentasjon på faglig kvalitet, kan ikke klagenemnda se at innklagedes vurdering har fremstått som uventet. Riktignok var det bedt om dokumentasjon på leverandørens kompetanse i tilknytning til kvalifikasjonskravene, men klagenemnda forstår konkurransegrunnlaget slik at hensikten med dokumentasjonen utelukkende var å belyse om kvalifikasjonskravene er oppfylt.

(35) Derimot vurderte innklagede blant annet hvordan kommunikasjonen mellom leverandøren og innklagede skulle foregå. Klager anfører at deres tilbud la noe bedre til rette for elektronisk kommunikasjon enn hva Capios tilbud gjorde, og innklagede har ikke anført at dette er uriktig. Klagenemnda kan likevel ikke se at dette alene skulle medført at klagers tilbud skulle hatt bedre uttelling på kriteriet kvalitet og service.

(36) Klagenemnda finner etter dette at evalueringen av tilbudene har vært i samsvar med § 17-2.

Konklusjon:

Helse Vest RHF har ikke brutt regelverket for offentlige anskaffelser.

For klagenemnda,

24. oktober 2005

Inger Roll-Matthiesen



Forsiden
 Nemndsmedlemmer
 Saksbehandling
 Regelverk
 Innkomne saker
 Statistikk
 Årsrapporter
 Dommer
 Søk i avgjorte saker

Avgjorte saker:
[2003](#) [2004](#) [2005](#)

Besøksadresse
 H. Heyerdalsgate 1
 0033 Oslo

Postadresse
 Postboks 8132 Dep
 0033 Oslo

Tlf.: 22 33 70 10

Faks: 22 33 70 12

E-post:
postmottak@kofa.no

Avgjorte saker

Klager henvendte seg til innklagede innen fristen for å fremme forespørsel om deltakelse i en konkurranse med forhandling uten prekvalifisering. Innklagede misforstod klagers henvendelse, og tolket det som et forvarsel om at klager ville sende inn tilbud. På bakgrunn av kunngjøringsteksten fant klagenemnda at klagers henvendelse måtte forstås som en forespørsel om å få tilsendt konkurransegrunnlag. Innklagede brøt dermed forskrift om offentlige anskaffelser § 16-1 ved å unnlate å sende konkurransegrunnlaget til klager.

Klagenemndas avgjørelse 10. oktober 2005 i sak 2005/163

Klager: NST Byggservice AS

Innklaget: Stavanger Parkering KF

Klagenemndas medlemmer: Kai Krüger, Bjørg Ven, Andreas Wahl

Saken gjelder: Plikt til å sende ut konkurransegrunnlag

Bakgrunn:

(1) Stavanger Parkering KF (heretter kalt innklagede) kunngjorde 18. februar 2005 en konkurranse med forhandling om leveranse av nytt belegg på gulv i St. Olavs Parkering.

(2) Kunngjørings skjemaet på Doffin ser slik ut:

"IV.3.3) Frist for mottak av tilbud eller forespørsel om deltakelse

(avhengig av om det er en åpen anbudskonkurranse, begrenset anbudskonkurranse eller konkurranse med forhandling)

dato	Tid (hvis relevant)	NB! Ved en-trinnsprosedyre for konkurranse med forhandling etter §16-3, benyttes også frist for forespørsel om deltakelse. Tilbudsfrist kan opplyses i beskrivelsen.
(dd) (mm) (åååå)		

(3) Etter at innklagede hadde fylt ut kunngjørings skjemaet, lød annonsen på

Doffin slik:

"IV.3.3 Frist for forespørsel om deltakelse:

18.03.2005 (12:00)"

(4) Av kunngjøringen fremgikk det videre at innklagede skulle velge det økonomisk mest fordelaktige tilbudet vurdert på grunnlag av tildelingskriterier som oppgitt i konkurransegrunnlaget.

(5) Den 14. mars 2005 sendte NST Byggservice AS (heretter kalt klager) en e-post til innklagedes kontaktperson. E-posten lød slik:

"Norsk lysningsblad referanse: 2005-03446 – Nytt belegg på gulv i St. Olavs Parkering

Vårt selskap NST Byggservice ønsker å gi pris på dette prosjektet.

Vedlagt finner De relevante attester for selskapet.

Selskapets adresse er: [...]

Vi hører fra Dem dersom De ønsker ytterligere opplysninger.

Med vennlig hilsen [...]"

(6) I alt fem attester fulgte som vedlegg til e-posten.

(7) I e-post til innklagede av 26. april 2005 skrev klager følgende:

"Viser til telefonsamtaler 25/4 og 26/4 hvor det kom frem at De ikke har mottatt noe tilbud fra vårt selskap innen anbudsfristen, da det ikke er mulig da vi ikke har mottatt konkurransegrunnlaget. De mener også at det ikke kommer frem av vår henvendelse at vi ønsker tilsendt konkurransegrunnlaget på utlysningen, noe vi er sterkt uenig i da vår henvendelse uten tvil å betrakte som en påmelding og selvfølgelig en forespørsel om papirer.

Vi har bedt Dem sende oss papirene umiddelbart og evt. utsette tilbudsfristen, noe De ikke kunne gjøre da tilbudsfristen allerede var gått ut. [...]"

(8) Innklagede sendte den 4. mai en e-post til klager som lød slik:

"Har mottatt mail ang klage på saksbehandling. Vi har gått gjennom vår saksbehandling og vi har ikke funnet feil som gjør at situasjonen endrer seg.

De som ba om informasjon utover det som stod i utlysningen har mottatt dette.

Vi oppfattet ikke at deres firma etterspurte informasjon utover det som stod i utlysningen."

(9) Klager sendte innklagede en e-post den 5. mai der det blant annet sto følgende:

"[...] Dersom De oppfattet vår henvendelse som en ren opplysning som ikke utløste noen forpliktelse for Dem til å sende oss konkurransegrunnlaget (for det må De jo ha gjort), hvordan hadde De da tenkt at vi skulle få tak i konkurransegrunnlaget for å gi pris?"

(10) Innklagede besvarte e-posten slik den 9. mai:

"Viser til mail av 14.03.03 og mail av 5.05.05

Vi så på innholdet i mailen av 14.03.03 som en slags "del-leveranse" med info om deres firma. Da vi ikke hørte mer fra dere og det ikke kom inn et mer fullstendig tilbud innen fristen forstod vi det slik at dere ikke så dere tjent med å være med videre."

(11) Den 9. mai skrev innklagede protokoll. Av denne fremgår det at syv tilbud innkom innen innleveringsfristen 18. mars 2005 kl. 12:00, samt at et tilbud innkom 22. mars etter avtale med en ansatt hos innklagede. Det fremgår videre at denne leverandøren senere ble avvist på grunn av manglende oppfyllelse av kvalifikasjonskriteriene.

Klager har i det vesentlige anført:

(12) Klager har rettidig bedt om konkurransegrunnlaget med tanke på å inngi et pristilbud. Innklagede sendte imidlertid aldri konkurransegrunnlaget til klager, som således ikke fikk deltatt i konkurransen.

(13) Klager kunne ikke gi pris på prosjektet uten konkurransegrunnlaget.

(14) Innklagede har forskjellsbehandlet tilbyderne ved å la én leverandør levere tilbud etter den påståtte tilbudsfristen den 18. mars, mens klager ikke ble gitt tilsvarende mulighet.

(15) Den avholdte konkurransen må elimineres og konkurransen må lyses ut på ny slik at alle gis anledning til å delta på like vilkår.

(16) Klagenemnda bes uttale seg om det er grunnlag for å kreve erstatning.

Innklagede har i det vesentlige anført:

(17) Den 18. februar var felles frist for å be om konkurransegrunnlaget som for å innlevere tilbud. Det er Lysningsbladets Doffin-database som begrenser informasjonen som kommer frem i annonsen. Punkt IV 3.3 lyder i full tekst "Frist for mottak av tilbud eller forespørsel om deltakelse", mens i annonsen er dette blitt til "frist for forespørsel om deltakelse". Innklagede har forståelse for at ordlyden kan misforstås dit hen at fristen oppfattes som frist for å be om konkurransegrunnlaget. Imidlertid er det ment som den endelige fristen for å levere tilbud for å delta i konkurransen.

(18) Det fremkom ikke av klagers e-post at det var en forespørsel om å få tilsendt konkurransegrunnlaget. E-posten ble oppfattet som en del-innlevering av tilbudet, med varsel om at de var deltakere og at prisene ville følge senere. Innklagede hadde ikke grunn til å foreta seg annet enn å vente på at tilbudet skulle kompletteres og dermed bli fullstendig.

(19) Innklagede mottok tolv andre klare anmodninger om å få oversendt konkurransegrunnlaget. Klager kunne ha mottatt konkurransegrunnlaget via en av disse anmodningene, enten som morselskap eller som datterselskap eller underleverandør.

(20) Klager har ikke deltatt i konkurransen og har ikke bedt om dokumentene for deltakelse på en slik måte at en måtte kunne forstå dette som anmodning om deltakelse. Klager er ikke part i saken og har heller ikke klageinteresse, jf forskrift om klagenemnd om offentlige anskaffelser § 6.

(21) Ettersom klager først tok kontakt etter innleveringens utløp, etter at tilbudene var åpnet og det var gjennomført forhandlinger og tildeling var gjort, var det aldri aktuelt å stoppe gjennomføringen av konkurransen og tildeling av kontrakt.

(22) Klager har alene ansvar for at de ikke deltok i konkurransen.

Klagenemndas vurdering:

(23) Klager har ønsket å delta i konkurransen og har saklig klageinteresse, jf forskrift om klagenemnd om offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Anskaffelsen er kunngjort regulert av forskrift om offentlige anskaffelser del I og III. Klagenemnda legger dette til grunn.

(24) I kunngjøringen har innklagede oppgitt å ha utarbeidet et konkurransegrunnlag, der blant annet tildelingskriteriene for konkurransen var oppgitt. Det er således på det rene at leverandører som ønsket å delta i konkurransen, trengte en kopi av konkurransegrunnlaget for å kunne levere et tilbud.

(25) Innklagede har valgt å gjennomføre en konkurranse med forhandling uten prekvalifisering, ettersom fristen for forespørsel om deltakelse og frist for innlevering av tilbud var samme dag. Det følger da av forskriften § 16-3 (1) 4. punktum jf. 6. punktum at "*alle leverandører som ønsker å delta i konkurransen*", har krav på å få tilsendt konkurransegrunnlaget. Kunngjøringsskjemaets punkt IV.3.2 gir oppdragsgiver anledning til å sette en frist for utlevering av konkurransegrunnlaget. Denne muligheten har innklagede ikke benyttet seg av.

(26) Klagenemnda finner det ikke tvilsomt at klager ønsket å delta i konkurransen og at dette ble meddelt innklagede i e-posten av 14. mars 2005. Innklagede pliktet således å sende en kopi av konkurransegrunnlaget til klager.

(27) Innklagede har oppgitt 18. mars som frist for å inngi tilbud. Det følger imidlertid av protokollen at en leverandør innleverte tilbud den 22. mars etter avtale med en representant for innklagede. Innklagede har med dette brutt forskrift om offentlige anskaffelser § 15-10 (1) bokstav a) ved å akseptere et tilbud innlevert etter den fastsatte tilbudsfristen. Klagenemnda kan imidlertid ikke se at feilen har fått noen betydning, da vedkommende leverandør ikke var blant dem som ble innkalt til forhandlinger.

Konklusjon:

Stavanger Parkering KF har brutt forskrift om offentlige anskaffelser § 16-3 (1) ved å ikke sende en kopi av konkurransegrunnlaget til klager.

Stavanger Parkering KF har brutt forskrift om offentlige anskaffelser § 15-10 (1) bokstav a) ved å akseptere et tilbud innlevert etter tilbudsfristens utløp.

For klagenemnda,

10. oktober 2005

Kai Krüger



Forsiden
Nemndsmedlemmer
Saksbehandling
Regelverk
Innkomne saker
Statistikk
Årsrapporter
Dommer
Søk i avgjorte saker

Avgjorte saker:
[2003](#) [2004](#) [2005](#)

Besøksadresse
H. Heyerdalsgate 1
0033 Oslo

Postadresse
Postboks 8132 Dep
0033 Oslo

Tlf.: 22 33 70 10

Faks: 22 33 70 12

E-post:
postmottak@kofa.no

Avgjorte saker

I en konkurranse med forhandling uten forutgående prekvalifisering hadde innklagede satt en frist på tretten dager for å henvende seg til innklagede for å få tilsendt konkurransegrunnlaget, mens fristen med å inngi tilbud var over to måneder senere. Klagenemnda fant at fristen for å be om konkurransegrunnlaget var kort i forhold til tilbudsfristen. På bakgrunn av at regelverket ikke inneholder minstekrav til en slik frist, fant klagenemnda ikke grunnlag for å kjenne fristen for å fremme forespørsel om deltakelse ulovlig kort.

Klagenemndas avgjørelse 10. oktober 2005 i sak 2005/207

Klager: IKS Namdal Rehabilitering - Høylandet

Innklaget: Helse Nord RHF

Klagenemndas medlemmer: Kai Krüger, Bjørg Ven, Andreas Wahl

Saken gjelder: Frist for å fremme forespørsel om deltakelse i en åpen konkurranse

Bakgrunn:

(1) Helse Nord RHF (heretter kalt innklagede) kunngjorde 15. juni 2005 en konkurranse med forhandling for kjøp av opptrenings- og rehabiliteringstjenester. Frist for forespørsel om deltakelse i konkurransen var satt til 27. juni 2005, mens frist for innlevering av tilbud var 1. september 2005. Konkurransen skulle gjennomføres som en åpen konkurranse med forhandling, dvs uten prekvalifisering. En ren henvendelse til innklagede var dermed tilstrekkelig forespørsel om deltakelse.

(2) IKS Namdal Rehabilitering – Høylandet (heretter kalt klager) ble etter det opplyste oppmerksom på kunngjøringen 30. juni 2005 og ba samme dag om å få tilsendt konkurransegrunnlaget. Dette ble nektet med den begrunnelse at fristen for å få utlevert konkurransegrunnlag var utløpt.

Anførsler:*Klagers anførsler:*

(3) Klager anfører at innklagede har brutt regelverket for offentlige anskaffelser.

(4) Fristen for å melde sin interesse var svært kort, bare 13 dager, mens tilbudsfristen er over to måneder. To til tre uker skulle være tilstrekkelig tid til å utarbeide tilbud, og den korte fristen for å få utlevert konkurransegrunnlaget er dermed usaklig konkurransehemmende.

Innklagedes anførsler:

(5) Innklagede bestrider å ha brutt regelverket for offentlige anskaffelser.

(6) Fristen på 13 dager for å fremme forespørsel om deltakelse i konkurransen, er ikke i strid med kravet til konkurranse. Det vises til at hele 21 leverandører meldte sin interesse innen fristens utløp 27. juni 2005. Klagenemnda har i tidligere avgjørelser godtatt betydelig kortere frister.

(7) På grunn av at leverandørene må gå gjennom et omfattende konkurransegrunnlag, valgte innklagede å sette tilbudsfristen til 1. september 2005. Ved fastsettelsen av denne fristen er det tatt hensyn til at leverandørene skal kunne gjennomføre normal ferieavvikling i sommermånedene.

Klagenemndas vurdering:

(8) Klager har ønsket å delta i konkurransen og har saklig klageinteresse, jf forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Anskaffelsen gjelder en uprioritert tjeneste, jf forskrift om offentlige anskaffelser § 2-5 og følger derfor reglene i forskriftens del I og III, jf § 2-1 (3).

(9) Saken gjelder frist for å fremme forespørsel om deltakelse i en konkurranse med forhandlinger der alle interesserte kunne levere tilbud. Ettersom det ikke skal foretas noen prekvalifisering av leverandører, er det eneste formålet med en slik forespørsel at leverandører som er interessert i å delta i konkurransen, skal få meddelt dette til oppdragsgiver, slik at de kan få tilsendt konkurransegrunnlaget.

(10) Spørsmålet om frist for forespørsel om deltakelse i tilsvarende konkurranser, er tidligere behandlet av klagenemnda i sakene 2003/108 og 2005/108. Klagenemnda la i disse sakene til grunn at spørsmålet ikke var regulert for anskaffelser som følger forskriftens del III, og at oppdragsgiver dermed måtte ha stor grad av skjønn ved fastsettelse av en slik frist ved konkurranser etter forskriftens del III.

(11) Det følger ikke direkte av forskrift om offentlige anskaffelser at oppdragsgiver har rett til å sette en frist for forespørsel om deltakelse i en konkurranse med forhandlinger uten prekvalifisering, eller hvor lang en slik frist eventuelt skal være. At oppdragsgiver likevel kan sette en slik frist i en konkurranse uten prekvalifisering, fremgår forutsetningsvis av vedlegg III, "modeller til udbudsbekendgørelser", til direktiv 92/50 (tjenstedirektivet). Det samme fremgår av vedlegg VII til direktiv 04/18, det nye fellesdirektivet for offentlige anskaffelser. Klagenemnda legger til grunn at dette også gjelder etter norsk rett.

(12) Vedleggene til direktivene gir imidlertid ingen veiledning om fristens lengde. Ved fastsettelsen av fristens lengde må det tas hensyn til

utgangspunktet om at alle interesserte leverandører skal få inngi tilbud, jf det grunnleggende kravet til konkurranse i lovens § 5. Klagenemnda minner om at oppdragsgivere kan sende ut konkurransegrunnlag etter hvert som leverandørene ber om å få delta i konkurransen. For åpen konkurranse med forhandling kommer dette til uttrykk i forskriftens § 16-3 (1) siste setning.

(13) I denne saken var det over to måneder fra fristen for å be om konkurransegrunnlaget gikk ut til utløpet av tilbudsfristen. Saken skiller seg dermed klart fra sak 2003/108 der det hastet med å få gjennomført anskaffelsen. På bakgrunn av innklagedes forklaring kan klagenemnda vanskelig se at det var nødvendig å sette så tidlig frist for å be om konkurransegrunnlaget. Selv under sommerferieavviklingen må det kunne sørges for at konkurransegrunnlaget blir sendt ut til dem som gjør henvendelse. Poenget med regelverket er at det skal åpnes opp for mest mulig konkurranse.

(14) Det er likevel slik at regelverket ikke setter minstekrav til en slik frist, og oppdragsgiver må derfor ha et visst skjønn ved fastsettelsen av fristen. Selv om 13 dager fra kunngjøringsdagen synes svært kort når den etterfølgende tilbudsfrist er så lang som her, finner klagenemnda i dette tilfelle det vanskelig å konkludere med at fristen har vært ulovlig kort og at det foreligger brudd på regelverket.

Konklusjon:

Helse Nord RHF har ikke brutt regelverket for offentlige anskaffelser.

For klagenemnda,

10. oktober 2005

Andreas Wahl



Forsiden
Nemndsmedlemmer
Saksbehandling
Regelverk
Innkomne saker
Statistikk
Årsrapporter
Dommer
Søk i avgjorte saker

Avgjorte saker:

[2003](#) [2004](#) [2005](#)

Besøksadresse

H. Heyerdalsgate 1
0033 Oslo

Postadresse

Postboks 8132 Dep
0033 Oslo

Tlf.: 22 33 70 10

Faks: 22 33 70 12

E-post:

postmottak@kofa.no

Avgjorte saker

Innklagede gjennomførte en åpen anbudskonkurranse om levering av pasientterminaler. Innklagede avviste klagers tilbud som mangelfullt med den begrunnelse at IP-telefoni og Video on Demand ikke var tilbudt. Innklagede begrunnet også avvisningen med at det måtte gjøres tillegg til klagers tilbudspris som medførte at tilbudet ikke kunne sammenlignes med de øvrige tilbudene. Innklagede fikk ikke medhold i at det forelå avvisningsgrunn. Klagenemnda kom videre til at innklagede hadde brutt kravet til god forretningsskikk ved at innklagede på et tidspunkt innklagede vurderte å avvise klagers tilbud, i en e-post hadde gitt inntrykk av at klagers tilbud var i orden. Innklagede hadde angitt tildelingskriteriene noe annerledes i tildelingsbrevet enn i konkurransegrunnet. Klagenemnda kom til at det ikke var vanskelig å se hvilke tildelingskriterier begrepene i tildelingsbrevet knyttet seg til, og kravene til etterprøvarhet og gjennomsiktighet i lov om offentlige anskaffelser § 5 var tilstrekkelig ivaretatt.

Klagenemndas avgjørelse 10. oktober 2005 i sak 2005/237

Klager: Cardiac AS

Innklaget: Ullevål universitetssykehus HF

Klagenemndas medlemmer: Kai Krüger, Bjørg Ven, Andreas Wahl

Saken gjelder:

Avvisning. Angivelse av tildelingskriterier.

Bakgrunn:

(1) Ullevål universitetssykehus HF utlyste 10. januar 2005 en åpen anbudskonkurranse for å inngå rammeavtale om levering av pasientterminaler. Anskaffelsen er en totalleveranse som inkluderer både maskinvare og nødvendig tilknytning/tilgang/abonnement. En pasientterminal er en dataskjerm med telefon/fjernstyringsenhet ved hver sengepost hvor pasienten kan få informasjon av medisinsk art og ha tilbud i form av telefon, video, internettilgang m.v.

(2) I konkurransegrunnet fremgår det blant annet om avvisning av

tilbud:

"Anbud som ikke tilfredsstiller alle absolutte krav i kravspesifikasjonen vil bli avvist.

Anbud som ikke tilfredsstiller ¾ av ønskede krav kan avvises.

Anbud som ikke besvarer funksjonalitet (kategori A, B eller C i kravtabellen) kan vurderes som mangelfulle og avvises."

(3) Tildeling skulle skje til det økonomisk mest fordelaktige tilbudet. Tildelingskriteriene var fastsatt og vektet slik:

- Netto totalskostnad beregnet over fire år 60 %
- Oppfylging av ønskede funksjoner (B-krav) 20 %
- Kostnad for ringemønster (jfr. prisskjemaet) 10 %
- Leveringstid på utstyr etter avrop

(4) I konkurransegrunnlagets kravtabell fremgår det at blant annet følgende krav er minimumskrav:

"1.12 Telefon

Portalen skal ha telefunksjonalitet (softphone) for toveis tale over IP.

1.13

Leverandøren skal tilby IP-telefoni gjennom portalen. Tilgangsstyring skal kunne skje på brukergruppenivå. Tilgang til innenlands fasttelefon skal være kostnadsfri for brukeren.

(...)

1.19 Film – video on demand

Hver portal skal tilby et utvalg på minimum tre underholdningsfilmer tilpasset brukergruppene. Utvalget skal skiftes ut regelmessig og har markedsstilpasset aktualitet."

(...)

2.6 Telefon

Pasientterminalen skal ha telefonfunksjonalitet for toveis tale over IP-telefoni.

(...)

2.14 Film/spill

Alle fysiske grensesnitt ivaretas gjennom grensesnitt mot datanettverket. Det forutsettes at det legges opp til en ekstern underholdningstjener som i sin helhet driftes av leverandøren. Klientprogramvare skal være inkludert.”

(5) Videre er blant annet følgende ”bør”-krav:

”1.23 Betalingsformidling

Portalløsningen for voksne bør ha tilstrekkelig funksjonalitet til å ivareta betalingsformidling av tjenester som tilbys gjennom terminalen. Løsningen bør ha funksjon for å administrere tjenester og priser samt håndtere betalingsformidling. Total betalingsløsning tilbys som opsjon.”

(6) Innen tilbudsfristen 6. juni 2005 leverte tre tilbydere inn tilbud. En av tilbyderne var Cardiac AS (heretter kalt klager) som tilbød Imatis Pasientterminal.

(7) I utfylt kravstabell vedlagt tilbudet bekrefter klager at tilbudet tilfredsstillende de ovenfor siterte minstekravene. For punkt 1.19 ”Film Video On Demand” har klager kommentert følgende:

”Imatis Pasientterminal har integrert løsning for å aksessere VoD filmer fra iCanal.”

(8) Klager tilbød iCanal som underleverandør for videotjenesten. Videotjenesten er beskrevet i tilbudets punkt 3.10. Under dette punktet er det blant annet et skjermbilde av ”den siste samurai” hvor det fremgår at det koster ”NOK 53” å se filmen. Betalingsmetodene er beskrevet i punkt 3.10.2.

(9) I tilbudets prisplan står det følgende om IP-telefoni:

Prisplan – IP-telefoni	Enhet	Pris Ekskl. mva	Kommentar
Bruksmønster som legges til grunn i konkurransen: 4 samtaler/9 minutter Norgestaks – dag 6 samtaler/30 minutter Norgestakst – kveld	Totalkastnad basert på enhetspriser nedenfor	Alt. 1 – 52,36 Alt. 2 – 29	Alternativ 2 fordrer abonnement Onetwentyfour som koster 124/mnd per terminal. Se for øvrig detaljer i priskalkyle vedlegg 04.1

3 samtaler/6 minutter til mobil i TnM nett			
3 samtaler/6 minutter til mobil i Netcom nett			
IP telefon – IP telefon	Per samtale	0	Til andre IP24 kunder gratis, gratis til alle abonnemeter hvis Onetwentyfour abonnement
Oppstartspris	Per minutt	0	
Trafikkpris			
Til norsk fasttelefon	Per samtale	0	Fordrer Onetwentyfour abonnement fra IP 24
Oppstartspris	Per minutt	0	
Dagtid	Per minutt	0	
Kveld/helg			
Til mobiltelefon i Telenor mobil nett	Per samtale	0	Fordrer Onetwentyfour abonnement fra IP 24
Oppstartspris	Per minutt	0	
Trafikkpris			
Til mobiltelefon i Netcom nett	Per samtale	0	Fordrer Onetwentyfour abonnement fra IP 24
Oppstartspris	Per minutt	0	
Trafikkpris			
Utland ; prisplan for fasttelefon og mobil vedlegges			Se vedlegg 04.2

Tabelloppsettet og de to første kolonnene er hentet fra konkurransegrunnlaget. De to siste kolonnene er utfylt av klager.

(10) Det ble gjennomført et presentasjonsmøte med klager 24. juni 2005. Det er ikke fremlagt referat fra møtet. Innklagede ytret i møte ønske om at leveransen skulle baseres på en fast pris for sykehuset gjennom et abonnement med fri tilgang til filmene uavhengig av bruk, i stedet for klagers prismodell som baserte seg på betaling pr. film. Det ble avtalt at klager skulle undersøke mulighetene for en prismodell med fast pris.

(11) Klager kom med presiseringer i brev av 27. juni 2005. Det fremgår av brevet at klager har vært i kontakt med sine underleverandører og fått avklart at det ikke kan gis tilbud på fastpris for Video on Demand "per dags dato". Avslutningsvis i brevet fremgår det:

"Vi foreslår dermed at vi fastholder vår opprinnelige skisserte løsning basert på iCanal. Så vidt vi kan bedømme tilfredsstillende denne løsningen kravene i konkurransegrunnlaget. Alternativt må vi be dere skjønnsmessig prissette den tjenesten dere ønsker som et tillegg til våre priser. Som skissert i fredagens møte beregner vi ikke påslag for tilrettelegging av tredjeparts innholdstjenester. Dermed står kunden fritt til å velge tjeneste og leverandør."

(12) I følge klager ble ovennevnte brev fulgt opp av klager med en

telefonsamtale. I telefonsamtalen opplyste innklagede at tildeling ville skje i begynnelsen av august. Pausen i anskaffelsesprosessen skyldtes ferieavvikling.

(13) Innklagede sendte en e-post til klager 1. juli 2005 hvor det fremgikk at kontraktstildeling ville skje senere enn først planlagt. I e-posten fremgår det blant annet:

"Anbudene, anbudsprentasjonene og ettersendt dokumentasjon på bakgrunn av avklaringene i presentasjonene har gitt et tilstrekkelig bilde av de merkantile og funksjonelle forholdene til hver av anbudene."

(14) Innklagede forsøkte å beregne effekten av klagers avklaringer. I beregningen ble det tatt hensyn til følgende:

- priser pr. film som Cardiac har oppgitt i forhold til leveranse av filmer via icanal.no, som Cardiac har oppgitt som anbefalt leverandør av Video on Demand løsning. Beregningen inkluderer en film pr dag pr terminal i kontraktens løpetid, med priser som er oppgitt varierende fra 29 til 53 kroner.
- oppgitte abonnementspriser for IP-telefoni.
- inkludering av nødvendig utstyr for drift av løsningene som er priset som opsjon i tilbudet. Følgende utstyr ble lagt til fra klagers opsjonsliste:
 - TV-distribusjon – Unified Stream Manager Server v. 2 u/opsjoner
 - TV-distribusjon – Prosjektering og forberedelser til installasjon (intern test)
 - TV-distribusjon – Terague blade encoder/streamer
 - TV-distribusjon – Terague 19" Kabinett for opp til 21 blades
- ett stykk AverMedia inkludert montasje pr terminal.

(15) I e-post av 11. august 2005 fra Ementor AS (rådgiver for innklagede) meddeles at kontrakt er tildelt Nexans distribusjon AS (heretter kalt Nexans). Av e-posten fremgår det:

"Ullevål universitetssykehus viser til mottatte anbud og etterfølgende avklaringsmøter i forbindelse med anskaffelse av rammeavtale for pasientterminaler og tilhørende innholdstjenester. Helseforetaket har besluttet å inngå kontrakt med Nexans distribusjon AS. Blant de komplette anbudene oppnådde Nexans anbud høyest score på alle tildelingskriterier:

Lavest nåverdi

Flest tilleggsfunksjoner

Kortest leveringstid

Lavest kostnad på angitt ringemønster

Ullevål universitetssykehus har funnet at Cardiacs anbud er mangelfullt ved at obligatoriske tjenester (IP-telefoni og Video on Demand) ikke inngår i anbudet – ei heller etter at dette ble adressert i avklaringsmøte 24/6."

(16) Klager anmodet om en nærmere begrunnelse. Dette ble gitt av innklagede i e-post av 15. august 2005:

"Ullevål universitetssykehus mottok 3 rettidig leverte tilbud. Alle tre tilbud tilfredsstilte de obligatoriske formkravene. Alle anbydere tilfredsstilte kvalifikasjonskriteriene. For å sikre full forståelse av tilbudene, funksjonene og prisingen ble det avholdt separate tilbudsprentasjoner med alle tre anbydere 24. juni. I møtet med Cardiac kom det frem at selskapet ikke hadde levert en løsning som innebar tjenesteleveranser av Video-on-Demand og IP-telefoni. Anbyder hadde ikke oppfattet tilstrekkelig klart sykehusets ufravikelige krav om at tjenesteleveranser skulle inngå i leveransene fra anbyder, og at det ville være opp til anbyder å trekke inn underleverandører som nødvendig.

Som en del av avklaringsbehovet ble anbyder invitert til å korrigere kostnadsoppsettet i pristabellen, og samtidig gi korrekte priser på komplett Video-on-demand-løsning levert gjennom anbyder. Frist ble satt til utløpet av mandag 27/6. I sitt svar, mottatt på e-post 27/6 kl 1600 svarer Cardiac at selskapet ikke har kommet frem til kostnadsestimater for Video-on-demand. Selskapet stilte seg imidlertid åpen for at det kunne gjøres nødvendige korreksjoner fra USS side. Cardiacs tilbud var ved tilbudsfristen mangelfullt. USS oppfatter Cardiacs respons på hva som kan ha vært en misforståelse omkring obligatoriske tjenesteleveranser ikke er tilstrekkelig til at disse kravene er imøtekommet. Anskaffelsesforskriften åpner i noen grad for korreksjoner av tilbud – først og fremst for at tilbud skal kunne gjøres sammenlignbare. Kravet til tilbudets form, og spesielt bruk av prisskjema, er utarbeidet nettopp for ikke å skape tvil eller misforståelser omkring tilbudssammenstillingen. Forskriften gir ikke anledning til å legge til eller trekke fra leveranser eller kostnadskomponenter som vil være i strid med forhandlingsforbudet. Å tillegge en leverandør kostnader som ikke er forpliktet gjennom tilbudet, slik korreksjonen som Cardiac inviterer til vil være – innebærer et slikt forhandlingselement. Ullevål universitetssykehus har derfor avvist invitasjonen til å gjøre korreksjoner eller foreta kostnadstillegg i tilbudet.

I det tilbudet fra Cardiac er blitt funnet mangelfullt har det ikke blitt sammenstilt med de øvrige tilbudene ved avgjørelsen av konkurransen."

Anførsler:

Klagers anførsler:

(17) Innklagede har brutt regelverket for offentlige anskaffelser.

(18) Det var ikke grunnlag for å avvise klagers tilbud. Behandlingen av klagers tilbud bryter med kravene til likebehandling og god forretningsskikk, jfr. lov om offentlige anskaffelser § 5 og forskrift om offentlige anskaffelser § 3-1.

(19) Klagers tilbud tilfredsstiller kravene i konkurransegrunnlagets kravtabell. Kravene er ivaretatt gjennom Imatis Pasientterminal og løsningene angitt i tilbudets løsningsbeskrivelse. Det er i konkurransegrunnlaget ikke angitt krav til hvorledes betaling av tjenestene skal skje ut over at fasttelefoni skal være kostnadsfritt for brukeren. Det fremgår ikke av konkurransegrunnlaget om det skal gis pris pr. film eller en samlet pris for ubegrenset bruk for hele sykehuset.

(20) Det er ikke riktig, slik innklagede hevder i e-post av 15. august 2005, at klager *"ikke oppfattet tilstrekkelig klart sykehusets ufravikelige krav om at*

tenesteleveranser skulle inngå i leveransene fra anbyder, og at det ville være opp til anbyder å trekke inn underleverandører som nødvendig". Klager hadde i tilbudet krysset av for at både IP Telefoni og Video on Demand ble tilbudt ikke bare for den tekniske løsningen, men også for innholdet (minimum tre filmer og kostnadsfrie fasttelefonsamtaler). Det vises blant annet til klagers brev av 27. juni 2005 hvor dette fremgår. Klager har i henhold til konkurransegrunnlaget oppgitt underleverandører både for IP Telefoni og Video on Demand, og klager tar ansvar for underleveransene, dog uten at det kreves noe påslag for dette. Innklagede skal inngå kontrakt med klager og ikke underleverandørene av tjenestene.

(21) Innklagede burde ha avholdt et avklaringsmøte med klager. Hadde innklagede innkalt klager til et avklaringsmøte, ville åpenbare feilslutninger og feilaktige tilleggsberegninger i pris kunne ha vært unngått.

(22) Ved å innføre krav om fastpris på film i presentasjonsmøte med klager, har innklagede ikke overholdt forskriftens § 5-1 som fastsetter at konkurransegrunnlaget skal opplyse om hvilken ytelse som skal anskaffes. Konkurransegrunnlaget inneholder, med unntak av kravet til innenriks fasttelefoni, ingen kriterier i forhold til prissettingen (stykkpris, fastpris, abonnementspris mv.).

(23) Klager bestrider at tilbudet skal effektvurderes slik innklagede har gjort. For det første er tilbudet i samsvar med kravene satt i konkurransegrunnlaget. For det andre er effektberegningen for omfattende dersom det legges til grunn at tilbudet på enkelte punkter må effektvurderes.

(24) Klager stiller seg uforstående til hva innklagede skal effektvurdere under punktet *"priser pr fil som Cardiac har oppgitt i forhold til leveranse av filmer via icanal.no"*. Kravtabellen i konkurransegrunnlaget inneholder ikke krav om at bruken av film skal være kostnadsfri for brukeren. For IP-telefoni er det i kravtabellen uttrykkelig sagt at bruk av telefon til fasttelefon skal være kostnadsfri for brukeren. Det følger implisitt av dette at annen bruk, eks.utenlandssamtaler og samtaler til mobilnett, skal kunne belastes brukeren. Når det i kravtabellen for Video on Demand ikke er satt krav om at avspilling av film skal være kostnadsfri for brukeren, kan det ikke være i strid med kravtabell å inngi tilbud med en løsning som innebærer at bruken belastes pr film på samme måte som ved telefoner til mobilnettet. Klager har tilbudt en løsning hvor brukeren betaler for filmen. Denne kostnaden vil ikke bli innklagedes kostnad og det skal følgelig ikke beregnes noen effekt av dette for klagers tilbud da Video on Demand-løsningen er inkludert i tilbudet.

(25) Klager synes det er uklart hva innklagede mener er mangelfullt med klagers tilbudte IP-telefoni. I effektvurderingen har innklagede sett på *"oppgitte abonnementspriser for IP-telefoni"*. Når kravet i konkurransegrunnlaget er at tjenesten skal være kostnadsfri for bruker, er dette kun mulig ved bruk av onetwentyfour-abonnement som angitt i alternativ to.

(26) Innklagede har i effektvurderingen sett hen til *"inkludering av nødvendig utstyr for drift av løsningene som er priset som opsjon i tilbudet"* og *"økning i pris for montering av utstyr"*. Klager erkjenner at det er en skrivefeil i tilbudets punkt 3.10 om Video on Demand ved at ordet "opsjon" er benyttet innledningsvis. Det skulle ha stått "kravet". Sett i sammenheng med kravstabellens punkt 1.19 og kommentarfeltet til dette punktet hvor det står at Imatis pasientterminal har integrert løsning for å levere videotjenesten, er imidlertid skrivefeilen åpenbar. Innklagede har lagt til grunn at for at klagers tilbud skal tilfredsstillende kravspesifikasjonen, må tilbudets punkt 5 om opsjoner hensyntas. Tilbudets punkt 5 gjelder imidlertid opsjon på TV-distribusjon og ikke Video on Demand-løsningen.

(27) For klager er det uforståelig at innklagede har sett det som nødvendig å inkludere AverMedia for at Video on Demand-løsningen skal fungere. Dette er angitt som en opsjon i klagers tilbud. AverMedia er en

konverterenhet som kobles til pasientterminalens USB-kontakt slik at man kan koble til spillkonsol som ikke har USB-plugg. AverMedia har således ikke noe med Video on Demand-løsningen å gjøre.

(28) Klager var ikke kjent med at klagers tilbud var avvist før meddelelse om tildeling ble sendt ut 11. august 2005. Dette var mer enn to måneder etter tilbudsfristens utløp og mer enn seks uker etter møte/korrespondanse mellom partene. Innklagede hevder at det allerede i møtet 24. juni 2005 var klart at klagers tilbud ble ansett ikke å tilfredsstille ufravelige krav. Innklagede har da ikke varslet klager "snarest mulig", jfr. forskriftens § 3-8. Innklagede kunne ikke vente med å gi denne informasjonen til meddelelse om tildeling ble gitt seks uker senere.

(29) Den sene meddelelsen om avvisning av klagers tilbud har ført til at klager ikke har kunnet påklage avvisningen tidligere. Dette har hatt til følge at klagers tilbud uberettiget ikke er tatt med i evalueringen.

(30) Mens innklagede allerede i møtet 24. juni 2005 at klagers tilbud var mangelfullt, ble klager ført bak lyset med henblikk på konkurransesituasjonen når det i e-post av 1. juli 2005 fra innklagedes rådgiver fremgår at klagers tilbud er godkjent både teknisk, merkantilt og funksjonelt.

(31) Klager påpeker at begrunnelsen for avvisning som er fremkommet fra innklagede under klagebehandlingen, ikke tidligere har vært klargjort for klager.

(32) Angivelsen av tildelingskriteriene i meddelelsen om tildeling er ikke i direkte samsvar med tildelingskriteriene i konkurransegrunnlaget. Særlig gjelder dette "flest tilleggsfunksjoner" som ikke tidligere er angitt.

Innklagedes anførsler:

(33) Innklagede bestrider at regelverket for offentlige anskaffelser er brutt.

(34) Klagers tilbud ble avvist fordi det var ufullstendig og at det som følge av dette ikke var klart hvordan tilbudet skulle bedømmes i forhold til øvrige tilbud. Avvisningen var derfor rettmessig. Manglene i klagers tilbud gjaldt innholdsmessige løsninger for IP-telefoni og Video on Demand.

(35) Klagers tilbudte løsning har IP-funksjonalitet, men tilbudet inkluderer ikke tjenesten IP-telefoni. I stedet for å tilby IP-telefonitjenesten selv eller gjennom underleverandør, har klager lagt ved en prisliste fra en aktør i markedet. Klager opplyste i møtet 24. juni 2005 at avtale om denne tjenesten måtte inngås direkte mellom innklagede og leverandøren sykehuset valgte. Klager har derfor ikke tilbudt tjenesten IP-telefoni.

(36) I innklagedes tilsvaret til klagenemnda bestrides at det ble innført et nytt krav ved evalueringen av tilbudene. Det vises til at det fremkommer av konkurransegrunnlaget at Video-on Demand-løsningen skal inneholde minimum tre aktuelle filmer på rullende basis. Dette kravet innebærer både at det skal kunne tilbys film på denne måten og at filmtilbudet skal være inkludert i prisen for innholdet av løsningen. Det er ikke i samsvar med kravspesifikasjonen at Video on Demand-løsningen krever at den enkelte pasient logger seg på en internettbasert løsning og må betale for filmer. Innklagede gjorde klager oppmerksom på hvordan de opprinnelige kravene var å forstå i møtet 24. juni 2005. Dette var kun en presisering av konkurransegrunnlaget.

(37) I e-post til klagenemnda 3. oktober 2005 anfører innklagede at det ikke er forespurt betalingsløsninger som obligatorisk funksjonalitet for Video on Demand-løsningen som gjør tilbudet mangelfullt. Kravet om betalingsløsning har i følge innklagede ingen direkte sammenheng med Video on Demand som en separat innholdstjeneste. Det avgjørende for innklagedes vurdering av Video

on Demand-løsningen er at klager i stedet for å tilby tjenesten har levert en markedsaktørs priser uten at dette inngikk i leveransen fra klager og uten at kostnadene for visning kom frem. Dette ble bekreftet av klagers brev av 27. juni 2005. Tilbydernes ansvar for innholdsleveranser for film/video kommer direkte til uttrykk i konkurransegrunnlags kravstabell punkt 2.14.

(38) På bakgrunn av tilbakemeldingene fra klager etter avklaringsmøtet ble det vurdert som ukiart hvordan et tillegg i den tilbudte prisen skulle fastsettes, og det var ikke "utviklsomt" hva tillegget skulle ha vært. Innklagede hadde dermed ikke adgang til å rette prisene i henhold til forskriftens § 9-1(3).

(39) Innklagede forsøkte å beregne effekten av avklaringene innklagede mottok fra klager. Dette resulterte i et betydelig tillegg i prisen i forhold til det opprinnelige tilbudet. Utslagene var såpass store at også rangeringen av tilbudene vurdert etter tildelingskriteriet "*netto totalkostnad beregnet over fire år*", ville bli endret. Det var dermed tvilsomt hvordan klagers ufullstendige tilbud skulle vurderes i forhold til de øvrige. Innklagede pliktet derfor å avvise klagers tilbud i henhold til forskriftens § 8-10(1)(d).

(40) Innklagede mener det var riktig å effektivt vurdere tillegg for kostnader knyttet til bruk av opsjoner. Klager har referert til Video on Demand som opsjon, blant annet innledningsvis i sin løsningsbeskrivelse under punkt 3.10. Ut fra den videre beskrivelsen i punkt 5.1.4 har sykehuset forstått at opsjonen og det tilhørende utstyret var nødvendig for å tilfredsstille de obligatoriske kravene i kravspesifikasjonen. I et korrigert kostnadsoppsett ble det derfor lagt inn oppgitte priser for opsjoner knyttet til Video on Demand-løsningen for drift utenfor sykehuset. Det ble ikke gjort tillegg for den tilbudte betalingsløsningen eller for opsjonselementer listet under en løsning for "in-house".

(41) Av selve tilbudet var det ikke åpenbart at det forelå en mangel. Innklagede ble først oppmerksom på forholdene som begrunnet avvisningen, under avklaringsmøtet og i klagers senere skriftlige redegjørelse. På grunn av ferieavviklingen ble ikke konsekvensene vurdert før etter gjenopptakelse av prosjektet i august og avvisningsbeslutningen ble fattet først da. Klager fikk derfor melding om avvisningen så snart den var fattet. Innklagede kan uansett ikke se at klager har vært skadelidende som følge av prosessen som ble fulgt ved avvisningen.

(42) I meddelelsen om tildeling av kontrakt ble tildelingskriteriene nevnt med en noe annen ordlyd enn det som fremkommer av konkurransegrunnlaget. Selv om ordlyden fraviker noe, medfører det ikke noe realitetsforskjell. Tilbudene ble evaluert etter tildelingskriteriene oppgitt i konkurransegrunnlaget. Kriteriene er noe omskrevet i meddelelsen for å vise hva det valgte tilbudet scoret høyest på. Kriteriet "*netto totalkostnad beregnet over fire år*" ble betegnet som "*lavest nåverdi*", "*oppfylling av ønskede funksjoner*" ble betegnet som "*flest tilleggsfunksjoner*", "*kostnad for ringemønster*" ble betegnet som "*lavest kostnad på angitt ringemønster*" og "*leveringstid på utstyr etter avrop*" ble betegnet som "*kortest leveringstid*". Innklagede har således forholdt seg til konkurransegrunnlagets tildelingskriterier.

(43) Innklagede bestrider at kravene i lovens § 5, herunder kravet til likebehandling er brutt. Klagers tilbud ble på lik linje med de øvrige tilbudene vurdert på bakgrunn av det innleverte tilbudet og den etterfølgende presentasjonen. Innklagede har fulgt kravene til saksbehandling som følger av lovens § 5.

Klagenemndas vurdering:

(44) Klager har deltatt i konkurransen og har saklig klageinteresse, jfr. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Forskrift om offentlige anskaffelser del I og II kommer til anvendelse på anskaffelsen.

Avvisning fordi klager ikke tilbød alle forespurte tjenester

(45) Innklagede avviste klagers tilbud med den begrunnelse at klager ikke tilbød innholdstjenestene IP-telefoni og Video on Demand, men i stedet forutsatte at innklagede måtte inngå separate kontrakter med leverandører av disse tjenestene.

(46) Klager har i kravstabelen krysset av for at klager tilbyr IP-telefoni gjennom portalen. Videre er det i prisplanens kommentarfelt lagt til grunn at tilbudet på IP-telefoni fordrer et Onetwentyfour-abonnement fra IP24. Vedlagt tilbudet er IP24s prisliste på telefoni. For Video on Demand-løsningen er det i klagers tilbud angitt at *"Imatis Pasientterminal har integrert løsning for å aksessere VoD filmer fra iCanal."* I klagers brev av 27. juni 2005 uttales videre at *"som skissert i fredagens møte beregner vi ikke påslag for tilrettelegging av tredjeparts innholdstjenester. Dermed står kunden fritt til å velge tjeneste og leverandør."*

(47) Klagers formulering i brev av 27. juni 2005 er noe uheldig da det kan gi et inntrykk av at klager anser leverandørene av tjenestene som selvstendige leverandører og ikke underleverandører. Sett på bakgrunn av at klager i tilbudet har bekreftet at både IP-telefoni og Video on Demand tilbys, og det i tilbudet ikke er tatt forbehold om at kontrakt skal inngås direkte med leverandørene, finner klagenemnda likevel at klagers tilbud må forstås slik at IP24 og iCanal er underleverandør til klager. Var innklagede i tvil om dette, burde forholdet ha vært avklart med klager. Tilbudet var ikke mangelfullt på disse punktene.

(48) Klagenemnda forstår innklagedes e-post av 3. oktober 2005 slik at innklagede ikke hevder at det var et krav om Video on Demand-løsningen skulle være kostnadsfri for brukeren, men at tilbudet kunne avvises fordi kostnadene for bruken ikke kom frem av tilbudet. I klagers tilbud er Video on Demand-løsningen beskrevet i punkt 3.10. Av dette punktet fremgår det klart at det forutsettes at bruker skal betale for bruken ved at betalingsmetodene er beskrevet. Prisen for filmen fremgår av skjermbildet som viser "Den siste samurai" hvor det står "53 NOK". I presentasjonsmøte opplyste klager at prisene på filmene varierte fra kr. 29 til kr. 53. Selv om klager kunne ha angitt prisen tydeligere i tilbudet, finner klagenemnda at det ikke var grunnlag for å avvise tilbudet på grunn av manglende angivelse av kostnadene for bruken.

Avvisning etter forskriftens § 8-10(1)(d)

(49) Innklagede har vurdert effekten av avklaringer innklagede mottok i klagers brev av 27. juni 2005. Dette har i følge innklagede ført til at klagers tilbud måtte avvises i henhold til forskriftens § 8-10(1)(d).

(50) Det fremgår ikke av konkurransegrunnlaget at bruken av Video on Demand skulle være kostnadsfri eller at IP-telefoni ikke skulle være tillagt abonnementspriser. Det var dermed ikke i strid med konkurransegrunnlaget å fastsette priser for dette i klagers tilbud. Ved at innklagede ikke har angitt hvordan disse tjenestene skal prises, var det åpnet for at det ble inngitt tilbud med ulik prissetting av tjenestene. Innklagede har da plikt til, i den grad det er mulig, å gjøre tilbudene sammenlignbare. Innklagede har beregnet et tillegg for kostnadene ved bruk av klagers Video on Demand-løsning. Beregningen inkluderer en film pr. dag pr. terminal i kontraktens løpetid, med priser som er oppgitt varierende fra kr. 29 til 53. Dette er kostnader brukeren av tjenesten får ved bruken og er da relevant ved vurderingen av tilbudets *"netto totalkostnader"*. Innklagede har videre beregnet den økonomiske betydningen av abonnementsprisen på den tilbudte IP-telefoni-løsningen. Denne kostnaden er også relevant i forhold til *"netto totalkostnader"*. Kostnadene representerer imidlertid ikke som angitt ovenfor, avvik fra konkurransegrunnlaget. Tilbudet inneholder derfor ikke "feil, uklarheter eller lignende" som kan føre til at avvisningsregelen i forskriftens § 8-10(1)(d) kommer til anvendelse. Kostnadene kan fastsettes på en tilstrekkelig klar måte til at tilbudet kan sammenlignes med andre tilbud som ikke har priset disse tjenestene.

(51) Innklagede har lagt til grunn at det var nødvendig å gjøre et tillegg i klagers tilbud på grunn av *"inkludering av nødvendig utstyr for drift av løsningene som er priset som opsjon i tilbudet"*. I tilbudet punkt 3.10 er Video on Demand-løsningen innledningsvis angitt som en opsjon. Tilbudets punkt 5 som angår opsjoner gjelder kun TV-distribusjon og betalingsløsninger og ikke Video on Demand-løsningen. I kravstabellen har klager krysset av for at den etterspurte Video on Demand-løsningen er inkludert i hovedtilbudet. Leses tilbudet i sammenheng, er det åpenbart at betegnelsen "opsjon" i punkt 3.10 er en feilskrift. Innklagede brøt dermed kravet til likebehandling etter lovens § 5 når innklagede beregnet et tillegg for opsjoner som ikke var knyttet til Video on Demand-løsningen. Dette er ikke en avvisningsgrunn.

(52) Produktet fra AverMedia er en konverterenhet som kobles til pasientterminalens USB-kontakt slik at man kan koble til spillkonsol som ikke har USB-plugg. Produktet fra AverMedia er ikke nødvendig for Video on Demand-løsningen. Det var da i strid med kravet til likebehandling å beregne et tillegg for denne delen i klagers tilbud. Heller ikke dette utgjør en avvisningsgrunn.

Fremgangsmåten ved avvisningen

(53) Innklagede forstod klagers uttalelser i møtet av 24. juni 2005 slik at klager ikke tilbød IP-telefoni, men at innklagede selv måtte inngå kontrakt med tredjepart om dette. Videre har innklagede opplyst at innklagede forstod klagers brev av 27. juni 2005 dithen at det samme gjaldt for Video on Demand-løsningen.

(54) Innklagede var dermed allerede ved møtet 24. juni 2005 og klagers brev av 27. juni 2005 klar over de forholdene innklagede mente var avvisningsgrunner. Det var da uforsvarlig av innklagede å sende e-posten av 1. juli 2005. Selv om e-posten er uklart formulert fikk klager ved mottagelsen av denne en berettiget forventning om at klagers tilbud ikke var mangelfullt og at det var med i evalueringen. Dette må sies å være i strid med god forretningskikk.

Tildelingskriteriene

(55) Innklagedes angivelse av tildelingskriteriene i tildelingsbrevet avvek fra konkurransegrunnlagets angivelse av tildelingskriteriene. Klagenemnda har i sak 2004/215 uttalt at evalueringen kan bli mindre gjennomskiktig og etterprøvbar dersom det benyttes andre begreper i tildelingsbrevet enn begrepene benyttet i konkurransegrunnlagets tildelingskriterier. I herværende sak er det imidlertid ikke vanskelig å se hvilke tildelingskriterier begrepene i tildelingsbrevet knytter seg til. Kravene til etterprøvbarhet og gjennomskiktighet i lovens § 5 er da tilstrekkelig ivaretatt.

Konklusjon:

Ullevål universitetssykehus har brutt forskrift om offentlige anskaffelser ved å avvise tilbudet fra Cardiac AS uten at vilkårene for dette var til stede.

Ullevål universitetssykehus har brutt kravet til likebehandling etter lov om offentlige anskaffelser § 5 ved å beregne et tillegg til Cardiac AS' tilbudspris for opsjoner og produkter som ikke var nødvendige for den tilbudte Video on Demand-løsningen.

Ullevål universitetssykehus har brutt kravet til god forretningsskikk etter lov om offentlige anskaffelser § 5 ved å sende ut en e-post som ga inntrykk av at Cardiac AS' tilbud var med i evalueringen, selv om Ullevål universitetssykehus vurderte å avvise tilbudet.

Klagenemnda

10. oktober 2005

Andreas Wahl



Forsiden
Nemndsmedlemmer
Saksbehandling
Regelverk
Innkomne saker
Statistikk
Årsrapporter
Dommer
Søk i avgjorte saker

Avgjorte saker:

[2003](#) [2004](#) [2005](#)

Besøksadresse

H. Heyerdalsgate 1
0033 Oslo

Postadresse

Postboks 8132 Dep
0033 Oslo

Tlf.: 22 33 70 10

Faks: 22 33 70 12

E-post:

postmottak@kofa.no

Avgjorte saker

I en åpen anbudskonkurranse hadde den valgte leverandøren inngitt manglende dokumentasjon på sine tekniske kvalifikasjoner. Klagenemnda fant at denne leverandøren skulle vært avvist, da innklagede ikke hadde tilstrekkelig informasjon til å kunne gjøre en forsvarlig vurdering av om de nødvendige kvalifikasjoner likevel var oppfylt.

Klagenemndas avgjørelse 10. oktober 2005 i sak 2005/246

Klager: Morten Johnsen, Brian Pelle, Alf Harry Karlsen

Innklaget: Vikna kommune

Klagenemndas medlemmer: Kai Krüger, Bjørg Ven, Andreas Wahl

Saken gjelder: Avvisning. Kvalifikasjoner.

Bakgrunn:

(1) Vikna kommune (heretter kalt innklagede) kunngjorde 27. mai 2005 en åpen anbudskonkurranse for vintervedlikehold av veier i perioden 15. oktober 2005 til 15. april 2009. Kontrakten var nærmere beskrevet som "brøyting og strøing av ca. 118 km veg, fortau, gang- og sykkelveg og p-plasser".

(2) Det fremgår av konkurransegrunnlaget at kontrakten var inndelt i ti områder, kalt roder. Tilbud kunne inngis på én eller flere roder. Innledningsvis i konkurransegrunnlaget het det at:

"Anbud gis på vedlegg I til dette anbudsgrunnlaget og sendes/leveres i 2 eksemplarer i lukket konvolutt merket "Anbud vintervedlikehold 2005-2009, rode nr...". Det skal kun være vedlagt ett anbud i hver konvolutt".

(3) Konkurransegrunnlaget stilte blant annet krav om at "kopi av vognkort/dokumentasjon på at anbyder eier/leaser eller vil kunne eie/lease, de maskiner som forutsettes brukt for oppdraget" og "oversikt over foretakets totale bemanning" skulle vedlegges tilbudet.

(4) Under punktet "valg av anbud" stod det at hver rode ville bli betraktet

som et selvstendig anbud. Videre het det blant annet følgende om kvalifikasjonsfasen:

(5) *"Kun driftsmessig fullgode lastebiler/maskiner vurderes. Andre utvelgelseskriterier er økonomiske, finansielle og tekniske minstekrav. Disse beskriver evnen til å utføre tjenesten. Man vurderer i denne sammenheng anbyders økonomiske stilling, faglig kompetanse, effektivitet, erfaring, pålitelighet og teknisk kapasitet."*

(6) Det var videre opplyst at det økonomisk mest fordelaktige tilbudet ville bli valgt.

(7) Følgende tildelingskriterier skulle vurderes:

"

- *Pris*
- *Forventet kvalitet på utførelsen*
- *Vikna kommunes tidligere erfaring med anbyder*
- *Anbyders erfaring med tilsvarende arbeid"*

(8) Under konkurransegrunnlagets punkt "*krav til leverandøren*" het det blant annet:

"Leverandøren kan ikke sette bort hele eller deler av arbeidet til andre. Leverandøren kan ikke overføre kontrakten til andre unntatt i spesielle tilfeller som godkjennes av Vikna kommune. Eksempler på dette er når:

- *Leverandør går fra å være selvstendig næringsdrivende til å drive virksomheten gjennom et aksjeselskap*
- *En selvstendig næringsdrivende faller bort, og virksomheten videreføres på en slik måte at de som har et tjenesteforhold vedr. vinterarbeider, kan fortsette i sin stilling."*

(9) Tretten leverandører innga tilbud, blant dem Morten Johnsen, Brian Pelle og Alf Harry Karlsen. Oddbjørn Ulsund har fremmet klagen på vegne av de tre nevnte tilbyderne. Disse er i det følgende kalt klagerne.

(10) Mesta AS innga et tilbud på alle rodene med unntak av rode 9, med en felles pris. Mestas tilbud gjaldt under den forutsetning at hele tilbudet ble antatt. Tilbudet var lagt i én konvolutt.

(11) I tilbuds brevet fra Mesta het det blant annet:

"Mesta AS vil benytte lokale maskin- og lastebileiere som samarbeidspartnere. Vi ser for oss et samarbeide på felles innkjøp av forbruksmateriell som strøsand, brøytestikker, salt, vegklor etc."

(12) Kopi av vognkort var ikke vedlagt tilbudet, og skjemaet for opplysninger om bilene var heller ikke fylt ut.

(13) I brev av 11. august 2005 ble tilbyderne meddelt at Mesta var tildelt kontrakten for de rodene tilbudet gjaldt.

Anførsler:*Klagernes anførsler:*

(14) Klagerne anfører at innklagede har brutt regelverket for offentlige anskaffelser.

(15) Mestas tilbud hadde klare mangler i forhold til de kravene som var satt i konkurransegrunnlaget. Mesta kommer til å benytte seg av underleverandører under utførelsen av oppdraget, og kan derfor umulig ha vedlagt den dokumentasjonen på maskinpark og bemanning som innklagede hadde krevd. Videre var Mestas tilbud på ni roder samlet i én konvolutt, mens konkurransegrunnlaget foreskrev at det *"skal kun være vedlagt ett anbud i hver konvolutt"*.

Innklagedes anførsler:

(16) Innklagede bestrider å ha brutt regelverket for offentlige anskaffelser.

(17) Konkurransegrunnlaget kan ikke forstås slik at det setter forbud mot å sette bort arbeid til andre.

Klagenemndas vurdering:

(18) Klagerne har deltatt i konkurransen og har saklig klageinteresse, jf forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Klagenemnda har i tidligere saker lagt til grunn at snørydding er en prioritert tjeneste, jf forskrift om offentlige anskaffelser § 2-4 nr 16 og CPC-kode 9403, og konkurransen følger etter sin verdi reglene i forskriftens del I og II, jf § 2-1 (3).

(19) Klagenemnda kan ikke se hvilken hensikt det skulle ha å kreve at tilbud på hver rode skulle leveres i en egen konvolutt. Konkurransegrunnlaget kan heller ikke forstås slik at dette er nødvendig når det leveres ett tilbud som omfatter flere roder. Innklagede kan ikke ses å ha brutt regelverket for offentlige anskaffelser ved at Mestas tilbud ble akseptert selv om tilbudet ble levert i én konvolutt.

(20) I konkurransegrunnlaget ba innklagede om en rekke opplysninger om den eller de maskinene tilbyderen skulle benytte, blant annet var det bedt om kopi av vognkort. Videre het det at *"kun driftsmessig fullgode lastebiler/maskiner vurderes"*. Det er dermed ikke tvil om at maskinpark er satt som et kvalifikasjonskrav. Manglende dokumentasjon på kvalifikasjonene medfører ikke nødvendigvis avvisning, jf forskriftens § 8-12 (2) bokstav g. I medhold av kravet til likebehandling, jf lovens § 5, kreves det imidlertid at oppdragsgiver foretar en forsvarlig vurdering av om leverandøren som har utilstrekkelig dokumentasjon, likevel oppfyller kvalifikasjonskravene.

(21) Når Mesta ikke har gitt noen opplysninger om maskiner/lastebiler som skal benyttes, har ikke innklagede kunnet gjøre en vurdering av om de maskinene Mesta har tenkt til å benytte, er egnet til å oppfylle kontrakten. Innklagede har heller ikke bedt om å få slik dokumentasjon ettersendt. I medhold av kravet til likebehandling i lovens § 5 og forskriftens § 3-1 skulle innklagede derfor avvist Mesta.

(22) Når det gjelder bruk av underleverandører, vil klagenemnda vise til EF-domstolens dom i sak C-176/98. Den omhandler bruk av leverandørers rett til å henvise til underleverandørers kvalifikasjoner i kvalifikasjonsvurderingen. Domstolens uttalte i premiss 26 at:

"[...] ingen kan udelukkes fra at deltage i en udbudsprocedure vedrørende en offentlig tjenesteydelseskontrakt alene med den begrunnelse, at han ved aftalens opfyldelse agter at benytte ressurser, som han ikke selv er i

besiddelse af, men som tilhører en eller flere andre juridiske personer”

(23) I klagenemndas avgjørelse i sak 2003/126 tolket klagenemnda dommen slik at den satte et forbud mot at oppdragsgiver ved utvelgelse til forhandlinger vektlegger om tilbyder skal benytte underleverandører under oppfyllelsen av kontrakten. Klagenemnda antar at også en klausul i konkurransegrunnlaget som forbyr bruk av underleverandører, vil være problematisk i forhold til direktivenes formål, nemlig å legge til rette for samhandel i EØS-området. Ettersom det allerede er konstatert at Mesta skulle vært avvist, trenger ikke klagenemnda å ta stilling til om innklagede var forpliktet til å se bort fra konkurransegrunnlagets forbud mot å sette bort hele eller deler av arbeidet til andre.

Konklusjon:

Vikna kommune har brutt kravet til likebehandling i lov om offentlige anskaffelser § 5 og forskrift om offentlige anskaffelser § 3-1 ved å la være å avvise Mesta selv om Mestas dokumentasjon på kvalifikasjonene var mangelfull, og innklagede ikke kunne gjøre en forsvarlig vurdering av om kvalifikasjonskravene var oppfylt.

For klagenemnda,

10. oktober 2005

Bjørg Ven



Forsiden
Nemndsmedlemmer
Saksbehandling
Regelverk
Innkomne saker
Statistikk
Årsrapporter
Dommer
Søk i avgjorte saker

Avgjorte saker:
[2003](#) [2004](#) [2005](#)

Besøksadresse
H. Heyerdalsgate 1
0033 Oslo

Postadresse
Postboks 8132 Dep
0033 Oslo

Tlf.: 22 33 70 10

Faks: 22 33 70 12

E-post:
postmottak@kofa.no

Avgjorte saker

Innklagede gjennomførte en begrenset anbudskonkurranse for 2 entrepriser i forbindelse med anlegg av en kai. Tilbud kunne inngis på én eller begge entrepriser. Kontrakt skulle tildeles tilbudet med lavest pris, men med 10% tillegg for kapitalkostnader der leveringstiden var lenger enn i det tilbudet som hadde raskest ferdigstillelse. Klager innga tilbud bare på entreprise 2. Klagenemnda fant at innklagedes beregning av kapitalkostnadene ~~måtte være~~ riktig. Begrunnelsen for valg av tilbud var utilstrekkelig.

Klagenemndas avgjørelse 26. september 2005 i sak 2004/161

Klager: A. Våge AS

Innklaget: Nordfjord Havnevesen IKS

Klagenemndas medlemmer: Morten Goller, Inger Marie Dons Jensen, Bjørg Ven

Saken gjelder: Beregning av pris. Begrunnelse og etterprøvbarehet.

Bakgrunn:

(1) Nordfjord Havnevesen IKS (heretter kalt innklagede) kunngjorde 25. september 2003 en begrenset anbudskonkurranse for utbygging av et kaiområde på Trollebø. Kunngjøringen omfattet to totalentreprisekontrakter: Totalentreprise nr 1 gjaldt grunnarbeider, dvs. utfylling og planering, mens totalentreprise nr 2 gjaldt byggarbeidene som skulle utføres etter at grunnarbeidene var gjennomført.

(2) I henhold til det opplyste ble A. Våge AS (heretter kalt klager) prekvalifisert til å gi tilbud på entreprise nr 2, byggarbeidene, men ikke på entreprise nr 1.

(3) Det var utarbeidet et felles konkurransegrunnlag for de to entreprisene. Av konkurransegrunnlagets punkt 1.2.3 fremgikk det blant annet at kontrakt ville bli tildelt leverandøren med lavest pristilbud, og at leverandørene kunne inngi tilbud på begge entreprisene.

(4) Den 18. november 2003 ble det avholdt anbudsbefering. I referatet fra beferingen het det blant annet at *"anleggstid er en viktig faktor for Nordfjord Havnevesen. Ved sammenlikning av tilbud vil det bli brukt en internrente på 10 %."*

- (5) Fristen for å inngi tilbud var den samme for begge entreprisene.
- (6) På entreprise nr 1 var tilbudet fra Johs. J. Syltern AS vurdert som best. Dette tilbudet oppga en anleggstid på 128 dager fra oppstart.
- (7) På entreprise 2 hadde klager innlevert et tilbud på kr 15.052.835 med byggetid på 200 dager. Klagers tilbud var inkludert prisstigning i byggetiden.
- (8) Selmer Skanska AS leverte tilbud på entreprise 2 på kr 15.531.000 med byggetid på 135 dager. Prisstigning var angitt som fast beløp på kroner 265.000 eks mva.
- (9) Den 18. desember 2003, etter tilbudsåpningen, sendte innklagede ut en oversikt over de innkomne tilbud med priser. Det var oppgitt at prisene ikke var korrigert. Av oversikten fremgikk det at klager hadde lavest pris på entreprise 2. Det samme fremgikk av en ny, justert oversikt som ble sendt ut dagen etter. Heller ikke i denne oversikten var det foretatt korrigeringer av prisene.
- (10) Den 12. januar 2004 skrev innklagede følgende brev til leverandørene:
- "Nordfjord Havnevesen IKS har gått igjennom tilbudene fra alle entreprenørene. Det er foretatt korreksjoner for åpenbare feil.

Det er videre foretatt sammenligning anleggstid, timepriser og påslag. Forbehold og løsninger er vurdert. Vi har videre vurdert byggherrens kostnad med prisstigning og rente på byggelån i byggetiden. Kapitalkostnad er regnet inn med 10%, slik Nordfjord Havnevesen IKS informerte om i anbudskonferansen.

Sammenstilling viser at flere entreprenører ligger svært likt.

På bakgrunn av disse faktorene er det valgt å gå i kontraktsforhandlinger med Johs. A. Syltern på entreprise 01 og Skanska AS på entreprise 02."

- (11) Klager ba kort tid etter om en nærmere forklaring på hvordan Selmer Skanskas tilbud kunne bli vurdert som billigere enn tilbudet fra klager. I e-post av 14. januar 2004 ble det opplyst følgende fra innklagede:

"Havnevesenet har foretatt en slik beregning basert på de totale investeringene og byggetid for de ulike konstellasjoner av entreprenører.

Det viser at kombinasjonen Johs J. Syltern på entreprise 01 Skanska på entreprise 02 samlet sett kommer ut ca NOK 100.000,- lavere enn neste kombinasjon som er Johs. J. Syltern / A. Våge."

- (12) På denne bakgrunn ba klager om innsyn i de beregninger innklagede hadde foretatt. Innklagede ga følgende svar i brev av 23. januar 2004:

"Vurdering av entreprise 01 og entreprise 02 er tatt helt uavhengig av hverandre. Entreprenørene har kun hatt tilgang til opplysninger som opplyst ved anbudsåpning. I tillegg er det oppgitt anleggstid for de enkelte kaientreprenører.

Beregning av internrente på 10% for Nordfjord Havnevesen IKS gjelder hele anlegget. Det er den totale investering som gir rentebelastning. Tapte inntekter og økt egen administrasjon for Nordfjord Havnevesen kommer i tillegg. Nordfjord Havnevesen IKS har gjennom sin opplysning om 10% internrente ved sammenlikning av entrepriser nettopp lagt vekt på at kort samlet byggetid er svært viktig.

Dersom en skulle ta en sammenligning basert på kostnad av kun kaientreprise ville en tenkt dagmulkt i den forlengede byggetid for de ulike entrepriser vært mer naturlig å legge til grunn.

[...]

I den forlengede anleggstid vil derfor hele investeringen i entreprise 01 sammen med investert kapital på entreprise 02 ved tidspunkt for avslutning ved raskeste utbygger legges til grunn. I tillegg påløper rente på restbeløp til kaientreprenør i forlenget byggeperiode.”

(13) På oppfordring fra klagenemnda har innklagede forklart hvordan evalueringen ble foretatt. Innklagede har oversendt denne utregningen:

	Samlet pris	Ferdig	Kapitalkost	Prisstigning (2%)	Byggetidsrent (4%)
Syltern/Skanska	30.937.000	25.01.05	-	340.307	670.302
Syltern/A.Våge	30.459.035	01.05.05	705.226	77.031	812.241

(14) Kapitalkostnadsbeløpet (internrenten) er skjematisk fremstilt på denne måten:

	Samlet pris	Ferdig	Rest utf. 25.01.05	Investert 25.01.05
Syltern/Skanska	30.937.000	25.01.05	-	30.937.000
Syltern/A.Våge	30.459.035	01.05.05	4.500.000	29.959.035

(15) Utregningen er nærmere forklart ved følgende formel:

$$''KK = 0,5 \times 4.500.000 \times 0,1 \times 3/12 + 25.959.035 \times 0,1 \times 3/12''$$

(16) Ifølge innklagede opplyste klager per telefon 23. februar 2004 at klager hadde fått to andre entreprisekontrakter, og at diskusjonen om kontrakten på Trollebø dermed var avsluttet.

(17) Kontrakt er inngått i saken.

Klager har i det vesentlige anført:

(18) Innklagede har ikke anledning til å koble sammen de to entreprisene ved beregning av internrente, iallfall ikke så lenge dette ikke er tilkjennegitt på forhånd. Ved en evaluering av entreprise nr 2 isolert er klagers tilbud billigst. Klager skulle dermed fått denne kontrakten.

(19) På tross av gjentatte anmodninger har klager ikke fått se utregninger som viser at tilbudet fra Selmer Skanska er billigere enn klagers tilbud.

(20) Klager er ikke gitt informasjon om hvordan prisevalueringen er foretatt.

(21) Innklagedes gjengivelse av hva som ble uttalt i telefonsamtale den 23. februar 2004, bestrides.

Innklagede har i det vesentlige anført:

(22) Klagers tilbud ble vurdert å være ca 100.000 kroner dyrere enn tilbudet fra Selmer Skanska.

(23) Årsaken til at begge entreprisene vurderes samlet mht internrente, er at flere tilbydere har gitt pris på begge entrepriser. Byggherren må derfor vurdere hele utførelsen som ett anlegg for å få prisene sammenlignbare.

(24) Før styret og rådet hos innklagede behandlet saken, opplyste klager i telefonsamtale den 23. februar 2004 at firmaet hadde fått 2 andre kaioppdrag, og at saken om valg av entreprisen på Trollebø ikke ville bli forfulgt. Den usikkerhet som lå i vurdering av valg av entreprenør, var derfor avklart fra innklagedes side, og klager var ikke aktuell leverandør for arbeidene. Klagers firma er lite og ble ikke vurdert til å ha kapasitet til to store kaientrepriser samtidig.

Klagenemndas vurdering:

(25) Klager har deltatt i konkurransen og har saklig klageinteresse. Klagen er rettidig. Innklagede har i konkurransegrunnlaget lagt til grunn at forskrift om offentlige anskaffelser del I og II kommer til anvendelse, og innklagede har dermed bundet seg overfor tilbyderne til å gjennomføre konkurransen etter disse reglene. Det har ikke betydning for resultatet i saken at konkurransen følger forskrift om offentlige anskaffelser del I og II, i stedet for del I og III eller forsyningsforskriftens regler.

(26) Uansett hva som ble sagt i telefonsamtalen den 23. februar 2004, har dette ikke betydning for klagers rettsstilling. Telefonsamtalen var foranlediget av innklagedes beslutning om å tildele kontrakten til Selmer Skanska. Innklagede hadde på dette tidspunkt avslått klagers anmodning om omgjøring av beslutningen. Klagers uttalelser i telefonsamtalen har dermed ikke hatt betydning for evalueringen innklagede foretok.

(27) Saken dreier seg om beregning av kapitalkostnader. I henhold til rapporten fra anbudsbeferingen var det opplyst at innklagede ville beregne 10% kapitalkostnad for forlenget leveringstid. Klagenemnda forstår det slik at det skal tas utgangspunkt i den kombinasjonen av tilbud som gir kortest leveringstid. Andre tilbud skal gis påslag med 10% årlig rente for den perioden prosjektet overskrider korteste leveringstid.

(28) Konkurransen består av to deler, entreprise 1 og 2. Total leveringstid blir et produkt av ferdigstillelse av begge entreprisene. Beregning av kapitalkostnader må derfor skje i forhold til begge entreprisene.

(29) I dette tilfellet er henholdsvis klagers og Selmer Skanskas tilbud på entreprise 2 kombinert med tilbudet fra Johs. J. Sylterns tilbud på entreprise 1. Forskjellen i leveringstid beror derfor utelukkende på forskjellen på klagers tilbud og Selmer Skanskas tilbud.

(30) Dersom innklagede hadde valgt klagers tilbud på entreprise 2 i stedet for Selmer Skanskas tilbud, ville det medført ferdigstillelse 1. mai 2005 i stedet for 25. januar 2005. Dette er en forskjell på 96 rentedager.

(31) Klagenemnda finner innklagedes utregning av kapitalkostnadene vanskelig tilgjengelig, men det fremgår at kapitalkostnadene for klagers tilbud er regnet ut med bakgrunn i den samlede tilbudsprisen fra Johs. J. Syltern og klager.

(32) Innklagede har beregnet kapitalkostnad med utgangspunkt i summen av entreprise 1 og entreprise 2. Dette skyldes at det totale beløp som er investert i anlegget pr 25. januar 2005, ikke kan tas i bruk og gi avkastning fra denne dato hvis klagers tilbud med ferdigstilling 1. mai aksepteres. Motsatt vil hele anlegget kunne tas i bruk 25. januar 2005 hvis Selmer Skanskas tilbud på entreprise 2 velges. Det som er nedlagt av kapital i entreprise 1, vil også måtte telle med ved beregningen når man skal sammenligne byggherrens kapitalkostnader ved en ca 3 måneders senere ferdigstilling av anlegget. Utgangspunktet ved sammenligningen mellom klager og Skanska blir det samme, i og med at de begge skal bygge videre på entreprise 1 som er ferdigstilt av Johs. J. Syltern.

(33) Internrenteberegningen er foretatt slik at alt som var forutsatt investert på entreprisene pr. 25.01.2005, er medtatt i grunnlaget, mens det ikke utførte på entreprise nr. 2, anslått til kr. 4.500.000, er beregnet med en faktor på 0,5 ut fra forutsetningen om en lineær utbetaling frem mot ferdigstillingen den 01.05.2005. Dette synes også å være en riktig betraktning for sammenligningen.

(34) Etter anbudsåpning ble tilbyderne meddelt at klager hadde det rimeligste tilbudet på entreprise 2. Når prisene så blir korrigert, slik at klager likevel ikke får kontrakten, har klager krav på innsyn i de utregningene innklagede har foretatt, jf kravet til etterprøvnbarhet i lovens § 5 og kravet til begrunnelse i forskriftens §§ 10-3 (1) og 3-8 (4). Klagenemnda finner det kritikkverdig at klager fikk innsyn i tilbudsevalueringen først etter at klagenemnda uttrykkelig ba om å få prisberegningen forklart. Dette har imidlertid ikke hatt betydning for tildeling av kontrakt.

Konklusjon:

Nordfjord Havnevesen IKS har ikke brutt regelverket for offentlige anskaffelser ved sin sammenligning av tilbudene.

Nordfjord Havnevesen IKS har brutt lov om offentlige anskaffelser § 5 og forskrift om offentlige anskaffelser §§ 10-3 (1) og 3-8 (4) ved at klager ikke ble gitt innsyn i utregningene.

For klagenemnda,

26. september 2005

Inger Marie Dons Jensen



Forsiden
Nemndsmedlemmer
Saksbehandling
Regelverk
Innkomne saker
Statistikk
Årsrapporter
Dommer
Søk i avgjorte saker

Avgjorte saker:

[2003](#) [2004](#) [2005](#)

Besøksadresse

H. Heyerdalsgate 1
0033 Oslo

Postadresse

Postboks 8132 Dep
0033 Oslo

Tlf.: 22 33 70 10

Faks: 22 33 70 12

E-post:

postmottak@kofa.no

Avgjorte saker

Innklagede gjennomførte en konkurranse om arbeidsmiljøundersøkelse i kommunen. Klagenemnda kom til at det ikke var kunngjøringsplikt, da anskaffelsens verdi på kontraksundertegningstidspunktet syntes å være under kr. 200.000. Det fremgikk ikke av innklagedes evaluering av tilbudene at klagers tilbud var vurdert opp mot de angitte tildelingskriteriene. Innklagede hadde i konkurransegrunnlaget åpnet for å gjennomføre forhandlinger, men forhandlet bare med én leverandør, uten at dette var begrunnet. Klagenemnda fant at innklagede hadde brutt kravene til etterprøvnbarhet og likebehandling i lov om offentlige anskaffelser § 5.

Klagenemndas avgjørelse 26. september 2005 i sak 2004/248

Klager: Petter Wendelborg

Innklaget: Ullensaker kommune

Klagenemndas medlemmer: Svein Dahl, Inger Marie Dons Jensen, Bjørg Ven

Saken gjelder: Kunngjøringsplikt. Evaluering av tilbud. Gjennomføring av forhandlinger.

Bakgrunn:

- (1) Ullensaker kommune (heretter kalt innklagede) besluttet 15. desember 2003 å gjennomføre en arbeidsmiljøundersøkelse for alle ansatte våren 2004.
- (2) Petter Wendelborg (heretter kalt klager) var en av leverandørene som mottok invitasjon til å inngi tilbud på "Arbeidsmarkedsundersøkelse 2004". Konkurransen ble ikke kunngjort.
- (3) Anskaffelsesprosedyren er beskrevet som "åpen tilbudskonkurranse". I tillegg er det angitt i konkurransegrunnlaget:

"Kommunen har mulighet til å forhandle med tilbyderne."

- (4) Av konkurransegrunnlaget fremgår det at følgende tildelingskriterier

skulle benyttes:

”- *Pris*

- *Dekker våre behov*
- *Kvalitet*
- *Kapasitet*
- *Service og tilgjengelighet*
- *Leveringsdyktighet og stabilitet*
- *Tidligere erfaringer/kompetanse*
- *Antall forbehold fra tilbyders side*

Kriteriene er listet opp i uprioritert rekkefølge.”

(5) I konkurransegrunnlaget var det fastsatt:

”Kommunen skal på bakgrunn av verktøyet selv kunne gjennomføre årlige arbeidsmiljøundersøkelser, herunder kartlegging av det fysiske og organisatoriske arbeidsmiljøet og foreta risikovurdering.”

(6) Klager leverte tilbud innen tilbudsfristens utløp. Tilbudt pris var kr. 169.220,- eks. mva. inkludert reiser og programvare. I tillegg til klager leverte tre andre leverandører tilbud. Ingen tilbud ble avvist. Klagers tilbud var det rimeligste.

(7) Evalueringen av tilbudene ble foretatt av en partssammensatt arbeidsgruppe. Administrasjonsutvalget hos innklagede behandlet arbeidsgruppens konklusjon 15. mars 2004. En representant hadde forut for møtet innstilt klager som leverandør. I forkant av møtet hadde innklagede blitt kjent med at Kommunenes sentralforbund (heretter kalt KS) tilbød et verktøy for måling av medarbeidertilfredshet gratis for kommunene. Rådmannen utformet derfor i forkant av møtet et notat der konklusjonen var at konkurransen burde avlyses. Verken arbeidstakersiden eller de folkevalgte delte denne oppfatningen. Det ble derfor besluttet å sende saken tilbake til arbeidsgruppen for ny vurdering.

(8) Arbeidsgruppen drøftet ulike alternativer i møter 25. og 29. mars 2004. På møtene ble KS-alternativet forkastet. Samtlige tilbud ble gjennomgått og arbeidsgruppen konkluderte med:

”Den partssammensatte arbeidsgruppen er enige om at tilbudet fra rhKnoff er den eneste tilbyderen som fult ut tilfredsstiller Ullensaker kommunes behov og krav til en arbeidsmiljøundersøkelse. Gruppen mener det er helt avgjørende å få fokus på hva er godt nok og at dette gir et riktig bilde i forhold til en gapanalyse.

Gruppen har lagt avgjørende vekt på at analysen etter undersøkelsen skal kunne gi et bilde av om det eventuelt skal igangsettes tiltak, det være seg for eksempel innenfor områder med trivsel, sykefravær, psykososiale arbeidsmiljøet og fysiske arbeidsmiljøet m.m”

(9) Det fremgår av møtereferat fra arbeidsgruppens møte 29. mars 2004 at arbeidsgruppen *”anser at deres mandat bl.a. er å velge tilbyder, slik at*

det ikke legges frem sak for adm.utvalget med valg av tilbyder. Adm.utvalget vil imidlertid få seg forelagt sak om hvilken tilbyder som er valgt."

(10) I arbeidsgruppens evaluering av tilbyderne står følgende om tilbudet fra rhKnoff AS (heretter kalt Knoff):

"Uansett variant blir Ullensaker kommune uavhengig av ekstern gjennomføringsbistand når løsningen er ferdig implementert."

(11) Arbeidsgruppen valgte PSYSOS-systemet fra Knoff for å gjennomføre arbeidsmiljøundersøkelsen.

(12) Det ble sendt avslagsbrev til tilbyderne som ikke nådde opp i konkurransen 31. mars 2004. Av brevet fremgår:

"Det vises til innsendt tilbud på arbeidsmiljøundersøkelse i Ullensaker kommune.

Kommunen har nedsatt en partssammensatt gruppe som har vurdert de innkomne tilbud. Vi vil med dette meddele at Deres tilbud ikke ble antatt."

(13) Det ble ført forhandlinger med Knoff 2. april 2004. Knoff innleverte deretter et revidert tilbud. Kontrakt ble inngått 14. april 2004. Kontraktssummen var kr. 181.400,- eks. mva med tillegg av programvare og reise/diett.

Anførsler:

Klagers anførsler:

(14) Innklagede har brutt regelverket for offentlige anskaffelser

(15) Konkurransen skulle ha vært kunngjort. Den reelle verdien av anskaffelsen er over kr. 200.000 eks. mva. Når klager leverte et tilbud med en pris under dette, var det fordi klager valgte å underprise oppdraget fordi klager hadde andre mulige samarbeidsprosjekter med innklagede.

(16) Konkurransen ble avlyst av administrasjonsutvalget. Innklagede kunne da ikke inngå kontrakt med Knoff uten at det ble gjennomført en konkurranse om kontrakten.

(17) Subsidiært skulle klager, som hadde det laveste tilbudet i konkurransen, ha vært valgt.

(18) I konkurransegrunnlaget var det et krav om at innklagede *"på bakgrunn av verktøyet selv [skal] kunne gjennomføre årlige arbeidsmiljøundersøkelser, herunder..."*. Tilbydere som ikke har dette med i sitt tilbud, skulle ha vært avvist.

(19) Det er ikke riktig slik arbeidsgruppen har konkludert med, *"at tilbudet fra Knoff er den eneste tilbyderen som fullt ut tilfredsstillende Ullensaker kommunes behov og krav til arbeidsmiljøundersøkelse."* Tilbudet fra klager tilfredsstillende også disse kravene.

(20) Klager er forundret over at klager ikke ble invitert til samtale/forhandling slik innklagede beskriver i konkurransegrunnlaget. Klager hadde et tilbud som lå ca. kr. 100.000 lavere enn Knoffs tilbud. Knoff var den eneste som ble kalt inn til forhandlinger. Knoff reduserte sitt tilbud betraktelig i forhandlingene. Klager ville også kunne ha redusert sin pris under en

forhandling. Klager ville uansett ha vært betydelig billigere enn Knoff som ble gitt oppdraget.

(21) Det var administrasjonsutvalget hos innklagede som initierte arbeidsmiljøundersøkelsen. Arbeidsgruppen hadde ikke uinnskrenket kontraheringsfullmakt. Tildeling av kontrakt skulle ha vært gjort av administrasjonsutvalget.

(22) Innklagede skulle ha tilbakesendt dokumentasjon, herunder brosjyremateriell oversendt fra klager.

Innklagedes anførsler:

(23) Innklagede bestrider å ha brutt regelverket for offentlige anskaffelser.

(24) Konkurransen ble ikke kunngjort da innklagede antok at anskaffelsen hadde en verdi under kr. 200.000 eks. mva. Det ble foretatt undersøkelser av markedet ved bruk av internett. Det ble derfor gjennomført en direkte anskaffelse etter forskrift om offentlige anskaffelser § 11-2(1)(a). Intensjonene i forskriftens kapittel 3 er overholdt.

(25) Konkurransen ble ikke avlyst da rådmannens anbefaling om dette ikke ble tatt til følge. Saken ble i stedet av administrasjonsutvalget sendt tilbake til arbeidsgruppen for videre evaluering. Innklagede kunne derfor kontrahere på bakgrunn av tilbudene innhentet i konkurransen.

(26) Valg av leverandører er hjemlet i konkurransegrunnlaget. Den valgte tilbyder oppfylte kravene satt i konkurransegrunnlaget.

(27) Arbeidsgruppen hadde myndighet til å inngå kontrakt uten at dette ble forelagt for administrasjonsutvalget. Det vises til at det ble vedtatt der at *"Repr. Ingrid O. Tveits forslag sendes til parts sammensatt gruppe for vurdering"*.

(28) Brosjyrematerialet klager ønsker tilbakelevert, er ikke noe han sendte innklagede i forbindelse med konkurransen. Dette er derfor ikke et relevant tema for klagesaken.

(29) Eventuelle saksbehandlingsfeil i prosessen har uansett ikke hatt virkning på valg av leverandør.

Klagenemndas vurdering:

(30) Klager har deltatt i konkurransen og har saklig klageinteresse, jfr. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig.

(31) Klagenemnda har bare kompetanse til å uttale seg om spørsmål om brudd på regelverket for offentlige anskaffelser, jfr. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6 første ledd. Klagenemnda har ikke kompetanse til å ta stilling til hvorvidt brosjyremateriell tilsendt innklagede skal tilbakesendes til klager. Videre reguleres delegering av myndighet og kompetanse til å fatte vedtak i kommunen av kommuneloven og kommunale reglementer. Det faller derfor også utenfor klagenemndas kompetanse å ta stilling til dette. Disse delene av klagen tas derfor ikke opp til realitetsbehandling.

(32) Selv om flere av de inngitte tilbudene hadde en kontraktsverdi på over kr. 200.000 eks. mva., er kontrakten som ble inngått med Knoff, på kr. 181.400,- eks. mva med tillegg av programvare og reiser. Når kontraktsverdien synes å ligge under beløpsgrensen for direkte kjøp, kan klagenemnda ikke bygge på at det ble foretatt en ulovlig direkte anskaffelse. Det forelå dermed ikke krav om kunngjøring av kontrakten.

(33) Klagenemnda legger etter dette til grunn at det er lov om offentlige anskaffelser og forskrift om offentlige anskaffelser kapittel I som regulerer anskaffelsen, jfr. forskriftens § 11-2(1)(a), jfr. § 11-2(2).

(34) Det fremgår av notat til politisk utvalg hos innklagede at administrasjonsutvalget 15. mars 2004 fattet vedtak om å sende evalueringen av tilbudene til arbeidsgruppen. Konkurransen ble dermed ikke avlyst av administrasjonsutvalget.

(35) I konkurransegrunnlaget var det angitt flere tildelingskriterier enn pris. Tildelingen skulle avgjøres ut fra en vurdering av samtlige oppgitte tildelingskriterier. Selv om klager hadde det laveste tilbudet, hadde vedkommende derfor ikke automatisk krav på å få tildelt kontrakten.

(36) I konkurransegrunnlaget var det et krav om at innklagede *"på bakgrunn av verktøyet selv [skal] kunne gjennomføre årlige arbeidsmiljøundersøkelser, herunder..."*. Av innklagedes evaluering av valgte leverandørs tilbud fremgår det at innklagede ville bli *"uavhengig av ekstern gjennomføringsbistand når løsningen er ferdig implementert"*. Klagenemnda finner ikke grunnlag for å overprøve innklagedes vurdering på dette punktet. Det legges derfor til grunn at det valgte tilbudet oppfylte dette kravet. Klagenemnda går ikke inn på hvorvidt også de øvrige tilbyderne oppfylte kravet.

(37) Saken gjelder en anskaffelse som etter sitt beløp bare er underlagt de grunnleggende reglene i lov om offentlige anskaffelser § 5 og forskriftens del I. Innklagedes mulighet til å gjennomføre en konkurranse er derfor ikke begrenset av detaljreglene i forskriftens del II og III. En konkurranse som denne, der innklagede har betinget seg *"mulighet til å forhandle med tilbyderne"*, trenger dermed ikke å følge den prosedyren for konkurranse med forhandling som forskriftens §§ 9-3 og 16-3 foreskriver. Konkurransen må imidlertid gjennomføres i tråd med kravene til likebehandling og god forretningsskikk, forutberegnelighet, gjennomsiktighet og etterprøvnbarhet, jf lovens § 5.

(38) Innklagede har i evalueringen lagt til grunn *"at tilbudet fra Knoff er den eneste tilbyderen som fullt ut tilfredsstiller Ullensaker kommunes behov og krav til arbeidsmiljøundersøkelse."* Av evalueringen av klagers tilbud fremgår det imidlertid ikke at dette avviker fra innklagedes behov og krav. Det fremgår heller ikke om klagers tilbud er vurdert opp mot de angitte tildelingskriteriene. Av denne grunn er det vanskelig for klagenemnda å etterprøve innklagedes tilbudsevaluering.

(39) Til tross for at Knoffs pristilbud var vesentlig høyere enn klagers tilbud, ble bare Knoff innkalt til forhandlinger. Denne forskjellsbehandlingen av tilbyderne er ikke forklart verken i innklagedes evalueringsdokumenter eller i innklagedes skriv til klagenemnda.

(40) Klagenemnda må etter dette konkludere med at innklagede har brutt kravene til etterprøvbarehet og likebehandling i lov om offentlige anskaffelser § 5.

Konklusjon:

Ullensaker kommune har ikke brutt regelverket om offentlige anskaffelser ved ikke å kunngjøre konkurransen.

Ullensaker kommune har brutt lovens § 5 ved at evalueringen av tilbudene ikke er etterprøvbare, og ved bare å forhandle med én tilbyder uten å kunne begrunne dette.

For klagenemnda,

26. september 2005

Inger Marie Dons Jensen



Forsiden
Nemndsmedlemmer
Saksbehandling
Regelverk
Innkomne saker
Statistikk
Årsrapporter
Dommer
Søk i avgjorte saker

Avgjorte saker:

[2003](#) [2004](#) [2005](#)

Besøksadresse

H. Heyerdalsgate 1
0033 Oslo

Postadresse

Postboks 8132 Dep
0033 Oslo

Tlf.: 22 33 70 10

Faks: 22 33 70 12

E-post:

postmottak@kofa.no

Avgjorte saker

Innklagede gjennomførte en konkurranse med forhandling om rådgivertjenester. Konkurranses grunnlaget var uklart med hensyn til hvorvidt reisetid til og fra kontoradresse skulle anses inkludert i oppgitte timepriser, eller om det skulle beregnes tillegg for dette. Når anskaffelsen ble gjennomført som en konkurranse med forhandling, og det hadde vært avgjørende for valg av tilbud hvorvidt reisetid til og fra kontoradresse var inkludert i klagers timepriser, hadde innklagede plikt til å avklare disse forholdene med klager.

Klagenemndas avgjørelse 26. september 2005 i sak 2005/76

Klager: Siv ing Netteberg AS

Innklaget: Sykehuset Innlandet HF

Klagenemndas medlemmer: Svein Dahl, Inger Marie Dons Jensen, Bjørg Ven

Saken gjelder: Konkurranse med forhandling. Plikt til avklaring.

Bakgrunn:

(1) Sykehuset Innlandet HF (heretter kalt innklagede) utlyste 13. september 2004 en konkurranse med forhandling om rammeavtale på arkitekt-, rådgivende ingeniør- og byggeledertjenester.

(2) Av konkurransegrunnlaget fremgår det om valg av tilbud:

"Ved tildeling av avtale vil man velge det økonomisk mest fordelaktige tilbud. Man vil i tillegg til priser (25%) legge vekt på følgende:

- CV for aktuelle personer med henvisning til utdanning og generell erfaring (15%)
- gjennomføring av tilsvarende prosjekter (15%)
- kjennskap til eksisterende bygningsmasse i Sykehuset Innlandet HF (10%)
- kapasitet (15%)
- kvalitetssikring i bedriften (10%)
- referanser (10%)"

(3) Vedlagt konkurransegrunnlaget var det et tilbudsskjema som skulle fylles ut og signeres av tilbyderne. I tilbudsskjemaet var det fastsatt:

"Prisene skal være faste i hele avtaleperioden, og inkludere reise og diettkostnader.

Vi aksepterer halv timepris for reisetid."

(4) Det var også satt av plass til å angi eventuelle forbehold i tilbudsskjemaet.

(5) Innen tilbudsfristen 13. oktober 2004 ble det levert inn 34 tilbud, hvorav 26 tilbud inneholdt tilbud på rådgivende ingeniørtjenester. Siv ing Netteberg AS (heretter kalt klager) innleverte sammen med BORO VVS og Miljø AS tilbud på rådgivende ingeniørtjenester. Vedlagt tilbudet var utfyllt tilbudsskjema. Klager hadde ikke tatt noen forbehold. Det stod heller ikke noe i tilbudet om reisetid.

(6) Ved brev av 28. januar 2005 meddelte innklagede tilbyderne at innklagede hadde tildelt kontrakt for RIV til blant andre klager.

(7) Innklagede sendte 9. februar 2005 brev til tilbyderne om at saken var tatt opp til fornyet behandling *"på bakgrunn av eksterne og interne spørsmål og innspill."*

(8) I brev av 17. februar 2005 til tilbyderne fremgår det:

"Tilbudene er gjennomgått på nytt, og vi har foretatt avklaringer med enkelte av tilbyderne knyttet til forståelsen av tildelingskriteriene. Videre er det beregnet et tillegg for reise for tilbydere med kontorsted utenfor vår region. Eksempelvis for oppdrag med ti timers varighet er det regnet tre timer reisetid for en tilbyder i Oslo-området."

(9) Den fornyede behandlingen førte til endringer i valg av tilbud på blant annet RIV. Klager var ikke lenger innstilt til å få kontrakt.

(10) Klager påklaget den fornyede tildelingen ved brev av 25. februar 2005. Innklagede meddelte ved brev av 1. mars 2005 at klagen ikke ville bli tatt til følge.

Anførsler:

Klagers anførsler:

(11) Innklagede har brutt regelverket for offentlige anskaffelser

(12) Innklagede har i evalueringen lagt til grunn 30% høyere tidsforbruk for tilbydere med kontoradresse Oslo. Det var ikke sagt noe spesielt om fremmøtested i konkurransegrunnlaget. Klager har derfor forutsatt at utgangspunktet for beregning av utgifter (reiseutgifter og reisetid) er oppdragsgivers kontor på Hamar og Lillehammer, ikke klagers kontoradresse i Oslo. Kostnader og tid som påløper for å komme seg til dette utgangspunktet er beregnet inn i timeprisen. Innklagede har mange avdelinger spredt ut over et geografisk stort område. Klager har derfor forutsatt at tid og utgifter knyttet til å forflytte seg mellom innklagedes eiendommer dekkes av innklagede med halv timepris for reisetid. Klagers tilbud er gitt uten forbehold.

(13) Forholdet rundt reiser mellom klagers kontor og oppdragsgivers kontor ble ikke tatt opp under avklaringsmøtene, og klager fikk heller ingen mulighet til å gi noen forklaring rundt dette forholdet ved den fornyede evalueringen.

(14) Innklagedes evaluering er i strid med lov om offentlige anskaffelser § 5.

(15) I konkurransegrunnlaget er det lagt til grunn at kontraktsbestemmelsene skal være i henhold til NS 8402 med suppleringer og endringer oppgitt i konkurransegrunnlaget. Reiseutgifter er ikke berørt i konkurransegrunnlaget. I henhold til NS 8402 pkt. 12.2 skal alle utgifter til lokale reiser som er nødvendig for å gjennomføre oppdraget, være inkludert i timeprisene.

Innklagedes anførsler:

(16) Innklagede bestrider å ha brutt regelverket for offentlige anskaffelser.

(17) Det var ikke nevnt noe om oppmøtested i konkurransegrunnlaget fordi innklagede har driftssteder geografisk spredt over et stort område, og fremmøtested vil variere fra oppdrag til oppdrag.

(18) Klager har ikke i tilbudet lagt til grunn at fremmøtested er Hamar eller Lillehammer. Klagers kontoradresse er derfor lagt til grunn ved beregningen. Det fremgår av konkurransegrunnlaget at innklagede aksepterer halv timepris for reisetid. Dette må forstås slik at innklagede vil beregne et tillegg i timepris for tilbydere utenfor innklagedes geografiske område. Kravene til forutberegnelighet og likebehandling er oppfylt.

Klagenemndas vurdering:

(19) Klager har deltatt i konkurransen og har saklig klageinteresse, jf forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig.

(20) Forskrift om offentlige anskaffelser del I og del III er lagt til grunn for konkurransen.

(21) I konkurransegrunnlaget er oppmøtested ikke angitt. Formuleringen i konkurransegrunnlaget om reiser er etter klagenemndas oppfatning uklar. Det er først angitt at prisene skal inkludere "*reise og diettkostnader*", og deretter at det aksepteres "*halv timepris for reisetid*". Det at innklagede først evaluerte tilbudene uten at reisetid til og fra kontoradresse ble beregnet, og deretter omgjorde denne evalueringen slik at reisetid til og fra kontoradresse ble beregnet ut fra halv timepris, viser også at konkurransegrunnlaget kunne forstås på ulike måter.

(22) Anskaffelsen ble gjennomført som en konkurranse med forhandling. Innklagede hadde dermed adgang til å avklare hvorvidt reisetid til og fra kontoradresse var inkludert i klagers tilbud. Klagenemnda mener at når dette viste seg å ha avgjørende betydning for valg av tilbyder, og innklagede selv ikke hadde utformet konkurransegrunnlaget klart nok på dette punktet, hadde innklagede også plikt til å avklare disse forholdene med klager. Ved ikke å gjøre dette, opptrådte innklagede i strid med kravene til god forretningskikk, jfr. lovens § 5 og forskriftens § 16-3(5).

Konklusjon:

Sykehuset Innlandet HF har brutt kravet til god forretningsskikk i lov om offentlige anskaffelser § 5 og forskrift om offentlige anskaffelser § 16-3(5) ved ikke å foreta en avklaring av innholdet i tilbudet til Siv ing Netteberg AS m.fl.

Klagenemnda

26. september 2005

Bjørg Ven



Forsiden
Nemndsmedlemmer
Saksbehandling
Regelverk
Innkomne saker
Statistikk
Årsrapporter
Dommer
Søk i avgjorte saker

Avgjorte saker:
[2003](#) [2004](#) [2005](#)

Besøksadresse
H. Heyerdalsgate 1
0033 Oslo

Postadresse
Postboks 8132 Dep
0033 Oslo

Tlf.: 22 33 70 10

Faks: 22 33 70 12

E-post:

postmottak@kofa.no

Avgjorte saker

Universitetssykehuset Nord-Norge HF gjennomførte en åpen anbudskonkurranse om anskaffelse av en bentetthetsmåler. Konkurransesgrunnlaget var svært knapt i beskrivelsen av hva oppdragsgiver ønsket. Klagenemnda fant at innklagede kunne kritiseres for uryddig saksbehandling på grunn av varierende begrunnelser og uklarheter mht hvilke tilbud som var sett opp mot hverandre. Klagenemnda hadde imidlertid ikke grunnlag for å konstatere brudd på regelverket for offentlige anskaffelser.

Klagenemndas avgjørelse 26. september 2005 i sak 2005/223

Klager: Mebi AS

Innklaget: Universitetssykehuset Nord-Norge HF

Klagenemndas medlemmer: Inger Marie Dons-Jensen, Morten Goller, Bjørg Ven

Saken gjelder: tildelingskriterier

Sakens bakgrunn:

(1) Universitetssykehuset Nord-Norge HF (heretter kalt innklagede) kunngjorde den 13. april 2005 en åpen anbudskonkurranse om anskaffelse av bentetthetsmåler. Slike kalles også DXA-skanner.

(2) Kravspesifikasjonen i tilbudsinnbydelsen lød slik:

"Vi ønsker tilbud på følgende utstyr (Nomenklatur hvis mulig):

Bentetthetsmåler.

Bentetthetsmåleren må være kompatibelt med den Lunar bentetthetsmåler vi har i dag, slik at vi kan sammenligne nye målinger med de vi har gjort tidligere på våre pasienter de siste 12 år. Dette er spesielt viktig da eventuell endring av behandling hos den enkelte pasient avhenger av hvordan den har virket sammenlignet med tidligere måling.

Utstyret skal være egnet til følgende bruk:

Måling av bentetthet i hofter, lumbal columna og hel kropp.

Måling av kroppsammensetting.

Plassering:

[...]

Spesielle ønsker (tilleggsutstyr)

PC'en bør være med Windows operativsystem XP og det må kunne kommunisere med vårt DIPS og Dicom PACS"

(3) Tildelingskriteriene, som var oppgitt i ikke-prioritert rekkefølge, var pris, funksjonalitet, opplæring og brukervennlighet.

(4) Tre leverandører leverte inn tilbud, herunder Mebi AS (heretter kalt klager) og Scanex Medical Systems AS.

(5) Den 5. juni ble det holdt møte i brukerkomiteen. I referatet fra møtet, står det blant annet dette:

"Det ble diskutert de forskjellige apparatenes funksjonalitet, hva er med i tilbudet og hva er opsjon. Etter vår vurdering var Dekotrons pris for høy sett ut fra funksjonalitet, og vi valgte og se mer på de to andre tilbyderne.

Mebi hadde tre alternativer og Scanex hadde to. Funksjonaliteten ble sammenlignet, den funksjonaliteten som ble vurdert best var Scanex alt. 1 sett ut fra pris. I tillegg var brukeropplæringen mer omfattende. Ut fra de brosjyrer og beskrivelser som var vedlagt diskuterte vi blant annet apparatenes stråling samt apparatet bevegelse.

Brukergruppen ønsket gjennomgang av tilbudet med Scanex da vi vurdere deres tilbud som mest fordelaktig i henhold til tildelingskriteriene, tilbudet hadde høy funksjonalitet som ble vektlagt, samt god opplæring.

Vi har i dag bentetthetsmåler fra Scanex og har ingen negative bemerkninger om bruken av denne. Brukerne synes at det var greit med like maskiner da veksling mellom maskinene ville være en enklere. (Bonus for oss uten at det er med i tildelingskriteriene)."

(6) Scanex ble vurdert å ha det økonomisk mest fordelaktige tilbudet og ble invitert til gjennomgang av tilbudet i møte 23. juni.

(7) I brev datert 5. juli til klager med meddelelse om valg av leverandør

skrev innklagede:

"To av firmaene hadde tilnærmet lik pris, men valgte leverandør var litt rimeligere. Dette sammen med vår vurdering av funksjonalitet og opplæring var utslagsgivende for vårt valg."

(8) Klager ba om nærmere begrunnelse i brev datert 6. juli. I brev til klager datert 7. juli, skrev innklagede:

"Ved sammenligning av tilbudene var det alternativ 3 fra deres tilbud som ble lagt til grunn for vår vurdering. Dette tilbudet passet best til den funksjonaliteten vi var ute etter.

De relative fordelene med det valgte tilbudet var:

Pris: Totalprisen for valgte tilbud inkludert opplæring av brukere og teknisk personell var 795.000 kr eks mva. Det vil si at Deres tilbud var flere tusen kroner høyere.

Funksjonalitet: Selve ytelsene på maskinene ble vurdert som like. Siden prisforskjellen ikke var så stor, og ytelsen var den samme, ble veksling mellom maskinene vektlagt (vi har to maskiner i dag, den ene byttes ut). Vi la da vekt på at pasienten kunne undersøkes uavhengig av hvilken maskin som var ledig, og personalet kan med letthet veksle mellom maskinene.

Opplæring: Innholdet i opplæring ble vurdert likt.

Brukervennlighet: Vurdert likt."

(9) Klager påklaget avgjørelsen i brev til innklagede datert 7. juli. I brev til klager datert 12. juli skrev innklagede:

"Minimumskravene som er satt i konkurransegrunnlaget er minimumskrav for å bli vurdert ("must have"). Neste steg er å skille mellom de ulike tilbudene med tildelingskriteriene ("nice to have"). Her får de to rimeligste alternativene for lav uttelling på funksjonalitet i forhold til valgte maskin og Deres alternativ 3. Derfor var Deres alternativ 3 det som ble direkte sammenlignbart.

Som svar til deres spørsmål om når ble kravet om funksjonalitet "veksling mellom maskinene" introdusert. Funksjonalitet er et tildelingskriterium og ikke et krav.

Det stemmer at Deres alternative tilbud var rimeligere enn valgte tilbud. Scanex Medical Systems AS hadde også tilbudt rimeligere alternativ. Prismessig var også det bedre enn Deres alternativ."

(10) I brev til innklagede datert 13. juli stilte klager nye spørsmål ved avgjørelsen. Innklagede sendte klager et nytt brev datert 14. juli.

Klager har i det vesentlige anført:

- (11) Innklagede har brutt regelverket om offentlige anskaffelser.
- (12) Innklagede burde opplyst om vektingen av tildelingskriteriene på forhånd.
- (13) Innklagede har ikke gjort rede for hva man legger i begrepet "brukervennlighet". Innklagede bruker i dag utstyr fra den valgte leverandøren, og burde vært ekstra påpasselig med å sette seg inn i produkter fra andre leverandører hvis anskaffelsen skal være basert på fri konkurranse. Innklagede har imidlertid bare vurdert klagers utstyr gjennom brosjyrer, og ikke gjennom presentasjon eller besøk hos leverandør/fabrikant.
- (14) Innklagede har benyttet "ytelse" som tildelingskriterium, uten at dette var oppgitt i konkurransegrunnlaget.
- (15) Innklagede har sett hen til muligheten til "veksling mellom maskinene", med andre ord har innklagede ønsket en maskin som er identisk med den de har i dag. Dette ble imidlertid ikke gjort kjent på forhånd. Det er tvilsomt om det er tillatt å velge et tilbud med den begrunnelse at man kjenner produktet fra før.
- (16) Klager innga tre tilbud. To av disse tilfredsstilte kravsspesifikasjonen og var rimeligere enn valgte leverandørs tilbud og burde vært valgt i henhold til tildelingskriteriene. Innklagede har ikke gjort rede for hvilke egenskaper ved det valgte tilbudet som var så mye bedre enn alternativ 1 og 2 fra klager at det veide opp for prisforskjellen. Innklagede har brutt regelverket ved ikke å oppfylle oppdragsgivers opplysningsplikt etter at kontrakt var tildelt.
- (17) Hvis det var en spesiell funksjonalitet innklagede var ute etter, burde innklagede laget en mer omfattende kravsspesifikasjon.
- (18) For reell sammenligning av pris kunne innklagede lagt til funksjonalitet på klagers alternativ 1 og 2 og deretter justert pakkeprisene tilsvarende. Dette er ikke gjort, og tilbudene var ikke direkte sammenlignbare. Pediatrisk programvare (måling av barn fra 4 til 20 år) er tilgjengelig også fra klager.
- (19) Innklagede har lagt vekt på at valgte tilbud har oppgraderingsmuligheter til for eksempel vurdering av spedbarn. Konkurransegrunnlaget stiller ingen krav til en slik funksjonalitet. Oppgraderingsmuligheter har ikke vært et krav ved konkurranseutlysningen og kan således ikke tillegges vekt ved evalueringen.

Innklagede har i det vesentlige anført:

- (20) Innklagede bestrider å ha brutt regelverket om offentlige anskaffelser.
- (21) Innklagedes meddelelse til klager var ikke tilstrekkelig begrunnet og på enkelte punkter misvisende og ukorrekt. Dette får imidlertid ikke konsekvenser for innklagedes vurdering av det økonomisk mest fordelaktige tilbudet. Klager har nå, før kontrakt er inngått, fått en korrekt begrunnelse for innklagedes valg av leverandør.
- (22) Samtlige tilbud tilfredsstilte kravsspesifikasjonen. Innklagede har vektet funksjonalitet høyere enn pris og brukervennlighet som igjen er vektet høyere enn opplæring. Denne vektingen var ikke bestemt da konkurransegrunnlaget ble sendt ut.

(23) Det er ikke lagt vekt på muligheten til å veksle mellom maskinene. Innklagede peker på at det var en uheldig formulering i brevet datert 7. juli.

(24) Da innklagede brukte ordet "ytelse" i brevet av 7. juli, var dette en upresis angivelse av tildelingskriteriet "funksjonalitet". Avsnittet det her refereres til er ukorrekt.

(25) Alternativ 1 hos Scanex og alternativene 2 og 3 hos klager inneholder mest funksjonalitet. Disse alternativene har tilnærmet samme funksjonalitet bortsett fra at Scanex også har en pediatriedel. Klagers første og rimeligste alternativ mangler følgende funksjonalitet i forhold til Scanex' dyreste alternativ: "Forearm" (underarm), "vertebral assessment" (vurderer benbrudd i lumbal columna), "pediatric software". Klager hadde tilbudt "pediatric software" som en opsjon. Det hadde ingen utslag i den vurderingen som ble gjort.

(26) Scanex' alternativ 1 ble ansett å være det økonomisk mest fordelaktige tilbudet for innklagede. Dette har høy funksjonalitet, og selv om det er noe dyrere enn alternativ 2 hos klager, er det vurdert som økonomisk mer fordelaktig for innklagedes drift og har i tillegg oppgraderingsmuligheter til for eksempel vurdering av spedbarn, noe alternativene 2 og 3 hos klager ikke har.

(27) Når innklagede skal anskaffe en maskin som skal brukes i 10 år fremover, er det viktig å få med seg mulighetene som finnes på nåværende tidspunkt. I dagens teknologiske verden hvor fremskritt skjer ganske fort, er det vanskelig å ha fullgod oversikt over de muligheter som finnes. Tildelingskriteriet funksjonalitet er dermed en mulighet for å skille de maskinene som bare dekker minimumskravene, og de som har muligheter ut over dette. Det vi si at maskinene med best funksjonalitet får best poengsum på dette tildelingskriteriet.

Klagenemndas vurdering:

(28) Klager har deltatt i konkurransen og har saklig klageinteresse, jf. forskrift om klagenemnd om offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Anskaffelsen reguleres av forskrift om offentlige anskaffelser del I og III.

(29) Innklagede oppga tildelingskriteriene i uprioritert rekkefølge. Innklagede har da et skjønn med hensyn til hvilke kriterier som skal veie mest, så lenge vektningen ikke fremstår som uventet. Klager har ikke pekt på forhold som skulle tilsi at innklagede pliktet å opplyse om vektningen i konkurransegrunnlaget.

(30) Klagenemnda kan ikke se at innklagede har benyttet et nytt tildelingskriterium ved å vise til "ytelse" i stedet for "funksjonalitet". Det bemerkes imidlertid at bruk av andre begreper enn de som er listet under tildelingskriteriene, kan skape tvil hos tilbyderne om hvorvidt oppdragsgiver forholder seg til de varslede kriteriene.

(31) Ved evalueringen av tildelingskriteriet "funksjonalitet" har innklagede sett hen til muligheten til å utføre disse målingene på barn, med andre ord en funksjon som knytter seg til det produktet leverandørene er bedt om å inngi tilbud på. Innklagede har imidlertid også gitt tilleggsponng til de leverandørene som kan tilby funksjoner som så vidt forstås ikke gjelder måling av bentetthet i hofter, lumbal columna og hel kropp samt måling av kroppsammensetting, men som utvider området for hva det tilbudte utstyret kan brukes til. Innklagede har vektlagt at utstyret kan brukes til å måle bentetthet i "forearm", dvs en annen kroppsdel enn de som ble listet i konkurransegrunnlaget. Innklagede har også vektlagt at utstyret kan vurdere eventuelle brudd, dvs et forhold som verken er måling av bentetthet eller kroppsammensetting.

(32) Konkurransegrunnlagets beskrivelse av hva innklagede ønsket tilbud på, var svært knapp, det beskrev kun at "*utstyret skal være egnet til følgende bruk: Måling av bentetthet i hofter, lumbal columna og hel kropp.*"

Måling av kroppsammensetting". Slik konkurransegrunnlaget var formulert, hadde leverandørene ingen oppfordring til å tilby en maskin som kunne utføre andre oppgaver enn de beskrevne.

(33) Tildelingskriteriet "funksjonalitet" må forstås slik at det knytter seg til det beskrevne produktet. Innklagede hadde således ikke anledning til å gi plusspoeng til leverandører som i tillegg til det forespurte produktet kunne tilby andre produkter/funksjoner, slik som måling av bentetthet i underarm eller vurdering av frakturer, som synes å ligge utenfor det etterspurte. Både klager og den valgte leverandør har fått plusspoeng for dette, slik at det ikke har hatt betydning i forholdet mellom dem.

(34) "Pediatric software" synes imidlertid å være en funksjon som faller inn under det beskrevne produkt i konkurransegrunnlaget. Dette er innbefattet i valgte leverandørs tilbud, mens klager har tilbudt "pediatric software" som en prisert opsjon til kr. 7.000,- på samtlige av sine alternativer. Dette synes innklagede å være klar over, jf f. eks. brev til klager av 14. juli 2005 og anførselen for KOFA om at de kr. 7.000,- ikke ga noe utslag i den vurdering som ble gjort.

(35) Klagenemnda kjenner ikke til hvorvidt Scanex også hadde tilbudt "pediatric software" som en opsjon i sitt billigste alternativ. Klagenemnda kan uansett ikke overprøve hvorvidt muligheten for å få en maskin med "pediatric software" eventuelt ville oppveiet prisforskjellen til Scanex billigste alternativ, som var billigere enn klagers billigste alternativ.

(36) Ut fra det opplyste har innklagede i valg av tilbud, i tillegg til mulighetene for å få funksjonene "forearm", "vertebral assessment" og "pediatric software", sett hen til muligheten for å oppgradere utstyret til også å behandle spedbarn. Slik saken er opplyst, finner klagenemnda det vanskelig å konkludere med at en maskin som kan behandle spedbarn, vil være noe annet enn det som er forespurt i konkurransegrunnlaget.

(37) Sakens dokumenter etterlater usikkerhet om innklagede har vurdert Scanex' alternativ 1 (med mulighet for oppgradering til behandling av spedbarn), mot klagers alternativ 2, som var billigere enn Scanex alternativ 1, eller klagers alternativ 3 som var dyrere. De første begrunnelser til klager tyder på at sammenligningen er foretatt med alternativ 3, som var dyreste alternativ, mens det naturlige sammenligningsgrunnlag for KOFA fremstår som alternativ 2. Dette var kr. 83.866 rimeligere enn det valgte tilbud.

(38) Det er på det rene at den valgte maskin hadde mulighet for oppgradering til å behandle spedbarn, noe klagers alternativer ikke hadde. Uten at det er fokusert særlig på det i klagesaken, har innklagede også brukt som begrunnelse for sitt valg at scanteknikken var forskjellig for de to typer maskiner, og at den valgte leverandørs maskin gir bedre presisjon. Det har også vært vist til at det valgte tilbud inneholdt mer opplæring av personell.

(39) Klagenemnda har ikke grunnlag for å overprøve hvorvidt prisforskjellen mellom klagers alternativ 2 og valgte leverandørs alternativ 1, kunne oppveies av muligheten for å oppgradere maskinen til også å behandle spedbarn og de andre påpekte forhold.

(40) I brev til klager datert 7. juli, ga innklagede uttrykk for at de hadde vektlagt fordelene av å kunne veksle mellom to like maskiner. Innklagede har under saksforberedelsen for klagenemnda bestridt at dette forholdet faktisk ble vektlagt. Dette motsies til dels av referatet fra brukermøtet datert 5. juni der det er presisert at forholdet utgjør en "*Bonus for oss uten at det er med i tildelingskriteriene [understreket av klagenemnda]*". Klagenemnda legger dette til grunn. Innklagede har således erkjent å ha gitt begrunnelse for valg av leverandør som ikke var korrekt. Hvorvidt begrunnelsen som ble gitt, for øvrig tilfredsstilte forskriftens krav, synes mindre interessant å vurdere, da det foreligger tvil om hvilke deler av begrunnelsen som står seg. Innklagede har i

forbindelse med saksbehandlingen for klagenemnda gitt klager en tilstrekkelig begrunnelse for valg av leverandør.

(41) Klagenemnda finner grunn til å kritisere innklagedes svært uryddige saksbehandling mht varierende begrunnelser og uklarheter med hva som er sammenlignet med hva, men har ikke grunnlag for å konstatere brudd på regelverket om offentlige anskaffelser.

Konklusjon:

Universitetssykehuset Nord-Norge HF har ikke brutt regelverket. om offentlige anskaffelser.

For klagenemnda, Oslo 26. september 2005

Morten Goller



Forsiden
Nemndsmedlemmer
Saksbehandling
Regelverk
Innkomne saker
Statistikk
Årsrapporter
Dommer
Søk i avgjorte saker

Avgjorte saker:

[2003](#) [2004](#) [2005](#)

Besøksadresse

H. Heyerdalsgate 1
0033 Oslo

Postadresse

Postboks 8132 Dep
0033 Oslo

Tlf.: 22 33 70 10

Faks: 22 33 70 12

E-post:

postmottak@kofa.no

Avgjorte saker

En konkurranse med forhandling om totalentreprise for bygging av et nytt hotell åpnet for at tilbyderne kunne benytte innklagedes rådgivere. Klagenemnda kom etter en konkret vurdering til at dette ikke var i strid med kravet til likebehandling i lov om offentlige anskaffelser § 5.

Klagenemndas avgjørelse 26. september 2005 i sak 2005/241

Klager: Ingeniørfirma Gjersvik

Innklaget: Flesland Eiendom AS

Klagenemndas medlemmer: Morten Goller, Inger Marie Dons Jensen, Bjørg Ven

Saken gjelder:

Tilbyderes bruk av oppdragsgivers rådgivere.

Bakgrunn:

(1) Flesland Eiendom AS (heretter kalt innklagede) kunngjorde 28. april 2005 en konkurranse med forhandling om en totalentreprisekontrakt vedrørende bygging av nytt hotell på Flesland.

(2) Frist for å inngi forespørsel om deltakelse var 1. juli 2005. De prekvalifiserte fikk melding om videre deltakelse 11. juli 2005. De seks prekvalifiserte var Skanska, NCC Construction AS, Heimdal entreprenør AS, Brødrene Ulveseth AS, Veidekke entreprenør AS og Larsen, Atterås og Brosvik AS.

(3) Innklagede har benyttet rådgivere ved utarbeidelse av konkurransegrunnlaget. For brann-, lyd-, og byggeteknikk benyttet innklagedes arkitekt Multiconsult som rådgiver. I oppdragsbekreftelsen fra Multiconsult står det:

"Denne ytelsesbeskrivelsen angir ytelser i brannteknisk prosjektering i forbindelse med utarbeidelse av rammesøknad og tilbudsunderlag for totalentreprise for Hotell Flesland (...)"

(4) Tilsvarende gjaldt for lydteknisk prosjektering og byggeteknisk prosjektering.

(5) Innklagedes arkitekt benyttet Opticonsult AS for

prosjekteringsytelser på elektro- og VVS-teknikk. Av tilbudet fra Opticonsult AS til innklagedes arkitekt fremgår det at tilbudet gjelder "prosjekteringsytelser på Elektro- og VSS-teknikk for Hotell Flesland" og at "tilbudet gjelder fram til innstilling av tilbydere er utført." I vedlegg til tilbudet fremgår det at det er satt av 30 timer til møter for henholdsvis VVS og elektroteknikk. Til sammen er arbeidsomfanget for VVS-teknikk anslått til ca. 390 timer og for elektroteknikk til ca. 208 timer.

(6) Konkurranses grunnlaget ble sendt ut til tilbyderne 12. august 2005. I konkurranses grunnlaget står følgende om forholdet til innklagedes rådgivere:

"Totalentreprenøren står eventuelt fritt til å benytte de rådgiverne byggherren har benyttet frem til inngåelse av kontrakt med totalentreprenøren."

(7) Konkurranses grunnlaget ble oversendt til tilbyderne både på papir og på CD.

(8) Tilbudsfristen er 29. september 2005.

(9) Ingeniørfirma Gjersvik (heretter kalt klager) påklaget konkurransen til klagenemnda 29. august 2005. Klager utfører prosjektering av elektrotekniske installasjoner i nybygg og foretar tilbudsinnhenting for entreprenører i forbindelse med totalentrepriser. Klager er i forbindelse med konkurransen om bygging av hotell på Flesland blitt forespurt av to elektroinstallatører om å gi pristilbud for prosjekteringsarbeider. Tilbudet skal videresendes til prekvalifiserte totalentreprenører. Klager har fått beskjed om at klager ikke kan inngå i tilbud som gis til Larsen, Atterås og Brosvik AS, da dette firmaet har gjort avtale med Opticonsult AS om prosjekteringen.

Anførsler:

Klagers anførsler:

(10) Innklagede har brutt regelverket for offentlige anskaffelser.

(11) De tekniske rådgiverne som har vært med på å utarbeide konkurranses grunnlaget, har skaffet seg en konkurransefordel ved å ha spesiell og inngående kunnskap om prosjektet som andre rådgivningsfirmaer ikke har hatt mulighet til.

(12) Det vises blant annet til at det må ha vært avholdt flere prosjekteringsmøter der de tekniske rådgiverne har møtt byggherren eller byggherrens representanter, og der man i detalj har diskutert hvordan det ferdige produktet skal bli. I denne perioden foregår det også en viktig modningsprosess for de involverte, noe som umulig kan viderefremmes i et skriftlig dokument. Det vises til at det i tilbudet fra Opticonsult AS er satt av tid til møter. Det oppstår her en konkurransefordel for rådgiverne som har deltatt i den innledende fasen sammen med byggherren. Rådgiverne har fått en mye bedre innsikt i byggherrens ønsker og tanker enn det som det er mulig å få fram i konkurranses grunnlaget, som inneholder en funksjons- og ytelsesbeskrivelse. Denne informasjonen vil være av stor verdi når man skal gå videre i detaljprosjekteringen, og innklagedes rådgivere vil kunne utføre oppdraget med mindre tidsforbruk.

(13) For rådgivere som kun har konkurranses grunnlagets informasjon, må man påregne at det må benyttes den mer omstendelige måten med fremsending av tegninger til byggherren for kommentarer og diskusjon før man kan utarbeide endelige arbeidstegninger. Er byggherrens tidligere rådgivere på entreprenørsiden i prosjekterings- og byggefase, vil det vanskelig kunne være fagpersonell på byggherresiden som på en godt kvalifisert måte kan foreta

byggherrekontroll. Behovet for dette i en slik situasjon er også mindre da det er lite sannsynlig at de som har utarbeidet kravspesifikasjonen, skulle kunne mistolke noen av sine egne tekster. Det oppstår da en konkurransefordel.

(14) Klager registrerer at innklagede har lagt til grunn at rådgiverne ikke skal delta i evalueringen av tilbudene. Det bemerkes imidlertid at det i oppdragsbeskrivelsen til Opticonsult AS fremgår at tilbudet gjelder frem til innstilling av tilbyderne er utført.

Innklagedes anførsler:

(15) Klagen må avvises da saklig klageinteresse ikke foreligger. Klager er ikke en av de prekvalifiserte tilbyderne. Videre gjelder klagen et teoretisk forhold, i det verken klager eller innklagede vet om de tidligere benyttede rådgivere faktisk er underleverandører til noen av de prekvalifiserte i konkurransen.

(16) Tas klagen til realitetsbehandling, bestrides det at regelverket for offentlige anskaffelser er brutt. Konkurransegrunnlaget er bygget opp som en ytelsesbeskrivelse der kravene er beskrevet uten at metode eller varetyper/-merker er nevnt. Dette gir en nøytral beskrivelse som samtlige potensielle leverandører skal kunne orientere seg i og prise. Kontrakten oppfylder kravene i forsyningsforskriften § 14.

(17) Innklagede mener at det ikke vil finne sted en forskjellsbehandling av leverandørene. Det avgjørende må være at andre underleverandører enn de som har utarbeidet konkurransegrunnlaget, har hatt tilstrekkelig tid til å sette seg inn i det utsendte materialet. Konkurransen ble kunngjort 24. april 2005 med frist for forespørsel om deltakelse 1. juli 2005. Kandidatene må allerede på dette tidspunktet løselig ha knyttet til seg underleverandører. Konkurransegrunnlaget ble sendt ut 12. august 2005 med frist for innlevering 29. september 2005, dvs. ca. syv uker senere. Konkurransegrunnlaget er også lagt inn på CD for ytterligere å lette tilgjengeligheten og minimere eventuelle forskjeller mellom tilbydergruppene. Den tiden som er gitt til å inngi tilbud, mer enn oppveier tidligere kjennskap til materialet.

(18) Rådgiverne skal ikke delta i evalueringen av tilbudene.

Klagenemndas vurdering:

(19) Klager ønsker å være underleverandør for prosjektering av elektrotekniske installasjoner for tilbydere prekvalifisert i konkurransen. Kretsen av personer med saklig klageinteresse omfatter typisk tilbydere i en konkurranse og i enkelte tilfeller potensielle tilbydere. Tilbydernes underleverandører har normalt ikke saklig klageinteresse.

(20) I enkelte tidligere saker har imidlertid klagenemnda behandlet klager fra underleverandører i den grad det anføres regelbrudd som særlig rammer underleverandørene. Klager i denne saken har påberopt et forskriftsbrudd som potensielt kan vri konkurransen i favør av tilbydere som benytter Opticonsult og Multiconsult som underleverandører.

(21) Klagenemnda finner at spørsmålet om klager har saklig klageinteresse, er tvilsomt, men velger å fremme saken fordi den reiser et praktisk viktig spørsmål som klagenemnda ikke før har behandlet.

(22) Klagen er inngitt rettidig.

(23) Innklagede har gjennomført konkurransen i henhold til forsyningsforskriftens regler. Klagenemnda legger til grunn at forsyningsforskriften og lov om offentlige anskaffelser kommer til anvendelse.

(24) I henhold til forskrift om offentlige anskaffelser § 3-6 skal oppdragsgiver ikke "søke eller motta råd som kan bli benyttet under utarbeidelsen av spesifikasjoner for en bestemt anskaffelse fra noen som kan ha økonomisk interesse i anskaffelsen når dette skjer på en måte som vil kunne utelukke konkurranse". Tilsvarende bestemmelse finnes ikke i forsyningsforskriften, men regelen er bare en konsekvens av de overordnede kravene til konkurranse og likebehandling som følger av lov om offentlige anskaffelser § 5.

(25) Problemstillingen for klagenemnda er hvorvidt det er i strid med de grunnleggende kravene i lovens § 5 å fastsette i konkurransegrunnlaget at "totalentreprenøren står eventuelt fritt til å benytte de rådgiverne byggherren har benyttet frem til inngåelse av kontrakt med totalentreprenøren."

(26) Konkurransegrunnlaget skal være utformet nøytralt slik at det ikke gir enkelte leverandører en konkurransefordel. I dette tilfellet åpner oppdragsgiver for at alle tilbyderne kan benytte innklagedes rådgivere som underleverandører. Formuleringen i seg selv innebærer dermed ingen forskjellsbehandling av tilbyderne.

(27) En lignende problemstilling var til behandling i EF-domstolen i de forente sakene C-21/03 og C-34/03. Dommen gjaldt en belgisk lovbestemmelse som ekskluderte personer som hadde gjort nærmere bestemte arbeider for oppdragsgiver i forbindelse med et bygge- og anleggsprosjekt, fra å delta i en konkurranse om de tilhørende byggearbeidene. Domstolen bemerket at en person som har gjort slike arbeider som nevnt, kan ha en slik konkurransefordel i forhold til de andre tilbyderne at det ville bryte med likebehandlingsprinsippet dersom vedkommende skulle få delta i konkurransen om byggearbeidene. Den belgiske lovbestemmelsen var likevel uforholdsmessig inngripende, og fellesskapsretten var i det minste til hinder for å ha en slik regel uten at personen kan godtgjøre at den erfaring han har tilegnet seg, ikke har noen konkurransevridende effekt, og dermed bli vurdert som tilbyder i en konkurranse, se særlig premissene 25-36.

(28) Det vises videre til klagenemndas avgjørelse i sak 2004/215, der innklagede i forkant av en konkurranse hadde mottatt et notat fra en leverandør som inneholdt konkrete anbefalinger for tilbudsinnhenting. Klagenemnda fant etter en konkret vurdering at dette ikke virket konkurransevridende, og aksepterte at vedkommende fikk delta i konkurransen.

(29) Klagenemnda finner på denne bakgrunn at det ikke kan utledes et generelt forbud mot at tilbydere benytter innklagedes rådgivere, og det kan dermed heller ikke være forbudt å opplyse om denne muligheten i konkurransegrunnlaget. Det avgjørende i forhold til om kravet til likebehandling er brutt, er hvorvidt enkelte tilbydere faktisk kan få en konkurransefordel ved å kunne benytte innklagedes rådgivere. Dette må avgjøres ut fra en helhetsvurdering av de faktiske forholdene i saken.

(30) Rådgiverne har utformet deler av kravspesifikasjonen i konkurransegrunnlaget. Slik saken foreligger for klagenemnda, er det ingen holdepunkter for at kravspesifikasjonen er utformet på en slik måte at den er tilpasset innklagedes rådgiveres virksomhet. Det kan ikke utelukkes at Multiconsult og Opticonsult har oppnådd et forsprang i forhold til andre potensielle underleverandører i konkurransen. Dette skulle imidlertid være avhjulpet av at tilbyderne er gitt god tid ved utarbeidelsen av tilbud. Klagenemnda finner på bakgrunn av dette at innklagede ikke har brutt regelverket for offentlige anskaffelser ved utformingen av konkurransegrunnlaget.

Konklusjon:

Flesland Eiendom AS har ikke brutt kravet til likebehandling i lov om offentlige anskaffelser § 5.

For klagenemnda,

26. september 2005

Morten Goller



Forsiden
Nemndsmedlemmer
Saksbehandling
Regelverk
Innkomne saker
Statistikk
Årsrapporter
Dommer
Søk i avgjorte saker

Avgjorte saker:

[2003](#) [2004](#) [2005](#)

Besøksadresse

H. Heyerdalsgate 1
0033 Oslo

Postadresse

Postboks 8132 Dep
0033 Oslo

Tlf.: 22 33 70 10

Faks: 22 33 70 12

E-post:

postmottak@kofa.no

Avgjorte saker

Innklagede gjennomførte en konkurranse med forhandling for entreprisarbeider ved en skole. Ved tilbudsåpning ble tilbydernes priser offentliggjort. Klagenemnda fant at dette var i strid med kravet til god forretningsskikk, til tross for at det var opplyst om offentliggjøringen på forhånd. Videre fant klagenemnda at det var begått feil under tilbudsevalueringen.

Klagenemndas avgjørelse 12. september 2005 i sak 2004/240

Klager: Comfort Fosen Kjell Lund AS

Innklaget: Bjugn kommune

Klagenemndas medlemmer: Svein Dahl, Inger Roll-Matthiesen, Siri Teigum

Saken gjelder: Offentliggjøring av priser under konkurranse med forhandling. Reelle forhandlinger.

Bakgrunn:

(1) Bjugn kommune (heretter kalt innklagede) kunngjorde 7. juni 2004 en konkurranse med forhandling for utbedringsarbeider på en skole. Kunngjøringen åpnet for at tilbud kunne inngis på delarbeider.

(2) Befaring ble avholdt 11. juni 2004. I rapporten fra befaringen var det oppgitt at innklagede ville benytte følgende "utvalgskriterier":

”

- *tilpasning til skolens drift*
- *ferdigstillelsesdato*
- *service og teknisk bistand etter levering*
- *pris*

- *kvalitet*"

(3) I konkurransegrunnlaget het det under punktet *"innlevering av dokumenter"* at *"anbudsåpningen med kunngjøring av anbyders navn, sluttsum og eventuelle forbehold, vil bli holdt på teknisk kontor."*

(4) Tre leverandører innga tilbud på varme- og sanitærarbeider, blant dem Comfort Fosen Kjell Lund AS (heretter kalt klager) og Johnsen VVS AS som senere ble tildelt kontrakten.

(5) Tilbudene ble åpnet 6. juli 2004, og tilbydernes navn, priser, byggetid og eventuelle forbehold ble offentliggjort. Klagers pris var kr 2.675.836 eksklusive mva, mens tilbudet fra Johnsen VVS var på kr 2.831.200 mva.

(6) For VVS-arbeidene ble klager og Johnsen VVS innkalt til forhandlinger 17. august 2004. I innkallingsbrevet minnet innklagede om de tidligere opplyste kriteriene og skrev videre:

"Tiltakshaver har foreløpig følgende momenter som tas opp i forhandlingene:

- *Hvordan ser firmaet for seg samarbeidet med skolen og framdriften i arbeidet*
- *Framdrift og ferdigstillelsesdato del 1 og 2. Det kan bli aktuelt med milepældatoer*
- *Dersom del 2 blir tatt med, hvilken innvirkning har dette på angrepspunkt og framdrift*
- *Service og teknisk bistand etter levering*
- *Uklarheter i prisgrunnlag*
- *Mengdejustering i del 1 evt. del 2*
- *Pris på del 2 for byggfag*
- *Andre tekniske løsninger enn de som er beskrevet i prisgrunnlaget"*

(7) I henhold til protokollen fra forhandlingene hadde klager og Johnsen VVS priset tilbudet ut fra forskjellige forutsetninger. Begge tilbudene fikk påslag for energimåler. Johnsen VVS hadde, i motsetning til klager, inkludert kostnader i forbindelse med avfallshåndtering. Denne posten ble trukket fra prisen til Johnsen VVS. Resultatet var at tilbydernes priser ble justert slik at klagers tilbud kom på kr 2.695.086 eks mva, mens tilbudet fra Johnsen VVS ble priset til kr. 2.687.920 eks mva. Johnsen VVS ba imidlertid om å ekstra tid til foreta mengdejustering og leverte endelig tilbud på kr 2.721.280.

(8) Fra forhandlingsprotokollen er følgende utdrag særlig relevant for saken:

<i>Momenter</i>	<i>Kjell Lund AS</i>	<i>Johnsen VVS</i>
<i>Hvordan ser firmaet for seg samarbeidet med skolen og framdriften i arbeidet.</i>	<i>Har ikke tenkt noen spesiell prosedyre, men vil delta i møter med skolen.</i>	<i>Jevnlige møter med skolen. Kan ta støyende arbeider på kveldstid.</i>

(9) I e-post av 15. september 2004 meddelte innklagede at Johnsen VVS

var tildelt kontrakten. Innklagede skrev videre:

(10) *"Valget er tatt på bakgrunn av utvalgskriteriene og samtaler. Da dette har vært en vanskelig sak, har Bjugn kommune ingen innvendinger mot at firmaet Comfort Fosen Kjell Lund AS kan være underentreprenør under firmaet Johnsen VVS."*

(11) Kontrakt er inngått med Johnsen VVS.

Anførsler:

Klagers anførsler:

(12) Klager anfører at innklagede har brutt regelverket for offentlige anskaffelser.

(13) Det er i strid med regelverket å offentliggjøre tilbudernes priser før forhandlinger. I dette tilfellet profiterte Johnsen VVS på å kjenne til klagers pris, ettersom denne var lavest.

(14) Klagers inntrykk fra forhandlingene er at disse ikke var reelle og at hensikten med forhandlingsrunden var å få Johnsen VVS til å redusere sine priser.

(15) Tilpasning til skolens drift var ikke et forhold som ble drøftet med klager under forhandlingene. Dersom innklagede hadde spurt om klager kunne organisere arbeidene slik at det ble minst mulig støy i undervisningstiden, ville det vært uproblematisk. Det er ikke riktig når innklagede hevder at dette kriteriet var listet opp som førsteprioritet. Slik kriteriene er opplistet, er det mest naturlig å forstå det slik at rekkefølgen er tilfeldig.

(16) Klagers tilbud var uansett billigst også etter forhandlingene.

(17) Johnsen VVS har neppe kapasitet til å gjennomføre prosjektet med to og en halv rørleggerstilling, og det synes som om valget av installatør er motivert ut fra et ønske om lokal kompetanseoppbygging.

(18) Klager ble opprinnelig funnet kvalifisert. Innklagede kan ikke i ettertid argumentere med at klager har dårlig økonomi i forbindelse med evalueringen av tilbudene.

Innklagedes anførsler:

(19) Innklagede bestrider å ha brutt regelverket for offentlige anskaffelser.

(20) Tilbudernes totalsummer ble oppgitt ved tilbudsåpning i samsvar med det som var varslet i konkurransegrunnlagets punkt G *"innlevering av dokumenter"*. Så lenge tilbyderne ikke får tilpasse sine tilbudssummer til de oppgitte prisene, innebærer ikke offentliggjøring av priser et brudd på regelverket.

(21) Etter forhandlinger var tilbudsprisene henholdsvis kr 2.721.280 og kr 2.695.086, en forskjell på bare 0,9% i klagers favør. Videre tilbød Johnsen VVS en opplæringspakke på 30 timer for driftspersonell, med en verdi på ca kr 10.500. Under forhandlingene tilbød også Johnsen VVS seg å tilpasse seg slik at spesielt støyende og forstyrrende arbeide skulle legges utenfor skolens undervisningstid. Ved sammenligningen av tilbudene ble dette tillagt avgjørende vekt, jf at dette forholdet var listet opp som førsteprioritet i rapporten fra anbudsbeifaringen. Videre ble det lagt noe vekt på klagers dårlige økonomi. Hvis klagers tilbud skulle vært valgt, ville det vært nødvendig med en garanti.

Klagenemndas vurdering:

(22) Klager har deltatt i konkurransen og har saklig klageinteresse, jf forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Det er ikke opplyst om ombyggingsarbeidenes samlede verdi, men det synes som om innklagede er av den oppfatning at verdien er under terskelen i forskrift om offentlige anskaffelser § 2-2. Klagenemnda legger derfor til grunn at forskriftens del I og III kommer til anvendelse, uten at dette har betydning for resultatet.

(23) Ettersom annet ikke er anført av partene, legger klagenemnda til grunn for sin vurdering av saken at utvalgskriteriene som ble oppgitt i befaringsrapporten, er å anse som tildelingskriterier.

(24) Sak 2004/182 omhandlet i likhet med denne saken en konkurranse med forhandling der tilbydernes priser ble oppgitt ved tilbudsåpning. Klagenemnda viste til at dette var i strid med etablert oppfatning om god forretningsskikk for konkurranse med forhandling, og konkluderte med at oppdragsgiver hadde brutt lovens § 5. Klagenemnda legger samme oppfatning til grunn i denne saken.

(25) Riktignok var det i saken nemnda nå har til behandling, varslet i konkurransegrunnlaget om at tilbydernes navn, sluttsum og eventuelle forbehold ville bli offentliggjort, slik at dette ikke kan ha kommet som noen overraskelse på klager. Etter klagenemndas oppfatning vil en offentliggjøring kunne gi noen tilbydere en større fordel enn andre i den pågående konkurransen, og således medføre at konkurransen ikke skjer på like vilkår. Uavhengig av om pristilbudet til den enkelte tilbyder er å anse som en forretningshemmelighet dekket av oppdragsgivers taushetsplikt iht forskriften § 3-3, må oppdragsgiver derfor, så lenge konkurransen med forhandling pågår, av hensyn til gjennomføringen av konkurransen, avstå fra å oppgi detaljer ved de enkelte konkurrentenes tilbud til andre deltakere i konkurransen. Selv om hensynet til forutberegnelighet er ivaretatt gjennom varsel i konkurransegrunnlaget, vil en offentliggjøring av tilbydernes navn, sluttsum mv. før konkurransen er avsluttet være i strid med kravet til god forretningsskikk.

(26) Innklagede har hevdet at tilbyderne ikke fikk anledning til å tilpasse sine priser til de oppgitte summene og at det forhold at det er oppgitt detaljer om konkurrentenes tilbud derfor ikke kan ha hatt betydning og således ikke er i strid med forskrift om offentlige anskaffelser. I henhold til forskrift om offentlige anskaffelser § 16-3 (4) er det adgang til å forhandle om endringer eller suppleringer av alle sider ved tilbudene, herunder pris. Innklagede åpnet for endringer av andre deler av tilbudene, og det kan ikke utelukkes at tilbydernes endringer kan ha vært motivert ut fra kjennskap til hverandres pris. Innklagede brøt derfor kravet til god forretningsskikk i lovens § 5 ved å oppgi tilbydernes priser.

(27) Innklagede har oppført fem "utvalgskriterier", men det er ikke opplyst noe om rangering eller vektning av kriteriene. Det følger av klagenemndas avgjørelse i sak 2003/110 at dersom det ikke er opplyst noe om prioritering eller vektning av tildelingskriteriene, er det ingen presumsjon for at de er angitt i prioritert rekkefølge. Klagenemnda kan ikke se at opplistingen i dette tilfellet ga tilbyderne en forventning om en bestemt prioritet. Når det ikke er opplyst noe om prioritet, har oppdragsgiver et visst skjønn under evalueringen. Det er dermed ingenting i veien for å gi kriteriet "tilpasning til skolens drift" avgjørende vekt.

(28) Etter klagenemndas vurdering er det gitt tilstrekkelig varsel i innkalling til forhandlinger av 12. august. Som et tema for forhandlingene, ble oppgitt "samarbeidet med skolen og framdriften i arbeidet". Ut fra det faktum klagenemnda er forelagt, kan ikke nemnda se at det på dette punkt foreligger forskjellsbehandling eller andre brudd på regelverket for offentlige anskaffelser.

(29) At klager angivelig hadde dårlig økonomi, er et forhold innklagede har tatt opp først under behandlingen for klagenemnda. Før oppdragsgiver evaluerer tilbudene skal det foretas en vurdering av om tilbyderne har tilstrekkelige kvalifikasjoner, herunder økonomi, til å kunne oppfylle kontrakten, jf forskriftens §§ 12-5 og 15-2. Dersom en tilbyders økonomi er utilstrekkelig til å kunne

oppfylle kontrakten, skal vedkommende avvises, jf § 15-12 (1) bokstav a. Manglende oppfyllelse av dette kvalifikasjonskravet kan ikke tas inn i tilbudsevalueringen i denne saken. Det er for øvrig ikke forelagt dokumenter for klagenemnda som tyder på at klager skulle vært avvist som følge av dårlig økonomi.

(30) Oppdragsgiver har ikke adgang til å vektlegge klagers økonomi i tildelingsfasen. I henhold til innklagedes forklaring ble det sett hen til klagers økonomi ved tilbudsevalueringen. Dette innebar et brudd på forskriftens § 17-2.

Konklusjon:

Bjugn kommune har brutt kravet til god forretningskikk i lov om offentlige anskaffelser § 5 ved å offentliggjøre tilbydernes navn, sluttsum og eventuelle forbehold ved tilbudsåpning i en konkurranse med forhandling.

Bjugn kommune har brutt forskrift om offentlige anskaffelser § 17-2 ved å vurdere klagers økonomi under tilbudsevalueringen.

For klagenemnda,

12. september 2005

Siri Teigum



Forsiden
Nemndsmedlemmer
Saksbehandling
Regelverk
Innkomne saker
Statistikk
Årsrapporter
Dommer
Søk i avgjorte saker

Avgjorte saker:

[2003](#) [2004](#) [2005](#)

Besøksadresse

H. Heyerdalsgate 1
0033 Oslo

Postadresse

Postboks 8132 Dep
0033 Oslo

Tlf.: 22 33 70 10

Faks: 22 33 70 12

E-post:

postmottak@kofa.no

Avgjorte saker

Drammen kommune gjennomførte en åpen anbudskonkurranse om vinterdrift av veier mv. En rekke av tilbudene ble avvist, slik at det gjensto gyldige tilbud for et fåtall av rodene. Kommunen forventet å kunne oppnå lavere priser ved å gjennomføre en ny konkurranse også for de rodene der det var innkommet gyldige tilbud, og avlyste derfor konkurransen. Klagenemnda kom til at et av tilbudne var feilaktig avvist. Klagenemnda fant imidlertid ikke grunnlag for å konkludere med at innklagede hadde vist til en usaklig grunn for avlysning av konkurransen.

Klagenemndas avgjørelse 12. september 2005 i sak 2005/192

Klager: Arnstein Grill Fasting, Per Reese, Tor Øistein Skeide, Bjørn Ekeberg, Christian Alm Knudsen, Knut Ole Røed og Tore Horgen/ Buskerud Ferdigplen

Innklaget: Drammen kommune

Klagenemndas medlemmer: Svein Dahl, Siri Teigum, Inger Roll-Matthiesen

Saken gjelder: avvisning, avlysning

Sakens bakgrunn:

(1) Drammen kommune (heretter kalt innklagede) kunngjorde 10. mars 2005 en åpen anbudskonkurranse om vinterdrift av vei, gater, torg og plasser i perioden 2005-2009. Konkurransen skulle følge reglene i forskrift om offentlige anskaffelser del II.

(2) Av konkurransegrunnlaget fremgikk det at vedståelsesfristen løp ut 8. juni kl 12:00.

(3) Konkurransegrunnlagets del A1 "Innbydelse til åpen anbudskonkurranse" lød blant annet slik:

"Det settes krav til tilbyderen for å bli betraktet som kvalifisert for oppgaven, se kapittel F.

Blant de kvalifiserte vil laveste pris bli valgt, jf. prisberegning i Vedlegg D."

(4) Konkurransegrunnlagets kapittel F, del "F3 Bemanning" lød slik:

"F3a Ansatte hos tilbyder siste tre – 3- år (årsverk)

År	Timelønne	Funksjonærer
Antall ansatte ved tilbudsfrist		

F3b Utførelse – fordeling antall ansatte årsverk i kontraktsarbeidet

Sum antall årsverk	Egne ansatte	I underentreprise	Innleid arbeidskraft

F3c Tilbyders arbeidsleder i avtaleperioden

Arbeidslederens navn	
Formelle kvalifikasjoner	
Praksis/ erfaring	
Referanser	

F3d Eventuelle underleverandører

Underleverandørens navn	Foretaksnr.	Tidsrom for underleveransen	Kort beskrivelse av arbeidsoppgaver. Kort begynnelse for ikke-egne ansatte

"

(5) Konkurransesgrunnlagets kapittel F, del "F4 Kvalitetssikrings- og internkontrollsystem" ba om følgende opplysninger under punkt F4b: Navn på IK-ansvarlig og antall personer i tilbyders IK-administrasjon, prinsippskisse for IK-system (innholdsfortegnelse med mer.), rutiner for revisjon og tidspunkt for revisjon.

(6) Av konkurransegrunnlaget fremgikk det at leverandørene kunne gi tilbud på forskjellige roder, blant annet 37 traktorroder for brøyting og strøing og fire traktorroder kalt "prioritert strøing PSA- PSD". I de generelle tilbudsreglene, punkt 10 sto det følgende:

"10. Forbehold

Det er ikke adgang til å ta forbehold. Det er heller ikke anledning til å stille krav om minimum eller maksimum leveranse".

(7) Det ble avholdt en anbudskonferanse 30. mars 2005. I referat datert 3. april 2005, som ble sendt samtlige som hadde vært til stede i møtet samt de som hadde hentet konkurransegrunnlaget, står det blant annet:

"Antall roder det gis tilbud på

Det kan kun gis tilbud på det antall roder som den enkelte tilbyder har kapasitet til å ta. Det er ikke tillatt å sette opp prioritering og/ eller reserverode.

[...]

Mulighet for flere anbudsrunder

Dersom Drammen kommune ikke mottar nok tilbud til å fylle alle roder vil ny åpen anbudskonferanse utlyses for disse rodene."

(8) En rekke leverandører innga tilbud, herunder Arnstein Grill Fasting, Per Reese, Tor Øistein Skeide, Bjørn Ekeberg, Christian Alm Knudsen, Knut Ole Røed og Tore Horgen/ Buskerud Ferdigplen (heretter kalt klagerne) som innga hver sine deltilbud.

(9) I tilbudet fra Arnstein Grill Fasting var følgende ordlyd tatt inn i tilbuds brevet: *"[...] Jeg har lagt inn tilbud på tre brøyteroder, samt fire prioritert strøroder. Får jeg tildelt en brøyterode eller flere bortfaller beredskapstillegget på alle de fire prioritert strøroder."* Konkurranses grunnlagets "F3 Bemanning" var fylt ut slik at det fremgikk av F3b at det var to egne ansatte og to innleid arbeidskraft. F3d var ikke fylt ut.

(10) I tilbudet fra Per Reese var konkurransegrunnlagets "F3 Bemanning" fylt ut slik at det fremgikk et navn under punkt F3a. Punkt F3b var fylt ut med *"sum antall årsverk: 3", "egne ansatte: 1" og "i underentreprise: 2"*. Navn og opplysninger om underleverandørene fremgikk av punkt F3d. I punkt F3c ble Per Reese oppgitt under "arbeidsleders navn". Det fremgikk også at Reese hadde brøytet og strødd i Drammen kommune siden 1993.

(11) I tilbudet fra Tor Øistein Skeide fremgikk det av punkt F3a at tilbyder hadde hatt en sesongarbeider de siste tre årene, og at ingen var ansatt ved tilbudsfrist. Av punkt F3b ble det oppgitt *"innleid arbeidskraft: 1"*. Skeide tilbød vedlikehold av rode 12 og 13, samt PSA og OSB. I tilbudet ble det presisert følgende:

"Anbudet på PSA og PSB er kun gyldig dersom jeg blir tildelt brøyte-/ strørode 12 og / eller 13."

(12) I tilbudet fra Christian Alm Knudsen var punkt F3a kun utfylt med *"antall ansatte ved tilbudsfrist: 0"*. Verken punkt F3b eller F3c var fylt ut. F3c var ikke fylt ut med navn på arbeidsleder. Alm Knudsens tilbud inneholdt et vedlegg der følgende fremgikk:

"Angående bemanning

Foretaket Christian Alm Knudsen er et enkeltmannsforetak og har dermed ingen ansatte."

(13) I tilbudet fra Tore Horgen/ Buskerud Ferdigplen var punkt F4b ikke fylt ut.

(14) På oppfordring fra innklagede, forlenget samtlige av klagerne vedståelsesfristen med 30 dager.

(15) Innklagede skrev blant annet følgende i et notat datert 13. juni 2005:

"6. Arnstein Grill Fasting. Inngitt tilbud på tre traktorroder (28, 29 og 30) samt de fire rodene for prioritert strøing (i tilbudet tas det forbehold om frafall av beredskap på rodene PSA-PSD om inngitt tilbud på traktorroder aksepteres). Arbeidene oppgis å skulle utføres av egne ansatte (2) og innleid arbeidskraft (2) uten at det i skjema F3d oppgis hvem den innleide arbeidskraften er. Anbefaling: Avvises pga. forbehold i pristilbud samt at det ikke er oppgitt hvem den innleide arbeidskraften er.

[...]

8. Per Reese. Inngitt tilbud på fire traktorroder (1,4,15 og 18) samt de fire rodene for prioritert strøing (PSA – PSD). Oppgir at arbeidet skal utføres med 3 årsverk; 1 egen ansatt og 2 i underendreprise (navn oppgitt). Fremgår ikke hvem som skal kjøre traktor nr. 4. Utstyr som skal benyttes i arbeidene er beskrevet. [...] Anbefaling: Avvises pga. at det ikke er oppgitt hvem som skal kjøre traktor nr 4.

[....]

15. Tor Øistein Skeide: Inngitt tilbud på traktorrode nr 12 og 13 samt PSA og PSB. Arbeidene oppgis å utføres av ett årsverk innleid arbeidskraft (navn ikke oppgitt). Øvrige opplysninger tilstrekkelige for å vurdere tilbudet. Anbefaling: Avvises da det ikke klart fremgår hvem som skal utføre arbeidene.

[...]

20. Bjørn Ekeberg. Inngitt tilbud på traktorrode nr. 23. Opplysninger tilstrekkelige til å vurdere tilbudet. Anbefaling: Aksepteres.

[...]

22. Christian Alm Knudsen. Inngitt tilbud på traktorrode nr 17. Skjemaene F3a, F3b og F3d er ikke ifylte, men det oppgis i vedlegg at tilbyder er et enkeltmannsforetak. Navn på arbeidsleder (skjema F3c) er ikke oppgitt. Øvrige opplysninger gir grunnlag for å vurdere tilbudet. Anbefaling: Avvises da det ikke klart fremgår at arbeidene skal utføres i egenregi.

23. Knut Ole Røed. Tilbud inngitt på traktorrode nr. 25. Utstyr tilstrekkelig beskrevet, og arbeid skal utføres av tilbyder. Oppgir også reserveutstyr. Anbefaling: Tilbud aksepteres.

[...]

25. Buskerud Ferdigplen [Tore Horgen]. Inngitt tilbud på traktorrode nr 26 samt PSD. Skjema F4b (Internkontrollsystem) er ikke fylt ut. Øvrige opplysninger i tilbudet er tilfredsstillende. Anbefaling: Avvises pga. manglende beskrivelse av internkontrollsystem.

[...]

Med bakgrunn i en mer grundig gjennomgang av de innkomne tilbud synes kun et fåtall å kunne sies å være fullstendige – Sigurd Flaget (traktorrode nr. 2, 4 og 36), Per Øivind Sola (traktorrode 27), Bjørn Ekeberg (traktorrode nr. 23) og Knut Ole Røed (traktorrode nr. 25). Dvs kun åtte av 57 enheter (14 %) i Drammen kommune sitt vinterdriftopplegg er besatt etter den avholdte åpne anbudskonkurransen.

Anbefaling: Ny anbudskonkurranse må gjennomføres for å besette de enheter som pr. dd ikke er avklart evt. bør hele anbudskonkurransen avlyses. En ny anbudskonkurranse må også i større grad fange opp dynamikken i markedet hvor det ikke er vanlig å inngå forpliktende avtaler med underleverandører før anbudskonkurransen er avgjort.”

(16) I brev til tilbyderne datert 18. juni 2005 skrev innklagede blant annet:

”Viser til åpen anbudskonkurranse med innleveringsfrist 9. mai 05. Ved tilbudsfristens utløp var det mottatt 26 tilbud hvorav tre ble avvist ved åpningen – to pga manglende skatteattest og ett tilbud ble levert etter fristens utløp.

En grundig gjennomgang av de resterende 23 tilbud viser at det hefter større eller mindre mangler og/ eller uklarheter ved flere av disse. I henhold til punkt 12 i generelle tilbudsregler avvises også disse tilbudene. Dette medfører at det på flere av rodene ikke lengre vil være inngitte tilbud, og en ny anbudskonkurranse vil måtte gjennomføres for disse. Aksept av gjenværende tilbud vil innebære at Drammen kommune må akseptere en vesentlig høyere pris enn det man må kunne forvente å få ved gjennomføring av en ny anbudskonkurranse. På denne bakgrunn avlyses derfor hele den åpne anbudskonkurransen.”

(17) Samme dag kunngjorde innklagede en ny åpen anbudskonkurranse med tilbudsfrist 19. august.

(18) Under saksbehandlingen for klagenemnda har innklagede laget en oversikt over hvor mange tilbud som innkom på de forskjellige roder, der klagernes tilbud er regnet med i listen over gyldige tilbud, men øvrige leverandører som er avvist, forutsettes rettmessig avvist. Denne oversikten viser at det kun er på traktorrode 4 og 29, samt de prioriterte rodene PSA-PSD at det innkom mer enn et tilbud. På rode 4 konkurrerte én ikke avvist leverandør med Reese. På rode 29 konkurrerte én ikke avvist leverandør med Fasting. På rodene PSA og PSB konkurrerte Reese, Fasting og Skeide og på rodene PSC og PSD konkurrerte Reese og Fasting.

Klager har i det vesentlige anført:

(19) Innklagede har brutt regelverket for offentlige anskaffelser.

Uriktige avvisninger

(20) De av klagerne som fikk sine tilbud avvist, mottok ikke noen underretning om feil eller mangler ved tilbudene.

Arnstein Grill Fasting

(21) Fasting har gitt et alternativt tilbud, som oppdragsgiver hadde plikt til å vurdere.

(22) Fasting har gitt de opplysningene som konkurransegrunnlaget krevde med hensyn til personell. Det var ikke spesifikasjonskrav til innleid

personell, i motsetning til engasjerte underentreprenører. Før innlevering av tilbud hadde Fasting pr telefon blitt enig om denne forståelsen med kommunens sjefsingeniør.

(23) HMS-egenerklæringen var korrekt utfylt. Det er ikke noen som helst innholdsmessig kvalitetsforskjell mellom egenerklæringene under punkt F6 i konkurransegrunnlaget. Utenlandsk arbeidskraft er like vidtgående vernet under den første erklæringen. For øvrig er en eventuell feil bagatellmessig og kunne rettes opp. En eventuell rett til avvisning av et mangelfullt tilbud er ikke ubetinget og grenseløs, jf sak 2004/47.

Per Reese

(24) Reese har kjørt en av traktorrodene selv i 12 vintre. Anførslene om manglende oppgave over hvem som skulle kjøre traktor nr. 4 kunne vært oppklart med et telefonisk spørsmål. Reese har ikke oppgitt seg selv som ansatt hos seg selv, men har oppført seg på arbeidsleders plass. Det virker underlig at opplysninger som skulle være fullgode for 3 av 4 roder skulle føre til utelukkelse av alle roder.

(25) De alminnelige tilbudsreglene setter krav til spesifisering av underentreprenører, men ikke med hensyn til egne ansatte. Der er derfor anledning til å engasjere hjelp etter tildeling av oppdrag. Medunderskrift på HMS-egenerklæringen kan derfor sikres i forbindelse med kontraktutformingen og kunne vært innhentet i medhold av konkurransegrunnlagets alminnelige tilbudsregler §§ 14 og 15 (2).

(26) Manglende underskrift på HMS-egenerklæringen er en bagatellmessig mangel som kunne vært supplert ved enkel telefonforespørsel innenfor regelverket. En eventuell rett til avvisning av et mangelfullt tilbud er ikke ubetinget og grenseløs, jf sak 2004/47.

Tor Øystein Skeide

(27) Manglende detaljering med hensyn til innleid arbeidskraft kunne vært avklart ved telefonisk forespørsel.

Kristian Alm Knudsen

(28) Knudsen har i flere år kjørt en traktorrode selv og kunne på telefonisk forespørsel bekrefte at det var "business as usual". Innklagede burde forstått ut fra vedlegget til tilbudet at Alm Knudsen var arbeidsleder i foretaket.

Buskerud Ferdigplen/ Tore Horgen

(29) Skjema F4B vedrørende internkontrollsystem var ikke fylt ut. Denne uteglemmelsen kunne vært reparert ved en telefonhenvendelse, i det Horgen har kjørt i flere år for innklagede. Horgen har et fungerende internkontrollsystem og kunne dokumentert dette.

Kontraheringsplikt

(30) De av klagerne som ikke fikk sine tilbud avvist, har krav på å få tilbudene vurdert og konkurransen fullført. Den nye konkurransen med frist 19. august kan kun gjennomføres for de rodene hvor det på grunn av mangler ved tidligere inngitte tilbud ikke lenger finnes konkurranseverdige tilbud.

Manglende saklig grunn for avlysning

(31) Innklagede har ikke saklig grunn for avlysning av konkurransen.

(32) Ønsket om å fange opp dynamikken i markedet på en bedre måte i en senere anbudskonkurranse, slik at innklagede kan oppnå lavere pristilbud på rodene, utgjør ikke en saklig grunn for avlysning. Prisnivået hos de resterende tilbydere er lavere enn ved kontraktsslutningene forrige sesong.

(33) ISS/Vaktmesterkompaniet innga unormalt lave tilbud i den påklagde konkurransen. I neste anbudsrunde har denne leverandøren trukket seg fra 25 roder, halvert tilbudene på rode 15 og 16 og høynet med gjennomsnittlig 45 % på de resterende 13 traktorrodene. Ved gjennomgang rode for rode etterlater innklagede et inntrykk av at det kan oppnås store besparelser, mens de påberopte forskjellene er overdrevet tatt i betraktning de senere innleverte tilbudene fra ISS. Det synes ikke korrekt å bli sammenlignet med priser fra tilbydere som er blitt diskvalifisert.

(34) Innklagede var dessuten på forhånd forberedt å måtte gå flere anbudsrunder for å få fylt opp alle rodene. Dette tilkjenner at kommunen har en kontraheringsplikt, forutsatt at tilbydere er kvalifiserte og det ikke hefter alvorlige mangler ved fremsatte tilbud.

(35) Innklagede har kun frihet til å forandre anbudsreglene på de rodene som ikke kan besettes med gyldige tilbud i den første konkurransen.

(36) Med kjennskap til den erfaring og profesjonalitet som kan knyttes til flere av de avviste tilbydere utenfor klagerens krets, holder klagerne det relativt sannsynlig at flere anbydere er blitt avvist på grunnlag av beslektet utilstrekkelig karakter som klagerne i denne klagesaken. Dette kan eventuelt klagenemnda vurdere ut fra de anførsler kommune måtte ha dokumentert, men som er unndratt klagerens innsyn.

(37) Innklagede har en kontraheringsplikt. Klagerne har forlenget sine tilbud ved i deltakelsen i den nye konkurransen å ha gitt uttrykk for at de prinsipielt ønsker konkurransen avgjort i første anbudsrunder.

Brudd på krav til god forretningsskikk

(38) Innklagede skulle ha gitt klagerne en uoppfordret begrunnelse for avvisningene.

Innklagede har i det vesentlige anført:

(39) Innklagede bestrider å ha brutt regelverket for offentlige anskaffelser.

Avvisningene

(40) Det vises til notat av 13. juni for begrunnelser for avvisningene, jf. premiss (15) foran.

(41) Dessuten anføres det at Reese oppgir å ha en ansatt, men at HMS-egenerklæringen ikke inneholder underskrift fra de ansatte. Dette utgjør en selvstendig avvisningsgrunn.

(42) Fasting har heller ikke levert gyldig HMS-egenerklæring, ettersom attesten ikke er underskrevet på punktet om utenlandsk arbeidskraft.

(43) Skeides tilbud på rode PSA og PSB ble umiddelbart avvist, og ikke medtatt i protokollen, ettersom tilbudet inneholdt forbehold om å bli tildelt rode 12 og/eller 13. Dette forbeholdet var i strid med de generelle tilbudsreglenes punkt 10.

Avlysning

(44) Hjemmel for avlysning er forskriften § 10-1 (1). Bestemmelsen bygger på det forhold at oppdragsgiver ikke har noen kontraheringsplikt.

(45) Innklagede avlyste konkurransen så snart innklagede innså at omfanget av tilbud som skulle avvises var av en slik art at innklagede fikk en svært mangelfull konkurransesituasjon, og ikke ville få dekket utlyst behov. Dette ville ikke kunne repareres ved kun å utlyse ny konkurranse på de roder som er uten gyldig tilbud, da konkurransen også ble vesentlig svekket på de roder hvor det fortsatt forelå gyldige tilbud. I en slik situasjon vil kommunen måtte betale en høyere pris enn det som ville være tilfelle ved full konkurranse.

(46) At et så stort antall tilbydere ikke skulle evne å oppfylle grunnleggende kvalifikasjonskrav som angitt i konkurransegrunnlaget, kunne ikke forutses av Drammen kommune.

(47) Bare ved avvisningen av de to største tilbyderne, som hadde i det vesentlige gunstigste tilbudene, vil det foreligge en økonomisk begrunnelse for avlysning. Det er ikke bestridt at disse tilbudene skulle avvises. Da innklagede i tillegg måtte avvise flere andre ufullstendige tilbud, er det på det rene at det forelå saklig grunn for avlysning.

(48) Noen av de tilbud klagerne hevder det skal foreligge kontraheringsplikt på, har en tilnærmet dobbelt så høy pris som de som er lavest, når man ser bort i fra avvisningsgrunner. Det bestrides at noen av disse innga tilbud som skulle avvises pga unormalt lav pris. Skulle det foreligge kontraheringsplikt, ville dette innebære en klar brist med grunntanken bak anskaffelsesregelverket. Det vises til sak 2003/75.

Vedståelsesfrist

(49) Klagerne forlenget vedståelsesfristen 30 dager frem til 8. juli kl. 12:00. Det vil være i strid med regelverket å tildele kontrakt til en av klagerens tilbud fra den avlyste konkurransen, når vedståelsesfristen har utløpt. Det kan ikke ha noen innvirkning på avtaleforholdet inter partes mellom oppdragsgiver og tilbyderne at klagerne har sendt inn en klage på avlysningen til klagenemnda før vedståelsesfristen løp ut.

Klagenemndas vurdering:

(50) Klagerne har deltatt i konkurransen og har saklig klageinteresse, jf. forskrift om klagenemnd om offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Anskaffelsen reguleres av forskrift om offentlige anskaffelser del I og II.

Innledning

(51) Det synes ubestridt i saken at konkurransegrunnlaget åpnet for å inngi deltilbud på en eller flere roder. Klagenemnda legger dette til grunn.

(52) I den påklagde konkurransen forelå det på en rekke av rodene ingen eller kun et gyldig tilbud. For disse rodene hadde innklagede saklig grunn til å avlyse konkurransen grunnet manglende konkurranse. Det vises i denne sammenheng til sak 2003/75 der nemnda uttalte:

"Innklagede kan i følge § 10-1(1) avlyse konkurransen dersom det foreligger saklig grunn. Dette må avgjøres ut fra en helhetsvurdering, der det tas hensyn så vel til hvilken omstendighet som utløste avlysningen som til hva oppdragsgiveren ønsket å oppnå med den. Hensynet til en effektiv konkurranse vil ofte være praktisk umulig å ivareta når kun én leverandør kvalifiserer seg. EF-domstolen har lagt til grunn at det i slike situasjoner ikke foreligger noen generell kontraheringsplikt, jf. domstolens sak C-27/98. Konsekvensen er således at mangelfull deltakelse kan være saklig grunn for å avlyse konkurransen."

(53) Nemnda finner det ikke hensiktsmessig å behandle anførselen om urettmessig avvisning av klagerens tilbud på disse rodene, da det uansett for disse forelå saklig grunn for avlysning.

(54) Det som må vurderes etter dette er om Reese, Fasting eller Skeide, som har levert tilbud på roder der det er levert mer enn ett tilbud, ble urettmessig avvist.

Avvisningene

Arnstein Grill Fasting

(55) Uttalelsen i Fastings tilbud om at beredskapstillegget på de prioriterte rodene bortfaller dersom han blir tildelt en eller flere brøyteroder, utgjør verken et forbehold eller en alternativ løsning. Uttalelsen må derimot forstås som at Fasting har inngitt parallelle tilbud. For det første tilbudet vil beredskapstillegget gjelde dersom Fasting kun blir tildelt prioriterte strøroder. For det andre tilbudet vil beredskapstillegget på samtlige prioriterte strøroder falle bort dersom Fasting blir tilbudt minst en brøyterode. Uttalelsen angir klart hvilken pris som blir tilbudt i de to tilbudene, og skaper således ikke tvil om hvordan tilbudene skal bedømmes i forhold til de andre tilbudene i konkurransen, jf § 8-10 (1) bokstav d). Uttalelsen gir således ikke grunnlag for å avvise tilbudet under henvisning til at det inneholder et forbehold.

(56) Skjema F3 legger ikke opp til at tilbyderne skal oppgi navn på innleid arbeidskraft. Innklagede har således ikke grunnlag for å avvise Fastings tilbud på grunnlag av manglende navn på innleid arbeidskraft.

(57) Fasting har levert HMS-egenerklæring signert av daglig leder og en representant for de ansatte. Fasting er ikke en utenlandsk oppdragstaker, og trenger således ikke signere den delen av HMS-egenerklæringen som gjelder for utenlandske oppdragstakere. Heller ikke på dette grunnlag kan Fastings tilbud avvises.

Per Reese

(58) Reese oppgir i tilbudet å ha en ansatt. Imidlertid manglet den innleverte HMS-egenerklæring en signatur av en representant for de ansatte, og var således ikke i samsvar med forskriftens vedlegg 2. Det følger av forskriften § 8-12 (1) bokstav c) at oppdragsgivere skal avvise leverandører som har unnlatt å levere HMS-egenerklæring i samsvar med § 5-16. Innklagede har således ikke brutt regelverket for offentlige anskaffelser ved å avvise Reeses tilbud.

Tor Øistein Skeide

(59) Skjema F3 legger ikke opp til at tilbyderne skal oppgi navn på innleid arbeidskraft. Innklagede har således ikke grunnlag for å avvise Skeides tilbud på grunnlag av manglende navn på innleid arbeidskraft.

(60) Skeides tilbud på PSA og PSB inneholder et krav om minimumsleveranse, ettersom disse tilbudene kun er gyldige dersom Skeide blir tildelt minst en traktorrode. Dette kravet er i strid med de "alminnelige tilbudsreglene" punkt 10. Prisen ble således ikke oppgitt slik som forutsatt i konkurransegrunnlaget, og innklagede hadde rett til å avvise tilbudene med hjemmel i forskriften § 8-10 (2) bokstav b).

Avlysning

(61) På rode 29 inkom det i alt fem tilbud, og klagenemnda legger til

grunn at tre av disse rettmessig ble avvist. Blant de fem tilbudene hadde Fasting inngitt det nest laveste tilbudet, men dette var 41% høyere i pris enn det laveste tilbudet, som ble avvist. Dersom innklagede hadde slutført konkurransen, ville Fasting fått kontrakten på rode 29, ettersom det var en priskonkurranse. I Konkurranses grunnlaget pkt 16 hadde oppdragsgiver forbeholdt seg rett til å avlyse konkurransen: "*Oppdragsgiver kan avlyse konkurransen med øyeblikkelig virkning hvis det foreligger saklig grunn. Ved avlysning etter denne bestemmelsen skal oppdragsgiver varsle alle tilbydere som har mottatt konkurransegrunnlaget og innen rimelig tid begrunne hvorfor konkurransen avlyses.*"

(62) Spørsmålet er etter dette om innklagede hadde saklig grunn for å avlyse konkurransen også for rode 29, jf konkurransegrunnlaget pkt 16 og forskriften § 10-1 (1).

(63) Det følger av kjennelsen i Rt. 2001 s. 473 (Concord II) at økonomiske hensyn er legitime i vurderingen om det foreligger saklig grunn for avlysning. Kjennelsen gjaldt tilsidesettelse av en beslutning om avlysning basert på tidligere lov om anskaffelser § 4, men nemnda antar at vurderingene vil være de samme under forskrift om offentlige anskaffelser § 10-1 (1). Kjæremålsutvalget la i kjennelsen til grunn at det ikke kreves en kvalifisert overvekt av økonomiske hensyn for at avlysning skal kunne skje. Kjæremålsutvalget uttalte at "*Det må være tilstrekkelig at vurderingen av å bruke en tilbudskonkurranse og den senere avlysning av konkurransen hviler på en fullt ut forsvarlig vurdering fra utbyderens side.*" Det fremheves også at dette beror på en totalvurdering: "*Det sentrale må være om avlysningen etter en totalvurdering finnes å være saklig begrunnet*". Dette er også lagt til grunn av Klagenemnda i sak 2004/1 der kjennelsen ble gjengitt slik: "*Økonomiske og forretningsmessige begrunnelser er generelt saklige grunner, jf. Concord II kjennelsen i Rt. 2001 s. 473. Det kreves ikke en kvalifisert overvekt av økonomiske hensyn for at avlysning skal kunne skje, men avgjørelsen må hvile på en fullt ut forsvarlig vurdering*".

(64) Saken som er til behandling nå skiller seg imidlertid for øvrig fra Klagenemndas sak 2004/1 mht de faktiske omstendigheter. Nemnda la i den saken vekt på at innklagede ikke hadde budsjettmessig dekning for kostnadsøkningen den aktuelle konkurransen medførte, og fant det ikke godtgjort at innklagedes vurdering på dette punktet hvilte på et uforsvarlig grunnlag. Nemnda fant at innklagede følgelig hadde saklig grunn til å avlyse konkurransen. I den foreliggende saken har innklagede ikke vist til manglende budsjettdekning som begrunnelse for avlysningen. Det er de uforutsette avlysningene på grunn av formfeil på tilbydersiden, den derav følgende begrensede konkurransen og det derav følgende prisnivået som er anført som grunn for avlysningen.

(65) Spørsmålet er om denne vurderingen av avlysningsspørsmålet var uforsvarlig.

(66) Innklagede hadde på bakgrunn av tidligere erfaringer med utlysning av slike oppdrag en forventning om en viss konkurranse om oppdragene. De mange tilbudene som ble mottatt i den aktuelle konkurransen, men som måtte avvises på grunn av ulike formelle feil hos leverandørene, bekreftet denne forventningen. At slike formelle feil skulle gjøres av leverandørene og tilbud således måtte avvises, lå utenfor det oppdragsgiver kunne forutberegne og kontrollere. Markedet synes å være slik at innklagede kunne forvente konkurranse blant mange leverandører også på den konkrete roden. Når det i denne situasjonen kun gjensto to gyldige tilbud på den aktuelle roden, var konkurransen vesentlig svekket, samtidig som det var dokumentert for oppdragsgiver at det fantes flere avviste leverandører i markedet og at i hvert fall en av disse kunne være villig til å inngi lavere pristilbud både på denne og andre roder. Det er opplyst at innklagede samme dag som avlysningen fant sted kunngjorde en ny konkurranse, og at konkurransen omfatter den aktuelle roden. Avlysningen kan derfor ikke anses å innebære et forsøk på omgåelse av forhandlingsforbudet. Den kan heller ikke anses å indikere at den tidligere

konkurransen ikke var reell, men bare hadde til hensikt å teste markedet.

(67) Slik saken fremstår for klagenemnda, hadde innklagede gyldige tilbud på kun en av over 40 roder. Konkurransen sett i helhet må derfor antakelig sett fra oppdragsgivers ståsted anses som forfeilet, og nemnda finner det forståelig at innklagede ønsket å avlyse konkurransen og gjennomføre hele konkurransen på nytt for alle roder. På den annen side har ikke innklagede vist til forhold som taler for at samtlige roder bør konkurranseutsettes i samme konkurranse, slik at det vil få økonomiske konsekvenser for de øvrige rodene dersom innklagede kontraherte separat for denne ene roden. Tvert i mot har innklagede i notat av 3. april lagt til grunn at det kan bli nødvendig med flere anbudskonkurranser for å få dekket samtlige roder. Klagenemnda har således ikke lagt avgjørende vekt på slike helhetsbetraktninger i vurderingen av om avlysningen var usaklig.

(68) På bakgrunn av de opplysninger som har fremkommet for Klagenemnda, har nemnda likevel ikke funnet grunnlag for å konstatere at innklagede har foretatt en usaklig avlysning av konkurransen.

Krav til begrunnelse

(69) Klagerne fikk ingen begrunnelse for avvísning av tilbudene før under klagebehandlingen for klagenemnda. Det bemerkes at flere av avvísningsgrunnene først ble påberopt overfor klagerne mot slutten av saksbehandlingen i nemnda. Dette strider mot forskriften § 3-8 (1), som bestemmer at oppdragsgiver snarest mulig skal gi skriftlig melding med en kort begrunnelse dersom forespørselen om å delta i konkurransen eller tilbudet avvíses. Slik saken fremstår for nemnda synes den manglende begrunnelsen for avvísningene ikke å ha virket inn på resultatet, nemlig at konkurransen ble avlyst med saklig grunn.

Konklusjon:

Drammen kommune har brutt forskriften § 3-8 (1) ved ikke snarest mulig gi klagerne en kort begrunnelse for hvorfor tilbudene ble avvíst.

Drammen kommune har ikke brutt forskriften § 10-1 (1) ved å avlyse konkurransen.

For klagenemnda, Oslo 12. september 2005

Svein Dahl



Forsiden
Nemndsmedlemmer
Saksbehandling
Regelverk
Innkomne saker
Statistikk
Årsrapporter
Dommer
Søk i avgjorte saker

Avgjorte saker:

[2003](#) [2004](#) [2005](#)

Besøksadresse

H. Heyerdalsgate 1
0033 Oslo

Postadresse

Postboks 8132 Dep
0033 Oslo

Tlf.: 22 33 70 10

Faks: 22 33 70 12

E-post:

postmottak@kofa.no

Avgjorte saker

Klager innga et generalentreprisetilbud, hvor rigg og driftsomkostninger var oppgitt under ett. I tillegg tilbød klager å forhandle om de økonomiske konsekvensene hvis det skulle bli aktuelt med oppsplitting i delentrepriser. Innklagede avviste klagers tilbud som følge av forbeholdet mht oppsplitting av nevnte omkostninger. Klagenemnda fant at innklagede ikke var berettiget til å avvise tilbudet om generalentreprise. Videre fant klagenemnda som følge av uryddighet på flere punkter i anskaffelsesprosessen, at det ikke lot seg etterprøve om innklagede hadde foretatt en forsvarlig evaluering av klagers generalentreprisetilbud mot delentreprise-alternativet.

Klagenemndas avgjørelse 29. august 2005 i sak 2004/228

Klager: Norstraal AS

Innklaget: Statsbygg Vest

Klagenemndas medlemmer: Jens Bugge, Bjørg Ven, Andreas Wahl

Saken gjelder: Avvisning. Tilbudsevaluering.

Bakgrunn:

(1) Statsbygg Vest (heretter kalt innklagede) kunngjorde 6. april 2004 en åpen anbudskonkurranse for bygningsmessige rehabiliteringsarbeider. I kunngjøringen var arbeidene beskrevet slik:

"Det skal utføres vedlikeholdstiltak ved 6 bygninger ved Statsbyggs eiendommer i Rommetveit, Stord. Denne entreprisen omfatter rehabilitering av fasader, og omfatter fagområdene betongsrehabilitering, mur- og pussrehabilitering, overflatebehandling/maling av betong, mur/puss, vinduer, ytterdører og trekledning."

(2) Av konkurransegrunnlaget fremgikk det:

"Entrepriseform

Alle fagområder er samlet i en beskrivelse, og entreprenørene får anledning til å gi pris på ett, flere eller alle fag.

Aktuelle entrepriseformer er hovedentreprise eller delte entrepriser. Endelig valg

vedrørende entrepriseform vil bli gjort etter anbudsevaluering og kontraktsforhandlinger.

[...]

Valg av tilbud

Byggherren tar forbehold om retten til å velge det tilbudet han ønsker eller å forkaste samtlige.

Selv om entreprenøren gir pris på alle fag (hovedentreprise) forbeholder byggherren seg retten til å forkaste underentreprenører for enkelte fagområde, og å tiltransportere annen underentreprenør til hovedentreprenøren, eller å gjennomføre dette fagområdet som egen entreprise (sideentreprenør).”

(3) Arbeidene var delt inn i seks deler som skulle prises hver for seg:

Kap. 1 – Rigg og drift av byggeplass

Kap. 2 – Stillasarbeider

Kap. 3 – Tømmerarbeider

Kap. 4 – Rehabilitering av betong og puss (mekaniske reoperasjoner)

Kap. 5 – Rehabilitering av betong og puss (diverse arbeider)

Kap. 7 – Malerarbeider

(4) Under kapittelet for rigg og drift i konkurransegrunnlagets tekniske beskrivelse het det avslutningsvis:

”FORDELING AV RIGG- OG DRIFTSKOSTNADER VED DELTE ENTREPRISER:

Da entreprenørene kan velge å gi pris på ett, flere eller alle kapittel i beskrivelsen, og det står byggherren fritt å velge ulike entreprenører for de ulike kapittel, fagområde, må det gå klart fram av anbudet hvor mye av rigg- og driftskostnadene som hører til det enkelte kapittel.

Entreprenøren skal her fylle ut samlesummer for rigg- og driftskostnad for hvert enkelt kapittel.

Samlet rigg- og driftskostnad for:

Kap. 02: Stillasarbeider: kr.....

Kap. 03: Tømmerarbeider: kr.....

Kap. 04: Rehabilitering [...]: kr.....

Kap. 05: Rehabilitering [...]: kr.....

Kap. 06: Malerarbeider: kr.....”

(5) Tildelingskriteriene var, i uprioritert rekkefølge:

” - *pris*

- *kapasitet*

- *framdrift*

- *kompetanse og erfaring*

- *bruk av egne ressurser (mannskap og maskiner)*

- *samarbeidspartnere inkl. bruk av underentreprenører*

- *organisering*

- *KS – system*

- *HMS – system*

- *eventuelle forbehold”*

(6) Ni leverandører innga tilbud. Norstraal AS (heretter kalt klager) leverte tilbud på alle arbeidene, mens de øvrige tilbudene knyttet seg til deler av arbeidene.

(7) Av klagers tilbudsbrev fremgikk:

”Vedr. fordeling av rigg og dr. kostnader ved delte entrepriser.

Vi har gitt tilbud på alle arbeider. Det lar seg ikke enkelt beregne konsekvenser for rigg og drift hvis arbeidet skulle bli oppstykket. Dette punkt har jeg derfor ikke fylt ut. Jeg er villig til å forhandle om økonomiske konsekvenser hvis det skulle bli aktuelt med en oppsplitting. Jeg ser imidlertid at en oppsplitting av arbeidene på flere entreprenører kan medføre betydelig merarbeid for byggeleder og kanskje problemer m.h.t. fremdrift, ansvarsforhold og kvalitet på sluttproduktet.”

(8) Bare én annen leverandør, Strand AS, hadde tilbudt betongarbeider, men med vesentlig høyere priser enn klager.

(9) I brev av 27. mai 2004 fikk klager innkalling til avklaringsmøte. Av brevet fremgikk det at det kunne bli aktuelt å gjennomføre en tredelt entrepriser. Videre het det at *”med dette opplegget vil Rigg og drift bli endra i forhold til anbudet, og priskonsekvensane av dette må avklarast på møtet.”*

(10) Avklaringsmøtet ble avholdt 1. juni 2004. I innklagedes møtereferat het det blant annet følgende:

”Entrepriseinndeling

Det vart diskutert ulike modellar for hovedentreprise og delte entrepriser.

Norstraal AS er klart billegast på rehabilitering av betong og puss. Det er likevel svært lite aktuelt for firmaet å berre utføre dette arbeidet.

Eit meir aktuelt alternativ er at firmaet held egne stillas og utfører rehabilitering av betong og puss samt malararbeidet.

Det gjekk likevel klart fram at det mest ønskjelege for firmaet var å få hand om heile prosjektet og å utføre dette på kortast mulig byggetid.

Det vart også opplyst at dersom heile kontrakten blir tildelt Norstraal AS, vil det vera aktuelt å nytta eit lokalt firma til tømmerarbeidet, f eks eit av dei firma som har gitt anbud på dette.

Desse alternativa blir vurdert av byggherren ut frå både tekniske, framdriftsmessige, økonomiske og ansvarsmessige forhold.”

(11) Den 4. juni 2004 mottok klager e-post fra innklagedes rådgivende ingeniør, Akvator AS, som opplyste at klager ville bli innstilt til å få kontrakt på alle arbeidene, og at dette senere skulle bli behandlet av prosjektleder i Statsbygg.

(12) Den 14. juni 2004 sendte Akvator AS en ny e-post der det fremgikk at innklagede var innstilt på å dele oppdraget mellom klager og Byggspesialisten Stord AS, slik at klager bare fikk betong- og malerarbeidene. Klager ble i e-posten bedt om å føre tilleggskostnader for oppsplitting av arbeidet inn under rigg og drift.

(13) Samme dag meddelte innklagede i brev at kontrakt ville bli inngått med klager og Byggspesialisten Stord AS.

(14) I brev datert 17. juni 2004 ble følgende opplyst til deltakerne i konkurransen:

I vår tilbudsevaluering har vi dessverre feilvurdert et vesentlig forbehold i tilbudet fra Norstraal AS. Forbeholdet er upresist og tvetydig, og dermed umulig å vurdere uten å ta kontakt med tilbyder. Dette er ikke tillatt etter § 16-1 forhandlingsforbud ved anbudskonkurranser. Ut fra hensynet til likebehandling er Statsbygg derfor forpliktet til å avvise tilbudet fra Norstraal AS jf forskrift om offentlige anskaffelser § 15-10 c og d. Beslutningen om å velge Norstraal AS er med dette annullert, jf. samme forskrift 17-3 (3 ledd).

For entreprisene 4 Rehabilitering av betong og puss, mekaniske reparasjoner og 5 Rehabilitering av betong og puss, diverse arbeider har vi således mottatt ett gyldig tilbud. Konkurransen for disse entreprisene er derfor avlyst, jf ovennevnte forskrift § 17-1.”

(15) I brev datert 23. juni 2004 var avvisningen av klagers tilbud utdypet på følgende måte:

"I tilbudsgrunnlaget er det tatt forbehold om at vi som byggherre etter tilbudsåpningen ville ta standpunkt til entreprisform: enten generalentreprise eller delte entrepriser.

Som eneste tilbyder på samtlige delentrepriser ble Deres tilbud evaluert som en generalentreprise mot det rimeligste alternativet i delte entrepriser. Denne evalueringen falt ut til fordel for delte entrepriser med en margin på ca kr 100 000 inkl. mva.

Forbeholdet i tilbuds brevet om fordeling av rigg- og driftskostnader imidlertid formulert på en måte som gjør at det er tvil om hvordan tilbudet skal vurderes opp mot andre ved delte entrepriser. Tilbudet skal derfor avvises, jf forskrift om offentlige anskaffelser § 15-10 d. "

(16) Etter å ha avlyst konkurransen for entreprise 4 og 5 inngikk innklagede kontrakt direkte med klager for utførelsen av disse arbeidene.

(17) Innklagede har inngått kontrakt også for de øvrige entreprisene.

Klager har i det vesentlige anført:

(18) Et grunnleggende problem med det anbud som ble lagt ut, er at forholdet mellom fremdrift og ansvar for rigg/stillaser ved delentreprise, er dårlig opplyst. En delt entreprise forutsatte derfor forhandlinger med tilbyderne. Dette er i strid med forhandlingsforbudet ved anbudskonkurranser. Innklagede må ha ført ulovlige forhandlinger med de øvrige tilbydere.

(19) Det var ikke adgang til å avvise klagers tilbud. Forbeholdet i klagers tilbud ble inntatt som følge av en telefonsamtale avholdt under tilbudsutarbeidelsen. Klager uttalte allerede på dette tidspunktet at konkurransegrunnlagets regulering av rigg og drift ikke tok høyde for ulike kombinasjoner av entrepriser. Innklagede ga da klar beskjed til klager om å ta inn forbehold om dette i tilbudet, og at en fordeling av rigg og drift kunne drøftes senere i et avklaringsmøte. Innklagede må selv ta konsekvensene av sine valg, og under enhver omstendighet pliktet innklagede å avklare forbeholdet. Uansett var konsekvensene av forbeholdet så betydningsløse at de inngitte tilbudene i høy grad var sammenlignbare uansett.

(20) I og med at klagers tilbud om generalentreprise ikke inneholdt forbehold, var det ikke adgang til å annullere den kontraktstildelingen som ble meddelt klager 4. juni.

(21) Det er feil å basere valget mellom delte entrepriser og generalentreprise på en ren prisvurdering. Det vises til at konkurransegrunnlaget opplyster flere kriterier for valg av tilbud. Innklagede har også sett bort fra at en generalentreprise vil innebære besparelser i administrasjonskostnadene. Innklagede har også sett bort fra klagers raske fremdrift.

(22) Innklagede har brutt kravene til begrunnelse i §§ 3-8 og 17-3.

(23) Vilkårene for erstatning foreligger.

Innklagede har i det vesentlige anført:

(24) Innklagede bestrider å ha brutt forhandlingsforbudet. De øvrige tilbyderne hadde oppgitt pris for rigg- og drift for hvert av fagområdene, og det var derfor ikke nødvendig å forhandle om dette.

(25) Klager kan ikke høres med at Statsbyggs rådgiver hadde rådet klager til å innta forbeholdet. Konkurranses grunnlaget er tydelig på at postene for rigg og drift skal splittes i forhold til delentreprisene. Det er et grunnleggende prinsipp at en leverandør selv har risikoen for å utforme et korrekt tilbud. Forbeholdet er upresist, utvetydig og umulig å vurdere uten kontakt med leverandøren. Det forelå plikt til å avvise tilbudet med grunnlag i § 15-10 (1) c og d. Årsaken til at avvisningen skjedde sent i prosessen, skyldes at innklagede først antok at rigg- og driftposten ville bli regulert innenfor totalsummen for rigg og drift. Dette viste seg å være feil fortolkning av forbeholdet.

(26) Klager kan ikke høres med at administrasjonskostnadene skulle vært inkludert ved vurderingen mellom generalentreprise og delte entrepriser. Dette var ikke opplyst i konkurransegrunnlaget, og det ville således vært i strid med regelverket om dette hadde blitt hensyntatt. Innklagede står fast ved at valget av delte entrepriser var korrekt.

(27) Innklagede erkjenner at det har vært gitt noe svake begrunnelser for valget av leverandør, men viser til at dette har blitt utdypet ved etterfølgende begrunnelse.

Klagenemndas vurdering:

(28) Klager har deltatt i konkurransen og har saklig klageinteresse. Klagen er rettidig. Anskaffelsen følger etter sin art og verdi reglene i forskrift om offentlige anskaffelser del I og III, jf § 2-2.

Avvisning av klagerens tilbud

(29) Klager innga et generalentreprisetilbud, hvor rigg- og driftsomkostninger var oppgitt under ett. I tillegg tilbød klager å forhandle om de økonomiske konsekvensene hvis det skulle bli aktuelt med oppsplitting i delentrepriser, jf sitatet i premiss 7.

(30) Partene er uenige om klagers forbehold er inntatt som følge av en anmodning fra innklagede eller ikke. Dette er et bevisstema klagenemnda ikke har grunnlag for å vurdere, og klagenemnda legger derfor til grunn forbeholdet slik det fremstår i tilbudet.

(31) Klagenemnda bemerker at forbeholdet mht. oppsplitting av rigg- og driftskostnader må karakteriseres som et forbehold med ukjent rekkevidde, som umuliggjør evaluering av de enkelte deler av klagers tilbud opp mot de øvrige delentreprisene.

(32) Forbeholdet har imidlertid bare effekt ved evaluering av de enkelte delentreprisene. Klagers tilbud på de samlede entreprisarbeidene inneholder ikke tilsvarende forbehold, og det forelå dermed ikke grunnlag for å avvise totaltilbudet på det grunnlag innklagede har gjort. Innklagede avvisning av klagerens tilbud om generalentreprise har derfor ikke hjemmel i forskriftens § 15-10 (1) bokstav d, jf § 15-6 (3).

(33) Innklagede hadde dermed to tilbud også på betongrehabilitering, ett fra klager som del av en generalentreprise og ett fra Strand AS som delentreprise.

Innklagedes valg av delte entrepriser fremfor generalentreprise

(34) Spørsmålet er så om det er grunnlag for å underkjenne innklagedes valg av delentrepriser i stedet for klagers generalentreprise.

(35) Spørsmålet om kontrakten skal tildeles én leverandør som en generalentreprise eller flere leverandører som delentrepriser, må etter klagenemndas syn avgjøres på samme måte som ved deltilbud. I sak 2004/180 hadde innklagede tatt forbehold om å tildele kontrakten til én eller flere leverandører. Om valget av ett totaltilbud eller flere deltilbud uttalte klagenemnda at "[d]et avgjørende må være hva som totalt sett er den økonomisk mest fordelaktige løsningen for innklagede." Overført til denne saken innebærer dette at valget av entrepriseform må baseres på hvilken kombinasjon (én eller flere leverandører) som best oppfyller tildelingskriteriene.

(36) Innklagede har opplyst at prioriteringen av tildelingskriteriene ikke var bestemt ved utformingen av konkurransegrunnlaget. Klagenemnda finner derfor at det ikke forelå noen plikt til å prioritere kriteriene på forhånd.

(37) Klager var eneste leverandør som leverte inn tilbud som dekket alle arbeidene (generalentreprise-alternativet). De øvrige leverandørene ga kun tilbud på deler av arbeidene. Innklagede beregnet at ved å velge flere delte entrepriser fremfor én generalentreprise, ble det en besparelse på ca kr 100.000 i kontraktssum.

(38) Klager har anført at delte entrepriser innebærer større administrasjonskostnader enn en generalentreprise, og at disse kostnadene skulle vært tatt høyde for ved valget av entrepriseform. Så lenge det ikke fremgår av tildelingskriteriene at interne administrasjonskostnader ville bli vektlagt, finner klagenemnda at innklagede har foretatt en forsvarlig vurdering ved bare å sammenligne tilbudssummen hos de relevante tilbudskombinasjoner.

(39) Innklagede har overfor klagenemnda erkjent at anbudsprosessen på flere punkter fremstår som noe uryddig, blant annet fordi innklagede først meddelte at kontrakten ville bli tildelt klageren og Byggespesialisten Stord AS, og deretter i brev av 17. juni 2004 avviste klagerens generalentreprisetilbud på grunnlag av en endret forståelse av klagerens forbehold mht oppsplitting av rigg- og driftsomkostninger ved delentrepriser. Klagenemnda er enig i dette og finner at det av denne grunn vanskelig lar seg etterprøve fullt ut om klagers tilbud og delentreprisene er blitt evaluert opp mot hverandre på forsvarlig måte på grunnlag av tildelingskriteriene. Klagenemnda finner at tildelingen av denne grunn ikke har klart grunnlag i forskriftens § 17-2.

Brudd på forhandlingsforbudet?

(40) Klager anfører at det må ha funnet sted ulovlige forhandlinger med de andre leverandørene knyttet til fordeling av rigg- og driftkostnader på den enkelte delentreprise.

(41) Klager har ikke sannsynliggjort at det er gjennomført forhandlinger i strid med forhandlingsforbudet i anbudskonkurranser, og klagenemnda har dermed ikke grunnlag for å fastslå at innklagede har brutt forhandlingsforbudet i § 16-1.

Brudd på begrunnelsesplikten?

(42) Slik saken ligger an, finner klagenemnda ikke grunn til å gå nærmere inn på om innklagede har oppfylt kravene til begrunnelse i forskriftens § 17-3 og 3-8.

(43) Etter resultatet har ikke klagenemnda tilstrekkelig grunnlag til å vurdere om erstatningsvilkårene skulle være oppfylt.

Konklusjon:

Statsbygg Vest har brutt forskrift om offentlige anskaffelser § 15-10 (1) bokstav d ved å avvise klagerens tilbud om generalentreprise.

Klagenemnda finner at anskaffelsesprosessen er blitt gjennomført på en slik måte at det er vanskelig å etterprøve om klagers generalentreprisetilbud er blitt evaluert på en forsvarlig måte i forhold til de oppstilte tildelingskriterier.

For klagenemnda,

22. august 2005

Jens Bugge



Forsiden
Nemndsmedlemmer
Saksbehandling
Regelverk
Innkommne saker
Statistikk
Årsrapporter
Dommer
Søk i avgjorte saker
Avgjorte saker:
[2003](#) [2004](#) [2005](#)

Besøksadresse
H. Heyerdalsgate 1
0033 Oslo

Postadresse
Postboks 8132 Dep
0033 Oslo

Tlf.: 22 33 70 10

Faks: 22 33 70 12

E-post:

postmottak@kofa.no

Avgjorte saker

Klagenemnda kom til at innklagede var et offentligrettslig organ. Innklagede var kontrollert av andre offentligrettslige organer gjennom valg av styre hos innklagede. Innklagedes virksomhet hadde som formål å drive utvikling og drift av allmennyttige vitensenterutstillinger rettet mot barn og unge. Dette falt etter klagenemndas vurdering innenfor vilkåret "tjener allmennhetens behov, og ikke er av industriell eller forretningsmessig karakter" i forskrift om offentlige anskaffelser § 1-2(2)(a).

Klagenemndas avgjørelse 29. august 2005 i sak 2005/184

Klager: Expology AS

Innklaget: Vitensenteret Innlandet AS

Klagenemndas medlemmer: Bjørg Ven, Andreas Wahl, Jens Bugge

Saken gjelder: Offentligrettslig organ.

Bakgrunn:

(1) Vitensenteret Innlandet AS (heretter kalt innklagede) ble etablert som et prosjekt i Gjøvik Kunnskapspark AS våren 2002. I desember 2003 ble prosjektet etablert som et aksjeselskap 100% eid av Gjøvik Kunnskapspark AS. Dette eierskapet er midlertidig og eierskapet skal føres over til Raufoss Næringspark, Toten sparebank, Oppland Arbeiderblad, Oppland fylkeskommune og Gjøvik kommune. I etableringsfasen har 70-80% av finansieringen kommet fra private bedrifter. I driftsfasen er det forventet at offentlige driftstilskudd vil utgjøre under halvparten av inntektene. Styret hos innklagede velges av generalforsamlingen.

(2) Innklagedes virksomhet har som formål drive utvikling og drift av allmennyttige vitensenterutstillinger i Gjøvik rettet mot barn og unge. Av avtalen som er inngått/skal inngås mellom innklagede og økonomiske bidragsytere til innklagede fremgår det at innklagede har som intensjon å utvikle en arena for å synliggjøre verdiskapning i samfunnet. Videre fremgår det at mesteparten av de økonomiske bidragene skal øremerkes til oppbygging av utstillinger og aktiviteter rettet mot skoler, og gjøre det mulig å utvikle kvalitativt gode pedagogiske opplegg og installasjoner.

(3) Gjøvik Kunnskapspark AS som i dag er eier av innklagede, er eid av både offentlige myndigheter, offentligrettslige organer og private selskaper. Det offentlige har i overkant av 60% av aksjene, men det er flest private aksjonærer.

Gjøvik Kunnskapspark AS virksomhet er å bidra til vekst og utvikling i eksisterende og ny virksomhet gjennom nettverksbygging og krevende prosjekter som involverer bedrifter, kompetansemiljøer, offentlig virksomhet og gründere. Styret i Gjøvik Kunnskapspark AS består av 5 til 9 medlemmer hvorav ett styremedlem kan velges av Selskapet for Industrivekst SF (som er et offentligrettslig organ), ett av Oppland Fylkeskommune og kommunale aksjonærer i fellesskap, ett av Høgskolen i Gjøvik, Gjøvik Tekniske Fagskole og Handelshøgskolen BI Gjøvik i fellesskap. Resten av styremedlemmene velges av generalforsamlingen.

(4) Innklagede skal gjennomføre prosjektet MedieXperimentet. Prosjektet går ut på å utvikle en læringssimulator/rollespill som både gir de besøkende innblikk i journalistrollen og rollen som forsker. Dette krever et betydelig utviklingsarbeid og er ikke noe som kan kjøpes "over disk". I dag er det flere aktører i Norge som har utviklet rollespill hvor de besøkende er "journalister". Eksperimentdelen (forskerrollen) er imidlertid ikke utviklet før. Science center i Canada har imidlertid gjort noe lignende.

(5) Prosjektet skal utvikles i samarbeid med Oppland Arbeiderblad. Samlet prosjektkostnad antas å være ca. kr. 4 millioner. Oppland Arbeiderblad vil bidra med mellom kr. 2,1 til 2,7 millioner.

(6) I forbindelse med prosjektet har innklagede vært i kontakt med klager. Klager leverte blant annet et tilbud som ikke ble akseptert av innklagede.

Anførsler:

Klagers anførsler:

(7) Klager anfører at innklagede har brutt regelverket for offentlige anskaffelser

(8) Innklagede har ikke fulgt regelverket for offentlige anskaffelser ved valg av leverandør til etablering av MedieXperimentet. Innklagede er et offentligrettslig organ i henhold til forskrift om offentlige anskaffelser § 1-2(2) og anskaffelsen skulle derfor ha vært utlyst i samsvar med regelverket om offentlige anskaffelser.

Innklagedes anførsler:

(9) Innklagede er ikke et offentligrettslig organ i henhold til forskrift om offentlige anskaffelser § 1-2(2). Innklagede er derfor ikke forpliktet til å følge regelverket for offentlige anskaffelser ved etableringen av MedieXperimentet.

(10) Subsidiært, dersom innklagede er et offentligrettslig organ, anføres det at prosjektet MedieXperiment er unntatt fra regelverket i henhold til forskrift om offentlige anskaffelser § 1-3(2)(g) om FOU-kontrakter om tjenester. Det er et betydelig utviklingsarbeid som skal på plass for at MedieXperiment skal lykkes. Oppland arbeiderblad skal videre bidra økonomisk.

(11) Atter subsidiært kommer forskrift om offentlige anskaffelser § 4-3(b) om konkurranse med forhandling uten forutgående kunngjøring på grunn av at det ikke foreligger egnede tilbud i en forutgående konkurranse. Klagers tilbud var ikke egnet. Forskriften § 4-3(e) om konkurranse med forhandling ved FOU-kontrakter om varer kommer også til anvendelse.

Klagenemndas vurdering:

(12) Klager anfører at regelverket for offentlige anskaffelser er brutt ved at det ikke ble avholdt konkurranse, og har saklig klageinteresse i forhold til dette spørsmålet, jfr. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig.

Hvorvidt innklagede er et offentligrettslig organ

(13) Spørsmålet for klagenemnda er om innklagede er et offentligrettslig organ i henhold til regelverket. Forskrift om offentlige anskaffelser § 1-2(2) definerer offentligrettslig organ slik:

"Et offentligrettslig organ er ethvert organ:

a. som tjener allmennhetens behov, og ikke er av industriell eller forretningsmessig karakter.

b. som er et selvstendig rettssubjekt

c. som i hovedsak er finansiert av statlige, fylkeskommunale eller kommunale myndigheter eller andre offentligrettslige organer, eller hvis forvaltning er underlagt slike organers kontroll, eller som har et administrasjons-, ledelses-, eller kontrollorgan der over halvparten av medlemmene er oppnevnt av statlige, fylkeskommunale eller kommunale myndigheter eller andre offentligrettslige organer."

(14) Hvorvidt innklagede er et offentligrettslig organ, må avgjøres ut fra forholdene hos innklagede på tidspunktet for de beslutningene eller unnlattelsene klagen gjelder. Eventuelle fremtidige endringer i eierstrukturen kan føre til at det må foretas en fornyet vurdering av om innklagede er omfattet av regelverket for offentlige anskaffelser etter endringene.

(15) Innklagede er i dag eiet av Gjøvik Kunnskapspark AS. For at innklagede skal anses som et offentligrettslig organ, er det i henhold til forskriftens § 1-2(2) (c) et vilkår at innklagede på minst én av tre alternative måter er kontrollert av offentlige myndigheter eller offentligrettslige organer. For å kunne vurdere hvorvidt innklagede er et offentligrettslig organ, må det derfor først vurderes om Gjøvik Kunnskapspark AS er et offentligrettslig organ eller offentlig myndighet.

(16) Gjøvik Kunnskapspark AS er ikke en offentlig myndighet, men et eget rettssubjekt eiet av både offentlige og private aksjonærer. Det offentlige har i overkant av 60% av aksjene i selskapet. Styret i Gjøvik Kunnskapspark AS kan bestå av 5 til 9 medlemmer. Dagens styre består av 6 medlemmer. Etter vedtektene kan ett styremedlem velges av Selskapet for Industrivekst SF som er et offentligrettslig organ, ett av Oppland Fylkeskommune og kommunale aksjonærer i fellesskap, ett av Høgskolen i Gjøvik, Gjøvik Tekniske Fagskole og Handelshøyskolen BI Gjøvik i fellesskap. Resten av styremedlemmene velges av generalforsamlingen hvor offentlige aksjonærer har flertall. Det offentlige har således kontroll med hvem generalforsamlingen velger som styremedlemmer. Gjøvik Kunnskapspark har derfor *" et administrasjons-, ledelses-, eller kontrollorgan der over halvparten av medlemmene er oppnevnt av [...]andre offentligrettslige organer"*, jfr. forskrift om offentlige anskaffelser § 1-2(2)(c). Gjøvik Kunnskapspark AS er dermed kontrollert av det offentlige.

(17) For at Gjøvik Kunnskapspark AS skal være et offentligrettslig organ må det tjene allmennhetens behov og ikke være av industriell eller forretningsmessig karakter. I følge EF-domstolen skal vilkåret gis en vid fortolkning. Det vises til EF-domstolens sak C-373/00 (Adolf Truly). Gjøvik Kunnskapspark AS virksomhet er å bidra til vekst og utvikling i eksisterende og ny virksomhet gjennom nettverksbygging og krevende prosjekter som involverer bedrifter, kompetansemiljøer, offentlig virksomhet og gründere. Allmennhetens behov omfatter i følge EF-domstolens forente saker C-223/99 og C-260/99 (Agora og Excelsior) å stimulere handelen på en måte som kommer allmennheten til gode. Tilsvarende må det å stimulere til vekst og utvikling av

næringsvirksomhet i en region falle innenfor "allmennhetens behov". Selv om det formelt sett kan utdeles utbytte fra selskapet, har Gjøvik Kunnskapspark AS ikke som formål å gå med overskudd slik at eierne kan få utbytte. Vekst og utvikling av næringsvirksomhet i en region er videre forhold det offentlige generelt ønsker å bevare innflytelse over. På dette grunnlag finner klagenemnda at virksomheten til Gjøvik Kunnskapspark AS oppfyller vilkåret "*tjener allmennhetens behov, og ikke er av industriell eller forretningsmessig karakter*", jfr. forskriftens § 1-2(2)(a).

(18) Gjøvik Kunnskapspark AS er på bakgrunn av ovenstående å anse som et offentligrettslig organ.

(19) Når det gjelder spørsmålet om innklagede er omfattet av anskaffelsesforskriften, er det på det rene at innklagede er et selvstendig rettssubjekt.

(20) Styret hos innklagede velges av generalforsamlingen som pr. i dag er Gjøvik Kunnskapspark AS. Selv om mer enn halvparten av kapitalen hos innklagede er privat, har dermed et offentligrettslig organ kontroll med innklagede gjennom at innklagede "*har et administrasjons-, ledelses-, eller kontrollorgan der over halvparten av medlemmene er oppnevnt av statlige, fylkeskommunale eller kommunale myndigheter eller andre offentligrettslige organer*", jfr. forskrift om offentlige anskaffelser § 1-2(2)(c).

(21) Innklagedes virksomhet har som formål å drive utvikling og drift av allmenntilgjengelige vitensenterutstillinger i Gjøvik rettet mot barn og unge. Det skal blant annet lages utstillinger og aktiviteter rettet mot skoler. Virksomheten baseres delvis på driftstilskudd fra det offentlige. Dette er aktiviteter som er av samfunnsmessig betydning og som ofte er lagt til det offentlige. Virksomheten faller derfor etter klagenemndas vurdering innenfor vilkåret "*tjener allmennhetens behov, og ikke er av industriell eller forretningsmessig karakter*", jfr. forskrift om offentlige anskaffelser § 1-2(2)(a).

(22) Innklagede er dermed et offentligrettslig organ.

(23) Innklagede har påberopt seg at flere av unntakene i forskrift om offentlige anskaffelser kommer til anvendelse på anskaffelser knyttet til utvikling av MediaXperiment. Hvorvidt unntakene kommer til anvendelse må avgjøres i forhold til hver kontrakt som innklagede inngår. Klagenemnda har ikke tilstrekkelig opplysninger til å vurdere dette.

Konklusjon:

Vitensenteret Innlandet AS er et offentligrettslig organ i henhold til forskrift om offentlige anskaffelser § 1-2 (2).

For klagenemnda

29. august 2005

Andreas Wahl



Forsiden
Nemndsmedlemmer
Saksbehandling
Regelverk
Innkomne saker
Statistikk
Årsrapporter
Dommer
Søk i avgjorte saker

Avgjorte saker:
[2003](#) [2004](#) [2005](#)

Besøksadresse
H. Heyerdalsgate 1
0033 Oslo

Postadresse
Postboks 8132 Dep
0033 Oslo

Tlf.: 22 33 70 10

Faks: 22 33 70 12

E-post:
postmottak@kofa.no

Avgjorte saker

Klager var en av to alternative underleverandør av UV-anlegg i en konkurranse med forhandling om leveranse og montering av rør og maskin- og prosessstekniske installasjoner i et vannbehandlingsanlegg. Klager fikk ikke medhold i at hovedleverandørens inngåelse av kontrakt med underleverandøren var en anskaffelse som var omfattet av regelverket for offentlige anskaffelser. Kontrakt om hovedleveransen var inngått, mens anskaffelsen av UV-anlegg er holdt åpen i påvente av at den andre underleverandøren skal få Folkehelseinstituttets godkjenning av sitt utstyr. Etter konkurransegrunnlaget skulle slik godkjenning foreligge før kontrakt inngås. Klagenemnda kom likevel til at innklagede verken har satt seg ut over konkurransegrunnlagets krav eller har handlet i strid med kravet til likebehandling til skade for klageren.

Klagenemndas avgjørelse 29. august 2005 i sak 2005/194

Klager: Sterner AquaTech AS

Innklaget: Askøy kommune

Klagenemndas medlemmer: Jens Bugge, Andreas Wahl, Bjørg Ven

Saken gjelder:

Saklig klageinteresse. Spørsmål om hovedleverandørens anskaffelse fra underleverandør var omfattet av regelverket. Likebehandling av underleverandører.

Bakgrunn:

(1) Askøy kommune (heretter kalt innklagede) kunngjorde 12. juli 2004 en konkurranse med forhandling om leveranse og montering av rør og maskin- og prosessstekniske installasjoner i et vannbehandlingsanlegg, samt elektroteknisk installasjon. Av kunngjøringen fremgår at pumper, UV-anlegg, nødstrømsaggregat mv. er inkludert i anskaffelsen.

(2) Konkurransegrunnlaget ble sendt til prekvalifiserte tilbydere 15. april 2005. I konkurransegrunnlaget fremgår det at UV-anlegg skal være biodosimetrisk testet og at sertifikat for dette skulle vedlegges tilbudet. Videre fremgikk det:

"Før kontrakt skal det foreligge godkjenning fra Folkehelseinstituttet. Denne godkjenningen skal angi hvilken kapasitet som aggregatet har for ulike UV-transmisjoner i henhold til krav i drikkevannsforskriften. Godkjenning skal være for en UV-dose på 40mWs/cm²."

(3) Fire leverandører ble prekvalifisert, hvorav tre leverandører innleverte tilbud innen tilbudsfristen 13. mai 2005. Lafopa AS var en av tilbyderne. Alle tilbyderne hadde angitt Sterner AquaTech AS (heretter kalt klager) og HOH Birger Christensen AS som alternative underleverandører for leveransen av UV-anlegg. Klager stod som leverandør av utstyr fra Wedeco, mens HOH Birger Christensen AS stod som leverandør av utstyr fra Berson.

(4) Lafopa AS hadde bedt om tilbud på UV-anlegg fra klager og andre underleverandører 9. mai 2005. Spesifikasjonene i innklagedes konkurransegrunnlag ble tilsendt som grunnlag for utarbeidelse av underleverandørenes tilbud. Klager leverte tilbud til Lafopa AS samme dag.

(5) I tilbudet fra Lafopa AS til innklagede fremgår det at Berson fra HOH Birger Christensen AS er angitt som hovedalternativ, mens det er gitt "alternativ pris" på Wedeco fra klager.

(6) I forhandlingsmøter innklagede hadde med tilbyderne ble det avklart at UV-anlegg av typen Berson var å foretrekke fremfor UV-anlegg fra Wedeco. Dette er begrunnet med plassbehov og vaskesystemet.

(7) I følge innklagedes fremstilling for klagenemnda hadde ingen av tilbyderne vedlagt sertifikat om at tilbudte anlegg var biodosimetrisk testet. Innklagede valgte derfor å se bort fra dette kravet.

(8) I møtereferat av 1. juni 2005 fra kontraktsmøte mellom innklagede og Lafopa AS fremgår:

"Etterskrift: Det presiseres at det må foreligge godkjenning fra Folkehelseinstituttet på Inline 1000 fra Berson før endelig kontrakt signeres. Dersom slik godkjenning ikke foreligger må valg av type UV-aggregat tas opp igjen til vurdering."

(9) Det valgte utstyret fra Berson manglet slik godkjennelse fra Folkehelseinstituttet ved tilbudets innlevering.

(10) HOH Birger Christensen AS har fremlagt en foreløpig bekreftelse datert 13. juni 2005 fra Folkehelseinstituttet på at utstyret fra Berson tilfredsstiller kapasitetskravene i konkurransegrunnlaget. I bekreftelsen fremgår det at bekreftelsen kan anses som en del av en typegodkjennelse, men at Folkehelseinstituttet ikke kan utstede en godkjennelse før det tyske DVGW har utstedt et sertifikat. DVGW avventer en revisjon av de tyske kravene til UV-aggregater før slikt sertifikat vil bli utstedt.

(11) Innklagede valgte Lafopa AS som leverandør.

(12) Innklagede har inngått kontrakt med Lafopa AS om hovedleveransen. Det er imidlertid ikke inngått kontrakt med Lafopa AS om den delen av leveransen som gjelder UV-anlegget. Forutsetningen for at kontrakt vil bli inngått om utstyr fra Berson, er at nødvendig godkjennelse foreligger. Foreligger ikke slik godkjennelse innen 10. september 2005, vil innklagede inngå kontrakt med Lafopa AS om leveranse av UV-anlegg fra klager.

Anførsler:

Klagers anførsler:

(13) Klager har saklig klageinteresse.

(14) Innklagede har brutt regelverket for offentlige anskaffelser.

(15) Anskaffelsen av UV-anlegg er en offentlig anskaffelse der innklagede står ansvarlig for feil i anskaffelsesprosessen. Kontraktbegrepet er et EU-rettslig begrep og skal tolkes slik at anskaffelsesregelverkets effektive virkning sikres, jfr. C-399/98 (Scala) premiss 52.

(16) Når innklagede har så stor innflytelse på valg av underleverandør at det i realiteten er den offentlige oppdragsgiver som tar valget, må regelverket følges. Det er innklagede som betaler for UV-anlegget, og anskaffelsen tilfaller innklagede direkte til bruk i innklagedes virksomhet. Videre er det innklagedes rådgiver som har utarbeidet kravspesifikasjonen for UV-anlegget. Det er innklagede som påla Lafopa AS å benytte denne kravspesifikasjonen ved innhenting av tilbud. Det er også innklagede som har besluttet hvilket UV-anlegg og hvilken leverandør av UV-anlegg som skulle velges. Saken skiller seg slik sett fra KOFA sak 2003/44.

(17) Innklagede har brutt kravet til likebehandling ved å gi valgte leverandør dispensasjon fra kravet til testing og godkjenning av utstyret. Det er tale om et vesentlig avvik, som har direkte betydning for hvilken kategori produkter tilbudene baserte seg på. Det valgte tilbud skulle derfor ha vært avvist. Klager kunne dessuten ha innlevert tilbud på produkter til helt andre priser dersom klager hadde kjent til at kravet ville bli fraveket.

Innklagedes anførsler:

(18) Det foreligger ikke saklig klageinteresse, jfr. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Saken skiller seg fra KOFA sak 2005/139. Det er ikke påstått at innklagede har brutt regelverket i den kunngjorte anskaffelsen. Det er ikke gjennomført en egen anskaffelsesprosess for UV-anlegg. Klager har da ingen saklig klageinteresse.

(19) Innklagede bestrider å ha brutt regelverket for offentlige anskaffelser.

(20) Lov om offentlige anskaffelser kommer ikke til anvendelse på anskaffelser en tilbyder i en konkurranse inngår med underleverandører for å oppfylle en kontrakt med en offentlig oppdragsgiver. Det er kun den formelle tilbyderen som har rettigheter overfor oppdragsgiver i en anskaffelsesprosess.

(21) Lafopa AS er et privat selskap som ikke er oppdragsgiver etter lov om offentlige anskaffelser § 2. Selskapets avtaler med underleverandører må derfor ikke følge regelverket for offentlige anskaffelser.

(22) Lafopa AS utfører ikke anskaffelsen av UV-anlegget på vegne av innklagede. Anskaffelsen av UV-anlegget er en del av den kunngjorte anskaffelsen.

(23) Innklagede har ikke bedt Lafopa AS om å innhente tilbud fra underleverandører. Tilbudene ble innhentet før tilbudsfristens utløp, og på Lafopa AS' eget initiativ for å kunne gi et fullverdig tilbud i konkurransen. KOFAs avgjørelse i sak 2003/44 har ingen relevans.

(24) Selv om innklagede har tatt beslutningen om at Benson er mest hensiktsmessig, har innklagede ikke hatt noen innvirkning på den prosessen som ledet frem til Lafopa AS' valg av underleverandører.

(25) Innklagede kan heller ikke se hvordan det skal la seg praktisk gjennomføre for en offentlig oppdragsgiver å være ansvarlig for tilbud som innhentes av en tilbyder forut for tilbudsfristens utløp. Dette er en prosess som offentlige oppdragsgivere under ingen omstendigheter kan kontrollere.

(26) Subsidiært bestrider innklagede at likebehandlingsprinsippet i lovens § 5 er brutt.

(27) Kravet til sertifikat for biodosimetrisk testing har ingen selvstendig betydning i forhold til kravet om godkjenning fra Folkehelseinstituttet. Godkjenning vil ikke bli gitt uten at de aktuelle sertifikater foreligger. Innklagede måtte derfor kunne se bort fra kravet til å fremlegge sertifikat. Uansett var det ingen av tilbyderne som la ved sertifikat for sine underleverandører, heller ikke klager.

(28) Innklagede har ikke fraveket kravet til godkjenning fra Folkehelseinstituttet for HOH Birger Christensen AS. Godkjenning skal foreligge før kontrakt inngås. Innklagede har ikke inngått kontrakt med Lafopa AS for denne delen av leveransen. Kontrakt vil heller ikke bli inngått før slik godkjenning foreligger.

(29) Klager har fått tilsendt de deler av konkurransegrunnlaget som angikk UV-anlegg. Klager måtte derfor ha visst at det var tilstrekkelig at godkjenning forelå før kontraktsinngåelsen. Klager hadde derfor på lik linje med HOH Birger Christensen AS mulighet til å fremsette tilbud på produkter som ikke var endelig godkjent på det tidspunktet Lafopa AS leverte inn tilbud.

Klagenemndas vurdering:

Saklig klageinteresse

(30) Klager anfører at anskaffelsen av UV-anlegg som Lafopa AS gjennomfører, reguleres av regelverket for offentlige anskaffelser og at innklagede er ansvarlig for at dette følges. Dette er en konkurranse klager deltar i.

(31) Klager anfører også at innklagede har brutt kravet til likebehandling ved å gi valgte underleverandør dispensasjon fra kravet til testing og godkjenning av utstyret. Klager har påberopt et forskriftsbrudd som potensielt kan ha hatt rettslig betydning for dem ved at de urettmessig er fratatt muligheten til å bli underleverandør i konkurransen.

(32) Klagenemnda finner at klager etter sin pretensjon har saklig klageinteresse. Det vises til klagenemnda saker 2005/139 og 2005/157.

(33) Klagen er rettidig. Anskaffelsen er etter sin art omfattet av forsyningsforskriften, men siden anskaffelsens verdi er under EØS-terskelverdiene er det kun lov om offentlige anskaffelser som kommer til anvendelse.

Anvendelsesområdet til lov om offentlige anskaffelser

(34) For at loven skal komme til anvendelse må det foreligge en anskaffelse foretatt av en oppdragsgiver som er omfattet av loven, jfr. lovens § 3, jfr. § 2. Lafopa AS er ikke en slik oppdragsgiver. Skal loven komme til anvendelse, må det derfor foreligge en anskaffelse som reelt sett er foretatt av innklagede. Anskaffelsen av UV-anlegg var en del av den anskaffelsen som ble kunngjort av oppdragsgiver 12. juli 2004. Utgangspunktet er derfor at anskaffelsen av UV-anlegg har vært gjenstand for konkurranse.

(35) Hovedregelen er at loven ikke kommer til anvendelse på leverandørens kontrakter med underleverandører. Det kan imidlertid forekomme unntak fra dette hvor det i realiteten er inngått en kontrakt mellom den offentlige

oppdragsgiver og "underleverandøren". Ved vurderingen av om loven kommer til anvendelse bør ikke uten videre det formelle partsforholdet legges til grunn, dersom dette avviker fra det reelle kontraktsforholdet.

(36) Innklagede har opplyst at kontrakt er inngått med Lafopa AS om hovedanskaffelsen, men anskaffelsen av UV-anlegg er holdt åpen i påvente av Folkehelseinstituttets godkjenning, jfr. premiss 11. Kontraktsinngåelsen baserer seg på Lafopa AS' tilbud i den kunngjorte konkurransen. Det er en naturlig følge av at Lafopa AS innhentet tilbud på en underleveranse, at kravene i innklagedes konkurransegrunnlag ble brukt som grunnlag for innhenting av tilbud fra blant annet klager. Det at det er inngitt tilbud på to alternative UV-anlegg og at innklagede kan velge mellom disse, medfører etter klagenemndas oppfatning ikke at kontraktsinngåelsen skjer direkte mellom innklagede og underleverandøren. Oppgjøret skal for UV-anlegget skje til Lafopa AS og det er Lafopa AS som har det kontraktsrettslige ansvaret for rett oppfyllelse. Forholdene har dermed de typiske karakteristika for et underleveranseforhold. Etter klagenemndas mening kan Lafopa AS' innhenting av tilbud på UV-anlegg ikke anses som en anskaffelse foretatt av innklagede.

Brudd på likebehandlingsprinsippet

(37) Klagenemnda legger til grunn at innklagede valgte å se bort fra krav om biosimilertesting for alle leverandører da ingen av leverandørene hadde vedlagt sertifikater fra sine underleverandører. Bortfall av dette kravet kan derfor ikke anses som brudd på kravet til likebehandling av tilbyderne, jfr. lov om offentlige anskaffelser § 5.

(38) Innklagede har, som nevnt, valgt å utsette kontraktsinngåelsen med hensyn til UV-anlegget da godkjenning fra Folkehelseinstituttet ikke foreligger for det tilbudte utstyret fra Berson, mens kontrakt for "hovedleveransen" er inngått. I konkurransegrunnlaget er det fastsatt at godkjenning fra Folkehelseinstituttet skal foreligge før kontrakt inngås.

(39) Klagenemnda legger til grunn at kravet til godkjenning fra Folkehelseinstituttet ikke er frafalt for det valgte utstyret, og at det er satt en relativ kort frist for oppfyllelsen av vilkåret. Klagenemnda kan da ikke se at innklagede har satt seg ut over konkurransegrunnlagets krav eller har handlet i strid med kravet til likebehandling til skade for klageren.

Konklusjon:

Askøy kommune har ikke brutt regelverket for offentlige anskaffelser.

Klagenemnda

29. august 2005

Jens Bugge



Forsiden
Nemndsmedlemmer
Saksbehandling
Regelverk
Innkomne saker
Statistikk
Årsrapporter
Dommer
Søk i avgjorte saker

Avgjorte saker:

[2003](#) [2004](#) [2005](#)

Besøksadresse

H. Heyerdalsgate 1
0033 Oslo

Postadresse

Postboks 8132 Dep
0033 Oslo

Tlf.: 22 33 70 10

Faks: 22 33 70 12

E-post:

postmottak@kofa.no

Avgjorte saker

Helse Vest RHF gjennomførte en konkurranse med forhandling om kjøp av laboratorietjenester. For en av tjenestene var det to mulige leverandører. Innklagede ga den ene leverandøren opplysninger om at pris ville bli det avgjørende kriterium for valg av leverandør. Den andre leverandøren, som for innklagede på dette tidspunktet syntes å ligge høyest i pris, fikk ingen form for veiledning. Denne leverandøren fikk kun en frist for å avklare om de ville inngi revidert tilbud, på en måte som ble oppfattet som uklar. Klagenemnda fant at innklagede hadde brutt kravet til likebehandling i forhandlinger.

Klagenemndas avgjørelse 22. august 2005 i sak 2005/215

Klager: Gynlab AS

Innklaget: Helse Vest RHF

Klagenemndas medlemmer: Svein Dahl, Siri Teigum, Bjørg Ven

Saken gjelder: likebehandling i forhandlinger, krav til protokollføring.

Sakens bakgrunn:

(1) Helse Vest RHF (heretter kalt innklagede) kunngjorde 21. februar 2005 en konkurranse med forhandling om kjøp av ulike laboratorietjenester. Frist for innlevering av tilbud ble i konkurransegrunnlaget satt til 1. april 2005. Tildelingskriteriene ble oppgitt slik:

"Tildelingen skjer på grunnlag av hvilket tilbud som er det økonomisk mest fordelaktige basert på følgende:

- *Pris*
- *Kapasitet og leveringssikkerhet*
- o *Volum*
- o *Utstyr (alder og mengde)*
- *Kvalitet og service*

Leverandøren skal beskrive hvordan tjenestene skal organiseres og gjennomføres.

Tildelingskriteriene er listet i uprioritert rekkefølge.”

(2) To leverandører leverte inn tilbud innen fagområdet patologi, dette var Laboratorium for Patologi AS (heretter kalt LP) og Gynlab AS (heretter kalt klager).

(3) Innklagede tok kontakt med klager pr telefon den 7. april. Det ble avtalt forhandlinger pr. telefonkonferanse. LP ba om et ordinært forhandlingsmøte med innklagede, og fikk dette.

(4) I det innledende forhandlingsmøtet pr. telefon 14. april, ga innklagede innspill som fikk klager til å revidere sitt tilbud innen 15. april. I e-post til innklagede datert 15. april, skrev klager:

”Oversender som avtalt i telefonmøtet 14.4.05 vårt nye pristilbud til Helse Vest.

Ber om tilbakemelding på at mailen er mottatt.”

(5) En representant fra innklagede besøkte klagers lokaler den 25. april.

(6) I e-post til LP datert 27. april, skrev innklagede dette:

”Vi viser til vår telefonsamtale i dag.

Som jeg sa er det fortsatt stor avstand i pris mellom tilbudene vi har mottatt.

Når det gjelder øvrige tildelingskriterier er tilbyderne vurdert som tilnærmet likeverdige. Pris vil derfor bli det avgjørende kriterium når vi foretar vårt valg av leverandør.

Dersom dere ønsker å revurdere deres pris ber vi om et nytt tilbud innen klokken 0900 i morgen 28.04.05”

(7) I e-post av 28. april skrev LP dette til innklagede:

”Det vises til dagens telefonsamtale og til vedlagte nye pristilbud.

Dette tilbudet innebærer en reell prisreduksjon på [sladdet] % for alle takster, sett i forhold til vårt siste pristilbud pr. 15/4-05.

[...]

Vi tillater oss å be om et snarlig svar fra Helse Vest RHF om vi nå er på et nivå som Helse Vest mener kan danne grunnlag for konkrete forhandlinger.”

(8) Samme dag besvarte innklagede LPs e-post, og skrev blant annet ”Jeg kan bekrefte at dere nå er på et nivå som kan danne grunnlag for konkrete forhandlinger.” Fire minutter etter sendte innklagede en e-post til klager, som lød slik:

”Viser til hyggelig møte hos dere 25.04.05 og deres reviderte tilbud av 15.04.05.

Jeg ønsker med dette å få bekreftet om dette er å anse som Gynlab sitt endelige tilbud.

Jeg ber om en tilbakemelding på dette innen kl. 11 i morgen fredag 29.04.05”

(9) Den 29. april svarte klager på e-posten, og skrev følgende:

”Vi bekrefter herved at vårt reviderte tilbud av 15.04.05 er Gynlabs endelige tilbud til Helse Vest.”

(10) Etter dette sendte innklagede et svar til LP der det fremgikk at innklagede ”aksepterte den pris som Lab. for patologi nå har satt i tilbudet datert 28.04.05”. I e-post til klager sendt et par timer senere samme dag, skrev innklagede følgende:

”Innenfor patologi er tilbyderne vurdert som temmelig likeverdige i forhold til kapasitet, leveringssikkerhet, kvalitet og service. Avgjørende for valget av leverandører har derfor vært pris. Dermed har tilbudet fra Laboratorium for patologi AS blitt vurdert som det økonomisk mest fordelaktige, og det er vår hensikt å inngå kontrakt med denne leverandøren. [...]”

(11) I brev fra klager til innklagede datert 2. mai ble avgjørelsen påklaget.

(12) Til tross for at det ikke var anført i klagen, oppdaget innklagede i forbindelse med klagebehandlingen at de hadde misforstått klagers pristilbud. I e-post til klager datert 3. mai ba innklagede om en bekreftelse på hvordan pristilbudet var å forstå. Klager besvarte e-posten 4. mai.

(13) I e-post datert 12. mai inviterte innklagede klager til et oppklaringsmøte. Møtet fant sted torsdag 19. mai. I innklagedes referat fra møtet står det blant annet dette:

”I vurderingen av klage fra Gyn Lab har Helse Vest oppdaget at prisen fra Gyn Lab var feiltolket fra Helse Vest sin side. Helse Vest har ikke realitetsbehandlet klagen. Oppdagelsen mht. prisen gjør at en likevel åpner konkurransen på nytt. Helse Vest ser det ikke som nødvendig å realitetsbehandle klagen som går på prosess. Gyn Lab vil likevel få et skriftlig svar på klagen. Dette er greit for Gyn Lab.

Gyn Lab er komfortabel med prosessen som er skissert.

Helse Vest åpner konkurransen på nytt. [...]

*PROSESSEN VIDERE**[...]**Helse Vest vil be aktørene om et nytt og endelig pristilbud.**[...]*

Helse Vest skal ha møte med den andre leverandøren om drøyt en uke. Helse Vest vil deretter gi aktørene mulighet for å inni et endelig tilbud innen en gitt frist. Det blir også lagt opp til en felles mal som prisene skal gis etter slik at disse blir sammenlignbare. Prisformatet blir gitt etter møtet med konkurrerende leverandør."

(14) Den 30. mai hadde innklagede et møte med LP. I e-post til klager datert 31. mai skrev innklagede blant annet " *I den vurdering vi nå er inne i har vi behov for å stille Gynlab noen oppklarende spørsmål i tilknytning til tilbudet som er gitt før vi går videre med prosessen*", hvorpå det ble bedt om ytterligere opplysninger. Klager besvarte e-posten innen fristen som var satt til 3. juni.

(15) I e-post til innklagede datert 14. juni etterspurte klager det nye prisskjemaet de skulle inngi tilbud på. I e-post til klager datert 15. juni skrev innklagede at det ikke skulle bes om nye pristilbud, og at innklagede oppfattet forhandlingsprosessen med klager for avsluttet den 29. april.

(16) Klager protesterte i e-post sendt 16. juni. Samme dag sendte innklagede en e-post til klager der følgende fremgikk:

"Innen patologi var det to aktuelle leverandører, Laboratorium for patologi og Gynlab. Forhandlinger ble avsluttet med begge aktører og meddelelse om hvem som var valgt til leverandør ble sendt ut til deltakerne av konkurransen. Denne tildelingsbeslutningen ble påklaget av en av deltagerne i konkurransen. I forbindelse med vår behandling av klagen, ble det klart at Helse Vest RHF hadde misoppfattet den prissettingen en av aktørene i konkurransen hadde gjort. På den bakgrunn ble prosessen gjenåpnet og møter avholdt med aktørene.

I etterkant av dette har Helse Vest RHF gjort en ny vurdering av tilbudene. Det er med bakgrunn i denne nye vurderingen at nå anser tilbudet fra Laboratorium for patologi AS som det beste, og har til hensikt å tildele kontrakt til Laboratorium for patologi AS.

[...] Tildelingskriteriene er vurdert likt. [...] For hvert tildelingskriterium har vi tildelt tilbyderne en karakter, innenfor en skala fra 1-10, hvor 10 er beste score.

Pris

I forhold til tildelingskriteriet pris kom Gynlab best ut, og fikk karakter 10. Avstanden i pris var slik at Laboratorium for patologi AS ble gitt karakteren 9.

Kapasitet og leveringssikkerhet

I forhold til tildelingskriteriet kapasitet og leveringssikkerhet har begge aktører sannsynliggjort at de kan håndtere hele volumet som er skissert i konkurransegrunnlaget. Aktørene kommer likt ut på dette tildelingskriteriet. Begge aktører har fått karakteren 5.

Kvalitet og service

Laboratorium for patologi kommer best ut i forhold til dette kriteriet. Det som skiller de to konkurrerende tilbyderne på dette punktet er at Laboratorium for patologi har ca. 20 % kortere svartid på prøver. De har videre tilstedeværelse av lege på dagtid og helgeåpent. Disse forholdene utgjør etter vår vurdering en forskjell på to karakterer, slik at Gynlab er gitt karakteren 5, mens Laboratorium for patologi AS har fått karakteren 7.”

(17) Beslutningen ble påklaget i brev til innklagede datert 20. juni. Innklagede besvarte klagen i brev til klager datert 1. juli.

Klager har i det vesentlige anført:

(18) Innklagede har brutt regelverket om offentlige anskaffelser.

Det innledende forhandlingsmøtet

(19) Innklagede har brutt kravet til likebehandling i forhandlingenes innledende fase ved å la LP, etter anmodning, få avholde et reelt ordinært møte, mens klager måtte nøye seg med et telefonmøte. Den forhandlingsformen som velges, må være lik for de konkurrerende tilbyderne, i den forstand at alle tilbyderne gis like muligheter. Det er klart at innklagede ikke har invitert alle leverandørene til ordinære forhandlingsmøter. En eventuell tvil om alle leverandørene ble invitert til et ordinært møte, må være innklagedes risiko, ettersom verken anskaffelsesprotokollen eller annet underbygger innklagedes versjon. Klager fikk ikke tilbud om å komme til innklagede, heller ikke etter at LP fikk denne muligheten. Det er betydelige forskjeller på det å snakke sammen pr telefon, og det å møtes personlig over et møtebord. Det er vanskelig å si noe sikkert om denne feilen har hatt noen betydning for utfallet av konkurransen.

Krav til protokollføring

(20) Innklagede har brutt forskriften § 15-1 (1) ved ikke å protokollføre hvorvidt alle leverandørene ble invitert til ordinært møte, og at det var ulike former på de møtene som ble avholdt. Det forhold at protokollen er taus mht form gjør den misvisende. Den rettslige konsekvensen av dette er at kravet til etterprøvbarehet er brutt og at eventuell bevistvil må gå utover innklagede.

Kravet til gjennomsiktighet

(21) Kravet til gjennomsiktighet er også brutt, ettersom klager ikke ble gjort kjent med at innklagede hadde et ordinært møte med LP.

Mangelfull klargjøring av forhandlingsutspill

(22) Klager forsto innklagedes e-post datert 28. april som om spørsmålet dreide seg om det var klagers tilbud av 15. april som gjaldt, i motsetning til det opprinnelige tilbud som var innlevert. Klager forsto ikke at innklagede ønsket å få vite om klager kunne gå ytterligere ned i pris. Den manglende klargjøringen fra innklagedes side, er en alvorlig feil som må ha virket inn på konkurransens utfall.

(23) Innklagedes henvendelse var verken formulert eller egnet til å bli forstått som et forhandlingsutspill. Klager var villig til å gi en enda lavere pris, som kunne ledet til en enda bedre score mht pris enn LP. Dette ville kunne fått utslag i innklagedes andre evaluering, ettersom det kun var ett poeng som skilte leverandørene.

Uforutsigbar og uryddig saksbehandling

(24) Innklagede har gitt et uforbeholdent uttrykk for at de ville be om et nytt pristilbud, for så å gjøre helomvending uten gi klager noen varsel, gjør prosessen lite forutsigbar og gjennomiktig.

(25) Innklagede har dessuten brutt kravet til likebehandling ved å la LP gi uttrykk for sitt syn på om det var anledning til å gjenåpne konkurransen, mens klager ikke har fått gi sitt syn på dette.

(26) Det må være klart at dette har påvirket utfallet av konkurransen.

Uriktig helomvending

(27) Det er feil at innklagede ikke kunne gjenåpne konkurransen. Innklagede hadde erkjent at de hadde misforstått klagers pristilbud, slik at klager, ut fra den begrunnelsen som var gitt, skulle ha vunnet konkurransen. Det eneste riktige i denne situasjonen var å gi leverandørene en ny frist til å inngi revidert tilbud.

Evalueringen etter omgjøringen

(28) Den avsluttende og endrede skjønnsutøvelsen fremstår som vilkårlig. Det må legges til grunn at denne beslutningen er påvirket av at innklagede allerede første gang hadde tildelt kontrakten til LP. Innklagede synes heller ikke å ha tatt hensyn til de tilleggsopplysningene som klager ga innklagede i oppklaringsmøtet og etter dette.

Virkninger av brudd

(29) Kofa bes uttale seg om virkningene av regelbruddene, at innklagede må annullere sin tildelingsbeslutning og at partene må gis anledning til å inngi nytt pristilbud.

(30) Inngås kontrakt, er det grunnlag for erstatning for den positive kontraktsinteresse, subsidiært for den negative kontraktsinteresse.

Innklagede har i det vesentlige anført:

(31) Innklagede bestrider å ha brutt regelverket for offentlige anskaffelser.

Det innledende forhandlingsmøtet

(32) Alle leverandørene ble invitert til ordinære møter, men av ulike grunner, fordi leverandørene ikke ville eller kunne ta møte i innklagedes lokaler den aktuelle datoen, ble det avtalt å gjennomføre forhandlingsmøte pr telefon. Klagenemnda kan ikke ta stilling til hvorvidt det ble gitt anledning til ordinært møte i innklagedes lokaler den aktuelle dagen, eller om klager ble informert om de ulike formene for forhandlingene. Saken kan imidlertid behandles uten at dette behov for å ta stilling til dette spørsmålet.

(33) Det medfører ikke i seg selv et brudd på anskaffelsesreglene at forhandlinger er gjennomført i fysisk møte med LP og som telefonmøte med klager. Uansett har det ikke hatt noen betydning for utfallet av konkurransen.

Det avgjørende er at det har vært ført reelle forhandlinger, og ikke minst at forhandlingene resulterte i at begge tilbyderne ga reviderte tilbud.

(34) Det stilles ikke krav til form, jf Kofa sak 2003/267 og Moderniseringsdepartementets høringsnotat med forslag til ny forskrift om offentlige anskaffelser der det fremgår at *"oppdragsgiver må også ha frihet til å velge kommunikasjonsformen i de ulike fasene, som for eksempel telefon, møte eller e-post."*

(35) Et krav om lik form på forhandlingsmøtene med alle tilbyderne ville tvinge partene til å gjennomføre ordinært fysisk møte uansett om en tilbyder ønsket telefonmøte for eksempel for å begrense kostnadene, alternativt at alle møtene måtte gjennomføres pr telefon. Friheten med hensyn til form ville i så fall bli illusorisk.

Krav til protokollføring

(36) Protokollen er taus om formen på forhandlingsmøtene. Dette utgjør ikke et brudd på regelverket. Eventuelle krav til et slikt detaljnivå i protokollen bør fortrinnsvis fastsettes gjennom forskrift.

Mangelfull klargjøring av forhandlingsutspill

(37) Innklagede erkjenner at budskapet i e-posten datert 28. april kunne være til å misforstå, slik at innklagede ikke på en tydelig måte inviterte klager til å revurdere sitt tilbud og eventuelt gi nytt revidert tilbud. Dette særlig sett i lys av at LP ble gitt en tydelig og klar mulighet til å revurdere sin pris.

(38) Misforståelsen har imidlertid ikke hatt betydning for utfallet av konkurransen. Selv etter LP hadde gitt revidert tilbud, og klager hadde bekreftet sitt tilbud, sto klager fremdeles igjen med den laveste prisen. Hvorvidt klager kunne gitt en ytterligere prisreduksjon, stor eller liten, er et hypotetisk spørsmål som det er unødvendig å ta stilling til. Klagers pris var jo fremdeles den laveste.

(39) Anskaffelsesregelverket pålegger ikke oppdragsgiver noen plikt til å veilede tilbyderne mht hvilke sider av tilbudet som bør endres.

(40) Dersom Kofa skulle konkludere med at misforståelsen av e-posten av 28. april har hatt betydning for utfallet av konkurransen, vil innklagede omgjøre tildelingsbeslutningen, og invitere de to tilbyderne til å gi revidert tilbud, hvorpå innklagede vil foreta en ny vurdering og forhåpentligvis utpeke en vinner.

Uforutsigbar og uryddig saksbehandling

(41) Klager synes å hevde at innklagede ved avtale har forpliktet seg til å gjenåpne konkurransen. Det er tvilsomt om referatet av 19. mai er å forstå som en avtale. Dessuten kan partene i en konkurranse underlagt regelverket for offentlige anskaffelser ikke avtale unntak eller avvik fra regelverket, i særdeleshet ikke når dette berører rettigheter og plikter i forhold til en tredje part, i dette tilfelle LP.

(42) Først etter møtet med klager 12. mai ble innklagede oppmerksom på at misforståelsen av klagers pristilbud kunne rettes opp ved å omgjøre beslutningen om tildeling og foreta en ny evaluering av tilbudene.

Evalueringen etter omgjøringen

(43) Spørsmålet er om oppdragsgiver, etter en omgjøring av tildelingsbeslutningen, er bundet av sin opprinnelige evaluering for de delene som ikke berøres av feilen, eller om oppdragsgiver kan foreta en ny evaluering i henhold til de oppgitte tildelingskriteriene.

(44) Evalueringen, og i særdeleshet den oppsummeringen av evalueringen som gis i meddelelsen om tildelingen, vil normalt kunne påvirkes av om utfallet av konkurransen under evalueringen synes opplagt eller om tilbudene virker så likeverdige at det kreves en nøyere vurdering for å kunne utpeke en vinner. I et slikt tilfelle må oppdragsgiver stå fritt til å vurdere om man i det enkelte tilfelle kan nøye seg med å basere seg på og korrigere den opprinnelige evalueringen, eller om det er nødvendig å foreta en ny vurdering.

(45) I dette tilfellet innså innklagede at en ny evaluering var nødvendig. For det første hadde tilbudene opprinnelig, pga misforståelsen, ligget langt fra hverandre prismessig, mens de nå lå veldig nær hverandre. For det andre var tilbudene med hensyn til de andre kriteriene opprinnelige ikke ansett som likeverdige, men som "temmelig likeverdige", noe som tilsa at utfallet av korrigeringen ikke nødvendigvis var gitt.

(46) Oppsummeringen av tilbudene som "temmelig likeverdige" var klart uriktig. På tildelingskriteriet "kvalitet og service" er oppsummeringen "lite som skiller" klart feil. Forskjellene i tilbudene taler samlet sett for at LP skulle komme klart bedre ut enn klager på dette tildelingskriteriet, hvilket skjedde ved den nye evalueringen.

Klagenemndas vurdering:

(47) Klager har deltatt i konkurransen og har saklig klageinteresse, jf. forskrift om klagenemnd om offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Anskaffelsen reguleres av forskrift om offentlige anskaffelser del I og III.

Det innledende forhandlingsmøtet

(48) Forskrift om offentlige anskaffelser § 16-3 stiller ikke opp noen formkrav for hvordan reelle forhandlinger kan gjennomføres, jf Kofa 2003/267 og 2003/74. I sistnevnte avgjørelse uttalte nemnda:

"Ved konkurranser med forhandlinger har oppdragsgiver et forholdsvis vidt skjønn med hensyn til hvordan forhandlingsprosedyren skal gjennomføres. Oppdragsgiver plikter imidlertid å likebehandle leverandørene gjennom hele prosessen, jf. forskrift om offentlige anskaffelser § 16-3(5) og § 3-1(2)."

(49) I utgangspunktet er derfor både telefonmøter og ordinære møter mulige forhandlingsformer.

(50) Kravet til likebehandling innebærer at samtlige leverandører som inviteres til forhandlinger får lik adgang til de aktuelle forhandlingsformene. Dersom en leverandør får valget mellom telefonmøte eller fysisk møte, må de øvrige leverandørene med andre ord få samme valgmulighet. Det legges til grunn at et fysisk møte etter omstendighetene kan innebære en fordel fremfor et telefonmøte.

(51) I denne saken strides imidlertid partene om faktum, i det klager benekter å ha fått muligheten til å avtale et fysisk møte på samme måte som LP. Nemnda anser spørsmålet som uegnet for skriftlig saksbehandling og tar derfor ikke stilling om innklagede har brutt kravet til likebehandling i forskriften § 16-3 (5). Spørsmålet anses imidlertid ikke avgjørende for klagesakens øvrige anførsler.

Krav til protokollføring

(52) Forskriften § 15-1 (1) bestemmer generelt at "oppdragsgiver skal føre protokoll fra konkurransen som skal beskrive alle vesentlige forhold og viktige beslutninger gjennom hele anskaffelsesprosessen", hvorpå forskriften § 15-1 (2) lister minimumskravene for protokollføring.

(53) Det følger ikke av minimumskravene at oppdragsgiver må føre protokoll over hvorvidt leverandørene fikk lik adgang til de aktuelle forhandlingsformene. Klagenemnda påpeker at det av bevismessige hensyn kunne vært en fordel om dette var protokollført, men finner ikke at et slikt krav kan utledes av den generelle bestemmelsen i § 15-1 (1). Kravet til gjennomsiktighet synes dermed heller ikke brutt.

Mangelfull klargjøring av forhandlingsutspill

(54) Det første spørsmålet er om klager burde forstått innklagedes e-post av 28. april som et forhandlingsutspill, eller om e-posten like gjerne kunne forstås som et spørsmål om det var klagers tilbud av 15. april som gjaldt.

(55) Innklagede har erkjent at budskapet i e-posten datert 28. april kunne være til å misforstå.

(56) Etter klagenemndas vurdering burde det imidlertid vært nærliggende å forstå innklagedes e-post som en åpning for ytterligere revisjon av tilbudet. Det vises i denne sammenheng til at det reviderte tilbudet som ble sendt innen fristen 15. april åpenbart må være bindende for klager overfor innklagede, og at det således ikke skulle være nødvendig for innklagede å spørre om det var det opprinnelige tilbudet eller det reviderte tilbudet som skulle gjelde.

(57) Når innklagede så spurte om tilbudet av 15. april "var å anse som Gynlab sitt endelige tilbud", med frist for eventuelt å opplyse om det motsatte, hadde klager i det minste en oppfordring til å kontakte innklagede for å spørre om utspillet var ment som en ny mulighet til å revurdere sin pris. Profesjonelle parter bør være kjent med at oppdragsgivere i en konkurranse med forhandling kan gjennomføre forhandlinger i flere runder, slik at tilbyderne kan komme med reviderte tilbud i flere omganger. Ordet "endelig tilbud" peker på at siste mulighet for å komme med revidert tilbud, ble satt til den angitte fristen.

Veiledning under forhandlingene

(58) Det neste spørsmålet er om innklagede har brutt likebehandlingsprinsippet ved å gi LP tydelig og klar mulighet til å revidere sin pris, uten at klager fikk tilsvarende veiledning på hvilke forhold ved tilbudet han burde revidere.

(59) I Kofa sak 2005/173 uttalte nemnda:

" Forskriftens § 16-3 (5) gir ikke detaljerte regler for hvordan forhandlingene skal gjennomføres, men slår fast at kravene til likebehandling skal ivaretas, og at oppdragsgiver samtidig må bevare taushet omkring innholdet av tilbudene som kommer inn. I praksis er det vanskelig å oppnå absolutt likebehandling, siden forhandlingene vil kunne utvikle seg forskjellig ut fra leverandørenes varierende innspill. Ulike tilbud vil også etter omstendighetene tilsi variasjoner i valgt forhandlingsstrategi i forhold til den enkelte leverandør. Uansett må oppdragsgiver sørge for at tilbyderne får likeverdig informasjon, og likeverdige muligheter til å forbedre sitt tilbud.

Innklagedes forhandlingsutspill overfor SRI var motivert ut fra et ønske om å få en ytterligere prisreduksjon, mot til gjengjeld å øke volumrammen. Når klager i dette tilfellet ble opplyst at SRIs reviderte tilbud av 15. april var bedre enn klagers tilbud av samme dato, og klager visste at SRI hadde levert enda et revidert tilbud etter dette, finner klagenemnda at klager fikk tilstrekkelig mulighet og oppfordring til å redusere sine priser. Sett hen til at klager prismessig lå langt over SRI, og at det ut fra dette er naturlig at innklagede valgte forskjellig forhandlingstaktikk overfor de to tilbyderne, kommer klagenemnda til at innklagede ikke har brutt kravet til likebehandling ved forhandlingene. Klagenemnda vil likevel understreke at denne saken må betegnes som et grensetilfelle. "

(60) På det tidspunktet tilbyderne ble gitt mulighet til å gi revidert tilbud, trodde innklagede at klagers tilbud var vesentlig dyrere enn LPs tilbud. Likevel ble klager ikke oppfordret til å revurdere prisen i tilbudet, mens LP fikk en klar oppfordring om dette. LP fikk opplysning om at leverandørene sto tilnærmet likt på de andre kriteriene enn pris, og at pris derfor ville bli det avgjørende tildelingskriteriet, mens klager bare fikk spørsmål om å bekrefte om de hadde avgitt sitt endelige tilbud. Innklagede har ikke gitt noen forklaring på hvorfor klager ikke fikk tilsvarende grad av veiledning som LP, utover en henvisning til at oppdragsgiver ikke har noen veiledningsplikt. Ut fra den fremlagte dokumentasjon synes innklagede å ha drevet aktiv veiledning i forhold til LP, mens klager ikke har mottatt noen form for veiledning i forbindelse med den andre revisjonen av tilbudene. Innklagede har med dette brutt likebehandlingsprinsippet.

(61) Dersom klager hadde mottatt samme informasjon som LP, kan det kan ikke ses bort i fra at de hadde inngitt et nytt tilbud, og at dette tilbudet kunne ha kommet best ut i evalueringen.

(62) Innklagede har brutt likebehandlingsprinsippet i forskriften § 16-3 (5) ved å gi leverandørene ulik grad av veiledning om hvordan de lå an i forhold til tildelingskriteriene.

(63) Klagenemnda er gjort kjent med at innklagede vil invitere leverandørene til å inngi nye reviderte tilbud, og klagenemnda finner derfor ikke grunn til å gå inn på de øvrige anførslene.

Konklusjon:

Helse Vest RHF har brutt § 16-3 (5) ved ikke å likebehandle tilbyderne under forhandlingene.

For klagenemnda, Oslo 22. august 2005

Siri Teigum



Forsiden
Nemndsmedlemmer
Saksbehandling
Regelverk
Innkomne saker
Statistikk
Årsrapporter
Dommer
Søk i avgjorte saker

Avgjorte saker:

[2003](#) [2004](#) [2005](#)

Besøksadresse

H. Heyerdalsgate 1
0033 Oslo

Postadresse

Postboks 8132 Dep
0033 Oslo

Tlf.: 22 33 70 10

Faks: 22 33 70 12

E-post:

postmottak@kofa.no

Avgjorte saker

Innklagede gjennomførte en konkurranse for helsetjenester som klager mente var omfattet av en eksisterende avtale. Klagenemnda kom til at konkurransen var kunngjort i samsvar med regelverket for offentlige anskaffelser, og at anførselen om at innklagede hadde en plikt til å varsle klager om konkurransen, var et rent privatrettslig spørsmål som klagenemnda ikke kunne ta standpunkt til.

Klagenemndas avgjørelse 15. august 2005 i sak 2005/176

Klager: Sentrum Røntgeninstitutt AS

Innklaget: Helse Øst RHF

Klagenemndas medlemmer: Inger Marie Dons Jensen, Kai Krüger, Siri Teigum

Saken gjelder: Kravet til konkurranse

Bakgrunn:

(1) Helse Øst RHF (heretter kalt innklagede) inngikk høsten 2003 en rammeavtale om kjøp av røntgentjenester med Sentrum Røntgeninstitutt AS (heretter kalt klager). Avtalens varighet var fra 1. januar 2004 til 31. desember 2006. En tilsvarende avtale ble inngått med Capio Diagnostikk AS (heretter kalt Capio). Kontraktene ble inngått etter en forutgående konkurranse med forhandling.

(2) Finansieringen av røntgentjenester følger i dag et tosporet system. Rikstrygdeverket betaler i alle tilfeller refusjon etter standardiserte satser for tjenester som leveres av private, forutsatt at firmaet har en avtale med et regionalt helseforetak. I tillegg betaler det regionale helseforetaket for de tjenestene foretaket bestiller iht. avtale, etter kontraktens vilkår og omfang. Tjenester som er dekket av en slik avtale, betales dermed både av det regionale helseforetaket, etter avtalens satser, og av Rikstrygdeverket, etter standardsatser. Firmaer som har en avtale med de regionale helseforetakene, er ikke forpliktet til å levere tjenester ut over det volumet som følger av avtalen. Dersom de likevel gjør dette, har de bare krav på refusjon fra Rikstrygdeverket.

(3) I henhold til rammeavtalen mellom klager og innklagede består

tjenesten i å yte røntgentjenester på vegne av innklagede etter henvisning fra primærleger, privatpraktiserende spesialister, poliklinikker, tannleger samt kiropraktorer og fysioterapeuter. Kontrakten inneholder en klausul om endringer/justeringer én gang i året med hensyn til volum, prøvespekter og pris.

(4) I henhold til avtalen om tjenestekjøp for 2004 var det satt et tak på kroner 23.700.000. For disse tjenestene betaler Rikstrygdeverket fastsatt godtgjørelse i tillegg til innklagedes godtgjørelse, mens tjenester ut over dette taket bare betales fra Rikstrygdeverket.

(5) I henhold til partenes forklaringer har det lenge vært ventet at Stortinget ville endre budsjettfordelingen, slik at de regionale helseforetakene skal stå for en større del av betalingen for helsetjenester som kjøpes inn gjennom rammeavtaler. Som følge av uvissheten omkring finansiering sendte innklagede et brev til klager datert 11. november 2004, der det ble opplyst at:

"Helse Øst RHF finner ikke grunnlag for endringer i avtalene pr 01.01.05. Med bakgrunn i de forestående endringene, vil nye forhandlinger skje med virkning fra 01.05.05."

(6) Den 16. februar 2005 sendte innklagede over en kjøpsavtale som var lik den som gjaldt for 2004. I oversendelsesbrevet opplyste innklagede følgende:

"Når det gjelder omlegging av finansieringen av den polikliniske laboratorie- og røntgenvirksomheten, skal nye takster gjelde fra 1. 9. 2005. Dette innebærer at nye priser i våre avtaler skal gjelde fra samme tidspunkt."

Brev om endringene vil komme så fort Helse Øst RHF har fått oversikt over konsekvensene for den enkelte avtale."

(7) Den 12. april 2005 kunngjorde innklagede en åpen anbudskonkurranse for kjøp av radiologitjenester, dvs. røntgentjenester. Anslått volum var 168.000 radiologiregninger årlig, til en verdi av 31.000.000 kroner. I henhold til innklagedes forklaring ble ingen av de to eksisterende leverandørene gjort oppmerksom på at en del av det meruttaket av tjenester som tidligere var dekket av Rikstrygdeverket, ble satt ut som en egen konkurranse. Det er opplyst at klager ikke ble oppmerksom på utlysningen før etter at tilbudsfristen var utløpt, og at Capiro og én annen leverandør deltok i konkurransen. Capiro ble så tildelt kontrakten, da det viste seg at den andre leverandøren ikke hadde tilstrekkelig kapasitet til å kunne levere det aktuelle volum og i tillegg ikke hadde levert tilbud som dekket hele forespørselen.

Anførsler:

Klagers anførsler:

(8) Klager anfører at innklagede har brutt regelverket for offentlige anskaffelser.

(9) Innklagede har foretatt en anskaffelse av tjenester som er dekket av en eksisterende avtale. Meruttaket av tjenester under rammeavtalen var en fast og etablert praksis som både de private aktørene og innklagede hadde akseptert og forutsatt under avtaleforhandlingene. Å gjennomføre en ny konkurranse for en del av meruttaket innebærer et kontraktsbrudd. Videre innebærer det et brudd på regelverket for offentlige anskaffelser. Den plutselige og ikke varslede delingen av rammeavtalen innebærer et brudd på kravet om god forretningsmessighet. Dersom Capiro har fått andre opplysninger om dette enn klager har, utgjør det en forskjellsbehandling av leverandørene.

(10) Det fremgår av lov om offentlige anskaffelser § 5 at en anskaffelse så

langt det er mulig skal være basert på konkurranse. Etter kunngjøringen våren 2005 ble hele kontrakten, med et volum på 168.000 radiologiregninger årlig over to år, tildelt én av helseregionens to store leverandører. Klager, som den andre sentrale aktør i regionen, har ikke vært omfattet av konkurranseutsettingen, verken ved forhandlinger under rammeavtalen eller ved deltakelse etter den nye utlysningen.

(11) Da det viste seg at Capio var eneste aktuelle leverandør som deltok i konkurransen, var det ingen reell konkurranse om oppdraget.

(12) Endelig er det feil i kunngjøringen. Når det ikke angis varighet for rammeavtalen, har leverandørene ikke grunnlag for å regne på om de ønsker å delta i konkurransen.

(13) De feilene som er nevnt ovenfor, gir saklig grunn til å avlyse konkurransen, jf forskrift om offentlige anskaffelser § 17-1.

Innklagedes anførsler:

(14) Innklagede bestrider å ha brutt regelverket for offentlige anskaffelser.

(15) Klager har en rammeavtale med innklagede for perioden 1. januar 2004 til 31. desember 2005 på et volum til en verdi av 23.700.000. Av kunngjøringen og konkurransegrunnlaget fremgår det at omfanget av tjenestene som legges ut på anbud, er 168.000 radiologiregninger på årsbasis med et økonomisk tak på 31.000.000 per år. Det fremgår klart av konkurransegrunnlaget at dette er et volum utenfor og i tillegg til de eksisterende avtalene, og det gjelder andre avtalevilkår for rammen.

(16) Innklagede var pålagt å inngå avtale om kjøp av dette volumet, noe som var kjent i bransjen. Omleggingen av finansieringsordningen av laboratorie- og røntgentjenester har vært en offentlig prosess, der de private institusjonene har vært orientert.

(17) Innklagede har ikke forskjellsbehandlet leverandørene, da ingen av dem ble varslet om kunngjøringen. Konkurransen er for øvrig gjennomført i tråd med regelverket for offentlige anskaffelser. Innklagede kan ikke se at det faktum at klager ikke har deltatt i konkurransen, medfører at kravet til konkurranse er brutt.

(18) Når innklagede ikke har gjort noen feil, er det verken plikt eller anledning til å avlyse konkurransen.

Klagenemndas vurdering:

(19) Klager anfører at regelverket for offentlige anskaffelser ble brutt, slik at klager ikke fikk deltatt i konkurransen, og har saklig klageinteresse i forhold til dette spørsmålet, jf forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Anskaffelsen gjelder helsetjenester, som er klassifisert som uprioriterte tjenester, og er regulert av forskrift om offentlige anskaffelser del I og III, jf forskriftens § 2-1 (3).

(20) I henhold til forskrift om klagenemnda for offentlige anskaffelser § 1 er klagenemndas kompetanse begrenset til å behandle spørsmål om brudd på lov om offentlige anskaffelser med forskrifter. Klagenemnda tar derfor ikke stilling til om innklagede brøt kontrakten med klager ved å gjennomføre en egen konkurranse for de tjenester som klager har ytt ut over beløpstaket, dvs tjenester som klager ikke har vært forpliktet til å levere i henhold til kontrakten, og som bare har vært betalt av Rikstrygdeverket. Klagenemnda behandler heller ikke spørsmålet om innklagede brøt alminnelige regler om lojalitet og god forretningsskikk i kontraktsforhold ved at klager ikke ble opplyst særskilt om den nye konkurransen.

(21) Spørsmålet for klagenemnda er om innklagede brøt kravet til konkurranse, jf lov om offentlige anskaffelser § 5, ved at klager ikke ble opplyst om at en del av meruttaket ble kunngjort som en egen konkurranse. Lovens generelle krav til konkurranse er i forskriften konkretisert som et krav til kunngjøring i Doffin-databasen. En slik kunngjøring gir alle potensielle leverandører lik mulighet til å delta i konkurransen. Klagenemnda kan ikke se at kravet til konkurranse medfører en plikt til varsling av potensielle leverandører ut over kunngjøringen. Kravet til konkurranse tilsier heller ikke at en anbudskonkurranse der det bare melder seg én aktuell leverandør, må avlyses.

(22) Det kan riktignok hevdes at klager, på bakgrunn av den eksisterende avtalen, vanskelig kunne forvente at en slik konkurranse ville bli arrangert. I henhold til innklagedes forklaring var det imidlertid ingen forskjell på klager og andre potensielle leverandører på dette punkt.

(23) Konkurransen er kunngjort som "kjøp av radiologitjenester", med CPV-kode 85000000, betegnet som "helse og sosial tjenesteyting", og tilleggskode 85140000, "tjenesteytelser innen helsevesenet", underkategori "diverse helsetjenester". Klagenemnda kan ikke se at den tjenesten som etterspørres, er feil beskrevet i kunngjøringen.

(24) Forskriftens § 13-1 stiller ikke krav om at det angis varighet for løpende avtaler. Det er videre ikke obligatorisk å fylle ut feltet for "kontraktens varighet" i kunngjøringsskjemaet, og skjemaet synes dermed å være fylt ut i samsvar med forskriftens krav på dette punkt. All den tid kontraktens varighet var angitt i avtalen, som var vedlagt konkurransegrunnlaget, oppfyller dette lovens krav til forutberegnelighet. Konkurransegrunnlaget kunne fås ved en henvendelse til innklagede.

(25) Klagenemnda kan etter dette ikke se at innklagede har begått noen brudd på regelverket for offentlige anskaffelser, og spørsmålet om innklagede har en plikt til å avlyse konkurransen på dette grunnlag, er dermed uaktuelt.

Konklusjon:

Helse Øst RHF har ikke brutt regelverket for offentlige anskaffelser.

For klagenemnda,

15. august 2005

Kai Krüger



Forsiden
Nemndsmedlemmer
Saksbehandling
Regelverk
Innkomne saker
Statistikk
Årsrapporter
Dommer
Søk i avgjorte saker

Avgjorte saker:
[2003](#) [2004](#) [2005](#)

Besøksadresse
H. Heyerdalsgate 1
0033 Oslo

Postadresse
Postboks 8132 Dep
0033 Oslo

Tlf.: 22 33 70 10

Faks: 22 33 70 12

E-post:
postmottak@kofa.no

Avgjorte saker

Innklagede gjennomførte en direkte anskaffelse av arkitekttjenester. Klagenemnda fant at innklagede hadde brutt regelverket for offentlige anskaffelser ved ikke å kunngjøre en konkurranse.

Klagenemndas avgjørelse 15. august 2005 i sak 2005/98

Klager: Norges Praktiserende Arkitekter

Innklaget: Hemnes kommune

Klagenemndas medlemmer: Morten Goller, Inger Marie Dons Jensen, Kai Krüger

Saken gjelder: Direkte anskaffelse

Sakens bakgrunn:

(1) Hemnes kommune (heretter kalt innklagede) har siden 2002 arbeidet med å gjennomføre to sykehjems- og omsorgssenterprosjekter i Korgen og på Hemnesberget. Det er to ganger avholdt anbudskonkurranser om byggeentreprisene uten at innklagede har fått inn tilbud innenfor prosjektenes kostnadsrammer.

(2) Innklagede besluttet etter dette å gå til anskaffelse av arkitekttjenester for å utarbeide nye prosjekter for å kunne gjennomføre entreprisene innenfor kostnadsrammene. Kontrakt ble inngått med Stein Hamre Arkitektkontor AS. Det ble ikke gjennomført noen konkurranse forut for kontraktsinngåelsen. Innklagede har opplyst at kontrakten har en verdi på over kr 1.800.000.

Klager har i det vesentlige anført:

(3) Innklagede har brutt regelverket for offentlige anskaffelser.

(4) Anskaffelsen er foretatt uten kunngjøring, og det grunnleggende kravet til konkurranse er ikke ivaretatt. Innklagedes begrunnelse knyttet til tidspress kan ikke legitimere at regelverkets prosedyrer ikke ble fulgt.

Innklagede har i det vesentlige anført:

(5) Det er av avgjørende betydning for innklagede å få gjennomført sykehjems- og omsorgssenterprosjektene. Innklagede har imidlertid både

kostnadsrammer og tidsbegrensede tilskuddsordninger å forholde seg til. Tidsmessige og økonomiske forhold begrunner beslutningen om å henvende seg direkte til ett arkitektkontor for å inngå de nødvendige kontrakter. Innklagede har foretatt en vurdering av hvilket arkitektkontor man skulle henvende seg til, uten at det er mulig å dokumentere disse vurderingene nærmere.

Klagenemndas vurdering:

(6) Klager er en bransjeorganisasjon for potensielle leverandører av ytelsen og har saklig klageinteresse, jf forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Anskaffelsens verdi overstiger kr 1.800.000, og den følger derfor etter sin art og verdi reglene i forskrift om offentlige anskaffelser del I og II, jf forskrift om offentlige anskaffelser § 2-2.

(7) Forskrift om offentlige anskaffelser § 4-3 bokstav d er forstått slik at den åpner for anskaffelser uten kunngjøring av en konkurranse på forhånd, når *"det på grunn av særlige forhold som ikke skyldes oppdragsgiver og som oppdragsgiver ikke kunne forutse, er umulig å overholde fristene fastsatt i denne forskrift"*.

(8) Som ordlyden antyder, må bestemmelsen fortolkes snevert. De av innklagede påberopte forhold kan etter klagenemndas syn ikke anses å utgjøre slike uforutsette omstendigheter som bestemmelsen beskriver. Dessuten er oppdragsgiver uansett forpliktet til å følge kravet til konkurranse i lovens § 5. Slik saken er opplyst for klagenemnda, har innklagede heller ikke vurdert om reglene om minimumsfrister i hastetilfeller, jf § 7-4, ville gitt tilstrekkelig framdrift i konkurransen.

(9) Klagenemnda kan etter dette ikke se at det er godtgjort at det var anledning til å inngå kontrakt med Stein A. Hamre Arkitektkontor AS uten forutgående kunngjøring av en konkurranse.

Konklusjon:

Hemnes kommune har brutt lov om offentlige anskaffelser § 5 og forskrift om offentlige anskaffelser § 3-1 (1) ved å foreta en direkte anskaffelse.

For klagenemnda,

15. august 2005

Inger Marie Dons Jensen



Forsiden
Nemndsmedlemmer
Saksbehandling
Regelverk
Innkommne saker
Statistikk
Årsrapporter
Dommer
Søk i avgjorte saker

Avgjorte saker:

[2003](#) [2004](#) [2005](#)

Besøksadresse

H. Heyerdalsgate 1
0033 Oslo

Postadresse

Postboks 8132 Dep
0033 Oslo

Tlf.: 22 33 70 10

Faks: 22 33 70 12

E-post:

postmottak@kofa.no

Avgjorte saker

Innklagede gjennomførte en konkurranse med forhandling for levering av røntgentjenester. Klagenemnda fant at leverandørenes priser var sammenlignbare, at tildelingskriteriene var evaluert tilstrekkelig, og at leverandørene var likebehandlet under forhandlingene.

Klagenemndas avgjørelse 15. august 2005 i sak 2005/173

Klager: Capio Diagnostikk AS

Innklaget: Helse Vest RHF

Klagenemndas medlemmer: Morten Goller, Inger Marie Dons Jensen, Kai Krüger

Saken gjelder: Pris. Evaluering av tilbud. Likebehandling under forhandlinger

Bakgrunn:

(1) Helse Vest RHF (heretter kalt innklagede) kunngjorde 18. februar 2005 en konkurranse med forhandling for levering av røntgentjenester, nærmere bestemt røntgen-radiografi, ultralydmammografi, computertomografi (CT) og magnetisk resonans (MR). Tilbud kunne gis på hele eller deler av forespørselen. Kontrakten var en rammeavtale med varighet fra 1. september 2005 til 31. august 2007.

(2) Kontraktens omfang var i konkurransegrunnlaget angitt i antall regninger for hvert område (kalt modalitet), bygget på et anslått volum for 2004. Det het videre:

(3) *"Det understrekes at tallene er usikre, og at de kun er ment som en veiledning med hensyn til det volum som vil bli kjøpt fra private leverandører. Vi gjør for øvrig oppmerksom på at avtalevolumet for 2005 må justeres i forhold til ikrafttredelsesdato for avtalen."*

(4) Kontrakten tildeles leverandøren med det økonomisk mest fordelaktige tilbudet, basert på følgende kriterier og forklaringer:

”

- o *Pris*
- o *Kapasitet og leveringssikkerhet*
- § *volum*
- § *ventetid fra henvisning til undersøkelse*
- § *utstyr (alder og mengde)*
- § *serviceavtaler, oppetid mv*
- o *Tilgjengelighet for kunder og rekvirenter*
- § *beliggenhet*
- § *åpningstid*
- o *Kvalitet og service*

Leverandøren skal beskrive hvordan tjenestene skal organiseres og gjennomføres

Tildelingskriteriene er listet i uprioritert rekkefølge”

(5) Bakgrunnen for konkurransen var en omlegging av betaling for visse typer helsetjenester fra godtgjørelse både etter standardiserte satser fra Rikstrygdeverket og betaling fra de regionale helseforetakene i henhold til rammeavtaler, til betaling utelukkende fra de regionale helseforetakene. Pris skulle oppgis i prosent av Rikstrygdeverkets refusjonssats.

(6) I konkurransegrunnlagets punkt 1 d var det stilt krav til overføring av PACS- og RIS-informasjon. PACS og RIS betegner det formatet som brukes når informasjonen overføres elektronisk. Kravene var:

”

§ *Leverandøren må ha en arbeidsstasjon med den RIS/PACS-løsningen som det nærmeste helseforetak benytter.*

§ *Leverandøren må sørge for at bilder blir tatt ut på CD fra egen PACS og lagt inn på arbeidsstasjon for mottakers system. Tilhørende RIS-informasjon skal også legges inn.*

§ *Leverandøren skal senest ved tidspunkt for oppstart av kontraktperioden ha inngått avtale med Helse Vest IKT AS om oppsett og drift av en arbeidsstasjon med den PACS/RIS-løsning som nærmeste helseforetak benytter.*

§ *Leverandøren skal ved oppstart av kontraktperioden ha etablert en direkte linje, eller en linje via internett (forutsetter VPN) til nærmeste helseforetak. Eventuell oppsett og drift av dedikert linje bestilles av Helse Vest IKT AS.*

(7) Seks leverandører innga tilbud, blant dem Capio Diagnostikk AS (heretter kalt klager) og Sentrum Røntgeninstitutt AS (heretter kalt SRI) som senere ble tildelt kontrakten.

(8) Innklagede gjennomførte forhandlinger med fire av tilbyderne, deriblant klager og SRI. I forhandlingsmøtene både med klager og SRI, ble prissettingen drøftet. Begge leverandørene ba om å få totalvolumet oppgitt i kroner. I henhold til innklagedes forklaring ble de to leverandørene bedt om å oppgi priser etter følgende tre alternativer: (alt. a) eneleverandør i regionen, (alt. b) delt marked i én by, alene i den andre byen og (alt. c) delt i begge byer.

(9) I e-post av 14. april 2005 ble klager og SRI opplyst om at kontraktens ramme var på om lag kr 48 millioner. Senere samme dag mottok tilbyderne en ny e-post der det ble meddelt at volumet var nedjustert til kr 44,5 millioner.

(10) Den 15. april 2005 innga klager revidert tilbud, basert på tre alternativer. Alt. a, som forutsatte at klager fikk eneavtale, var det rimeligste alternativet som dekket alle modaliteter. Prisene lå på mellom 140% og 180%. Som forutsetning for alt. a skrev klager:

"Vi etablerer institutt i Stavanger-/Sandnesområdet, bygger ut vårt nåværende MR-institutt i Bergen, utfører tjenester innenfor alle de 4 oppgitte modaliteter, og tilbyr oss å levere det totale volum som er oppgitt i konkurransegrunnlaget innenfor en totalramme på minimum NOK 43,5 mill."

(11) Revidert tilbud ble levert fra SRI samme dag. SRI skrev at behovet for denne typer helsetjenester ville kreve et volumtak på minimum kr 60 mill. innen helseregionen. SR innga tre tilbud på hele forespørselen, som alle forutsatte eneavtale, med tak på henholdsvis kr 60 mill., kr 50 mill. og kr 44,5 mill. SRIs tilbud var på 140% for alle modaliteter ved et volumtak på kr 50 mill. og 150% for alle modaliteter ved et volumtak på 44,5 mill.

(12) Med bakgrunn i dette gjorde innklagede en ny vurdering med hensyn til volumtak på avtalene oppgitt i kroner med det resultat at taket ble oppjustert til kr 50 mill. Innklagede henvendte seg i e-post av 21. april 2005 til SRI med et forhandlingsutspill der det blant annet het:

"Vi har vurdert det tak som vi i utgangspunktet satte for årlig maksimal utbetaling, og ønsker at dere vurderer en pris på 130% av RTV-takst for all aktivitet, gitt at øvre tak blir satt til kr 50 millioner. Dette forutsetter at det blir kun en leverandør i Bergen og Stavanger i avtaleperioden."

(13) I e-post av 22. april 2005 ble også klager bedt om å revidere sitt tilbud. Innklagede skrev blant annet:

"Vi har revurdert vårt anslag på tak for avtalen og satt dette til kr 50 millioner."

På denne bakgrunn har vi fått et annet tilbud som ligger under det tilbud dere har skissert til oss i revidert tilbud."

(14) SRI innga så tilbud på 130% for alle modaliteter, mens klagers reviderte tilbud var på 130% - 150% for MR og 130% - 160% for de tre andre modalitetene.

(15) I klagers tilbud het det i tillegg:

"Vi etablerer institutt i Stavanger-/Sandnesområdet, bygger ut vårt nåværende MR-institutt i Bergen, utfører tjenester innenfor alle de 4 oppgitte modaliteter, og tilbyr oss å levere det totale volum som er oppgitt i konkurransegrunnlaget innenfor den oppgitte totalrammen."

(16) I henhold til innklagedes evaluering dokumenter, vedlagt anskaffelsesprotokollen, fremgår det at tilbudet fra SRI ble vurdert som meget bra på kriteriet kvalitet og service. Det er fremhevet at SRI gjennom tilbud og forhandlinger har gitt en meget god beskrivelse av organisering og gjennomføring av tilbudet. For klagers vedkommende fremgår det at tilbudet er vurdert delvis som meget bra, delvis som bra. I parentes er det bemerket at det er vanskelig å vurdere annet enn MR. Det blir likevel pekt på at leveringstiden er 1 dag, og at det tilbys elektronisk svaroverføring, tilgjengelighet for telefonkonsultasjoner og pasienttilfredshets- målinger.

(17) I brev av 26. april 2005 ble tilbyderne meddelt at innklagede hadde besluttet å tildele kontrakten til SRI. Som begrunnelse skrev innklagede:

"Det var betydelige forskjeller i pris mellom de mottatte tilbud. Valgte leverandør har tilbudt en flat pris på 130% av RTV-refusjon innenfor alle modaliteter."

Det var også forskjeller ved vurderingen av kapasitet og leveringssikkerhet. Når det gjelder ventetid, utstyr og serviceavtaler, oppetid mv er tilbyderne vurdert som temmelig likeverdige, mens valgte leverandør er vurdert bedre med hensyn til volum i forhold til flere av de øvrige tilbyderne.

I forhold til kvalitet og service har Sentrum Røntgeninstitutt gjennom sin beskrivelse av hvordan det totale tjenestetilbud skal organiseres og gjennomføres, blitt rangert noe høyere enn de øvrige tilbyderne. Sentrum Røntgeninstitutt er også rangert høyt ved vurderingen av tilgjengelighet for kunder og rekvirenter, men tilbyderne var likeverdige når det gjelder beliggenhet og åpningstid.

Avgjørende for valget var likevel den tilbudte pris."

Anførsler:

Klagers anførsler:

(18) Klager anfører at innklagede har brutt regelverket for offentlige anskaffelser.

(19) Innklagede har ikke foretatt noen beregning av total kostnad. For det første medtas ikke kostnader ved å få de korrekte kliniske opplysninger inn i sykehusets RIS/PACS. For det andre er ekstraarbeid ved overføring av informasjon fra tidligere undersøkelser til private røntgeninstitutt som ikke er fullintegrert med sykehusets RIS/PACS hensyntatt. Endelig er det ikke medtatt kostnader knyttet til at noen undersøkelser må utføres på nytt.

(20) Videre er det betydelige uklarheter knyttet til hvordan innklagede har beregnet volum for kontrakten, samt at den prisingsmekanisme som benyttes (prosent av RTV), ikke gir partene tilstrekkelig forutberegnelighet. Partene kan ikke vite hvor stort beløp som vil bli betalt for den enkelte pasient eller undersøkelse, dvs den faktiske betalingen for de tjenester som kontrakten gjelder.

(21) Det virker videre som om klager og SRI har hatt ulik oppfatning eller mottatt ulik informasjon knyttet til volum og gjennomsnittspris per regning. SRI har satt som forutsetning for sitt tilbud at taket for utbetalinger per år under rammeavtalen ble satt til kr 50 mill., mens klager, som oppga noe høyere prosentsats av RTV-refusjon, har lagt til grunn at det totale etterspurte volumet (angitt i antall regninger) ville bli levert innen en totalramme på kr 43,5 mill.

(22) Det er feil når innklagede hevder at klager ble bedt om å oppgi priser etter alternativene (alt a) eneleverandør i regionen, (b) delt marked i én by, alene i den andre og (c) delt i begge byer. Klager har ikke oppgitt priser på denne måten. Når innklagede har gitt ulik informasjon til tilbyderne mht. angivelse av pris, er dette i strid med kravet til likebehandling.

(23) Innklagede gir i brev av 25. mai 2005 uttrykk for at det er vanskelig å bedømme tilbudet fra Capio i forhold til kvalitet og service for andre modaliteter enn MR. Eventuelle uklarheter burde vært påpekt underveis i forhandlingene. Når innklagede manglet informasjon av betydning for vurderingen av ett av fire tildelingskriterier, har evalueringen vært mangelfull.

(24) Innklagede har brutt kravet til likebehandling og god anbudsskikk ved å be SRI om en bestemt pris uten at klager fikk samme oppfordring.

Innklagedes anførsler:

(25) Innklagede bestrider å ha brutt regelverket for offentlige anskaffelser.

(26) Begge leverandørene har bekreftet at de vil levere tjenestene i henhold til de krav til overføring av PACS- og RIS-informasjon som fremgår av konkurransegrunnlagets punkt 1 d. Det er ingen indikasjon på at valgte leverandør ikke vil oppfylle dette kravet. Det er ikke grunnlag for å anta at det antallet undersøkelser som må utføres; blir forskjellig avhengig av hvilken leverandør som velges.

(27) I konkurransen har innklagede aldri angitt det nøyaktige antall undersøkelser eller regninger som skulle kjøpes, ettersom det ikke er mulig å angi et slikt volum. Etterspørselen etter slike tjenester har vært stigende, og dette er forventet å vedvare. I punkt 4 i konkurransegrunnlaget er det angitt hvordan prisene skulle oppgis, nemlig som prosentsats av RTV-refusjon for én bestilling/regning. Verken i konkurransegrunnlaget eller under forhandlingene er det gitt uttrykk for at innklagede ønsket en totalpris for det volum som var anslått i konkurransegrunnlaget.

(28) På bakgrunn av ønsker fra tilbyderne valgte innklagede å oppgi et volumtak i kroner. Hensikten var å gi uttrykk for kontraktens maksimale verdi. Angivelsen av dette taket innebar ingen endring i hvordan tilbydernes priser skulle uttrykkes. Jo lavere prosentsats som ble tilbudt, jo flere undersøkelser vil innklagede få ut av de midlene som er til rådighet.

(29) Klager og SRI ble under forhandlingene bedt om å levere tilbud etter de samme tre alternativene. Klagers forutsetninger for alternativ b og c var riktignok noe avvikende fra innklagedes oppfordring, men da det var klart at prisen på tjenestene ble lavest dersom innklagede holdt seg til én leverandør, ble det ikke gjort noen forsøk på å gjøre prisene sammenlignbare for alternativ b og c.

(30) Etter å ha vurdert tilbudene er innklagede kommet til at de må rangeres likt på kriteriet kvalitet og service hva angår MR, mens SRI oppnår bedre uttelling for de øvrige modaliteter.

Klagenemndas vurdering:

(31) Klager har deltatt i konkurransen og har saklig klageinteresse, jf forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Anskaffelsen

gjelder helsetjenester, som er en uprioritert tjeneste, og følger forskrift om offentlige anskaffelser del I og III, jf § 2-1 (3).

(32) Slik klagenemnda forstår konkurransegrunnlaget, skulle pris oppgis i prosent av Rikstrygdeverkets refusjonssats per bestilling/regning. All den tid Rikstrygdeverkets refusjonssatser har vært kjent for leverandørene, er det klagenemndas oppfatning at en slik prissetting er i overensstemmelse med regelverket for offentlige anskaffelser. Klagenemnda kan ikke se at en angivelse av årlig kostnadsramme fra innklagedes side kan ha virket forvirrende i forhold til prissettingen eller medfører at prisene ikke lar seg sammenligne. Klagers alt. a i revidert tilbud av 15. april fremstår ikke som et fastpristilbud. Prisene var oppgitt som forutsatt, og innklagede måtte kunne forholde seg til dette.

(33) Klagenemnda behandler så spørsmålet om angivelsen av pris per bestilling er dekkende for de faktiske kostnadene. Klagenemnda forstår anførselen slik at klager har PACS/RIS-system som i større grad enn SRIs system er kompatibelt med det systemet innklagede benytter. Når konkurransegrunnlaget inneholder kontraktsvilkår om PACS/RIS-overføring uten at leverandørene er bedt om å prise dette særskilt, er det naturlig å forstå det slik at leverandørenes eventuelle utgifter i forbindelse med oppfyllelsen av vilkårene, dekkes av betalingen per bestilling. Innklagede later til å være uenig i at klagers system er bedre tilpasset innklagedes system, og klager har ikke sannsynliggjort at klagers system innebærer noen kostnadsmessige fordeler i forhold til det SRI kan tilby.

(34) Så lenge det under forhandlingene viste seg at innklagede ville få best tilbud ved å velge én totalleverandør, kan klagenemnda ikke se at innklagede var forpliktet til å gjøre de andre alternativene sammenlignbare. Hvorvidt tilbyderne fikk samme informasjon knyttet til prising av alternativ b og c, har ikke hatt betydning for utfallet av konkurransen.

(35) Når det gjelder evalueringen av tildelingskriteriet kvalitet og service, kan klagenemnda ikke se at denne har vært uforsvarlig.

(36) Endelig behandler klagenemnda spørsmålet om klager brøt kravet til likebehandling i lovens § 5 og forskriftens § 16-3 (5). I siste forhandlingsrunde ble både klager og SRI opplyst at volumtaket var økt til kr 50 mill., og tilbyderne har vært likebehandlet på dette punkt. Videre ble SRI bedt om å nedjustere sine priser fra 140% til 130%, mens klager ble opplyst om at det forelå et bedre tilbud enn klagers siste reviderte tilbud.

(37) Forskriftens § 16-3 (5) gir ikke detaljerte regler for hvordan forhandlingene skal gjennomføres, men slår fast at kravene til likebehandling skal ivaretas, og at oppdragsgiver samtidig må bevare taushet omkring innholdet av tilbudene som kommer inn. I praksis er det vanskelig å oppnå absolutt likebehandling, siden forhandlingene vil kunne utvikle seg forskjellig ut fra leverandørenes varierende innspill. Ulike tilbud vil også etter omstendighetene tilsi variasjoner i valgt forhandlingsstrategi i forhold til den enkelte leverandør. Uansett må oppdragsgiver sørge for at tilbyderne får likeverdig informasjon, og likeverdige muligheter til å forbedre sitt tilbud.

(38) Innklagedes forhandlingsutspill overfor SRI var motivert ut fra et ønske om å få en ytterligere prisreduksjon, mot til gjengjeld å øke volumrammen. Når klager i dette tilfellet ble opplyst at SRIs reviderte tilbud av 15. april var bedre enn klagers tilbud av samme dato, og klager visste at SRI hadde levert enda et revidert tilbud etter dette, finner klagenemnda at klager fikk tilstrekkelig mulighet og oppfordring til å redusere sine priser. Sett hen til at klager prismessig lå langt over SRI, og at det ut fra dette er naturlig at innklagede valgte forskjellig forhandlingstaktikk overfor de to tilbyderne, kommer klagenemnda til at innklagede ikke har brutt kravet til likebehandling ved forhandlingene. Klagenemnda vil likevel understreke at denne saken må betegnes som et grensetilfelle.

Konklusjon:

Helse Vest RHF har ikke brutt regelverket for offentlige anskaffelser.

For klagenemnda,

15. august 2005

Morten Goller



Forsiden
Nemndsmedlemmer
Saksbehandling
Regelverk
Innkomne saker
Statistikk
Årsrapporter
Dommer
Søk i avgjorte saker

Avgjorte saker:

[2003](#) [2004](#) [2005](#)

Besøksadresse

H. Heyerdalsgate 1
0033 Oslo

Postadresse

Postboks 8132 Dep
0033 Oslo

Tlf.: 22 33 70 10

Faks: 22 33 70 12

E-post:

postmottak@kofa.no

Avgjorte saker

Klagenemnda la til grunn at klager ikke hadde forlenget vedståelsesfristen før denne løp ut, og at innklagede ikke brøt regelverket ved å anse konkurransen som avsluttet. Klagenemnda tok ikke stilling til om kontrakt likevel kunne anses inngått.

Klagenemndas avgjørelse 15. august 2005 i sak 2005/189

Klager: Medi 3 AS

Innklaget: Helse Midt-Norge RHF

Klagenemndas medlemmer: Inger Marie Dons Jensen, Kai Krüger, Siri Teigum

Saken gjelder: Inngåelse av bindende avtale, vedståelsesfrist.

Sakens bakgrunn:

(1) Helse Midt-Norge RHF (heretter kalt innklagede) kunngjorde 21. januar 2005 en åpen anbudskonkurranse om kjøp av kirurgisk behandling innenfor seks kategorier.

(2) I konkurransegrunnlaget ble vedståelsesfristen satt til 7. april 2005 kl. 09:00.

(3) Konkurransegrunnlagets punkt 11. "Tildelingskriterium" første avsnitt lød slik:

*"Oppdragsgiver vil velge leverandør(er) utelukkende ut fra hvilke(t) tilbud som innebærer den **laveste** kostnaden knyttet til behandlingen for hvert av fagområdene og til dekning av pasientenes reise tur/retur bostedsområde og behandlingssted [...]"*

(4) Videre oppga konkurransegrunnlaget at tilbudene skulle vurderes på følgende måte:

*"I prissammenligningen vil de tilbudte prisene gis en DRG-vekt på 0,6 for dagkirurgi og 1,2 for innleggelse. Dette er gjennomsnittlig DRG-vekt for henholdsvis all dagkirurgi og alle innleggelser for pasienter fra Midt-Norge som ble behandlet hos de private sykehusene i 1. og 2. tertial i 2004. I tillegg vil de tilbudte prisene bli vektet med henholdsvis 85% (0,85) for dagkirurgi og 15% (0,15) for innleggelser for å relatere dette til pasientssammensetningen som behandles. På denne måten beregnes **behandlingskostnaden pr. pasient** ut*

fra de prisene som tilbys for dagkirurgi og innleggelse. I tillegg utgjør dette en sammenlignbar størrelse i forhold til kostnadene for hver pasientreise."

(5) Flere leverandører leverte inn tilbud, herunder Medi 3 AS (heretter kalt "klager"). Den 10. februar besluttet innklagede å avvise klagers tilbud, fordi klager hadde benyttet egne anslag og kalkyler med hensyn til prissettingen i forhold til pasientfordeling på henholdsvis dag- og døgnbehandling. Avvisningen ble påklaget og behandlet i Kofa sak 2005/57. Kofa konkluderte 30. mars 2005 med at innklagede hadde brutt regelverket for offentlige anskaffelser ved å avvise tilbudet fra klager uten å ha dokumentert grunnlag for dette.

(6) Den 8. april 2005, dvs. dagen etter at den opprinnelige vedståelsesfristen var utløpt, sendte innklagede ut en revidert tildeling av kontrakt, der klager ble tildelt kontrakt innen kategoriene ryggkirurgi og ikke-kosmetisk plastikkirurgi, som opprinnelig hadde vært tildelt Moxness klinikken. Den 13. april 2005 ble det sendt ut kontraktsforslag til alle leverandørene som var tildelt kontrakt. Kontraktsforslaget inneholdt blant annet følgende passus i punkt 8:

"For hvert fagområde i avtalen skal 85 % av alle pasientbehandlingene faktureres til pris for dagkirurgi og 15 % til pris for innleggelse i henhold til forutsetningene i konkurransegrunnlaget om relasjon mellom tilbudspriser og fremtidig pasientsammensetning. Det betegnes som normert fordeling mellom dag- og døgnbehandling."

(7) Samtlige leverandører reagerte på formuleringen den 14. april 2005.

(8) Samme dag mottok innklagede en klage fra Moxness klinikken, som prismessig lå som nummer to for de kategoriene der klager var innstilt som leverandør. På de øvrige fire kategoriene hadde flere kvalifiserte leverandører bedre pris enn Moxness klinikken. I klagen ble det varslet at Moxness klinikken ville begjære midlertidig forføyning dersom innklagede ikke ville vente med å inngå kontrakter i saken til klagen var behandlet.

(9) Innklagede vurderte forholdet slik at Moxness klinikken hadde en legitim interesse i å få tildelingene av de to kategoriene, ryggkirurgi og ikke-kosmetisk plastikkirurgi, vurdert på nytt av Kofa. Innklagede antok at Moxness klinikken hadde en mulighet for å vinne frem i en eventuell ny anbudsrunde, dersom Kofa skulle konkludere med at konkurransen måtte avlyses. For de øvrige kategoriene var det imidlertid flere leverandører som hadde tilbudt lavere pris enn Moxness klinikken, og innklagede mente at disse kontraktene kunne inngås uten å avvete behandling i Kofa.

(10) På ettermiddagen den 14. april 2005 sendte innklagede ut nye kontraktsutkast til de tre leverandørene som var innstilt for andre tjenester enn ryggkirurgi og ikke-kosmetisk plastikkirurgi. Her var punkt 8 om fakturering endret. Det ble ikke sendt nytt avtaleutkast eller innledet forhandlinger om ordlyden i kontraktens punkt 8 med klager, i det innklagede hadde bestemt seg for å vente med kontraktsunderskrift til klagen fra Moxness klinikken var behandlet i Kofa.

(11) Den 15. april signerte klager avtalen, men tok uttrykkelig forbehold om at avtalens punkt 8 om fakturering ikke ble akseptert. I samme brev ble tildelingen av de andre tjenestekategoriene påklaget.

(12) Samme dag inngikk innklagede kontrakter med de øvrige leverandørene og orienterte Moxness klinikken om dette. Samtidig ble det bekreftet at kontrakter innenfor kategoriene ryggkirurgi og ikke-kosmetisk plastikkirurgi, ikke ville bli inngått før Moxness klinikkens klage var behandlet av Kofa.

(13) I brev til klager datert 6. mai 2005 skrev innklagede blant annet dette:

"Forbehold til signert avtale.

I klagen omhandles i avsnitt 2 forbehold fra Medi 3 AS til signert avtale. Helse Midt-Norge RHF finner det mest hensiktsmessig å avvente videre dialog vedrørende dette punkt.

Som Medi 3 AS er gjort kjent med pr telefon, foreligger det også en klage fra Moxness-klinikken, som omfatter blant annet tildelingen på de aktuelle områder: ryggkirurgi og ikke-kosmetisk plastikkirurgi. Den endelige tildeling av disse to fagområder er dermed ikke avklart, og vil måtte utstå til klagen fra Moxness-klinikken er endelig avgjort, hos oss eller i Klagenemnda for offentlige anskaffelser.

Skulle klagen ikke føre frem, vil man måtte komme tilbake til saken."

(14) Den 25. mai 2005 mottok innklagede brev fra Kofa i sak 2005/152 som gjaldt klagen fra Moxness klinikken. Da innklagede skulle utarbeide tilsvar i sak 2005/152, ble innklagede oppmerksom på at vedståelsesfristen var utløpt 7. april. Dette gjaldt både i forhold til de leverandørene som innklagede hadde inngått kontrakt med, Moxness klinikken og klager. Innklagede avlyste konkurransen for kategoriene ryggkirurgi og ikke-kosmetisk plastikkirurgi. Dette ble meddelt klager telefonisk den 14. juni 2005 og bekreftet i brev den 15. juni 2005.

(15) I brev til innklagede datert 14. juni anfører klager prinsipalt at klager ved å signere avtaleutkastet innen fristen 15. april hadde inngått en bindende avtale, subsidiært ble det "for god ordens skyld" bekreftet at vedståelsesfristen var forlenget. Det ble henvist til at det på bakgrunn av den dialog som hadde vært mellom partene, "er naturlig å anse at vedståelsesfristen ble utsatt til denne prosess var avsluttet". Av hensyn til inflasjon og den videre fremdrift, presiserte klager at vedståelsesfristen ble begrenset til 1. oktober 2005.

(16) I faks til innklagede datert 16. juni 2005 ble avgjørelsen om å avlyse resten av konkurransen påklaget av klager. Den 27. juni 2005 ble klagen fra Moxness klinikken avvist av Kofas sekretariat.

Klager har i det vesentlige anført:

Det foreligger bindende avtale

(17) Vedtaket om å avlyse anbudskonkurransen med virkning for kategoriene ryggkirurgi og ikke-kosmetisk plastikkirurgi er ikke gyldig, ettersom det for disse kategoriene foreligger bindende avtale med klager.

(18) Når det gjelder spørsmålet om bindende avtale er inngått, må prinsippene i avtalelovens kapittel 1 i utgangspunktet legges til grunn. Dersom et tilbud aksepteres innen akseptfristen, og aksepten stemmer med tilbudet, skapes en gjensidig bindende avtale mellom partene.

(19) Forskriftens § 17-3 (1) 2 punktum om at bindende avtale foreligger når begge parter har signert, kan ikke tas på ordet. Begrunnelsen for regelen er leverandørenes rett til å kreve en beslutning om tildeling satt til side før bindende avtale er inngått. Det er alminnelig antatt at kravet til signering fra begge sider ikke er ubetinget. Etter omstendighetene vil det ha oppstått en

bindende avtale uavhengig av om kravet i forskriften § 17-3 (1) 2 punktum er oppfylt, som for eksempel hvis en leveranse tar til, selv om kontrakt ikke er signert.

(20) Innklagede foretar en for snever tolking av forskriften § 17-3 (1) 2. punktum. Innklagede har allerede ved meddelelsen til klager blitt rettslig forpliktet, med mindre det siden kan påvises forhold som faller inn under § 17-3 (3), jf. for eksempel Kofa sak 2003/183. Noe slikt forhold foreligger ikke i denne saken, og innklagede kan ikke fri seg fra kontraktsforpliktelsen ved å nekte å underskrive kontrakten. Bestemmelsen kan ikke tolkes så formalistisk at oppdragsgiver ansvarsfritt skal kunne ombestemme seg etter kontraktstildeling.

(21) Klagers aksept var i overensstemmelse med konkurransegrunnlaget, og "stemte med tilbudet". Klager ville akseptert den ordlyden på avtalen som de andre leverandørene signerte på. Det var utelukkende avtalens punkt 8 som klager ikke kunne akseptere. Klagers aksept må i avtalelovens forstand anses som ren, og ikke som en avvikende aksept.

(22) Det fremgår også av Kofas avgjørelse i sak 2005/57 premiss 25 at faktureringen skulle skje i henhold til den faktiske fordelingen mellom døgn- og dagbehandling, og ikke etter 85/15 -fordelingen i konkurransegrunnlagets prissammenligningsformel. Dette har også tidligere vært innklagedes syn på saken. Det fremgår blant annet av tilsvaret til Kofa datert 8. mars 2005 der innklagede skrev: *"Det er altså riktig, som anført av klager, og som nevnt av Kofa i brev av 25. 2.05, at den endelige fordeling av pasienter mellom dagbehandling og døgnbehandling beror på en rent medisinsk vurdering."* Forholdet ga derfor ikke innklagede noen saklig grunn til å nekte å signere avtalen med klager.

(23) Innklagede har anført at det forhold at Moxness klinikken klaget, ga dem anledning til å vente med å skrive kontrakt med klager. Klagen fra Moxness klinikken til Kofa forelå ikke før 25. mai 2005, dvs 40 dager etter at de øvrige avtalene ble signert. Klager fikk imidlertid bare fire dager på å ta ut klage til Kofa, og dette er i seg selv en oppsiktsvekkende forskjellsbehandling.

(24) Moxness klinikkens klage er dessuten ikke en klage på tildelingen til Medi 3, eller en klage som innebærer at Moxness klinikken vil kunne få tildelt klagers tjenestekategorier. Klagen går utelukkende på at innklagede skulle ha avlyst hele konkurransen når klagers tilbud ikke ble avvist. Det forelå ingen reell begrunnelse for å avvende å skrive kontrakt med klager.

(25) Det foreligger heller ikke bestemmelser i EU-direktivet som tilsier at den særnorske regelen i forskriften § 17-3 (1) 2. punktum ikke kan fortolkes med unntak for misbruk og brudd på likebehandlingsprinsippet.

Brudd på likebehandlingsprinsippet

(26) Klager har først under saksbehandlingen i Kofa blitt gjort oppmerksom på at innklagede sendte likelydende kontraktsforslag (inneholdende punkt 8) til samtlige leverandører den 13. april, og at det ble innledet forhandlinger den 14. april om innholdet i kontrakten, uten at klager ble inkludert. Dette utgjør i seg selv et brudd på likebehandlingsprinsippet.

(27) Det forhold at klager heller ikke ble meddelt resultatet av disse drøftelsene, understreker alvoret som bruddet på likebehandlingsprinsippet innebærer. Endringen som ble foretatt som følge av forhandlingene, berørte nettopp det forhold klager hadde betegnet som kontraktsvilkår som avvek fra konkurransegrunnlaget. Når innklagede holder det skjult for klager at kontrakten ble endret på dette punktet, og kontraktspunktet samtidig benyttes som argument for ikke å inngå kontrakt med klager, må innklagede sies å ha søkt å føre klager bak lyset med hensyn til hvilke kontraktsvilkår som ville bli krevd.

Vedståelsesfristen er utsatt

(28) Dersom Kofa ikke finner at bindende avtale er inngått, må vedståelsesfristen anses for å ha vært forlenget.

(29) Klager var klar over vedståelsesfristen, men anså det som åpenbart at konkurransen ville bli avsluttet på normal måte. Dette fremstår klart som partenes felles forståelse. Uansett er dette strengt tatt et forhold som klager selv ensidig kan bevirke.

(30) Det erkjennes at dersom vedståelsesfristen er gått ut, er det normalt ikke adgang til å inngå avtale, og vedståelsesfristen kan da normalt ikke forlenges.

(31) At avtale om utsettelse av vedståelsesfristen må anses for å foreligge, følger imidlertid av korrespondansen og forståelsen som forelå mellom klager og innklagede.

(32) Kravet til etterprøvbarhet kan ikke tolkes slik at en utsettelse av vedståelsesfristen må fremgå uttrykkelig og skriftlig. Det må foretas en konkret vurdering av den enkelte prosess for å avgjøre hvorvidt kravet til etterprøvbarhet er oppfylt.

(33) I denne konkrete saken må det hensyntas at klager er avhengig av innklagede som dominerende kjøper av kirurgiske tjenester i Midt-Norge, og som monopolist på kjøp av offentlige finansierte kirurgiske tjenester. Formålet med vedståelsesfristen er normalt at oppdragsgiver skal sikre seg at tilbudene er bindende for leverandøren inntil kontrakt er inngått. Innklagede har med sin markedsrett ikke slike behov.

(34) Da klager aksepterte at innklagede ventet med å skrive kontrakt inntil Kofas klagebehandling i sak 2005/57 var avsluttet, forutsatte klager selvsagt at vedståelsesfristen ble forskjøvet tilsvarende, slik at man rakk å foreta tildeling samt å inngå avtaler etter 1. april 2005.

(35) Forholdet til vedståelsesfristen ble ikke nevnt av innklagede da de i brev datert 8. april tildelte klager kontrakter. Dette må tolkes slik at innklagede anså at vedståelsesfristen var forlenget. Det er ingen annen måte å forstå en slik utsendelse av kontraktsforslag på, tatt i betraktning at ingen av tilbyderne ville ha noen interesse i ikke å forlenge vedståelsesfristen.

(36) Den 13. april ble det sendt ut et kontraktsutkast. På dette tidspunktet var det naturlig å anta at vedståelsesfristen var ytterligere utsatt. Klager signerte kontraktsutkastet innen tidsfristen. Dersom dette ikke skulle utgjøre en bindende avtale, må det i hvert fall kunne sies å være en ytterligere utsettelse av vedståelsesfristen.

(37) Klager har uttrykkelig utsatt vedståelsesfristen frem til 1. oktober.

Ikke saklig grunn for å avlyse konkurransen

(38) Når innklagede nekter å inngå avtale med klager fordi vedståelsesfristen anses utløpt, er dette et brudd på likebehandlingsprinsippet. Det er ikke saklig grunn til å stille klager i en annen posisjon enn de øvrige tilbydere som ble tildelt kontrakt etter vedståelsestidspunktet. Klagers forbehold gjaldt et tillegg i kontrakten som var i strid med konkurransegrunnlaget, og som ble rettet opp i de øvrige kontraktene. Moxness klinikkens klage rettet seg heller ikke særskilt mot kategoriene ryggkirurgi og ikke-kosmetisk plastikkirurgi.

(39) Dersom man legger til grunn at avtale ikke er inngått, og at vedståelsesfristen er utløpt, må innklagede velge mellom to regelbrudd; enten å inngå kontrakt etter fristen med klager eller å bryte likebehandlingsprinsippet på

dette punkt, hvorav det siste regelbruddet vil være det alvorligste.

(40) Dersom innklagede ved å avvente at vedståelsesfristen går ut, uten å forlenge denne, kan velge hvilke kontrakter de vil inngå, og hvilke de ønsker å si nei til, vil kravet om saklig grunn for avlysning bli illusorisk.

(41) Det bemerkes at også et uaktsomt brudd på reglene vil være i strid med anskaffelsesreglene.

Erstatning

(42) Forutsatt at Kofa kommer til at det foreligger saklig grunn for avlysning, bes Kofa ta stilling til spørsmålet om det foreligger erstatningsansvar for den positive kontraktsinteresse for de to tjenestekategoriene klager ble tildelt. Feilen er vesentlig. Subsidiært er vilkåret for erstatning for den negative kontraktsinteresse oppfylt.

Innklagede har i det vesentlige anført:

Foreligger det bindende avtale?

(43) Det foreligger ikke bindende avtale med klager innen kategoriene ryggkirurgi og ikke-kosmetisk plastikkirurgi.

(44) Forskriften § 17-3(1) 2. punktum er lex specialis i forhold til avtalelovens kapittel 1.

(45) Innklagede er ikke enig i den juridiske vurderingen som er gjort av klager, når det gjelder anførselene om tilbud og (avvikende) aksept.

(46) Årsaken til at innklagede avventet signering av kontrakt med klager, var nettopp at Moxness klinikken skulle kunne kreve tildelingsbeslutningen satt til side før bindende avtale ble inngått, hvilket de da også krevde i form av klage til Kofa. Innklagede har forholdt seg til forskriften § 17-3(1) 2. punktum i tråd med formålene bak denne bestemmelsen, og anførselen om brudd på likebehandlingsprinsippet og misbruk må avvises.

Vedståelsesfrist utsatt?

(47) Behandlingen av klagesak 2005/57 var forutsatt avsluttet senest 1. april. Uttalelsen fra nemnda forelå imidlertid først pr telefaks 6. april kl 14:00. Vedståelsesfristen utløp 7. april kl 09:00. En eventuell utsettelse av denne måtte vært uttrykkelig avtalt av partene før dette tidspunktet. Dette ble ikke gjort. Innklagede overså fristen, og klager brakte heller ikke temaet på bane.

(48) Da innklagede sendte ut et revidert varsel om tildeling den 8. april, fulgt av kontraktsutkast den 13. april, hadde innklagede fremdeles ikke oppdaget at fristen var utløpt.

(49) Innklagede mener det vil utgjøre et brudd på regelverket om offentlige anskaffelser dersom man i ettertid søker å innfortolke i korrespondanse mv. en avtale om utsettelse, så lenge slik utsettelse ikke er uttrykkelig avtalt, og ikke engang forutsatt av partene.

(50) I sak 2004/48 har Kofa uttalt at en eventuell forlengelse av vedståelsesfristen må skje slik at lovens krav til etterprøvbarhet overholdes. Ut fra det faktum at temaet ikke har vært nevnt mellom innklagede og klager før 14. juni 2005, anser innklagede at kravet til etterprøvbarhet uansett ikke er oppfylt.

(51) Anskaffelsesregelverket er ikke entydig med hensyn til om forlengelse av vedståelsesfristen kan bevirkes ensidig av tilbyder eller ei.

Reglene om vedståelsesfristen er satt av hensyn til tilbyderne, men ordlyden i forskriften § 7-5 fastslår uttrykkelig at det er oppdragsgiver som skal fastsette fristen. Ut fra prinsippet om likebehandling, må utgangspunktet være at forlengelse krever en aktiv handling fra oppdragsgiver, slik at man sikrer at alle tilbyderne gis mulighet til å forlenge vedståelsesfristen.

Saklig grunn for avlysning

(52) Innklagede vurderte Moxness klinikken til å ha sjanse til å få kontrakt på kategoriene ryggkirurgi og ikke-kosmetisk plastikkirurgi i en eventuell ny konkurranse. Derfor valgte innklagede å avvente signering av disse kontraktene inntil Kofas avgjørelse forelå. På de øvrige kategoriene vurderte innklagede det som lite sannsynlig at Moxness klinikken ville kunne bli innstilt som leverandør. Da risikoen for rettstap for Moxness klinikken ble ansett for svært liten, valgte innklagede å inngå kontraktene på disse områdene uten å avvente Kofas avgjørelse. Innklagede var på dette tidspunktet ikke klar over at vedståelsesfristen var utløpt.

(53) Da tilsvaret til Moxness klinikken skulle utformes, oppdaget innklagede at vedståelsesfristen var løpt ut, og konkurransen ble følgelig avlyst for de områdene der kontrakt ennå ikke var inngått.

(54) Innklagede hadde ikke bare saklig grunn, men også en plikt til å avlyse konkurransen på områdene for ryggkirurgi og ikke-kosmetisk plastikkirurgi.

Erstatning

(55) Innklagede bestrider at innklagede har begått vesentlige feil.

(56) Da innklagede ikke tok initiativ til å forlenge vedståelsesfristen, hadde klager en oppfordring til å sende en erklæring om at fristen ble forlenget.

(57) Klager hadde dermed en enkel og reell mulighet til å avverge den påståtte økonomiske skaden som nå søkes erstattet.

(58) Da klager ble klar over at vedståelsesfristen var i ferd med å løpe ut, hadde de all mulig oppfordring til å gjøre innklagede oppmerksom på dette, slik at innklagede kunne tatt kontakt med alle tilbyderne og bevirke en utsettelse av fristen. Så lenge klager bevisst unnlot å varsle innklagede om dette, er selskapet også nærmest til å bære den konsekvens at kontrakt ikke kan inngås.

Klagenemndas vurdering:

(59) Klager har deltatt i konkurransen og har saklig klageinteresse, jf. forskrift om klagenemnd om offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Konkurransen reguleres av forskriftens del I og III.

Foreligger det bindende avtale?

(60) Det første spørsmålet er om det foreligger en bindende avtale mellom klager og innklagede for kategoriene ryggkirurgi og ikke-kosmetisk plastikkirurgi, selv om kontrakten ikke er undertegnet av begge parter. Forskriften § 17-3 (1) lyder slik:

"Oppdragsgivers beslutning om hvem som skal tildeles kontrakt skal skriftlig meddeles samtidig til alle deltakerne i rimelig tid før kontrakt inngås. Med "kontrakt er inngått" menes tidspunktet for undertegning av kontrakt av begge parter."

(61) Forskriftens ordlyd legger opp til et avvik fra det som ellers følger av

alminnelig avtalerett, der det ikke gjelder slike formkrav for avtaleinngåelse. Klagenemnda uttalte følgende i sak 2004/165, premiss 24:

"Klagenemnda bemerker for øvrig at konkurransen ikke kan anses avgjort i og med tildelingsbeslutningen. Den foreløpig innstilte tilbyder kan ikke bygge krav om å få utføre oppdraget før bindende kontrakt er inngått – etter regelverket forutsetningsvis ved tidspunktet for undertegning av kontrakt. Tilbyder kan før bindende avtale måtte avfinne seg både med avlysning etter § 17-1 (1) og omgjøring etter § 17-3 (3). Konkurransen mellom leverandørene pågår i prinsippet helt frem til avtaleslutning ettersom det inntil dette er hjemmel både for avlysning, klage og omgjøring."

(62) Tildelingsbeslutningen og meddelelsen av denne anses altså ikke som en aksept av den valgte leverandørens tilbud.

(63) Meddelelsen om tildeling må skje i rimelig tid før tidspunktet for undertegning. Hensynet bak denne formregelen i § 17-3 (1) 2. punktum, er at det skal være mulig å imøtegå tildelingsbeslutningen før det inngås en rettslig bindende kontrakt, som etter lovens § 7 vil stenge for tilsidesettelse eller omgjøring, jf. forskriftens § 17-3 (3). Kravet om skriftlighet gjør det retts teknisk enklere å konstatere skjæringstidspunktet for når leverandører ikke lenger kan få stanset kontraktsinngåelsen.

(64) Det kan imidlertid tenkes særlige tilfeller der formkravet i forskriften § 17-3 (1) 2. punktum ikke kan tolkes bokstavelig, for eksempel der leverandøren har iverksatt oppfyllelse som er irreversibel. Også i et slikt tilfelle må ikke-innstilte leverandører ha rimelig mulighet for å anfekte beslutningen om tildeling.

(65) Den nærmere vurderingen av hvorvidt det faktisk er inngått en bindende avtale i forhold til en part som hevder at avtale foreligger, ligger utenfor det klagenemnda har kompetanse til å behandle.

Er vedståelsesfristen forlenget?

(66) I klagenemndas avgjørelse i sak 2004/48 synes det forutsatt i premiss 37 at partene kan forlenge vedståelsesfristen i en åpen anbudskonkurranse. Vedståelsesfristen berører ikke det materielle innholdet i tilbudene, verken kontraktsytelsen eller kontraktsvilkårene, og fristen må derfor kunne forlenges uten at dette kommer i strid med forbudet mot endring i tilbudet etter anbudsfristens utløp ved anbudskonkurranser (forskriftens § 16-1 (1)).

(67) Forskriften § 14-2 bestemmer at "*oppdragsgiver skal fastsette den tiden tilbudene er bindende (vedståelsesfrist).*" Det er oppdragsgiver som har ansvaret for å sørge for en tilstrekkelig lang vedståelsesfrist. Dersom vedståelsesfristen er i ferd med å løpe ut, og oppdragsgiver vil iverksette fristutsettelse, er det således dennes ansvar å kontakte samtlige tilbydere med forespørsel om de vil forlenge vedståelsesfristen. Dette må også gjøres dersom en tilbyder på eget initiativ forlenger fristen før denne utløper. Dette er nødvendig for å ivareta likebehandlingsprinsippet.

(68) Forskriften § 14-2, 2. punktum bestemmer at "*fristen skal angis med dato og klokkeslett*". Når en så presis frist skal forlenges, kreves det en tydelig angivelse av den nye fristen. Det kan således ikke avtales at tilbudet fremdeles holdes gyldig i "rimelig tid" eller lignende. Det må være den som påstår at en tilbyder har utsatt vedståelsesfristen, som har bevisbyrden for dette ved en eventuell tvil. I denne saken foreligger det ingen dokumentasjon for at fristen før 7. april kl 09:00 ble forlenget til et nærmere bestemt tidspunkt. Hvorvidt det er andre forhold som likevel tilsier at det er inngått en avtale om forlenget vedståelse for klagers del, må eventuelt prøves for domstolene. Ut fra de opplysningene som foreligger, må klagenemnda legge til grunn at vedståelsesfristen løp ut 7. april kl 09:00 uten å være forlenget.

Saklig grunn for å avlyse konkurransen?

(69) Etter klagenemndas syn er en konkurranse avsluttet når oppdragsgiver står tilbake uten bindende tilbud. Det dreier seg således ikke om en avlysning etter § 17-1 (1). Når det ikke lenger foreligger bindende tilbud, er konkurransen de facto avsluttet.

Erstatning

(70) Det forhold at en vedståelsesfrist er oversittet, innebærer ikke i seg selv at erstatning for positiv kontraktsinteresse er utelukket. Klagenemnda har imidlertid ikke vurdert dette spørsmålet i nærværende sak. Nemnda antar under enhver omstendighet at vilkårene for å få erstattet den negative kontraktsinteresse kan være oppfylt.

Konklusjon:

Helse Midt-Norge RHF har ikke brutt regelverket ved å legge til grunn at konkurransen var avsluttet som følge av at vedståelsesfristen var utløpt.

For klagenemnda, Oslo 15. august 2005

Inger Marie Dons Jensen



Forsiden
Nemndsmedlemmer
Saksbehandling
Regelverk
Innkomne saker
Statistikk
Årsrapporter
Dommer
Søk i avgjorte saker

Avgjorte saker:

[2003](#) [2004](#) [2005](#)

Besøksadresse

H. Heyerdalsgate 1
0033 Oslo

Postadresse

Postboks 8132 Dep
0033 Oslo

Tlf.: 22 33 70 10

Faks: 22 33 70 12

E-post:

postmottak@kofa.no

Avgjorte saker

Innklagede gjennomførte en åpen anbudskonkurranse som blant annet omfattet elektroarbeider. Klager var tilbudt som underleverandør av et bestemt produkt i det tilbudet som innklagede fant var det økonomisk mest fordelaktige. Før kontrakt var signert med den valgte leverandøren, ba innklagede denne om å gi tilbud på et annet produkt fra en annen underleverandør, til fortrenghet for klager. Klagenemnda fant at forhandlingsforbudet var brutt, og at klager hadde saklig klageinteresse i å få prøvd spørsmålet for klagenemnda.

Klagenemndas avgjørelse 7. juli 2005 i sak 2005/139

Klager: EK Automasjon AS

Innklaget: Universitetssykehuset Nord-Norge HF

Klagenemndas medlemmer: Morten Goller, Siri Teigum, Bjørg Ven

Saken gjelder: Saklig klageinteresse for underleverandør, forhandlingsforbudet

Sakens bakgrunn:

Universitetssykehuset Nord-Norge HF (heretter kalt innklagede) kunngjorde 7. oktober 2004 en åpen anbudskonkurranse for utførelse av bygge- og anleggsarbeider, herunder bygg-, el- og vvs-arbeider samt byggeledelse for senter for Psykisk Helse Nord-Troms. Anskaffelsen var antatt å ligge under terskelverdiene i forskriftens § 2-2, og ble således gjennomført etter forskriftens del III.

Tildelingskriteriene ble i konkurransegrunnlaget oppgitt å være "pris" på første prioritet, deretter "forbehold", "fremdrift" og "økonomi" på delt andre prioritet. I kravspesifikasjonen sto blant annet dette:

"Det skal leveres et integrert anlegg for styring og overvåking (SRO). Anlegget skal forberedes for tilknytning mot hovedsentral (Satchwell Invensys sigma) ved UNN i Tromsø via intranett.

Denne bygningsdel omfatter:

- [...]

- Nødvendig OPC server eller tilsvarende grensesnitt for integrering av EIB-anlegg mot lokal SD-undersentral/ hovedsentral ved UNN Tromsø."

For entreprisen som gjaldt elektroinstallasjoner innkom tilbud fra tre

leverandører, herunder fra Arne H. Johansen AS (heretter kalt AHJ). Prismessig lå disse tilbudene fra ca kr 3.500.000 til ca kr 4.100.000. Tilbudet fra AHJ var ca kr 350.000 lavere enn det nest billigste tilbudet.

Som en del AHJs tilbud inngikk automatiseringsanlegg som omfattet både EIB-anlegg og SD-anlegg. EK Automasjon AS (heretter kalt klager) var tilbudt som underentreprenør av SD-anlegget.

Innklagede fant at AHJ hadde levert det økonomisk mest fordelaktige tilbudet på elektroinstallasjoner.

I et referat fra avklaringsmøte datert 14. januar 2005, fremgår blant annet dette:

"RIE har gjennomgått/ kontrollert de mottatte anbudene. Anbud fra Arne H. Johansen AS er mest økonomisk fordelaktig vurdert mht konkurransekriterier/ har den laveste prisen etter kontrollregning.

Etter at anbudene ble mottatt ble det registrert mangel i anbudsgrunnlaget: funksjonsbeskrivelse for automatisering var ikke sendt ut. Nødv. dokumenter (funksjonsbeskrivelse samt krav om å få tilbud på undersentraler fra Satchwell) ble oversendt AHJ AS.

[...]

Automatiseringsanlegg

-Anbyder har gitt tilbud på automatiseringsanlegg fra EK-automasjon.

-Tilbyder vil gi alternativ pris på anlegget fra Satchwell.

Se første sak i referatet.

Tilbud vil foreligge i løpet av uke 3."

Frist for å komme med alternativt tilbud ble satt til 21. januar 2005. Det fremgikk videre at innklagede skulle sende forslag til referat samt foreløpig forslag til avtaledokument til AHJ. Innklagede skulle også sende brev til øvrige leverandører om valg av entreprenør.

AHJ innga tilbud på alternativt automatiseringsanlegg. Automatiseringsanlegget som ble byttet ut, utgjorde prismessig ca 15% av tilbudet. Byttet medførte en kostnadsøkning på ca 2% av den totale tilbudssummen.

Kontrakten mellom innklagede og AHJ var signert av begge parter den 4. mars 2005.

Klager har i det vesentlige anført:

Klagers automatiseringsanlegg var det eneste automatiseringsanlegget som var med i AHJs tilbud. Alternativt automatiseringsanlegg ble tilbudt som følge av kontraktsforhandlinger og medførte tillegg i prisen til entreprenøren. Fremgangsmåten strider mot likebehandlingsprinsippet i regelverket om offentlige anskaffelser.

Konkurranses grunnlaget ga mulighet for å tilby løsning med OPC. Det er derfor lite relevant at innklagede har høy kompetanse i fagfeltet for SD-anlegg.

Klager bestrider at endringene som er foretatt er å anse som lovlige mindre justeringer.

Det er i strid med regelverket å endre konkurranses grunnlaget slik at bare en av leverandørene får endret tilbudet sitt.

Innklagede har i det vesentlige anført

Det ble oppdaget feil/ mangel i anbudsgrunnlaget etter at anbudene ble mottatt. Det ble sendt korrigeret grunnlag bare til AHJ, ettersom tilbudet fra AHJ var klart best vurdert på grunnlag av tildelingskriteriene. Formålet med møtet var å gjennomgå tilbudsgrunnlaget og tilbudet for å sikre at partene ikke hadde spørsmål eller uavklarte punkter angående beskrivelsen og utføringen av de tekniske anleggene. Videre var formålet å oppnå enighet om kontrakten. Kontraktsdokumentet ble gjennomgått og partene ble enige om alle punkter i kontrakten.

Tilbudte produkter og utstyr inkludert tilbudets alternativer tilfredsstilte generelt forutsatt standard og byggherrens behov. AHJs tilbud angående SD-anlegg var ikke det mest optimale mht funksjonalitet for innklagede. Leverandøren ble spurt om å sette opp en alternativ SD-løsning. I følge forskriften § 16-1 (2) bokstav c er det tillatt å gjøre mindre justeringer i de løsninger som leverandøren har fremsatt. Endringen av automatiseringsanlegg hadde ikke betydning for valget av elektroentreprenør. Fordelen med korrigeringen vil komme i utførelsesfasen ettersom arbeidsgrunnlaget (funksjonsbeskrivelsen) er korrekt og innklagede unngår tilleggskrav.

Oppdragsgiver skal dessuten rette opp åpenbare feil i tilbudet, jf forskriften § 16-1 (3). Årsaken til feil var mangler i konkurranses grunnlaget, ettersom funksjonsbeskrivelse av SD-anlegg ikke var sendt ut i konkurranses grunnlaget. AHJ fikk mulighet til å korrigere denne delen av sitt tilbud. Dette er ikke å regne som forhandlinger.

Årsaken til at innklagede valgte en alternativ SD-løsning var følgende: Innklagede har svært høy kompetanse innen fagfeltet automatisering, og denne kompetansen benyttes til i egen regi å utføre arbeid og installasjoner som flere andre bedrifter leier ekstern ekspertise til å utføre. Innklagede må ha tekniske løsninger som gir mulighet til å utnytte den eksisterende kompetansen, kapasiteten og verktøy slik at de totale kostnadene blir lavest mulig. Klager har tilbudt anlegg som kobles til UNN sin driftssentral i Tromsø via OPC. Denne løsningen gir ikke 100% integrasjon med eksisterende SD-anlegg/programvare hos innklagede. Eksempelvis vil det ikke være mulig for driftspersonalet hos innklagede å utvide anlegget med installasjon og programmering av nye komponenter og funksjoner fra eksisterende SD-anlegg/programvare via den sammenkoblingsmetoden (OPC) som klager hadde tilbudt. Den tilbudte løsningen (OPC) gir integrasjon på et nivå som er tilfredsstillende for bedrifter uten egen fagkompetanse og som må leie inn leverandøren av anlegget for å utføre arbeidet.

Klagenemndas vurdering:

Klagen er rettidig. Det første spørsmålet er om klager, som underleverandør i valgte leverandørs tilbud, har saklig klageinteresse i anbudskonkurransen, jf. forskrift om klagenemnd om offentlige anskaffelser § 6 som lyder:

"Klage til klagenemnda må gjelde unnløtelser, handlinger eller beslutninger under gjennomføringen av anskaffelser etter lov av 16. juli 1999 nr 69 om

offentlige anskaffelser eller forskrifter gitt med hjemmel i denne.

Klage kan fremsettes av enhver som har saklig interesse i å få vurdert lovmessigheten av en slik unnløstelse, handling eller beslutning."

I forarbeidene til forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser er det forutsatt at kjerneområdet for klageretten vil være leverandører (både de som faktisk har deltatt i konkurransen, og potensielle leverandører), deres organisasjoner og eventuelt tilsynsmyndigheter. For øvrig er innholdet i kravet til saklig klageinteresse overlatt til klagenemndas praksis.

Som underleverandør har klager interesse i at tilbudet til leverandøren forblir uendret, slik at klager kan stå som underleverandør av sitt produkt til innklagede dersom leverandørens tilbud blir valgt som det økonomisk mest fordelaktige. Klager har således saklig klageinteresse i å få prøvd spørsmålet om innklagede brøt regelverket ved å gjennomføre forhandlinger som medførte bytte av underleverandør.

Forskrift om offentlige anskaffelser § 16-1 (1) bestemmer at det ved en åpen anbudskonkurranse ikke er tillatt å endre tilbudene gjennom forhandlinger. Hovedregelen er at det ikke skal forhandles med noen tilbydere fra tilbudsfristens utløp og frem til kontrakt er undertegnet av begge parter, jf § 17-3 (1) annet punkt.

AHJs tilbud ble endret etter et avklaringsmøte, før innklagede hadde sendt meddelelse om valg av leverandør til de øvrige deltakerne og før kontraktssignering.

Innklagede har anført at endringen faller inn under unntaket i forskriftens § 16-1 (2) bokstav c som lyder "*dersom det av tekniske eller funksjonelle grunner er nødvendig, kan det gjøres mindre justeringer i de løsninger leverandøren har fremsatt.*"

Av NOU 1997:21 fremgår det bla følgende om bestemmelsen:

"Oppdragsgiver må [...] kunne dokumentere at den dialog og kontakt som det åpnes for [...] er nødvendig av tekniske og funksjonelle grunner. Det er ikke tilstrekkelig at oppdragsgiver ønsker å gå inn i en dialog med deltakerne med sikte på å komme frem til en økonomisk mer fordelaktig anskaffelse. Bestemmelsen åpner for at oppdragsgiver, i en dialog innenfor klart angitte rammer, skal kunne basere seg på leverandørens tekniske kompetanse.

Det grunnleggende likebehandlingsprinsippet gjelder også her.

Videre er det kun snakk om mindre justeringer. Justeringer som fører til at konkurranseforholdet forrykkes vil trolig ikke være tillatt. Substansielle endringer vil således ikke være tillatt. Det er også en grunnleggende forutsetning at konkurransegrunnlaget ligger fast."

Klagenemnda finner ikke at innklagede har dokumentert at det var *nødvendig* av tekniske eller funksjonelle grunner å foreta de aktuelle endringene i den tilbudte løsningen. Innklagedes forklaring synes snarere å underbygge at leverandørens tilbud ville bli *bedre* med den nevnte endringen, med andre ord at det vil bli økonomisk mer fordelaktig.

Klagers tilbudte automatiseringsutstyr utgjorde ca 15 % av tilbudets totale verdi. Det er heller ikke godtgjort at endringen utgjorde en "mindre justering" i

løsningen som var tilbudt. Innklagede kan således ikke hjemle endringene i forskriftens § 16-1 (2) bokstav c. Endringen av AHJs tilbud utgjorde etter dette et brudd på forhandlingsforbudet i forskriftens § 16-1 (1).

Innklagede har vist til at årsaken til feilen i leverandørens tilbud var mangler i konkurransegrunnlaget, ettersom funksjonsbeskrivelse av SD-anlegg ikke var sendt ut i konkurransegrunnlaget. Det er på det rene at mangler i konkurransegrunnlaget ikke er feil som kan rettes etter § 16-3, som gjelder adgangen til å rette åpenbare feil i *tilbudet*. Endringer i konkurransegrunnlag skal foretas etter reglene i forskriftens § 12-4. Innklagede har åpenbart ikke endret konkurransegrunnlaget i tråd med disse reglene, da endringen ble foretatt etter tilbudsfristens utløp, og kun sendt til én av leverandørene.

Etter at kontrakt er inngått, er visse forhandlinger tillatt mellom partene så lenge endringene ikke innebærer at innklagede gjennomfører en ulovlig direkte anskaffelse. Klagenemnda har ikke tatt stilling til om innklagede ville hatt anledning til å skifte automatiseringsanlegg etter at kontrakt var inngått med AHJ.

Konklusjon:

Universitetssykehuset Nord-Norge HF har brutt forskrift om offentlige anskaffelser § 16-1 ved å la valgte leverandør endre den tilbudte løsningen gjennom forhandlinger før kontraktsinngåelsen.

For klagenemnda, Oslo 7. juli 2005

Morten Goller



Forsiden
Nemndsmedlemmer
Saksbehandling
Regelverk
Innkomne saker
Statistikk
Årsrapporter
Dommer
Søk i avgjorte saker
Avgjorte saker:
[2003](#) [2004](#) [2005](#)

Besøksadresse
H. Heyerdalsgate 1
0033 Oslo

Postadresse
Postboks 8132 Dep
0033 Oslo

Tlf.: 22 33 70 10

Faks: 22 33 70 12

E-post:

postmottak@kofa.no

Avgjorte saker

Innklagede anga et bestemt fabrikat i kravspesifikasjonen uten at kontraktsgjenstanden berettiget til det og uten å tilføye ordene "eller tilsvarende". Klager, som var leverandør av et tilsvarende produkt som det innklagede hadde navngitt, ønsket å være underleverandør i andre leverandørers tilbud, men ble urettmessig utestengt fra konkurransen.

Klagenemndas avgjørelse 7. juli 2005 i sak 2005/157

Klager: System Integrator Consult AS

Innklaget: Stokke kommune

Klagenemndas medlemmer: Morten Goller, Siri Teigum, Bjørg Ven

Saken gjelder: Saklig klageinteresse for underleverandør, bruk av tekniske spesifikasjoner, åpning for alternative løsninger.

Sakens bakgrunn:

(1) Stokke kommune (heretter kalt innklagede) kunngjorde den 23. mars 2005 en åpen anbudskonkurranse om bygg- og anleggsarbeider under terskelverdi. Konkurransen gjaldt riving, nybygg, tilbygg, ombygging og uteanlegg på Melsom skole. I kunngjøringen ble det oppgitt at alternative tilbud ikke ville bli tatt i betraktning.

(2) Under kapittel A5, Orientering sto blant annet følgende:

"Det presiseres at alle poster for beskrevne løsninger skal være utfylt. Det er likevel mulig å gi anbud på alternative løsninger i tillegg til de løsninger som fremgår av anbudsgrunnlaget. Dette angis separat i anbudsbrief.

I anbudsbriefet skal samtlige av entreprenørens beskrevne alternativer være ivare tatt."

(3) I bok 0, orientering, sto blant annet følgende:

"Det er adgang til å gi tilbud på alternative løsninger i tillegg til, men ikke i stedet for de løsninger som fremgår av anbudsgrunnlaget."

(4) For den delen av konkurransen som gjaldt elektro-entreprise, oppga innklagede i kravsspesifikasjonen flere steder at programvaren til EDB-utstyret skulle være "Citect". Kravsspesifikasjonen lød blant annet slik:

"Postnr 562.29

Det skal leveres og monteres komplett pc utstyr for programmeringsverktøyet ETS 3 og til visualiserings-programmet Citect.

[...]

Det stilles krav til at leverandør som leverer og bygger opp skjermbilder i Citect også skal levere pc.

[...]

Postnr 562.32

Levering av lisens for – Citect

Herunder skal det medtas komplett programvare/ lisens for visualiseringsprogram Citect for Windows 1500 I/O lisens for bygg.

Dette leveres av Autic AS i Tønsberg tlf: [...]

Komplett levert og installert.

[...]

Postnr 562.38

[...]

Alle hendelser/alarmer som utløses på EIB anlegg skal varsles i visualiseringsprogrammet Citect og til GSM telefoner.

All programmering av EIB komponenter skal utføres i henhold til vedlagte skjemaer og i samarbeid med leverandør av visualiserings- programmet Citect. [...]"

(5) System Integrator Consult AS (heretter kalt klager) er en leverandør av en alternativ programvare til Citect, og ønsket å være underleverandør til aktuelle installatører som skulle inngi tilbud i konkurransen. For klager var det imidlertid uaktuelt å henvende seg til interesserte installatører, fordi det i konkurransegrunnlaget var krevet at tilbud skulle gis for visualiseringsprogrammet Citect.

Klager har i det vesentlige anført:

(6) I spesifikasjonen for nybygget på Melsom skole, er det konkret angitt at programmet Citect skal inngå i anskaffelsen. Det er således angitt et produkt av et bestemt "fabrikat". Spesifikasjonene ved anskaffelsen strider mot lovens § 5 (5) bokstav b) som setter forbud mot å bruke standarder og tekniske spesifikasjoner som et virkemiddel for å hindre konkurranse, samt mot forskriftens § 12-2 (2).

(7) Valget av Citect favoriserer innehaveren av agenturet, samt leverandører som normalt videreforsandler deres programvare. Det foreligger dessuten flere ulike typer programvare som alle har samme funksjonalitet, deriblant Simbus levert av klager.

(8) Det var uaktuelt for klager å henvende seg til interesserte installatører, fordi det i henhold til konkurransegrunnlaget var krevd at det skulle gis tilbud på visualiseringsprogrammet Citect.

(9) Spesifikasjonen av produktet og varemerket Citect utelukker på en urimelig og diskriminerende måte flere leverandører i konkurransen. Det foreligger ikke grunnlag for direkte anskaffelse med hjemmel i forskriftens § 11-2, det dreier seg ikke om et produkt som bare kan anskaffes hos en leverandør i markedet.

(10) Innklagede kunne ha beskrevet kontraktsgjenstanden i konkurransegrunnlaget uten å oppgi produktnavn. Innklagede har uansett unnlatt å tilføye ordene "eller tilsvarende", og har således brutt regelverket.

(11) Konkurransegrunnlaget åpner ikke for alternative tilbud, med mindre man først deltar og gir tilbud basert på de i konkurransegrunnlaget nærmere bestemte produktmerkene. For leverandører som ikke ville eller kunne konkurrere på disse vilkårene, var det utelukket å delta i konkurransen.

Innklagede har i det vesentlige anført:

(12) Innklagede bestrider å ha brutt regelverket.

(13) Leverandørene ble gitt anledning til å tilby alternativer til det som er beskrevet i alle beskrevne poster, jf konkurransegrunnlagets kapittel A5, Orientering.

(14) I tillegg til denne teksten kunne ordene "eller tilsvarende" vært lagt til teksten hvor ordet Citect er brukt for å definere standard. Utgangspunktet er likevel at anbyder plikter å gjennomgå hele beskrivelsen.

(15) Innklagede benytter i dag Citect på noen av sine anlegg. Innklagede ser for seg at alle kommunale bygg med SD anlegg etc skal kunne styres fra samme sted. Det vil således være en fordel for innklagede at programvaren for visualisering på de forskjellige bygg er lik.

(16) Innklagede har ikke avgjort hvilken type visualiseringsprogram som skal benyttes og leverandørene står fritt til å tilby alternative løsninger. Hvis for eksempel Simbus eller andre alternativer er tilbudt, så er det fullt mulig at denne løsning blir valgt fremfor Citect. Citect er kun beskrevet for å sette en standard med tanke på type visualiseringsprogram og pris på dette. Det kan leveres en rekke forskjellige visualiseringsprogrammer i dag som vil variere veldig i pris. Citect er beskrevet med tanke på å sette en viss standard og for at anbyderne ikke skal kunne kreve et evt. tillegg i ettertid hvis byggherre allikevel skulle ønske å benytte seg av dette programmet.

Klagenemndas vurdering:

(17) Klagen er rettidig. Det første spørsmålet er om klager, som potensiell underleverandør i konkurransen, har saklig klageinteresse i anbudskonkurransen, jf. forskrift om klagenemnd om offentlige anskaffelser § 6 som lyder:

"Klage til klagenemnda må gjelde unnlater, handlinger eller beslutninger under gjennomføringen av anskaffelser etter lov av 16. juli 1999 nr 69 om offentlige anskaffelser eller forskrifter gitt med hjemmel i denne.

Klage kan fremsettes av enhver som har saklig interesse i å få vurdert lovmessigheten av en slik unnlattelse, handling eller beslutning."

(18) I forarbeidene til forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser er det forutsatt at kjerneområdet for klageretten vil være leverandører (både de som faktisk har deltatt i konkurransen, og potensielle leverandører), deres organisasjoner og eventuelt tilsynsmyndigheter. For øvrig er innholdet i kravet til saklig klageinteresse overlatt til klagenemndas praksis.

(19) Klager har påberopt et forskriftsbrudd som potensielt kan ha hatt rettslig betydning for dem ved at de urettmessig er fratatt muligheten til å bli underleverandør i konkurransen. Klagenemnda finner på bakgrunn av det som er opplyst, at klager har saklig interesse i å få prøvd spørsmålet om innklagede brøt regelverket ved utformingen av konkurransegrunnlaget.

(20) I følge kunngjøringen ligger konkurransen under terskelverdien i forskriften § 2-2. Forholdet er ikke bestridt. Klagenemnda legger til grunn at konkurransen reguleres av forskriftens del III.

(21) Forskriften § 12-2 (2) lyder slik:

"Det kan ikke benyttes tekniske spesifikasjoner som omtaler varer av et bestemt fabrikat [...] dersom dette favoriserer enkelte foretak. En slik spesifikasjon kan likevel foretas når kontraktsgjenstanden berettiger til det. Det er heller ikke tillatt å angi varemerker, patenter eller typer. Kan kontraktsgjenstanden ikke beskrives tilfredsstillende på annen måte, er det likevel tillatt å bruke slik angivelse når den er ledsaget av ordene "eller tilsvarende".

(22) Unntaksbestemmelsen i annet punktum gjelder blant annet dersom utstyr som skal anskaffes må være kompatibelt med eksisterende utstyr. Dersom oppdragsgivers behov kan oppfylles ved bruk av utstyr av et annet fabrikat, om enn ved merkostnader, vil vilkåret for unntaket imidlertid ikke være oppfylt. Innklagede har anført at de ennå ikke har avgjort hvilken type visualiseringsprogram som skal benyttes. Klagenemnda forstår innklagede slik at deres behov kan oppfylles ved bruk av utstyr av annet fabrikat enn Citect. Spesifikasjonen av Citect kan således ikke hjemles i unntaksbestemmelsen i § 12-2 (2) annen setning om at "kontraktsgjenstanden berettiger til det".

(23) Innklagede har ikke godtgjort at det ikke var mulig å beskrive produktet tilfredsstillende på annen måte enn ved angivelse av produktnavnet Citect. Innklagede har heller ikke tilføydd ordene "eller tilsvarende" etter angivelsen, og har således brutt forskriftens

§ 12-2 (2).

(24) Innklagede har vist til at de åpnet for alternative tilbud. Klagenemnda forstår innklagedes anførsel slik at en åpning for alternative tilbud skulle avhjelpe det forhold at det ble angitt et produktnavn i kravspesifikasjonen. Ut fra sakens faktum er klagenemnda ikke enig i dette. Det vises til at angivelsen av

merket Citect er gjennomgående for hele den tekniske beskrivelsen. I kunngjøringen ble det oppgitt at alternative tilbud ikke ville bli tatt i betraktning. I konkurransegrunnlaget ble det derimot opplyst at leverandørene hadde adgang til å gi tilbud på alternative løsninger *i tillegg til*, men *ikke i stedet for* de løsninger som fremgår av anbudsgrunnlaget. Leverandørene kunne således ikke velge å tilby et alternativt produkt, men måtte som minimum levere et tilbud med Citect. Leverandørene er ikke gitt den samme friheten som de ville hatt dersom innklagede hadde benyttet ordene "eller tilsvarende".

Konklusjon:

Stokke kommune har brutt forskrift om offentlige anskaffelser § 12-2 (2) ved å angi et bestemt fabrikat i kravspesifikasjonen.

For klagenemnda, Oslo 7. juli 2005

Morten Goller



Forsiden
Nemndsmedlemmer
Saksbehandling
Regelverk
Innkomne saker
Statistikk
Årsrapporter
Dommer
Søk i avgjorte saker
Avgjorte saker:
[2003](#) [2004](#) [2005](#)

Besøksadresse
H. Heyerdalsgate 1
0033 Oslo

Postadresse
Postboks 8132 Dep
0033 Oslo

Tlf.: 22 33 70 10

Faks: 22 33 70 12

E-post:

postmottak@kofa.no

Avgjorte saker

Klagenemnda kom til at det var i strid med god forretningsskikk å meddele leverandørenes priser i en konkurranse med forhandling. Innklagede hadde evaluert ett av kriteriene på en uforutsigbar måte. Kravet til etterprøvbarehet var brutt på to punkter, ved at innklagede ikke hadde gitt noen forklaring på evalueringen.

Klagenemndas avgjørelse 20. juni 2005 i sak 2004/182

Klager: Hålogaland Plankontor a/s

Innklaget: Statskog v/Finnmark jordsalgkontor

Klagenemndas medlemmer: Per Christiansen, Jens Bugge og Andreas Wahl

Saken gjelder: Gjennomføring av forhandlinger, evaluering av tilbud

Bakgrunn:

(1) Statskog v/Finnmark jordsalgkontor (heretter innklagede) gjennomførte en konkurranse med forhandling om kjøp av tjenester i forbindelse med utarbeidelse av reguleringsplaner til nye hyttefelt på statens grunn i Finnmark.

(2) Den samme anskaffelsen har tidligere vært behandlet i klagenemndas sak 2003/212. Klagenemnda kom til at innklagede hadde brutt regelverket for offentlige anskaffelser, og innklagede valgte derfor å avlyse konkurransen.

(3) Deltakerne i den opprinnelige konkurransen ble i mars 2004 invitert til å delta i ny konkurranse. Anskaffelsesprosedyren var konkurranse med forhandling. I konkurransegrunnlaget var tildelingskriteriene utformet slik, i uprioritert rekkefølge:

”- Dokumentert kompetanse og erfaring med tilsvarende oppdrag

- Positive referanse kunder

- Dokumentert kapasitet til å utføre oppdraget

- Dokumentert kvalitetssystem/internkontroll

- Tilbyders forbehold og estimering av kostnadskonsekvensen av disse

- Enhetspris for det enkelte prosjekt

- Timepris for tilleggsarbeider”.

(4) Det kom inn ni tilbud i konkurransen. Hålogaland Plankontor a/s (heretter klager) hadde den laveste prisen ved tilbudsåpningen – kr. 229.800. Paulsen RI hadde nest billigste tilbud på kr 255.000.

(5) Åpningsprotokollen ble sendt ut til samtlige leverandører. Av denne fremgikk navn og pris for alle leverandørene.

(6) Klager mottok den 16.06.2004 en telefaks fra innklagede hvor det ble invitert til å inngi revidert pristilbud. I telefaksen het det bl.a.:

”[...]

For å velge ut hvem som skulle få delta i forhandlinger, gjorde vi en vurdering av hvilke leverandører som etter vårt skjønn var mest kvalifisert basert på kriteriene som ble oppgitt i konkurransegrunnlaget. Vi tok ikke hensyn til pris i denne vurderingen, men utelukkende kvalifikasjoner knyttet til leverandørene.

Vi har vært i samtaler med leverandørene som vi vurderte som mest kvalifisert. For ordens skyld kan vi informere om at vi ikke har bekjentgjort identiteten til leverandørene eller antallet leverandører som vi forhandler med. I samtalene har vi gjort avklaringer og forsikret oss om at vi har samme forståelse for momentene i konkurransegrunnlaget, oppdragets omfang og de spesifikke tilbudenes kvalitetsmessige innhold. I den forbindelse har vi også fått signaler om at enkelte leverandører ”har noe å gå på” i forhold til pris.

På bakgrunn av dette, gir vi dere med dette muligheten til å komme med en revidert tilbudspris innen fredag 18. juni kl 1200.

[...]

Etter at vi har mottatt siste reviderte pris, kommer vi til å vurdere hvilken leverandør som gir oss det mest optimale forholdet mellom pris og kvalitet.

Vi fokuserer altså ikke ensidig på pris, men vurderer også tjenestens kvalitet i forhold til prisen.”

(7) I telefaks av 17.06.2004 svarte klager at man ikke fant grunnlag til å justere prisen.

(8) I brev av 24.06.2004 opplyste innklagede om utfallet av konkurransen:

”Vi valgte ut de 3 leverandørene som etter vårt skjønn var mest kvalifiserte og vi hadde samtaler med disse. Senere i prosessen ble disse innbudt til å justere sine tilbudspriser. De endelige tilbudsprisene ble registrert 18.06.04 kl. 16.30.

Det ble gjort en evaluering av tilbudene ifølge konkurransegrunnlagets pkt. 3.5.

Konkurransen er avgjort på grunnlag av en vurdering av produktet som blir tilbudt opp mot totalkostnadene oppdraget vil påføre oss.

Etter en totalvurdering fant vi ut at Paulsen RI hadde det beste tilbudet for oss. Flere av tilbudene var prismessig og kvalitetsmessig like. "Dokumentert kompetanse og erfaring med tilsvarende oppdrag" ble til slutt utslagsgivende for vår vurdering av hvilken tilbyder som gav oss det mest optimale forholdet mellom pris og kvalitet på tjenesten."

(9) Klager anmodet om en nærmere begrunnelse for tildelingen. Innklagede skrev følgende tilbake:

"Tre tilbydere ble valgt ut til samtaler: Hålogaland Plankontor, Sweco Grøner og Paulsen RI. Endelige tilbudspriser registrert 18.06.04 kl. 16.30:

Hålogaland Plankontor:	229 800,-
Sweco Grøner:	325 000,-
Paulsen RI:	230 000,-

Den valgte leverandøren har lagt med en referanseliste over reguleringsplaner de på forskjellig vis har vært med på å utarbeide i Finnmark. Det som har blitt vurdert som bedre ved denne leverandørens kompetanse og erfaring i forhold til tilsvarende dokumentasjon fra dere er erfaringer med hyttereguleringer i Finnmark, og kjennskap til de spesielle eiendomsforholdene i Finnmark, herunder Jordsalgsloven."

(10) Av innklagedes tilsvaret til klagenemnda fremkommer følgende evaluering av tilbudene:

Tildelingskriterium:	Viktighet (1-3)	Klager		Paulsen RI	
		Score	Score m/vektning	Score	Score m/vekt
<i>Dokumentert kompetanse og erfaring med tilsvarende oppdrag</i>	3	4	12	5	15
<i>Positive referanse kunder</i>	3	4	12	6	18
<i>Dokumentert kapasitet til å utføre oppdraget</i>	1	2	2	2	2
<i>Dokumentert kvalitetssystem/internkontroll</i>	1	3	3	2	2
<i>Tilbyders forbehold og estimering av kostnadskonsekvensen av disse</i>	2	5	10	5	10
<i>Enhetspris for det enkelte prosjekt</i>	2	5	10	5	10
<i>Timepris for tilleggsarbeider</i>	2	5	10	4	8
		28	59	29	65

(11) Kontrakt er inngått med Paulsen RI.

Klager har i det vesentlige anført:

(12) Innklagede har brutt kravet til god anbuds- og forretningskikk ved at tilbudssummene ble gjort kjent for alle deltakerne i konkurransen.

(13) Det er ikke gjennomført reelle forhandlinger. Innklagede har kun bedt om nytt pristilbud. Dette er i strid med kravet til god forretningskikk ettersom de øvrige leverandørene var kjent med klagers pris.

(14) Det fremgikk ikke av tildelingskriteriene at erfaring med planlegging av hytteområder i Finnmark skulle være relevant ved vurdering av leverandørens kompetanse.

(15) Erfaring fra planlegging av hytteområder andre steder må uansett anses likeverdig med erfaring fra Finnmark. Noe annet må anses som diskriminerende. Det er ingen grunner til at planarbeid i Finnmark skiller seg ut fra annet planarbeid.

(16) Klager mener å ha tilbudt kompetanse og erfaring som langt overstiger den som valgte leverandør besitter. Klagers personell besitter høy formal- og realkompetanse innenfor utarbeidelse av reguleringsplaner. Valgte leverandør har ingen formalkompetanse innenfor fagområdet, reguleringsarbeide må i beste fall karakteriseres som en bigeskjeft.

(17) Innklagede har ikke vurdert kriteriet "positive referanse kunder" på en tilfredsstillende måte. Ingen av referansefirmaene oppgitt i tilbudet har blitt kontaktet.

(18) Klagenemnda bes vurdere erstatningsspørsmålet.

Innklagede har i det vesentlige anført:

(19) Etter innklagedes skjønn er forhandlingsadgangen oppdragsgivers

verktøy. Man kan ikke se at klager har noen rett til å kreve forhandlinger utover det innklagede har behov for.

(20) Det finnes ingen regler som forhindrer oppdragsgiver å opplyse om prisene i en konkurranse med forhandling.

(21) Tilbyderne ble under forhandlingene stilt spørsmål om finnmarksforhold. Klager viser i sin klage manglende forståelse rundt finnmarksproblemene ved at det bemerkes at det ikke er noe spesielt knyttet til reguleringsarbeid i Finnmark.

(22) Klager har ikke dokumentert at formelle regler er brutt. Statskog har lagt vekt på å etterleve prinsippene i anskaffelsesloven for å sikre reell konkurranse om oppdraget. Når en ved avslutningen av forhandlingene sitter tilbake med flere relativt likeverdige tilbydere vil det subjektive skjønnet være avgjørende. Dette skjønnet kan ikke overprøves, men kontrolleres for bruk av kriterier som er illojale mot loven. Klager har i så måte en bevisbyrde som klagen ikke oppfyller.

Klagenemndas vurdering:

(23) Klager har deltatt i konkurransen og har således saklig klageinteresse, jf klagenemndeforskriften § 6. Anskaffelsen er etter sin art og verdi underlagt reglene i forskrift om offentlige anskaffelser del I og III, jf § 2-2.

Meddelelse om tilbudspriser før forhandlingene

(24) Anskaffelsen skulle gjennomføres etter konkurranse med forhandlinger. Det følger av lov om offentlige anskaffelser § 5 at oppdragsgiver skal opptre i samsvar med god forretningsskikk, jf. også forskriftens §§ 3-1 annet ledd og 16-3 femte ledd.

(25) Forskrift om offentlige anskaffelser setter ikke forbud mot at oppdragsgiver gjør deltagerne i en konkurranse med forhandling kjent med tilbudsprisene som er oppgitt av de øvrige deltagere. Klagenemnda har oppfattet det slik at det å gi meddelelse om konkurrentenes priser ikke er i samsvar med praksis som er etablert som god forretningsskikk for konkurranse med forhandlinger. Det vises til forslag om regler for forhandlede konkurranser i NS 8410, hvor det fremgår at prisene ikke skal oppgis til de øvrige leverandørene under forhandlingene. I NOU 1997:21 er det også lagt til grunn at man ikke kan meddele konkurrentenes priser ved forhandlede konkurranser.

Reelle forhandlinger?

(26) Anskaffelsesmyndigheten må ha stor frihet i å tilrettelegge forhandlingene på en tjenlig måte, under tilbørlig hensyn til kravene til likebehandling, taushetsplikt og god forretningsskikk. Innklagede har gitt de tre utvalgte leverandørene mulighet til å inngi reviderte pristilbud. I den foreliggende sak anser klagenemnda dette som tilstrekkelig for å ivareta kravet til reelle forhandlinger.

Vurdering av ”dokumentert kompetanse og erfaring med tilsvarende oppdrag”

(27) Under kriteriet ”*Dokumentert kompetanse og erfaring med tilsvarende oppdrag*” har innklagede vektlagt positivt at den valgte leverandør hadde erfaring med utarbeidelse av reguleringsplaner i Finnmark.

(28) Klagenemnda stiller spørsmål ved om et krav om erfaring spesielt fra Finnmark er tilstrekkelig saklig begrunnet i denne saken, men kommer uansett til at utformingen av kriteriet ikke åpner for å vektlegge dette. Ordlyden – ”tilsvarende oppdrag” – gir ikke en god nok indikasjon på at erfaring spesielt fra Finnmark skulle være et relevant moment. Klagenemnda finner derfor at innklagedes evaluering fremstår som uventet for leverandørene. Evalueringen er således i strid med kravet til forutberegnelighet, jf. lov om offentlige anskaffelser § 5.

(29) Den formelle kompetansen – de utførende personers utdanning – må utgjøre et relevant moment ved bedømmelsen etter dette kriteriet. Klagenemnda ser at klager gjentatte ganger har bedt om en forklaring på evalueringen av leverandørens formelle kompetanse. Innklagede har besvart klagers henvendelser med å vise til at man har kommet frem til resultatet etter en helhetsvurdering. Heller ikke under saksforberedelsen for klagenemnda har innklagede kommentert evalueringen nærmere. Ved å ikke ha gitt en forklaring på dette, finner klagenemnda at innklagede har brutt kravet til etterprøvnbarhet, jf. lov om offentlige anskaffelser § 5.

Vurdering av ”positive referanseklager”

(30) Innklagede har vurdert Paulsen RI til karakteren 6 under dette tildelingskriteriet, mens klager har oppnådd karakteren 4. Noe nærmere forklaring på forskjellen i karaktersettingen er ikke gitt av innklagede. Klagenemnda finner at evalueringen også på dette punkt er i strid med kravet til etterprøvnbarhet, jf. lovens § 5.

Konklusjon:

Statskog v/Finnmark jordsalgkontor har brutt lov om offentlige anskaffelser § 5 om at oppdragsgiver skal opptre i samsvar med god forretningsskikk, jf. også forskriftens §§ 3-1 annet ledd og 16-3 femte ledd, ved å meddele konkurrentenes priser i en konkurranse med forhandling.

Statskog v/Finnmark jordsalgkontor har brutt lov om offentlige anskaffelser § 5, ved ikke å gjøre det klart at erfaring spesielt fra Finnmark ville bli vektlagt.

Statskog v/Finnmark jordsalgkontor har brutt kravet til etterprøvnbarhet i lov om offentlige anskaffelser § 5, ved å ikke gi forklaring på evalueringen av leverandørens formelle kompetanse, og ved å ikke gi en forklaring på evalueringen av kriteriet ”positive referanseklager”.

For klagenemnda, 20. juni 2005

Per Christiansen



Forsiden
Nemndsmedlemmer
Saksbehandling
Regelverk
Innkomne saker
Statistikk
Årsrapporter
Dommer
Søk i avgjorte saker

Avgjorte saker:
[2003](#) [2004](#) [2005](#)

Besøksadresse
H. Heyerdalsgate 1
0033 Oslo

Postadresse
Postboks 8132 Dep
0033 Oslo

Tlf.: 22 33 70 10

Faks: 22 33 70 12

E-post:

postmottak@kofa.no

Avgjorte saker

Innklagede inngikk i 1999 en avtale om ambulansetjenester. Kontrakten hadde fem års varighet, til 2004, og inneholdt en klausul om forlengelse så fremt den ikke ble sagt opp av en av partene. En revidert kontrakt ble inngått i 2004, og innklagede mente det dreide seg om forlengelse. Klagen var rettidig. Klagenemnda fant imidlertid at avtalen var vesentlig endret, og at det dermed dreide seg om en ny avtale. Det var da gjennomført en ulovlig direkte anskaffelse.

Klagenemndas avgjørelse 20. juni 2005 i sak 2005/100

Klager: Valdres Ambulanse

Innklaget: Sykehuset Innlandet HF

Klagenemndas medlemmer: Jens Bugge, Per Christiansen, Andreas Wahl

Saken gjelder: Frist for å klage til klagenemnda. Vesentlig endring av avtale. Ulovlig direkte anskaffelse. Kravet til konkurranse.

Bakgrunn:

(1) Oppland fylkeskommune gjennomførte i 1999 en konkurranse for ambulansekjøring i Valdres. Resultatet av konkurransen var at kontrakt for kjøring ble tildelt Valdres Ambulansetjeneste. Da staten overtok ansvaret for sykehusdriften overtok Sykehuset Innlandet HF (heretter kalt innklagede) kontraktsforpliktelsene fra fylkekommunen.

(2) Kontraktperioden var fra 1. oktober 1999 til 1. oktober 2004. I avtalens punkt 3 het det at "*deretter fornyes avtalen automatisk for ett kalenderår om gangen med mindre en av partene sier den opp skriftlig innen 30. september året før*".

(3) I avtalens kontraktsvilkår stod det følgende om endringer ved redusert/økt aktivitet:

"+/- 3% Medfører ingen regulering av godtgjørelsen

For endringer utover 3% inntil 10% reguleres godtgjørelsen med kr 4 pr/km

For endringer utover 10%, det føres forhandlinger

Kjøring i sekundærområder godtgjøres med kr 3 pr/km"

(4) Godtgjørelse for første driftsår var kr 6.756.685, med et stipulert aktivitetsnivå på 274.000 km.

(5) Høsten 2004 ble avtalen fornyet. Den nye kontrakten inneholder endringer i forhold til kontrakten fra 1999. Godtgjørelsen var økt til kr 16.400.000 per år, basert på et stipulert aktivitetsnivå på 380.000 km. Denne avtalen gjelder fra 1. januar 2005. Kontraktperioden er ikke begrenset, men gir partene rett til å si den opp på 12 måneders varsel.

(6) Kontrakten er undertegnet av Valdres Ambulansetjeneste den 14. oktober 2004 og av innklagede den 19. oktober 2005.

(7) Valdres Ambulans (heretter kalt klager) klaget forholdet inn for klagenemnda. Klagen er datert 15. april 2005 og ble stemplet innkommet hos klagenemnda 20. april 2005.

Anførsler:

Klagers anførsler:

(8) Klager anfører at innklagede har brutt regelverket for offentlige anskaffelser.

(9) I henhold til kontrakten av 1999 skal denne forlenges automatisk dersom den ikke er sagt opp innen 30. september 2004. Den nye avtalen inneholder imidlertid så store endringer i forhold til den gamle avtalen at den må betraktes som en helt ny avtale, som må inngås etter konkurranse. Ny avtale må dermed anses inngått den 19. oktober 2004, den dagen begge parter hadde undertegnet kontrakten. Klagen ble sendt den 15. april 2005, og er dermed rettidig.

(10) Selv om klagenemnda skulle komme til at kontrakt ble inngått allerede 30. september 2004, må likevel en senere dato legges til grunn for klagebehandlingen. Når forlengelse inngås ved passivitet, er det svært vanskelig for andre enn avtalepartene å holde seg orientert.

(11) Når det gjelder sakens materielle spørsmål, strider avtalens varighet mot kravet til konkurranse. I veilederen til forskrift om offentlige anskaffelser heter det blant annet at rammeavtaler ikke bør ha lengre varighet enn tre til fire år. Det vises også til klagenemndas avgjørelse i sak 2004/16 der en opsjonsavtale på opptil åtte år ble funnet å være i strid med lovens krav til konkurranse.

Innklagedes anførsler:

(12) Innklagede bestrider å ha brutt regelverket for offentlige anskaffelser.

(13) Da kontrakten ble kunngjort i 1999 var det fastsatt i kunngjøringsteksten at kontrakten ville kunne bli forlenget ut over femårsperioden. Kontrakten av 1999 inneholdt også en klausul om forlengelse dersom kontrakten ikke ble sagt opp innen 30. september 2004. Kontrakten som ble undertegnet av partene henholdsvis 14. og 19. oktober 2004, ble dermed i realiteten inngått 30. september da ingen av partene hadde sagt opp avtalen.

(14) Klagers anførsel gjelder rammeavtaler. Denne avtalen er imidlertid ingen rammeavtale. Avtale om ambulansetjenester er en slik art at det er normalt med relativt lange kontraksperioder for å skape trygghet for brukerne og forutsigbarhet for utøver og helseforetak. Ambulansevirkosomhet krever betydelige investeringer i kompetanse, utstyr og lokaler.

Klagenemndas vurdering:

(15) Klager anfører at innklagede skulle gjennomført en ny konkurranse og at klager kunne deltatt i denne. Klager har dermed saklig klageinteresse, jf forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6.

(16) I henhold til forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6 må klage fremsettes innen seks måneder etter at kontrakt ble inngått av oppdragsgiver. Avtalen av 1999 inneholdt en klausul om automatisk forlengelse, dersom ingen av partene hadde sagt opp avtalen innen 30. september 2004. Klagenemnda registrerer at stipulert aktivitetsnivå og ikke minst godtgjørelsen er økt med mer enn det som er dekket av endringsklausulene i kontrakten av 1999 (se avsnitt 3 foran). Kontrakten av 2004, slik den er utformet, er dermed ingen ren forlengelse av 1999-kontrakten.

(17) Avgjørende for om klagen er rettidig fremsatt, blir dermed hvilket tidspunkt endringene i avtalen / inngåelse av ny avtale fant sted. Klagenemnda finner å måtte ta utgangspunkt i kontraktssignering, ettersom det ikke er pekt på holdepunkter for noe annet. Innklagede undertegnet kontrakten 19. oktober 2005, og klagenemnda legger til grunn at dette er tidspunktet for avtaleslutningen.

(18) Klagen ble sendt per post og stemplet innkommet hos klagenemnda 20. april 2005. Den må derfor ha vært sendt senest 19. april. Klagenemnda anser dermed klagen for rettidig, jf også domstolovens regler, og klagenemnda tar saken til behandling.

(19) Utarbeidelse av nytt kontraktsdokument med justeringer i forhold til den opprinnelige kontrakten, innebærer ikke i seg selv at ny avtale er inngått. I sak 2004/14 uttalte klagenemnda at først når endringene er vesentlige, skjer det i realiteten en ny tildeling av kontrakt, som må følge regelverket for offentlige anskaffelser. I denne sak innebærer kontrakten av 2004 store endringer i stipulert omfang og ikke minst godtgjørelsen i forhold til den opprinnelige avtalen. Klagenemnda anser disse endringer som så betydelige at avtalen er vesentlig endret. At kontrakten av 1999 inneholdt en reforhandlingsklausul, kan ikke være avgjørende for vurderingene. Innklagede foretok dermed en ulovlig direkte anskaffelse da kontrakten av 2004 ble inngått.

Konklusjon:

Sykehuset Innlandet HF har brutt regelverket for offentlige anskaffelser, herunder kravet til konkurranse i lov om offentlige anskaffelser § 5 og kravet til kunngjøring i forskrift om offentlige anskaffelser § 6-2, ved å tildele en kontrakt uten forutgående konkurranse.

For klagenemnda

20. juni 2005

Per Christiansen



Forsiden
Nemndsmedlemmer
Saksbehandling
Regelverk
Innkomne saker
Statistikk
Årsrapporter
Dommer
Søk i avgjorte saker

Avgjorte saker:

[2003](#) [2004](#) [2005](#)

Besøksadresse

H. Heyerdalsgate 1
0033 Oslo

Postadresse

Postboks 8132 Dep
0033 Oslo

Tlf.: 22 33 70 10

Faks: 22 33 70 12

E-post:

postmottak@kofa.no

Avgjorte saker

I utlysningen av en konkurranse med forhandling var det satt fire virkedagers frist for forespørsel om deltakelse, hvorav bare to virkedager utenom påskeuken. Konkurransen gjaldt anskaffelse som reguleres av forskriftens del I og III. Innklagede ga ingen forklaring på hvorfor fristen var så kort, og klagenemnda fant etter en konkret vurdering at fristen var i strid med kravet til konkurranse i lovens § 5 og forskriftens § 3-1.

Klagenemndas avgjørelse 20. juni 2005 i sak 2005/108

Klager: NPA - Norges Praktiserende Arkitekter

Innklaget: Arendal kommune

Klagenemndas medlemmer: Jens Bugge, Per Christiansen, Andreas Wahl

Saken gjelder: Frist for forespørsel om deltakelse. Kravet til konkurranse

Bakgrunn:

(1) Arendal kommune (heretter kalt innklagede) kunngjorde 21. mars 2005 en konkurranse med forhandling for arkitektarbeid og prosjektering for totalentreprise ved bygging av en skole. Frist for forespørsel om deltakelse var satt til 30. mars 2005, som var onsdagen etter påske. Det var tilstrekkelig med en henvendelse til innklagede for å få utlevert konkurransegrunnlag. Innklagede hadde ført opp postboks, telefonnummer, telefaksnummer og e-postadresse for mottak av forespørsel om deltakelse.

(2) Norges praktiserende arkitekter (heretter kalt klager) har brakt saken inn for klagenemnda.

Anførsler:

(3) Klager anfører at fristen for forespørsel om deltakelse var for kort. Den

21. mars var mandag i påskeuken. Med fratrekk av fire helligdager og én lørdag, var fristen dermed bare fire virkedager. I tillegg må det tas i betraktning at mange bedrifter holder stengt hele påskeuken, slik at det i praksis bare var tirsdag 29. mars og onsdag 30. mars som var reelle virkedager. Klager har en mistanke om at offentlige oppdragsgivere spekulerer i korte tidsfrister i for å kunne tilgodese lokale tilbydere. Så korte frister er etter klagers mening i strid med kravet til konkurranse i lovens § 5.

(4) Innklagede bestrider klagers anførsler og anfører at den tidsfristen som påklages, utelukkende er en frist for forespørsel om deltakelse for å få tilsendt konkurransegrunnlag. Dette krevde ingen forberedelse fra tilbyderne, og forespørsel kunne rettes elektronisk, per telefon eller telefaks. Regelverket fastsetter ingen konkrete krav til frister i dette tilfellet, og innklagede bestrider at denne fristen skal ha vært i strid med kravet til konkurranse. Innklagede kan heller ikke se at dette kan ha favorisert lokaleleverandører.

Klagenemndas vurdering:

(5) Klager er en bransjeorganisasjon som representerer aktuelle leverandører, og har saklig klageinteresse. Klagen er rettidig. Partene synes enige om at anskaffelsen reguleres av forskrift om offentlige anskaffelser del I og III, og klagenemnda legger dette til grunn.

(6) Det påklagede forhold gjelder en frist for å fremsette forespørsel om utlevering av konkurransegrunnlag. Forespørselen kunne fremsettes per telefon, telefaks, e-post eller post, og det skulle ikke gis noen dokumentasjon sammen med forespørselen. Forespørselen bestod dermed utelukkende i en henvendelse til innklagede.

(7) For anskaffelser som reguleres av del II i forskrift om offentlige anskaffelser er det satt en minstefrist på 37 dager for forespørsel om å delta i en konkurranse, jf §§ 7-2 og 7-3, mens fristen er 15 dager i hastetilfeller, jf § 7-4. Slike minstefrister er ikke fastsatt for anskaffelser som følger forskriftens del III. Utgangspunktet er da at oppdragsgiver må stå fritt ved fristfastsettelsen, innenfor de grunnleggende krav til konkurransen, jf lov om offentlige anskaffelser § 5, forskriftens § 3-1 og det alminnelige krav om at konkurransevilkår som fastsettes av oppdragsgiver skal være saklig begrunnet.

(8) I klagenemndas sak 2003/108 var fristen for forespørsel om deltakelse i en tilsvarende konkurranse fire dager, slik som i vår sak. Klagenemnda uttalte:

"Klagenemnda vil når noe bestemt krav til fristen lengde ikke følger av regelverket, være tilbakeholden med å overprøve oppdragsgivers skjønn med hensyn til hvilken frist som i den foreliggende situasjon måtte anses nødvendig og hensiktsmessig.

Innklagede har pekt på at arbeidet er sesongbetont og væravhengig, og at det derfor er et ønske om å unngå anmodninger fra leverandører om utsettelse av tilbudsfristen som følge av at de har mottatt konkurransegrunnlag sent. Det er således gitt en saklig grunn for fristfastsettelsen.

Klager har ikke anført noen grunn til at han ikke kunne rekke å overholde fristen. Det er heller ikke vist til at andre leverandører ikke har deltatt i konkurransen på grunn av for kort frist. Fristen antas derfor, basert på de fremlagte opplysninger, ikke å ha vært egnet til å virke begrensende på konkurransen."

(9) Klagenemnda la således i sak 2003/108 opp til en konkret vurdering av fristens lengde. Klagenemnda finner at en frist på fire virkedager for å fremme

en forespørsel om deltakelse må sies å representere et grensetilfelle. I den foreliggende sak må det tas i betraktning at fristen delvis løp i påskeuken, når det er påregnelig at mange bedrifter avvikler ferie. Innklagede har ikke gitt noen forklaring på hvorfor fristen ble satt så kort, og klagenemnda finner at en frist på totalt fire dager, hvorav bare to utenfor påskeuken, i dette tilfellet var i strid med kravet til konkurranse, jf lovens § 5 og forskriftens § 3-1.

Konklusjon:

Arendal kommune har brutt lov om offentlige anskaffelser § 5 og forskrift om offentlige anskaffelser § 3-1 ved å sette utilstrekkelig frist for forespørsel om deltakelse i en konkurranse.

For klagenemnda,

20. juni 2005

Jens Bugge



Forsiden
Nemndsmedlemmer
Saksbehandling
Regelverk
Innkomne saker
Statistikk
Årsrapporter
Dommer
Søk i avgjorte saker

Avgjorte saker:
[2003](#) [2004](#) [2005](#)

Besøksadresse
H. Heyerdalsgate 1
0033 Oslo

Postadresse
Postboks 8132 Dep
0033 Oslo

Tlf.: 22 33 70 10

Faks: 22 33 70 12

E-post:

postmottak@kofa.no

Avgjorte saker

Saken gjelder prekvalifisering i forbindelse med gjennomføring av konkurranse med forhandling for et felles, digitalt nødnett for brannvesen, politi og helsevesen. Klagenemnda kom til at innklagede ikke hadde vært forpliktet til å gjøre en evalueringsmodell fastsatt samme dag som søknadsfristens utløp, kjent for leverandørene. Det ble ikke avdekket brudd på regelverket ved vurderingen av leverandørenes kvalifikasjoner.

Klagenemndas avgjørelse 20. juni 2005 i sak 2005/115

Klager: Nordisk Mobiltelefon AS

Innklagede: Justisdepartementet

Klagenemndas medlemmer: Andreas Wahl, Jens Bugge, Per Christiansen

Saken gjelder: Krav til leverandørenes kvalifikasjoner, prekvalifisering

Sakens bakgrunn:

(1) Justisdepartementet (heretter kalt innklagede) kunngjorde 15. desember 2004 en konkurranse med forhandling for levering av et felles, digitalt nødnett for brannvesen, politi og helsevesen. Konkurransen var foranlediget av et stortingsvedtak hvor behovet for et slikt felles nett ble gitt tilkjenne.

(2) Den 3. januar 2005 offentliggjorde innklagede kvalifikasjonsgrunnlaget for konkurransen. Frist for søknad om deltakelse ble satt til 21. februar 2005.

(3) I kvalifikasjonsgrunnlagets punkt 7.1 ble kravene for deltakelse i konkurransen fremstilt slik:

"The pre-qualification evaluation will be based on the criteria listed in Section 7.2 (General Criteria) and Section 7.3 (Absolute Minimum Requirements) and Section 7.4 (Relative Minimum Requirements). Candidates who do not meet the absolute minimum requirements, will be rejected. The authority will have the right, but no obligation, to reject Candidates based on the Relative Minimum Requirements."

(4) De generelle kravene til leverandørens kvalifikasjoner ble presisert på

denne måten:

"All the Candidates that wish to qualify for participation in the competition must document technical skills, professional experience within the ICT sector and sufficient financial strength and solidity. The same level of documentation as required in respect of a Single bidder will be required in respect of the Lead Member and Primary Member in case of a Candidate consisting of more than one supplier...In the questionnaire there are detailed questions related to formal criteria with respect to financial robustness, technical skills and professional capabilities in general."

(5) I tillegg til ovennevnte krav knyttet til leverandørens finansielle og økonomiske evne ble det i de generelle kravene forutsatt at hvert medlem av en kandidat kunne vise til tidligere sammenlignbare prosjekter.

(6) Under beskrivelsen av konkurransens relative krav til kvalifikasjoner fremgikk det at leverandørene måtte dokumentere følgende:

"Implementation of at least one (1) multi-switch digital radio communication network consisting of at least 400 base station sites to a customer during the last 5 years.

Its responsibility for coverage criteria, including geographical coverage and capacity, used in the network(s) referred to above.

Delivery of large-scale public safety radio communication networks to customers within the field of police, fire brigades and health organisations.

At least one delivery in co-operation with a supplier of integrated communication control systems for control rooms...

Its operation and maintenance concept to customers, and the delivery of such services to customers in Europe."

(7) Fire leverandører søkte om prekvalifisering, herunder Nordisk Mobiltelefon AS (heretter kalt klager). Klager oppfylte etter innklagedes vurdering, ingen av de relative kravene.

(8) Innklagede utarbeidet en modell for evaluering av kvalifikasjonskravene, hvor kravene ble vektet. Modellen ble endelig godkjent 21. februar 2005. Denne modellen ble ikke gjort kjent for leverandørene.

(9) I brev datert 21. mars 2005 ble klager informert om at selskapet som eneste leverandør, ikke oppfylte kvalifikasjonskravene for deltakelse i konkurransen, og at søknaden om deltakelse derfor måtte avvises. Følgende begrunnelse ble gitt for avvisningen:

"The basis for the rejection is NMAS' non-compliance with the financial requirements, lack of experience with public safety network deliveries and the large element of risks connected to the candidate."

(10) Innklagede har for klagenemnda opplyst følgende om vurderingen av risiko knyttet til leverandørens kvalifikasjoner:

"Grunnen til at dette behandles som et eget punkt i Evalueringsrapporten er at det ikke finnes noen identifiserte risikoelementer når evalueringen starter. Hvert enkelt krav blir evaluert og får en score avhengig av hvor godt det er oppfylt. Hvis den som evaluerer kravet oppfatter kandidatens svar som ufullstendig eller at det er noen forhold ved besvarelsen som bidrar til en viss usikkerhet, så vil kravet bli evaluert slik leverandøren prøver å fremstå (ikke noe fratrukk i score), samtidig som det blir flagget risiko på det konkrete kravet sammen med en beskrivelse av hva usikkerheten består i. Under evalueringen skal evalueringsteamet dermed vurdere risikoens sannsynlighet og konsekvens. For å få etablert en felles forståelse for risiko er følgende gradering benyttet: Høy,

middels, Lav og ingen konsekvens.”

Klager har i det vesentlige anført:

(11) Innklagede har brutt regelverket for offentlige anskaffelser.

(12) Det forelå ingen plikt til å avvise klager.

(13) De generelle kravene kan etter en tolkning av kvalifikasjonsgrunnlaget, ikke anses som absolutte minstekrav. De kravene klager ikke oppfyller, er generelle krav, og innklagede hadde dermed en rett, men ikke en plikt til å avvise klager. Taushet i kvalifikasjonsgrunnlaget kan ikke tas til inntekt for at de generelle kravene skal vurderes som absolutte. Siden klagers tilbud er nyskapende og fordelaktig for innklagede, burde innklagede anvendt sin mulighet til å la klager delta i konkurransen.

(14) Kvalifikasjonskravene som er benyttet, er i strid med kvalifikasjonsgrunnlaget og anskaffelsesforskriften § 5-5. Kravene sikrer ikke likebehandling og teknologinøytralitet, slik som forutsatt av Stortinget. Kvalifikasjonskravene er uegnet på et teknologisk område som dette, og de utelukker leverandører med nye tekniske løsninger. Formålet med anskaffelsesprosessen og prekvalifiseringen ville gjort det mulig å forskjellsbehandle søkere slik at klager kunne få delta videre.

(15) Siden samtlige leverandører på ulike måter representerer spesifikke teknologier, kan leverandør og tilbud ikke vurderes atskilt. Klager er et nystartet telekom operatørselskap, men tilbyr fullt konkurransedyktige løsninger. Innklagede har unnlatt å vurdere klagers tilbudte løsning, og dette strider mot kravet til likebehandling.

(16) Kvalifikasjonskravene gjør det umulig for nyetablerte leverandører å delta i konkurransen. Denne konkurransebegrensningen strider mot regelverkets grunnleggende krav.

(17) De kvalifikasjonskrav innklagede har anvendt, har ikke i tilstrekkelig grad ivaretatt formålet med anskaffelsen og de overordnede hensyn fastlagt av Stortinget. Kvalifikasjonskravene slik de er fastsatt, ekskluderer klager som leverandør slik at innklagede ikke får mulighet til å vurdere klagers fordelaktige tilbud. På det tidspunktet tilbudene skal vurderes, vil klager kunne vise til erfaringer knyttet til et telenett i drift.

(18) Kvalifikasjonsgrunnlaget la ikke opp til en vurdering av "risiko". Innklagede hadde følgelig ikke anledning til å legge vekt på risikoelementet i vurderingen av klagers kvalifikasjoner.

(19) Innklagede fastsatte kriterier for skjønnsutøvelsen før fristen for å innlevere søknad om prekvalifisering løp ut. Disse kriteriene skulle derfor vært gjort kjent for leverandørene. Klager ville ikke deltatt i konkurransen om kriteriene var kjent.

(20) Klagenemnda bes uttale seg om erstatningsspørsmålet.

Innklagede har i det vesentlige anført:

(21) Innklagede bestrider å ha brutt regelverket for offentlige anskaffelser.

(22) Kvalifikasjonsgrunnlaget gir ingen opplysninger om hva som skjer når de

generelle kravene ikke oppfylles. Regelverket for offentlige anskaffelser må derfor legges til grunn, og de generelle kravene må vurderes som ordinære kvalifikasjonskrav. Klager oppfylte ikke de generelle kravene for deltakelse i konkurransen og måtte følgelig avvises, jf forskriftens § 8-12 (1) bokstav a.

(23) Kvaliteten på de tilbudte løsninger skal vurderes i tildelingsfasen og skal ikke tillegges vekt i vurderingen av leverandørens kvalifikasjoner. Klagers anførsler knyttet til eget tilbud er derfor irrelevante. Slik konkurransen er lagt opp, skal kvalifikasjonene vurderes før tilbud inngis. Innklagede hadde derfor ikke anledning til å legge vekt på at klager på et senere tidspunkt vil kunne oppfylle enkelte kvalifikasjonskrav.

(24) Årsaken til at klager fikk dårlig uttelling på de generelle kravene, var at klager ikke oppfylte kravene som ble stilt til "lead member".

(25) Klagers firma har i seg selv ikke den nødvendige økonomiske styrke, og har heller ikke kunnet stille noen morselskapsgaranti. Dette innebærer en stor risiko for oppdragsgiver, og er ikke tilstrekkelig til at klager oppfyller kravene stilt til økonomisk stilling.

(26) Klager har ingen referanser fra sammenlignbare leveranser og oppfyller følgelig ikke dette kravet.

(27) Det ville vært i strid med likebehandlingskravet å se bort fra den mangelfulle oppfyllelsen av kvalifikasjonskravene.

(28) Risiko er ikke et eget kvalifikasjonskrav, men risikoelementer identifisert under de enkelte kvalifikasjonskravene ble samlet i et eget kapittel. Dette handler kun om organisering av vurderingen, og nye momenter er ikke trukket inn. I klagers søknad om prekvalifisering er det identifisert 31 risikoelementer. Hele 14 av disse må regnes som høyrisikoelementer. Den nest dårligste aktørens tilsvarende antall var 13 risikoelementer, hvorav ett i kategorien høy og ett i medium.

(29) Denne konkurransen stiller strenge krav til leverandørens prestasjoner. Økonomiske kontraktsbruddssanksjoner er i liten grad tilfredsstillende da menneskeliv kan gå tapt ved mangelfull ytelse. Innklagede mener derfor at det var maktpåliggende å stille strenge krav til leverandørens kvalifikasjoner.

(30) Det er korrekt at den nærmere modellen for evaluering av om kvalifikasjonskravene var oppfylt, ble utarbeidet i perioden før fristen for søknad om prekvalifisering. Vektingen ble imidlertid avgjort først etter utsendelse av kvalifikasjonsgrunnlaget. Innklagede var følgelig ikke forpliktet til å offentliggjøre disse opplysningene. Kravene ble ikke endret underveis i prosessen, og vurderingen av kravene ligger innenfor innklagedes innkjøpsfaglige skjønn.

Klagenemndas vurdering:

(31) Klager har deltatt i konkurransen og har saklig klageinteresse, jf forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Anskaffelsen følger etter sin art og verdi reglene i forskrift om offentlige anskaffelser del II, jf forskrift om offentlige anskaffelser § 2-2.

Plikten til å offentliggjøre modellen for evaluering av kvalifikasjonskravene

(32) Klagenemnda oppfatter innklagedes fremstilling slik at innklagede har evaluert leverandørens kvalifikasjoner på grunnlag av en modell med vekting av de ulike kravene. Det er opplyst at denne modellen ble endelig godkjent 21. februar 2005, samme dag som fristen for å søke om prekvalifisering løp ut. Det følger av kravet til forutberegnelighet at når oppdragsgiver på forhånd har fastsatt en vekting av kvalifikasjonskravene, skal denne gjøres kjent for

leverandørene. I denne saken ble imidlertid ikke evalueringsmodellen endelig fastsatt før samme dag som søknadsfristen løp ut, og en eventuell fremleggelse etter dette tidspunkt ville ikke hatt betydning for leverandørenes mulighet til å forutse utfallet av prekvalifiseringen. Klagenemnda finner derfor at innklagede ikke var forpliktet til å gjøre modellen for kvalifikasjonsvurderingen kjent for leverandørene.

Vurderingen av leverandørenes kvalifikasjoner

(33) Regelverket for offentlige anskaffelser legger opp til at leverandørenes skikkethet til deltakelse i konkurransen skal vurderes på grunnlag av deres kvalifikasjoner, og anerkjenner følgelig denne begrensningen av konkurransen. Vurderingen av leverandørenes kvalifikasjoner skal foretas uten at det tas hensyn til leverandørenes tilbud.

(34) Kravet til likebehandling forutsetter videre at kvalifikasjonskravene vurderes på samme måte overfor samtlige leverandører i konkurransen. Regelverket åpner følgelig ikke for at kvalifikasjonskravene anvendes lempeligere overfor enkelte leverandører.

(35) Formålet med en kvalifiseringsfase er å bringe på det rene hvilke leverandører som har de nødvendige kvalifikasjoner til å utføre ytelsen kontraktmessig. Selv om det opereres med enkelte "relative kvalifikasjonskrav", må utgangspunktet være at kravene som stilles i kvalifikasjonsgrunnlaget skal være oppfylt ved kvalifikasjonsvurderingen. Sett i lys av formålet med kvalifikasjonsfasen og de krav til leverandørenes kvalifikasjoner som er listet opp i forskrift om offentlige anskaffelser §§ 5-10 og 5-11, kan det ikke fremstå som uventet at en manglende oppfyllelse av de generelle kravene til deltakelse innebærer at leverandøren ikke anses kvalifisert. Innklagede må dermed anses for å ha hatt en plikt til å avvise leverandører som ikke oppfylte de generelle kravene, jf forskrift om offentlige anskaffelser § 8-12 (1) bokstav a.

(36) Oppdragsgiver har en betydelig skjønnsfrihet med tanke på hvor strenge krav som skal stilles til leverandørenes kvalifikasjoner for å skape sikkerhet for kontraktmessig oppfyllelse. Klagenemnda har ikke grunnlag for å fastslå at kvalifikasjonskravene i denne konkurransen har vært stilt uforholdsmessig høyt.

(37) I den konkrete vurderingen av leverandørenes kvalifikasjoner må oppdragsgiver tillegges en betydelig frihet. All den tid risiko ble vurdert på grunnlag av etterspurt dokumentasjon, finner ikke klagenemnda at innklagedes fremgangsmåte er i strid med regelverket.

Konklusjon:

Justisdepartementet har ikke brutt regelverket for offentlige anskaffelser ved å avvise Nordisk Mobiltelefon AS som deltaker i konkurransen om levering av nødnett.

For klagenemnda,

20. juni 2005

Andreas Wahl



Forsiden
Nemndsmedlemmer
Saksbehandling
Regelverk
Innkømne saker
Statistikk
Årsrapporter
Dommer
Søk i avgjorte saker
Avgjorte saker:
[2003](#) [2004](#) [2005](#)

Besøksadresse
H. Heyerdalsgate 1
0033 Oslo

Postadresse
Postboks 8132 Dep
0033 Oslo

Tlf.: 22 33 70 10

Faks: 22 33 70 12

E-post:

postmottak@kofa.no

Avgjorte saker

Innklagede kunngjorde en åpen anbudskonkurranse om kjøp av filtermateriale til en rensepark. I kunngjøringen ble det stilt minimumskrav til produktet som skulle anskaffes. Innklagede brøt regelverket ved ikke å avvise valgte leverandør, til tross for at det tilbudte produktet avvek fra minimumskravene.

Klagenemndas avgjørelse 20. juni 2005 i sak 2005/135

Klager: Franzefoss AS

Innklaget: Ski kommune

Klagenemndas medlemmer: Jens Bugge, Per Christiansen, Andreas Wahl

Saken gjelder: Avvisning som følge av avvik. Tildelingskriterier.

Sakens bakgrunn:

(1) Ski kommune (heretter kalt innklagede) kunngjorde 17. januar 2005 en åpen anbudskonkurranse om kjøp av filtermateriale til Blåveisbekken Rensepark. Det ble ikke utarbeidet noe konkurransegrunnlag, da innklagede mente at all relevant informasjon fremgikk av kunngjøringen.

(2) Kunngjøringens punkt II.1.6 Beskrivelse/kontraktens gjenstand lød slik:

"Kalkstein-/skjellsandfilter til rensepark i bekk med kloakkpåvirket vann. Filteret er ett oppstrømsfilter med volum på 400m³. Filteret skal ha følgende kvalifikasjoner, og må dokumenteres av leverandør: porøsitet på 30 – 40 %, permabiliteten på minimum 0,001 m/s, fosfor-bindings-kapasitet på minimum 2-3 gP/kg materiale. Dimensjonerende vannføring er 85 l/s, mens midlere vannføring er 35 l/s. Kontakttiden ved dimensjonerende vannføring (85 l/s) er på 25 minutter. Vannets innhold av fosfor, målt som totalt reaktivt fosfor (TRP=andelen løst biotilgjengelig fosfor) er TRP_{midl} = 140 µgTRP/l, med laveste fosforverdi på 60 µgTRP/l, og høyeste på 350 µgTRP/l. Leverandøren skal dokumentere at kalkstein-/skjellsandmaterialet har fosfor-bindings-kapasitet og renseseffekt, samt porøsitet og permeabilitet som beskrevet over. Laboratorietester utført av Jordforsk i Ås gjelder som dokumentasjon. Ski kommune har avtale med Jordforsk om å foreta egnede labtester av materialet. Det må sendes inn minimum 500 g prøvemateriale til hver enkelt test. Analyseresultatet vil foreligge innen 14 dager. Kostnadene til testen(e) må leverandøren bekoste selv. Kostnadene for en enkelt prøve er: 8 timer å kr. 750,-. Hvis flere prøver kommer det ett tillegg på 2 timer per prøve. For ytterligere opplysninger om analyseringen kontakt Trond Mæhlum på Jordforsk tlf.: 64 94 81 00. PRØVEMATERIALET MÅ SENDES INN TIL Jordforsk INNEN

11.02.05. ADRESSE: JORDFORSK v/Trond Mæhlum, FREDERIK A. DAHLSVEI 20, 1432 ÅS."

(3) Innklagede oppga å skulle velge det økonomisk mest fordelaktige tilbudet basert på følgende tildelingskriterier i uprioritert rekkefølge: "1. Pris, 2. Kvalitet, 3. Dokumentasjon lab-test, 4. Leveringsdato, 5. Leveringssikkerhet". Det ble oppgitt at det ikke var anledning til å inngi alternative tilbud.

(4) I alt tre leverandører leverte inn tilbud, herunder Franzefoss AS (heretter kalt klager) og Einar Øgrey Skjellsand AS. I brev til klager datert 11. april 2005, skrev innklagede:

"Alle tre leverandørene tilfredsstillere de krav som er satt i utlysningen. Det er krav om at filtermaterialet må ha porøsitet på 30-40%, permeabilitet $\geq 0,001$ m/s og fosforbindingskapasitet på minimum 2-3 gP/kg materiale for de gitte betingelsene.

Firmaet Einar Øgrey Skjellsand AS er valgt på grunnlag av resultatene fra analysen som ble utført av Jordforsk. Analyseresultatene viser at skjellsanden har størst kapasitet til å binde fosfor ved lave fosforkonsentrasjoner og ved kort kontaktid. Prismessig ligger de lavest, ca 33 % lavere enn nummer to."

(5) I anbudsprotokollen datert 12. april 2005, står det under deloverskriften "kvalitet/ dokumentasjon lab-test":

"Vi ser at Skjellsand har god renseeffekt ved lave fosforkonsentrasjoner og ved kort oppholdstid. Over 60 % renseeffekt for alle inngangskonsentrasjonene. Materialet ligger noe under kravet for fosforbindingskapasitet."

(6) I brev fra klager til innklagede datert 18. april ble avgjørelsen påklaget. I brev til klager fra innklagede datert 22. april 2005 står det blant annet:

"Fosforbindingskapasitet er en parameter som sier noe om utskiftningshyppigheten av filteret (som har økonomisk konsekvens), og sier ingenting om renseeffekten (% reduksjon) for fosfor i vannet som strømmes gjennom filteret. Av hensyn til rensingen av filteret er ikke fosforbindingskapasitet alene tilstrekkelig for å velge filtermaterialet i en konkret situasjon.

Kravet til renseeffekt er ikke oppgitt da det er dette vi ønsker svar på. Det var ikke grunnlag for å sette eksakt krav for renseeffekt for filtermaterialet i forespørselen siden testing på lave fosforkonsentrasjoner ikke er gjort i Norge.

Porøsitet og permeabilitet er fysiske kvaliteter som skal sikre vanngjennomgang og oppholdstid i filteret.

[...]

Vi vil også påpeke at forespørselen ikke sier noe om at avvik fra oppgitte krav

for fosforbinding innebærer automatisk forkastelse av leverandør. Det står heller ikke at minimum fosforbinding på 2-3 gP/kg er absolutt.

Foretar man en vekting av alle materialer i forhold til pris, fosforbindingskapasitet og renseeffekt vil materialet fra Einar Øgrey Skjellsand AS (Øgrey) komme best ut. Franzefoss Kalk AS kommer bedre ut på fosforbinding enn Øgrey, mens Øgrey kommer best ut på pris og renseeffekt. I sum har Øgrey gitt det beste tilbudet."

Klager har i det vesentlige anført:

(7) Innklagede har valgt et tilbud som skulle vært avvist. Innklagede oppstilte i kunngjøringen flere absolutte kriterier knyttet til produktene som skulle leveres, jf formuleringen "skal ha følgende kvalifikasjoner" som "må dokumenteres". Det var oppstilt et minimumskrav om "fosforbindingskapasitet på minimum 2-3 gP/kg materiale". Det valgte tilbudet hadde ikke en fosforbindingskapasitet som svarte til minimumskravet.

(8) Mulighetene for å inngi tilbud som avviker fra konkurransegrunnlaget, eller må anses som alternative løsninger, er nærmere regulert i § 15-6. I vårt tilfelle fremgår det av kunngjøringen at det ikke var anledning til å inngi alternative tilbud.

(9) Hvis det innleveres tilbud som avviker fra konkurransegrunnlaget, skal disse avvises etter reglene i forskriftens § 15-10 (1) bokstav c). Det fremgår her at et tilbud skal avvises når det inneholder et avvik fra konkurransegrunnlaget som er i strid med reglene i § 15-6. Bestemmelsen er en obligatorisk avvisningsgrunn. Det er på det rene at valgte leverandørs tilbud skulle vært avvist. Klager skulle vært tildelt kontrakten.

(10) Innklagede har anvendt tildelingskriterier som ikke var oppført i kunngjøringen. Kunngjøringen oppstilte ikke noen bestemte krav om binding av fosfor ved lave fosforkonsentrasjoner eller ved kort kontaktid. Dette ble likevel avgjørende for konkurransen. Forutsetningen i konkurransegrunnlaget var at produktene skulle tilfredsstillende de oppstilte minimumskravene, og at dette skulle dokumenteres av leverandør og verifiseres av Jordforsk. Det fremgår ikke av konkurransegrunnlaget at Jordforsk skulle foreta en mer overordnet vurdering av hva de mener er det beste produktet, og la dette bli avgjørende for utfallet av konkurransen.

(11) Innklagede har brutt forskriftens formkrav knyttet meddelelse av kontraktstildeling ved ikke å oppgi klagefrist.

(12) Det bes om at klagenemnda uttaler seg om vilkårene for erstatning kan foreligge.

Innklagede har i det vesentlige anført:

(13) Innklagede bestrider å ha brutt regelverket om offentlige anskaffelser.

(14) Valgte leverandørs tilbud står klart sterkest på tildelingskriteriet pris. For å vurdere kvaliteten/ dokumentasjon ved lab-test på produktet ble kravene i kunngjøringens punkt II.1.6 vurdert. Hele beskrivelsen og alle krav som ble beskrevet i dette punktet ble vurdert for hver enkelt tilbyder. I punkt II.1.6 beskrives 4 dokumentasjonskrav: porøsitet, permeabilitet, fosforbindingskapasitet og renseeffekt for et vann som inneholder 60-350 µg TRP/l (som er lavt fosforinnhold) og som har kort oppholdstid (25 minutter) i rensedammen. Det er ikke oppgitt vekting av kravene. Valgte leverandør stryker på kravet om 2-3 gP/kg materiale. I vurderingen av renseeffekten (krav 4)

oppnådde klager en renseeffekt på under 20 % mens valgte leverandør oppnådde en renseeffekt på 62-94 %. Valgte leverandør kom dårlig ut på fosforbindingskapasitet, men hadde betydelig bedre resultat for renseeffekt i forhold til sine konkurrenter. Renseeffekten er et betydelig vektlagt kriterium.

(15) Produktet skal brukes i en rensedam for å filtrere bort fosfor, som er en forurensningskomponent fra avløpsnett. Å legge et filtermateriale inn i en naturbasert rensedam er det lite erfaring med her i landet og ellers i Europa, og det er derfor et foregangsprosjekt.

(16) Filteret må ha en akseptabel levetid og renseeffekt for fosfor. Det ble derfor stilt krav i forhold til kvalitet på produktet. Kvaliteten skulle dokumenteres i form av en laboratorietest. Hele testen gjelder, og ikke bare resultater fra én parameter.

(17) Fosforbindingsfaktoren kan ikke ses på som absolutt, da det er angitt som 2-3, og fordi det ikke er faglig forsvarlig å bestemme materialets beskaffenhet/ kvalitet kun ut fra en parameter. Man må vurdere ut fra alle parameterne i lab-testen.

(18) Leverandørene skal kjenne sitt produkt, produktets bruksområde, og hva man skal oppnå i en rensedam. De bør derfor vite at fosforbindingsfaktoren ikke er den eneste som er bestemmende for valg av materiale.

(19) For å ha tilfredsstillende gjennomstrømning i filteret ble det stilt tallfestede krav til porøsitet og permeabilitet. Det er også stilt krav om fosforbindingskapasitet med tanke på levetiden (utskiftningshyppigheten) på filteret. Det ble opplyst hvilke forhold materialet skal fungere i, som vannføring, oppholdstid og fosforkonsentrasjoner. Disse parametrene er avgjørende for effektiviteten til filtermaterialet.

(20) Lab-testene viser at valgt leverandør ikke oppnår 2-3 gP/kg materiale i fosforbindingskapasitet. Valgt leverandør oppnår veldig gode resultater for renseeffekt for renseeffekt (60-94 %) som det også stilles krav om å dokumentere. Klagers materiale tilfredsstiller kravet til fosforbindingskapasitet, men oppnår langt fra så god renseeffekt (mindre enn 18 %) som valgt leverandør.

(21) Prismessig ligger valgt leverandør over 70 % lavere enn klagers tilbud. Prisforskjellen tilsier at innklagede kan skifte ut valgte leverandørs materiale 2,5 ganger for prisen av klagers tilbud. Innklagede skal velge det økonomisk mest fordelaktige tilbudet. Skulle innklagede velge klagers materiale, vil ikke vannet bli renset tilfredsstillende. Vannet renner videre ned til en drikkevannskilde når det er renset i dammen.

(22) Valg av materiale ble ikke foretatt kun med bakgrunn i at materialet tilfredsstiller kravet til fosforbindingskapasitet, spesielt ikke når prisen er så høy. Driftskostnadene blir høye, og innklagede får ikke det økonomisk mest fordelaktige tilbudet.

(23) Hvis innklagede skal se så spissfindig på paragrafene, vil man komme ut med et produkt som ikke er egnet.

Klagenemndas vurdering:

(24) Klager har deltatt i konkurransen og har saklig klageinteresse, jf. forskrift om klagenemnd om offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig.

Avvisning

(25) Kunngjøringens punkt II.1.6 lyder: "*Filteret skal ha følgende kvalifikasjoner, og må dokumenteres av leverandør: [...] fosforbindingskapasitet*

på minimum 2-3 gP/kg materiale. [...]Leverandøren skal dokumentere at kalkstein-/skjellsandmaterialet har fosfor-bindings-kapasitet [...] som beskrevet over."

(26) Valgte leverandørs tilbud hadde en fosforbindingskapasitet på 1,7 gP/kg materiale, mao lå det under det i kunngjøringen angitte nivå.

(27) Kunngjøringen oppga at det ikke var anledning til å inngi alternative tilbud. Innklagede har således utelukket muligheten til at leverandørene skal kunne levere tilbud som tilfredsstillende nærmere angitte funksjonskrav til filtermaterialet på en annen måte enn innklagedes angivelse.

(28) Klagenemnda antar under henvisning til tidligere praksis at et tilbud med vesentlig avvik fra konkurransegrunnlaget, må avvises ut fra kravet til likebehandling i lovens § 5. Spørsmålet er om den manglende fosforbindingskapasiteten utgjorde et vesentlig avvik, slik at innklagede pliktet å avvise tilbudet, eller om avviket var ubetydelig.

(29) Kravet til fosforbindingskapasitet på minimum 2-3 gP/kg materiale må forstås som et av tre konkrete minimumskrav til produktet som skal anskaffes. Valgte leverandørs tilbud hadde en fosforbindingskapasitet på 1,7 gP/kg materiale, hvilket således utgjør et avvik fra konkurransegrunnlaget. Leverandørene skal kun levere ett produkt, og hele valgte leverandørs tilbud berøres således av avviket. Dette i motsetning til klagenemndas sak 2003/219, som gjaldt en omfattende og sammensatt anskaffelse, der klagenemnda fant at avviket var ubetydelig ettersom kun enkelte av en mengde tilbudte produkter ikke oppfylte de forespurte kjerneegenskapene.

(30) Det kan ikke utelukkes at andre leverandører kunne tilbudt andre konkurransedyktige materialer, dersom de ikke måtte forholde seg til det oppstilte minimumskravet for fosforbindingskapasitet. Den valgte leverandørens tilbud skulle således vært avvist ut fra kravet til likebehandling i lovens § 5.

Tildelingskriteriene

(31) Klager har videre anført at innklagede har anvendt tildelingskriterier som ikke var oppført i kunngjøringen, ved å se hen til krav om binding av fosfor ved lave fosforkonsentrasjoner og ved kort kontakttid.

(32) Innklagede har vist til at kunngjøringens angivelse av fosforverdi på 60-350 µgTRP/l betyr det samme som lavt fosforinnhold og at angivelsen av kontakttid på 25 minutter regnes for kort kontakttid. Det må således være korrekt å legge disse forholdene til grunn ved vurderingen av de tilbudte produktenes kvalitet. Klagenemnda finner ikke at innklagede har anvendt andre tildelingskriterier enn de som var oppgitt i kunngjøringen.

Klagefrist

(33) Uavhengig av manglende angivelse av klagefrist, har klager faktisk innlevert en klage og fått denne behandlet før innklagede har inngått kontrakt. Klagenemnda finner ikke grunn til å komme inn på om regelverket er brutt, da en eventuell feil på dette punktet uansett ikke har fått betydning for klager.

Konklusjon:

Ski kommune har brutt kravet til likebehandling i lovens § 5 ved ikke å avvise valgte leverandørs tilbud.

For klagenemnda, Oslo 20. juni 2005

Andreas Wahl



Forsiden
Nemndsmedlemmer
Saksbehandling
Regelverk
Innkomne saker
Statistikk
Årsrapporter
Dommer
Søk i avgjorte saker

Avgjorte saker:
[2003](#) [2004](#) [2005](#)

Besøksadresse
H. Heyerdalsgate 1
0033 Oslo

Postadresse
Postboks 8132 Dep
0033 Oslo

Tlf.: 22 33 70 10

Faks: 22 33 70 12

E-post:
postmottak@kofa.no

Avgjorte saker

Saken gjaldt avvisning av tilbud. Klagenemnda kom til at klagers tilbud var mangelfullt merket, og at innklagedes avvisning var i tråd med forskrift om offentlige anskaffelser § 8-10 (1) bokstav b. Deler av tilbudet var også oversendt pr e-post uten at det i konkurransegrunnlaget ble åpnet for dette, og klagenemnda bemerket at dette utgjorde et selvstendig avvisningsgrunnlag.

Klagenemndas avgjørelse 16. juni 2005 i sak 2005/151

Klager: Promitek AS

Innklagede: Forsvarsbygg

Klagenemndas medlemmer: Andreas Wahl, Inger Marie Dons Jensen, Kai Krüger

Saken gjelder: Avvisning av tilbud

Sakens bakgrunn:

(1) Forsvarsbygg ved Skifte Eiendom (heretter kalt innklagede) kunngjorde 4. mars 2005

en åpen anbudskonkurranse vedrørende rammeavtale for konsulenttjenester til miljøtekniske grunnundersøkelser og tiltaksvurderinger på Forsvarets områder. Oppdragsgivers navn og adresse var angitt slik:

"Forsvarsbygg – Skifte Eiendom, Grev Wedels plass 5, Pb 405 Sentrum, , 0103 Oslo, Norge.

Att: Tod Faye Schjøll."

(2) Som e-postadresse var oppgitt: *"tod.faye.schjoll@skifte.no"*.

(3) I konkurransegrunnlaget var følgende opplyst om innlevering av tilbud:

"Tilbudsfrist 28.4.2005 kl 12:00

Leveres til:

Firma: Skifte Eiendom – et prosjekt i Forsvarsbygg

Besøksadresse: Grev Wedels plass 5

Postadresse: Pb 405 Sentrum, 0103 Oslo

Tilbudet skal være merket ”Miljøtekniske grunnundersøkelser og tiltaksvurderinger på Forsvarets områder.” Det kan dermed ikke avgis over e-post eller faks.

Tilbudet kan ikke avgis med elektronisk middel.

Til forskriftenes §§ 8-10 (1) a og 15-10 (1) a: Tilbud er levert i tide dersom det er kommet frem til innleveringsstedet før tilbudsfristens utløp.”

(4) I konkurransegrunnlaget var Tod Faye Schjøll oppgitt som kontaktperson ”[d]ersom

leverandøren ønsker ytterligere opplysninger”.

(5) Promitek AS (heretter kalt klager) var en av leverandørene som ønsket å delta i konkurransen. Klager postla 26. april 2005 sitt tilbud i lukket konvolutt. Konvolutten var merket med: ”Skifte Eiendom, Postboks 405 Sentrum, 0103 Oslo, att: Tod Faye Schjøll”. Klagers firmalogo var også påført konvolutten. Selve tilbudsbrevet ble merket med: ”Miljøtekniske grunnundersøkelser og tiltaksvurderinger på Forsvarets områder”.

(6) Klager var flere ganger i telefonisk kontakt med innklagede 27. april for å forsikre seg om at tilbudet var kommet fram, og at alt var i orden. Konvolutten ble åpnet av en ansatt på arkivet hos innklagede, men da vedkommende ut fra innholdet forsto at det gjaldt et tilbud under en anbudskonkurranse, ble konvolutten lukket igjen og sendt videre til Skifte Eiendom. Partene er uenige om hva som ble sagt under telefonsamtalene med klager, men det er enighet om at innklagede bekreftet å ha mottatt klagers tilbud.

(7) Parallelt med telefonsamtalene med innklagede valgte klager å sende tre e-poster til innklagede for å forsikre seg om at innklagede ble kjent med at klager ønsket å inngi tilbud. I en av disse e-postene ble deler av klagers tilbud vedlagt. Etter at klager hadde pratet med innklagede pr telefon, ble det sendt en e-post hvor klager gjorde oppmerksom på at tidligere sendte e-post med tilbudet vedlagt var uten aktualitet og kunne slettes. Innklagede har for klagenemnda opplyst at e-postene på dette tidspunkt allerede var åpnet, og at innholdet var diskutert internt.

(8) Den 3. mai 2005 meddelte innklagede at klagers tilbud var blitt avvist fra konkurransen som følge av manglende merking. Klager påklaget denne avgjørelsen til innklagede, men klagen ble ikke tatt til følge.

(9) Kontrakt er ikke inngått i saken.

Klager har i det vesentlige anført:

(10)Innklagede har brutt regelverket for offentlige anskaffelser.

(11)Forskrift om offentlige anskaffelser § 8-5 (1) stiller krav til at tilbudet skal være skriftlig og avgis i lukket og merket forsendelse. Det stilles ingen ytterligere krav til merkingens innhold, og oppdragsgiver har adgang til å spesifisere kravet nærmere, for eksempel i konkurransegrunnlaget. Ut fra en naturlig forståelse av ordlyden i konkurransegrunnlaget skulle det være tilstrekkelig å merke tilbudet. Det ble ikke stilt noen bestemte krav til merking av konvolutten. Tilbudet er merket og skulle følgelig ikke vært avvist.

(12)Konvolutten var merket med korrekt kontaktperson, og det er da naturlig å legge til grunn at den kommer fram til vedkommende uåpnet. Klager kan ikke bære risikoen for at innklagede har organisert sitt arkivsystem slik at konvolutter åpnes på et tidligere stadium.

(13)Den manglende merkingen ble under enhver omstendighet rettet gjennom den telefoniske dialogen mellom klager og innklagede 27. april. Innklagedes handlinger fratok videre klager retten til å tilbakekalle tilbudet for å påføre merking, jf forskrift om offentlige anskaffelser § 8-7.

(14)Innklagede har gitt uttrykk for at ingen av adressatene åpnet e-postene før de ble tilbakekalt. Klager er også gjort kjent med at adressatene ikke var tilgjengelige på e-post før etter tilbudsfristens utløp. Tilbudet kan derfor ikke avvises fordi det ble sendt pr e-post. Adressatene ville uansett hatt taushetsplikt.

Innklagede har i det vesentlige anført:

(15)Innklagede bestrider å ha brutt regelverket for offentlige anskaffelser.

(16)Det følger av ordlyden i § 8-5 (1) at forsendelsen skal merkes, uavhengig av om tilbudet sendes i konvolutt eller på annen forseglet måte. Ordlyden i konkurransegrunnlaget kan ikke sies å endre på dette. Dette støttes også opp av det grunnleggende anonymitetsprinsippet i anbudskonkurranser. Klagers tilbud var ikke merket slik som påkrevet, og det måtte derfor avvises, jf § 8-10 (1) bokstav b. Formkravene er absolutte og åpner ikke for skjønn.

(17)Videre oppgir ikke konkurransegrunnlaget punkt 8 noen kontaktperson for innsendelse av tilbud. Det følger derimot av punkt 3 at vedkommende var kontaktperson dersom leverandørene hadde behov for ytterligere opplysninger. Det at tilbudet er påført dette navnet, gjør derfor ingen endringer i vurderingen av om tilbudet er tilstrekkelig merket.

(18)Innklagedes arkiv er organisert i tråd med arkivloven, og disse rutinene kunne ikke endres i forbindelse med konkurransen.

(19)Innklagede bestrider klagers fremstilling av telefonsamtalene.

(20)Selv om klagenemnda skulle komme til at innklagede fratok klager dennes rett til å tilbakekalle tilbudet, måtte tilbudet uansett avvises fordi det er oversendt pr e-post. En representant fra en annen avdeling i Forsvarsbygg leste e-posten og diskuterte dens innhold med kolleger. Tilbudets innhold ble dermed gjort kjent før tilbudsfristens utløp, og tilbudet måtte følgelig avvises.

(21)Innklagede hadde ikke åpnet for at tilbud kunne inngis elektronisk. Årsaken til dette er at innklagede ikke besitter ressurser til å ivareta anskaffelsesforskriftens krav ved elektronisk inngivelse av tilbud.

(22)Eventuell taushetsplikt hos saksbehandlere hos innklagede er ikke relevant i denne sammenhengen.

Klagenemndas vurdering:

(23)Klager har deltatt i konkurransen og har saklig klageinteresse, jf forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Anskaffelsen faller etter sin art og verdi inn under reglene i forskrift om offentlige anskaffelser del I og II, jf § 2-2.

(24)Det rettslige utgangspunktet er forskrift om offentlige anskaffelser § 8-5 om at tilbud skal være skriftlig og avgis i lukket og merket forsendelse, enten direkte eller pr. post. Dersom et tilbud ikke er levert i samsvar med formkravene i bestemmelsen, eller er levert for sent, skal tilbudet avvises, jf. forskriften § 8-10 (1). Forskriftens regel er absolutt, og oppdragsgivers organisering av innkommet post og eventuell taushetsplikt hos oppdragsgiver er uten betydning for avvisningsspørsmålet.

(25)Konkurranses grunnlaget stilte krav til merking av "tilbudet", men sondret ikke mellom selve tilbudet og forsendelsen. Når forskriftens § 8-5 (1) stiller krav til merking av "forsendelsen", kan konkurranses grunnlaget vanskelig forstås på annen måte enn at kravene om merking skal gjelde for forsendelsen og ikke selve tilbuds brevet. Klagers forsendelse var ikke merket slik konkurranses grunnlaget forutsatte, og det er på det rene at forsendelsen som følge av dette faktisk ble åpnet før tilbudsfristens utløp. At konvolutten var merket med en navngitt person, tilfredsstillende ikke forskriftens krav om merking når innklagede – slik det er vanlig – forutsetter at det skal fremgå at forsendelsen gjelder en nærmere spesifisert anbudskonkurranse. Slik klagenemnda ser det, ble tilbudet derfor med rette avvist fra konkurransen.

(26)Klager har anført at innklagede pr telefon har bekreftet at tilbudet ville få delta i konkurransen, noe innklagede bestrider. Den vurderingen det her legges opp til, hviler i stor grad på en bedømmelse av faktiske forhold. Klagenemnda er med sin skriftlige saksbehandling ikke godt egnet til å foreta en slik vurdering. Denne delen av klagen avvises derfor som uhensiktsmessig for behandling, jf forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 9. For øvrig vil ikke en bekreftelse i strid med regelverket kunne påberopes.

(27)Klagenemnda vil ellers påpeke at konkurranses grunnlagets punkt 8 uttrykkelig slo fast at tilbud ikke kunne inngis pr e-post. Når klager likevel har sendt tilbudet elektronisk, og tilbudets innhold er gjort tilgjengelig for innklagede før tilbudsfristens utløp, finner klagenemnda at tilbudet under enhver omstendighet måtte avvises, jf § 8-10 (1) bokstav b, jf § 8-5 (2).

Konklusjon:

Forsvarsbygg har ikke brutt regelverket for offentlige anskaffelser ved å avvise tilbudet fra Promitek AS.

For klagenemnda,

16. juni 2005

Andreas Wahl



Forsiden
Nemndsmedlemmer
Saksbehandling
Regelverk
Innkomne saker
Statistikk
Årsrapporter
Dommer
Søk i avgjorte saker
Avgjorte saker:
[2003](#) [2004](#) [2005](#)

Besøksadresse
H. Heyerdalsgate 1
0033 Oslo

Postadresse
Postboks 8132 Dep
0033 Oslo

Tlf.: 22 33 70 10

Faks: 22 33 70 12

E-post:
postmottak@kofa.no

Avgjorte saker

Klagenemnda kom til at innklagedes avklaring av valgte leverandørs tilbud lå innenfor det lovlige, og at det i det aktuelle tilfelle ikke forelå plikt til å avvise valgte leverandørs tilbud. Innklagedes evaluering av tilbudet fra den valgte leverandør var forsvarlig. Det forelå ikke brudd på regelverket.

Klagenemndas avgjørelse 8. juni 2004 i sak 2004/141

Klager: Automatikk & Hygiene Partner AS

Innklaget: Helsebygg Midt-Norge

Klagenemndas medlemmer: Kai Krüger, Inger Marie Dons Jensen og Per Christiansen

Saken gjelder: Evaluering av tildelingskriterier, avklaringsadgang i anbudskonkurranser. Spørsmål om avvisning av tilbud.

Bakgrunn:

- (1) Helsebygg Midt-Norge (heretter innklagede) kunngjorde en åpen anbudskonkurranse om kjøp av autoklaver og spesialvaskemaskiner. Av kunngjøringen fremgikk det at innklagede definerte anskaffelsen som en varekontrakt.
- (2) Konkurransen var delt i tre pakker, hvor det var anledning til å inngi tilbud på én eller flere av pakkene. Denne saken gjelder *pakke 2 Autoklaver*. En autoklave kan forklares som en teknisk innretning for sterilisering av utstyr og materiale. Steriliseringen utføres ved at utstyr/materiale utsettes for vanddamp med høy temperatur i en periode.
- (3) Av konkurransegrunnlaget fremgikk følgende tildelingskriterier:
”
 - **Totalkostnader for oppdragsgiver, herunder**
 - *tilbudssum korrigert for åpenbare feil, (jf pkt 7.3 ovenfor)*
 - *tilbudte timepriser og påslagsprosenter som ikke inngår i tilbudssummen, kfr bilag B1*
 - **drifts- og vedlikeholdskostnader, herunder kvalitet på tilbudte**

løsninger

- **ergonomi og brukervennlighet**
- **forbehold (som vil bli prissatt av oppdragsgiver etter beste skjønn, forutsatt at forbeholdene ikke er av en slik karakter at tilbudet skal avvises, jf tilbudsreglene)**
- **eventuelle alternative tilbud (jf pkt 5.2 og 5.4 ovenfor), samt priser på eventuelle alternative utførelser beskrevet i mengdebeskrivelsen**
- **tilbyders evne til å gjennomføre det beskrevne oppdrag; herunder dokumentert kompetanse/referanse for tilbudt nøkkelpersonell.”**

(4) Det fulgte av konkurransegrunnlaget at leverandøren skulle gjennomføre såkalt validering. I post 392.X.305.2 het det at *”entreprenøren skal fortløpende utføre prøver og kontroller som angitt i NS 3421, NS-EN 554”*. Prisen på valideringen skulle oppgis som en rundsum under kapitlet for ”generelle kostnader”.

(5) Det følger av referat fra tilbudsåpningen at totalt ni leverandører innga tilbud i konkurransen. Fire av tilbudene gjaldt pakke 2 Autoklaver, herunder tilbudet fra klager og tilbudet fra Getinge Norge AS (heretter Getinge). Følgende informasjon er hentet fra åpningsprotokollen:

Tilbud nr 3	Automatikk & Hygiene Partner AS	4.077.500
Tilbud nr 5	Getinge Norge AS	3.496.000

(6) I stedet for konkurransegrunnlagets prisoppbyggings skjema benyttet Getinge egne datautskrifter hvor prisene fremgikk. Disse datautskriftene var basert på samme postoppbygging som konkurransegrunnlaget, men enkelte poster var utelatt fra tilbudet. Blant annet var ikke posten for validering inntatt.

(7) I forbindelse med evaluering av tilbudene ønsket innklagede avklaring på enkelte punkter i leverandørens tilbud. Innklagede så samtidig at konkurransegrunnlagets tekniske beskrivelse på ett punkt kunne misforstås, og kom til at man burde avklare med Getinge om tilbudet omfattet såkalt mottrykk på enkelte av autoklavene.

(8) Getinge svarte at mottrykk ikke var inkludert i tilbudet på disse autoklavene, men at mottrykk kunne leveres mot et tillegg på kr 48.000 pr autoklav. Denne prisen ble påpluset for tre autoklaver, innklagede justerte på denne måten Getinges tilbudspris med kr. 144.000.

(9) Både Getinges og klagers tilbud ble prisjustert pga tekniske avvik fra konkurransegrunnlaget. Getinges tilbud ble totalt oppjustert med kr. 465.600, mens klagers ble oppjustert med kr. 240.000. Bortsett fra justeringen for mottrykk skjedde alle disse justeringene på bakgrunn av opsjons-/tilleggspriser opplyst i de respektive tilbud.

(10) Etter prisjusteringer og korreksjon for regnefeil var avstanden mellom tilbudene kr. 305.900 i Getinges favør.

(11) Under tilbudsevalueringen ble det foretatt en sammenligning av vedlikeholdskostnadene mellom klagers og Getinges produkter. Denne sammenligningen ble foretatt av representanter fra brukerne av autoklavene. Brukergruppens konklusjonen var at klagers produkt sett i et tiårs-perspektiv ville være ca 600.000 billigere å vedlikeholde.

- (12) Innklagede skrev i meddelelsesbrev av 26.05.2004 at kontrakt ville bli tildelt Getinge.
- (13) Klager påklaget denne beslutningen, men innklagede opprettholdt sitt valg.
- (14) Kontrakt er inngått med Getinge.

Klager har i det vesentlige anført:

- (15) Getinges tilbud skulle vært avvist da det inneholdt mangler tilsvarende 10% av tilbudssummen.
- (16) Innklagede har foretatt en uforsvarlig evaluering av vedlikeholdskostnader. Klagers produkt er mye billigere i drift og vedlikehold enn valgte leverandørs produkt. Dette bekreftes av notatet som innklagedes egne brukerrepresentanter utarbeidet.
- (17) Valgte leverandør har ikke priset postene knyttet til validering. Innklagede har heller ikke dokumentert hvordan valideringskravet er prisvurdert.

Innklagede har i det vesentlige anført:

- (18) Innklagede bestrider å ha brutt anskaffelsesregelverket.
- (19) Getinges hovedtilbud var ikke i henhold til konkurransegrunnlagets krav. Innklagede kunne imidlertid gjennom priser oppgitt som opsjoner i tilbudet prissette avvikene uten kontakt med leverandøren.
- (20) Justeringen av pris knyttet til mottrykk på fire av autoklavene skjedde etter kontakt med valgte leverandør. Årsaken til at innklagede fant det nødvendig med slik avklaring, var at man oppfattet konkurransegrunnlagets krav til mottrykk som uklart, og at man av denne grunn ble usikker på hva Getinge hadde tilbudt.
- (21) Før denne avklaringen ble foretatt, var prisforskjellen mellom leverandørene på ca 500.000 kroner. Klager var heller ikke på de andre kriteriene vurdert som bedre enn valgt leverandør. Derfor ble omfanget av klarheten ikke ansett å skape tvil om hvordan Getinges tilbud skulle bedømmes i forhold til de øvrige. Etter avklaringen var det fortsatt kroner 300.000 i valgte leverandørs favør. Avklaringen, og prisjusteringen, var derfor lovlig.
- (22) Tilbudene fra klager og Getinge har blitt vurdert likt på kriteriet drifts- og vedlikeholdskostnader. Evalueringen ble basert på den informasjonen innklagede kunne hente ut fra tilbudene og etterfølgende spesifikasjoner. Brukerrepresentantenes notat, hvor det fremgår besparelser på mellom 0,5 og 1 million kroner over en tiårsperiode ved å velge klagers produkt fremfor Getinges, har ikke innklagede funnet grunnlag til å vektlegge. Det finnes ingen informasjon i tilbudet – eller de tekniske opplysninger innhentet i ettertid – som indikerer slike besparelser. Brukernotatet tok utgangspunkt i andre modeller enn de som produsentene tilbød i denne konkurransen. Klagers påstander fremstår som subjektive og ikke etterprøvbare.
- (23) Det er riktig at valgte leverandør ikke har priset postene for validering. Imidlertid har ikke leverandøren gitt uttrykk for at tilbudet avviker fra konkurransegrunnlaget, og innklagede har derfor lagt til grunn at postene er inkludert i andre poster. Selv om dette ikke er bygg- og anleggsarbeider, må tilsvarende prinsipp gjelde også for denne anskaffelsen.

Klagenemndas vurdering:

(24) Klager har deltatt i konkurransen, og har saklig klageinteresse. Anskaffelsen er kunngjort som en vareanskaffelse etter reglene over terskelverdi. Forskrift om offentlige anskaffelser del I og II får anvendelse, jf § 2-2, men klagenemnda peker på at systemet for prising, basert på enheter og postbeskrivelser, i mangt svarer til det som anvendes ved bygg- og anleggsarbeider.

Skulle Getinges tilbud vært avvist?

(25) At innklagede har foretatt til dels store prisjusteringer i Getinges tilbud, innebærer ikke nødvendigvis brudd på anbudsreglene. Innklagede justerte valgte leverandørs tilbud for å gjøre det forenlig med konkurransegrunnlagets krav. Prisjusteringen tok utgangspunkt i opsjons-/tilleggsprisene som allerede var gitt av leverandøren. Når innklagede uten forhandlinger har prisberegnet Getinges tilbud på denne måten, utgjør ikke dette noe brudd på regelverket.

(26) En del av det totale justeringsbeløpet besto i pris for mottrykk på tre av autoklavene. Innklagede var usikker på hvordan konkurransegrunnlaget på dette punkt ble forstått av leverandørene, og ba derfor om en bekreftelse på at mottrykk var inkludert i tilbudet. Getinge meddelte at mottrykk ikke var inkludert i tilbudet, men at de kunne levere det mot et tillegg på totalt kr. 144.000. Klagerens anførsel om at Getinges tilbud etter dette skulle vært avvist, forutsetter at tilbudet, slik det forelå, medførte tvil om hvordan det skulle bedømmes i forhold til de øvrige tilbudene – forskriftens § 8-10 (1)(d). Det var ikke tilfellet her fordi Getinges tilbud også etter avklaringen åpenbart var det gunstigste, ca 300.000 lavere enn klagers tilbud.

(27) Det kan imidlertid anføres at når innklagede etter anbudsåpning legger til grunn Getinges nye priser for mottrykk, innebærer dette en forskriftsstridig endring av tilbudet etter forskriftens § 9-1 (1), jf. Rt. 2003 s. 1531. Dette har imidlertid ikke betydning for saken, og er heller ikke påberopt av klager, som bare har anført at Getinges tilbud skulle vært avvist .

Evaluering av vedlikeholdskostnadene

(28) Partene er uenige om klagers produkt er billigere å vedlikeholde enn Getinges produkt. Denne vurderingen forutsetter kunnskap av teknisk karakter. Innklagedes sluttvurdering avvek fra brukergruppens innstilling, men nemnda har ikke grunnlag for å sette denne rent innkjøpsfaglige vurderingen til side.

Evaluering av valideringsposten

(29) Postene for validering ble av innklagede vurdert å være innkalkulert i øvrige poster, slik som angitt for bygg- og anleggsoppdrag i forskriftens § 8-6 (4) og likelydende § 9-1 (4). Bestemmelsene nedfeller et tolkningsprinsipp som er skapt gjennom langvarig anbudspraksis innenfor bygg- og anleggsbransjen, og som det er naturlig å se hen til når en komplisert anskaffelse bygges opp etter samme modell som for enhetspriser i entrepriserforhold. Det vises til at konkurransegrunnlagets tekniske beskrivelse og prisoppbyggingsskjema er utformet på samme måte som ved anbud i entrepriserforhold. Anskaffelsen har et forholdsvis klart produksjonspreg, blant annet skal leverandøren prise et ikke ubetydelig antall arbeidstimer. Bestemmelsene medfører at anbydere som overser eller utelater poster som inngår i konkurransegrunnlagets oppstillinger, ikke senere kan kreve oppgjør som for endrings- og tilleggsarbeider. Velger anbyder å anvende andre systemer for postbeskrivelser, tar han risikoen for at dette samsvarer med konkurransegrunnlaget. Nemnda konstaterer at innklagede har forholdt seg til dette, og mener at dette er i overensstemmelse med regelverket.

Konklusjon:

Helsebygg Midt-Norge har ikke brutt regelverket for offentlige anskaffelser.

For klagenemnda, 8. juni 2005

Kai Krüger



Forsiden
Nemndsmedlemmer
Saksbehandling
Regelverk
Innkomne saker
Statistikk
Årsrapporter
Dommer
Søk i avgjorte saker

Avgjorte saker:

[2003](#) [2004](#) [2005](#)

Besøksadresse

H. Heyerdalsgate 1
0033 Oslo

Postadresse

Postboks 8132 Dep
0033 Oslo

Tlf.: 22 33 70 10

Faks: 22 33 70 12

E-post:

postmottak@kofa.no

Avgjorte saker

Klagenemnda kom til at kriteriet "oppgitte priser og rabatter" var utformet på en måte som var i strid med kravene til forutberegnelighet og etterprøvbarehet. Valgte leverandørs beskrivelse av leveringstid ble av klagenemnda ansett som uforpliktende, og innklagede kunne ikke med sikkerhet legge til grunn at leveringstiden var bedre enn hos øvrige tilbydere. På dette punkt var evalueringen vilkårlig.

Klagenemndas avgjørelse den 8. juni 2005 i sak 2004/158

Klager: Kinnarps avd Kristiansand

Innklaget: Arendal kommune

Klagenemndas medlemmer: Kai Krüger, Inger Marie Dons Jensen og Per Christiansen

Saken gjelder: Krav til utforming av tildelingskriterier. Evaluering av tildelingskriterier.

Bakgrunn:

(1) Arendal kommune (heretter innklagede) kunngjorde den 31.01.2004 en åpen anbudskonkurranse om kjøp av møbler og inventar til nytt Kultur og Rådhus i kommunen.

(2) I konkurransegrunnlagets pkt VI var tildelingskriteriene oppgitt:

”

- *Garanti og servicevilkår. Dokument 14, jfr pkt III.*
- *Fremdriftsplan. Dokument 15, jfr pkt III.*
- *Oppgitte priser og rabatter. Dokument 1, 13 og 14, jfr pkt III.*
- *Kvalitet. Dokument 16, jfr pkt III.*

Kriteriene er ikke oppgitt i prioritert rekkefølge.”

(3) Pkt III i konkurransegrunnlaget listet opp hvilke dokumenter leverandørene skulle ha med i tilbudene sine. Der sto det blant annet:

"Dokument 14, garanti:

Oversikt over den garanti som stilles for leveransen, herunder opplysninger om serviceoppfølging i garantiperioden.

Dokument 15, forslag til fremdriftplan:

Fremdriftsplan skal beskrives i samsvar med pkt X, jfr IX, og angi alle relevante milepæler."

(4) Under pkt VIII "Kontraktsvilkår" het det blant annet:

"Følgende spesielle bestemmelser vil bli inntatt i kontrakt:

Ad. Garanti for oppfyllelse av leveransen:

Leverandøren skal stille garanti stor 10-ti-% av beregnet leveringsverdi gjeldende fra kontraktsinngåelse til ferdigstillelse av montering. [...]"

(5) Om fremdriftsplan het det i pkt X:

"Som dokument 15 i tilbudet skal leverandør fremlegge forslag til fremdriftsplan. Bindende fremdriftsplan vil avklares i kontraktsmøte.

Fremdriftsplanen må klart definere endelig bestillingsdato for leveransen, og basert på at montering av inventar og utstyr kan starte 15. november 2004 og være avsluttet senest 10. desember 2004."

(6) Det fulgte også av konkurransegrunnlaget at leveransens endelige omfang ville fastsettes i en dialog mellom oppdragsgiver og leverandøren etter at kontrakt var inngått.

(7) Om prisevalueringen het det:

"For de tilbud som tilfredsstillt formkrav vil det bli foretatt en beregning av priskonsekvens ved at oppdragsgiver vil beregne antatt leveringsvolum, prisberegne dette basert på prisbok og de rabatter som oppgis."

(8) Det var inntatt en tabell i konkurransegrunnlaget som viste de ulike funksjonene som skulle leveres. Det gjengis et tilfeldig utdrag for å illustrere tabellens oppbygning:

<i>Funksjonstype</i>	<i>Ca antall hver funksjonstype</i>	<i>Antatt utstyr for å oppnå angitt funksjonstype</i>
<i>Kontorarbeidsplass</i>	<i>295</i>	<i>Arbeidsbord (hev/senk), arbeidsstol, oppbevaringsmøbel, arbeidsplass-belysning</i>
<i>Stillerom 4-6 kvm</i>	<i>18</i>	<i>Arbeidsbord, arbeidsstol, gjestestol, hylle-/hylleelementer</i>
<i>Åpne uformelle</i>	<i>3</i>	<i>Til internt bruk. Varierende</i>

møterom	utrustning, lave og høye bord og stoler/krakker. Snakkeboble for telefonbruk.
---------	--

(9) Under tabellen fulgte det en forklaring:

"Oversikten over funksjonstyper og tilhørende oppgave over antatt utstyr anses ikke komplett. Tilbyder må selv med bakgrunn i oversikten og tilbudsgrunnlagets tegninger selv vurdere antatt totalleveranse som grunnlag for sitt tilbud.

Angitt mengde er på tilsvarende måte kun veiledende og angir kun antall av samme funksjonstype, ikke antatt mengde av den enkelte møbel-/utstyrstype som kreves for å tilfredsstille funksjonskrav til den enkelte arealtype.

Videre tar oppdragsgiver forbehold om at enkelte arealer møbleres/utstyres med eksisterende inventar. Dette vil i hovedsak gjelde oppgitt funksjonstype stille-/møterom, i noen grad arbeidsbord."

(10) Kinnarps AS avdeling Kristiansand (heretter klager) leverte som en av fem leverandører inn tilbud i konkurransen.

(11) I tilbudet fra klager het det følgende om garanti:

"Alle tilbudte produkter leveres med 5- fem års garanti mot produksjonsfeil."

(12) En av leverandørene var P. M. Danielsen Kontorutstyr AS. I deres tilbud var fremdriftplanen beskrevet slik:

"Vi forutsetter at alle etasjene blir klargjort for levering av møbler i perioden 15 november til 10 desember 2004.

P.M.Danielsen Kontorutstyr as vil bruke erfaringen fra møbelleveransen til nye E-fløyen Helse Sør, Avd Arendal. Vi innredet 8 etasjer og ordrestørrelses var på 4-5 millioner kroner. God planlegging samt et godt samarbeid med produsentene la grunnlaget for en vellykket leveranse. Helse Sør ble meget fornøyd.

Ut fra denne erfaring så ønsker vi et stort rom som vi kan bruke til møbellager. Derfra kan vi kvalitetssikre leveransen. Alle produkter vil bli merket med rom nummer fra produsent og sjekket av oss. Vi har gjort oss kjent med Deres miljøprofil "rent bygg" og har god erfaring fra tidligere prosjekter. Avfallssorteringen vil skje i varemottak. Deretter vil varene bli kjørt ut til de riktige kontorer og fellesrom.

Litt om levering:

Vi ønsker å levere kontormøbler i en tidlig fase, deretter kontorstoler, lamper, arkiv etc.

Vi har bred erfaring fra forskjellige typer prosjekter og vi vet at det kan komme hinder underveis fra andre aktører på bygget. Det som er viktig da er å finne de beste løsningene i samarbeid med Dere.”

(13) Videre tilbød P. M. Danielsen Kontorutstyr AS følgende garantivilkår:

”Vi gir minimum 5 års garanti mot produksjonsfeil. Enkelte produkter for eksempel stolleveranser fra Håg har 10 års garanti mot produksjonsfeil.”

(14) Innklagede meddelte i brev av 26.04.2004 at kontrakt ville bli tildelt P. M. Danielsen Kontorutstyr AS. Det siteres fra brevet:

”3 Begrunnelse for tildeling:

[...]

I forhold til Deres tilbud er følgende vektlagt ved valg av tilbud:

- *Valgt leverandør har garanti som er mer fordelaktig, (lengre garantitid på kontorstoler)*
- *Uklart om standard garanti for underleverandører av arkivsystemer gjelder for Deres tilbud, og slik som den er fremlagt fra øvrige tilbydere (samme underleverandør alle tilbydere).*
- *Frist for endelig bestilling hos valgt leverandør er gjenstand for avtale og nødvendig fremdrift for oppdragsgiver.*
- *Beregnet kostnad for antatt leveranse utgjør kr. 81.026 lavere enn Deres tilbud, og Deres tilbud skal videre tillegges kostnader med kabelrenne/nett for nødvendig antall arbeidsbord for nødvendig sammenligning. Enhetspris for dette er ikke oppgitt.*

Når det gjelder beregning av antatt leveranse er denne basert på følgende, jfr tilbudsgrunnlagets pkt VII:

For å få et bilde av hovedkostnadsbærerne er det foretatt en beregning av kostnader basert på den enkelte prisbok, og funksjonalitet som er mest mulig sammenlignbar. Følgende kostnadsbærere er medtatt:

- *Kontorarbeidsplasser inkl hev/senk-bord og arbeidsstol. Oppbevaringsmøbel som beskrevet i tilbudsgrunnlag medtas ikke da løsningen ikke skal benyttes. 296 enheter*
- *Bystyresal*
- *Komiterom/møterom, to med fast bord med kabelrenne, to med fleksibel innredning*
- *Prosjektrum, 7 enheter*
- *Uformelle møterom, 3 enheter*
- *Møterom, 14 enheter*

- *Dokumentsenter og hovedarkiv, henholdsvis paternostertype og mobilreoler*
- *Trimrom. Speilvegg er ikke medtatt pga ulik forståelse/beskrivelse*
- *Sykelstall, en enhet med plass for ca 40 sykler*
- *Kantine*
- *Kaffebarer."*

(15) Innklagede opplyste også følgende om klagers tilbud:

"Pristillegg for 1 stk kabelrenne pr arbeidsbord kommer i tillegg, pris er ikke angitt. For sykkelstall er tilbudt løsning basert på utomhusstativer, og i beregningen er medtatt løsning og pris fra tilbud nr 4."

(16) Klager påklaget tildelingen, men innklagede opprettholdt sin beslutning.

(17) Kontrakt er inngått i saken.

Klager har i det vesentlige anført:

(18) Evalueringen er ikke gjennomført i henhold til konkurransegrunnlagets krav.

Oppgitte priser og rabatter

(19) Innklagede har valgt å utelate store funksjonsområder i prisevalueringen. Klager anfører at innklagede pliktet å vurdere alle funksjonstyper som var opplistet i konkurransegrunnlaget.

(20) Enkelte funksjonstyper ble prisevaluert ut fra totalsum (antall enheter multiplisert med enhetspris), mens andre funksjonstyper kun ble vurdert ut fra enhetsprisen.

(21) Den lave prisforskjellen (ca 80.000,-) vil trolig kunne slå ut annerledes dersom alle de forespurte funksjonsområdene i konkurransegrunnlaget hadde blitt sammenstilt og vurdert, samt konsekvent bruk av totalsummer i stedet for enhetspriser.

(22) Den valgte fremgangsmåten er i strid med kravet til forutberegnelighet.

Garanti og servicevilkår

(23) Enkeltprodukters garanti kan ikke vektlegges under dette kriteriet. Garanti skal her forstås som den økonomiske sikkerheten som leverandørene skal stille i leveringsfasen. Klager oppfylder kravet til sikkerhetsstillelse fullt ut.

Fremdriftsplan

(24) Det følger av konkurransegrunnlaget at bindende fremdriftsplan først skal fastsettes i kontraktsmøte. Innklagede har ikke adgang til å vektlegge leveringstiden når denne først avtales etter at evalueringen har funnet sted.

Dette åpner for ulovlige forhandlinger.

Kvalitet

(25) Dette kriteriet synes ikke å være tilstrekkelig vurdert.

(26) Innklagede har vist til at klager har besvart kriteriet tilfredsstillende. En slik evaluering sier ikke noe om det økonomiske forholdet mellom tilbyderne.

(27) Å vurdere kvalitet kun ut fra varierende lastefaktor på arbeidsbord er ikke tilstrekkelig.

Erstatning

(28) Klagenemnda bes uttale seg om vilkårene for erstatning foreligger.

Innklagede har i det vesentlige anført:

(29) Innklagede bestrider at evalueringen ikke var i samsvar med konkurransegrunnlaget.

Oppgitte priser og rabatter

(30) Hovedformålet med konkurransen var å fremskaffe priser på alternative møbeltyper for å oppnå de beskrevne funksjoner, ikke pristilbud på forutbestemte møbelvalg. Det fremgikk også av konkurransegrunnlaget at den endelige møbleringsplanen ikke var fastlagt på forhånd. Videre var det angitt at verken funksjonsoversikten eller oppgave over mengder/typer var komplett beskrevet. På denne bakgrunn var det nødvendig å anslå endelig kontraktsvolum ved evalueringen.

(31) Der hvor det fremtidige volumet kan fastsettes med rimelig sikkerhet har dette blitt lagt til grunn for prisvurderingen. Der hvor volumet ikke kan fastlegges har man sammenlignet enhetspriser.

Garanti og servicevilkår

(32) Det er ut fra anskaffelsens omfang viktig for innklagede å se hen til produktenes garantivilkår.

Fremdriftsplan

(33) Det vesentlige for innklagede har vært å oppnå en så lang utviklingsprosess av møbleringsplanen som mulig. Klager forutsatte endelig bestilling den 20.09.04, mens valgte leverandør baserte seg på utstrakt samarbeid med oppdragsgiver, og hvor den vesentlige forutsetning var at det skulle være klargjort for møblering fra 15.11.04.

Kvalitet

(34) Klager ble vurdert å ha tilbudt møbler av tilfredsstillende kvalitet. Imidlertid har valgte leverandør en høyere kvalitet på enkelte deler.

Klagenemndas vurdering:

(35) Klager har deltatt i konkurransen, og har saklig klageinteresse, jf forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Anskaffelsen reguleres etter sin verdi av reglene i forskrift om offentlige anskaffelser del I og II, jf § 2-2.

(36) Klagen gjelder tildelingskriteriene og innklagedes evaluering av disse. Klagenemnda prøver ikke det innkjøpsfaglige skjønn, men tar stilling til om kriterier og saksbehandling har vært i samsvar med forskriften.

Oppgitte priser og rabatter

(37) Klagenemnda forstår det slik at innklagede har foretatt et utvalg av de funksjonstyper som er beskrevet i konkurransegrunnlaget som grunnlag for prisevalueringen. Av de utvalgte funksjonstyper er det videre sondret mellom en totalprisvurdering der hvor omfanget er rimelig sikkert, og en enhetsprisvurdering der hvor omfanget er mer usikkert. Til sammen har dette gitt en beregnet kontraktsverdi som ble lagt til grunn for den endelige evalueringen av dette kriteriet.

(38) Til dette vil nemnda bemerke: Siden evaluering og tildeling skjer uten at leveransens omfang er fastlagt, må anskaffelsesmyndigheten i kunngjøring og konkurransegrunnlag påse at modeller for prissetting av leveransen er entydige og etterprøvbare. Dette kan forutsette enhetsprising av de relevante produkter, alternativt presise matriser for alternative leveringsvolumer _ eller parametre for rabatter og opsjoner, slik som ved konkurranse om rammeavtaler. Innklagede valgte å foreta en beregning av priskonsekvens ut fra et skjønnsmessig leveringsvolum som ikke ble kunngjort entydig i konkurransegrunnlaget. Nemnda viser i denne forbindelse til at innklagede tok forbehold om at de fremlagte tabeller som skulle brukes ved prissettingen, bare var veiledende. Det var forutsatt at innholdet i de enkelte tilbud ("prisbok") og rabatter først kunne konkretiseres i ettertid. Man gjorde derfor et helhetlig skjønn over utvalgte elementer i de foreliggende tilbud. Når anskaffelsesmyndigheten på denne måten "plukker" i leverandørenes tilbud, mener Klagenemnda at dette er i strid med kravet til forutberegnelighet og etterprøvbarhet etter lovens § 5.

Garanti og servicevilkår

(39) Innklagede har vektlagt hvor lang garantitid leverandørene tilbyr på sine produkter. Dette må anses som en naturlig del av tildelingskriteriet "garanti og servicevilkår". Nemnda finner at innklagedes vurdering var forsvarlig.

Fremdriftsplan

(40) Etter konkurransegrunnlaget fremgikk det klart at leverandørene skulle oppgi leveringstid på møblene, men at bindende fremdriftsplan først skulle avtales i kontraktsmøte. Valgte leverandør oppga ikke leveringstid, men baserte tilbudet sitt på at tidspunktene for bestilling og levering skulle skje i nært samarbeid med innklagede. Dette ble deretter vurdert som positivt i evalueringen.

(41) Klagenemnda finner at valgte leverandørs tilbud fremstår som uforpliktende vedrørende endelig bestillingstidspunkt/leveringstid og således ikke i samsvar med konkurransegrunnlagets forutsetninger. Klagenemnda reiser spørsmål om tilbudet skulle vært avvist som følge av dette, men finner under enhver omstendighet at evalueringen av dette kriteriet fremstår som vilkårlig. Hva valgte leverandør vil forplikte seg til, vil først vise seg etter at nærmere forhandlinger har funnet sted. Innklagede kunne således ikke med sikkerhet legge til grunn at valgte leverandørs tilbud var bedre enn de øvrige.

Kvalitet

(42) Klagers tilbudte produkter ble vurdert å ha tilfredsstillende kvalitet, men den valgte leverandøren har etter innlagedes oppfatning tilbudt produkter av bedre kvalitet enn klager. Denne vurdering er av ren innkjøpsfaglig art og overprøves ikke av klagenemnda.

Erstatning

(43) Klagenemnda konstaterer at saksbehandlingen på enkelte punkter er skjedd i strid med regelverket, og ser ikke bort fra at det kan foreligge rett til erstatning for såkalt negativ kontraktsinteresse etter synsmåtene i Rt. 1997 s. 574.

Konklusjon:

Arendal kommune har brutt lov om offentlige anskaffelser § 5, ved å utforme priskriteriet på en måte som er i strid med kravene til forutberegnelighet og etterprøvnbarhet, samt ved å evaluere kriteriet fremdriftsplan på en måte som anses vilkårlig.

For klagenemnda, 8. juni 2005

Kai Krüger



Forsiden
Nemndsmedlemmer
Saksbehandling
Regelverk
Innkomne saker
Statistikk
Årsrapporter
Dommer
Søk i avgjorte saker

Avgjorte saker:

[2003](#) [2004](#) [2005](#)

Besøksadresse

H. Heyerdalsgate 1
0033 Oslo

Postadresse

Postboks 8132 Dep
0033 Oslo

Tlf.: 22 33 70 10

Faks: 22 33 70 12

E-post:

postmottak@kofa.no

Avgjorte saker

Innklagede kunngjorde en åpen anbudskonkurranse for rammeavtale på matvarer. Innklagede brøt regelverket ved ikke å opplyse leverandørene om at alle tildelingskriteriene skulle veie like mye, til tross for at innklagede hadde bestemt seg for dette allerede ved utformingen av konkurransegrunnlaget, samt ved å innta ordet "m.v." i oppregningen av tildelingskriteriene. Innklagede brøt kravet til etterprøvbarehet ved manglende dokumentasjon for evalueringen som var foretatt.

Klagenemndas avgjørelse 8. juni 2005 i sak i sak 2005/75

Klager: Toma Mat AS

Innklaget: Innkjøpssamarbeidet på Haugalandet i samarbeid med Sunnhordland interkommunale innkjøpsforum

Klagenemndas medlemmer: Per Christiansen, Inger Marie Dons Jensen, Kai Krüger

Saken gjelder: Prioritering av tildelingskriterier. Kravet til forutberegnelighet. Plikten til å gradere uttellingen på tildelingskriteriene. Kravet til etterprøvbarehet.

Sakens bakgrunn:

(1) Innkjøpssamarbeidet på Haugalandet kunngjorde 4. november 2004 en åpen anbudskonkurranse for rammeavtaler på matvarer. Kunngjøringen ble 25. november 2004 rettet til å gjelde for Innkjøpssamarbeidet på Haugalandet i samarbeid med Sunnhordland interkommunale innkjøpsforum (heretter kalt innklagede). Konkurransen var delt inn i syv rammeavtaler gjeldende for hver sin varegruppe, herunder en gruppe for kjøttvarer og pålegg. Anskaffelsens verdi ble anslått til å være ca. NOK 20 millioner.

(2) Av konkurransegrunnlaget fremgikk:

"Tilbud vil bli vurdert ut i fra en helhet av det som er det økonomisk beste tilbudet, der pris, kvalitet, levering, utvalg, service, opplæring m.v. vil bli lagt vekt på."

(3) I alt 15 leverandører leverte inn tilbud på en eller flere av varegruppene, herunder Toma Mat AS (heretter kalt klager) som leverte tilbud på varegruppen for kjøtt.

(4) Under evalueringen av tilbudene tok innklagede kontakt med de leverandørene som ikke allerede var kjent for kommunen, for prøvesmaking og sjekking av konsistens på varegruppene. Det ble tatt notater fra prøvesmakingen.

(5) I et internt anbefalingsbrev skrev innklagede blant annet dette:

"C: Kjøttvarer

Etter at prosjektgruppen har vært og prøvesmakt diverse kjøttprodukter/fisk fra Haugaland storhusholdning som fikk karakteren bestått. Vi anbefale Haugaland storhusholdning som leverandør av kjøttvarer på bakgrunn av pris."

(6) Av e-post fra innklagede til leverandørene datert 4. februar 2005 fremgår dette:

"Etter vurdering av tilbudet opp mot tildelingskriteriene, har gruppen kommet frem til følgende anbefaling, og vi har intensjon om å inngå avtale om levering som følger:

[...]

C: Kjøttvarer

Haugaland storhusholdning

[...]

Eventuell klage på vedtak må være kommunen i hende innen 14.02.05'

(7) I brev til innklagede datert 11. februar 2005 påklaget klager avgjørelsen. Innklagede skrev bl a følgende i brev til klager datert 23. februar 2005:

"Innkomne tilbud er vurdert i sin helhet for å finne fram til det beste tilbudet, der pris, kvalitet, levering, utvalg, service og opplæring er blitt vektlagt. Toma sitt tilbud er vurdert høyt på flere av områdene, men kom noe dårligere ut på pris enn konkurrerende tilbud.

[...]

Dersom De ønsker ytterligere avklaringer knyttet til Deres tilbud, kan vi tilby et møte for gjennomgang. [...]"

(8) Avklaringsmøte med klager ble avholdt 14. mars 2005.

(9) Det ble deretter gjennomført en ny gjennomgang av tilbudene med ny vurdering etter tildelingskriteriene. Innklagede oppdaget da at opplæring var utelatt i tilbudene fra Haugaland Storhusholdning og Grindheim. I e-post til leverandørene datert 15. mars skrev innklagede bl a dette:

"Etter mange tilbakemeldinger fra medlemmene i faggruppen har vi valgt å kvalitetssikre anbudet på kjøtt. Eks. er pris vektet for høyt og opplæring for lavt – vi har ikke satt noen % fordeling på de forskjellige kriteriene i tilbudet, alle skal derfor telle likt. Vi kan bare beklage."

I vedlegg til e-posten het det bl a:

"Endring i anbefaling i valg av leverandør for kjøttprodukt

Som følge av klage fra en leverandør samt nye innspill fra medlemmene av faggruppa har vi på nytt gjennomgått anbud og målt dem opp mot utlyste tildelingskriterier.

Det viste seg at priskriteriet var blitt for høyt vektet i forhold til de andre tildelingskriteria.

Våre tildelingskriterier:

Kvalitet på kjøttvarene: Alle har fått høy score for kvaliteten, den er godkjent hos alle tilbydere.

Levering: De fleste leverandørene hadde levering 1-2 ganger pr. uke bortsett fra Gilde som skåret best med mulighet for levering sammen med Tine.

Utvalg: Her skilte Gilde, Grindheim og Toma seg klart ut med større utvalg.

Service: Alle har fått lik score på service.

Opplæring: Toma og Gilde skilte seg klart ut med eget opplæringsprogram.

Pris er vurdert med best score for lavest pris. Det var ikke mye som skilte de forskjellige tilbyderne, 3 prosent skilte den billigste leverandøren til neste leverandør.

Oppsummering: Ut fra overnevnte tildelingskriterier er Gilde den leverandør som skiller seg ut med det økonomisk mest fordelaktige tilbudet..

[...]

Klagefrist er satt til 27. mars 2005."

(10) Vedståelsesfristen var i konkurransegrunnlaget satt til 27. mars 2005. Den 27. mars inngikk innklagede avtale med Gilde for leveranse av kjøttprodukter. Kontrakten ble formulert slik at dersom KOFA eller en

rettsinstans kommer til at innklagede har begått rettsbrudd, og at kontrakten skulle vært tildelt en annen, kan avtalen avsluttes uten oppsigelsesfrist.

Klager har i det vesentlige anført:

(11) I konkurransegrunnlagets opplisting av tildelingskriterier har innklagede åpnet for at de kan vektlegge andre forhold enn de 6 opplistede kriteriene ved å innta ordet "m.v." etter de oppramsede kriteriene.

(12) Det virker tilfeldig hvordan innklagede har vektlagt de ulike tildelingskriteriene. Det synes som om innklagede har følt seg forpliktet til å vektlegge alle kriteriene likt. Dette er en vilkårlig måte å vektlegge kriterier på. Det vises til innklagedes brev datert 23. desember 2004 sammenlignet med brevet datert 15. mars 2005.

(13) Innklagede har på tildelingskriteriet "kvalitet" gitt lik uttelling til alle leverandørene fordi kvaliteten er godkjent. Ingen av leverandørene har lik kvalitet. Innklagede pliktet derfor å gradere uttellingen på kvalitet. Det samme gjelder kriteriet service.

(14) Klager var innklagedes tidligere leverandør av kjøttprodukter. I forbindelse med den tidligere kontrakten har klager fått instruks om å benytte norsk kjøtt og ikke utenlandsk / afrikansk kjøtt. Det ble ikke stilt tilsvarende krav om norsk kjøtt i den påklagde konkurransen, uten at klager ble gjort spesielt oppmerksom på dette. Innklagede har brutt kravet til likebehandling ved ikke å opplyse overfor klager at de tidligere begrensningene til norske råvarer ikke skulle gjelde ved det nye anbudet.

Innklagede har i det vesentlige anført:

(15) Innklagede var kjent med at "m.v" ikke kan brukes som et kriterium, og valgte før anbudsåpning å få protokollert at det skulle sees bort fra "m.v" i evalueringen.

(16) Innklagede forstår forskrift om offentlige anskaffelser § 10-2 (2) slik at tildelingskriteriene kan vektlegges ulikt, men at dette i så fall må fremgå av konkurransegrunnlaget. I den aktuelle konkurransen ble tildelingskriteriene bevisst satt i uprioritert orden, da innklagede forventet at leverandørene ville strekke seg så langt som mulig i pris. Innklagede ønsket at alle kriteriene skulle telle likt. Innklagede har forholdt seg til dette gjennom hele konkurransen. Det vises til KOFA sak 2003/128 der det fastslås at det ikke er noen plikt til å rangere tildelingskriteriene. Når kriteriene ikke er prioritert, må de telle like mye.

(17) Det medfører ikke riktighet at endringen av kontraktstildeling fra Haugaland Storhusholdning AS til Gilde AS har sin bakgrunn i at innklagede forandret vektleggingen av kriterier. Grunnen til endringen er at det ved første gjennomgang ble gitt uttelling på et kriterium som ikke var omtalt i Haugaland Storhusholdning AS' tilbud. Innklagede måtte rette evalueringen som følge.

(18) Det medfører ikke riktighet at innklagede har unnlatt å skille mellom leverandørene, og at dette er i strid med regelverket om offentlige anskaffelser. Innklagede har vurdert de enkelte tilbudene og gitt uttelling for hvert kriterium. I dette ligger også at man kan oppnå samme uttelling for enkelte av kriteriene. Ved noen av kriteriene har innklagede også måttet bruke mer skjønn enn ved andre. Det ble foretatt en grundig vurdering av kvalitet og service. Produktene som ikke var kjente fra før, ble testet, og innklagede fant ikke at det var dokumenterbar forskjell på de tilbudte produktene. Kjøttet var av jevnt god kvalitet. Evalueringen var følgelig gradert, men resultatet ble likt.

(19) I vurderingen av tildelingskriteriet "service" ble referanser og innhold i tilbudsdokumentene vurdert, og resultatet ble at leverandørene var svært like på dette punktet. Innklagede fant ikke innhold som ga fradrag i poeng fra den

ene leverandøren til den andre.

(20) Innklagede kjenner ikke til noen instruks om å benytte norsk kjøtt og ikke utenlandsk/ afrikansk kjøtt. Vilårene ble sendt ut som anbudsgrunnlag til alle som spurte etter dokumentene. Ingen leverandører har fått tilsendt særskilt informasjon, da dette strider mot regelverket for offentlige anskaffelser.

Klagenemndas vurdering:

(21) Klager har deltatt i konkurransen og har saklig klageinteresse, jf forskrift om klagenemnd om offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Anskaffelsen reguleres av forskriftens del II.

(22) Det følger av forskriften § 10-2 (2) at alle kriteriene som vil bli lagt til grunn i tildelingen, skal oppgis enten i konkurransegrunnlaget eller i kunngjøringen.

(23) Innklagede listet i konkurransegrunnlaget opptilingskriteriene etterfulgt av forkortelsen "m.v.". Innklagede har med dette gitt uttrykk for at angivelsen ikke er uttømmende. Dette skapte en usikkerhet om hvilke kriterier som ville bli lagt til grunn i evalueringen av tilbudene. Usikkerheten ble ikke fjernet før etter tilbudsfristens utløp. Innklagede har således brutt forskriftens § 10-2 (2). Klagenemnda kan imidlertid ikke se at feilen har hatt noen betydning i dette tilfellet, ettersom feilen ikke er egnet til å påvirke tilbudenes innhold, og innklagede har protokollert at man ikke har tillagt tilføyelsen "m.v." noen vekt.

(24) Innklagede anfører at det var meningen at alle kriteriene skulle veie like mye. For å oppnå dette ble kriteriene listet i uprioritert rekkefølge.

(25) Henvisningen i konkurransegrunnlaget til en helhetsvurdering gir ikke grunn til å hevde at de nevnte kriterier skulle veie like mye. Tvert om peker henvisningen til en skjønsmessig vurdering, hvor de kriterier som er nevnt, ikke nødvendigvis vil ha like stor vekt.

(26) Klagenemnda har i sakene 2003/110 og 2003/236 lagt til grunn at når oppdragsgiver i forkant av konkurransen har bestemt prioriteringen av tildelingskriteriene, skal oppdragsgiver opplyse leverandørene om denne prioriteringen. Ettersom innklagede allerede ved utarbeidelsen av konkurransegrunnlaget hadde bestemt at kriteriene skulle veie like mye, brøt innklagede således forskriften § 10-2 (2) ved ikke å angi at tildelingskriteriene skulle vektet likt.

(27) Tildelingskriterier kan ikke brukes som minstekrav, men må skjønsmessig evalueres. Ordlyden i innklagedes vurdering av 4. februar 2005 og innklagedes e-post av 15. mars tyder på at tildelingskriteriet "kvalitet" er vurdert som et minimumskrav, og at evalueringen ikke har vært gradert, jf bruken av ordene "bestått" og "godkjent". Fremlagt dokumentasjon inneholder ikke opplysninger som tilsier at innklagede har foretatt en gradert evaluering av tildelingskriteriene, slik innklagede anfører.

(28) Innklagede har ikke gitt en nærmere begrunnelse for hvorfor leverandørene har fått lik uttelling på kriteriene kvalitet og service, og har ikke gitt klager tilstrekkelig grunnlag for å ta stilling til om det reelt sett var grunn til å skille tilbudene på disse punktene. Klagenemnda har således ikke nok opplysninger til å ta stilling til om det foreligger feil ved innklagedes skjønn her. Innklagede har imidlertid brutt kravet til etterprøvbarhet i loven § 5 ved ikke å kunne vise til noen dokumentasjon der det fremgår hvordan tildelingskriteriene ble vurdert for den enkelte leverandør.

(29) Det var ikke noe krav i konkurransegrunnlaget om at kjøttproduktene måtte være norske. Klagenemnda finner ikke at innklagede pliktet å presisere dette særskilt for klager.

Konklusjon:

Innkjøpssamarbeidet på Haugalandet i samarbeid med Sunnhordland interkommunale innkjøpsforum har brutt forskriftens § 10-2 (2) ved å gi uttrykk for at tildelingskriteriene ikke er uttømmende opplistet.

Innkjøpssamarbeidet på Haugalandet i samarbeid med Sunnhordland interkommunale innkjøpsforum har brutt forskriften § 10-2 (2) ved ikke å angi at tildelingskriteriene skulle vektas likt, når vektingen var bestemt ved utarbeidelsen av konkurransegrunnlaget.

Innkjøpssamarbeidet på Haugalandet i samarbeid med Sunnhordland interkommunale innkjøpsforum har brutt kravet til etterprøvbarhet i loven § 5 ved ikke å kunne vise til noen dokumentasjon der det fremgår hvordan tildelingskriteriene "kvalitet" og "service" ble vurdert.

For klagenemnda, Oslo 8. juni 2005

Per Christiansen



Forsiden
Nemndsmedlemmer
Saksbehandling
Regelverk
Innkomne saker
Statistikk
Årsrapporter
Dommer
Søk i avgjorte saker

Avgjorte saker:

[2003](#) [2004](#) [2005](#)

Besøksadresse

H. Heyerdalsgate 1
0033 Oslo

Postadresse

Postboks 8132 Dep
0033 Oslo

Tlf.: 22 33 70 10

Faks: 22 33 70 12

E-post:

postmottak@kofa.no

Avgjorte saker

Innklagede kunngjorde en åpen anbudskonkurranse for rammeavtale på matvarer. Innklagede brøt regelverket ved ikke å opplyse leverandørene om at alle tildelingskriteriene skulle veie like mye, til tross for at innklagede hadde bestemt seg for dette allerede ved utformingen av konkurransegrunnlaget, samt ved å innta ordet "m.v." i oppregningen av tildelingskriteriene. Utformingen av tildelingskriteriet "levering" var ikke tilstrekkelig klar. Innklagede brøt kravet til etterprøvbarehet ved manglende dokumentasjon for evalueringen som var foretatt, og innklagede ga heller ikke klager en begrunnelse som tilfredsstilte kravene i forskriftens § 3-8.

Klagenemndas avgjørelse 8. juni 2005 i sak 2005/104

Klager: Haugaland Storhusholdning

Innklaget: Innkjøpssamarbeidet på Haugalandet i samarbeid med Sunnhordland interkommunale innkjøpsforum

Klagenemndas medlemmer: Per Christiansen, Inger Marie Dons Jensen, Kai Krüger

Saken gjelder: Prioritering av tildelingskriterier. Kravet til forutberegnelighet. Klarhetskravet. Plikten til å gradere uttellingen på tildelingskriteriene. Kravet til etterprøvbarehet. Krav til nærmere begrunnelse.

Sakens bakgrunn:

(1) Innkjøpssamarbeidet på Haugalandet kunngjorde 4. november 2004 en åpen anbudskonkurranse for rammeavtaler på matvarer. Kunngjøringen ble 25. november 2004 rettet til å gjelde for Innkjøpssamarbeidet på Haugalandet i samarbeid med Sunnhordland interkommunale innkjøpsforum (heretter kalt innklagede). Konkurransen var delt inn i syv rammeavtaler gjeldende for hver sin varegruppe, herunder en gruppe for kjøttvarer og pålegg. Anskaffelsens verdi ble anslått til å være ca. NOK 20 millioner.

(2) Av konkurransegrunnlaget fremgikk bl.a. følgende:

"7) Leverings- og betalingsvilkår

Alle varer skal leveres fraktfritt til institusjoner, avdelinger og kontor i overnevnte kommuner. Leveringsbetingelser er "DDP (Incoterms 2000)".

[...]

Leverandør(er) må sørge for vederlagsfritt å gi opplæring i bruk av nye produkt dersom kommunene ønsker det, og evt. gi tilbud om opplæring av nyansatte.

[...]

10) Valg av leverandør

Tilbud vil bli vurdert ut i fra en helhet av det som er det økonomisk beste tilbudet, der pris, kvalitet, levering, utvalg, service, opplæring m.v. vil bli lagt vekt på."

(3) I alt 15 leverandører leverte inn tilbud på en eller flere av varegruppene, herunder Haugaland Storhusholdning AS (heretter kalt klager) som leverte tilbud på varegruppen for kjøtt.

(4) Under evalueringen av tilbudene tok innklagede kontakt med de leverandørene som ikke allerede var kjent for kommunen, for prøvesmaking og sjekking av konsistens på varegruppene. Det ble tatt notater fra prøvesmakingen.

(5) I et internt anbefalingsbrev skrev innklagede blant annet dette:

"C: Kjøttvarer

Etter at prosjektgruppen har vært og prøvesmakt diverse kjøttprodukter/fisk fra Haugaland storhusholdning som fikk karakteren bestått. Vi anbefale Haugaland storhusholdning som leverandør av kjøttvarer på bakgrunn av pris."

(6) Av e-post fra innklagede til leverandørene datert 4. februar 2005 fremgår dette:

"Etter vurdering av tilbudet opp mot tildelingskriteriene, har gruppen kommet frem til følgende anbefaling, og vi har intensjon om å inngå avtale om levering som følger:

[...]

C: Kjøttvarer

Haugaland storhusholdning

[...]

Eventuell klage på vedtak må være kommunen i hende innen 14.02.05'

(7) Avgjørelsen ble påklaget. Det ble deretter gjennomført en ny gjennomgang av tilbudene med ny vurdering mot tildelingskriteriene. Innklagede oppdaget da at opplæring var utelatt i klagers og en annen leverandørs tilbud. I en udatert matrise som innklagede omtaler som "vurdering av tildelingskriteria" står dette om den nye evalueringen:

"

Leverandør	[klager]	Gilde
Kriteria		
Kvalitet	8	8
Levering	10	9
Utvalg	8	9
Service	8	8
Opplæring	0	9
Pris	10	9,7
SUM	44	53,7

”

(8) Det ble også gitt en kort kommentar til poenggivningen på kriteriet "levering".

(9) I e-post til leverandørene datert 15. mars skrev innklagede bla dette:

"Etter mange tilbakemeldinger fra medlemmene i faggruppen har vi valgt å kvalitetssikre anbudet på kjøtt. Eks. er pris vektet for høyt og opplæring for lavt – vi har ikke satt noen % fordeling på de forskjellige kriteriene i tilbudet, alle skal derfor telle likt. Vi kan bare beklage."

I vedlegg til e-posten het det bl a:

"Endring i anbefaling i valg av leverandør for kjøttprodukt

Som følge av klage fra en leverandør samt nye innspill fra medlemmene av faggruppa har vi på nytt gjennomgått anbud og målt dem opp mot utlyste tildelingskriterier.

Det viste seg at priskriteriet var blitt for høyt vektet i forhold til de andre tildelingskriterier.

Våre tildelingskriterier:

Kvalitet på kjøttvarene: Alle har fått høy score for kvaliteten, den er godkjent hos alle tilbydere.

Levering: De fleste leverandørene hadde levering 1-2 ganger pr. uke bortsett fra Gilde som skåret best med mulighet for levering sammen med Tine.

Utvalg: Her skilte Gilde, Grindheim og Toma seg klart ut med større utvalg.

Service: Alle har fått lik score på service.

Opplæring: Toma og Gilde skilte seg klart ut med eget opplæringsprogram.

Pris er vurdert med best score for lavest pris. Det var ikke mye som skilte de forskjellige tilbyderne, 3 prosent skilte den billigste leverandøren til neste leverandør.

Oppsummering: Ut fra overnevnte tildelingskriterier er Gilde den leverandør som skiller seg ut med det økonomisk mest fordelaktige tilbudet..

[...]

Klagefrist er satt til 27. mars 2005."

(10) I brev til innklagede datert 18. mars ba klager om en nærmere begrunnelse for valget. I brev til innklagede datert 21. mars ble avgjørelsen påklaget av klager.

(11) Vedståelsesfristen var i konkurransegrunnlaget satt til 27. mars 2005. Den 27. mars inngikk innklagede avtale med Gilde for leveranse av kjøttprodukter. Kontrakten ble formulert slik at dersom KOFA eller en rettsinstans kommer til at innklagede har begått rettsbrudd, og at kontrakten skulle vært tildelt en annen, kan avtalen avsluttes uten oppsigelsesfrist.

(12) I brev til klager datert 12. april skrev innklagede blant annet dette:

*"Kriteriene ble **ikke** angitt i prioritert rekkefølge/ vektet i vår kunngjøring/ konkurransegrunnlag. Etter vår vurdering skal dermed kriteriene telle like mye.*
[...]

Ad begrunnelse for ny tildeling

Avgjørende forskjell mellom Haugaland Storhusholdning AS (HS) og Gilde AS er kriteriet Opplæring. Opplæring var ikke nevnt i tilbudet / anbudsdokumentene til HS. Ved en feil ble dette imidlertid først kreditert tilbudet til HS."

Klager har i det vesentlige anført:

(13) Partene ble ikke gitt en rimelig frist iht forskriftens § 10-3 før avtale ble inngått. Isolert sett kan tolv dager anses for å være en rimelig frist. Imidlertid ble brevet mottatt av klager 18. mars, som var fredag før palmesøndag. Den 27. mars var første påskedag, slik at reelt var fristen kun 2,5 virkedager. Dette er ikke en rimelig frist.

(14) Innklagede har brutt kravet til forutberegnelighet ved å komme til to vesentlig forskjellige svar ut fra identiske forutsetninger.

(15) Kravet til forutberegnelighet er brutt ved å innta ordet "m.v." etter de oppramsede kriteriene. Det er sannsynligvis tatt hensyn til kriterier som ikke er opplistet på forhånd.

(16) Innklagede har på tildelingskriteriet "kvalitet" gitt lik uttelling til alle leverandørene fordi kvaliteten er godkjent. Ingen av leverandørene har lik

kvalitet. Innklagede pliktet derfor å gradere uttellingen på kvalitet.

(17) Det gir ingen mening når innklagede skriver at det "ikke var mye som skilte de forskjellige tilbyderne, 3 prosent skilte den billigste leverandøren til neste leverandør". Anbudet gjelder et så høyt beløp at 3% utgjør millionbeløp. Forskjellen mellom den beste og de øvrige leverandørene blir dermed større. Konkurranses grunnlaget tydet dessuten på at det kun var pris som skulle vurderes.

(18) I konkurranses grunnlaget er det ikke opplyst eller henvist til hvordan man skal vise kvalitet, gi uttrykk for levering, service eller opplæring. Dette medfører at det kun er pris innklagede har anledning til å vurdere. De har ikke grunnlag for å foreta en evaluering av de øvrige kriteriene på bakgrunn av den informasjonen som er etterspurt i konkurranses grunnlaget.

(19) I konkurranses grunnlaget sto det at man eventuelt skulle gi tilbud om opplæring av nyansatte. Det er umulig å benytte opplæring som et tildelingskriterium når man ikke samtidig stiller absolutte krav om at man skal innlevere informasjon om opplæringstiltak man skal tilby.

(20) Det er ikke opplyst et eneste moment eller underkriterium som viser eller gir anvisning på hvordan man har tenkt å vurdere kriteriet "levering".

(21) Det er ikke opplyst hvordan man ser for seg at kriteriet "kvalitet" skal vurderes, eller hvilke faktorer som skal legges til grunn ved en slik vurdering. Det blir dermed helt umulig å foreta en fornuftig vurdering av kriteriet "kvalitet". Tilsvarende kan anføres overfor kriteriet "service".

(22) "Utvalg" vises for så vidt ved innlevering av produkt/prisbok, men innklagede anga ikke hvilket utvalg som skulle legges til grunn i vurderingen.

(23) Innklagede har gitt en mangelfull begrunnelse, da den ikke gir leverandørene tilfredsstillende grunnlag for å vurdere behandlingen av sine egne tilbud. Det er ikke opplyst hvordan innklagede har vurdert tildelingskriteriene, eller hvilke opplysninger som ligger til grunn for vurderingen.

(24) Valgte leverandørs tilbud skulle vært avvist. Det står i protokollen at tilbudet mangler referanser. Referanser var det ikke anledning til å ettersende.

(25) Klagenemnda bes uttale seg om det er grunnlag for å kreve erstatning for den positive kontraktsinteressen.

Innklagede har i det vesentlige anført:

(26) Innklagede bestrider å ha brutt regelverket om offentlige anskaffelser.

(27) Innklagede har inngått en midlertidig avtale med Gilde AS før vedståelsesfristens utløp. Denne er imidlertid utformet slik at dersom innklagede skulle få en negativ uttalelse fra KOFA, kan avtalen avvikles uten oppsigelsesfrist. For øvrig ble leverandørene gitt tolv dagers klagefrist. Dette anses som rimelig tid.

(28) Begrunnelsen for at innstillingen måtte endres, var at innklagede hadde gjort en feil i evalueringen, slik at klager ble gitt for høy uttelling på tildelingskriteriet "opplæring". Innklagede beklager at den første innstillingen ga klager en forventning, men mener at det var korrekt å rette feilen som var begått. Klager nevner ingen ting om opplæring i sitt tilbud. Det ville være galt å la klager supplere tilbudet sitt mht opplæring etter tilbudsfristens utløp.

(29) Innklagede var kjent med at "m.v." ikke kan brukes som et kriterium,

og valgte før anbudsåpning å få protokollert at det skulle sees bort fra "m.v." i evalueringen. "M.v." har således ikke hatt noen innvirkning på resultatet av konkurransen.

(30) Det er gjort selvstendige vurderinger av kriteriene. Skjønn er i noen tilfeller lagt til grunn sammen med referanser og erfaring for de kriteriene som ikke er målbare.

(31) Når kriterier er listet opp i konkurransegrunnlaget, har leverandørene en oppfordring til å si noe om disse punktene. Innklagede mener at dette er tilstrekkelig. De andre leverandørene har besvart kriteriene i sine tilbud. Evalueringen av tilbudene ble gjort ut fra tildelingskriterier som var listet i uprioritert rekkefølge. Dette skulle gi en klar melding om at alle tildelingskriteriene ville telle likt.

(32) Valgte leverandørs tilbud inneholdt alle papirer som var forespurt, inkludert referanser. Innklagede skrev først "mangler referanser" i protokollen, men fant etter hvert at referansene faktisk lå vedlagt tilbudet. Innklagede tilføyde derfor "ok" i marginen.

(33) Det foreligger ikke grunnlag for å tilkjenne klager erstatning. Avtalen med Gilde er midlertidig, og regelverket er dessuten fulgt.

Klagenemndas vurdering:

(34) Klager har deltatt i konkurransen og har saklig klageinteresse, jf. forskrift om klagenemnd om offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Anskaffelsen reguleres av forskriftens del II.

Bruk av "m.v."

(35) Det følger av forskriften § 10-2 (2) at alle kriteriene som vil bli vurdert ved tildelingen, skal oppgis enten i konkurransegrunnlaget eller i kunngjøringen.

(36) Innklagede listet i konkurransegrunnlaget opp tildelingskriteriene etterfulgt av forkortelsen "m.v.". Innklagede har med dette gitt uttrykk for at angivelsen ikke var uttømmende. Dette skapte en usikkerhet om hvilke kriterier som ville bli lagt til grunn i evalueringen av tilbudene. Denne usikkerheten ble ikke fjernet før etter tilbudsfristens utløp. Innklagede har således brutt forskriftens § 10-2 (2). Klagenemnda kan imidlertid ikke se at feilen har hatt noen betydning i dette tilfellet, ettersom feilen ikke er egnet til å påvirke tilbudenes innhold, og innklagede har protokollert at man ikke har tillagt tilføyelsen "m.v." noen vekt.

Tildelingskriteriene

(37) I utgangspunktet har innklagede ved å angi tildelingskriterier gitt leverandørene en oppfordring til å beskrive forhold relatert til tildelingskriteriene. Kravet til klarhet som er utledet av prinsippene i lovens § 5 kan imidlertid medføre at innklagede i forhold til enkelte kriterier må gi tilleggsopplysninger i konkurransegrunnlaget, slik at leverandørene gis reell mulighet til å forstå hva oppdragsgiver vil legge vekt på ved evalueringen.

(38) Ved å nevne "opplæring" som ett tildelingskriterium har innklagede gitt leverandørene en oppfordring til å innta informasjon om dette i sine tilbud. Innklagede har i konkurransegrunnlagets punkt 7 om leverings- og betalingsvilkår angitt at leverandør "må ... gi opplæring i bruk av nye produkt", dersom det kreves. Dette anses klart nok.

(39) I utgangspunktet må innklagede anses å ha angitt tildelingskriteriet "utvalg" på en tilstrekkelig klar måte ved å be leverandørene fylle ut en produkt-/priskatalog som lå ved konkurransegrunnlaget. Klagenemnda finner ikke at

innklagede pliktet å oppgi hvilke enkeltprodukter som ville bli vurdert under dette kriteriet, så lenge innklagede foretok en saklig og forsvarlig vurdering av utvalget.

(40) Klagenemnda finner det heller ikke uklart hvilke forhold som vil være relevante i vurderingen av tildelingskriteriet "kvalitet", når det gjelder leveranse av matprodukter.

(41) Tildelingskriteriet "levering" kan derimot synes uklart. Konkurranses grunnlaget anga leveringsbetingelser i punkt 7. For øvrig ga ikke innklagede leverandørene veiledning i hva som ville bli vurdert under kriteriet. I evalueringsskemaene fremstår det som uklart hvilke forhold som har vært relevante i evalueringen av kriteriet. Dette synes imidlertid ikke å ha hatt betydning for klager, som har fått full uttelling på dette kriteriet.

Endring av tildelingsbeslutningen

(42) Det følger av forskriften § 10-3 (3) at dersom oppdragsgiver etter at meddelelse om tildeling er gitt, finner at beslutningen om å tildele kontrakt ikke er i samsvar med § 10-2, kan beslutningen annulleres. Når innklagede oppdaget at et galt faktum var lagt til grunn i evalueringen av klagers tilbud, var det korrekt av innklagede å korrigere evalueringen og legge riktig faktum til grunn. Innklagede anfører for øvrig at den relative vekten av tildelingskriteriene i den nye evalueringen ikke var endret. Klagenemnda legger dette til grunn.

Evaluering og begrunnelse

(43) I vurderingen av tildelingskriteriet "pris" har innklagede benyttet skalaen 0-10, der 10 poeng er gitt for den laveste prisen, mens en 3 % høyere pris har fått 9,7 poeng. Det er således en liten del av skalaen som er benyttet, til tross for at forskjellen i pris utgjør store summer. I vurderingen av tildelingskriteriet "utvalg" er det imidlertid et helt poeng som skiller klager og den valgte leverandøren. Forskjellen i utvalg er således gitt like stor vekt som en prisforskjell på 10%, om en tar utgangspunkt i den anvendte vekt for pris. I vurderingen av tildelingskriteriet "opplæring" er derimot hele skalaen benyttet, i det klager har fått tildelt 0 poeng, og den valgte leverandøren 10 poeng. Til tross for at innklagede anfører at de har latt alle tildelingskriteriene telle likt, tyder dette på at kriteriene i realiteten er vektet ulikt. Resultatet av evalueringsskemaet er at små forskjeller på fem av kriteriene vil kunne få store utslag sammenlignet med forskjellene i tilbudt pris. Den relative vekt som tildelingskriteriet "pris" er gitt i denne sak, fremstår etter klagenemndas oppfatning som uventet. Innklagede har derfor brutt lovens § 5, kravet til forutberegnelighet, ved å legge uventet liten vekt på tildelingskriteriet pris.

-

(44) Tildelingskriterier ved valg av det økonomisk mest fordelaktige tilbud kan ikke brukes bare som minstekrav, de må også evalueres og graderes. Ordlyden i innklagedes vurdering av 4. februar 2005 og innklagedes e-post av 15. mars tyder på at tildelingskriteriet "kvalitet" er vurdert som et minimumskrav, og at evalueringen ikke har vært gradert, jf bruken av ordene "bestått" og "godkjent". Fremlagt dokumentasjon inneholder ikke opplysninger som tilsier at innklagede har foretatt en gradert evaluering av tildelingskriteriet, slik innklagede anfører.

(45) Klagenemnda har ikke nok opplysninger til å ta stilling til om det foreligger feil ved innklagedes skjønn her. Innklagede har imidlertid brutt kravet til etterprøvnbarhet i loven § 5 ved ikke å kunne vise til noen dokumentasjon, der det fremgår hvordan tildelingskriteriet "kvalitet" ble vurdert for den enkelte leverandør.

(46) Innklagede har også brutt kravet til nærmere begrunnelse i

forskriftens § 3-8, ved ikke å kunne vise til noen dokumentasjon, der det fremgår hvordan tildelingskriteriene ble vurdert for den enkelte leverandør.

Klagefrist

(47) Det følger av forskriftens § 10-3 (2) at meddelelse om valg av leverandør blant annet skal inneholde en frist for å klage. E-posten med innstilling på valg av leverandør ble sendt til innklagede 15. mars 2005 med klagefrist 27. mars 2005. Klager hadde således 6 dagers klagefrist. Klagenemnda finner ikke grunn til å ta stilling til om denne fristen var tilstrekkelig lang, ettersom innklagede ennå ikke har inngått noen endelig avtale med den valgte leverandøren.

Konklusjon:

Innkjøpssamarbeidet på Haugalandet i samarbeid med Sunnhordland interkommunale innkjøpsforum har brutt forskriftens § 10-2 (2) ved å gi uttrykk for at tildelingskriteriene ikke var uttømmende opplistet.

Innkjøpssamarbeidet på Haugalandet i samarbeid med Sunnhordland interkommunale innkjøpsforum har brutt kravet til klarhet slik det er utledet av prinsippene i lovens § 5, ved

utformingen av tildelingskriteriet "levering".

Innkjøpssamarbeidet på Haugalandet i samarbeid med Sunnhordland interkommunale innkjøpsforum har brutt kravet til etterprøvbarhet i loven § 5, ved ikke å kunne vise til noen dokumentasjon der det fremgår hvordan tildelingskriteriet "kvalitet" ble vurdert.

Innkjøpssamarbeidet på Haugalandet i samarbeid med Sunnhordland interkommunale innkjøpsforum har brutt forskriftens § 3-8 ved ikke å gi en tilfredsstillende begrunnelse til klager.

For klagenemnda, Oslo 8. juni 2005

Per Christiansen



Forsiden
Nemndsmedlemmer
Saksbehandling
Regelverk
Innkømne saker
Statistikk
Årsrapporter
Dommer
Søk i avgjorte saker

Avgjorte saker:
[2003](#) [2004](#) [2005](#)

Besøksadresse
H. Heyerdalsgate 1
0033 Oslo

Postadresse
Postboks 8132 Dep
0033 Oslo

Tlf.: 22 33 70 10

Faks: 22 33 70 12

E-post:
postmottak@kofa.no

Avgjorte saker

Sykehuset i Vestfold avholdt en åpen anbudskonkurranse vedrørende levering av pasientterminaler ved sykehuset. Klagenemnda kom til at tildelingskriteriene "Pris og funksjonsmessige egenskaper (inkl. leveransekostnader, drift og levetidskostnader)" og

"Miljøforhold (støy, utslipp m.v.)" var utformet i tråd med anskaffelsesregelverkets krav. Forskrift om offentlige anskaffelser § 10-2 ble imidlertid ansett brutt siden leverandørenes "Erfaring/referanser" inngikk i vurderingen av det økonomisk mest fordelaktige tilbudet.

Klagenemndas avgjørelse 8. juni 2005 i sak 2005/111

Klager: Nexans Distribusjon AS

Innklagede: Sykehuset i Vestfold HF

Klagenemndas medlemmer: Per Christiansen, Inger Marie Dons Jensen, Kai Krüger

Saken gjelder: tildelingskriterier, vektlegging av forhold ved leverandøren i

tilbudsevalueringen

Sakens bakgrunn:

(1) Sykehuset i Vestfold (heretter kalt innklagede) kunngjorde 14. oktober 2004 en åpen anbudskonkurranse om levering av pasientterminaler ved sykehuset. Det ble konkurrert om å levere det økonomisk mest fordelaktige tilbudet, basert på følgende tildelingskriterier oppgitt i uprioritert rekkefølge:

"- Pris og funksjonsmessige egenskaper (inkl. leveransekostnader, drift og levetidskostnader)

- Leveringstid

- Leveringssikkerhet

- Erfaring/referanser

- Tekniske løsninger

- *Teknisk bistand/montasje*
- *Miljøforhold (støy, utslipp m.v.)*
- *Sikkerhet i driftsprosessen*
- *Service og responstid*
- *Servicevennlighet*
- *Opplæringsprogram*
- *Dokumentasjon*
- *Design og estetiske egenskaper*
- *Ergonomi*".

(2) I konkurransegrunnlaget ble leverandørene bedt om å fylle ut en matrise for å oppgi forventede levetidskostnader. Det skulle angis et beløp pr år på driftskostnader inklusive forbruksvarer og vedlikeholdskostnader basert på alternativ 1 (vedl. vedlikehold/service/forbruk: Forebyggende vedlikehold inklusiv telefonsupport, reise og diett). Ved levetid lengre enn ti år ble priser oppgitt på et eget ark.

(3) Konkurransegrunnlaget åpnet for følgende opsjoner på omfang av service- og vedlikeholds kontrakt:

"Som opsjon i tilbudet skal det spesifiseres årskostnad for service etter følgende alternativer:

Nr	Beskrivelse av ønsket ytelse
1	Forebyggende vedlikehold inklusiv telefonsupport, reise og diett
2	Forebyggende vedlikehold inklusiv telefonsupport, reise og diett og reparasjonsservice
3	Forebyggende vedlikehold inklusiv telefonsupport, reise og diett, reparasjonsservice og reservedeler, unntak spesifiseres
4	Eventuelt tillegg for programvedlikehold
5	Eventuelt tillegg for fjerndiagnose og feilretting via telelinje
6	Service uten avtale (timebetaling arbeid/reise)

(Alternativene korresponderer med AKS 2000)

For alle alternativer angis:

X	Tilkallingstid – antall timer, hverdager – klokkeslett	
X	Tilkallingstid – antall timer, andre dager – klokkeslett	
X	Oppetidsgaranti	"

(4) Tre leverandører innga tilbud i konkurransen, herunder Cardiac AS og Nexans Distribusjon AS (heretter kalt klager). Etter tilbudsinnleveringen ble det avholdt både presentasjoner og studiebesøk hvor de tre leverandørene fikk anledning til å foreta en nærmere presentasjon av firma og tilbudte produkter for innklagedes evalueringsgruppe. Under evalueringen ble uklartheter i leverandørenes tilbud avklart.

(5) Innklagede meddelte i brev datert 13. april 2005 at tilbudet fra Cardiac AS ble vurdert som det økonomisk mest fordelaktige. Klager ble i en senere oversendelse gitt begrenset innsyn i innklagedes evalueringsprotokoll samt leverandørenes totalpriser. I tillegg er klager gitt følgende begrunnelse for innklagedes valg av tilbud:

"Som det fremgår av konklusjonen i vedlagte evalueringsprotokoll, har SiV ved den konkrete sammenligningen av tilbudene funnet grunn til å legge vekt på at Cardiac AS sin tilbudte pasientterminal generelt scorer meget godt i forhold til alle de tilkjennegitte tildelingskriterier. Sammenliknet med de øvrige tilbud har SiV lagt særlig vekt på at pasientterminalen fra Cardiac AS anses å ha de beste funksjonsmessige egenskapene, tekniske løsninger, miljøforhold, sikkerhet i driftsperioden og design og estetiske egenskaper. Under funksjonalitet har SiV funnet særlig grunn til å fremheve at terminalene er svært pasientvennlige og har veldig gode hygieniske egenskaper. Hygiene fordi en slik løsning vil kunne være en kilde for overføring av smitte. Det har blitt lagt vekt på terminalens overflate, integrasjon og kobling mellom terminal, arm og veggkanal.

Nexans tilbud er vurdert svakere enn Cardiac AS sitt tilbud som følge av blant annet svakere funksjonelle og tekniske løsninger. Nexan hadde i utgangspunktet de laveste tilbudspriser ved anbudsåpningen. Evalueringen har imidlertid avdekket at anbudet ikke er tilfredsstillende priset på flere poster. Tilbudet til Nexans anses for å være mer ufullstendig i prisingen av funksjonaliteten. Estimert er ikke bindende og SiV anser derfor den økonomiske risiko i Nexans tilbud som høyere enn i tilbudet fra Cardiac. Ved den konkrete sammenligningen med Cardiac AS har SiV valgt å ta ut disse postene. Ved en konkret sammenligning uten disse postene er Cardiac AS lavere i pris enn Nexans. SiV legger opp til en viss andel egen drift av systemet. De økonomiske månedlige utgifter ved laveste tilbud på driftskonsept, er såpass like at de ikke er vektlagt i innstillingen. Prisdifferansen er uansett liten, og SiV har således ikke funnet grunnlag for å legge avgjørende vekt på dette i den samlede vurderingen."

(6) Innklagede har ved midlertidig forføyning av 27. april 2004 blitt pålagt å avvente kontraktsinngåelse til klagenemnda har truffet en avgjørelse i saken.

Klager har i det vesentlige anført:

(7) Innklagede har brutt regelverket for offentlige anskaffelser.

(8) Flere av tildelingskriteriene som er anvendt, er ulovlige.

(9) Tildelingskriteriet "*Levetidskostnader*" er ikke utformet tilstrekkelig klart til leverandørene kan forstå hva kriteriet er ment å vurdere. Selv om kriteriet åpenbart kan omfatte utgifter også overfor tredjemenn, er kriteriet vurdert som et underkriterium av tildelingskriteriet "*Pris og funksjonalitet*". At innklagede valgte å se bort fra kriteriet under evalueringen, viser at kriteriet er for vagt til å kunne anvendes på en forutsigbar måte. Innklagede har ikke lagt fram evalueringene av kriteriet, og har heller ikke forsøkt å definere hvilke konkrete utgiftsposter kriteriet var ment å dekke.

(10) Det bryter videre med kravene til likebehandling og gjennomsiktighet når innklagede ba leverandørene om selv å fylle ut levetidskostnadene uten at det ble gitt noen veiledning eller direktiver med hensyn til hva beløpet skulle baseres på. Det er da heller ikke bedt om noen form for dokumentasjon på at de opplysningene leverandøren ga, er korrekte.

(11) Tildelingskriteriet "*Miljøforhold (støy, utslipp m.v.)*" er ikke utformet tilstrekkelig klart siden tilføyelsen av "*m.v.*" viser at kriteriet ikke uttømmende angir hva som vil bli vurdert. Selv om innklagede har opplyst at andre forhold enn støy og utslipp ikke ble vurdert, kunne også andre momenter gått inn i vurderingen, og da avstanden mellom tilbudene etter det opplyste ikke var stor, kan dette ha påvirket tilbudsevalueringen.

(12) Tildelingskriteriet "*Erfaring*" savner den nødvendige tilknytningen til leveransen og har ingen verdi for innklagede ut over hva som kunne vært ivaretatt i kvalifikasjonsvurderingen. Kontrakten består av klare resultatforpliktelser, ikke innsatsforpliktelser, og kvaliteten på produktene vil

være den samme, uavhengig av leverandørenes erfaringer. Leverandørenes erfaring kan i den foreliggende anskaffelsen ikke påvirke kvaliteten på selve ytelsen, bare indikere risiko for kontraktsbrudd. Dette er selve kjernen i den vurdering oppdragsgiver skal foreta i kvalifikasjonsfasen.

Innklagede har i det vesentlige anført:

(13) Innklagede bestrider å ha brutt regelverket for offentlige anskaffelser.

(14) Innklagede har vektlagt "*Levetidskostnader*" som et underkriterium i vurderingen av tildelingskriteriet "*Pris og funksjonsmessige egenskaper*". Hva som er ment å vurderes under "*Levetidskostnader*", fremkommer tilstrekkelig klart av konkurransegrunnlaget lest i sammenheng. Konkurransegrunnlagets anbudsskjema inneholder også et eget regnearksystem som leverandørene ble bedt om å fylle ut. Levetidskostnadene er basert på en netto – nåverdibetraktning på sumtallene pr år. Dette er den vanlige måten å betrakte fremtidige kostnadsstrømmer på.

(15) Regnearksystemet for beregning av levetidskostnader viser til AKS 2000 som er et generelt avtaleverk som ble opprettet mellom Leverandørforeningen og den offentlige helsesektor. Det er således bedt om at tallmaterialet skulle baseres på en kjent standard i markedet. Klager må selv bære risikoen for at han eventuelt ikke er kjent med bransjenormen på området.

(16) Ved den konkrete evalueringen har det vist seg at klager valgte å presentere en løsning som avviker fra det som de to andre leverandørene presenterte. Dette innebar at innklagede ikke kunne gjøre direkte sammenligninger mellom leverandørene på de tallene som foreligger. Innklagede har derfor ikke hatt grunnlag for å legge vekt på levetidskostnader i evalueringen.

(17) Eventuelle feil forbundet med vurderingen av levetidskostnader har under enhver omstendighet ikke hatt betydning for utfallet av konkurransen.

(18) Tildelingskriteriet "*Miljøforhold (støy, utslipp m.v.)*" er utformet i tråd med kravene til klarhet og forutberegnelighet. Forkortelsen "m.v." indikerer at oppstillingen av forhold som skal vurderes under tildelingskriteriet, ikke er uttømmende, men at det først og fremst er støy og utslipp som ville bli vurdert. Ved evalueringen viste det seg at det ikke forelå grunnlag for å vurdere andre forhold enn støy og utslipp.

(19) For øvrig vil innklagede bemerke at ingen av leverandørene, heller ikke klager, henvendte seg til innklagede før tilbudsfristens utløp for å få presisert innholdet av tildelingskriteriene. Dette trekker i retning av at forståelsen av kriterienes innhold ikke var beheftet med usikkerhet.

(20) Tildelingskriteriet "*Erfaring*" er egnet til å identifisere det økonomisk mest fordelaktige tilbudet. Praksis fra EF-domstolen og KOFA viser at det er en viss adgang til å vektlegge forhold ved leverandøren i vurderingen av tilbudene. Det er ikke riktig at anskaffelsen er en ordinær vareleveranse, og en vurdering av leverandørenes erfaring representerer en økonomisk verdi for innklagede. Ut fra innklagedes vurdering innebærer anskaffelsen en ikke ubetydelig grad av utvikling i forhold til det som er tilgjengelig på markedet på det nåværende tidspunkt. Leveransen er følgelig forbundet med en ikke ubetydelig grad av innsatsforpliktelse. Dette understøttes ved at klager bare har kunnet angi estimat på kostnaden på flere av de etterspurte funksjonene, mens valgte leverandør har hatt erfaringsgrunnlag til å gi fastpris. Leverandørens erfaringer blir således i dette tilfellet et oppdragsspesifikt forhold som blant annet viser sannsynligheten for at leverandøren vil være i stand til å levere de tilbudte produkter.

Klagenemndas vurdering:

(21) Klager har deltatt i konkurransen og har saklig klageinteresse, jf forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Anskaffelsen følger etter sin art og verdi reglene i forskrift om offentlige anskaffelser del II, jf § 2-2.

Utformingen av tildelingskriteriene

(22) Det følger av forskrift om offentlige anskaffelser § 10-2 (2) at samtlige forhold som vektlegges i evalueringen av tilbudene, skal oppgis i kunngjøringen eller konkurransegrunnlaget. Klagenemnda har i flere tidligere saker lagt til grunn at et tildelingskriterium må utformes så presist at en normalt forstandig leverandør gis muligheten til å forutse hvilke momenter som vil bli vektlagt i bedømmelsen av kriteriet.

(23) Under tildelingskriteriet "*Pris og funksjonsmessige egenskaper*" opplyste konkurransegrunnlaget at "*leveransekostnader, drift og levetidskostnader*" ville bli vektlagt. Vurderingen av "*levetidskostnader*" skjedde på grunnlag av opplysninger gitt i et regneark vedlagt konkurransegrunnlaget.

Kriteriet er etter klagenemndas mening tilstrekkelig klart utformet. Leverandørene skal gi en rekke opplysninger på regnearket, som blant annet viser til standardkontrakten AKS 2000. Leverandørene må kunne forutse at disse opplysningene og utgiftsanslagene skal inngå i bedømmelsen av underkriteriet.

Det er noe uklart hva klager anfører vedrørende utgifter overfor tredjemenn. Klagenemnda forutsetter at slike utgifter på vanlig måte må inngå i klagers anslag.

(24) I konkurransegrunnlaget er tildelingskriteriet "*Miljøforhold*" oppgitt med tillegget "*(støy, utslipp m.v.)*". Bruken av tillegget "*m.v.*" indikerer at oppregningen av underpunkter ikke er uttømmende angitt. At eksemplifiseringen ikke er uttømmende angitt, kan imidlertid ikke i seg selv være avgjørende i vurderingen av om tildelingskriteriet gir leverandørene mulighet til å forutse hvilke forhold som skal vurderes. Begrepet "*Miljøforhold*" setter rammer for hvilke forhold som naturlig kan inngå i bedømmelsen av tildelingskriteriet, og klagenemnda kan ikke se at dette stiller seg annerledes ved at innklagede i tillegg har gitt eksempler på momenter som vil inngå i vurderingen. Klagenemnda har etter dette kommet til at tildelingskriteriet "*Miljøforhold (støy, utslipp m.v.)*" er utformet tilstrekkelig presist til å tilfredstille regelverkets krav til klarhet.

Vektlegging av forhold ved leverandøren i tildelingsfasen

(25) Klagenemnda har i flere tidligere saker fortolket regelverket slik at forhold ved leverandøren under gitte omstendigheter kan vektlegges i evalueringen av tilbudene. Denne rettsoppfatningen er for øvrig også lagt til grunn i domspraksis. For at et tildelingskriterium skal kunne benyttes i vurderingen av hvilket tilbud som er det økonomisk mest fordelaktige, jf. forskriften § 10-2 (2), må kriteriet blant annet være knyttet til leveransen og representere en verdi for oppdragsgiver.

(26) Pasientterminaler av denne art er etter det opplyste i liten grad benyttet ved norske sykehus. Leveransen forutsetter antakelig utvikling av nye produkter og spesialtilpasning til sykehusbruk. Klagenemnda finner likevel at det er tale om en vareanskaffelse hvor tilvirknings-/innsats-elementet ligger i forkant. Leverandørenes erfaring/referanser er da ikke knyttet til den konkrete leveransen og kan ikke oppstilles som tildelingskriterium.

Konklusjon:

Sykehuset i Vestfold har brutt forskrift om offentlige anskaffelser § 10-2 (2) ved å angi erfaring/referanser som tildelingskriterium.

For klagenemnda, Oslo 8. juni 2005

Inger Marie Dons Jensen



Forsiden
Nemndsmedlemmer
Saksbehandling
Regelverk
Innkommne saker
Statistikk
Årsrapporter
Dommer
Søk i avgjorte saker
Avgjorte saker:
[2003](#) [2004](#) [2005](#)

Besøksadresse
H. Heyerdalsgate 1
0033 Oslo
Postadresse
Postboks 8132 Dep
0033 Oslo
Tlf.: 22 33 70 10
Faks: 22 33 70 12
E-post:
postmottak@kofa.no

Avgjorte saker

I en konkurranse med forhandling ble det ikke gjennomført reelle forhandlinger med leverandørene. Klagenemnda konstaterer at innklagede ved dette hadde brutt forskrift om offentlige anskaffelser § 16-3.

Klagenemndas avgjørelse 8. juni 2005 i sak 2005/101

Klager: Automatikk & Hygiene Partner AS

Innklagede: Statens legemiddelverk

Klagenemndas medlemmer: Inger Marie Dons Jensen, Kai Krüger, Per Christiansen

Saken gjelder: tildelingskriterier, gjennomføring av forhandlinger

Sakens bakgrunn:

(1) Statens legemiddelverk (heretter kalt innklagede) kunngjorde 3. november 2004 en konkurranse med forhandlinger vedrørende anskaffelse av laboratorieautoklav. Anskaffelsen var i kunngjøringen beskrevet på denne måten:

"Statens legemiddelverk, Biologisk laboratorium skal kjøpe inn en ny laboratorie-autoklav til bl.a. sterilisering av mikrobiologiske medier. Følgende minimumskrav skal være oppfylt: Størrelse: Kammervolum ca. 150 liter. 1 dør. Innebygget dampgenerator. Væskeprogram for autoklavering av lukkede flasker 50 ml - 1000 ml, ved 121 grader Celcius. Program for sterilisering av tekstiler (121 grader C). Termofølere for følging av autoklaveringsprosessen. Dokumentasjon med ut-printing av temperaturforløp. Leveransen skal være inklusive alle komponenter/tilbehør, levert fritt og montert/installert i laboratoriet. Leveransen inkluderer også oppstart/testing samt opplæring av personalet. Tilbud må omfatte 12 måneders full garanti. Ved levering må det tas hensyn til at autoklaven må løftes opp 1 etasje. Lysåpning for heisdør er 90 cm x 209 cm, lysåpning for dør inn til laboratoriet er 90 cm x 205 cm. Med henblikk på årlige driftskostnader ønskes at pris/omfang av service- og vedlikeholdsavtaler beskrives i tilbudet."

(2) I henhold til kunngjøringen skulle det konkurreres om å levere det økonomisk mest fordelaktige tilbudet, basert på tildelingskriterier oppgitt i konkurransegrunnlaget. Det ble imidlertid ikke utarbeidet noe konkurransegrunnlag i forbindelse med anskaffelsen.

(3) Fem leverandører innga tilbud i konkurransen, herunder Thune Produkter AS og Automatikk & Hygiene Partner AS (heretter kalt klager).

(4) I brev av 3. mars 2005 kontaktet innklagede Thune Produkter AS og meddelte at deres tilbud ble vurdert som det økonomisk mest fordelaktige. Det ble samtidig bestilt en autoklav i henhold til tilbudet.

(5) Den 7. mars 2005, etter at autoklav var bestilt fra Thune Produkter AS, ble de øvrige leverandørene meddelt at Thune Produkter AS hadde levert det økonomisk mest fordelaktige tilbudet. Følgende begrunnelse ble gitt for tildelingen:

"Vi har valgt Thune Produkter AS som den leverandør som best oppfyller kriteriene vi har stilt. Avgjørende for valget har således vært en samlet vurdering av tilbudet med hensyn til produktets kvaliteter/egenskaper og pris, herunder omkostninger knyttet til forventet behov på service på autoklaven i dens "levetid". Følgende autoklav ble tilbudt: Matachana S500E-1 ny modell 2005. Autoklaven leveres med kappekjøling/mottrykk, innebygd kompressor og diverse programmer for væske, tekstiler, instrumenter og gummi.

Thune Produkter AS har tilbudt en autoklav som isolert ikke er prismessig rimeligste alternativ. Denne leverandøren kan imidlertid også ivareta vårt forventede behov for service på autoklaven på en økonomisk gunstig måte sammenlignet med øvrige tilbydere. Det valgte alternativet er derfor samlet sett det vi anser som økonomisk mest fordelaktig."

Klager har i det vesentlige anført:

(6) Innklagede har brutt regelverket for offentlige anskaffelser.

(7) Klager er ikke gitt noen begrunnelse for valg av leverandør og ble ikke gitt anledning til å påklage tildelingsbeslutningen. Dette bryter med forskrift om offentlige anskaffelser § 17-3.

(8) Valg av tilbud er ikke foretatt på et forsvarlig grunnlag. Klagers tilbud var best og skulle vært valgt. Innklagede skulle gitt klager anledning til å utdype sitt tilbud. I et møte med innklagede kunne klager gjort nærmere rede for innholdet av klagers servicetilbud.

(9) Klagers tilbud var kvalitativt bedre enn tilbudet til den leverandøren som ble tildelt kontrakt.

(10) Innklagede har videre lagt vekt på utenforliggende hensyn ved valg av tilbud.

Innklagede har i det vesentlige anført:

(11) Innklagede erkjenner å ha brutt plikten til å gi en begrunnelse for valg av tilbud før kontrakt inngås, jf. § 17-3. Videre erkjennes det at leverandørene, i strid med kravet i § 17-3, ikke er gitt anledning til å påklage tildelingsbeslutningen. Innklagede erkjenner også at tildelingskriterier ikke er utformet på en tilfredsstillende måte. For øvrig bestrider innklagede at det foreligger brudd på regelverket for offentlige anskaffelser.

(12) Klager er vurdert som leverandør. Samtlige tilbud er grundig vurdert på bakgrunn av tilbudet slik det fremsto ved tilbudsåpning. Tilbudet fra Thune Produkter AS ble vurdert som det som på sikt vil være det økonomisk mest fordelaktige ut fra en samlet vurdering av pris på autoklaven og forventede service- og vedlikeholdskostnader.

(13) Innklagede har tidligere kjøpt laboratoriestyr fra Thune Produkter AS og har bare positive erfaringer med selskapet. Det er vanskelig å dokumentere at det ikke er tatt avgjørende hensyn til dette i den aktuelle prosessen, men innklagede fastholder at valg av tilbud er truffet på grunnlag av opplysninger

fremkommet i tilbudene.

Klagenemndas vurdering:

(14) Klager har deltatt i konkurransen og har saklig klageinteresse, jf forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Anskaffelsen følger etter sin art og verdi reglene i forskrift om offentlige anskaffelser del III, jf. forskrift om offentlige anskaffelser § 2-2.

(15) Innklagede har brutt plikten til å gi leverandørene en skriftlig og begrunnet meddelelse om hvem som skal tildeles kontrakt, i rimelig tid før kontrakt inngås. Leverandørene er heller ikke gitt anledning til å påklage tildelingsbeslutningen. Disse bruddene på forskrift om offentlige anskaffelser § 17-3 er erkjent.

(16) Innklagede har videre erkjent å ha brutt plikten til å oppgi tildelingskriterier som grunnlag for vurderingen av det økonomisk mest fordelaktige tilbud. Klagenemnda har i flere tidligere saker lagt til grunn at innklagede dermed var forpliktet til å treffe valg av tilbud basert på pris.

(17) Ved valg av prosedyren konkurranse med forhandling, har oppdragsgiver som utgangspunkt plikt til å forhandle med de leverandører som har reelle muligheter for å få tildelt kontrakt, jf. forskriftens § 16-3(3). Under forhandlingsrunden vil leverandørene kunne forbedre sine tilbud ved å gå ned i pris eller for øvrig justere tilbudene. Klager hadde allerede i utgangspunktet lavere tilbudssum enn valgte leverandør. Det er ikke opplysninger som tyder på at klageren ikke ville hatt reell mulighet for å få tildelt kontrakten. Ved ikke å gjennomføre forhandlinger med leverandørene har innklagede brutt forskriften § 16-3 (3).

(18) Klagenemnda antar at regelbruddet kan gi klager grunnlag for å kreve den negative kontraktsinteresse dekket av innklagede.

(19) Ettersom bruddet på plikten til å gjennomføre reelle forhandlinger har undergravet klagers sjanser for å få oppdraget tildelt, finner klagenemnda ikke grunn til å behandle anførselene knyttet til bedømmelsen av tilbudene.

Konklusjon:

Statens legemiddelverk har brutt forskrift om offentlige anskaffelser § 16-3(3) ved ikke å gjennomføre forhandlinger med deltakerne i konkurransen.

For klagenemnda, 8. juni 2005

Inger Marie Dons Jensen



Forsiden
Nemndsmedlemmer
Saksbehandling
Regelverk
Innkomne saker
Statistikk
Årsrapporter
Dommer
Søk i avgjorte saker
Avgjorte saker:
[2003](#) [2004](#) [2005](#)

Besøksadresse
H. Heyerdalsgate 1
0033 Oslo

Postadresse
Postboks 8132 Dep
0033 Oslo

Tlf.: 22 33 70 10

Faks: 22 33 70 12

E-post:

postmottak@kofa.no

Avgjorte saker

Sykehuset i Vestfold hadde gjennomført en åpen anbudskonkurranse vedrørende drift av parkeringsanlegg ved sykehusene i Tønsberg og Larvik. Klagenemnda kom under tvil til at anskaffelsen måtte klassifiseres som en tjenestekonsesjonskontrakt, og klagenemnda hadde dermed ikke kompetanse til å behandle klagen.

Klagenemndas avgjørelse 23. mai 2005 i sak 2005/24

Klager: Parkeringsselskapet AS

Innklagede: Sykehuset i Vestfold HF

Klagenemndas medlemmer: Andreas Wahl, Svein Dahl, Bjørg Ven

Saken gjelder: tjenestekonsesjonskontrakter, avlysning av konkurranse

Sakens bakgrunn:

(1) Sykehuset i Vestfold HF (heretter kalt innklagede) kunngjorde 2. september 2004 en åpen anbudskonkurranse vedrørende drift av parkeringsanlegg ved innklagedes sykehus i Tønsberg og Larvik. I konkurransegrunnlaget ble det opplyst at kontrakten ville ha en varighet på to år, med opsjon på forlengelse i 1 + 1 år. Avtalens betingelser var fastlagt i avtaleperioden, men ved opsjonsforlengelse ble partene gitt anledning til å reforhandle betingelsene. Partene ble videre gitt muligheten til å reforhandle avgiftsbeløpene under forutsetning av at nye takster ble godkjent av begge parter.

(2) Tjenestens nærmere innhold ble beskrevet slik i konkurransegrunnlaget:

"Kontroll og kontrollavgift.

SiV's avtalepartner har ansvaret for å gjennomføre kontroll av parkeringsanvisninger og at avgifter er betalt i henhold til retningslinjene. Kontroll i Tønsberg bør være minst 3-4 ganger pr dag i tidsperioden 08-19 og 1-2 ganger pr dag i tidsperioden 19-08. Kontroll i Larvik bør være minst 2-3 ganger pr dag i tidsperioden 08-19 (mandag-fredag) og 08-15 (lørdag).

Ved klare overskridelser skal det ilegges bot kr. 500,- inkl. mva. (kontrollavgift).

Eventuell borttauing må være påkrevet og avtales med SiV på forhånd. Slike tilfeller kan for eksempel være feilparkering som er til hinder for eller vanskeliggjør trafikken, eller på annen måte skaper farefulle situasjoner.

Sikkerhetskontroll.

Det forutsettes at kontrollpersonalet ved sine rutinemessige kontroller innrapporterer uregelmessigheter som oppdages, til SiV's driftsentral.

Spesielle uregelmessigheter eller akutte situasjoner skal også rapporteres til politiet dersom kontrollpersonalet mener det er av en slik karakter.

Dersom kontrollen utføres av tredjepart, må det være skriftlig avtalt partene imellom og dokumentet inngå som bilag til denne avtalen.

Skilter og betalingsautomater.

I tidligere avtaler har SiV's avtalepartner montert 8 betalingsautomater (hvorav 6 i P-huset) og diverse skiltanvisninger. Denne avtalen binder ny avtalepartner til minst samme omfang.

Anskaffelse, montering/demontering og vedlikehold av skilter og betalingsautomater i avtaleperioden er ikke SiV's anliggende.

Etterfylling av billetter, tømming av automatene, opptelling av avgiftsbetalinger og innbetaling til bank utføres av SiV's avtalepartner.

Betalingsautomatene skal kunne motta både betalingskort og kontanter. Det må informeres om anvendbare betalingskort. Dersom automatene ikke kan gi tilbake returmynt, må minst 1 veksleautomat installeres i Parkeringshuset."

(3) Konkurranses grunnlaget ba leverandørene om å oppgi en prosentsats av brutto omsetning av billettinntekter og av brutto inntekt fra inndrevne kontrollavgifter som ville overføres til innklagede. Den oppgitte prosentsatsen ble vektlagt i evalueringen av leverandørenes tilbud.

(4) Fem leverandører innga tilbud i konkurransen, herunder Parkeringssselskapet AS (heretter kalt klager). Innklagede vurderte klagers tilbud som det økonomisk mest fordelaktige, og meddelte leverandørene dette i brev datert 15. oktober 2004. Innen klagefristens utløp mottok innklagede to klager på tildelingen av kontrakt. Innklagede meddelte derfor klager at signering av kontrakt ville bli utsatt "inntil videre".

(5) I en telefonsamtale 12. november 2004 fortalte innklagede klager at det ble vurdert å endre konkurranses grunnlaget på tre punkter gjennom å:

*"- innføre betaling for de ansattes bruk av de parkeringsanlegg som omfattes av konkurransen
- innføre parkeringsavgift for de besøkende til Larvik sykehus
- la parkeringsanlegget ved sykehuset i Sandefjord også bli omfattet av den kontrakt som skulle inngås".*

(6) Klager forsto innklagede slik at disse endringene ville gi grunnlag for å avlyse konkurransen, og tok senere kontakt med innklagede for å stoppe en slik avlysning. Det ble anført at en slik avlysning ikke ville være lovlig etter regelverket for offentlige anskaffelser. Innklagede ble deretter klaget inn for klagenemnda for offentlige anskaffelser med påstand om at det ikke forelå grunnlag for avlysning av konkurransen.

(7) I brev av 1. februar 2005 meddelte innklagede at det var besluttet å avlyse konkurransen. Avgjørelsen var begrunnet på følgende måte:

"...Etter vår utlysning og anbudsbehandling, som endte opp i innstilling til valgt leverandør, men innen kontraktsignering, ble forutsetningene endret. Ledelsen ved SiV ønsket en vurdering av innføring av betalingsavgift for ansatte, i tillegg til det utlyste omfanget som bare gjaldt besøkende.

Innføring av betalingsavgift for ansatte vil medføre tilnærmet dobling av avgiftsgrunnlaget, men også differensierte betalingsformer og betydelig økning i

betalingsautomater i forhold til dagens situasjon. I tillegg til arealene i Tønsberg og Larvik kommer også Sandefjord. Med bakgrunn i at parkeringsplasser for både besøkende og ansatte er lokalisert i samme arealer (P-hus og utearealer) er det en forutsetning fra SiV's side at det er kun en kontraktspartner i saken."

Klager har i det vesentlige anført:

(8) Innklagede har brutt regelverket for offentlige anskaffelser.

(9) Kontrakten er ikke en tjenestekonsesjonskontrakt, men faller inn under regelverket for offentlige anskaffelser. Klagenemnda har følgelig kompetanse til å behandle saken.

(10) Klagen kan heller ikke anses uhensiktsmessig for behandling, jf klagenemndforskriften § 9.

(11) Innklagedes håndtering av saken og den manglende informasjon om fremdriften i prosessen fremstår som kritikkverdigg og i klar strid med kravet til god anbudsskikk.

(12) Beslutningen om å tildele klager kontrakten kunne bare annulleres dersom den var i strid med forskrift om offentlige anskaffelser § 10-2. Dette var ikke tilfelle, og annulleringen var følgelig i strid med § 10-3 (3).

(13) De bebudede endringer av konkurransegrunnlaget representerer ingen saklig grunn for å avlyse konkurransen, jf § 10-1 (1). Innklagede var følgelig forpliktet til å fullføre kontrakten og med klager som kontraktspart.

(14) Klagenemnda bes vurdere erstatningsspørsmålet.

Innklagede har i det vesentlige anført:

(15) Klagen skal avvises og ikke tas under realitetsbehandling av klagenemnda.

(16) Klagen må avvises som uhensiktsmessig for behandling, jf forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 9. Klager har samtidig fremmet saken for de ordinære domstolene, og klagenemnda vil gjennom sin saksbehandling ikke kunne belyse saken i like stor grad som ordinær domstolsbehandling. Hensynet om at nemnda, gjennom sin saksbehandling, holder konflikts- og kostnadsnivå nede, strekker derfor ikke til i denne saken. Klagenemndas avgjørelse vil heller ikke kunne legges fram i den senere rettsaken, jf Rt 2002 s 637.

(17) Videre står man her overfor en tjenestekonsesjonskontrakt som ikke er omfattet av regelverket for offentlige anskaffelser. Klagenemnda har følgelig ikke kompetanse til å vurdere konkurransen, jf klagenemndforskriften § 1.

(18) Under forutsetning av at saken realitetsbehandles, bestrider innklagede å ha brutt regelverket for offentlige anskaffelser.

(19) Avlysningen var saklig begrunnet og følgelig rettmessig, jf forskrift om offentlige anskaffelser § 17-1 (1). Kravet om saklig grunn innebærer ikke at det skal være umulig å gjennomføre konkurransen som planlagt. Innklagede må ha vært berettiget til å prioritere fornuftig med henblikk på egen virksomhet så lenge dette har vært forretningsmessig begrunnet

(20) Innklagede var ikke kjent med avlysningsårsakene på et tidligere tidspunkt, og leverandørene ble gjort kjent med de endrede forutsetningene så snart innklagede fikk kjennskap til disse.

Klagenemndas vurdering:

(21) Klager har deltatt i konkurransen og har saklig klageinteresse, jf forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig.

Spørsmål om avvisning av saken

(22) Innklagede har anført at klagenemnda ikke har kompetanse til å behandle saken fordi kontrakten er å anse som en tjenstekonsesjonskontrakt. Klagenemndas kompetanse er begrenset til å gjelde anførsler om brudd på lov om offentlige anskaffelser med tilhørende forskrifter, jf forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagenemnda kom i sak 2003/250 til at tjenstekonsesjonskontrakter ikke er omfattet av lov om offentlige anskaffelser. Denne begrensningen i klagenemndas kompetanse må gjelde selv om en oppdragsgiver på avtalerettslig grunnlag har forpliktet seg til å følge regelverket.

(23) Selv om den legislative begrunnelsen for unntaket som er gjort for tjenstekonsesjoner kan diskuteres, er det et faktum at tjenstekonsesjoner er unntatt regelverket. Det hefter imidlertid betydelig usikkerhet med hensyn til hva som er gjeldende rett på området for tjenstekonsesjoner. Nemnda har under tvil kommet frem til at den aktuelle kontrakten er å anse som en tjenstekonsesjonskontrakt.

(24) En tjenstekonsesjon defineres i utgangspunktet som en tjenstekontrakt hvor leverandøren får betaling gjennom retten til å utnytte sin egen ytelse kommersielt, eller gjennom en slik rett sammen med betaling.

(25) Det forhold at betalingsstrømmen går fra tredjemenn til den private aktøren i stedet for via den offentlige oppdragsgiver, er ikke alene tilstrekkelig til å gjøre tjenstekontrakten til en tjenstekonsesjon. Ved kun å se på betalingsstrømmen, uten å se hen til om leverandøren også påtar seg ansvar og risiko for driften, vil det lett kunne åpnes for omgåelser av regelverket.

(26) I vurderingen av om det forelå en tjenstekonsesjon i KOFA sak 2003/149 fant klagenemnda det vesentlig å se hen til om det var den offentlige oppdragsgiver eller den private kontraherende parten som organiserte og bar den kommersielle risikoen for den aktuelle tjenesten.

(27) For at en kontraktstildeling skal kunne karakteriseres som en tjenstekonsesjon, må således ansvaret og økonomisk risiko for driften av tjenesten overføres fra den offentlige oppdragsgiver til den private aktøren. Når dette er oppfylt, kan leverandøren anses å få betaling gjennom retten til å utnytte *sin egen ytelse* kommersielt.

(28) Ved at innklagedes kontraktspart godtgjøres gjennom en prosentsats av inntjente billett- og kontrollavgifter, påtar tjensteyteren seg en kommersiell risiko for at inntjeningen gir et tilstrekkelig stort utbytte.

(29) Tjensteyteren synes videre å være tildelt ansvaret for den operative delen av parkeringstjenestene ved å ha ansvar for oppsetting, drift og vedlikehold av billettautomater og nødvendig skilt, kontroll, tømning av billettautomater, sikkerhets- og dokumentasjonsrutiner samt salg, administrasjon og oppfølging av kontraktsparkerende.

(30) Etter klagenemndas vurdering har tjensteyteren således påtatt seg økonomisk risiko og ansvaret for driften av avgiftsparkeringen. Tjensteyteren vil få betaling gjennom retten til å utnytte ytelsen kommersielt.

(31) Klagenemnda har i tillegg vurdert om det må oppstilles ytterligere krav til tjenestenes innhold eller karakter for anskaffelsen skal anses som en tjenstekonsesjon og dermed være unntatt fra regelverket. I den foreliggende sak har nemnda imidlertid kommet til uttrykk i sak C-458/03 (Parking Brixen GmbH, en sak som ennå ikke er avgjort av EF-domstolen). I saken la blant annet

Generaladvokaten til grunn at en avtale om drift av en parkeringsplass var å anse som en tjenstekonsesjon. Klagenemnda finner at saken har så mange likhetstrekk med den foreliggende saken, at det er vanskelig å komme til et annet resultat. Forholdet må følgelig anses som en tjenstekonsesjon og faller dermed ikke inn under regelverket for offentlige anskaffelser.

Konklusjon:

Sykehuset i Vestfold har ikke brutt regelverket for offentlige anskaffelser.

For klagenemnda, Oslo 23. mai 2005

Andreas Wahl



Forsiden
Nemndsmedlemmer
Saksbehandling
Regelverk
Innkomne saker
Statistikk
Årsrapporter
Dommer
Søk i avgjorte saker

Avgjorte saker:

[2003](#) [2004](#) [2005](#)

Besøksadresse

H. Heyerdalsgate 1
0033 Oslo

Postadresse

Postboks 8132 Dep
0033 Oslo

Tlf.: 22 33 70 10

Faks: 22 33 70 12

E-post:

postmottak@kofa.no

Avgjorte saker

Klagenemnda kom under tvil til at en avtale om etablering og drift av avgiftsparkering på innklagedes område var å anse som en tjenestekonsesjon. Klagenemnda kom til at Vestby kommune ikke har brutt regelverket om offentlige anskaffelser.

Klagenemndas avgjørelse 23. mai 2005 i sak 2005/86

Klager: Center Park AS

Innklaget: Vestby kommune

Klagenemndas medlemmer: Bjørg Ven, Svein Dahl, Andreas Wahl.

Saken gjelder: Tjenestekonsesjon.

Sakens bakgrunn:

(1) Vestby kommune (heretter kalt innklagede) inngikk 3. februar 2005 en avtale med EuroPark AS (heretter kalt EuroPark) om etablering og drift av avgiftsparkering i Son. Avtalen var utformet som en leieavtale av et grunnareal. Tildelingen skjedde uten forutgående kunngjøring.

(2) I avtalens punkt 3 fremgår det at EuroPark skal betale en bestemt prosentsats av netto inntektene fra billettautomatene og kontraktsparkering. Videre står det blant annet dette i avtalen:

"4. Leietakers ansvar

Leietaker dekker følgende investeringer / driftsutgifter:

- Oppsetting, drift og vedlikehold av billettautomat og nødvendig skilt*
- Kontroll*
- Tømming av billettautomat, sikkerhets- og dokumentasjonsrutiner.*
- Salg, administrasjon og oppfølging av kontraktsparkerende.*

5. Utleiers ansvar

Utleier har ansvar for alle øvrige utgifter knyttet til Tomtene utover driftsutgiftene mv beskrevet i pkt 4.

[...]

9. Annet

Prisingen av plassene skal følge nivået i distriktet og Utleier og Leietaker skal sammen komme frem til pris/ tid i avtaleperioden. Ved ulik oppfatning skal Utleier bestemme prissetting og tidsbegrensinger.

Utleier kan med 1 ukes varsel gi tillatelse til annen virksomhet, mot betaling som tilsvarer p-avgiften i et angitt tidsrom. Det siktes til utleie til arrangementer og torghandel. Inntektene inngår i inntektsfordelingen, og Leietaker tar det vanlige ansvar.

Det avmerkes særskilte plasser for forflytningshemmede – 3 plasser på Son torg og 2 plasser ved Sonsstranda. Innehaver av parkeringstillatelse for forflytningshemmet betaler ikke avgift for bruk av avgiftsbelagt parkeringsplass og er heller ikke bundet av fastsatt parkeringstid. Betalingsreglene skal angis på lett synlige skilt.

Det betales ikke avgift for bruk av parkeringsplass for Vestby kommunes tjenestebiler i tilknytning til reparasjoner og vedlikehold. Tjenestebevis skal være synlig i motorvognen.”

(3) Den 28. februar 2005 ga ordføreren kommunestyret en orientering om innføringen av parkeringsgebyr i Sonsområdet. Av referatet fremgår blant annet dette:

”Kommunestyret fattet slikt vedtak om parkering 14. juni 2004 i forbindelse med revidering av handlingsprogrammet:

Det innføres parkeringsgebyr i Son. Rådmannen ble gitt fullmakt til å differensiere prissettingen med en maksimalsats på 15 kroner pr. time.

[...]

Kommunestyrevedtaket av 14. juni 2004 henviser til vedleggene i saken. I dokumentene heter det:

Parkeringsgebyr er tenkt innført på kommunale parkeringsplasser i Son. Avtale inngås med et privat driftsselskap slik at Vestby kommune ikke får investeringsutgifter eller andre utgifter på tiltaket.

[...]

Ved siden av avtaleinngåelsen, har administrasjonen ved resultatområde

kommunalteknikk, foretatt følgende prisdifferensiering innenfor rammen av kommunestyrevedtaket:

Parkeringsavgiften ved Sonsstranda er begrenset til kr. 10,- pr time mellom kl 0800 og 1700 i perioden 1. mai til 31. september. For øvrig er det fri parkering.

Son torg med selve torget og området sørover mot Son seilforening og Storgata har kr. 15,- pr. time mellom kl 0800 og 1700. For øvrig er det fri parkering.

Ved Wittustoppen er det avtaleparkering for beboere, og eventuelt næringsdrivende, for kr 350,- pr. måned.

For øvrig er det åpent for leie av torg mot Son seilforening for kr. 2000,- pr. helg og kr. 1000,- pr. påbegynt dag utover dette. Det er også åpent for kommersiell leie av torgplasser. Og det er åpent for abonnement for næringsdrivende i Son for kr. 10.000,- pr. år etter søknad. For drosjenæringen gis det grupperabatt.

I tillegg er det også tilrettelagt to plasser for korttidsparkering for korttidsparkering ved Son torg.

Det er merket av særskilte plasser for funksjonshemmede ved Son torg og Sonsstranda. For øvrig er det i henhold til egen forskrift fri parkering for funksjonshemmede.

”

(4) Saken vakte lokalt engasjement, og kommunestyret besluttet å nedsette en komité for en nærmere vurdering av avgiftsparkeringsordningen. I mars klaget Center Park AS (heretter kalt klager) avtalen inn for klagenemnda.

(5) Den 4. april 2005 la kommunestyrets komité frem alternative forslag, herunder ett som innebar ikke ubetydelige lempninger i ordningen. Kommunestyret besluttet følgende:

”Parkeringsgebyrordningen opprettholdes, men Sonsstranda tas ut av ordningen. Gratistid på torget settes til 1 time hvor myntinnkast teller fra 61. minutt (men alle må løse billett.)

For drosjenæringen tilbys 5 plasser med fri parkering forutsatt at drosjenæringen ivaretar daglig vedlikehold (søppelfjerning m.m) fra drosjestasjonen.

Plassering av avgrensingsmarkering av parkarealer og alle parkskilt og orienteringstavler vurderes nøye med hensyn på estetikk.

Ordningen evalueres før budsjettbehandlingen høsten 2006.

Ved arrangement for barn kan det søkes for fritak for avgift.

Avtalen må ikke være til hinder for opprustningen av Son Torg når kommunens økonomi tilsier det."

(6) Endringene medfører et betydelig inntektsbortfall i forhold til hva som lå til grunn for kommunestyrets opprinnelige vedtak og dermed forutsetningene for avtalen med EuroPark AS. Innklagede har oppfattet at EuroPark har akseptert endringene i avgiftsforutsetningene.

Klager har i det vesentlige anført:

(7) Avtalen er tildelt EuroPark AS uten at det var utlyst konkurranse. Dette utgjør et brudd på forskrift om offentlige anskaffelser §§ 4-1 og 4-2.

(8) Det å formulere en parkeringskontrakt som et rent leieforhold kan ikke automatisk fritta en offentlig aktør fra å innhente tilbud. Operatøren skal i tillegg til å yte publikum en tjeneste også yte kommunen en tjeneste, nemlig å regulere parkeringen i de områdene som er utleid. Kommunens intensjon er altså ikke bare å tjene penger på selve utleien men faktisk også å få regulert parkeringen på disse områdene.

(9) Det er dette som er "anskaffelsen" fra kommunens side. Klager antar at innklagede ikke har gitt operatøren full frihet til å avgjøre takster og tider for parkeringshåndhevingen på de utleide områdene. Det er derfor tilfeldig at kontrakten er utformet som den er og at det like gjerne kunne ha vært skrevet Driftsavtale som Leieavtale i kontrakten og at det derfor i høyeste grad er å betrakte som en offentlig anskaffelse av tjenester.

(10) Selve anskaffelsesbegrepet kommer i tillegg i søkelyset for nær sagt alle kontrakter som inngås mellom det offentlige og et parkeringsselskap all den tid en slik kontrakt vil gi offentlige inntekter og ikke motsatt koste dem noe. Likevel må man forutsette at ønsket om offentlige tilbud er like relevant for denne type kontrakter med så stor potensiell inntjening som mulig for det offentlige som for alle typer innkjøp av varer eller tjenester hvor målet er å spare kostnader.

(11) Avtalen er ikke en tjenestekonsesjonskontrakt. Kommunen mottar penger som et resultat av de tjenester som blir utført av operatøren og de er direkte involvert i avgjørelser om hvordan tjenesten utføres fordi det er en tjeneste for kommunen like mye som for publikum.

Innklagede har i det vesentlige anført:

(12) En kommune kan vedta å innføre bestemmelser om parkeringsregulering og parkeringsgebyr på vei åpen for alminnelig ferdsel. Imidlertid kan innkreving etter og håndheving av bestemmelsene i forskrift av 1. oktober 1993 bare gjennomføres av kommunen selv eller alternativt gjennom et heleid selskap. De parkeringsarealer som kunne avgiftsbelegges, måtte således være avgrenset mot vei åpen for alminnelig ferdsel, og kommunen måtte kunne disponere over arealene som grunneier.

(13) Den inngåtte avtalen avspeiler ovennevnte forhold ved at grunn leies

ut til selskapet for parkeringsformål etter nærmere bestemmelser i avtalen. Avtalen fastsetter at selskapet er ansvarlig for å sette opp nødvendig infrastruktur for å kunne avgiftsbelegge parkeringsplassene, at selskapet skal "drifte" installasjonene og innkrevningen, og at kommunen mottar vederlag for utleie av grunnen slik som avtalen fastsetter. Leietaker har den økonomiske risikoen for at inntektene blir tilstrekkelige for å dekke kostnadene til investering og drift.

(14) Bortleie av grunn til parkeringsformål er ikke omfattet av regelverket for offentlige anskaffelser, i det "anskaffelsen" ikke kan karakteriseres som en "tjeneste" i henhold til anskaffelsesforskriften § 1-4 (d) jf §§ 2-4 og 2-5.

(15) Dersom det legges til grunn at bortleie til nevnte formål er å anse som en tjenestekonsesjon, er forholdet heller ikke regulert av anskaffelsesreglene.

Klagenemndas vurdering:

(16) Klager er en potensiell leverandør av tjenesten og har saklig klageinteresse, jf. forskrift om klagenemnd om offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig.

(17) Innklagede har anført at klagenemnda ikke har kompetanse til å behandle saken fordi kontrakten er å anse som en leieavtale, jf forskrift om offentlige anskaffelser § 1-3 (2) bokstav b. Når innklagede som her har pålagt leverandøren detaljerte plikter for utnyttelsen av området og leverandørens betaling ikke er et fast beløp, finner klagenemnda at forholdet ikke kan klassifiseres som en ren leieavtale i forhold til regelverket om offentlige anskaffelser.

(18) Innklagede har subsidiært anført at klagenemnda ikke har kompetanse til å behandle saken fordi kontrakten er å anse som en tjenestekonsesjonskontrakt. Klagenemndas kompetanse er begrenset til å gjelde anførsler om brudd på lov om offentlige anskaffelser med tilhørende forskrifter, jf forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagenemnda kom i sak 2003/250 til at tjenestekonsesjonskontrakter ikke er omfattet av lov om offentlige anskaffelser.

(19) Selv om den legislative begrunnelsen for unntaket som er gjort for tjenestekonsesjoner kan diskuteres, er det et faktum at tjenestekonsesjoner er unntatt regelverket. Det hefter imidlertid betydelig usikkerhet med hensyn til hva som er gjeldende rett på området for tjenestekonsesjoner. Nemnda har under tvil kommet frem til at den aktuelle kontrakten er å anse som en tjenestekonsesjon.

(20) En tjenestekonsesjon defineres i utgangspunktet som en tjenestekontrakt der leverandøren får betaling gjennom retten til å utnytte sin egen ytelse kommersielt eller gjennom en slik rett sammen med betaling.

(21) Det forhold at betalingsstrømmen går fra tredjemenn til den private aktøren i stedet for via den offentlige oppdragsgiver, er ikke alene tilstrekkelig til å gjøre tjenestekontrakten til en tjenestekonsesjon. Ved kun å se på betalingsstrømmen, uten å se hen til om leverandøren også påtar seg ansvar og risiko for driften, vil det lett kunne åpnes for omgåelser av regelverket.

(22) I vurderingen av om det forelå en tjenestekonsesjon i KOFA sak 2003/149 fant klagenemnda det vesentlig å se hen til om det var den offentlige oppdragsgiver eller den private kontraherende parten som organiserte og bar den kommersielle risikoen for den aktuelle tjenesten.

(23) For at en kontraktstildeling skal kunne karakteriseres som en tjenestekonsesjon må således ansvaret og økonomisk risiko for driften av

tjenesten overføres fra den offentlige oppdragsgiver til den private aktøren. Når dette er oppfylt, kan leverandøren anses å få betaling gjennom retten til å utnytte *sin egen ytelse* kommersielt.

(24) Det er på det rene at EuroPark får betaling for avgiftsparkeringstjenesten gjennom å utnytte avgiftsparkeringsavtalen kommersielt. Spørsmålet er om innklagede har overført tilstrekkelig med ansvar for drift og økonomisk risiko til EuroPark til at avtalen kan anses som en tjenestekonsesjon.

(25) EuroPark synes å være tildelt ansvaret for den operative delen av parkeringstjenestene ved å ha ansvar for oppmerking og skilting av parkeringsarealene, oppsetting, drift og vedlikehold av billettautomater og nødvendig skilt, kontroll, tømning av billettautomater, sikkerhets- og dokumentasjonsrutiner samt salg, administrasjon og oppfølging av kontraktsparkerende.

(26) EuroPark kan imidlertid ikke selv fastsette maksimalprisen på parkeringsavgiftene, men overstyres på dette punktet av kommunen. Også tidsrommene på døgnet og året det kan kreves p-avgift for, fastsettes av kommunen. EuroPark har således relativt liten handlefrihet til å påvirke inntekspotensialet selv.

(27) Innenfor disse rammene må EuroPark selv ta risikoen for at inntjeningen er tilstrekkelig stor til at selskapet får inntekter av driften etter at kommunens prosentsats og drifts og vedlikeholdsutgiftene er dekket. I løpet av avtaleperioden kan det tenkes at andre private aktører ønsker å starte konkurrerende private parkeringsplasser i Son. Dette øker den økonomiske risikoen EuroPark påtar seg.

(28) Etter klagenemndas vurdering har EuroPark påtatt seg den økonomiske risikoen og ansvaret for driften av avgiftsparkeringen. EuroPark får betaling gjennom retten til å utnytte denne ytelsen kommersielt. Forholdet anses som en tjenestekonsesjon, og klagenemnda har følgelig ikke kompetanse til å behandle klagers anførsel.

(29) Klagenemnda har i tillegg vurdert om det må oppstilles ytterlige krav til tjenestenes innhold eller karakter for anskaffelsen skal anses som en tjenestekonsesjon og dermed være unntatt fra regelverket. I den foreliggende sak har nemnda imidlertid kommet at det må legges avgjørende vekt på den rettsoppfatning som er kommet til uttrykk i sak C-458/03 (Parking Brixen GmbH, en sak som ennå ikke er avgjort i EF-domstolen). I saken la blant annet Generaladvokaten til grunn at en avtale om drift av en parkeringsplass var å anse som en tjenestekonsesjon. Klagenemnda finner at saken har så mange likhetstrekk med den foreliggende saken, at det er vanskelig å komme til et annet resultat. Forholdet må følgelig anses som en tjenestekonsesjon, og faller dermed ikke inn under regelverket for offentlige anskaffelser.

Konklusjon:

Vestby kommune har ikke brutt regelverket om offentlige anskaffelser.

For klagenemnda, Oslo 23. mai 2005

Andreas Wahl



Forsiden
Nemndsmedlemmer
Saksbehandling
Regelverk
Innkomne saker
Statistikk
Årsrapporter
Dommer
Søk i avgjorte saker

Avgjorte saker:

[2003](#) [2004](#) [2005](#)

Besøksadresse

H. Heyerdalsgate 1
0033 Oslo

Postadresse

Postboks 8132 Dep
0033 Oslo

Tlf.: 22 33 70 10

Faks: 22 33 70 12

E-post:

postmottak@kofa.no

Avgjorte saker

Klagenemnda kom til at en frist på én dag til å fremsette nye opplysninger under forhandlingene var for kort, og dermed i strid med kravet til god forretningsskikk.

Klagenemndas avgjørelse 23. mai 2005 i sak 2004/142

Klager: Stjørdal-Meråker Trafikkskole AS

Innklaget: Aetat Lillehammer

Klagenemndas medlemmer: Svein Dahl, Andreas Wahl og Siri Teigum

Saken gjelder: Tidsfrister ved gjennomføring av forhandlinger.

Bakgrunn:

(1) Aetat Lillehammer kunngjorde den 9. januar 2004 en konkurranse med forhandling vedrørende anskaffelse av arbeidsmarkedskurs innenfor ulik kjøretøyopplæring.

(2) Av både kunngjøringen og konkurransegrunnlaget fremgikk det at kursperioden var 09.02.2004 - 14.05.2004.

(3) Kunngjøringen opplyste om følgende uprioriterte tildelingskriterier:

"1 Leveringssikkerhet

2 Pris

3 Kvalitet"

(4) I konkurransegrunnlaget var følgende opplistet som tildelingskriterier, i ikke-prioritert rekkefølge:

"

§ *Pris*

§ *Faglige kvalifikasjoner*

§ *Kursperiode*

§ *Kvalitet*

§ *Aksept av kontraktsvilkår*

(5) Av konkurransegrunnlaget fremgikk blant annet følgende:

Pkt 2.1

"Det er viktig at deltakerne motiveres, får mulighet til jobbsøking/kontakt med arbeidslivet og at oppfølging fra lærere og rådgiver er god."

Pkt 2.3 nr 11

"Leverandøren skal sørge for at undervisningen foregår i lokaler som er godt egnet til opplæringsformål."

Pkt 15

"Tilbudet skal inneholde en konkret timeplan med oversikt over tenkt benyttede lærere og fag."

[...]

Kurset skal ta hensyn til personer med lese- og skrivevansker og inneholde fagplanen for førerkort kl CEDE, samt ADR-bevis, truckfører og kran bevis."

Pkt 5.2

"Leverandørens beskrivelse av kurset skal settes opp i henhold til de overskriftene som er brukt i pkt 15 Kravspesifikasjon – kursbeskrivelse."

Pkt 5.3

"Det skal være presentasjon av kurset/ene hvor det klart går frem at kravspesifikasjonen i punkt 2 er oppfylt, og punkt 5.2 skal være oppfylt."

(6) Stjørdal – Meråker trafikkskole (heretter klager) leverte inn tilbud i konkurransen. Klagers tilbud var det billigste.

(7) Den 28.01.2004 meddelte innklagede at kontrakten ville bli tildelt Arne E Lundstad Trafikkskole AS (heretter Lundstad). I meddelelsen fremgikk det at innklagede fant det hensiktsmessig at kurset skulle avholdes i distriktet deltakerne bodde.

(8) Klager tok deretter kontakt med innklagede for å presisere at kurset var tenkt gjennomført i Gjøvik. Innklagede la dette til grunn, og valgte derfor å gjenoppta evalueringen basert på denne forutsetningen.

(9) Den 02.02.2004 tok innklagede telefonisk kontakt med klager for å få utdypet enkelte elementer i klagers tilbud. Klager fikk frist til 03.02.2004 med å fremsette skriftlig svar på denne henvendelsen.

(10) I brev av 03.02.2004 svarte klager slik:

"1 Hva med eventuelle elever med lese og skrivevansker?"

§ Det er i vår timeplan avsatt 20 læretimer til ekstra undervisning. I tillegg blir det avsatt tid til gruppearbeid og oppfølging.

2 Hvordan kan jobbsøking tilrettelegges?

§ Det er kravspesifikasjonen ikke tatt med noe jobbsøkerkurs, men vi vil i løpet av hele kursperioden prøve å påvirke elevene til å være aktive på jobbsøking. Her kan vi for eksempel i tillegg til være påvirkninger legge inn bedriftsbesøk eller for eksempel be en bedriftsleder fra en større transportbedrift besøke oss i klassen.

3 Ved endelig fastsettelse av timeplan kan vi sette opp denne etter ønske fra dere. Som jeg forstår kan det være ønskelig å ta førerkortdelen først. Dette for å gi elevene som eventuelt stryker til eksamen en ny mulighet i løpet av kursperioden. "

(11) Den 04.02.2004 sendte innklagede ut ny meddelelse om kontraktstildeling. Lundstad ble også denne gang valgt leverandør. Begrunnelsen lød slik:

"Etter vår vurdering tilfredsstillende begge leverandører minimumskravet i konkurransegrunnlaget.

Vi setter allikevel et spørsmålstegn til lokalene som dere skal bruke i undervisningssammenheng. Etter det vi forstår er dette en kantine og lokalene er derfor ikke spesielt godt tilrettelagt for undervisning av store grupper.

Videre så leverer Lundstad Trafikkskole totalt 151 undervisnings/praksistimer mer enn dere.

Timeplanen deres er ikke spesifisert i henhold til det som kreves i konkurransegrunnlaget. Dette ble påpekt i forhandlingsrunden. I forhold til nye karantenetider som innføres 01.03.04 så mangler tilbudet deres opplegg for hvordan dette skal ivaretas for personer som stryker eller blir syke. Elever som har lese og skrivevansker vil hos Lundstad få tilgang til egne lokaler og vil få spesielt tilrettelagt opplæring under hele løpet. Dessuten vil disse elevene få være med på neste kurs gratis dersom de ikke lykkes ved første forsøk. Lundstad Trafikkskole kjører kurs hver måned. Elever som på grunn av sykdom eller elever som rett og slett ikke klarer eksamen på kurset vil også få delta gratis på neste kurs hos Lundstad Trafikkskole. [...]

Lundstad stiller også med godt tilrettelagte undervisningslokaler for å ivareta det pedagogiske aspektet på en best mulig måte. I tilknytning til disse lokalene er det egen kantine og en egen administrasjon som vil stå til tjeneste for elevene hver dag mellom 09.00 og 16.00. Det vil også være overnattingsmuligheter for elever som kommer langveis fra.

Elevene vil hos Lundstad Trafikkskole også som på tidligere kurs kunne få både kjøretimer og førerprøver etter at kursperioden er formelt slutt. Dette anses som en stor fordel da trafikkstasjonen til tider vil kunne ha problemer med å gjennomføre i alt ca. 170 prøver i kursperioden. Dette sammen med innførte karantenetid vil kunne føre til at førerprøveperioden vil kunne strekke seg langt mot sommeren.

Lundstad presiserer videre i sitt tilbud at de har meget god kontakt med det lokale næringsliv. Veldig mange av de lokale transportbedriftene bruker Lundstad og deres nettverk ved rekruttering av nye medarbeidere. I disse tilfellene er det direkte dialog mellom Lundstad og den aktuelle bedrift. Dette skjer i utstrekkt grad noe Aetat har referanser på."

(12) Den 06.02.2004 ble det inngått kontrakt mellom innklagede og Lundstad.

Klager har i det vesentligste anført:

(13) Fristen på én dag til å komme med ytterligere informasjon var for kort. Dette gjelder informasjon om følgende forhold:

- Konkret timeplan må foreligge i tilbudet
- Hvordan følge opp elever med lese- og skrivevansker?
- Hvordan arbeide for å få kursdeltakerne ut i jobb under og etter kurset?
- Hvordan følge opp kursdeltakerne som stryker eller blir syke under kurset (ref innføring av karantenerregler)?

(14) Den korte fristen medførte at klager ikke hadde mulighet til å gi fyllestgjørende svar til innklagede. Dette er i strid med de alminnelige prinsipper i lov om offentlige anskaffelser § 5. Det er irrelevant at den andre tilbyderen fikk samme korte frist, ettersom leverandørene ikke nødvendigvis har samme muligheter til å gi supplerende opplysninger på så kort frist.

(15) Innklagede hadde uansett ikke adgang til å vektlegge den etterspurte informasjonen, da disse forholdene ikke fremkom av konkurransegrunnlaget.

Innklagede har i det vesentligste anført:

(16) Forhandlingene ble gjennomført med relativt korte frister, noe som skyldtes at kurset skulle igangsettes raskt. Fristen har imidlertid vært like kort for alle tilbyderne, og likebehandlingskravet er således ivaretatt.

(17) Det bestrides at det er lagt vekt på utenforliggende forhold ved tildelingen. Videre er det i en konkurranse med forhandling større adgang til å innhente nye opplysninger knyttet til tilbudene enn hva tilfellet er for anbudskonkurranser.

Klagenemndas vurdering:

(18) Klager har deltatt i konkurransen og har saklig klageinteresse, jf forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Anskaffelsen gjelder anskaffelse av tjenester under terskelverdiene, og følger dermed reglene i forskrift om offentlige anskaffelser del I og III, jf § 2-2.

(19) Innklagede fastsatte en frist på én dag for klager til å fremsette tilleggsinformasjon. Hvordan leverandørene skulle følge opp kursdeltakere som stryker eller blir syke under kurset var ikke berørt i konkurransegrunnlaget. Dette var informasjon som innklagede derfor ikke kunne forvente fremlagt på kort varsel. I tillegg ble det bedt om utfyllende opplysninger på punkter som var uttrykkelig nevnt i konkurransegrunnlaget. Hensyntatt både anskaffelsens og spørsmålenes art, burde oppdragsgiver være forberedt på at leverandørene kunne ha behov for mer enn én dag for å ha mulighet til å besvare de samlede spørsmålene på en tilfredsstillende måte. Uansett om oppdragsgiver planla at kontraktperioden skulle starte 09.02.04, er det vanskelig å se at oppdragsgiver en uke tidligere med rimelig grunn hadde behov for å sette fristen for leverandørene til å inngi tilleggsopplysninger til bare én dag.

(20) Klagenemnda mener derfor at fristen i dette tilfellet var satt for kort. Innklagede er ansvarlig for at forhandlingene kan gjennomføres på en måte som sikrer leverandørene reelle muligheter til å forbedre tilbudene sine. Å oppstille for korte frister under forhandlingene, er i strid med kravet til god forretningsskikk, jf lov om offentlige anskaffelser § 5 og forskrift om offentlige anskaffelser § 16-3 (5).

(21) Den etterfølgende begrunnelsen viser at innklagede la vekt på den tilleggsinformasjonen som ble etterspurt. Klagenemnda kan ikke utelukke at klager ville ha gitt et tilbud med et annet innhold dersom fristen hadde vært forsvarlig fastsatt.

(22) Når feilen på denne måten kan ha påvirket utfallet av konkurransen, finner ikke klagenemnda grunn til å se nærmere på om det er tatt utenforliggende hensyn ved tildelingen.

(23) Klagenemnda vil likevel påpeke at det er uheldig at innklagede har oppgitt to ulike sett tildelingskriterier. Dette er egnet til å skape problemer for potensielle tilbydere og problemer for en etterfølgende kontroll med tildelingsprosessen og -beslutningen

Konklusjon:

Aetat Lillehammer har brutt kravet til god forretningsskikk, jf lov om offentlige anskaffelser § 5 og forskrift om offentlige anskaffelser § 16-3 (5), ved å fastsette for kort frist til å gi opplysninger i en konkurranse med forhandling.

For klagenemnda, 23. mai 2005

Svein Dahl



Forsiden
Nemndsmedlemmer
Saksbehandling
Regelverk
Innkomne saker
Statistikk
Årsrapporter
Dommer
Søk i avgjorte saker

Avgjorte saker:

[2003](#) [2004](#) [2005](#)

Besøksadresse

H. Heyerdalsgate 1
0033 Oslo

Postadresse

Postboks 8132 Dep
0033 Oslo

Tlf.: 22 33 70 10

Faks: 22 33 70 12

E-post:

postmottak@kofa.no

Avgjorte saker

Innklagede gjennomførte en anbudskonkurranse for prosjektering av alle entrepriser i forbindelse med renovering av en svømmehall. Innklagede hadde ved tildelingen urettmessig lagt vekt på at klager hadde lagt frem en for gammel firmaattest. Innklagede hadde ikke brutt regelverket selv om referansepersoner ikke var blitt kontaktet.

Klagenemndas avgjørelse 9. mai 2005 i sak 2004/123

Klager: Polarplan AS

Innklaget: Vadsø kommune

Klagenemndas medlemmer: Per Christiansen, Inger Roll-Matthiesen, Andreas Wahl

Saken gjelder: Avvisning. Evaluering av tilbud. Referanser.

Bakgrunn:

(1) Vadsø kommune (heretter kalt innklagede) kunngjorde 26. september 2003 en åpen anbudskonkurranse for prosjektering av rehabiliteringsarbeider ved en svømmehall. Ytelsen ble nærmere beskrevet som en detaljprosjektering innen alle fagdisipliner, i konkurransegrunnlaget presisert til alle planleggingstjenester og prosjekteringsledelse, men ikke prosjektledelse og byggeledelse.

(2) Tilbudet skulle omfatte utarbeidelse av grunnlag for anbudskonkurranse om utførelse og nødvendig oppfølging frem til overtakelse. Prosjektet var inndelt i fem faser: prosjekteringsfase, anbudsfasen, kontraheringsfase, byggefase og evaluering/sluttoppgjør.

(3) De totale kostnadene i forbindelse med oppgraderingen var anslått til 16 millioner kroner.

(4) Det var i kunngjøringen opplyst at innklagede ville inngå kontrakt med leverandøren med det økonomisk mest fordelaktige tilbudet. Konkurransegrunnlaget oppga tildelingskriteriene prosjektgjennomføring, referanser og pris, som var vektet med henholdsvis vektall 20, 30 og 50. Tildelingskriteriene var utdypet slik:

"Prosjektgjennomføring:

Gruppens tilbud skal bestå av opplysninger om arbeidsmetode, faglige forutsetninger, kapasitet og erfaringer fra problemområdet.

Kvalitetssikringssystem og håndtering av sykdom, oppsigelse eller andre uforutsette forhold innenfor gruppa samt økonomisk soliditet vil bli tillagt vekt.

Beskrivelse av arbeidsform som dokumentasjon på problemforståelse og at helheten i prosjektet ivaretas, uten "gråsoner" mellom fagdisiplinene.

Basert på helheten i tilbud og dokumentasjon, herunder ryddighet og struktur i framstillingen, gjøres en samlet vurdering av hele gruppa

Referanser:

Referanseoppdrag innenfor tilsvarende byggtyper som det tilbudet gjelder, og referanser fra tidligere oppdragsgivere. Det skal oppgis referansepersonell hos tidligere oppdragsgivere. Vadsø kommune vil etter behov innhente uttalelser fra disse.

Referanser skal være oppgitt slik at relevans i fht. det oppdaget gjelder kan vurderes (oppdragstype, størrelse, kostnader, årstall mv.)

Basert på det samlede inntrykk fra innhentede referanser, gjøres en samlet vurdering av hele gruppen. Både personlige og faglige referanser vil bli vurdert.

Pris:

Gruppens totale tilbudssum vektet slik at laveste pris får høyeste poengsum.

Pris vil bli korrigert for eventuelle feil eller forbehold før vekting foretas."

(5) Om prissetting av tilbudet het det følgende i konkurransegrunnlagets punkt 6:

"Reisekostnader skal enten være inkludert i de angitte priser, eller spesifiseres særskilt. Reisekostnadene skal oppgis i tilbudsskjemaet som enhetspriser (pris pr. reise) for alle deltagende firmaer/funksjoner. Oppgitte enhetspriser skal omfatte alle kostnader tilknyttet reisen."

(6) Innklagede hadde utarbeidet en prosjektadministrativ bok, kalt PA-boken, som utdypet konkurransegrunnlaget. I denne var det fastsatt møter og

befaringer for alle leverandørene i prosjektet. For leverandøren av prosjekteringstjenester var det ført opp deltakelse på prosjektmøter, prosjekteringsmøter, arbeidsmøter og byggemøter.

(7) Ni leverandører innga tilbud, blant dem Polarplan AS (heretter kalt klager) og Multiconsult AS. Klagers oppgitte tilbudspris var kr 448.000, mens Multiconsult hadde oppgitt kr 495.000.

(8) I tilbudsskjemaet hadde Multiconsult oppført kr 10.000 per reise innen alle etterspurte fagdisipliner og i posten "øvrig". Klager hadde derimot bare priset reiser for RIE (rådgivende ingeniør elektronikk), med kr 7.500 per reise, mens reiser for de andre disiplinene var fylt ut med 0 og posten "øvrig" stod åpen.

(9) Under posten "Forbehold" i tilbudsskjemaet hadde Multiconsult skrevet "ingen".

(10) Multiconsult hadde oppgitt følgende under tilbudets punkt 2 "Forbehold":

"Vårt tilbud gjelder komplett detaljprosjektering og levering av tegninger frem til og med kontrahering av entreprenør(er). Ingen form for byggeledelse eller kontroll utover enkle avklaringer er medtatt.

Dersom omfanget av møteaktiviteten med oppdragsgiver blir endret i forhold til de forutsetninger som er lagt inn i forespørselen, forutsettes reise- og oppholds-kostnader dekket i hht virkelige kostnader og statens satser. Honorar i forbindelse med supplerende møteaktivitet forutsettes dekket etter medgått tid."

(11) Under punkt 5 "Presiseringer til tilbudet" het det blant annet følgende:

"I tilbudsgrunnlaget er det uklart hvilke oppgaver/ytelser konsulenten skal bidra med i byggefasen for prosjektet. Vi har derfor kun priset kostnader for komplettering av egne arbeider og enkle avklaringer i denne fasen, se for øvrig eget skriv om prosjektgjennomføring vedlagt tilbuds brevet."

(12) I skrivet om prosjektgjennomføring som det var henvist til, stod det blant annet:

"2. Anbud/kontrahering

I tilbudet inngår anbudsutsendelse, anbudsåpning samt kontroll og evaluering av anbudene med innstilling. I det vi forutsetter at avklaringsmøter og kontraktsmøter vil finne sted i Vadsø legger vi til grunn at slike arbeider gjøres opp som reise, og er således ikke inkludert i fastprisen."

(13) Under punkt 3 "Byggefasen" var samme formulering om møter inntatt. I tillegg het det blant annet:

"Av organisasjonsplanen fremgår det at byggeledelse gjennomføres i eget oppdrag. Vi forutsetter å gi byggeleder telefonisk bistand i den grad dette er nødvendig for avklaring av mindre saker. Omfanget av andre ytelser er ikke forutsigbar, og vi forutsetter at slik bistand godtgjøres som regningsarbeid."

(14) Om rensetekniske installasjoner hadde Multiconsult blant annet skrevet at "vi har erfaring for, og anbefaler at, det rensetekniske anlegget sendes ut i en egen entrepris hvor totalansvaret for delprosjektering og utførelse av egen leveranse inngår."

(15) Innklagede la til kr 27.900 for reisekostnader for klagers tilbud, mens

Multiconsults tilbud fikk et påslag på kr 148.800 for reiser. Totalt hadde de to tilbyderne henholdsvis lavest og fjerde lavest pristilbud. Dette ga klager 50 poeng på kriteriet pris, mens Multiconsult fikk 35 poeng.

(16) På de to andre tildelingskriteriene ble klagers tilbud vurdert slik:

GJENNOMFØRING <i>Max poeng:</i>	20	
<i>Faglige forutsetninger, erfaring fra problemområdet</i>		<i>Lokal godkj. RIE dårlig dokumentert. Bred generell fagkompetanse, noe spesielt tilknyttet problemområdet</i>
<i>Arbeidsmetode/-form, problemforståelse,</i>		<i>Bra beskrivelse</i>
<i>Kapasitet, økonomisk soliditet</i>		<i>PGL/RIB negativt årsresultat 2001</i>
<i>KS-system, håndtering av uforutsette forhold (sykdom mv)</i>		<i>RIE ikke beskrevet håndtering av sykdom mv.</i>
<i>Ryddighet/struktur tilbud</i>		<i>Bra presentasjon. Levert med gamle firmaattester og sentr. godkj. (RIB/RIV)</i>
<i>Poengsum:</i>	15	

REFERANSER AKTUELL BYGNINGSTYPE <i>Max poeng:</i>
<i>Avveid mellom en vurdering fag mot fag og prosjekteringsgruppe samlet, gis det tilbud som samlet sett har best referanser max poeng</i>
<i>Poengsum:</i>

(17) Multiconsults tilbud ble vurdert slik:

GJENNOMFØRING <i>Max poeng:</i>	20	
<i>Faglige forutsetninger, erfaring fra problemområdet</i>		<i>Meget bra. PGL/RIB vært omfattende erfaring fra tilstandsanalyser svømmehall.</i>
<i>Arbeidsmetode/-form,</i>		<i>God beskrivelse.</i>

<i>problemførståelse, helhet</i>		<i>Meget bra.</i>
<i>Kapasitet, økonomisk soliditet</i>		<i>Håndtering av uforutsette forhold ikke beskrevet.</i>
<i>KS-system, håndtering av uforutsette forhold (sykdom mv)</i>		
<i>Ryddighet/struktur tilbud</i>		<i>Strukturert og ryddig.</i>
<i>Poengsum:</i>	<i>19</i>	

<i>REFERANSER AKTUELL BYGNINGSTYPE</i>	<i>Max</i>
<i>poeng:</i>	
<i>Avveid mellom en vurdering fag mot fag og prosjekteringsgruppe samlet, gis det tilbud som samlet sett har best referanser max poeng</i>	
<i>Poengsum:</i>	

(18) Med 84 poeng var Multiconsult best av alle tilbyderne, mens klager scoret nest høyest med 74 poeng.

(19) Når det gjaldt prosjektgjennomføring, ble Multiconsult trukket ett poeng for manglende beskrivelse av uforutsette forhold som sykdom m.m. Klager ble trukket fem poeng. Foruten ett poeng på samme grunnlag som Multiconsult, fikk klager to poeng trekk for manglende spesialkompetanse, ett poeng for gamle firmaattester og ett poeng for kapasitet/økonomisk soliditet.

(20) For referanser ble det foretatt en skjønnsmessig vektning på bakgrunn av oppgitte referanseoppdrag. Kommunen talte over prosjekteringsoppdrag for svømmehaller og badeland i de ulike fag (PGL, RIB, RIV og RIE). Antall referanser ble satt inn i en matrise for vurdering av fag mot fag og gruppe mot gruppe.

(21) Multiconsult hadde 31 referanseoppdrag, flest av tilbyderne, og fikk dermed maksimal score, mens klager med sine åtte referanser fikk ni poeng.

(22) I brev av 7. november 2003 ble leverandørene meddelt at Multiconsult var tildelt kontrakten. Det var i brevet inntatt en matrise som viste innklagedes utregning av tilbydernes priser og poenggivningen på hvert tildelingskriterium.

(23) Klager gikk til retten med krav om midlertidig forføyning for å stoppe kontraktinngåelse, men fikk ikke medhold.

Anførsler:

Klagers anførsler:

(24) Klager anfører at innklagede har brutt regelverket for offentlige anskaffelser.

(25) Multiconsults tilbud inneholdt slike forbehold at det skulle vært avvist.

Forbeholdene gjelder arbeidets omfang og møtedeltakelse. De er ikke priset og fremkommer heller ikke klart av tilbudet, jf opplysningene i tilbudsskjemaet om at det ikke er tatt forbehold. Dette medfører at tilbudene ikke er sammenlignbare, og tilbudet fra Multiconsult skulle vært avvist i medhold av forskriftens § 15-10 (1) bokstav c, jf § 15-6 (1) og (3).

(26) Videre inneholder Multiconsults tilbud et avvik fra konkurransegrunnlaget ved at det var lagt opp til at prosjektering av rensaneanlegg skulle settes ut i egen entreprise. Avviket var av en slik art at det ikke kunne vurderes uten kontakt med leverandøren, jf det faktum at innklagede kontaktet Multiconsult for avklaring av dette spørsmålet. Tilbudet skulle også av denne grunn vært avvist, jf §15-10 (1) bokstav c.

(27) Uansett skulle tilbudet vært avvist som uklart, jf § 15-10 (1) bokstav d.

(28) For det tilfelle at klagenemnda skulle være uenig i at Multiconsults tilbud skulle vært avvist, har innklagede begått en rekke feil i tilbudsevalueringen.

(29) Når det gjelder tildelingskriteriet prosjektgjennomføring, var maksimal score 20 poeng. Innklagede har under saksgangen innrømmet feilaktig å ha trukket klager ett poeng for økonomisk soliditet. Videre ble klager trukket ett poeng for gamle firmaattester. Dette kan det ikke være adgang til. De to poengene som er trukket for manglende spesialkompetanse må skyldes en faktisk feilvurdering. Klager tilfredsstiller kriteriet prosjektgjennomføring slik det er beskrevet i konkurransegrunnlaget, og poengtrekket virker tilfeldig.

(30) Poenggivningen på kriteriet referanser er foretatt på bakgrunn av en rent matematisk opptelling av antallet referanser. Det er ikke foretatt en kvalitativ vurdering. Dette innebærer en vilkårlig evaluering, og kriteriet, slik det er vurdert, representerer ingen økonomisk verdi for innklagede. Det var uansett ikke forutberegnelig at kriteriet ville bli evaluert slik.

(31) Begge leverandørenes tilbudspriser er korrigert etter en beregning av møtekostnader. Møtekostnadene utgjør en stor del av den totale kontraktssummen, og et beregnet antall møter skulle derfor vært oppgitt i konkurransegrunnlaget, jf kravene til likebehandling, forutberegnelighet og etterprøvnbarhet. Videre skulle Multiconsults forbehold om møter vært priset i medhold av kravet til likebehandling. Innklagede har lagt til grunn at 12 enkeltreiser er tilstrekkelig for Multiconsult. Basert på konkurransegrunnlagets forutsetninger om møteaktivitet er dette helt urealistisk.

(32) Meddelelsen om valg av tilbud tilfredsstilte ikke kravet til begrunnelse, jf forskriftens § 17-3. Klagen på tildelingsvedtaket ble aldri realitetsbehandlet, og klager ble ikke gitt en begrunnet beslutning vedrørende klagesaken. Innklagedes håndtering av klagen er i strid med reglene i forskriftens § 17-3.

(33) Klager ber klagenemnda uttale seg om erstatningsspørsmålet.

Innklagedes anførsler:

(34) Innklagede bestrider å ha brutt regelverket for offentlige anskaffelser.

(35) Klagers begjæring om midlertidig forføyning har vært behandlet både av tingrett og lagmannsrett. Retten kom i begge instanser til at det ikke var sannsynliggjort at klager har et krav. Når klager ikke har fått medhold i realitetsspørsmålet, bør klagenemnda avvise saken, jf forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser §§ 6 og 9.

(36) Multiconsult har ikke tatt forbehold i sitt tilbud. De forholdene klager påpeker, er rene presiseringer, jf tilbuds brevet der det heter at "prosjekteringen omfatter detaljprosjektering innenfor samtlige fagdisipliner som er beskrevet i tilbudsgrunnlaget". Videre er feltet "Forbehold" i anbudsskjemaet er fylt ut med

"Ingen". Det vises for øvrig til tingrettens kjennelse som lagmannsretten slutter seg til.

(37) Når det gjelder evalueringen av tilbudene, er klager blitt trukket ett poeng for gamle firmaattester. Levering av gammel firmaattest er i strid med klar instruks i konkurransegrunnlaget, og viser at en uryddighet i tilbudet som klager er trukket for ut fra en vurdering av at dette ville ha betydning også for prosjektgjennomføringen.

(38) Det faktum at klager ble trukket to poeng for manglende spesialkompetanse skyldes at klager ikke har spesialkompetanse innen bygging av badeanlegg. Multiconsult har derimot dokumentert slik erfaring.

(39) Det er ikke riktig at kriteriet referanser ble bedømt etter en ren opptelling av antallet referanser. Telling av referansene ble bare gjort som en kontroll av det utøvde skjønn hvor hensikten var å finne frem om tilbyderne hadde tilstrekkelig bred erfaring innenfor det aktuelle fagområdet fra de senere år. Antallet referanser ble bare vektlagt opp til et visst nivå idet innklagede vurderte det slik at ytterligere referanseprosjekter ikke ville påvirke kvaliteten av arbeidene. Innklagede kan ikke se at regelverket stiller som krav at de oppgitte referansepersonene kontaktes. Innklagede mener tvert imot at det er begrenset adgang til å kontakte referansepersonene. Kvaliteten på referansene ble vurdert ut fra de skriftlige opplysningene som ble gitt.

(40) Poengberegningen på kriteriet pris er korrekt.

Klagenemndas vurdering:

(41) Klager har deltatt i konkurransen og har saklig klageinteresse, jf forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Anskaffelsen er etter sin verdi underlagt reglene i forskrift om offentlige anskaffelser del I og III.

(42) Klagenemnda har tidligere påpekt at rettskraftig kjennelse om midlertidig forføyning vedrørende brudd på anskaffelsesreglene ikke er til hinder for at Klagenemnda behandler saken, jf sak 2004/192 og § 6 i forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser.

(43) Klagenemnda finner videre ikke at det foreligger forhold som gjør saken uhenksom for behandling, og saken tas opp til realitetsbehandling. Klagenemnda behandler først spørsmålet om Multiconsults tilbud skulle vært avvist.

(44) Etter forskriftens § 15-10 (1) bokstav d skal et tilbud avvises dersom det på grunn av forbehold eller på grunn av feil, uklarheter, ufullstendigheter eller lignende i en åpen eller begrenset anbuds konkurranse kan medføre tvil om hvordan tilbudene skal bedømmes i forhold til hverandre.

(45) Multiconsult har lagt inn en forutsetning i sitt tilbud om at møtekostnader er basert på "*de forutsetninger som er lagt inn i forespørselen*". En forutsetning om at prisen er beregnet ut fra det som følger av konkurransegrunnlaget, innebærer naturligvis ikke et forbehold. Selv om denne formuleringen er inntatt under overskriften "*forbehold*", må den vurderes etter sitt innhold, og klagenemnda kan ikke se at teksten er noe annet enn en presisering. Videre kan ikke klagenemnda se at Multiconsults tilbud inneholder forbehold mot reisekostnader andre steder i tilbudet.

(46) Klagenemnda kan ikke se at det er tatt forbehold mot arbeidsomfanget. Formuleringen "*omfanget av andre ytelser er ikke forutsigbar, og vi forutsetter at slik bistand godtgjøres som regningsarbeid*" kan kanskje skape en viss tvil om hva som inngår i pristilbudet. Klagenemnda finner likevel ikke at det er grunnlag for å underkjenne innklagedes vurdering. Formuleringen fremstår ikke som en

innskrenkning i leveringsplikten i forhold til konkurransegrunnlaget, men som en presisering. Dette inntrykket forsterkes ved at forholdet heller ikke er inntatt under pkt 2 "forbehold" i tilbudet.

(47) Klagenemnda vurderer videre Multiconsults formulering omkring det renetekniske anlegget som en ren anbefaling til oppdragsgiver om å gjennomføre dette som egen entreprise, slik at også disse prosjekteringsarbeidene er inkludert i tilbudet.

(48) Spørsmålet er så om innklagedes evaluering av tilbudene var riktig.

(49) Partene er enige om at klager urettmessig er blitt trukket ett poeng for økonomisk soliditet under kriteriet prosjektgjennomføring, og klagenemnda legger dette til grunn.

(50) Klager er også trukket ett poeng for å ha for gamle firmaattester. Til dette vil klagenemnda bemerke at firmaattest er ett av de etterspurte dokumentene som skal brukes til å vurdere leverandørenes kvalifikasjoner, jf konkurransegrunnlagets punkt 4.2. Resultatet av kvalifikasjonsvurderingen skal enten være avvisning eller aksept, og en manglende oppfyllelse av kvalifikasjonskrav kan ikke trekkes inn i tilbudsevalueringen, jf forskriftens § 15-2. For det andre skal evaluering av tilbudene bare skje med grunnlag i tildelingskriteriene. Tildelingskriteriene må dessuten ha en saklig tilknytning til kontraktens gjenstand og representere en økonomisk verdi for oppdragsgiver. Klagenemnda er av den oppfatning at firmaattestenes alder ikke oppfyller noen av de nevnte krav. Innklagede handlet dermed i strid med § 17-2 ved at klager ble trukket ett poeng for å ha for gamle firmaattester.

(51) At innklagede vurderte tilbydernes spesialkompetanse, finner klagenemnda derimot relevant. Innklagede har begrunnet hvorfor klager ble trukket to poeng ved vurderingen av spesialkompetanse, og klagenemnda har ikke grunnlag for å overprøve innklagedes vurdering.

(52) Når det gjelder kriteriet referanser, legger klagenemnda til grunn innklagedes forklaring om at grunnlaget for poenggivningen var en kombinasjon av antallet referanseprosjekter og de oppgitte referanseprosjektenes relevans. Oppgitte referansepersoner ble imidlertid ikke kontaktet.

(53) Antallet referanseprosjekter sier etter klagenemndas vurdering noe om leverandørenes erfaring, og kan derfor også si noe om hvilken kvalitet oppdragsgiver kan forvente. Særlig gjelder dette når innklagede i evalueringen har etterspurt og tatt hensyn til de oppgitte referanseprosjektenes relevans.

(54) Slik klagenemnda ser det, er spørsmålet om innklagede i tillegg til den evalueringen som er gjengitt over, skulle kontaktet oppdragsgivere i de oppgitte referanseprosjektene for å få en uttalelse om hvordan leverandørene kvalitativt hadde utført arbeidene.

(55) I sak 2003/178 la klagenemnda til grunn at kriteriet referanser ikke kunne vurderes uten at oppdragsgiver kontaktet referansepersonene. Den foreliggende sak skiller seg imidlertid fra nevnte sak. Konkurransegrunnlaget i den foreliggende sak spør strengt tatt etter to ting, referanseoppdrag og referansepersoner, selv om konkurransegrunnlaget ikke er helt konsekvent i sin språkbruk. Nemnda finner at vurderingen av referanseoppdrag er egnet til å si noe om tilbydernes erfaring og kompetanse isolert sett, og vurderingen av disse forutsetter nødvendigvis ikke at innklagede tok kontakt med referansepersoner. Dette er da også kommet til uttrykk i konkurransegrunnlaget ved at innklagede skrev at referansepersoner ville bli kontaktet etter behov. Tilbyderne kunne på denne bakgrunn ikke ha noen ubetinget forventning om at referansepersonene skulle bli kontaktet. Når Multiconsult både hadde flere og mer relevante referanseprosjekter enn klager, kan klagenemnda ikke se at innklagedes beslutning om ikke å kontakte referansepersonene var usaklig eller vilkårlig. Klagenemnda er på denne bakgrunn kommet til at innklagedes ikke brøt

regelverket ved å unnlate å kontakte referansepersonene.

(56) Det fremgår av tingrettens kjennelse i saken om midlertidig forføyning at innklagede har lagt til grunn at tolv møter er tilstrekkelig for alle faggrupper. Klagenemnda har ikke grunnlag for å underkjenne denne vurderingen og kan ikke se at evalueringen av tilbydernes pris har vært i strid med regelverket.

(57) Meddelelsen om valg av tilbud innehold en oversikt over karaktersettingen på tildelingskriteriene. Etter klagenemndas vurdering tilfredsstillende dette kravene til begrunnelse etter forskriftens § 17-3 (2).

(58) Selv om klagenemnda har identifisert et brudd på regelverket, har ikke nemnda grunnlag for å vurdere hvordan dette vil påvirket utfallet av konkurransen. Nemnda finner på denne bakgrunn ikke at det er grunnlag for å uttales seg om erstatningsspørsmålet.

Konklusjon:

Vadsø kommune har brutt forskrift om offentlige anskaffelser § 17-2 ved å trekke klager ett poeng i tilbudsevaluering fordi klager hadde levert en for gammel firmaattest.

For klagenemnda, 9. mai 2005

Andreas Wahl



Forsiden
Nemndsmedlemmer
Saksbehandling
Regelverk
Innkomne saker
Statistikk
Årsrapporter
Dommer
Søk i avgjorte saker

Avgjorte saker:

[2003](#) [2004](#) [2005](#)

Besøksadresse

H. Heyerdalsgate 1
0033 Oslo

Postadresse

Postboks 8132 Dep
0033 Oslo

Tlf.: 22 33 70 10

Faks: 22 33 70 12

E-post:

postmottak@kofa.no

Avgjorte saker

Klagenemnda kom til at tildelingskriteriene var tilstrekkelig presist utformet. Videre ble det uttalt at det var forsvarlig av innklagede å basere vurderingen av kapasitet på opplysninger gitt i tilbudet. Innklagedes direktør var styremedlem i det selskap som ble tildelt kontrakt, og klagenemnda kom til at vedkommende hadde vært med på å tilrettelegge grunnlaget for avgjørelsen. Det ble således konstatert inhabilitet.

Klagenemndas avgjørelse 9. mai 2005 i sak 2004/127

Klager: Rørheims Bilruter AS

Innklaget: Ryfylke Miljøverk IKS

Klagenemndas medlemmer: Inger Roll-Matthiesen, Andreas Wahl og Per Christiansen

Saken gjelder: Vage tildelingskriterier. Vurdering av tildelingskriterier. Habilitet.

Bakgrunn:

(1) Det interkommunale avfallsselskapet Ryfylke Miljøverk IKS (heretter innklagede) kunngjorde den 23.09.2003 en åpen anbudskonkurransen vedrørende avfallstransport og containerleie.

(2) Til hjelp under anskaffelsesprosessen hadde innklagede engasjert firmaet Kon-Sul AS. Dette firmaet utarbeidet konkurransegrunnlaget på bakgrunn av grunnlagsdokumentasjon mottatt fra innklagede. Kon-Sul gjennomførte også tilbudsevalueringen på innklagedes vegne.

(3) Anskaffelsen var delt inn i åtte selvstendige kontrakter/deloppdrag. Denne klagen gjelder tildelingen av deloppdrag 4 "Utleie av containere til innsamlingssystemet".

(4) Det ble i konkurransegrunnlaget anslått et forventet årlig leiebehov på 46 containere. Det var dette anslaget tilbyderne skulle prise enhetsprisene sine ut fra.

(5) Kontraksperioden var definert som "01.01.04 – 31.12.08 (5 år)".

(6) Tildelingskriteriene var beskrevet slik i konkurransegrunnlagets pkt 4:

"[...] Tildelingen skjer på basis av det tilbudet som totalt sett er det mest økonomisk fordelaktige. I tillegg til pris, vil det bli vurdert i hvilken grad totaløkonomien for oppdragsgiver eventuelt blir påvirket av funksjonsmessige og kapasitetsmessige egenskaper på utstyr, materiell og hos tilbyderer generelt. Tilbyder skal fylle ut oppgave over sine ressurser, jfr. vedlegg. [...]"

(7) Det vedlegget som er referert til i tildelingskriteriene var utformet tilnærmet slik:

” OPPGAVE OVER UTSTYR, MATERIELL OG RESSURSER

Transportmateriell / type / størrelse

.....

Containere / type / størrelse

.....

Antall ansatte:

..... ”

(8) Rørheims Bilruter AS (heretter klager) innleverte tilbud i konkurransen. I tillegg til klagers tilbud var tilbudet fra Ryfylke Renovasjon eneste tilbud som ble realitetsbehandlet i konkurransen.

(9) Tilbudet fra Ryfylke Renovasjon opplyste følgende som svar på vedlegget i konkurransegrunnlaget:

”Containere / type / størrelse:

Ca 300 stk av forskjellig størrelse med og uten lokk”.

(10) Kon-Sul meddelte den 02.12.2003 utfallet i konkurransen. Det fremgikk av skrevet at Ryfylke Renovasjon ble innstilt som leverandør for deloppdrag 4. Det fremgikk at tilbudsevalueringen hadde foregått på følgende måte:

" I samsvar med tilbudsgrunnlaget er følgende tildelingskriterier nytta:

- *Pris*
- *Funksjonsmessige og kapasitetsmessige eigenskapar som kan påverke kva som er det økonomisk mest fordelaktige tilbodet*

I vurderinga er prisen gitt høgast prioritet".

(11) Begrunnelsen for valget av leverandør lød slik:

"På delkriteriet pris har Ryfylke Renovasjon as lågast pris med kr 92.376 eks. mva. pr. år. For delkriteriet som gjeld funksjonsmessige og kapasitetsmessige eigenskaper, er det ikkje registrert skilnader i favør av nokon av dei andre tilbydarane som påverker valet ut ifrå vurderinga av kva som er det økonomisk mest fordelaktige tilbodet."

(12) Kon-Suls innstilling av 02.12.2003 ble behandlet av styret i Ryfylke Miljøverk før kontraktene ble inngått. I innstilling av 04.12.2003 ble saken forelagt styret for behandling. Fra innstillingens innledning siteres:

"Direktøren si oppfatning er at vi følger innstillinga frå KonSul, som har basis i reine formelle reglar og derfor må ansjåst å vera nøytralt behandla."

(13) Innstillingen til styret var undertegnet av direktør Odd Harald Olsen i Ryfylke Miljøverk. Av samme dokument fremgår det at styret vedtok å følge innstillingen fra Kon-Sul og at direktøren skulle inngå kontraktene på vegne av selskapet.

(14) Det ble avholdt kontraktsmøte mellom klager og innklagede den 07.01.2004. Møtet knyttet seg primært til inngåelse av avtaler på noen av de andre deloppdragene i anskaffelsen. Men klager anførte under møtet at tildelingen av kontrakt til Ryfylke Renovasjon var feil da firmaet etter klagers mening ikke kunne ha tilstrekkelig kapasitet til å utføre deloppdrag 4.

(15) På bakgrunn av de innvendinger klager kom med under møtet, innhentet innklagede en skriftlig bekreftelse fra Ryfylke Renovasjon:

"Avklaring av hvorvidt Ryfylke Renovasjon A/S har kapasitet til å iverksette oppdraget fra det tidspunktet kontrakten skal gjelde.

Ryfylke Renovasjon A/S bekrefter med dette at de har denne kapasiteten, og at kapasiteten har vært tilgjengelig fra 1/1-04, i det omfanget som er forespurt i konkurransegrunnlaget.

(16) Denne bekreftelsen ble gitt på samme møte som kontrakten på deloppdrag 4 ble underskrevet. På møtet deltok direktør Odd Harald Olsen. Han har også signert den nevnte bekreftelsen.

Klager har i det vesentlige anført:

(17) Tildelingskriteriene er vage, uhåndterlige og overlater et for stort skjønn til oppdragsgiver. Kriteriene strider således mot kravet til likebehandling og forutsigbarhet, og har ført til at klager ikke har hatt mulighet til å etterprøve hvilke kriterier som i realiteten har blitt vektlagt. Begreper som funksjonsmessige og kapasitetsmessige egenskaper er ikke nærmere spesifisert i konkurransegrunnlaget.

(18) I den grad kriteriet *"funksjonsmessige og kapasitetsmessige egenskaper*

[...] hos tilbyderer generelt" kan anses forståelig, må dette kriteriet anses som et kvalifikasjonskrav. Slike krav kan ikke oppstilles som tildelingskriterier.

(19) I alle tilfeller fremstår innklagedes vurdering av kapasiteten hos Ryfylke Renovasjon som uriktig. De opplysninger som er gitt i deres tilbud er feil, det vises til at vedkommende leverandør i ettertid ikke var i stand til å levere containerne fra det startstidspunkt som var forutsatt i kontrakten. Innklagede kan ikke høres med at de baserte seg på tilbudets opplysninger om kapasitet. Det påhviler en selvstendig plikt til å undersøke opplysningene, ikke minst som følge av at klager gjorde innklagede oppmerksom på dette før kontrakt ble inngått.

(20) Det er i strid med forskrift om offentlige anskaffelser § 17-1 at prioriteringen av tildelingskriteriene ikke er oppgitt i konkurransegrunnlaget.

(21) Direktør i Ryfylke Miljøverk, Odd Harald Olsen, er styremedlem i Ryfylke Renovasjon. Det er dermed klart at vedkommende er inhabil til å treffe avgjørelser i saken, jf forskrift om offentlige anskaffelser § 3-4, jf forvaltningsloven § 6 første ledd bokstav e. At konsulentfirmaet har bistått ved gjennomføringen av anskaffelsen avhjelper ikke inhabiliteten. Kompetansen til å treffe slike beslutninger ligger hos direktøren, og rent faktisk er kontraktene inngått av Odd Harald Olsen. Han har også deltatt i det avsluttende kontraktsmøtet med både klager og Ryfylke Renovasjon. I tillegg var saksinnstillingen forut for Ryfylke Miljøverks styrebehandling underskrevet av Olsen.

(22) Klagenemnda bes uttale seg om vilkårene for erstatning er oppfylt.

Innklagede har i det vesentlige anført:

(23) Det bestrides at det er noen feil ved utformingen av tildelingskriteriene.

(24) Det er vanskelig/umulig å fastsette prioriteringen av tildelingskriteriene på forhånd. Vektingen av pris mot det andre kriteriet kan først foretas når man ser hvordan oppfyllelsen av det andre kriteriet virker inn på totaløkonomien. Dette kan først gjøres etter tilbudene har kommet inn. Uansett er det ingen plikt til å prioritere tildelingskriteriene på forhånd.

(25) Kapasitetsvurderingen som ble foretatt tok utgangspunkt i de opplysninger Ryfylke Renovasjon inga i tilbudet sitt. Opplysningene som ble gitt tilsa klart at kapasiteten var god nok for oppdraget. Etter at klager stilte spørsmål ved denne kapasiteten ønsket innklagede å forsikre seg om at opplysningene i tilbudet var riktige. Dette ble bekreftet ved skriftlig erklæring fra Ryfylke Renovasjon før kontrakten ble inngått.

(26) At Ryfylke Renovasjon i ettertid angivelig skal ha leveringsproblemer på denne kontrakten kan ikke medføre at innklagedes vurdering av kapasiteten var feil. Dette må i så fall håndteres etter kontraktsrettslige misligholdsregler.

(27) Det foreligger ikke inhabilitet i saken. Hele anskaffelsesprosessen ble gjennomført av Kon-Sul, uten at klager hadde noen form for innflytelse på prosessen. Konsulentfirmaet har på eget grunnlag skrevet en innstilling som ble sendt styret i Ryfylke Miljøverk for endelig avgjørelse. Selskapets administrasjonen, herunder direktør Odd Harald Olsen, har således ikke hatt befating med saken på en måte som innebærer inhabilitet.

Klagenemndas vurdering:

(28) Anskaffelsen er kunngjort som en tjenestekontrakt under terskelverdi. Anskaffelsens totale verdi er ikke opplyst for klagenemnda, og det legges derfor til grunn at anskaffelsen følger reglene under terskelverdi. Reglene i forskrift om offentlige anskaffelser del I og III får dermed anvendelse, jf § 2-2. Klager har

deltatt i konkurransen og har saklig klageinteresse.

Utformingen av tildelingskriteriene

(29) I flere tidligere saker har klagenemnda slått fast at tildelingskriteriene skal utformes på en slik at alle normale leverandører skal forstå kriteriene på samme måte..

(30) I dette tilfellet, sett i lys av de opplysninger leverandørene skulle inngi i vedlegget "oppgave over utstyr, materiell og ressurser", har klagenemnda kommet til at tildelingskriteriene må anses tilstrekkelig presist utformet. Det vises til at tildelingskriteriene inneholder en referanse til dette vedlegget.

(31) Klagers anførsel om at kriteriet "*funksjonsmessige og kapasitetsmessige egenskaper [...] hos tilbyderen generelt*" er et kvalifikasjonskrav, finner nemnda ikke grunn til å ta stilling til. Spørsmålet har ikke påvirket utfallet av konkurransen.

Prioritering av tildelingskriteriene

(32) Klagenemnda har i flere tidligere saker slått fast at såfremt oppdragsgiver ikke har bestemt seg for vektning/prioritering av kriteriene ved utsendelsen av konkurransegrunnlaget, tilligger det oppdragsgivers innkjøpsfaglige skjønn å fastsette dette nærmere under evalueringen.

(33) Klagenemnda finner ikke at innklagedes prioritering er i strid med regelverket..

Vurderingen av tilbudet til Ryfylke Renovasjon

(34) Klager anfører at innklagede pliktet å etterprøve Ryfylke Renovasjons opplysninger om hvilken container-kapasitet firmaet faktisk hadde, og at det ikke var tilstrekkelig at evalueringen ble basert på de opplysninger som ble gitt i tilbudet.

(35) Klagenemnda mener at det klare utgangspunkt må være at når oppdragsgiver ber leverandørene beskrive hvordan de har tenkt å utføre kontrakten, herunder hvilke innsatsfaktorer de besitter, må det anses forsvarlig av oppdragsgiver å basere evalueringen på de opplysninger leverandørene gir i tilbudene. I motsatt fall vil evalueringsprosessen i mange tilfeller kunne bli unødig omfattende. I denne saken valgte innklagede i tillegg å innhente en bekreftelse på kapasiteten. Dette må anses som en legitim avklaring og denne fremgangsmåten må anses forsvarlig.

Inhabilitet

(36) Forvaltningslovens bestemmelser om habilitet gjelder også ved behandling av anskaffelser etter forskrift om offentlige anskaffelser, jf § 3-4.

(37) Forvaltningslovens § 6 første ledd bokstav e) setter forbud mot at en tjenestemann kan treffe avgjørelse, eller tilrettelegge grunnlaget for avgjørelsen, når vedkommende sitter som styremedlem i det firma som er part i saken.

(38) Innklagede har anført at selve beslutningen om å inngå kontrakt ble fattet av styret på bakgrunn av anbefalingen som ble gitt av Kon-Sul. Verken Odd Harald Olsen selv eller administrasjonen for øvrig har hatt befatning med denne beslutningen.

(39) Klagenemnda har merket seg innklagedes forklaring, men når direktør Odd Harald Olsen i sitt skriv til styret sier at "direktørens oppfatning er at vi følger innstillinga frå KonSul", anser klagenemnda at han ved dette har ytret en

personlig oppfatning om at KonSuls innstilling er korrekt. Han har på denne måten hatt en befatning med saken som ikke kun er å anse som en ekspedering. Klagenemnda viser videre til at Olsen deltok på kontraktsmøtet med Ryfylke Renovasjon selv om det da fortsatt var en uklarhet vedrørende firmaets kapasitet. Klagenemnda nevner at inntil kontrakt er underskrevet kan oppdragsgiver endre sine beslutninger i anskaffelsesprosessen dersom man finner at det er begått feil. Direktør Odd Harald Olsen anses derfor å ha vært med på å tilrettelegge grunnlaget for avgjørelsen. Ettersom Olsen samtidig var styremedlem i Ryfylke Renovasjon foreligger det inhabilitet knyttet til kontraktstildelingen, jf. forskrift om offentlige anskaffelser § 3-4 jf. forvaltningslovens § 6 første ledd bokstav e).

Konklusjon:

Ryfylke Miljøverk IKS har brutt forskrift om offentlige anskaffelser § 3-4, jf forvaltningslovens § 6 første ledd bokstav e), ved at direktøren bidro til å tilrettelegge grunnlaget for beslutningen om å tildele kontrakt til et selskap han selv var styremedlem i.

For klagenemnda, 9. mai 2005

Inger Roll-Matthiesen



Forsiden
Nemndsmedlemmer
Saksbehandling
Regelverk
Innkommne saker
Statistikk
Årsrapporter
Dommer
Søk i avgjorte saker

Avgjorte saker:

[2003](#) [2004](#) [2005](#)

Besøksadresse

H. Heyerdalsgate 1
0033 Oslo

Postadresse

Postboks 8132 Dep
0033 Oslo

Tlf.: 22 33 70 10

Faks: 22 33 70 12

E-post:

postmottak@kofa.no

Avgjorte saker

Innklagede kunngjorde en konkurranse med forhandling uten å gjennomføre forhandlinger med noen av leverandørene. Innklagede varslet heller ikke leverandørene om valg av leverandør før kontrakt var inngått. Klagenemnda anså begge forhold å være i strid med regelverket, og fant at det vilkårene for å reeve erstatning for den negative kontraktsinteresse kunne være oppfylt.

Klagenemndas avgjørelse 9. mai 2005 i sak 2004/191

Klager: Rambøll Norge AS

Innklaget: Asker kommune

Klagenemndas medlemmer: Per Christiansen, Inger Roll-Matthiesen, Andreas Wahl

Saken gjelder: Konkurranse med forhandling gjennomført uten forhandlinger, begrunnelsesplikt, erstatning for negativ kontraktsinteresse.

Sakens bakgrunn:

(1) Asker kommune (heretter kalt innklagede) kunngjorde 23. februar 2004 en konkurranse med forhandling for prosjektering av gang/sykkelvei og hovedledninger (vann) på Østre Nesøya.

(2) I konkurransegrunnlaget var det blant annet angitt at:

"Konkurransen sogner inn under forskrift om offentlige anskaffelser og lov om offentlige anskaffelser. Som generelle konkurranseregler gjelder forskrift om offentlige anskaffelser del III av 15.06.01.

[...]

TILDELINGSKRITERIER

Tildeling av oppdraget vil skje på basis av hvilket tilbud som er det økonomisk mest fordelaktige. Ved vurdering av hvilket tilbud som er det økonomisk mest fordelaktige vil etterfølgende kriteriene bli lagt til grunn:

Prioritering – vektning	Kriterier	
30%	Pris	<ul style="list-style-type: none"> • Vurderingsgrunnlag / dokumentasjon • Komplette tilbudsskjema med tilbudsbrev i utfylt stand
30%	Oppgaveforståelse og oppgavedefinisjon	<ul style="list-style-type: none"> • Beskrivelse av hvordan oppgaven skal løses
40%	Kompetanse, ressurspersoner, ressurstilgang og fleksibilitet	<ul style="list-style-type: none"> • Ressursplan som viser navngitte ansvarlige personer med antatt tidsforbruk pr aktivitet. • CV-er på ansvarlige personer med angitt referanse. • Fremdriftsplan.

”

(3) I alt 10 leverandører leverte inn tilbud, herunder Rambøll Norge AS (heretter kalt klager) innen tilbudsfristen 12. mars 2004. Prisen på i de 10 innkomne tilbudene sprikte fra kr 165.000 til 950.000. Av disse lå 5 tilbud mellom kr 282.000 og 360.000. Klagers tilbud var nest billigst, mens Sweco Grønners (heretter SG) tilbud var fjerde billigst.

(4) I evalueringsprotokollen sto blant annet dette:

”Oppdraget er nærmest umulig å prise slik det er definert. Tilbyderne har da også forutsatt svært ulikt arbeidsomfang, og alle begrensninger og forbehold må tillegges stor betydning.

Samlet representerer tilbyderne det meste av planleggingskompetansen på VVA i Norge, det er følgelig vanskelig å knytte så mye negativt til referanseprosjekter og kompetanse hos disse aktørene. Nedenfor er det lagt vekt på forskjeller mellom tilbyderne, OK- betyr ikke nødvendigvis at det er en mangel tilstede.

[...]

Tilbyder 7 [klager]

Referanseprosjekter: OK

Eksterne referanser: Ikke innhentet

Forsikring: 3,0 mill, egenandel 500.000

Kompetanse: OK

Prosjektansvarlig: Ing (anl.tekn.)(53)

Internkontroll: OK+ (ISO 9001)

[...]

Tilbyder 9 [SG]

Referanseprosjekter: OK

Eksterne referanser: OK, med forklart betenkning

Forsikring: 3,0 mill, egenandel 300.000

Kompetanse: OK+

Prosjektansvarlig: Siv.ing (samf.)(33)

Internkontroll: OK”

(5) I protokollen ble det videre referert skår pr tildelingskriterium for samtlige tilbud. Klagers tilbud ble rangert som fjerde best.

(6) Den 19. april 2004 ble kontrakt inngått med Sweco Grøner (heretter SG) og arbeidene startet opp.

(7) Primo mai 2004 tok klager telefonisk kontakt med innklagede og fikk opplyst at innklagede hadde til hensikt å inngå kontrakt med SG. I brev til innklagede datert 5. mai 2004 påpekte klager den manglende skriftlige meddelelsen om valg av leverandør.

(8) I brev til klager datert 12. mai 2004 opplyste innklagede at SG var tildelt oppdraget uten forhandlinger med noen av tilbyderne. Vedlagt brevet fulgte evalueringsprotokollen.

Klager har i det vesentlige anført:

(9) Innklagede har utlyst en forhandlet konkurranse, uten at det er opptrådt i henhold til dette i det etterfølgende arbeidet. Ved valg av prosedyren konkurranse med forhandlinger er det som utgangspunkt en plikt til å forhandle med de aktuelle leverandørene. Klager har ikke fått mulighet til å forhandle, til tross for at de hadde reell mulighet til å få tildelt kontrakten.

(10) Innklagede har ikke rettidig gitt klager skriftlig meddelelse om valg av tilbud. Innklagede har i strid med regelverket fratatt klager mulighet til å reise innsigelser mot valg av tilbud i tide før kontrakt ble inngått.

(11) Klager hadde med sikkerhet avstått fra å levere inn tilbud dersom det på forhånd var klart at konkurransen ville bli gjennomført med så grov tilsidesettelse av kravene til saksbehandling. Det bes om at nemnda uttaler seg om det er grunnlag for å kreve erstatning for de kostnader som er påløpt i forbindelse med deltakelsen i konkurransen.

Innklagede har i det vesentlige anført:

(12) Prisen på i de 10 innkomne tilbudene sprikte fra kr 165' til 950'. Av disse var 5 tilbud svært jevne i pris (fra kr 282' til 360'). Tilbudene ble ansett som fullstendige og uten uavklarte forhold.

(13) Det ble ikke avholdt forhandlinger med noen av leverandørene. Det er således ikke noen som har fått fortrinn fremfor andre. Innklagede er klar over § 16-3, men mener å ha gjennomført en konkurranse med like vilkår for alle

leverandørene.

(14) Tre av tilbudene, herunder tilbudet fra den valgte leverandøren, var vanskelig å skille ved vurderingen. Klagers tilbud havnet som nr fire. Innklagede kan ikke se at klager har grunn til å føle seg spesielt forbigått.

Klagenemndas vurdering:

(15) Klager har deltatt i konkurransen og har saklig klageinteresse, jf. forskrift om klagenemnd om offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Det er ikke bestridt at det er forskriftens del III som regulerer anskaffelsen. Klagenemnda legger dette til grunn.

(16) Det fremgikk både av kunngjøringen og av konkurransegrunnlaget at den valgte prosedyreformen var konkurranse med forhandling. Når innklagede har valgt prosedyreformen konkurranse med forhandling, innebærer dette at leverandørene har en berettiget forventning om at de normalt vil bli invitert til forhandlinger med mulighet til å revidere sine tilbud. Innklagede har ikke invitert til forhandlinger, hvilket utgjør et brudd på kravet til forutberegnelighet i lovens § 5.

(17) I en konkurranse med forhandling er det adgang til å forhandle om endringer eller suppleringer av alle sider ved tilbudene, så som forretningsmessige vilkår, pris og tekniske spesifikasjoner. Tilbudene som innleveres i en konkurranse med forhandling vil normalt kunne gjennomgå relativt store endringer i løpet av forhandlingsprosessen, og rangeringen av tilbudene kan endres underveis. Et tilbud som innleveres i en anbudskonkurranse vil gi uttrykk for leverandørens beste tilbud, mens et tilbud som innleveres under forutsetning av at det skal gjennomføres forhandlinger, forutsettes normalt å kunne forbedres.

(18) Klagenemnda legger til grunn at klager ville ha avstått fra å levere inn tilbud, eller levert et tilbud med et helt annet innhold, dersom det på forhånd var klart at konkurransen ville bli gjennomført uten de varslede forhandlingene. Klagenemnda antar at vilkårene for å få erstatning for de kostnader som er påløpt i forbindelse med deltakelse i konkurransen vil kunne være oppfylt.

(19) Det følger av forskriften § 17-3 (1) at oppdragsgiver skal gi leverandørene en skriftlig meddelelse om valg av leverandør i rimelig tid før kontrakt inngås. Innklagede erkjenner å ha brutt begrunnelsesplikten etter forskriften § 17-3. Klagenemnda vil påpeke at manglende begrunnelse er et alvorlig regelbrudd, siden det fratrar leverandørene muligheten til å avdekke eventuelle feil som kan føre til at oppdragsgiveren omgjør sin beslutning om tildeling av kontrakt, jf § 17-3 (3). Leverandørene får heller ikke grunnlag for eventuelt å iverksette rettslige skritt før tildeling av kontrakt.

Konklusjon:

Asker kommune har brutt lov om offentlige anskaffelser § 5 og kravet til forutberegnelighet ved ikke å gjennomføre forhandlinger i en konkurranse med forhandling.

Asker kommune har brutt forskrift om offentlige anskaffelser § 17-3 ved ikke å gi meddelelse om valg av leverandør før kontrakt ble inngått.

For klagenemnda, Oslo 9. mai 2005

Inger Roll-Matthiesen



Forsiden
Nemndsmedlemmer
Saksbehandling
Regelverk
Innkomne saker
Statistikk
Årsrapporter
Dommer
Søk i avgjorte saker

Avgjorte saker:
[2003](#) [2004](#) [2005](#)

Besøksadresse
H. Heyerdalsgate 1
0033 Oslo

Postadresse
Postboks 8132 Dep
0033 Oslo

Tlf.: 22 33 70 10

Faks: 22 33 70 12

E-post:

postmottak@kofa.no

Avgjorte saker

Helse Nord RHF gjennomførte en konkurranse med forhandling for kjøp av reisebyråtenester ved syke transport. Klagenemnda kom til at et krav om at innklagedes kontraktspart måtte ha operatører ved innklagedes kontor på Gravdal, ikke var i strid med forbudet mot diskriminering på grunnlag av lokal tilhørighet. Regelverket for offentlige anskaffelser var heller ikke til hinder for at forhandlingsutspill og endelig tilbud ble innlevert pr e-post. Selv om innklagede ikke før tilbudsfristens utløp hadde utarbeidet et estimat over antall reiser fordelt på de ulike transportmidlene, kom klagenemnda til at leverandørene hadde fått tilstrekkelige opplysninger til å utforme sine tilbud. Innklagede hadde imidlertid brutt regelverket ved ikke å ha sikret dokumentasjon for tidligere erfaringer med valgte leverandør. Det var heller ikke godtgjort at erfaring et annet selskap innen valgte leverandørs konsern hadde tilegnet seg, var relevant for den forventede kvaliteten på leverandørens utførelse av oppdraget.

Klagenemndas avgjørelse 9. mai 2005 i sak 2005/17

Klager: Berg Hansen Reisebureau Tromsø AS m.fl.

Innklagede: Helse Nord RHF

Klagenemndas medlemmer: Per Christiansen, Inger Roll-Matthiesen, Andreas Wahl

Saken gjelder: tildelingskriterier, evaluering av tilbudt pris, krav til likebehandling, referanser

Sakens bakgrunn:

(1) Helse Nord RHF (heretter kalt innklagede) kunngjorde 27. oktober 2004 en konkurranse med forhandling for kjøp av reisebyråtenester ved syke transport. Det ble konkurrert om å levere det økonomisk mest fordelaktige tilbudet, basert på følgende tildelingskriterier oppgitt i ikke-prioritert rekkefølge:

”- Pris

- Kvalitet

- Tilgjengelighet, leveringstid, leveringsdyktighet, service

- Økonomi, soliditet

- Organisasjon/kompetanse

- Referanser

- I hvilken grad konkurransegrunnlaget er oppfylt”.

(2) For å ivareta ansvaret for organisering av syke transport innen sin region

hadde Nordlandssykehuset 1. januar 2004 opprettet en egen enhet lokalisert på Gravdal. Som et ledd i arbeidet med å redusere kostnadene på syketransporten, besluttet Nordlandssykehuset å knytte reisebyråkompetanse til dette reisekontoret. Våren 2004 gjennomførte Nordlandssykehuset derfor en konkurranse med forhandling for å kjøpe denne tjenesten. VIA Flyspesialisten/Haalogaland Reisebureau (heretter kalt VIA) vant denne konkurransen og etablerte et kontor ("inplantkontor") på Gravdal i juni 2004. På bakgrunn av de positive erfaringene knyttet til Nordlandssykehusets organisering av syketransporten, ga innklagede Nordlandssykehuset ansvaret med å gjennomføre konkurranse med forhandling vedrørende kjøp av tjenester for de øvrige helseforetakene i regionen.

(3) I konkurransegrunnlaget ble det gitt følgende orientering om leveransens innhold:

"Helse Nord RHF ønsker at en størst mulig andel av pasientreisene skal bestilles gjennom NLSHs [Nordlandssykehusets] reisekontor på Gravdal. Gjennom bedre logistikk på pasientreisene, og bedre utnyttelse av gjeldende og fremtidige avtaler, forventer vi å oppnå reduserte utgifter til syketransport. Spesielt innenfor området syketransport med fly er det et stort potensiale for innsparing, og anbudsinnbydelsen er i hovedsak rettet mot tjenester på dette området. I tillegg til flyreiser inngår også en mindre andel booking av reiser med tog og båt, hotellovernatting o.a.



Forsiden
Nemndsmedlemmer
Saksbehandling
Regelverk
Innkomne saker
Statistikk
Årsrapporter
Dommer
Søk i avgjorte saker
Avgjorte saker:
[2003](#) [2004](#) [2005](#)

Besøksadresse
H. Heyerdalsgate 1
0033 Oslo

Postadresse
Postboks 8132 Dep
0033 Oslo

Tlf.: 22 33 70 10

Faks: 22 33 70 12

E-post:

postmottak@kofa.no

Avgjorte saker

Hå kyrkjelege fellestråd hadde gjennomført en åpen anbudskonkurranse for kjøp av digitalt orgel til Nærbø kyrkje. Klagenemnda kom til at tilbudene var evaluert i strid med forskrift om offentlige anskaffelser § 17-2 ved at innklagede i evalueringen hadde lagt vekt på hensyn som ikke var fremmet gjennom tildelingskriteriene. Videre var forskrift om offentlige anskaffelser § 17-3 brutt ved at klager ikke var gitt rett til å klage på innklagedes valg av tilbud.

Klagenemndas avgjørelse 25. april 2005 i sak 2005/20

Klager: Johannus Norge AS – Halvorsen & Risung DA

Innklagede: Hå kyrkjelege fellestråd

Klagenemndas medlemmer: Svein Dahl, Inger Roll-Matthiesen, Bjørg Ven

Saken gjelder: Tildelingskriterier, evaluering av tilbud, klagefrist

Sakens bakgrunn:

(1) Hå kyrkjelege fellestråd (heretter kalt innklagede) kunngjorde 10. desember 2004 en åpen anbudskonkurranse vedrørende kjøp av digitalt orgel til Nærbø kyrkje. I kunngjøringen ble følgende krav stilt til dokumentasjon på leverandørenes økonomiske og finansielle kapasitet:

*"- Foretakets siste årsberetning, samt nyere opplysninger som har relevans til foretakets regnskapstall.
- Erklæring om foretakets omsetning de siste årene med relevans til denne kontrakten."*

(2) Det ble konkurrert om å levere det økonomisk mest fordelaktige tilbudet, basert på følgende tildelingskriterier opplistet i uprioritert rekkefølge:

"

*- Produktkvalitet
- Funksjonalitet og ytelse
- Garanti og service
- Referanser
- Leveringstid
- Priser og kostnader"*

(3) I konkurransegrunnlagets punkt 3.4 "Leveringstider" opplyste innklagede

at siste frist for levering av orgelet var 31. mars 2005.

(4) Norsk Musikk Distribusjon AS og Johannus Norge AS – Halvorsen & Risung DA (heretter kalt klager) var de to leverandørene som deltok i konkurransen. Et annet tilbud ble avvist fordi det kom inn etter tilbudsfristens utløp, 3. januar 2005.

(5) Klager vedla ikke årsregnskap til sitt tilbud og begrunnet dette på følgende måte:

"Vi har ingen årsregnskap for firmaet Halvorsen & Risung DA. Firmaet ble etablert pr. 01.01.04 for å tydeliggjøre firmaets nye profil og "core business" på vårt satsningsområde. Vi har derfor ikke et ferdig årsregnskap i Halvorsen & Risung DA før litt lenger ut på nyåret. Vi vil selvfølgelig ikke stille oss negative til å bringe årsregnskapet frem når dette foreligger. I tiden frem til dette vil vår regnskapsfører, Jan Isnes, i Akershus Økonomi AS mer enn gjerne fremstille hva dere enn måtte trenge av tall på bordet.

Vi har siden 1997 og til ut 2003 operert med et annet firmanavn og organisasjonsnummer. Dette firmaet har vi i dag avvirket i tråd med ønsket om øket fokus på de markedsområdene vi jobber mot i dag. Vi finner det ikke så naturlig å legge disse tallene frem i denne saken, men stiller oss åpne til å be regnskapsfører kommentere økonomien overfor kunde om dette skulle være av interesse."

(6) Hva gjelder referanser, la klager i sitt tilbud ved en liste over tidligere utførte oppdrag. Disse oppdragene var dels utført av klager, og dels av Norsk Kirkekonfeksjon DA, som er det firmaet klager springer ut av. Det er for klagenemnda opplyst at tre av de 13 referanseprosjektene er utført av klager.

(7) I bilag 9 - Tilbud og produktspesifikasjon – har klager under redegjørelsen for oppfylging av tildelingskriteriene opplyst dette om leveringstiden:

*"**Leveringstid** – mellom 16-20 uker. Om det er spesielle behov, kan vi korte ned tiden dramatisk. Ved spesielle behov kan vi levere fra lager fra samarbeidspartnere.*

(8) I bilag 11 – Leveringstider – ga klager følgende informasjon om leveringstiden:

"Som utgangspunkt for våre orgelleveranser tenker vi at orgelet skal leveres akkurat slik kunden ønsker det, og med de spesifikasjoner som kunden ønsker og trenger.

Derfor er det viktig signal vi gir, når vi sier at ingen orgler er laget som ikke er solgt.

Orgelet til Nærbø kirke er i utgangspunktet ikke laget ennå. Dog skal vi kunne levere i god tid, og innen 31.03.2005. Johannusfabrikken produserer ca 1500 orgler i året, så det er alltid noen orgler i prosess. Dette gjør det mulig å fremskynde leveransen. Jo kortere frist for levering, jo mindre fleksibel med hensyn på å få orgelet spesialtilpasset. Dette gir seg selv.

Orgelet kommer direkte fra fabrikken til kirken, og vil ikke ha unødige opphold på veien til Nærbø.

Vi i Halvorsen & Risung DA gjør planlegging slik at vi vil være til stede i kirken når orgelet ankommer."

(9) Innklagede vurderte tilbudet fra Norsk Musikk Distribusjon AS som det økonomisk mest fordelaktige, og tilskrev klager 11. januar 2005 med følgende

begrunnelse for valg av tilbud slik:

"Til grunn for valget ligger de kriterier som er forutsatt i annonsetekst og konkurransegrunnlag.

Det var i Deres anbud ikke vedlagt regnskap eller foreløpigregnskap. Det var heller ikke vedlagt regnskap for det selskap hvor store deler av leveransene er relatert. Det er derfor ikke mulig å vurdere selskapets soliditet og leveringssikkerhet.

I følge anbud kunne ikke orgelet leveres til den i anbudet oppgitte leveringstid.

Prismessig var tilbudene tilnærmet like. Begge tilbud tilfredsstilte produktkvalitet og funksjonalitet. Dere kommer svakere ut vedrørende referanser.

Byggekomiteen har valgt det for byggherren beste anbud. Som leverandør er valgt Norsk Musikk Distribusjon AS, med orgel av typen Alle."

(10) Det ble ikke gitt noen frist for å klage på beslutningen om tildeling av kontrakt.

(11) Kontrakt er inngått med Norsk Musikk Distribusjon AS

Klager har i det vesentlige anført:

(12) Innklagede har brutt regelverket for offentlige anskaffelser.

(13) Kravsspesifikasjonene er utformet for å tilgodese klagers konkurrent, Norsk Musikk Distribusjon AS. Dette strider mot kravet til likebehandling. Den orgelfaglige konsulenten innklagede benyttet, anbefalte 20 stemmer over 2 manualer. I konkurransegrunnlaget er dette behovet uten nærmere forklaring økt til 34 stemmer. Dette har vært for å tilpasse konkurransegrunnlaget til valgte leverandørs tilbud.

(14) Opplysninger gitt av kirkevergen tyder videre på at man på forhånd hadde bestemt seg for hvilken leverandør som ville bli tildelt kontrakten, og at konkurransen følgelig ble arrangert kun for å imøtekomme regelverkets krav. Denne antakelsen støttes opp også av andre faktiske omstendigheter.

(15) Klagers tilbud hadde lavest pris og var følgelig det økonomisk mest fordelaktige. Valgte leverandørs tilbudte pris er 17 % høyere enn klagers utgangspris. Klager leverte et tilbud hvor vesentlige fordyrende detaljer var tillagt, og dette har gitt klagers tilbud en noe høyere pris. Kvalitetsforbedringene er ikke tillagt tilstrekkelig vekt i evalueringen.

(16) Innklagede har lagt vekt på forhold fra kvalifikasjonsfasen ved vurderingen av tilbudene.

(17) Klager opplyste i sitt tilbud at innklagede på anmodning ville få tilgang til opplysninger om klagers organisasjon og økonomiske stilling. Det var derfor ikke anledning til å gi klager dårligere uttelling på dette forholdet.

(18) Klagers firma er en videreføring av firmaet Norsk Kirkekonfeksjon DA. I vurderingen av klagers kvalifikasjoner kunne opplysninger om Norsk Kirkekonfeksjon DA blitt lagt fram. Klager kunne eventuelt også supplert med andre og temporære tall etter ønske fra innklagede. Både klagers firma og Norsk Kirkekonfeksjon DA er ansvarlige selskaper som aldri har gått konkurs.

(19) I vurderingen av valgte leverandør er hele organisasjonen vurdert, mens det kun er en isolert avdeling med to ansatte som i følge tilbudet skal levere orgelet. Vurderingen har dermed ikke skjedd på et forsvarlig grunnlag.

(20) Referansene er ikke vurdert forsvarlig. Siden klagers firma er en videreføring av Norsk Kirkekonfeksjon DA, betjener klager de kundene som står på referanselisten.

(21) I tilbudets bilag 11 "*Leveringstid*" presiseres det at klager kan og vil levere orgelet i god tid før åpning av kirken og iallfall innen 31. mars 2005. Disse opplysningene presiserer tilbudsarket der leveringstid er angitt til 16-20 uker. Utgangspunktet i tilbudsarket modifiseres da også umiddelbart etterpå hvor det står at leveringstiden kan forkortes dramatisk om det er behov for det.

(22) Det var ikke anledning til å legge vekt på leveringssikkerhet.

(23) Opplysninger i saken kan tyde at valgte leverandør på tildelingskriteriet "*Garanti og service*" er bedømt på muntlige opplysninger gitt etter tilbudsfristens utløp. Kriteriet er dermed bedømt i strid med regelverket.

(24) Kirkevergen har holdt tilbake informasjon fra anbudspapirene slik at fellesrådet har truffet sin beslutning på grunnlag av uriktig informasjon.

(25) Innklagede unnlot å informere klager om valg av tilbud. Det ble således ikke gitt noen begrunnelse for valget, og klager ble fratatt retten til å klage på tildelingsbeslutningen.

Innklagede har i det vesentlige anført:

(26) Innklagede bestrider å ha brutt regelverket for offentlige anskaffelser.

(27) Fra det tidspunkt anskaffelsen ble kunngjort til innstilling ble utarbeidet, har det ikke vært kontakt med noen av leverandørene. Når fellesrådet ønsket et digitalt orgel med 34 stemmer, måtte kravsspesifikasjonene utformes i tråd med disse ønskene. Ingenting i konkurransegrunnlaget favoriserer valgte leverandør framfor klager. Klager har selv vært i stand til å levere et tilbud i tråd med kravsspesifikasjonene.

(28) Tilbudene er evaluert på grunnlag av opplysninger gitt i tilbudet, og innklagede har ikke bygget på informasjon mottatt etter tilbudsfristens utløp.

(29) Klager har levert tilbudet med lavest pris, men pris var bare ett av flere tildelingskriterier. Innklagede har valgt det tilbudet som fremsto som det økonomisk mest fordelaktige.

(30) Dersom klager hadde relevante opplysninger om sitt eget firma som ikke ble oppgitt i tilbudet, må det være klager som bærer risikoen for dette.

(31) Konkurransegrunnlagets punkt 1.3 opplyste om at firmaets soliditet ville bli vektlagt i tilbudsevalueringen. Klagers firma er betydelig mindre enn firmaet til valgte leverandør og fikk dermed dårligere uttelling på dette kriteriet.

(32) I konkurransegrunnlagets punkt 4, tildelingskriterier, er et av kriteriene "*Referanser*". Klager har referanser på tre leverte orgler, mens valgte leverandør har en meget lang referanseliste.

(33) Selv om klager er tilfreds med sitt eget produkt, var også det konkurrerende produktet av høy kvalitet.

(34) De tilleggsopplysninger klager gir angående leveringstid er svært uklare. I tilbudsbrevet er det opplyst at leveringstiden er på 16-20 uker. Dette ble lagt til grunn av innklagede i vurderingen. Klager ville dermed ikke vært i stand til å levere orgelet før kirken åpnet, og dette var uakseptabelt for innklagede.

(35) Konkurransegrunnlaget opplyser om at "*Leveringstid*" ville bli vektlagt, og

"Leveringssikkerhet" inngikk dermed som et moment i vurderingen av tilbudene.

(36) Klager ble i brev av 11. januar 2005 gjort kjent med innklagedes valg av tilbud.

Klagenemndas vurdering:

(37) Klager har deltatt i konkurransen og har saklig klageinteresse, jf forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Anskaffelsen følger etter sin art og verdi reglene i forskrift om offentlige anskaffelser del III, jf forskrift om offentlige anskaffelser § 2-2.

Kravet til likebehandling

(38) Klager anfører at innklagede på forhånd hadde bestemt seg for hvilken leverandør som skulle få kontrakten, og at kravet til likebehandling er brutt ved at denne leverandøren er gitt uberettigede konkurransefortrinn. På grunnlag av det foreliggende saksmaterialet har klagenemnda ikke grunnlag for å konstatere at konkurransen er gjennomført i strid med kravet til likebehandling.

Vektlegging av forhold ved leverandøren i vurderingen av tilbudene

(39) Innklagede har under henvisning til konkurransegrunnlagets punkt 1.3 opplyst at den økonomiske soliditeten til leverandørene ble premiært under evalueringen av tilbudene. Konkurransegrunnlaget stilte også krav til leverandørens økonomiske situasjon i kvalifikasjonsfasen. Forskrift om offentlige anskaffelser skiller mellom kvalifikasjonskrav som vedrører leverandørens kvalifikasjoner, og tildelingskriterier som er knyttet til tilbudets egenskaper.

(40) Klagers tilbud inneholdt ikke årsregnskap eller andre opplysninger om klagers økonomiske stilling slik som forutsatt i konkurransegrunnlaget. Klagenemnda finner derfor grunn til å bemerke at innklagede i kvalifikasjonsfasen hadde anledning til å avvise klager, jf forskrift om offentlige anskaffelser § 15-12 (1). Et sentralt spørsmålet blir imidlertid om innklagede kunne ta stilling til leverandørens økonomiske situasjon som en del av vurderingen av tilbudet.

(41) Sett hen til at det dreier seg om en leveranse, hvor service og garantidel er av lang varighet, kan klagenemnda ikke se bort fra at en vurdering av leverandørens soliditet var relevant for bedømmelsen av tildelingskriteriet *"Garanti og service"*. Klagenemnda har imidlertid ikke tilstrekkelig grunnlag i det foreliggende saksmaterialet til å ta endelig standpunkt til dette spørsmålet.

(42) Når det gjelder kriteriet *"Referanser"*, kan kriteriet, slik det er benyttet i denne konkurransen, ikke vurderes isolert, men må ligge til grunn for evalueringen av andre kriterier, i dette tilfellet *"Produktkvalitet"* og *"Funksjonalitet og ytelse"*. Slik klagenemnda ser det, må tildelingskriteriene *"Produktkvalitet"* og *"Funksjonalitet og ytelse"* anses for å være egnet til å identifisere det økonomisk mest fordelaktige tilbudet.

Evalueringen av tilbudene

(43) Klager hadde i sitt tilbud gitt en redegjørelse for oppfyllelsen av tildelingskriteriene i konkurransen. I denne redegjørelsen oppgis leveringstid til 16-20 uker. Det er på det rene at klager med denne leveringstiden, ikke ville være i stand til å levere innen den av innklagede fastsatte siste frist for levering. I klagers bilag 11 – Leveringstid – gir klager imidlertid uttrykk for at levering skal finne sted i god tid før 31. mars 2005.

(44) Klagenemnda finner grunn til å bemerke at klager, gjennom disse motstridende opplysningene, har skapt en uklarhet angående leveringstidspunkt som dersom den medførte tvil om rangeringen av tilbudene, skulle medført

avvisning, jf forskrift om offentlige anskaffelser § 15-10 (1) bokstav d. Når innklagede ikke har vurdert uklarheten slik at den påvirker rangeringen av tilbudene, har klagenemnda ingen bemerkninger til at klagers tilbud er gitt dårlig uttelling for tilbudt leveringstid.

(45) Det er videre opplyst at innklagede under bedømmelsen av tildelingskriteriet "*Leveringstid*" har lagt vekt på leverandørens leveringssikkerhet. Klagenemnda har i flere tidligere saker lagt til grunn at kravet til presis angivelse av tildelingskriteriene begrenser hvilke forhold oppdragsgiver kan vektlegge i bedømmelsen av det enkelte tildelingskriterium. Oppdragsgiver kan bare vurdere forhold som alle forstandige og normalt påpasselige leverandører vil forstå at skal vurderes. Slik klagenemnda ser det, faller ikke "*Leveringssikkerhet*" i betydningen oppdragsgivers sikkerhet for at leverandøren vil oppfylle kontraktsmessig, inn under en normal forståelse av begrepet "*Leveringstid*". Innklagede har dermed brutt regelverket ved å legge vekt på utenforliggende hensyn i evalueringen av "*Leveringstid*".

(46) Når det gjelder evalueringen av tildelingskriteriet "*Garanti og service*", kan ikke klagenemnda ut fra det foreliggende saksmaterialet, se at kriteriet er vurdert i strid med regelverket.

(47) Med de begrensninger klagenemndas kompetanse til å prøve oppdragsgivers innkjøpsfaglige skjønn er undergitt, har klagenemnda heller ikke grunnlag for å konstatere at tildelingskriteriet "*Produktkvalitet*" er evaluert i strid med regelverket.

Meddelelse om valg av tilbud

(48) Klager hevder ikke å ha mottatt noen meddelelse om tildeling av kontrakt, mens innklagede på sin side har vist til brevet datert 11. januar og hevdet at dette ble sendt til klager. Vurderingen av om klager faktisk ble meddelt innklagedes valg av tilbud, hviler på en bedømmelse av faktiske forhold. Klagenemnda er med sin skriftlige saksbehandling, ikke godt egnet til å foreta en slik vurdering, og finner ikke grunnlag i det fremlagte saksmaterialet til å konkludere på dette punkt.

(49) Det er imidlertid på det rene at det meddelelsesbrevet innklagede viser til, ikke inneholder noen frist til å klage på innklagedes valg av tilbud. Ved å unnlate å opplyse om klagemuligheter og fastsette en frist for å klage, har innklagede under enhver omstendighet brutt forskrift om offentlige anskaffelser § 17-3 (2).

Konklusjon:

Hå kyrkjelege fellesråd har brutt regelverket for offentlige anskaffelser ved å legge vekt på utenforliggende hensyn i evalueringen av tildelingskriteriet "*Leveringstid*".

Hå kyrkjelege fellesråd har brutt forskrift om offentlige anskaffelser § 17-3 (2) ved ikke å gi klager mulighet til å påklage valg av tilbud.

For klagenemnda,

25. april 2005

Svein Dahl



Forsiden
Nemndsmedlemmer
Saksbehandling
Regelverk
Innkomne saker
Statistikk
Årsrapporter
Dommer
Søk i avgjorte saker

Avgjorte saker:

[2003](#) [2004](#) [2005](#)

Besøksadresse

H. Heyerdalsgate 1
0033 Oslo

Postadresse

Postboks 8132 Dep
0033 Oslo

Tlf.: 22 33 70 10

Faks: 22 33 70 12

E-post:

postmottak@kofa.no

Avgjorte saker

I en åpen anbudskonkurranse hadde den valgte leverandøren regnet ut et beløp på en av postene, men ikke ført denne ut til sum, og beløpet var heller ikke innkalkulert i sluttsummen. Klagenemnda kom til at innklagede hadde handlet i overensstemmelse med forskriftens § 16-1 (4) ved å anse beløpet for å være innkalkulert i de andre postene.

Klagenemndas avgjørelse 25. april 2005 i sak 2004/109

Klager: Brødrene Kiil AS

Innklaget: Forsvarsbygg

Klagenemndas medlemmer: Svein Dahl, Inger Roll-Matthiesen, Bjørg Ven

Saken gjelder: Feilprising. Tolkning av tilbud. Avvisning.

Bakgrunn:

(1) Forsvarsbygg (heretter kalt innklagede) kunngjorde 12. februar 2004 en åpen anbudskonkurranse for rivning av to garasjer samt rivning og igjenstøping av et fjellanlegg i Rustad leir.

(2) Det var opplyst at innklagede ville velge det økonomisk mest fordelaktige tilbudet, basert på kriteriene pris, leveringstid og kvalitet/miljøaspekter.

(3) Befaring ble holdt 26. februar som opplyst. I rapporten fra befaringen er følgende utsnitt aktuelt for saken:

"Rustad leir, Langgarasjen

- I halve garasjen (5000 m²) er det montert eternittplater i tak. Disse er skrudd fast i 2" lekter og isolert over. Ved riving må nødvendig hensyn tas da dette er spesialavfall. Det gis pris på fjerning av eternittplater og nødvendig behandling av disse og avgift for levering til godkjent mottak. I tilbudet kan man ta utgangspunkt i at det er 5000 m², men at posten er regulerbar. (Nøyaktig oppmåling på stedet)

- Verdien av de 6 portene som står i stålgarasjene og som entreprenøren

får overta bør komme fram i tilbudet. (At det er med å redusere riveprisen).”

(4) Elleve leverandører innga tilbud, blant dem brødrene Kiil AS (heretter kalt klager) og Steinar Pedersen Maskin AS (heretter kalt Pedersen Maskin). I anskaffelsesprotokollen sto klagers tilbud oppført med kr 4.093.661,60, mens Pedersen Maskins pris var oppgitt til kr 4.084.064.

(5) Konkurransesgrunnet post 02.1.11 så slik ut:

Postnr.	NS-kode/Spesifikasjon	Enhet	Mengde	Enhetspris
02.1.11	D1 RIVING, FJERNING AV BYGNINGSKONSTRUKSJONER O. L. OVER GRUNNEN Andre ting som entreprenøren mener bør tas med i rivearbeidene på langgarasjen spesifiseres her			

(6) Klager hadde fylt ut posten slik:

Postnr	NS-kode/Spesifikasjon	Enhet	Mengde	Enhetspris	Sum
	Fjerning av eternittplater i tak (spesialavfall) inkl. deponering	m2	5000	80	400.000

(7) Mens tilbudet til Pedersen Maskin var fylt ut slik:

Postnr	NS-kode/Spesifikasjon	Enhet	Mengde	Enhetspris	Sum
	Ev asbest i tak 5000 m2 (eternitt) utføres for kr 40 pr m2, dvs kr 200.000 - Prisfastsetting porter kr 120.000				

(8) Posten på kr 80.000 (kr 200.000 – kr120.000) var ikke tatt med i Pedersen Maskins oppgitte totale tilbudspris, som innklagede la til grunn ved sammenligningen av tilbudene.

(9) I brev av 23. mars 2004 ble leverandørene meddelt at Pedersen Maskins tilbud var valgt ”med bakgrunn i tilbudssum, som er ca kr 9.600 under nest laveste tilbud”.

Anførsler:

Klagers anførsler:

(10) Klager anfører at innklagede har brutt regelverket for offentlige anskaffelser.

(11) Det er ikke adgang til å se bort fra en oppgitt enhetspris i et tilbud, selv om dette ikke er summert ut med angitt mengde. Det er således ikke adgang til å behandle tilbudets post 02.1.11 etter regelen i forskriftens § 16-1 (4). Derimot skulle den aktuelle posten vært behandlet etter regelen i § 16-1 (3) som en åpenbar feil.

(12) De opplysninger Pedersen Maskin har oppgitt i sitt tilbud, er klart retningsgivende for prisen, all den tid det er oppgitt enhetspris basert på angitt mengde under befaring, som deretter er summert. At dette ikke er oppgitt i selve feltet for pris og sum, kan derfor ikke være avgjørende. Dersom det skal være åpning for at tilbydere kan angi enhetspris og sum i beskrivelsen, men at dette ikke skal tillegges betydning for prisen, vil dette åpne for spekulasjoner i tilbudene, både fra byggherren og entreprenørene.

(13) Subsidiært anføres at klagers tilbud skulle vært avvist i medhold av § 15-10 (1) bokstav d).

(14) Dersom klagenemnda skulle komme til at innklagede har brutt regelverket, ber klager om at nemnda uttaler seg om erstatningsspørsmålet.

Innklagedes anførsler:

(15) Innklagede bestrider å ha brutt regelverket for offentlige anskaffelser.

(16) Klager anfører at innklagede skulle ført det omstridte beløpet ut i sum, og dermed gitt Pedersen Maskins tilbud et påslag på kr 200.000. Dette bestrides av innklagede. Regelen i § 16-1 (3) er en meget snever unntaksregel, jf Høyesteretts dom av 30. oktober 2003.

(17) Innklagede har vurdert posten for spesialavfall slik den objektivt fremstår i tilbudet. Etter innklagedes vurdering er det strengt tatt ikke nødvendig å søke støtte i forskriftens § 16-1 (4), men det anføres at forholdet uansett er dekket av regelen.

(18) Enhetspris, mengde og sum er ført inn i postbeskrivelsesfeltet. Videre er opplysningene utfylt for hånd, i motsetning til teknikken ellers i tilbudet. Dette indikerer at tilbyder åpenbart har vært bevisst forholdet. Slik posten er utfylt, kan den vanskelig forstås som annet enn informerende tekst. Til dette kommer at alle tilbudets poster for øvrig stemmer overens og at totalsummen ikke er påfallende lav sammenlignet med de andre tilbudene.

(19) Under enhver omstendighet er tilfellet regulert av presumsjonsregelen i forskrift om offentlige anskaffelser § 16-1 (4). Når beløp ikke er ført i kolonnen for sum, skal arbeidet anses innkalkulert i de andre postene.

Klagenemndas vurdering:

(20) Klager har deltatt i konkurransen og har saklig klageinteresse, jf forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Anskaffelsen følger etter sitt beløp forskrift om offentlige anskaffelser del I og III, jf § 2-2.

(21) Etter forskriftens § 16-1 (4) skal poster som ikke er priset, anses innkalkulert i andre poster. I denne saken var riktignok både enhet, mengde, enhetspris og sum fylt ut i postbeskrivelsesfeltet, men beløpet på kr 200.000 var ikke ført ut til sum og heller ikke tatt med i utregningen av sluttsummen. Dette kan ha sin bakgrunn i at beløpet unansett skulle fratrekkes verdiene av å overta 6

garasjeporter, men dette har klagenemnda ikke grunnlag for å vurdere. Selv om det er usikkert hva Steinar Pedersen har ment med å regne ut prisen, antar klagenemnda at vilkårene etter § 16-1 (4) er oppfylt, og at beløpet (kr 80.000) må anses innkalkulert i de andre postene. Den kontraktsrettslige følgen av regelen er at leverandøren etter at kontrakt er inngått, ikke vil kunne kreve tilbudssummen rettet under henvisning til at posten var utfylt feil.

(22) Klagenemnda vil bemerke at det faktum at tilbudet var svært uklart formulert representerer et grensetilfelle mot pliktig avvisning etter § 15-10 (1) bokstav d. Det hadde vært en stor fordel om utfyllingen av denne posten på forhånd var blitt forklart for oppdragsgiver, f. eks. ved en kommentar i anbuds brevet.

Konklusjon:

Forsvarsbygg har ikke brutt regelverket for offentlige anskaffelser.

For klagenemnda,

25. april 2005

Inger Roll-Matthiesen



Forsiden
Nemndsmedlemmer
Saksbehandling
Regelverk
Innkomne saker
Statistikk
Årsrapporter
Dommer
Søk i avgjorte saker
Avgjorte saker:
[2003](#) [2004](#) [2005](#)

Besøksadresse
H. Heyerdalsgate 1
0033 Oslo

Postadresse
Postboks 8132 Dep
0033 Oslo

Tlf.: 22 33 70 10

Faks: 22 33 70 12

E-post:

postmottak@kofa.no

Avgjorte saker

Innklagede gjennomførte en åpen anbudskonkurranse for entreprise på el.-kraftanlegg. Klagenemnda fant etter en konkret vurdering at det fremgikk tilstrekkelig klart av konkurransegrunnlaget at prisen for eventuelle tilleggsarbeider ville bli tillagt vekt i prisvurderingen. Innklagede hadde vektlagt et utenforliggende hensyn ved å se hen til leverandørens generelle omdømme.

Klagenemndas avgjørelse 25. april 2005 i sak 2004/151

Klager: Sønnico Installasjon AS

Innklaget: Klepp kommune

Klagenemndas medlemmer: Bjørg Ven, Svein Dahl, Inger Roll-Matthiesen

Saken gjelder: Klarhetskravet. Utenforliggende hensyn.

Sakens bakgrunn:

(1) Klepp kommune (heretter kalt innklagede) kunngjorde 25. mars 2003 en veiledende kunngjøring vedrørende en rekke delentrepriser i forbindelse med oppføring av ny Klepp Ungdomsskole. Den 30. oktober 2003 ble den åpne anbudskonkurransen kunngjort i Norsk Lysningsblad. Anskaffelsen ble estimert til ca 48 millioner NOK. Klagen gjelder en delentreprise benevnt "4.41 El.kraftanlegg".

(2) Tilbudsfristen for "4.41 El.kraftanlegg" ble i konkurransegrunnlaget satt til 18. desember 2003. Konkurransegrunnlaget lød bla slik:

" 031 Generelle anbudsregler

Som alminnelige regler for anbudskonkurransen gjelder "lov og forskrift om offentlige anskaffelser" del II av 15.06.01, samt Norsk Standard 3400 med unntak av eventuelle punkter som strider mot bestemmelsene i Lov og forskrift om offentlige bestemmelser.

032 Spesielle anbudsregler. Kfr. NS 3400.

[...]

.14 Valg av anbyder

Under bedømmelse av anbud legges vekt på:

- At anbudene inkl. verdi av forbehold ligger på et rimelig nivå (Ikke prissatte forbehold vurderes skjønnsmessig)
- At tilbudte materialer / utstyr er i samsvar med beskrivelse / spesifikasjon
- At arbeidene utføres med egne ansatte i tjenesteforhold
- At eventuelle underentrepriser utføres av godkjent underentreprenør med egne ansatte i tjenesteforhold
- Kapabilitet og kapasitet hos anbyder og underentreprenør / -leverandører
- Kvalitetskontrollopplegg, firmaets framdriftsoppfølgingssystem og erfaring til byggeplassenleder
- Firmaets generelle omdømme"

(3) I konkurransegrunnlagets punkt 100.01 skulle leverandørene oppsummere fastpris på 11 hovedposter, samt summere disse i et punkt kalt "Anbudssum inkl. MVA". Videre skulle leverandørene fylle ut punkt 100.04 som lød slik:

100.04 Tilleggsarbeid

Evt. Tilleggsarbeid kan utføres for

a) Timepris inkl alle påslag ekskl mva
 Kategori Ordinær tid Overtid 50 % Overtid 100%
 Fagarbeider
 Hjelpearbeider
 Lærling

b) For underleveranse (materialer, maskinleie, transport etc.) tilbys:
 Påslag___% på netto fakturabeløp.

c) For fakturert etter prisliste tilbys:
 Påslag___% på nettopris fra grossist
 Rabatt___% på listepriis fa detaljist"

(4) Innklagede mottok i alt 108 tilbud i de forskjellige delentreprisene. Syv av i alt 108 innkomne tilbud gjaldt tilbud på delentreprisen 4.41 El.kraftanlegg. Blant leverandørene som leverte tilbud på denne delentreprisen var Sønnico Installasjon AS (heretter Sønnico eller klager) og Simex Bryne AS (heretter kalt Simex).

(5) I protokollen datert 21. januar 2004 sto dette om tildelingen:

"d) Oppdraget ble tildelt: Simex Bryne AS

Begrunnelsen for tildelingen: Økonomisk mest fordelaktige anbud

e) Ingen andel av kontrakten tildeles underleverandører.

f) Ingen deltakere i konkurransen har restanse i henhold til skatte- og avgiftslovgivningen

g) [...]

i) Konkurransen er gjennomført strengt etter "Forskrift om offentlige anskaffelser". Det har vært lagt vekt på å foreta en mest mulig rettferdig evaluering av tilbudene, og alle relevante kriterier er vektlagt nøkternt ut fra oppdragsgivers vurdering av betydning for valg av entreprenør"

(6) I brev til klager datert 28. januar 2004 skrev innklagede at de hadde "valgt å inngå avtale for denne entreprisen med lavbyder Simex Bryne AS". I brev til innklagede datert 11. februar 2004 ba klager om en begrunnelse for valget. I brev til klager datert 17. februar 2004 skrev innklagede blant annet dette:

"Nedenstående kriterier refererer seg til pkt. 0314 Valg av anbyder, side 12 i generelle bestemmelser.

Kriterium	Sønnico	Simex
1.0 Verdi		
.01 Pris	Kr 71 500,- over Si	--
.02 Timepris	Uvesentlig lavere enn Si	--
.03 Påslag	Vesentlig høyere enn Si	--
.04 Rabatt	Vesentlig lavere enn Si	--
2.0 Samsvar med beskrivelse	Avvik på noen poster	I sa
3.0 Utf. Av egne ansatte	Anbudsspes. Ikke signert	Saks
4.0 Underentreprenører	Ikke oppgitt	Ikke
5.0 Kapabilitet / kapasitet	Saksbehandler ikke oppg.	Saks
	Byggeplassleder ikke oppg.	Bygg
	Begrenset kjennskap til Sø sitt personell	Begj pers
(Post 100.02)	Bemannning ikke oppgitt	Bem
(Post 100.03)	Kapasitet ikke oppgitt	Kap:
6.0 Kvalitetskontrollanlegg	Ikke presentert / vurdert	Ikke
Fremdriftsoppfølgingssyst.	Ikke presentert / vurdert	Ikke
Erfaring til byggeplassleder	Ikke oppgitt	Ikke
7.0 Generelt omdømme	Godt	Sval Krec Neg; til et

Som det fremgår av ovenstående sammenligning mellom Sønnico AS og Simex AS, har vi ikke funnet noen grunn til å foretrekke Deres firma fremfor Simex AS som var lavbyder"

(7) I brev datert 18. juni 2004 leverte Nelfo Sør-Rogaland, en bransje- og arbeidsgiverorganisasjon for el- og it bedriftene, inn klage til klagenemnda på

vegne av Sønnico. I brev fra innklagede til klagenemnda datert 24. juni 2004 fremgår det at byggarbeidene på dette tidspunktet hadde pågått i ca 4 måneder. Det er senere presisert at kontrakt ble signert av Simex 24. mars 2004 og av innklagede 2. juni 2004.

Klager har i det vesentlige anført:

(8) Det er umulig å forholde seg til et tildelingskriterium om "rimelig prisnivå". Differansen til den valgte leverandørens tilbudspris var liten, og klager stiller spørsmål til om det er grunnlag for å si at prisen til klager ikke ligger på et "rimelig nivå". Klager finner dessuten innklagedes forklaring underlig, ettersom innklagede i konkurransegrunnlaget punkt 03.08 uansett har forbeholdt seg retten til å anta hvilket som helst av de innkomne tilbudene eller forkaste samtlige.

(9) Begrunnelsen etter forskriftens § 10-3 inneholdt verken vurdering av klagers tilbud i forhold til tildelingskriteriene eller opplysninger om klagefrist. Anbudsfristen var 18. desember 2003 og tilbakemeldingen om valg av leverandør er datert 28. januar 2004, hvilket innebærer at det tok 41 dager å få tilbakemelding. Dette er urimelig lang tid.

(10) Innklagede har sett hen til total pris, timepris, påslag og rabatt. Det fremgikk ikke av konkurransegrunnlaget at timepris, påslag og rabatt ville bli vektlagt. Disse kan ikke vurderes spesifikt utover totalprisens nivå.

(11) "Bedriftens omdømme" kan ikke benyttes som tildelingskriterium når man blander kriteriet sammen med bedriftens økonomi. Kriteriet er ikke mulig å evaluere, og kan derfor ikke benyttes.

(12) Kofa bes uttale seg om det, på bakgrunn av evalueringen, er grunnlag for å kreve erstatning fra innklagede for at klager ikke fikk mulighet til å avklare punktene i tildelingskriteriene som var like eller med små forskjeller.

Innklagede har i det vesentlige anført

(13) Innklagede bestrider å ha brutt regelverket om offentlige anskaffelser.

(14) Både klager og Simex' tilbud hadde priser på rimelig nivå. Basert på en grundig evaluering ble tilbudet fra Simex funnet som det totalt sett gunstigste. Nivå på timesatser, påslag og rabatt ved ekstraarbeide blir alltid tatt inn i evaluering av pris. I prisvurderingen ble differansen mellom leverandørens timepris, påslag og rabatt på tilleggsarbeider registrert og tatt med i evalueringen. Innklagede fant avvikene så beskjedne at det var åpenbart at de ikke ville gi utslag i vurderingen av det økonomisk mest fordelaktige tilbudet. Det ble derfor ikke foretatt noen egen beregning av verdien av timepriser- påslag.

(15) Begrepet "rimelig prisnivå" tas med som evalueringskriterium for å gi oppdragsgiver en mulighet for å forkaste samtlige tilbud dersom kostnadene blir vesentlig over budsjett. Det er helt klart at "rimelig pris" er satt opp som tildelingskriterium. Innklagede vurderte tilbudet fra Sønnico til å ha en rimelig pris, men Simex sitt tilbud var rimeligere.

(16) Det beklages at klagefrist ikke ble gitt. I tilbakemeldingen til leverandørene ble protokollen vedlagt. Øvrig begrunnelse ble ikke gitt da det forelå 108 tilbud fordelt på 18 entrepriser. Dette ville gitt 90 begrunnede avslag. Etter henvendelse fra klager ble begrunnelse gitt skriftlig seks dager etter henvendelsen.

(17) Forskrift om offentlige anskaffelser har ikke noen bestemmelser som omhandler frist for tilbakemelding annet enn at dette skal gis i rimelig tid før

kontrakt undertegnes. Beslutningen om valg av Simex ble tatt 21. januar 2004. Melding om valg av leverandør ble sendt 28. januar 2004.

(18) Det var kjent at Simex hadde et betydelig underskudd. Det ble derfor innhentet kredittopplysninger for firmaet. Opplysningene ble forelagt innklagede, og det ble konkludert med at det ikke var grunnlag for å vektlegge svak økonomi i evalueringen. Økonomisk soliditet var ikke tatt inn som evalueringskriterium.

Klagenemndas vurdering:

(19) Klager har deltatt i konkurransen og har saklig klageinteresse, jf. forskrift om klagenemnd om offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Innklagede har vist til at det er forskriftens del II som kommer til anvendelse på anskaffelsen. Klagenemnda legger dette til grunn.

(20) Det følger av kravet til gjennomsiktighet at tildelingskriteriene skal angis slik at det er mulig for alle normalt påpasselige leverandører å tolke dem samme måte. Dette er lagt til grunn i en rekke tidligere KOFA-avgjørelser.

(21) Rammene for tildelingen anses å være hva som er økonomisk mest fordelaktig, jf. 10-2 (1). Klagenemnda vurderer først om vurderingstemaet "*At anbudene inkl. verdi av forbehold ligger på et rimelig nivå (Ikke prissatte forbehold vurderes skjønnsmessig)*" er tilstrekkelig klart.

(22) Etter sin ordlyd kan tildelingskriteriet "*At anbudene inkl. verdi av forbehold ligger på et rimelig nivå (Ikke prissatte forbehold vurderes skjønnsmessig)*" referere seg til en rekke forhold rundt tilbudene, ikke bare de prismessige forholdene.

(23) Det er ikke angitt hvilke forhold ved tilbudene som skal ligge på "et rimelig nivå". Både klager og oppdragsgiver synes imidlertid å ha tolket kriteriet til å bety "rimelig prisnivå", mao slik at det er *prisen* som skal ligge på "et rimelig nivå". Klager synes å ha forstått begrepet slik at innklagede ikke ville skille mellom leverandørene så lenge prisnivået var "rimelig", mens innklagede har gitt plusspoeng for lavere pris. Klagenemnda vil påpeke at innklagede har gjort et uheldig ordvalg, men finner likevel etter omstendighetene at leverandørene måtte legge innklagedes forståelse til grunn.

(24) Dersom det legges til grunn at alle normalt påpasselige leverandører måtte tolke kriteriet på denne måten, er det neste spørsmålet om innklagede kunne se hen til timepris, påslag og rabatt i vurderingen av hvilket tilbud som hadde lavest pris.

(25) I KOFA sak 2003/145 la nemnda til grunn at i en konkurranse om en fastpriskontrakt, må oppdragsgiver, for å kunne se hen til prisen på uforutsette tilleggsarbeider, ta med i konkurransegrunnlaget at tilleggsarbeider vil være relevante i prisvurderingen.

(26) Klagenemnda forstår konkurransegrunnlaget slik at det skal inngås en fastpriskontrakt. Under konkurransegrunnlagets punkt 100.04 sto det "*Evt. Tilleggsarbeid kan utføres for [...]*". Ordet "eventuelle" kan forstås slik at det er usikkert hvorvidt tilleggsarbeider vil bli utført eller ikke. Konkurransegrunnlaget oppga heller ikke noen estimater over forventede antall timer tilleggsarbeider eller lignende. Det fremgår således ikke klart av konkurransegrunnlaget at prisen for tilleggsarbeider ville bli tillagt vekt i prisvurderingen, og innklagede burde ha kommunisert dette tydeligere til leverandørene.

(27) Erfaringsmessig påløper det imidlertid som regel tilleggsarbeider i entrepriser som den foreliggende, og leverandørene ble bedt om å prise tilleggsarbeider. Det kan derfor ikke være uventet for leverandørene at også prisen på tilleggsarbeider ville inngå i prisvurderingen. Når prisen på tilleggsarbeider vektlegges, må dette gjøres på en forsvarlig måte som sikrer

likebehandling av leverandørene. Klagenemnda har ingen kommentarer til den metoden innklagede la til grunn, ettersom forskjellene i pris på tilleggsarbeider var så marginale at disse ikke fikk betydning i valget av leverandør. Klagenemnda finner således ikke grunn til å konkludere med at vurderingen av pris var feil.

(28) Innklagede har for klagenemnda anført at "økonomisk soliditet" ikke var tatt inn som et "evalueringskriterium". Det fremgår imidlertid av brevet til klager datert 17. februar 2004 at innklagede faktisk har sett hen til leverandørens økonomisk soliditet under tildelingskriteriet "7.0 *Generelt omdømme*". Klagenemnda peker på at innklagedes sammenblanding av lov og forskrift om offentlige anskaffelser og NS 3400 kan ha medvirket til den tilsynelatende forvirringen rundt dette punktet. Det vises til at klagenemnda i flere tidligere saker har påpekt at NS 3400 ikke kommer til anvendelse sammen med regelverket for offentlige anskaffelser og at en henvisning til NS 3400 kan utgjøre et brudd på lovens § 5 krav til forutberegnelighet, se for eksempel KOFA sak 2003/270.

(29) Det neste spørsmålet er om innklagede kunne benytte "*Firmaets generelle omdømme*" som tildelingskriterium. Det generelle omdømmet til et firma har ikke noen økonomisk verdi for innklagede, og har ikke tilknytning til kontraktens gjenstand, jf KOFA sak 2003/165. Innklagede har faktisk sett hen til økonomisk soliditet under evalueringen av dette kriteriet. Klagenemnda kan i den foreliggende anskaffelsen ikke se at det representerte en verdi for innklagede å vurdere leverandørens økonomiske situasjon, i tildelingsfasen, jf KOFA sak 2003/230. Innklagede har dermed brutt forskriftens § 10-2 (2) ved å legge vekt på utenforliggende hensyn, firmaets generelle omdømme, ved valg av tilbud.

(30) Etter forskriften § 10-3 (2) plikter innklagede uoppfordret å gi en begrunnelse for valg av leverandør samt å angi en frist for leverandørene til å klage over beslutningen i rimelig tid før kontrakt inngås. Meddelelse om valg av leverandør ble sendt i god tid før kontrakt ble inngått / arbeidene startet. Til tross for at innklagede ikke oppga noen klagefrist, hvilket utgjør et brudd på forskriftens § 10-3, har klager faktisk klaget i god tid før kontrakt ble signert / arbeidene startet. Manglende klagefrist har således ikke hatt noen betydning for klager. En begrunnelse der klagers tilbud blir sammenholdt med den valgte leverandørens tilbud, plikter oppdragsgiver først å gi etter oppfordring, jf forskriftens § 3-8. Slik begrunnelse ga innklagede til klager i sitt brev datert 17. februar 2004.

(31) I en åpen anbudskonkurranse har leverandørene ikke anledning til å forhandle om tilbudets innhold. Det foreligger således ikke grunnlag for å kreve erstatning for manglende mulighet til å forhandle.

Konklusjon:

Klepp kommune har brutt forskriftens § 10-2 (2) ved å legge vekt på utenforliggende hensyn ved valg av tilbud.

Klepp kommune har brutt forskriftens § 10-3 ved ikke å oppgi klagefrist i den første begrunnelsen.

For klagenemnda, Oslo 25. april 2005

Svein Dahl



Forsiden
Nemndsmedlemmer
Saksbehandling
Regelverk
Innkomne saker
Statistikk
Årsrapporter
Dommer
Søk i avgjorte saker

Avgjorte saker:
[2003](#) [2004](#) [2005](#)

Besøksadresse
H. Heyerdalsgate 1
0033 Oslo

Postadresse
Postboks 8132 Dep
0033 Oslo

Tlf.: 22 33 70 10

Faks: 22 33 70 12

E-post:

postmottak@kofa.no

Avgjorte saker

Kvam kommune gjennomførte en begrenset anbudskonkurranse vedrørende kjøp av revisjonstjenester. Etter at administrasjonen og kontrollutvalget hadde innstilt på valg av tilbud, men før kommunestyret hadde truffet den endelige avgjørelsen, sendte en av de konkurrerende leverandørene inn et brev med argumentasjon knyttet til tildelingsvurderingen. Dette brevet ble lagt fram for kommunestyret. Holdbarheten i argumentasjonen ble ikke etterprøvet, og de øvrige leverandørene fikk ikke uttale seg. Kommunestyret tok ikke kontrollutvalgets flertallsinnstilling til følge, men traff vedtak i tråd med mindretallets innstilling. Klagenemnda kom til at innklagede hadde brutt kravet til likebehandling og forsvarlig saksbehandling ved at et partsinnlegg fra en av de konkurrerende leverandørene ble lagt fram i saken, og at valg av tilbud ikke var foretatt på et saklig og forsvarlig grunnlag.

Klagenemndas avgjørelse 25. april 2005 i sak 2005/70

Klager: Deloitte Statsautoriserte Revisorer AS

Innklagede: Kvam kommune

Klagenemndas medlemmer: Bjørg Ven, Svein Dahl, Inger Roll-Matthiesen

Saken gjelder: Taushetsplikt, forsvarlig saksbehandling, likebehandling

Sakens bakgrunn:

(1) Kvam kommune (heretter kalt innklagede) kunngjorde 27. oktober 2004 en begrenset anbudskonkurranse vedrørende kjøp av revisjonstjenester. Det ble konkurrert om å levere det økonomisk mest fordelaktige tilbudet basert på følgende tildelingskriterier oppgitt i ikke-prioritert rekkefølge:

- "- pris
- betalingsvilkår
- referanser
- kundeoppfølging
- oppdragsforståelse
- leveringsdyktighet".

(2) Det er senere opplyst at "pris" og "betalingsvilkår" i evalueringen ble vektet med 2/3, og de øvrige tildelingskriterier med 1/3.

(3) Revisjonsoppdraget var delt i tre deler – regnskapsrevisjon,

attestasjonsoppgaver og forvaltningsrevisjon. For regnskapsrevisjon skulle det leveres et fastpristilbud, mens forvaltningsrevisjoner og attestasjoner ville honoreres på basis av timeforbruk etter en tilbudt timepris.

(4) Tolv leverandører innga tilbud i konkurransen, og i henhold til konkurransegrunnlaget ble seks av disse invitert til deltakelse i konkurransen. Deloitte Statsautoriserte Revisorer AS (heretter kalt klager) og Indre Hordaland Revisjonsdistrikt var blant de kvalifiserte leverandørene. Sistnevnte leverandør var innklagedes leverandør på konkurransetidspunktet.

(5) Kontrollutvalget i kommunen foretok en faglig vurdering av de innkomne tilbudene. Under evalueringen ble det avdekket at prisforskjellen mellom leverandørene var liten, og at rangeringen dels berodde på estimert timetall på forvaltningsrevisjon og attestasjon.

(6) Kontrollutvalgets innstilling var delt. Et flertall på tre medlemmer gikk inn for at klagers tilbud ble tildelt kontrakt, og bygget dette på en vurdering av pris og forventet kompetanse. Mindretallet på to medlemmer innstilte på at tilbudet fra Indre Hordaland Revisjonsdistrikt var det økonomisk mest fordelaktige. Mindretallets valg av tilbud hvilte på en samlet vurdering av pris og forventet kompetanse, og pris ble utslagsgivende.

(7) Saksforberedende organ hos innklagede vurderte tilbudte enhetspriser som relevante for kommunestyrets endelige beslutning om tildeling av kontrakt. Leverandørens enhetspriser ble derfor vedlagt sakens dokumenter. Siden saken var offentlig, ble da enhetsprisene oppgitt som en del av saksmaterialet på innklagedes hjemmeside. Klager protesterte på dette, og prisene ble deretter fjernet.

(8) I e-post til innklagede ved innkjøpsleder 28. januar 2005 skrev Indre Hordaland Revisjonsdistrikt følgende:

"Eg mailar dette til deg til orientering, då du er den i Kvam Herad eg kjenner mailadressa til og som elles har vore sakshandsamar ved utarbeiding av anbodsmateriellet. Eg vil be om at du informerer dine overordna om det som fylgjer her: IHR har i dag sendt eit brev stila til Kvam herad v/heradsstyret. Dette vil truleg liggja i posten dykkar måndag 31 januar d.å. For sikkerhets skuld vert brevet maila som vedlegg her, slik at innhaldet vert kjent så snart som mogleg. Handsaminga i Heradsstyret skal vera 1. februar."

(9) Vedlagt e-posten var et brev hvor Indre Hordaland Revisjonsdistrikt ga uttrykk for at de, dersom deres tilbud ikke ble valgt, ville holde innklagede ansvarlig for leverandørens pensjonsforpliktelser og andel i fremtidig reguleringspremie. Det ble også påpekt mulige saksbehandlingsfeil i gjennomføringen av konkurransen. Avslutningsvis hevdet Indre Hordaland Revisjonsdistrikt at kontrollorganets evaluering av tilbudene til dels bygget på utenforliggende hensyn. Det ble anmodet om at kommunestyret tok disse opplysningene med i sin vurdering av de innkomne tilbudene.

(10) Under saksbehandlingen i kommunestyret 1. februar 2005 ble brevet fra Indre Hordaland Revisjonsdistrikt lagt fram slik det var innkommet og uten ytterligere kommentarer.

(11) Kommunestyret kom med 16 mot 11 stemmer til at tilbudet fra Indre Hordaland Revisjonsdistrikt var det økonomisk mest fordelaktige. Klager ble meddelt beslutningen i brev datert 7. februar, og følgende begrunnelse ble gitt for innklagedes valg av tilbud:

" Kvam heradsstyre går inn for å kjøpa revisjonstenester frå Indre Hordaland Revisjonsdistrikt.

Til grunn for valet ligg ei samla vurdering, der pris er avgjerande.

Kjøpet gjeld revisjonstenester for åra 2005/2006, med opsjon for 2007."

(12) Innen klagefristens utløp påklaget klager innklagedes valg av tilbud, men klagen ble ikke tatt til følge.

(13) Innklagede har avventet kontraktsinngåelse for å se resultatet av klagenemndas saksbehandling.

Klager har i det vesentlige anført:

(14) Innklagede har brutt regelverket for offentlige anskaffelser.

(15) Kravet til likebehandling er brutt ved at Indre Hordaland Revisjonsdistrikt fikk anledning til å legge fram brev med firmaets vurderinger av anbudsprosess, saksbehandling og kontrollutvalgets innstilling under den avsluttende fasen av konkurransen. Andre deltakere i konkurransen ble ikke varslet og fikk ikke anledning til å imøtegå eller kommentere påstander og vurderinger formulert i brevet.

(16) Brevet fremstår som et partsinnlegg og inneholder feil og udokumenterte påstander om klager. Valgte leverandør må ha sendt brevet i den hensikt å påvirke innklagedes valg av tilbud.

(17) Innklagede har brutt kravene til god forretningskikk og forsvarlig saksbehandling ved verken å kvalitetssikre eller undersøke holdbarheten av påstandene i brevet fra Indre Hordaland Revisjonsdistrikt.

(18) Innklagede unnlot å informere de øvrige leverandører om at brevet fra Indre Hordaland Revisjonsdistrikt ville bli lagt fram for kommunestyret i forbindelse med deres behandling av saken. Protokollen/møtereferatet opplyste heller ikke om at brevet var lagt fram i møtet og tjente som saksgrunnlag. Dette bryter mot kravene til forutberegnelighet og etterprøvbarhet.

(19) Kommunestyret har fraveket kontrollutvalgets flertallsinnstilling uten nærmere begrunnelse. Det er derfor nærliggende å anta at vurderingen er truffet på grunnlag av utenforliggende hensyn. Klagers tilbud var best i følge kontrollutvalget og skulle derfor vært valgt. Det er ikke lagt fram noen sammenliknende beregninger som dokumenterer at valgte leverandør har tilbudt en gunstigere pris enn klager. Vedtaket må derfor bygge på andre premisser ved valg av revisor enn det som fremgår av beslutningsgrunnlaget som ble utarbeidet i forbindelse med behandlingen i kontrollutvalget. Tilbudene må etter dette anses som bedømt i strid med forskrift om offentlige anskaffelser § 17-2.

(20) Innklagede har ikke gitt en begrunnelse for valg av tilbud som tilfredsstillende kravene i forskrift om offentlige anskaffelser § 17-3. Begrunnelsen gjør det ikke mulig for leverandørene å vurdere om valg av tilbud er saklig, basert på riktig faktum og i samsvar med tildelingskriteriene.

(21) Samlet sett har disse feilene hatt betydning for valg av leverandør.

(22) Innklagede har brutt forskrift om offentlige anskaffelser § 3-3 ved å legge ut leverandørens delpriser på Kvam kommunes nettsider.

Innklagede har i det vesentlige anført:

(23) Innklagede erkjenner å ha brutt kravene til likebehandling, god forretningskikk og forsvarlig saksbehandling, samt forutberegnelighet og etterprøvbarhet. Disse regelbruddene har likevel ikke hatt betydning for valg av tilbud. For øvrig bestrider innklagede å ha brutt regelverket for offentlige

anskaffelser.

(24) Kommunestyret sluttet seg til mindretallets grunngitte innstilling med mindre endringer. Mindretallets innstilling var like godt begrunnet som flertallets, men tilbudene ble bedømt ulikt under tildelingskriteriene. Valg av tilbud er følgelig vurdert på grunnlag av tildelingskriteriene, og det er ikke tatt utenforliggende hensyn.

(25) Kommunestyret traff endelig vedtak om valg av revisor, og av denne grunn ble det vurdert som nødvendig at mest mulig relevant informasjon var med i saksfremstillingen til kommunestyret. Siden pris var det viktigste tildelingskriteriet, ble offentliggjorte delpriser ansett som nødvendig informasjon. Samtidig var dette en offentlig sak som gikk for åpne dører, og enhetsprisene måtte dermed offentliggjøres gjennom saksdokumentene til kommunestyret. Etter at klager påpekte forholdet, ble prisene fjernet.

Klagenemndas vurdering:

(26) Klager har deltatt i konkurransen og har saklig klageinteresse, jf forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Anskaffelsen følger etter sin art og verdi reglene i forskrift om offentlige anskaffelser del III, jf forskrift om offentlige anskaffelser § 2-2.

(27) Klagenemnda ser først på spørsmålet om innklagede har brutt forskrift om offentlige anskaffelser § 3-3 ved å offentliggjøre leverandørenes delpriser på sine nettsider.

(28) Forskrift om offentlige anskaffelser § 3-3 pålegger oppdragsgiver en plikt til å hindre at andre får kjennskap til leverandørenes forretningshemmeligheter. Hva som regnes som en forretningshemmelighet, må avgjøres konkret i lys av den enkelte anskaffelsen.

(29) Spørsmålet om leverandørenes enhetspriser utgjorde forretningshemmeligheter i denne saken, er dårlig belyst for klagenemnda. Selv om tilbudte enhetspriser ofte vil være forretningshemmeligheter, har klagenemnda ikke tilstrekkelig grunnlag til å ta stilling til dette spørsmålet.

(30) Klagenemnda går deretter over til å vurdere saksbehandlingen for kommunestyret.

(31) Ut fra opplysningene i saken har kontrollutvalgets saksbehandling og evaluering av tilbudene vært grundig. Faglige kriterier er blitt lagt til grunn, og kriteriene har vært vurdert av fagekspertise på områdene. Dette må få betydning både for kravene til saksbehandlingen og begrunnelsen når kommunestyret fraviker det synet kontrollutvalgets flertall har lagt til grunn.

(32) Innklagede erkjenner å ha brutt regelverket for offentlige anskaffelser hva angår kravene til likebehandling og forsvarlig saksbehandling, men hevder at regelbruddene ikke har hatt betydning for utfallet av konkurransen.

(33) Det var etter det opplyste liten prisforskjell mellom leverandørene i konkurransen, og kommunestyrets beslutning fraviker kontrollutvalgets flertallsinnstilling. Klagenemnda finner det derfor besynderlig at innklagede trass i erkjennelsen av regelbrudd, hevder at feilene ikke har hatt betydning for valg av tilbud.



Forsiden
Nemndsmedlemmer
Saksbehandling
Regelverk
Innkomne saker
Statistikk
Årsrapporter
Dommer
Søk i avgjorte saker

Avgjorte saker:
[2003](#) [2004](#) [2005](#)

Besøksadresse
H. Heyerdalsgate 1
0033 Oslo

Postadresse
Postboks 8132 Dep
0033 Oslo

Tlf.: 22 33 70 10

Faks: 22 33 70 12

E-post:

postmottak@kofa.no

Avgjorte saker

Innklagede gjennomførte en konkurranse med forhandling for levering av teknisk utstyr til nødmeldesentraler for brann. Under anskaffelsen deltok innklagede på et todagers møte med eksisterende leverandør, som også var tilbyder i konkurransen, uten at det er fremlagt noen dokumentasjon fra møtet. Klagenemnda fant at dette brøt med kravene til god forretnings- og anbudsskikk, jf lovens § 5 og forskriftens § 3-1. Videre fant klagenemnda at evalueringen av tilbudene hadde vært uforsvarlig og vilkårlig og i strid med kravet til etterprøvbarehet. Innklagede hadde heller ikke gitt begrunnelse ved meddelelse om valg av tilbud.

Klagenemndas avgjørelse 18. april 2005 i sak 2005/35

Klager: Elektro Bodø AS

Innklaget: Kommunene Narvik, Tromsø, Bodø og Rana

Klagenemndas medlemmer: Inger Marie Dons Jensen, Inger Roll-Mattiesen, Andreas Wahl

Saken gjelder: God anbudsskikk og forretningskikk. Etterprøvbarehet. Evaluering av tilbud. Begrunnelse.

Bakgrunn:

(1) Høsten 2003 opprettet Narvik kommune kontakt med Oddstøl Elektronikk AS (heretter kalt Oddstøl) for å få oppgradert nødmeldesentralene for brann, også kalt 110-sentraler, i Tromsø, Bodø, Rana og Narvik kommuner, som hver har én slik sentral. De fire kommunene er i det følgende kalt innklagede. Oddstøl hadde levert sentralene, og hadde oppfølgings- og serviceavtaler knyttet til dem. I et møte mellom Oddstøl og innklagede 5.-7. desember 2003 ble det besluttet at Oddstøl skulle gjennomføre prosjektet for oppgradering av det eksisterende systemet til en "ny plattform, COM 4500". Eksisterende sentral er av typen COM-4000 og er produsert av Mortensen Telecom AS (heretter kalt Mortensen).

(2) Som en del av prosjektet med å oppgradere sentralene arrangerte Oddstøl visningstur til Østerrike, der to alarmsentraler ble besøkt. Innklagede

har forklart at hensikten med turen var å gjøre seg kjent med en Zenitels ZIF-sentral, og to representanter for Zenitel deltok på turen. Reisen ble betalt av innklagede, mens Frequentis, som er delprodusent til Zenitels sentral, bestilte og betalte oppholdet. Ifølge innklagede var avtalen at kostnadene for oppholdet skulle faktureres innklagede i ettertid, men dette har ikke skjedd.

(3) I etterkant av turen ble det gjennomført et møte med Mortensen, og i løpet av 2004 gjennomførte innklagede et besøk ved en COM 4500-sentral fra Mortensen og et besøk ved en FAS-sentral fra Telenor.

(4) Høsten 2004 ble innklagede oppmerksom på at kostnadene med å oppgradere anleggene ville bli så høye at det måtte kunngjøres en konkurranse. Den 1. oktober 2004 ble det derfor kunngjort en åpen anbudskonkurranse for levering av utstyr til de fire nødmeldesentralene. Tilbudsfrist var 23. november 2004.

(5) I henhold til innklagedes forklaring ble samarbeidet med Oddstøl om oppgradering lagt dødt da innklagede bestemte seg for å kunngjøre en konkurranse. Innklagede gjennomførte likevel et møte med Oddstøl 2.-3. desember 2004. Ifølge innklagede var dette et brukermøte for eksisterende sentraler.

(6) Kontrakt skulle tildeles på bakgrunn av det økonomisk mest fordelaktige tilbud. I konkurransegrunnlaget var følgende tildelingskriterier oppført:

”

- *funksjonalitet*
- *brukervennlighet*
- *pris*
- *support, drift og servicekostnader*
- *teknologi, tekniske løsninger og utbyggingsmuligheter*
- *leveringsbetingelser*
- *opplæring*
- *garanti (tid)*
- *leverandørens erfaring med nødmeldesentraler*
- *referanser*
- *brukervennlig dokumentasjon*”

(7) Videre het det:

”Vi oppfordrer samtidig leverandørene til å komme med kreative forslag til samarbeidsformer og løsninger som et tillegg til de nevnte krav, dersom dette er ønskelig.”

(8) Det var stilt krav om at leverandørene skulle legge ved dokumentasjon over deres viktigste leveranser de siste tre årene.

(9) Fire leverandører innga tilbud, blant dem Elektro Bodø AS (heretter kalt klager) og Oddstøl. Oddstøl leverte tre tilbud, henholdsvis på Zenitel-sentral,

Mortensen-sentral og Telenor-sentral. Klager tilbød en sentral fra Mortensen.

(10) I konkurransegrunnlagets punkt 2.1 "Pris og betingelser" var det spurt om kostnader forbundet med forsikring av leveransen under transport til avtalt leveringssted var inkludert i prisen. Leverandørene skulle krysse av for "ja" eller "nei" og oppgi betingelser hvis "nei". I klagers tilbud var det krysset av for "nei". Videre hadde klager endret teksten til: "hvis ja, redegjør for deres betingelser".

(11) Under punktet levering het det i klagers tilbud:

"Dokumentasjon vil bli levert på dansk i henhold til bestilling. Dokumentasjonen vil bli oversatt til norsk hvis dette blir spesifisert i bestillingen. Aksepteres som beskrevet."

(12) Klagers tilbudspris var lavest med kr 530.377. Inkludert i denne summen var en post på kr 50.000 som innklagede hadde lagt til fordi innklagede mente at den tilbudte opplæringen var utilstrekkelig. I tillegg kom kr 44.000 for serviceavtale.

(13) Oddstøls laveste tilbud var på kr 567.500, med tillegg på kr 60.000 for service.

(14) I notatene fra møtet i innklagedes brukergruppe står følgende om klagers tilbud:

"

Tilbudet fra Bodø Elektro inneholdt formelle feil og punkter som gruppen ikke fant realistisk og troverdig. Dette gikk på punkter som endring av tekst i anbudsbeskrivelsen/kravspesifikasjonen, tidsforbruk på installasjon, opplæring og reisekostnader.

I prismatrisen har gruppen endret prisen i BEs tilbud på punktet opplæring ut fra et gjennomsnitt på de øvrige tilbudene. BE hadde kun tilbudt en dags opplæring av alle ansatte på alarmsentralen. Dette er ikke realistisk."

(15) Tilbudene ble evaluert i henhold til en poengskala fra 1-11. Vurdering av de to nevnte tilbudene var slik:

"

<i>Oddstøl</i>	<i>Elektro Bodø</i>
<i>FAS</i>	<i>COM4500</i>
<i>funksjonalitet</i>	<u>8</u> <u>3</u>
<i>brukervennlighet</i>	<u>8</u> <u>9</u>
<i>pris</i>	<u>6</u> <u>7</u>
<i>support, drift og servicekostnader</i>	<u>6</u> <u>7</u>
<i>teknologi, tekniske løsninger og</i>	
<i>utbyggingsmuligheter</i>	<u>7</u> <u>5</u>
<i>leveringsbetingelser</i>	<u>7</u> <u>6</u>

<i>opplæring</i>	11	1
<i>garanti (tid)</i>	5	5
<i>leverandørens erfaring med</i>		
<i>nødmeldesentraler</i>	11	3
<i>referanser</i>	5	5
<i>brukervennlig dokumentasjon</i>	11	3
<i>SUM:</i>	85	54"

(16) I brev av 20. desember 2004 ble klager meddelt at Oddstøl var tildelt kontrakten for tilbudet på FAS-sentral fra Telenor. Innklagede skrev at "Utslagsgivende for valg av leverandør, er en totalvurdering av det mest økonomiske tilbudet for disse kommunene".

(17) Innklagede har avvventet inngåelse av kontrakt i påvente av klagenemndas vurdering.

Anførsler:

Klagers anførsler:

(18) Klager anfører at innklagede har brutt regelverket for offentlige anskaffelser.

(19) Innklagedes kontakt med Oddstøl i forkant av og under konkurransen strider mot kravene til likebehandling av leverandørene og god forretningskikk. Det ble avholdt flere befaringer, og klager har ikke deltatt på noen av disse.

(20) Det er ikke riktig når innklagede hevder at klager skal ha endret anbudsbeskrivelsen under punktet pris og betingelser for så vidt gjelder forsikringskostnader.

(21) Anskaffelsesprotokollen er ikke i henhold til forskriftens krav, da det ut fra denne ikke er mulig å avgjøre hvordan tilbudene er vurdert i forhold til hverandre. Så lenge oppdragsgiver ikke har redegjort for grunnlaget for poenggivningen, er en tabell som viser hvordan tilbudene har scoret på de forskjellige kriteriene, uegnet til å belyse evalueringen. Dette strider mot kravet til etterprøvbarehet.

(22) Når det gjelder tildelingskriteriene, er det påfallende at COM4500-sentralen gis 3 poeng for funksjonalitet og 9 poeng for brukervennlighet. Disse kriteriene henger normalt nært sammen. Det stilles uansett spørsmål ved at klagers tilbud gis så lav score som 3 poeng på funksjonalitet.

(23) Poenggivningen for pris er ulogisk. Det foretrukne tilbudet fra Oddstøl, som er 6,99% høyere enn klagers tilbud, er gitt 1 poeng lavere score. Tredje laveste tilbud, fra Telenor er 11,78% høyere enn laveste tilbud, men scorer hele 3 poeng lavere. At poenggivningen er ulogisk, fremkommer særlig tydelig når det 4. billigste tilbudet (Oddstøl, COM4500) og det 3. billigste (Telenor, FAS) sammenlignes, da det dyreste av disse to får 1 poeng bedre uttelling.

(24) Når det gjelder tildelingskriteriet teknologi, tekniske løsninger og utbyggingsmuligheter, er det overraskende at FAS-sentralen gis høyere score enn COM4500-sentralen. Sistnevnte sentraler er nyutviklet. Videre fremgår det at FAS-sentralen ikke takler konkurransegrunnlagets krav om ISDN uten at den

utstyres med en tilleggskonverter.

(25) På kriteriet opplæring er det gitt full poengscore til samtlige tilbud med unntak av tilbudene fra klager og Zenitel. Klager er gitt laveste poengscore, til tross for at innklagede har valgt å øke prisen for klagers tilbud for å skape mer rom for opplæring. Klagers tilbudte opplæring gir derfor både uttelling på kriteriet opplæring og på kriteriet pris. Uansett er konkurransegrunnlaget uklart på dette punkt, da det ikke er opplyst hvor mange personer som skal ha opplæring for hver sentral. Klager har tilbudt 1 dags opplæring på bakgrunn av erfaring fra tidligere leveranser. Det var dessuten slik at personellet hadde erfaring med COM4000-sentralen, som var forløperen til den sentralen klager tilbød.

(26) Det er uklart hva innklagede har vurdert under punktet "leverandørens erfaring med nødmeldesentraler". Dersom det er erfaringen med levering av nødmeldesentraler generelt, er det ulogisk at Oddstøl har fått 11 poeng i forhold til to av sine tilbud, men bare 5 poeng på det tredje tilbudet. Er det levering av de tilbudte sentralene som har vært vurdert, rimer det ikke at Oddstøl har fått 11 poeng for tilbudet av COM4500-sentralen, som er ny av 2004, mens klager har fått 3 poeng for samme sentral. Klager har over ti års erfaring med levering av nødmeldesentraler og skulle uansett fått bedre uttelling enn 3.

(27) Under kriteriet "brukervennlig dokumentasjon" har FAS-sentralene fra Telenor fått maksimal poengscore, mens de øvrige tilbudene er gitt tre poeng, uten at dette er begrunnet.

(28) Meddelelsen som ble gitt om valg av tilbud, tilfredsstillende ikke forskriftens krav.

Innklagedes anførsler:

(29) Innklagede bestrider å ha brutt regelverket for offentlige anskaffelser.

(30) Innklagedes kontakt med Oddstøl og de respektive produsentene av nødmeldesentraler i forkant av anskaffelsesprosessen har ikke brutt med likebehandlingskravet. Møtet med Oddstøl i desember 2004 var et brukermøte i forbindelse med den eksisterende kontrakten.

(31) Klagers tilbud avviker fra konkurransegrunnlaget under punktet forsikringskostnader. Klager har krysset av for at kostnader for forsikring ikke er inkludert, uten at det er oppført betingelser for dette. Dette er i strid med konkurransegrunnlaget.

(32) Vurdering av tilbudene ved bruk av en poengskala er tilstrekkelig til å differensiere tilbudene ut fra de kriteriene som er oppgitt. For de fleste tildelingskriteriene er det grunnlag for å bruke et subjektivt skjønn for poengtildeling. Anskaffelsesprotokollen er dermed i henhold til regelverket.

(33) Det er ingen direkte tilknytning mellom tildelingskriteriene funksjonalitet og brukervennlighet. Med funksjonalitet menes hvor godt systemet fungerer og de mulighetene som finnes, mens brukervennlighet er hvor lett det oppleves for brukeren å benytte seg av disse funksjonene. Innklagede mener at COM4500 er et system med god brukervennlighet innen de funksjonene systemet har. Funksjonaliteten er derimot ikke like god; det er bare gitt antydninger om når et callsenter vil være tilgjengelig, om ADB-funksjonalitet og om AKU-B-funksjonalitet.

(34) Når det gjelder vurderingen av pris, har klager ikke oppnådd høyeste poengscore, da tilbudet ikke er ekstremt lavt.

(35) Når det gjelder kriteri



Forsiden
Nemndsmedlemmer
Saksbehandling
Regelverk
Innkomne saker
Statistikk
Årsrapporter
Dommer
Søk i avgjorte saker

Avgjorte saker:

[2003](#) [2004](#) [2005](#)

Besøksadresse

H. Heyerdalsgate 1
0033 Oslo

Postadresse

Postboks 8132 Dep
0033 Oslo

Tlf.: 22 33 70 10

Faks: 22 33 70 12

E-post:

postmottak@kofa.no

Avgjorte saker

Skien kommune hadde arrangert en åpen anbudskonkurranse vedrørende byggeentreprise. Kontrakt skulle tildeles tilbudet med lavest pris. Klagenemnda kom til at innklagede hadde anledning til å be om at årsregnskap ble ettersendt fra en av leverandørene, og at et ikke-revidert årsregnskap kunne belyse denne leverandørens kvalifikasjoner. Det fremsto ikke som utvilsomt hvordan åpenbare feil i klagers tilbud skulle korrigeres, og retting etter forskrift om offentlige anskaffelser § 16-1 (3) ble derfor ikke ansett aktuelt. Etter en konkret vurdering kom klagenemnda til at tilbudt pris på tilleggsarbeider og administrasjon av sideentrepriser inngikk i vurderingen av tilbudenes priser.

Klagenemndas avgjørelse 18. april 2005 i sak 2005/74

Klager: Norbygg AS

Innklagede: Skien kommune

Klagenemndas medlemmer: Andreas Wahl, Inger Marie Dons Jensen, Inger Roll-Matthiesen

Saken gjelder: Vurdering av kvalifikasjoner, retting av tilbud, tildelingskriteriene, evaluering

av tilbud

Sakens bakgrunn:

(1) Skien kommune (heretter kalt innklagede) kunngjorde 1. desember 2004 en åpen anbudskonkurranse vedrørende byggeentreprise på Klosterskogen Rehabiliteringssenter i Skien. Kunngjøringen oppga at det ville bli konkurrert om å levere det økonomisk mest fordelaktige tilbudet basert på tildelingskriterier oppgitt i konkurransegrunnlaget. I konkurransegrunnlaget opplyste innklagede at kontrakt ville bli inngått med leverandøren med lavest pris.

(2) I kunngjøringen ble det bedt om dokumentasjon på at leverandørene hadde nødvendige kvalifikasjoner for deltakelse i konkurransen. Et av disse dokumentasjonskravene var at leverandørens årsregnskap for de to siste regnskapsår skulle vedlegges tilbudet.

(3) I konkurransegrunnlagets punkt 00.2 "Anbudsskjema" var det i punkt 00.211 – *Sammenstilling av anbudets hovedposter* – oppregnet 22 poster som ble ført til "Anbudssum inkl mva". I det etterfølgende punkt 00.212 – *Tilleggsytelser (Regulerbare poster)* – ble det bedt om at leverandørene oppga tilbudt pris på regningsarbeider og påslag materialer. Disse ble summert i posten "Sum tilleggsytelser".

(4) Tilleggsytelsene knyttet til oppdraget ble nærmere presentert i konkurransegrunnlagets punkt 00.25 med følgende ordlyd:

"00.25 REGNINGSARBEIDER

Regningsarbeider utføres etter skriftlig rekvisisjon fra tiltakshaver eller hans representant og gjøres opp etter medgåtte arbeidstimer i h.h.t timelister. Rutine for oversendelse av timelister avtales ved oppstart.

Det skal faktureres i h.h.t etterfølgende timesatser og kategorier. Evt. overtidstillegg godtgjøres ikke. Satsene skal dekke lønn, sosiale utgifter, diett, losji, reisegodtgjørelse, gangtid o.l, verktøygodtgjørelse, bastillegg, arbeidsledelse, administrasjon, garantiansvar, påslag og fortjeneste. Prisene er eks mva.

Kategori	Timepris	Enh.	Mengde	Sum
Grunnarbeider		Kr/t	50	Kr.
Tømrer/Forskalings snekker		Kr/t	50	Kr.
Murer		Kr/t	50	Kr.
Maler/Gulvbelegg		Kr/t	50	Kr.
Blikkenslager		Kr/t	50	Kr.
Andre		Kr/t	50	Kr.
Prosjektleder		Kr/t	20	Kr.
Anleggsleder		Kr/t	20	Kr.
Formann		Kr/t	20	Kr.
Gravemaskin		Kr/t	20	Kr.
Lastebil		Kr/t	20	Kr.
SUM B5 REGNINGSARBEIDER				Kr.

Materialer for regningsarbeider godtgjøres med entreprenørens selvkost tillagt... %.

For framføring til summasjon foran medtas tilbudte påslag for sum kr. 100.000,-.

SUM B5 PÅSLAG MATERIALER: 100.000, - x (<Tilbudt påslag>%/100) = kr...

I punkt 00.26 ba innklagede også om tilbud på administrasjon av sideentrepriser:

Anbyderen erklærer seg villig til, dersom byggherren ønsker det, (jf NS 3430 pkt. 2 og 12)

som administrerende sideentreprenør å koordinere fremdriften til administrerte sideentreprenører slik at fremdriften mv. kan skje innenfor de rammer som er fastsatt for sluttfrist mot en godtgjørelse på kr.eks. mva, som fast i byggetiden.

Alternativt tilbys godtgjørelse for koordinering som beskrevet for.....% av de Administrerte sideentreprenørers kontrakter eks. mva.

Dette innebærer også at entreprenøren skal koordinere og sørge for at sideentreprenører kan dokumentere de godkjenninger som kreves etter loven, og han skal sørge for at alt materiale, herunder kontrollplaner, som trengs for søknad om igangsettelse etter plan- og bygningsloven blir utarbeidet."

(5) Fire leverandører innga tilbud i konkurransen, herunder Pettersen Bygg AS og Norbygg AS (heretter kalt klager).

(6) Tilbudet fra Pettersen Bygg AS inneholdt ikke all den dokumentasjon som det ble bedt om i kunngjøringen. Dokumentasjonen, herunder årsregnskap for

årene 2002-2004, ble imidlertid ettersendt innen en tilleggsfrist fastsatt av innklagede. Leverandøren ble etter dette vurdert som kvalifisert til deltakelse i konkurransen.

(7) Ved anbudsåpning ble tilbudssummene i 00.211 sammenlignet. Tilbudet fra Pettersen Bygg AS var lavest. Innklagede fant imidlertid at begge tilbudene måtte korrigeres, blant annet fordi klager hadde priset to poster feil. En representant for innklagede kontaktet klager og ga uttrykk for at denne feilen ville bli rettet i tråd med hva klager hadde ment. Underveis i evalueringen fant imidlertid innklagede at det ikke var utvilsomt hvordan feilen skulle rettes, og prisen oppgitt i tilbudet ble derfor lagt til grunn. Klagers tilbudspris ble likevel korrigert ned med ca kr 17.500 for enkelte andre feil, og valgte leverandørs tilbud ble som følge av manglende summering av enkelte poster, korrigert opp med noe over 2 millioner kroner. Etter disse korreksjonene var klagers tilbud lavest i pris.

(8) Innklagede ga så de konkurrerende tilbudene et påslag for pris på tilleggsarbeider og administrasjon av sideentreprenører. Pettersen Bygg AS hadde tilbudt både kronebeløp og prosent for administrasjon av sideentrepriser, og det rimeligste alternativet ble lagt til grunn.

(9) Etter at påslaget for tilleggsarbeider og administrasjon av sideentrepriser var inntatt i vurderingen, hadde tilbudet fra Pettersen Bygg AS lavest pris. Innklagede meddelte klager i brev av 9. februar 2005 at kontrakt ville bli tildelt Pettersen Bygg AS fordi leverandøren hadde *"levert det mest fordelaktige anbudet"*. Klager påklaget denne beslutningen, men denne klagen ble ikke tatt til følge av innklagede.

(10) Innklagede har avventet kontraktsinngåelse for å se resultatet av klagenemndas saksbehandling.

Klager har i det vesentlige anført:

(11) Innklagede har brutt regelverket for offentlige anskaffelser.

(12) Innklagede har feilaktig lagt til grunn at det ble konkurrert om å levere det økonomisk mest fordelaktige tilbudet. Dette fremgår av innklagedes evaluering av tilbudene og direkte av innklagedes meddelelse om tildeling.

(13) Det ble konkurrert om å levere tilbudet med lavest pris. Klagers nominelle pris var lavest, og tilbudet fra klager skulle derfor blitt vurdert som best i konkurransen. Hvilket tilbud som har lavest pris, må vurderes på grunnlag av hva som er ført til sum i anbudets hovedposter.

(14) Hvis regningsarbeider, påslag på materialer og administrasjon av sideentrepriser skulle være en del av prisvurderingen, har innklagede sammenliknet priser på ulike grunnlag. Det er bedt om tilbud både på fastpris og prosentvis godtgjørelse for administrasjon av sideentrepriser. Disse prismodellene er ikke umiddelbart sammenliknbare. I tillegg er det under vurderingen av prosentvis godtgjørelse inntatt arbeid som ikke skal inngå som en del av fastpristilbudet. Dette gjør at de to prismodellene vurderes på ulikt grunnlag.

(15) To av klagers poster var åpenbart priset feil. Dette ble oppdaget av innklagedes konsulent som ikke var i tvil om hvordan feilene skulle rettes. Innklagede var dermed forpliktet til å rette feilene. Innklagedes konsulent kontaktet da også klager og ga beskjed om at feilene ville bli rettet. Innklagede bandt seg etter dette til å rette feilene.

(16) Valgte leverandør la ikke etterspurt årsregnskap ved sitt tilbud. Leverandøren skulle derfor vært avvist.

(17) Et av årsregnskapene som ble oversendt, var fra 2004. Dette regnskapet har ikke vært gjenstand for revisjon av offentlig godkjent revisor og kunne følgelig ikke tas i betraktning.

Innklagede har i det vesentlige anført:

(18) Innklagede bestrider å ha brutt regelverket for offentlige anskaffelser.

(19) Det følger av konkurransegrunnlagets punkt 00.2 at tilleggsytelser og administrasjon av sideentrepriser ville inngå i vurderingen av tilbudt pris. Årsaken til at det bes om pris på de enkelte elementene, er nettopp at det skal være mulig å beregne prisen på tilbudet. Konkurransegrunnlaget angir enkelte poster som *ikke* ville inngå i vurderingen av tilbudt pris, men de aktuelle ytelsene er ikke unntatt på denne måten.

(20) I konkurransegrunnlaget er det laget tabeller og poster hvor de enkelte prislelementer skal beregnes for tilleggsytelser som føres i post 00.212 som samleposter. Grunnen til at tillegg for administrasjon av sideentrepriser ikke fremgår i samme samlepost, er at summen vil kunne være ukjent siden leverandøren har anledning til å angi prisen prosentvis. Alle prispåbærende poster i kapittel 00.2 inngår i prisen som danner grunnlaget for tildelingen.

(21) Konkurransegrunnlaget setter samme krav til arbeidets omfang uavhengig av om prisen oppgis prosentvis eller som et fast kronebeløp. Prisen på ytelsene er følgelig vurdert på et sammenliknbart grunnlag.

(22) Selv om klager har oppgitt pris som en viss prosent av summen av sideentreprenørenes kontrakter, og valgte leverandør har tilbudt fastpris for oppdraget, har prisene vært sammenliknbare. De samlede kostnadene forbundet med sideentreprenørarbeidene var fastlagt da prisene ble sammenliknet, og det forhold at nøyaktig verdi ikke var kjent ved tilbudsfristens utløp, kan ikke få betydning. For øvrig ga konkurransegrunnlaget opplysninger som var tilstrekkelige til at leverandørene kunne kalkulere arbeidsomfanget, uavhengig av hvilket format de valgte.

(23) Det var ikke utvilsomt hvordan de aktuelle feilene i klagers tilbud skulle rettes, og innklagede hadde derfor ikke anledning til å rette feilene. Det er beklagelig at en representant for innklagede ga uttrykk for at feilene ville bli rettet, men dette kan ikke binde innklagede til å handle i strid med forskriftens regler. Det forelå heller ikke forhold som tilsa avvisning etter § 15-10 (1) bokstav d.

(24) Innklagede hadde anledning til å gi en tilleggsfrist for oversendelse av manglende dokumentasjon. Valgte leverandør leverte årsregnskap for et år mer enn det som var påkrevet. Dette kan ikke være i strid med regelverket. Det forhold at det ene årsregnskapet ikke var revisorgodkjent, kan i høyden få betydning for beviskraften til dokumentasjonen. Pettersen Bygg AS ble vurdert som kvalifisert på grunnlag av det ettersendte materialet. Siste års regnskap har ikke vært avgjørende, men er blitt benyttet som en sikring av at kvalifikasjonskravet var oppfylt.

Klagenemndas vurdering:

(25) Klager har deltatt i konkurransen og har saklig klageinteresse, jf forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Anskaffelsen følger etter sin art og verdi reglene i forskrift om offentlige anskaffelser del III, jf forskriftens § 2-2.

Vurderingen av leverandørenes kvalifikasjoner

(26) Innklagede hadde i kunngjøringen bedt om at årsregnskap for de to siste årene ble vedlagt leverandørenes tilbud. Når Pettersen Bygg AS ikke oppfylte

dette kravet, medførte det ikke noen ubetinget plikt til avvisning, jf forskrift om offentlige anskaffelser § 15-12 (2) bokstav g. Klagenemnda har i flere saker presisert at oppdragsgiver dersom avvisning ikke finner sted, må foreta en forsvarlig vurdering av leverandørens kvalifikasjoner.

(27) I sak 2004/47 som gjaldt manglende fremleggelse av firmaattest, la klagenemnda til grunn at innklagede siden det gjaldt offentlig tilgjengelig dokumentasjon, kunne be om at nødvendig dokumentasjon for kvalifikasjonsvurderingen ble ettersendt. Klagenemnda legger samme rettsoppfatning til grunn i denne saken, og finner dermed at innklagede hadde adgang til å anmode om ettersending av årsregnskap.

(28) Innklagede har forklart at valgte leverandør på bakgrunn av årsregnskap fra 2002 og 2003 ble vurdert som kvalifisert til deltakelse i konkurransen, og at årsregnskapet fra 2004 ble benyttet som en kvalitetssikring på denne vurderingen. Klagenemnda har ingen bemerkninger til dette, og viser i denne sammenheng til at innklagede etter § 9-2 uansett hadde anledning til å anmode om at årsregnskapet for 2004 ble fremlagt som supplerende dokumentasjon på valgte leverandørs kvalifikasjoner.

Retting av klagers tilbud

(29) Det følger av forskrift om offentlige anskaffelser § 16-1 (1) at det i en anbudskonkurranse ikke er anledning til å endre tilbudene eller forsøke å endre dem gjennom forhandlinger etter tilbudsfristens utløp. Åpenbare feil som oppdragsgiver blir oppmerksom på, skal imidlertid rettes dersom det er utvilsomt hvordan dette kan skje, jf § 16-1 (3).

(30) I klagers tilbud var to poster feilpriset slik at prisene fremsto som omtrent hundre ganger høyere enn hva klager må ha ment. Selv om innklagede i denne saken ble oppmerksom på den åpenbare feilprisingen av de to postene i klagers tilbud, finner klagenemnda ikke grunnlag for å overprøve innklagedes vurdering av at det ikke var utvilsomt hvordan feilen skulle rettes. Innklagede hadde etter dette verken plikt eller adgang til å rette feilen etter § 16-1(3).

(31) Selv om det er uheldig at en av innklagedes saksbehandlere ga uttrykk for at feilen ville bli rettet, kan innklagede med dette ikke anses for å ha forpliktet seg til å handle i strid med forhandlingsforbudet i § 16-1 (1).

Grunnlag for tildeling av kontrakt

(32) Innklagede opplyste i kunngjøringen at det ville bli konkurrert om å levere det økonomisk mest fordelaktige tilbudet basert på tildelingskriterier oppgitt i konkurransegrunnlaget. I konkurransegrunnlaget heter det at kontrakt vil bli tildelt tilbudet med lavest pris. Det kan ikke komme uventet på leverandørene at tilbudsprisen vil være sentral i vurderingen av det økonomisk mest fordelaktige tilbudet. Når innklagede da har gitt tilkjenne i konkurransegrunnlaget at eneste kriterium for valg av tilbud er pris, finner klagenemnda at dette ikke innebærer en endring som nødvendiggjør ny kunngjøring.

(33) Klager har videre hevdet at innklagede i realiteten har vurdert hvilket tilbud som er det økonomisk mest fordelaktige, og at også andre kriterier enn pris har inngått i vurderingen. På bakgrunn av begrepsbruk og fremlagt dokumentasjon anser klagenemnda det godt gjort at tilbudene er vurdert utelukkende på grunnlag av tilbudt pris.

Evalueringen av pris for tilleggsarbeider

(34) Pris for administrasjon av sideentrepriser kunne oppgis som fastpris eller som en viss prosent av de samlede kontraktssummer for sideentreprenørens arbeid. Selv om disse prismodellene ikke umiddelbart er sammenliknbare, var beregningsgrunnlaget for prosentsatsen kjent for innklagede da tilbudene ble evaluert. Innklagede kunne dermed beregne den eksakte prisen også der

leverandøren hadde oppgitt prisen som en prosentsats. Prisene var dermed sammenlignbare.

(35) Etter klagenemndas syn er det naturlig å forstå innholdet i punkt 00.26 slik at ytelsens omfang er den samme uansett hvilken prismodell leverandøren tilbyr.

Vurderingen av tilbudt pris

(36) Konkurransesgrunnlaget opplyser at *"tildeling av kontrakt vil skje ut i fra det tilbud som har den laveste prisen"*. Etter klagenemndas syn gir ikke konkurransesgrunnlaget noe klart svar på hva som inngår i pris.

Anbudsskjemaet, punkt 00.2, inneholder i tillegg til en rekke andre poster både prisskjema for anbudssum, tilleggsytelser og administrasjon av sideentrepriser. Anbudssummen, som er en sammenstilling av anbudets hovedposter, fremgår av punkt 00.211. Det var anbudssummene som ble sammenlignet ved anbudsåpning. I punkt 00.212 skulle tilleggsytelsene føres opp, hentet fra punkt 00.25. Det er nærliggende å si at disse skal vurderes sammen med anbudssummen. I så fall har klager det laveste tilbudet. Dersom opsjonen "Administrasjon av sideentrepriser" også skulle telle med, kunne det vært naturlig å ha med et punkt 00.213 som skulle hente sine opplysninger fra punkt 00.26. På den annen side er opsjonen som nevnt også bedt priset i anbudsskjemaet. Det kan derfor ikke være uventet for leverandørene at denne prisen vil inngå i en vurdering av hva som er laveste pris. På denne bakgrunn kan klagenemnda ikke konkludere med at vurderingen av pris er feil.

(37) Klagenemnda vil imidlertid bemerke at innklagede burde ha eliminert enhver usikkerhet knyttet til beregningen av tilbudt pris ved på forhånd å gjøre klart hvilke poster som inngår i prisvurderingen.

Konklusjon:

Klagenemnda finner det ikke godtgjort at Skien kommune har brutt regelverket for offentlige anskaffelser.

For klagenemnda, 18. april 2005

Andreas Wahl



Forsiden
Nemndsmedlemmer
Saksbehandling
Regelverk
Innkomne saker
Statistikk
Årsrapporter
Dommer
Søk i avgjorte saker

Avgjorte saker:

[2003](#) [2004](#) [2005](#)

Besøksadresse

H. Heyerdalsgate 1
0033 Oslo

Postadresse

Postboks 8132 Dep
0033 Oslo

Tlf.: 22 33 70 10

Faks: 22 33 70 12

E-post:

postmottak@kofa.no

Avgjorte saker

Saken gjelder åpen anbudskonkurranse vedrørende kjøp av tjenester innen syketransport. Ett av tildelingskriteriene var "tilstrekkelig antall transportører for å dekke behovet i hver enkelt kommune". Annet sted i konkurransegrunnlaget opplyste innklagede at man ville tilstrebe seg å inngå avtaler med flere leverandører. Klagenemnda kom til at disse to opplysningene ikke var motstridende, og at innklagedes vurdering av tilbudene skjedde i henhold til anskaffelsesregelverket.

Klagenemndas avgjørelse 11. april 2005 i sak 2004/140

Klager: Norgestaxi Bergen AS

Innklaget: Fylkestrygdekontoret i Hordaland

Klagenemndas medlemmer: Inger Marie Dons Jensen, Morten Goller, Kai Krüger

Saken gjelder: Upresise tildelingskriterier.

Sakens bakgrunn:

(1) Fylkestrygdekontoret i Hordaland (heretter innklagede) kunngjorde den 24. september 2003 en åpen anbudskonkurranse vedrørende kjøp av tjenester innen syketransport. Anskaffelsen omfattet kommunene Askøy, Fjell, Sund og Bergen.

(2) Det fremgår av konkurransegrunnlaget at det skulle inngis særskilte tilbud for hver kommune, og tjenestene i hver kommune var i tillegg inndelt i turer innenfor kommunen og turer fra kommunen til andre kommuner.

(3) Klagen gjelder tildelingen av kontrakter for Bergen kommune, både turer innenfor Bergen og turer fra Bergen til andre kommuner.

(4) Etter konkurransegrunnlaget skulle valg av tilbud skje på bakgrunn av følgende tildelingskriterier:

"De(t) for staten mest fordelaktige anbud vil bli valgt etter en totalvurdering av følgende kriterier (ikke i prioritert rekkefølge):

- *Pris*
- *Tilstrekkelig antall transportører for å dekke behovet i hver enkelt kommune*
- *Hentetid*
- *Brukervalg og brukermedvirkning*
- *Kompetanse*
- *Referanser*
- *Dokumentasjon "*

(5) Videre er det opplyst følgende i konkurransegrunnlagets del B (Kravspesifikasjoner) pkt 3.1:

"I utvelgelsen av anbydere vil FTK tillegge vekt at brukerne av transporttjenesten skal få mulighet til å velge blant flere leverandører på turer innenfor kommunen. FTK vil derfor tilstrebe å få avtale med flere transportører i hver av kommunene. Brukerne vil da i avtaleperioden stå fritt til å velge blant transportørene som har avtale med FTK. Dette for at hver enkelt skal få velge den transportøren som de synes de er best tjent med."

(6) Innenfor hver kommune skulle leverandørene oppgi ulike priser, blant annet pris pr kilometer og minstepris på korte turer.

(7) Norgestaxi Bergen AS (heretter klager) innleverte som én av fire leverandører tilbud i konkurransen.

(8) I brev av 10. desember 2003 sendte Fylkestyngdekantoret i Hordaland brev til klager med beskjed om tildeling av kontrakt til Bergen Taxi. Av brevet fremgikk det:

"Samtlige konkurrenters tilbud er vurdert på grunnlag av utvelgelseskriteriene i konkurransegrunnlaget. Samtlige er gjennom sitt tilbud blitt vurdert å ligge likt mht kriteriene kompetanse, referanser og dokumentasjon. Kriteriene om pris, tilstrekkelig antall transportører til å dekke behovet i hver enkelt kommune, hentetid, brukervalg og brukermedvirkning har derfor vært utslagsgivende for valg av leverandør.

[...]

En totalvurdering av tilbudet på grunnlag av utvelgelseskriteriene er lagt til grunn for vurderingen om valg av tilbud.

Etter en samlet vurdering av Deres tilbud sammenlignet med tilbudet fra den tilbyder Fylkestrygdekontoret i Hordaland har intensjon om å inngå avtale med, har Deres tilbud for turer innen Bergen kommune ikke nådd opp i konkurransen og blir å forkaste.”

(9) I samme brev har innklagede gitt en lignende begrunnelse for forkastelsen av klagers tilbud på turer ut av Bergen kommune.

(10) Innklagede har lagt frem priser fra klagerens og vinnerens tilbud. For turer innen Bergen kommune har klager tilbudt en kilometerpris på kr 18,75, mens Bergen Taxi hadde kr 18,90. Minstetakstene var henholdsvis kr 125,- hos klager og kr 90,- hos Bergen Taxi.

(11) Det fremkommer av anskaffelsesprotokollen at tildelingskriteriene ble vektet under evalueringen. Kriteriet "pris" ble vektet med 40 %, kriteriet "tilstrekkelig antall transportører for å dekke behovet i hver enkelt kommune" med 35 % og de øvrige med 5 % hver.

Klager har i det vesentligste anført:

(12) Erfaringsmessig er det omtrent like mange turer med kilometerpris som turer med minstepris. Dette er ikke i tråd med den fordelingen innklagede har valgt, og kilometerprisen skulle blitt mer vektlagt i prisvurderingen.

(13) Det er ikke samsvar mellom utlysningsskriteriene og de kriterier fylkestrygdekontoret har vektlagt. Klager besitter den nødvendige kompetanse og kapasitet til å utføre det beskrevne oppdraget i Bergen kommune. Det er ikke adgang til å legge vekt på at Bergen Taxi har tilstrekkelig kapasitet til å utføre oppdragene alene. Når det fremgår av konkurransegrunnlaget at innklagede hadde til hensikt å fordele oppdragene mellom ulike selskap, kan de ikke i ettertid vektlegge det positivt at oppdraget kan utføres av én leverandør.

(14) Ettersom klager hadde lavest kilometerpris, skulle oppdraget blitt tildelt ham.

Innklagede har i det vesentligste anført:

(15) Innklagede bestrider å ha brutt regelverket for offentlige anskaffelser.

(16) Klager har rett i at deres kilometerpris isolert sett var ubetydelig lavere enn tilbudet fra Bergen Taxi, men klager var ikke lavest i pris. Av erfaring vet man at en stor del av oppdragene innen Bergen kommune er oppdrag som kun genererer minstetakst. Oppgitt minstepris er derfor et svært viktig priselement. Minsteprisen til klager er betydelig høyere enn minsteprisen til Bergen Taxi.

(17) Konkurransegrunnlagets opplysninger om å tildele kontrakt til flere leverandører kan ikke oppfattes på den måten klager har lagt til grunn. Dette forbeholdet om å ha muligheten til å inngå avtale med flere transportører innen hver av kommunene, er i hovedsak tatt inn med tanke på en eventuell situasjon der beste tilbyder prismessig ikke skulle ha tilstrekkelig antall transportører alene for å dekke behovet i hver enkelt kommune. Formuleringen innebærer ikke et løfte om å benytte minst 2 leverandører i hver enkelt kommune.

(18) På de øvrige kriterier er klagers tilbud vurdert som likeverdig med Bergen Taxi.

Klagenemndas vurdering:

(19) Klager har deltatt i konkurransen og har saklig klageinteresse, jf forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Anskaffelsen er kunngjort over terskelverdi, og dermed får reglene i forskrift om offentlige anskaffelser del I og II anvendelse.

Prisvurderingen

(20) Innklagede anmodet leverandørene om å inngi pris i ulike formater, herunder kilometerpris og minstetakst. Konkurranses grunnlaget omtaler imidlertid ikke hvordan de ulike prisene skal vurderes mot hverandre i tilbudsevalueringen.

(21) Innklagede har under vurderingen lagt til grunn at en stor andel av turene vil ligge innenfor minstetakst. Klagenemnda har ikke grunnlag for å underkjenne denne vurderingen.

Plikt til å dele opp oppdragene?

(22) Opplysningen i konkurransegrunnlagets del B punkt 3.1 om at innklagede skulle tilstrebe å få flere leverandører ut fra brukernes valgmulighet, er etter klagenemndas syn ikke utformet som en forpliktelse for innklagede til å velge mer enn én leverandør. Innklagede har forklart denne formuleringen med at man ønsket å ha åpning for å tildele kontrakt til flere leverandører dersom den billigste tilbyder ikke skulle ha tilstrekkelig kapasitet til å dekke transportbehovet for hele kommunen.

(23) Anskaffelsesprotokollen viser at innklagede har vurdert alle oppstilte kriterier, med en hovedvekt på kriteriene "pris" og "tilstrekkelig antall transportører til å dekke behovet innenfor hver enkelt kommune".

(24) Klagenemnda finner at opplysningene i konkurransegrunnlagets del B punkt 3.1 ikke er i motstrid med tildelingskriteriene. Det synes som om innklagede har foretatt en grundig vurdering av de innkomne tilbud, og at innklagede ved vektingen av tildelingskriteriene har forsøkt å finne en rimelig balanse mellom de forhåndskunngjorte tildelingskriterier "pris" og "tilstrekkelig antall transportører til å dekke behovet innenfor hver enkelt kommune".

(25) Klagenemnda kan ikke se at tildelingskriteriene, slik de er vurdert i dette tilfellet, er til hinder for at det kunne bli aktuelt å tildele kontrakt til flere leverandører. I dette tilfellet ble Bergen Taxis tilbud vurdert å være bedre enn en kombinasjon av flere andre tilbud. Dette er en innkjøpsfaglig vurdering som Klagenemnda ikke overprøver.

Konklusjon:

Fylkestrygdekontoret i Hordaland har ikke brutt regelverket om offentlige anskaffelser.

For klagenemnda, Oslo 11. april 2005

Inger Marie Dons Jensen



Forsiden
Nemndsmedlemmer
Saksbehandling
Regelverk
Innkømne saker
Statistikk
Årsrapporter
Dommer
Søk i avgjorte saker

Avgjorte saker:

[2003](#) [2004](#) [2005](#)

Besøksadresse

H. Heyerdalsgate 1
0033 Oslo

Postadresse

Postboks 8132 Dep
0033 Oslo

Tlf.: 22 33 70 10

Faks: 22 33 70 12

E-post:

postmottak@kofa.no

Avgjorte saker

Innklagede kunngjorde to konkurranser parallelt, med ulik varighet. De to konkurransene ble ved evalueringen slått sammen. Klagenemnda kom til at dette innebar vesentlige endringer av konkurransegrunnlaget i strid med §12-4. Videre hadde innklagede brutt kravet til forutberegnelighet ved å anvende ulike tildelingskriterier i kunngjøring og konkurransegrunnlag, og begrunnelsen for valg av leverandør tilfredsstilte ikke kravene i §§ 17-3 og 8-4 (3).

Klagenemndas avgjørelse 11. april 2005 i sak 2004/64

Klager: Gerds Trafikkskole AS

Innklagede: Aetat Madla

Klagenemndas medlemmer: Inger Marie Dons Jensen, Morten Goller, Kai Krüger

Saken gjelder: Sammenslåing av konkurranser, endring av konkurransegrunnlaget, tildelingskriterienes forutberegnelighet, krav til begrunnelse

Sakens bakgrunn:

(1) Aetat Madla (heretter kalt innklagede) kunngjorde 13. juni 2003 en konkurranse med forhandling vedrørende rammeavtale for kurs for sjåføropplæring klasse C, D, CE, E og ADR og teorikurs for fagbrev. Kontraksperioden skulle være fra 1. august 2003 til 31. desember 2003.

(2) Det ble konkurrert om å levere det økonomisk mest fordelaktige tilbudet. I kunngjøringen ble tildelingskriteriene "Pris" og "Kvalitet" angitt. I konkurransegrunnlaget ble følgende tildelingskriterier opplistet i ikke-prioritert rekkefølge:

"- Pris

- Faglige kvalifikasjoner

- Kursperiode

- Kvalitet

- Aksept av avtalevilkår"

(3) Konkurransegrunnlaget inneholdt ikke noen nærmere beskrivelse av tildelingskriterienes innhold, og leverandørene ble heller ikke forelagt noe prisskjema for angivelse av tilbudt pris. Det ble imidlertid presisert at "Pris skal oppgis inkl. mva, skatter og andre avgifter og baseres på en stykkpris pr. elev pr. kursmodul". Vi ber også om en fastpris pr. elev på selve kjøreopplæringen". Under punktet diverse het det:

"Vi ønsker tilbud om fastpris pr. kursmodul pr. elev inkludert materiell og offentlige utgifter. Også for kjøreopplæringen ønskes fastpris basert på gjennomsnittlig timeforbruk pr. elev."

(4) Tre leverandører innga tilbud i konkurransen, Team Trafikkskole AS, Haugland aut. Trafikkskole AS og Gerds Trafikkskole AS (heretter kalt klager).

(5) I klagers tilbud ble det oppgitt en fastpris pr sertifikat. Haugland aut. Trafikkskole, som senere ble tildelt kontrakt, tilbød en pris pr sertifikat beregnet ut fra et forventet timetall samt tillegg for kandidater som hadde behov for ytterligere timer for å fullføre kjøreopplæringen. Tillegget var oppgitt som timepris med 10 % rabatt.

(6) Den 29. juli 2003 utlyste innklagede en åpen anbudskonkurranse for tilsvarende tjenester. Av konkurransegrunnlaget fremgikk det at avtalen skulle gjelde fra 1. september 2003 til 31. desember 2004. Innklagede besluttet senere å slå sammen de to konkurransene. Det er uenighet mellom partene om denne opplysningen ble videreformidlet til klager.

(7) Innklagede informerte klager i brev datert 9. september 2003 om at tilbudet fra Haugland Aut. Trafikkskole AS ble vurdert som det økonomisk mest fordelaktige. Valg av tilbud ble begrunnet slik:

"Haugland er tildelt rammeavtale for førerkort C/D/E/CE/ADR og teoridel til fagbrev. Det er lagt til grunn en helhetsvurdering av kvalitet (innhold i tilbud) og pris."

(8) I brev av 11. september 2003, innen klagefristens utløp, skrev klager til innklagede:

"Vi krever å få utlevert snarest de anbud som Dere har valgt angående:

*Førerkort klasse C/D/E/CE/ADR og teoridel til fagbrev
Truckførerkurs og lastebilkranførerkurs*

Jeg ønsker å vurdere om det er riktighet i sitatet: 'Det er lagt til grunn en helhetsvurdering av kvalitet (innhold i tilbud) og pris.'

Jeg undres over at kvalitet er lagt til grunn når vedkommende trafikkskole som er valgt kjører med de eldste skolevognene i vårt distrikt.

En fyldigere klage vil bli levert når vi har vurdert de valgte anbud og vi ber av den grunn at fristen for klage blir forlenget."

(9) Innklagede meddelte 16. mars 2004 at visse opplysninger om kontraktstildelingen måtte anses unntatt offentlighet i medhold av forskrift om offentlige anskaffelser § 3-8 (5). Det ble videre fremholdt at kravet til likebehandling var overholdt under gjennomføringen av konkurransen, og at samtlige leverandører hadde fått tilgang på all relevant informasjon, herunder opplysninger om sammenslåing av forhandlingene i forhold til de ulike kursene.

(10) I anskaffelsesprotokollen som er fremlagt for klagenemnda under saksforberedelsen, har innklagede gitt følgende vurdering av valgte leverandørs tilbud i forhold til klagers tilbud:

"Oppgitt pris i tilbudet er sum av stykkpris sertifikater. For Gerds Trafikkskole kommer utgifter i forbindelse med reise til glattkjøringsbanen i tillegg. Haugland beregner ikke ekstra kostnader ved ny prøve, gir 10 % rabatt ved behov for ekstra kjøretimer."

(11) Kontrakt ble inngått med Haugland aut. Trafikkskole AS 17. september 2003.

Klager har i det vesentligste anført:

(12) Innklagede har brutt regelverket for offentlige anskaffelser.

(13) Tildelingskriteriene i konkurransegrunnlaget avviker på vesentlige punkter fra tildelingskriteriene oppgitt i kunngjøringen. Dette strider mot kravet til forutberegnelighet, jf lov om offentlige anskaffelser § 5.

(14) I konkurransegrunnlaget ble det bedt om tilbud for perioden 1. august 2003 til 31. desember 2003. Innklagede kunne derfor ikke inngå kontrakt for en lengre periode. Verken klager eller Team Trafikkskole kjente til noen utvidelse av kontraktperioden. Endringen har hatt betydning for konkurransen siden klager kunne tilbudt lavere priser om den lengre avtaleperioden hadde vært kjent.

(15) Innklagede har ikke vurdert alle tildelingskriteriene ved evalueringen av tilbudene.

(16) Tilbudt pris er ikke vurdert forsvarlig. Klager har tilbudt fast pris på hele oppdraget, mens valgte leverandør har operert med timepris med rabatt for timer ut over et visst antall kjøretimer. Når tilbudsprisene ligger så nær hverandre som i denne konkurransen, må klager ha gitt et bedre pristilbud enn valgte leverandør. Særlig ille blir det når innklagede har fremhevet Hauglands rabatt i vurderingen av tilbudene.

(17) Begrunnelsen som ble gitt, tilfredsstillende ikke kravene i forskrift om offentlige anskaffelser. Trass i at klager skriftlig har anmodet om det, har innklagede videre unnlatt å gi noen nærmere begrunnelse. Paragraf 3-8 (4) er dermed også brutt.

(18) Klager anmoder om at klagenemnda uttaler seg om erstatningsspørsmålet.

Innklagede har i det vesentligste anført:

(19) Innklagede bestrider å ha brutt regelverket for offentlige anskaffelser.

(20) Det stemmer at det er et avvik mellom tildelingskriteriene angitt i kunngjøring og konkurransegrunnlag. Innklagede har valgt å holde seg til tildelingskriteriene oppgitt i kunngjøringen. Faglige kvalifikasjoner inngår i kvalitet, og når det gjelder aksept av avtalevilkår og kursperiode, er tilbudene like. Et eventuelt brudd har uansett ikke fått betydning for rangeringen av tilbudene.

(21) Underveis i prosessen ble det bestemt at konkurransen om rammeavtale ut 2003 skulle slås sammen med konkurransen om rammeavtale ut 2004. Det var derfor ikke lenger aktuelt å inngå rammeavtale ut fra utlysningen den 12. juni 2003.

(22) De konkurrerende leverandørene ble informert om sammenslåingen. Innklagede kan dessverre ikke fremlegge e-posten som viser dette. Før forhandlingsmøtet 28. august 2004 ble leverandørene igjen gjort oppmerksom på dette, og innklagede ba om at eventuelle innvendinger ble gitt tilkjenne. Ingen leverandører protesterte. Klager har sågar endret sitt tilbud på grunnlag av opplysninger i møtet.

(23) Innklagede har valgt den leverandøren som etter en helhetsvurdering av pris, kvalitet og fleksibilitet kom best ut. Under tildelingskriteriet "Kvalitet" er metodisk opplegg og fleksibilitet under gjennomføringen vurdert. Siden alle tilbudene tilfredstilte kravene til standard i kravspesifikasjonen, ble det ikke lagt vekt på bilparkens alder i vurderingen av kvalitet. Tildelingskriteriet "pris" er vurdert forsvarlig.

Klagenemndas vurdering:

(24) Klager har deltatt i konkurransen og har saklig klageinteresse, jf forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Anskaffelsen er underlagt del III i forskrift om offentlige anskaffelser, jf § 2-2.

Angivelsen av tildelingskriterier

(25) Regelverket for offentlige anskaffelser krever at oppdragsgiver klart og utvetydig angir hvilke tildelingskriterier som inngår i vurderingen av det økonomisk mest fordelaktige tilbud. Når innklagede i denne saken anvendte to sett med tildelingskriterier med til dels avvikende innhold, ble det skapt en usikkerhet omkring hvilke forhold som ville bli evaluert. Innklagede har dermed brutt kravene til forutberegnelighet og gjennomsiktighet, jf lov om offentlige anskaffelser § 5.

Sammenslåingen av konkurransene

(26) Innklagede slo sammen konkurransen med forhandling kunngjort 13. juni 2003 og åpen anbudskonkurranse kunngjort 29. juli 2003. De to konkurransene hadde forskjellig konkurranseform og ulik kontraktsperiode. En slik sammenslåing er det åpenbart ikke grunnlag for etter forskriften. Det er snakk om en vesentlig endring av konkurransegrunnlaget som strider mot forskriftens § 12-4 (1). Det vil ikke være tilstrekkelig om leverandørene er enige i sammenslåing, noe som for øvrig heller ikke er godtgjort.

Evaluerings av tilbudene

(27) Klager anfører at innklagede ikke har foretatt en forsvarlig vurdering av klagers og valgte leverandørs priser. Innklagede ba om stykkpris pr. elev pr. kursmodul og fastpris pr. elev på selve kjøreopplæringen ut fra gjennomsnittlig timeforbruk pr. elev. Haugland tilbød en pris basert på et visst antall timer. Dersom det var behov for kjøretimer ut over dette, ble det tilbudt 10 % rabatt på vanlige priser. Det ble ikke beregnet noe ekstra ved stryk og eventuell leie av bil til ny praktisk prøve. Klager tilbød fastpris uavhengig av antall timer og opplyste ellers at offentlige utgifter bare dekket en teoriprøve og en praktisk prøve. Det ble angitt at ny teoriprøve og praktisk prøve ville bli fakturert etter gjeldende priser på det aktuelle tidspunkt. Ingen av tilbudene synes å være i samsvar med konkurransegrunnlaget og kan ikke uten videre sammenlignes prismessig. Antakelig kunne begge tilbud vært avvist, jf § 15-10 nr 1 bokstav c og d.

(28) Konkurransegrunnlaget sier ikke noe eksplisitt om ny prøve og må anses uklart på dette punkt. Dette er noe av årsaken til at det er vanskelig å sammenligne tilbudene fra Haugland og klager. Det mest korrekte hadde antakelig vært at innklagede hadde avlyst konkurransen og startet på nytt. Med den skriftlige behandlingen i klagenemnda er det vanskelig å få belyst faktum i tilstrekkelig grad. Klagenemnda finner derfor heller ikke her å kunne formulere noen klar konklusjon.

Krav til begrunnelsen

(29) Det følger av forskrift om offentlige anskaffelser § 17-3 at innklagede skal begrunne sitt valg av tilbud samtidig som det meddeles leverandørene. Som klagenemnda flere ganger tidligere har påpekt, kan en ren henvisning til at det er foretatt en helhetsvurdering av tildelingskriteriene, ikke anses som en tilfredsstillende begrunnelse. Innklagede har derfor brutt begrunnelsesplikten etter § 17-3.

(30) I henhold til § 3-8 (4) skal oppdragsgiver på leverandørens anmodning innen 15 dager gi en nærmere begrunnelse. som skal gi leverandøren tilstrekkelig informasjon om hvorfor hans tilbud ikke nådde frem. Til tross for gjentatte henvendelser fra klager ga ikke innklagede tilbakemelding før 12. desember 2003, tre måneder etter at klager ba om en nærmere begrunnelse.

Forskriftens krav til responstid er følgelig ikke overholdt. Begrunnelsen gir heller ingen informasjon om det valgte tilbudets fortrinn i forhold til de øvrige tilbudene i konkurransen. Innklagede kan dermed ikke anses for å ha gitt en nærmere begrunnelse som oppfyller kravene i § 3-8 (4).

(31) Klagenemnda har ikke tilstrekkelig grunnlag for å vurdere erstatningsspørsmålet.

Konklusjon:

Aetat Madla har brutt kravet til forutberegnelighet ved å anvende tildelingskriterier med til dels avvikende innhold i henholdsvis kunngjøring og konkurransegrunnlag.

Aetat Madla har brutt forskrift om offentlige anskaffelser § 12-4 (1) ved å slå sammen to konkurranser, slik at konkurransegrunnlaget blir vesentlig endret.

-

-

Aetat Madla har brutt regelverket for offentlige anskaffelser ved ikke å gi tilfredsstillende begrunnelse for valg av tilbud, jf forskrift om offentlige anskaffelser § 17-3 og § 3-8 (4).

For klagenemnda,

11. april 2005

Inger Marie Dons Jensen



Forsiden
Nemndsmedlemmer
Saksbehandling
Regelverk
Innkomne saker
Statistikk
Årsrapporter
Dommer
Søk i avgjorte saker

Avgjorte saker:

[2003](#) [2004](#) [2005](#)

Besøksadresse

H. Heyerdalsgate 1
0033 Oslo

Postadresse

Postboks 8132 Dep
0033 Oslo

Tlf.: 22 33 70 10

Faks: 22 33 70 12

E-post:

postmottak@kofa.no

Avgjorte saker

Innklagede oppga at anskaffelsen ville følge NS 3400. Klagenemnda fant at denne angivelsen var i strid med lovens § 5. Klagenemnda fant videre at det ikke kunne stilles krav om befaring, at kriteriet velrenommert/dyktig var ulovlig, og at evalueringen ikke hadde vært i tråd med § 17-2 (2).

Klagenemndas avgjørelse 11. april 2005 i sak 2004/86

Klager: Vangen Elektriske AS

Innklaget: Voss kommune

Klagenemndas medlemmer: Morten Goller, Inger Marie Dons Jensen, Kai Krüger

Saken gjelder: Tildelingskriterier. Kvalifikasjonskrav. Evaluering av tilbud. Forutberegnelighet og gjennomsiktighet.

Bakgrunn:

(1) Voss kommune (heretter kalt innklagede) kunngjorde 12. juni 2003 en begrenset anbudskonkurranse for levering av nødlýsanlegg til Voss Sjukeheim. Anskaffelsens verdi ble anslått til ca kr 400.000.

(2) Vangen Elektriske AS (heretter kalt klager) ble som én av fem leverandører tilsendt konkurransegrunnlag.

(3) I konkurransegrunnlaget var det opplyst at "tilbudsgrunnlaget" bestod av tegninger og beskrivelse utarbeidet av innklagedes konsulent og Norsk Standard - NS 3400.

(4) Det var i kunngjøringen opplyst at kontrakt ville bli tildelt leverandøren med det økonomisk mest fordelaktige tilbud på bakgrunn av kriterier oppgitt i konkurransegrunnlaget. Konkurransegrunnlaget anga følgende om valg av tilbud:

"Ved avgjørelse av anbudet vil det bli lagt vekt på at:

a. Anbyderen har erfaring fra arbeider av tilsvarende størrelse eller vanskelighetsgrad.

b. Entreprenør og eventuelle underentreprenører er velrenommerte og dyktige.

c. At entreprenøren i forbindelse med kontraktsforhandlinger kan fremlegge en tilfredsstillende bemanningsplan og fremdriftsplan for sine arbeider.”

(5) Under punkt 0.4.1. het det i konkurransegrunnlaget

”Tilbyderne foretar befaring av byggeplass for å gjøre seg kjent med alle forhold som kan ha påvirkning på utførelsen og kostnadene ved arbeidet.”

- og videre under punkt A.1.

”Det er en forutsetning at tilbyderne tar en befaring på bygget. Kfr tilbudsinnbydelsen”

(6) Befaring ble holdt den 27. august 2003, som opplyst i konkurransegrunnlaget. Av de fem leverandørene som hadde mottatt konkurransegrunnlaget, var klager den eneste som deltok.

(7) Tre leverandører innga tilbud. Innklagedes konsulent utarbeidet en innstilling datert 22. september 2003. I innstillingen het det blant annet:

”Som det fremgår av vedlagte oversikt har YIT Building Systems AS laveste tilbud. [...]

Ved gjennomgåelse av tilbudene har vi notert følgende:

Tilbyder nr. 1 YIT Building Systems AS

Entreprenøren har tilbudt fastpris ut året 2003.

Leveringsbetingelser Norsk Standard 3430.

Tilbudet står ved lag i 90 dager.

Poster som ikke er fylt ut i samleskjema, forutsetter vi er med i øvrige poster, avklares i avklaringsmøte.

Tilbyder nr. 2 – Vangen Elektriske AS

Entreprenøren har ikke tilbudt fastpris.

Poster som ikke er fylt ut i samleskjema, forutsetter vi er med i øvrige poster, avklares i avklaringsmøte.

[...]

Innstilling

Slik saken ligger an vil vi innstille på at det innledes forhandlinger med YIT Building System AS. [...]"

(8) I brev av 21. oktober 2003 meddelte innklagede leverandørene at det ville bli inngått kontrakt med YIT AS "som lågaste tilbyder".

(9) For klagenemnda har klager vært representert av bransjeorganisasjonen NELFO.

Anførsler:

Klagers anførsler:

(10) Klager anfører at innklagede har brutt regelverket for offentlige anskaffelser.

(11) Innklagede har gjennomført konkurransen i henhold til NS 3400 i stedet for regelverket for offentlige anskaffelser. Dette har blant annet hatt den konsekvens at innklagede ikke har skilt mellom kvalifikasjonskrav og tildelingskriterier.

(12) Det oppgitte kriteriet b), der begrepene velrenommerte og dyktige er benyttet, er umulig å forholde seg til og kan lett føre til at utenforliggende hensyn blir tatt ved valget av tilbyder.

(13) Det er uklart om tildelingen skulle skje på grunnlag av laveste pris eller på grunnlag av det økonomisk mest fordelaktige tilbud. Innklagede har ikke entydig angitt hvilke tildelingskriterier som ville bli lagt til grunn. Videre har innklagede begrunnet tildelingen av kontrakt med at den valgte leverandør var "lågaste tilbyder". Dette tyder på at innklagede har brutt forskriftens § 17-2 ved evalueringen av tilbud.

(14) Innklagede avholdt befaring for de innbudte leverandørene. Etter forskriftens § 12-3 har oppdragsgiver adgang til å holde slik befaring. Forskriften sier ingenting om hvorvidt en slik befaring vil være obligatorisk for tilbyderne. Ut fra hensikten med en befaring, er det nærliggende å tolke forskriften slik at det er overlatt til oppdragsgiver å bestemme nærmere en eventuelle møteplikt. En slik møteplikt vil kunne sikre oppdragsgiver at leverandørene har bedre detaljforståelse om det konkrete oppdraget, og oppdragsgiver vil bedre kunne sikre seg at de tilbud som avgis, er riktigst mulig. Et krav om obligatorisk befaring vil måtte betraktes som et kvalifikasjonskrav, jf forskriftens § 12-5. I denne saken må konkurransegrunnlaget tolkes slik at befaringsplikt er pliktig.

(15) Klager ber klagenemnda uttale seg om vilkårene for å kreve erstatning kan anses oppfylt.

Innklagedes anførsler:

(16) Innklagede bestrider å ha brutt regelverket for offentlige anskaffelser.

(17) Innklagedes intensjon har hele tiden vært å gjennomføre anskaffelsesprosessen i henhold til regelverket for offentlige anskaffelser. At innklagedes rådgiver i konkurransegrunnlaget har vist til NS 3400 er uheldig. Når det gjelder utvelgelsen av entreprenør, kan vi imidlertid ikke se at dette har hatt betydning.

(18) Det er videre uheldig at konkurransegrunnlaget er uklart når det gjelder tildelingskriterier og kvalifikasjonskrav. Innklagede kan heller ikke se at dette har hatt betydning for utfallet. Innklagede har ikke avvist noen på grunn av formuleringene og heller ikke evaluert tilbyderne ut fra kriterier som måtte være i strid med forskriften. Ved registrering av påmeldinger, utsendelse av materiell, gjennomgang av tilbudene og tildeling har innklagede funnet tilbyderne likeverdige.

(19) Når det gjelder befaringen, var det ikke eksplisitt uttalt at deltakelse var obligatorisk og en forutsetning for å kunne delta i konkurransen. Det å ha gjennomført en befaring må sies å ligge som en forutsetning, men ikke et kvalifikasjonskrav. Valgte leverandør var ikke på befaringen, men har inngående kjennskap til bygget fra før, gjennom sin kontrakt på installeringsarbeidene da bygget ble reist, og årlig kontroll med brannalarmanlegget. En befaring har tradisjonelt vært byggherrens verktøy for å hindre at en entreprenør i ettertid kunne påberope seg forhold som vedkommende ville kunnet avdekke ved besiktigelsen.

Klagenemndas vurdering:

(20) Klager har deltatt i konkurransen og har saklig klageinteresse, jf forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Anskaffelsen er etter sin verdi regulert av forskrift om offentlige anskaffelser del I og III, jf § 2-2.

(21) Klagenemnda behandler først spørsmålet om innklagede brøt regelverket for offentlige anskaffelser ved å angi at konkurransen skulle følge NS 3400.

(22) Anskaffelsen er underlagt lov om offentlige anskaffelser med forskrifter. At konkurransegrunnlaget henviste til Norsk Standard 3400, og ikke til lov og forskrift om offentlige anskaffelser, er derfor misvisende vedrørende hvilke regler innklagede måtte følge under avviklingen av konkurransen, siden anbudsreglene i standarden på vesentlige punkter avviker fra forskriften. Innklagede har brutt regelverket ved å gi en gal henvisning til hvilke regler som styrer anskaffelsen.

(23) Klagenemnda behandler deretter spørsmålet om deltakelse på befaring var å anse som et kvalifikasjonskrav, slik at tilbydere som ikke hadde deltatt, måtte avvises.

(24) Når det varsles at deltagelse i befaring er en forutsetning for deltagelse i konkurransen, er det nærliggende å forstå dette som et pålegg på linje med kvalifikasjonskrav etter forskriftens § 12-5. Innklagede har bestridt at det var meningen å sette noe slikt krav. Etter klagenemndas oppfatning kan det normalt heller ikke gis noe slikt påbud til potensielle tilbydere, og det er ikke vanlig i praksis å gjøre dette. En annen sak er at en tilbyder som velger å gi et tilbud uten å ha deltatt i befaring, selv må bære risikoen for manglende kjennskap til forholdene der oppdraget skal utføres, f.eks. når det blir spørsmål om organisering og tilrettelegging av arbeidene på byggeplassen. Innklagede kan ikke – slik klageren anfører - avvise tilbydere som ikke møtte på befaring.

(25) Klagenemnda behandler så spørsmålene om utforming av tildelingskriteriene og evaluering av tilbudene.

(26) Lovlige tildelingskriterier må etter forskriftens § 17-2 enten knyttes til pris eller "hvilket tilbud som er det mest økonomisk fordelaktige". I sak 2003/165 uttalte klagenemnda at tildelingskriteriet "renommé/dyktighet" verken representerte en økonomisk verdi for innklagede eller hadde tilknytning til kontraktens gjenstand, og at kriteriet dermed var ulovlig. Klagenemnda finner derfor at innklagede har brutt forskrift om offentlige anskaffelse § 17-2 (2) ved å oppgi at det vil legges vekt på at entreprenør og eventuelle underentreprenører er velrenommerte og dyktige. Klagenemnda tar med dette ikke stilling til om de to andre tildelingskriteriene, erfaring og tilfredsstillende bemanningsplan og

fremdriftsplan, i dette tilfellet var lovlige tildelingskriterier.

(27) Det følger av § 17-2 (2) at dersom tildelingen av kontrakt skjer på grunnlag av det økonomisk mest fordelaktige tilbud, skal alle kriterier som vil bli lagt til grunn, oppgis enten i konkurransegrunnlaget eller i kunngjøringen. Det fremgår av konsulentens innstilling og av meddelelsen om valg av tilbud at pris, som ikke var nevnt som tildelingskriterium, iallfall ble tillagt betydelig vekt. Dokumentene tyder videre på at de oppstilte kriteriene ikke ble vurdert. Innklagede brøt med dette § 17-2 ved evalueringen av tilbudene.

(28) Klagenemnda har ikke grunnlag for å vurdere erstatningsspørsmålet.

Konklusjon:

Voss kommune har brutt forskrift om offentlige anskaffelser ved å angi at konkurransen skal gjennomføres etter NS 3400.

Voss kommune har brutt forskriften ved å stille opp et uhjemlet krav om deltakelse på befaring som en forutsetning for å delta i anbudskonkurransen.

Voss kommune har brutt forskrift om offentlige anskaffelser § 17-2 (2) ved å oppgi at det vil legges vekt på at "*entreprenør og eventuelle underentreprenører er velrenommerte og dyktige*".

Voss kommune har brutt forskrift om offentlige anskaffelser § 17-2 (2) ved at tilbudene ikke er blitt evaluert i henhold til de oppgitte tildelingskriteriene.



Forsiden
Nemndsmedlemmer
Saksbehandling
Regelverk
Innkomne saker
Statistikk
Årsrapporter
Dommer
Søk i avgjorte saker
Avgjorte saker:
[2003](#) [2004](#) [2005](#)

Besøksadresse
H. Heyerdalsgate 1
0033 Oslo

Postadresse
Postboks 8132 Dep
0033 Oslo

Tlf.: 22 33 70 10

Faks: 22 33 70 12

E-post:

postmottak@kofa.no

Avgjorte saker

Innklagede inngikk i 2001 seks parallelle rammeavtaler. Ved utløpet av 2004 ønsket innklagede å utløse opsjon på forlengelse for fem av leverandørene. Klagenemnda pekte på at avrop på parallelle rammeavtaler uten fordelingsnøkkel som utgangspunkt utgjør ulovlige direkteanskaffelser og at rammeavtaler normalt ikke skal inngås for mer enn fire år. Nemnda hadde imidlertid ikke grunnlag i de foreliggende saksdokumenter for å konstatere at FLO hadde brutt regelverket om offentlige anskaffelser.

Klagenemndas avgjørelse 11. april 2005 i sak 2005/40

Klager: Servicegrossistene AS

Innklaget: Forsvarets logistikkorganisasjon

Klagenemndas medlemmer: Inger Marie Dons Jensen, Kai Krüger, Bjørg Ven

Saken gjelder: Vesentlig endring av avtale, spørsmål om ulovlig direkteanskaffelse

Sakens bakgrunn:

(1) Argus-Log-rammeavtaler, LFK, kunngjorde 28. juli 2001 en konkurranse med forhandling om kjøp av matvarer og næringsmidler. I kunngjøringen sto det blant annet dette:

"3.b) Art og mengde:

Oppdragsgivers betegnelse av avtalen: Landsdekkende rammeavtale – skal til dels dekke Forsvarets utenlandsoperasjon. [...]

Forsvaret og andre statlige etater skal få levert matvarer og næringsmidler til sine aktuelle sluttbrukere/ avdelinger. Målet er å optimalisere Forsvarets og andre etaters innkjøp av matvarer og næringsmidler.

Mengde eller omfang: Forsvaret vil anskaffe matvarer til estimert verdi av ca. 250 000 000 NOK.

Rikshospitalet og Det norske Radiumhospital vil samlet anskaffe matvarer til en verdi av 27 000 000 NOK.

Opsjoner: Rammeavtalen skal vare i 3 år. Etter 3 år kan det bli aktuelt å

forlenge rammeavtalen med 1 år av gangen – inntil 2 ganger med alle eller færre leverandører.

[...]

13. Andre opplysninger

[...]

Tildelingskriterier: Det økonomisk mest fordelaktige anbud vurdert på grunnlag av : Pris, leveringssikkerhet, kvalitet, service og teknisk bistand etter levering. Kriterier som er oppgitt i anbudsgrunnlaget.”

(2) Forsvarets logistikkorganisasjon (heretter kalt innklagede eller FLO) inngikk avtaler med 6 leverandører av matvarer og næringsmidler, herunder med Servicegrossistene AS (heretter kalt klager). I avtalen sto det blant annet dette:

” 2.3 Endringer i sortiment

Forsvaret og tilsluttede etater kan avtale endringer i rammeavtalens artikkelsortiment. [...]

6. Pris

6.1 Generelt

Alle priser skal være

- markedspris med fratrekk av
- eventuelle rabatter som igjen gir
- nettoppris, eksklusiv og
- inklusiv merverdiavgift, fritt levert.

Ref vedlegg B, spesifikasjon 1.5 og 9.4.

Dersom tilbyder i avtaleperioden ikke har konkurransedyktige priser kan det kreves forhandlinger.

6.2 Prisendringer

Leverandøren skal levere oppdaterte prislister etter prisspesifikasjon til samtlige sluttbrukere.

Ved vesentlige prisendringer hos leverandøren har partene gjensidig rett til å reforhandle priser, uavhengig av årsak til prisendringen. Leverandøren skal redegjøre og dokumentere slike prisendringer. Basislinje settes til uke nr 36 i år 2001.

[...]

18. E-handel

18.1 Offentlig markedsplass

Produkt og tjenester som tilbys over denne rammeavtale skal kunne integreres med den Offentlige Markedsplassen.

[...]

22. Kontraktens varighet

[...]

Forsvaret med tilsuttede etater har rett til å forlenge kontrakten med inntil 12 måneder 2 ganger. Dette skal reguleres ved utstedelse av Endringsavtale innen 2 måneder før rammeavtalens utløp”

(3) I brev til klager datert 9. november 2004 skrev innklagede blant annet dette:

”I tråd med orienteringen på kontraktsmøtet 26.10.04 vurderer Forsvaret både å redusere sortimentet og konsentrere dette til færre leverandører. Dette samsvarer med Forsvarets overordnede mål om mer effektiv kontraktsstyring, utnyttelse av stordriftsfordeler og satsning på elektronisk handel. Som følge av samordning forventes reduserte priser”

(4) Den 12. november 2004 sendte innklagede en endringsordre til klager, der de ble bedt om å utarbeide et revidert basissortiment. Det ble gjennomført forhandlinger med de aktuelle leverandørene.

(5) I et dokument kalt ”innstilling prolongering av proviant porteføljen FLO/D – Prosjekt etterforsyning” datert 12. januar 2005 skrev innklagede blant annet dette:

”Avtalene som er inngått tillater parallelle avtaler innenfor produktgruppene. Dette innebærer at grossister bla kan levere kjøtt og meieriprodukter. Dette har gitt en meget stor sortimentsbredde og dybde. Brukerne har kunnet bestille det de har ønsket fra den leverandøren de velger. Omsetning over avtalene har i treårs perioden, årlig, vært mellom 180 og 200 mill NOK.[...]

Proviantavtalene utløper som vist over, og det er behov for å utlyse/prolongere avtalene. I forbindelse med fornyelse, ønsker Forsvaret å integrere Forsvarets Innkjøpsløsning (Innkjøpsportal) hos proviantleverandørene. Forsvaret ønsker i den forbindelse å gjennomføre sortimentsstyring, dvs å redusere tilgjengelig sortiment vesentlig ved å konsentrere om færre produkter/leverandører/produsenter. Dette kan innebære at noen av leverandørene nevnt over ikke får prolongert sin avtale med Forsvaret.

Forsvaret benytter de samme kriteriene for prolongering som beskrevet i utlysning av avtalene i 2001. Tildelingskriteriene og vektingen av disse er som følger:

- a. Pris -25%
- b. Gjennomføring -40%
- c. Kvalitet -15%

d. Referanser -20%

Med bakgrunn i gjennomførte kontraktsmøter med leverandørene primo november, sendte Forsvaret 12 november likelydende endringsordre til leverandørene hvor de bes revidere sitt basis sortiment og konsentrerer dette til færre produsenter og til en ny pris. I tillegg skal leverandøren akseptere Forsvarets elektroniske samhandlingsavtale som innebærer et fast tidspunkt for når brukeren skal kunne bestille proviant via Forsvarets Innkjøpsløsning.

[...]

Med en omsetning på NOK 200 mill eks mva vil en 10% prisgevinst ved sortimentsstyring kunne gi 20 mill i gevinst. Imidlertid er 10% prisreduksjon i denne bransjen mye. Optimistisk kan en 5-8% prisgevinst oppnås på enkelte store varegrupper.[...]Det estimeres en realistisk prisgevinst på mellom 5 og 15 mill NOK”

(6) I brev datert 25. januar 2005 orienterte innklagede klager om at de ikke ville prolongere avtalen med klager, mens avtalen med de øvrige leverandørene ble prolongert. Innklagede skrev blant annet dette:

”1.2.3 Evalueringsprosedyre

Forsvaret har mottatt forslag til sortiment med reviderte priser fra samtlige leverandører innenfor deres respektive produktgrupper.[...] Med bakgrunn i mottatte data fra leverandørene og spørreundersøkelse gjennomført hos 20 av Forsvarets kjøkken, har Forsvaret gjennomført et betydelig evaluering og analysearbeid [...].

(7) Klager påklaget avgjørelsen i flere brev, men innklagede opprettholdt sin beslutning.

(8) Den 18. februar 2005 begjærte klager midlertidig forføyning. Den 22. februar traff retten beslutning i saken uten at partene hadde vært innkalt til muntlig forhandling, og FLO ble forbudt å inngå kontrakt med leverandørene inntil KOFAs uttalelse forelå.

Klager har i det vesentlige anført:

(9) FLO inngår i realiteten nye avtaler, slik at regelverket for offentlige anskaffelser må følges. Dette innebærer at anskaffelsen må kunngjøres. En ”forlengelse” av enkelte av de eksisterende rammeavtalene vil være i strid med regelverket.

(10) Det er grenser for hvor omfattende det er adgang til å reforhandle en avtale før man i realiteten står overfor en ny kontraktsinngåelse. Det sentrale vurderingstemaet er hvorvidt oppdragsgiver har til formål å gjenforhandle en grunnleggende kontraktsbestemmelse, jf EF-domstolens dom i C-337/98 premiss 52.

(11) Det kan ikke være anledning til å inngå parallelle rammeavtaler, for så å forhandle med disse leverandørene ved avtaleperiodens utløp. En slik fremgangsmåte vil for det første frata øvrige leverandører mulighet til å kunne delta i konkurransen. Dernest tilsidesettes de sentrale anskaffelsesrettslige prinsipper også for de leverandører det forhandles med, når konkurransen ikke

gjennomføres på forskriftsmessig måte.

(12) I denne saken er det tale om reforhandling av parallelle rammeavtaler. Oppdragsgiver ønsker å utnytte det forhold at tilbyderne allerede er i en innbyrdes konkurransesituasjon. Det presses på sentrale elementer i avtalen fordi oppdragsgiver har gjort det klart at det også finnes andre tilbydere (de andre som de har rammeavtale med). I slike tilfeller må adgangen til å forhandle om elementer i avtalen være strengere enn ellers.

(13) Det er ikke tillatt med parallelle rammeavtaler uten at det foreligger en fordelingsnøkkel. Spørsmålet om det foreligger ulovlige direkteanskaffelser, må sees i lys av at det foreligger parallelle rammeavtaler uten fordelingsnøkkel.

(14) Forhandlingsadgangen må videre vurderes på bakgrunn av at det her er tale om å gjøre gjeldende en opsjonsrett, og ikke en forhandling om justering av en eksisterende avtale. Også dette momentet utnyttes ved å gjennomføre reelle forhandlinger med flere tilbydere med tanke på å oppnå bedre avtalevilkår.

(15) FLO har hatt til hensikt å forhandle om sentrale elementer i avtalen. Det foreligger således i realiteten en ny kontrakt som må gjøres til gjenstand for alminnelig konkurranse.

Innklagede har i det vesentlige anført:

(16) Innklagede bestrider å ha brutt regelverket om offentlige anskaffelser.

(17) Det følger verken av alminnelig anskaffelsesrett, avtalerett eller de konkret inngåtte avtaler i den foreliggende sak at alle leverandørene med parallelle rammeavtaler har rettskrav på å få forlenget sine avtaler hvis oppdragsgiver velger å forlenge enkelte av disse. FLO har saklig grunn til bare å forlenge avtalen med enkelte av leverandørene.

(18) Avtalene med leverandørene har kommet i stand på bakgrunn av en lovlig gjennomført anskaffelseskonkurranse, der det var klart at avtalene ville ha denne muligheten for forlengelse.

(19) Forhandlingsforbudet gjelder frem til den opprinnelige avtaleinngåelsen, og har ingen relevans for dialogen mellom avtalepartene i kontraktperioden. Prinsippet om forhandlingsforbudet i forskriftens § 9-1 har dermed ingen relevans for dialogen mellom partene i forbindelse med at oppdragsgiver vurderer om en opsjon skal utøves eller ikke.

(20) Oppdragsgiver ba om en oppdatering av leverandørenes pristilbud og om endringer i sortiment, samt at det ble tatt opp spørsmål om e-handel. FLO mener at disse endringene ligger innenfor de endringer som rammeavtalene hjemler. Det er således reelt sett den kontraktsfestede opsjonen som utøves ved forlengelsen.

(21) Når det foreligger parallelle rammeavtaler, må oppdragsgiver vurdere om det er hensiktsmessig å forlenge alle avtalene, eller bare noen av dem. Anskaffelsesregelverket gir ingen føringer for hvordan en slik avgjørelse skal foretas, men som ellers i forvaltningen gjelder et generelt krav til saklighet. I dette tilfellet valgte oppdragsgiver å strukturere vurderingene rundt de opprinnelige tildelingskriteriene. Anskaffelsesreglene er ikke til hinder for dette.

(22) Partene i et avtaleforhold vil normalt ha mulighet til å foreta endringer i avtalen gjennom avtaleperioden. Dette gjelder for det første endringer som uttrykkelig er hjemlet i kontraktens bestemmelser, men også justeringer eller tilpasninger som ikke er direkte hjemlet, men som er nødvendige eller ønskelige for å få kontrakten til å fungere hensiktsmessig, og

som ikke endrer de sentrale elementene i kontraktsforholdet. Ved avtaler av noe varighet på områder der det skjer en løpende endring i markedet, typisk som her når det gjelder matvarer og det sortiment som til enhver tid utbys, er en slik fleksibilitet avgjørende for at avtalen i det hele tatt kan fungere. I de aktuelle rammeavtalene er det tatt høyde for behovet for fleksibilitet bla gjennom kontraktens bestemmelser om Forsvarets rett til å foreta endringer i artikkelsortiment, jf punkt 2.3, om krav på den til enhver tid gjeldende markedspris og rett til prisjusteringer, jf punkt 6.1 og 6.2 og punkt 18 som gir forsvaret grunnlag for å kreve elektronisk håndtering av avrop under rammeavtalene, herunder e-fakturing.

(23) De justeringene som ble avtalt, endret ikke på de mer grunnleggende forhold i det inngåtte avtaleforhold. Man oppnådde en betydelig prisreduksjon, blant annet gjennom en forenkling i sortiment og ved en konsentrasjon rundt færre rammeavtaler.

(24) Det var ikke fastsatt noen formell fordelingsnøkkel



Forsiden
Nemndsmedlemmer
Saksbehandling
Regelverk
Innkomne saker
Statistikk
Årsrapporter
Dommer
Søk i avgjorte saker

Avgjorte saker:

[2003](#) [2004](#) [2005](#)

Besøksadresse

H. Heyerdalsgate 1
0033 Oslo

Postadresse

Postboks 8132 Dep
0033 Oslo

Tlf.: 22 33 70 10

Faks: 22 33 70 12

E-post:

postmottak@kofa.no

Avgjorte saker

Innklagede skulle gjennomføre en naturfaglig kartlegging av biologisk mangfold. Innklagede antok at tjenesten var en forsknings- og utviklingstjeneste hvis resultat skulle tilfalle flere enn oppdragsgiver, og at anskaffelsen dermed var unntatt fra forskriften. Etter en konkret vurdering fant klagenemnda at anskaffelsen ikke var omfattet av unntaket for forsknings- og utviklingskontrakter.

Klagenemndas avgjørelse 11. april 2005 i sak 2004/206

Klager: Naturtjenester AS

Innklaget: Direktoratet for naturforvaltning

Klagenemndas medlemmer: Morten Goller, Inger Marie Dons Jensen, Kai Krüger

Saken gjelder: Forsknings- og utviklingstjenester.

Bakgrunn:

(1) Direktoratet for naturforvaltning (heretter kalt innklagede) sendte 2. april 2004 ut brev til i alt 33 firmaer, privatpersoner og offentlige enheter, der disse ble innbudt til å delta i prosjektet "*Kartlegging av biologisk mangfold i jordbrukets kulturlandskap 2004*".

(2) Brevet var et prekvalifiseringsdokument, og kriteriene for prekvalifisering var kvalitet/faglige kvalifikasjoner og kapasitet. Begge kriteriene var utdypet noe. I en fotnote var det opplyst at prosjektet var "*unntatt fra kravet om offentlig anbud etter forskrift om offentlige anskaffelser*", da oppdraget "*kommer inn under definisjonen av "forskning og utvikling" og fordi resultatet vil tilfalle flere enn oppdragsgiver*". Konkurransen ble ikke kunngjort i Norsk Lysningsblads database Doffin.

(3) 15 leverandører ble prekvalifisert og mottok konkurransegrunnlaget, blant dem Naturtjenester AS, Miljøfaglig utredning AS, Sparstad Naturkartlegging og Tanaquil Enzensberger. Disse samarbeidet senere om å inngi tilbud.

(4) I konkurransegrunnlaget var de 15 prekvalifiserte leverandørene opplistet. Om syv av dem, deriblant de fire ovennevnte leverandørene, het det at de "*i hovedsak [er] kvalifisert ut fra at de har mye erfaring med kommunal kartlegging og vil først og fremst være aktuelle der de kan bidra med lokalkunnskap*".

(5) Leverandørene ble invitert til å inngi tilbud på kartlegging i ett eller flere av seks av landets fylker, blant dem Oppland. Formålet med og den praktiske gjennomføringen av kartleggingen var nærmere beskrevet i konkurransegrunnlaget.

(6) Kartleggingen skulle gå ut på å finne frem til verdifulle lokaliteter for biologisk mangfold i jordbrukets kulturlandskap og beskrive og verdisette disse i forhold til visse kriterier oppført i en veileder kalt Felthåndbok for kartlegging av biologisk mangfold i jordbrukets kulturlandskap. Det var henvist til denne boken i konkurransegrunnlaget. Dataene fra kartleggingen skulle legges inn i en egen database, Naturbasen, som er tilgjengelig på Internett. Dette blir dermed tilgjengelig for andre brukere, for eksempel kommuner, veivesenet og forsvaret som et kunnskapsgrunnlag for miljøhensyn i arealplanlegging, arealbruk, arealinngrep og for utarbeidelse av miljøplaner i landbruket og tildeling av tilskudd. Videre skulle leverandøren gi tilbakemelding om metodikk til innklagede og andre involverte i prosjektet.

(7) Innklagede har forklart at det er forutsatt at leverandøren under kartleggingen skal samarbeide med koordinator i prosjektet *Kartlegging av biologisk mangfold* underlagt Interdepartementalt utvalg for kartlegging og overvåking av biologisk mangfold. Prosjektet er finansiert av Miljøverndepartementet, Landbruksdepartementet, Forsvarsdepartementet og Samferdselsdepartementet.

(8) Tildeling av kontrakt skulle skje på bakgrunn av det økonomisk mest fordelaktige tilbudet, basert på følgende uprioriterte kriterier:

”

Pris

Forhåndskunnskap og beskrivelse av hvordan man vil gå frem for å avgrense og kartlegge områder og lokaliteter ut fra:

- regionale prioriteringer med vurdering av kartleggingsbehov
- fylkesvise lister over avgrensede lokaliteter

Koordinering: Tilbydere som enten alene eller i formalisert samarbeid kan gi samlet tilbud på ett eller flere fylker vil bli prioritert.

Kompetanse og erfaring med å digitalisere og legge inn i Naturbasen hos tilbyder eller formalisert samarbeidspartner.”

(9) For Oppland fylke mottok innklagede to tilbud, ett fra Naturtjenester AS (heretter kalt klager) på vegne av en gruppe bestående av de fire ovennevnte leverandørene, og ett fra NINA (Norsk institutt for naturforskning) i samarbeid med Universitetet i Oslo og Planteforsk.

(10) Klagers tilbudspris var kr 293.050, mot kr 513.000 for NINAs tilbud, mens timeprisene (gjennomsnitt) var kr 450 for klager og 670 for NINA.

(11) I henhold til innklagedes dokumenter ble NINAs tilbud vurdert slik:

”

Oversiktlig og grundig tilbud.

Har god erfaring med kom.kartl.

Viser å ha forstått nivået for kartleggingen

Gir en kommunevis gjennomgang av hva som prioriteres, dette virker svært troverdig, på riktig nivå og rette perspektiv

Gir enkle, gode faglige begrunnelser for prio.

Synes å ha god oversikt og synes å kjenne eksisterende data

Behov for lite tid til forarbeid (ca 50 t), bruker mest tid i felt (53 dg)

Noe dyrere enn Naturtjenester, men er 18 dg mer i felt

Faglig sett er NINA beste tilbyder”

(12) Klagers tilbud ble vurdert som følger:

”

Synes å ha god lokalkunnskap og har god erfaring med kommunekartl., men mindre totaloversikt, både i fylket og fylket ”i lys av Norge”

Virker mer lokal relatert enn NINA i sin tilnærming til prioriteringer, dvs. mangler kanskje det større perspektivet som bakteppe som er viktig – kan bli mange smålokalteter som oppsøkes

Synes ikke å ha helt rette nivået og oversikt, da de legger seg på at det i alle kommuner skal besøkes minst 3 lokaliteter for å få bedre oversikt

Noe billigere tilbyder (enn NINA), og på 100 timer mindre, men de har større behov tid til forarbeid (ca. 95 t), dvs, mindre i felt (35 dg) enn NINA (53 dg)”

(13) Innklagede konkluderte med at NINA skulle velges som kontraktspart for Oppland fylke. Følgende begrunnelse ble inntatt:

”NINA/Planteforsk/UIO velges fordi de har det faglig sett beste tilbudet. Naturtjenester er noe rimeligere, bl.a. fordi omfanget er mindre. NINA sin timepris er noe høyere, men pga. at Naturtjenester bruker mer tid til forarbeid er det likevel ikke så stor forskjell i totalkostnadene fordelt på feltdøgn. Totalbeløpet (ekskl. moms) fordelt på antall feltdøgn gir en kostnad på ca. kr 970 for NINA m.fl og ca kr 850 for Naturtjenester. Hensynet til den faglige kvaliteten bør imidlertid telle mest, og NINA synes å ha en bedre oversikt enn Naturtjenester.”

(14) Den 22. juni 2004 inngikk innklagede kontrakt med NINA. I brev av 1. juli ble klager meddelt at deres tilbud ikke nådde opp i konkurransen.

Anførsler:

Klagers anførsler:

(15) Klager anfører at innklagede har brutt regelverket for offentlige anskaffelser.

(16) Det er feil når innklagede hevder at forskrift om offentlige anskaffelser ikke kommer til anvendelse.

(17) Klager skulle vært tildelt kontrakten. Grunnlaget er følgende:

(18) Klagers tilbud var betydelig lavere i pris enn det valgte tilbudet, med en klart lavere timepris. Klager vil dermed levere samme mengde arbeid til en betydelig lavere kostnad.

(19) Videre var klagers tilbud betydelig mer detaljert enn tilbudet fra NINA; mens klager har beskrevet sitt tilbud over syv sider, har NINA bare brukt en og en halv. NINA har heller ikke spesifisert kostnadene for noen av kommunene i Oppland, mens klager har gjort det for samtlige kommuner. Klagers tilbud inneholder dessuten konkrete mål for arbeidet som lett kan evalueres i etterkant. Dette mangler for NINAs tilbud.

(20) Klager har like god faglig kompetanse som NINA. Klager har fra før ansvaret for kartlegging av biologisk mangfold i 16 av de 26 kommunene i Oppland. Klager reagerer dessuten på at deres kvalifikasjoner ble vurdert som dårligere enn NINAs allerede i prekvalifiseringsfasen.

(21) Klager ble først meddelt utfallet av konkurransen 1. juli 2004, etter at kontrakt med NINA var undertegnet.

Innklagedes anførsler:

(22) Innklagede bestrider å ha brutt regelverket for offentlige anskaffelser.

(23) Prosjektet er en forsknings- og utviklingstjeneste som definert i forskriftens § 1-3 (2) bokstav g. Resultatet av kartleggingen vil tilfalle alle aktuelle brukere. Kontrakten er derfor unntatt fra forskrift om offentlige anskaffelser. Derimot kommer loven til anvendelse, og anskaffelsen er gjennomført i tråd med lovens bestemmelser.

(24) Både klager og NINA ble vurdert som kvalifisert for oppdraget. Tilbudet fra NINA viste likevel den beste fremgangsmåten for kartlegging og avgrensning av områder og lokaliteter ut fra regionale prioriteringer, samt en bedre vurdering av kartleggingsbehov. Etter en totalvurdering ble det konkludert med at dette var viktigere enn prisforskjellen.

(25) Forutsatt at prosjektet er unntatt fra forskrift om offentlige anskaffelser, er det ikke krav om at andre tilbydere skal få mulighet til å klage før kontrakt skrives.

Klagenemndas vurdering:

(26) Klager har deltatt i konkurransen og har saklig klageinteresse, jf forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig.

(27) Etter forskrift om offentlige anskaffelser § 1-3 (2) bokstav g får forskriften ikke anvendelse på forsknings- og utviklingstjenester, forutsatt at oppdragsgiver ikke fullt ut betaler for tjenesten eller den ikke fullt ut tilfaller oppdragsgiver til bruk i dennes virksomhet.

(28) Det sentrale spørsmålet er om kontrakten etter sin art er en forsknings- og utviklingstjeneste. Klagenemnda vil påpeke at bestemmelsen er et unntak, og at den dermed må tolkes snevert. Det påligger oppdragsgiver å godtgjøre at bestemmelsens vilkår er oppfylt.

(29) Det følger av bestemmelsens ordlyd at leverandøren under gjennomføringen av tjenesten må bidra til utvikling av kompetanse eller teknologi. Klagenemnda antar at en ren innsamling og systematisering av data ikke er omfattet av forskriften, heller ikke hvis kompetansen typisk finnes i et forskningsmiljø. Det kan videre ikke vektlegges om tjenesten senere skal kunne

brukes til forskningsformål. Dersom de innsamlede data skal bearbeides ved hjelp av en metode under utvikling, kan forholdet etter omstendighetene omfattes. Slik klagenemnda forstår sakens faktum, består imidlertid anskaffelsen for det vesentlige av kartlegging, og klagenemnda kan ikke se at det er godtgjort at kontrakten gjelder en forsknings- og utviklingstjeneste.

(30) Klagenemnda kommer etter dette til at forskriftens § 1-3 (2) bokstav g ikke kommer til anvendelse i denne saken, og kan heller ikke se at kontrakten er omfattet av andre unntakshjemler i forskriften. Anskaffelsen er dermed underlagt forskrift om offentlige anskaffelser. Ettersom klagenemnda er kommet til at kontrakten ikke er en forsknings- og utviklingstjeneste, må tjenesten klassifiseres som "andre tjenester", jf § 2-5 kategori 27. Tjenesten er dermed uprioritert, og forskriftens del I og III kommer til anvendelse på anskaffelsen, jf § 2-1 (3).

Konklusjon:

Direktoratet for naturforvaltning har brutt forskrift om offentlige anskaffelser ved at anskaffelsen ikke fulgte forskriftens prosedyrer.

For klagenemnda,

11. april 2005

Morten Goller



Forsiden
Nemndsmedlemmer
Saksbehandling
Regelverk
Innkomne saker
Statistikk
Årsrapporter
Dommer
Søk i avgjorte saker

Avgjorte saker:

[2003](#) [2004](#) [2005](#)

Besøksadresse

H. Heyerdalsgate 1
0033 Oslo

Postadresse

Postboks 8132 Dep
0033 Oslo

Tlf.: 22 33 70 10

Faks: 22 33 70 12

E-post:

postmottak@kofa.no

Avgjorte saker

Saken gjelder åpen anbudskonkurranse vedrørende kjøp av kirurgiske tjenester til Helse Midt-Norge. I henhold til konkurransegrunnlaget skulle kontrakt tildeles på grunnlag av det tilbudet som hadde lavest kostnad for innklagede. Tilbudene skulle evalueres etter en oppgitt fordelingsnøkkel mellom pasienter som skulle underlegges henholdsvis dag- og døgnbehandling. Klagers tilbud var priset taktisk ved at det baserte seg på en annen forventet pasientfordeling enn hva innklagede hadde lagt til grunn i konkurransegrunnlaget. Enkelte av prisene ble av innklagede ansett som unormalt lave, og tilbudet ble avvist på dette grunnlag. Klagenemnda kom til at avvisingen var urettmessig, da innklagede ikke hadde godtgjort at de lave prisene utgjorde noen risiko for leverandørens gjennomføring av kontrakten.

Klagenemndas avgjørelse 30. mars 2005 i sak 2005/57

Klager: Medi 3 AS

Innklaget: Helse Midt-Norge RHF

Klagenemndas medlemmer: Siri Teigum, Inger Marie Dons Jensen og Per Christiansen

Saken gjelder: Avvisning av tilbud på grunn av unormalt lav pris.

Sakens bakgrunn:

(1) Helse Midt-Norge RHF (heretter kalt innklagede) kunngjorde den 21.01.2005 en åpen anbudskonkurranse om kjøp av kirurgiske tjenester. Leverandørene kunne inngi tilbud på ett eller flere av følgende fagområder:

- Ortopedi
- Ikke-kosmetisk plastikkirurgi
- Øre-nese-halskirurgi
- Generell kirurgi

- Ryggkirurgi
- Øyekirurgi

(2) Tildeling av kontrakt skulle i henhold til konkurransegrunnlaget skje på følgende måte:

*"Oppdragsgiver vil velge leverandør(er) utelukkende ut fra hvilke(t) tilbud som innebærer den **laveste** kostnaden knyttet til behandlingen for hvert av fagområdene og til dekning av pasientenes reise tur/retur bostedsområde og behandlingssted [...]"*

(3) Av konkurransegrunnlaget fremgikk det nærmere hvordan leverandørene skulle prise tilbudene sine:

"Tilbudene skal, med unntak av øyekirurgi, omfatte både dagbehandling (dagkirurgi) og døgnbehandling (innleggelse). Dagkirurgi og innleggelse skal tilbys ved én og samme institusjon som innehar sykehusgodkjenningen [...]"

*"Pristilbudene skal gis som **én felles pris i % av DRG** for alle de inngrepene/operasjonene som er ført opp som aktuelle innenfor hvert område. Det er med andre ord ikke anledning til å ta forbehold eller gi særskilte priser for enkelte typer inngrep innenfor fagområdet [...]"*

(4) "DRG" er en forkortelse for "Diagnose Relatert Gruppe", og for hver slik DRG fastsettes det en beregnet pris for den kirurgiske behandlingen. Gjennom ISF – innsatsstyrt finansiering – får helseforetakene 60% av satsen for DRG for hver behandling de utfører innenfor kategorien. De øvrige kostnader dekkes via rammebevilgninger. DRG-satsene er forskjellig for henholdsvis dag- og døgnbehandling.

(5) Det fremkom av konkurransegrunnlaget at tilbudene skulle vurderes på følgende måte:

*"I prissammenligningen vil de tilbudte prisene gis en DRG-vekt på 0,6 for dagkirurgi og 1,2 for innleggelse. Dette er gjennomsnittlig DRG-vekt for henholdsvis all dagkirurgi og alle innleggelser for pasienter fra Midt-Norge som ble behandlet hos de private sykehusene i 1. og 2. tertial i 2004. I tillegg vil de tilbudte prisene bli vektet med henholdsvis 85% (0,85) for dagkirurgi og 15% (0,15) for innleggelser for å relatere dette til pasientssammensetningen som behandles. På denne måten beregnes **behandlingskostnaden pr. pasient** ut fra de prisene som tilbys for dagkirurgi og innleggelse. I tillegg utgjør dette en sammenlignbar størrelse i forhold til kostnadene for hver pasientreise."*

(6) Konkurransegrunnlaget hadde i tillegg en egen beskrivelse av hvordan reisekostnadene i forbindelse med behandlingene skulle beregnes inn i den totale prisvurderingen.

(7) Medi 3 AS (heretter kalt klager) var en av totalt 10 leverandører som innleverte tilbud i konkurransen. Klagers tilbud dekket alle etterspurte fagområder.

(8) På enkelte områder skilte klagers tilbud seg prismessig fra

gjennomsnittet av de øvrige tilbudene. Følgende prisinformasjon er fremlagt av innklagede:

Fagområde	Klagers tilbud (% av DRG-sats)	Gjennomsnitt øvrige tilbud (% av DRG-sats)
Ortopedi (døgnbehandling)	5%	58,4%
Plastikkirurgi (døgnbehandling)	5%	76,8%
Øre-nese-hals kirurgi (døgnbehandling)	5%	39,0%
Generell kirurgi (døgnbehandling)	5%	50,3%
Ryggkirurgi (dagbehandling)	5%	52,5%

(9) Innklagede vurderte tilbudene fra klager for å være svært lave, og valgte derfor å spørre klager om de oppgitte prisene var korrekte og be om en forklaring til prissettingen. Klager ble i denne forbindelse varslet om at tilbudene kunne bli avvist på grunn av unormalt lave priser.

(10) Klager bekreftet at prisene var korrekte. Som forklaring på de lave enkeltprisene opplyste klager at de opererte med andre anslag over fordelingen mellom dagkirurgi og innleggelse for de enkelte fagområder enn det innklagede selv hadde forutsatt i konkurransegrunnlaget. Videre forklarte klager at de lave prisene kunne gis som følge av vesentlig forbedrede betingelser overfor primærleverandørene.

(11) Innklagede avviste klagers tilbud, med unntak av tilbudet på øyekirurgi. Begrunnelsen i avvsningsbrevet var at tilbudet inneholdt avvik fra konkurransegrunnlaget, med henvisning til forskrift om offentlige anskaffelser § 15-10 (1) c og § 15-6 (1).

(12) Innklagede har gitt tilbyderne meddelelse om utfallet av konkurransen. I påvente av klagenemndas avgjørelse har imidlertid innklagede utsatt kontraktsinngåelse.

Klager har i det vesentligste anført:

(13) Det foreligger ingen rettslige grunnlag for å avvise klagers tilbud.

(14) Tilbudet er fullt ut i overensstemmelse med konkurransegrunnlaget. Innklagede har i konkurransegrunnlaget lagt til grunn klare og relativt enkle parametere for anbudskonkurransen. Alle priser er oppgitt som forutsatt.

(15) Vektingen på henholdsvis 85% og 15% i forholdet mellom dagbehandling og innleggelse er kun styrende for innklagedes prissammenligning ved tilbudsevalueringen. Vektingen/fordelingen har ingen betydning for hvordan det faktiske honoraret i kontrakten skal fordeles. At klager har lagt til grunn en annen forventning om den fremtidige fordelingen mellom dag- og døgnpasienter enn hva innklagede har gjort, innebærer ikke at tilbudet avviker fra konkurransegrunnlaget.

(16) Tilbudet er priset taktisk, noe som etter norsk rett i utgangspunktet er tillatt. I den taktiske prisingen ligger det både risiko og potensiell fortjeneste for klager.

(17) Avvisning på grunn av unormalt lave priser kan heller ikke føre frem. For det første ble denne anførselen først fremmet under saksbehandlingen for

nemnda, og avvisningen har ikke skjedd på formiktig måte. For det andre lider avvisningsbeslutningen uansett av innholdsmessige feil. Innklagede kan ikke sees å ha etterprøvd innholdet i den forklaring som klager har gitt vedrørende prisene sine. Dette er i strid med forskriftens § 15-11.

(18) Uansett er ikke vilkårene for å avvise på grunn av unormalt lave tilbud oppfylt i dette tilfellet. Grunnforutsetningen for avvisning av unormalt lave tilbud er at prisingen kan anses som en indikasjon på feilberegning fra leverandørens side, manglende gjennomføringsevne hos leverandøren, manglende kvalitet på produkt eller subsidier etc. Slike forhold foreligger ikke i dette tilfellet. Selv om man legger til grunn en fremtidig pasientfordeling på 85/15, har klager budsjettetert med fortjeneste.

Innklagede har i det vesentligste anført:

(19) Tilbudet må avvises på tre grunnlag.

(20) Klager har, gjennom å inngi tilbud som inneholder avvik fra konkurransegrunnlaget, uten å opplyse om dette og spesifisere avviket, opptrådt i strid med forskriftens § 15-6, noe som medfører at tilbudet skal avvises, jf § 15-10 (1) bokstav c.

(21) Klager har basert tilbudet sitt på andre forventninger om fordelingen mellom dag- og døgnpasienter enn innklagede forutsatte. Disse avvikende forventningene må anses som et kontraktsforbehold. Forbeholdet innebærer at klagers tilbud ikke blir sammenlignbart med de øvrige tilbud. Å anta tilbudet fra klager vil innebære en svært stor risiko for at tildelingen ikke skjer til den billigste leverandøren. Tilbudet skal i slike tilfeller avvises, jf § 15-10 (1) bokstav d.

(22) Klager har oppgitt unormalt lave priser. For enkelte behandlinger vil prisene ikke gi dekning for klagers variable kostnader. Det anføres at man ved vurderingen av om prisene er unormalt lave, er berettiget til å vurdere prisene for henholdsvis dagbehandling og døgnbehandling separat, og at man følgelig ikke er forpliktet til å vurdere den samlede prisen for hvert fagområde under ett. Tilbudet kan avvises, jf § 15-10 (2) bokstav c.

Klagenemndas vurdering:

(23) Klager har deltatt i konkurransen og har saklig klageinteresse, jf forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Anskaffelsen gjelder en uprioritert tjeneste, jf forskrift om offentlige anskaffelser § 2-5, og følger dermed forskriftens del I og III.

(24) Spørsmålet i saken er om innklagede hadde adgang til avvise klagers tilbud fra konkurransen.

(25) Det er ikke omstridt at klagers tilbud hva gjelder leveransenes innhold (kirurgiske tjenester) er i samsvar med de krav som er satt i konkurransegrunnlaget. Fordelingen på henholdsvis 85% og 15% på dag- og døgnbehandling er oppstilt for å kunne sammenligne tilbudenes totalpris. Fordelingen skal altså ikke fungere som en kontraktsmessig regulering av hvor mange pasienter som skal dag- eller døgnbehandles. Dette skal skje etter leverandørens egne medisinske vurderinger i hvert enkelt tilfelle.

(26) Klagenemnda mener derfor at klagers tilbud verken inneholdt avvik fra konkurransegrunnlaget eller forbehold mot kontraktsvilkårene.

(27) Det følger av forskriftens § 15-10 (2) bokstav c at oppdragsgiver kan avvise tilbud som virker unormalt lavt i forhold til ytelsen som tilbys.

I dette tilfellet går det uttrykkelig frem av konkurransegrunnlaget at *"Oppdragsgiver vil velge leverandør(er) utelukkende ut fra hvilke(t) tilbud som*

innebærer den laveste kostnaden knyttet til behandlingen for hvert av fagområdene og til dekning av pasientenes reise tur/retur bostedsområde og behandlingssted".

(28) Det klare utgangspunktet er derfor at leverandørene er oppfordret til å konkurrere på pris, samt at lav pris er et konkurransefortrinn. Lav pris i seg selv kan således ikke være tilstrekkelig for å avvise tilbudet. Etter klagenemndas syn vil likevel et tilbud kunne avvises med grunnlag i § 15-10 (2) bokstav c dersom den lave prisen utgjør en risiko ved gjennomføringen av leverandørens kontraktsforpliktelser, for eksempel ved at prisen indikerer dårlig kvalitet på tjenestene eller utgjør en fare for leverandørens økonomiske stilling, og som dermed kan påvirke leverandørens gjennomføringsevne.

(29) Klagenemnda kan ikke se at innklagede har godtgjort at klagers *lave priser* utgjør en risiko ved kontraktsgjennomføringen. Som klager har anført, kan det, ut fra innklagedes begrunnelse av avvisningen, virke som om avvisningen skyldes at innklagede har en forventning om at klagers tilbud ut fra en totalvurdering av priser og forventninger om hvilke faktiske tjenester som vil bli ytt i realiteten ikke er det billigste. Beslutningen om å avvise tilbudet på grunn av unormalt lav pris fremstår dermed som ubegrunnet.

(30) Avvisningen av klagers tilbud er urettmessig.

Konklusjon:

Helse Midt-Norge RHF har brutt forskrift om offentlige anskaffelser ved å avvise tilbudet fra Medi 3 uten å ha dokumentert grunnlag for dette.

For klagenemnda,

30. mars 2005

Siri Teigum



Forsiden
Nemndsmedlemmer
Saksbehandling
Regelverk
Innkomne saker
Statistikk
Årsrapporter
Dommer
Søk i avgjorte saker
Avgjorte saker:
[2003](#) [2004](#) [2005](#)

Besøksadresse
H. Heyerdalsgate 1
0033 Oslo

Postadresse
Postboks 8132 Dep
0033 Oslo

Tlf.: 22 33 70 10

Faks: 22 33 70 12

E-post:

postmottak@kofa.no

Avgjorte saker

-

Saken gjelder en åpen anbudskonkurranse vedrørende mottak og håndtering av avfall i Tromsø-regionen. Klagenemnda kom til at tilbudene var evaluert i strid med forskrift om offentlige anskaffelser § 10-2 siden innklagede ikke på tilfredsstillende måte hadde foretatt en verddivurdering av forbehold i valgte leverandørs tilbud.

-

-

Klagenemndas avgjørelse 16. mars 2005 i sak 2005/49

Klager: Avfallsservice AS

Innklagede: Avfallsbehandling Tromsø KF

Klagenemndas medlemmer: Per Christiansen, Kai Krüger, Bjørg Ven

Saken gjelder: forbehold, avvisning av tilbud

Sakens bakgrunn:

(1) Avfallsbehandling Tromsø KF (heretter kalt innklagede) kunngjorde 19. april 2004 en åpen anbudskonkurranse vedrørende mottak og håndtering av avfall. Kontrakten skal ha en varighet på fem år med mulighet for forlengelse i ytterligere to år. Det ble konkurrert om å levere det økonomisk mest fordelaktige tilbudet basert på følgende tildelingskriterier oppgitt i ikke-prioritert rekkefølge:

"- pris

- eventuelle forbehold fra tilbyder

- leveringstid

- Erfaring fra tidligere leveranser (referanser)"

(2) Konkurranses grunnlaget inneholdt denne bestemmelsen angående forbehold i tilbudene:

"2.5. FORBEHOLD

Eventuelle forbehold skal være spesifisert forpliktende i tilbudsbrev.

(oppdragsgiver/kjøper vil legge vekt på at tilbudet er uten forbehold). Når et forbehold har økonomiske konsekvenser, skal tilbyder prissette forbeholdet.

Dersom forbeholdet ikke er prissatt av tilbyder, kan oppdragsgiver /kjøper prissette forbeholdet reelt eller skjønnsmessig.

Dersom et forbehold ikke kan kostnadsberegnes eller prissettes på en slik måte at tilbudet ikke kan sammenlignes med de øvrige tilbudene, vil tilbudet avvises."

(3) Tre leverandører innga tilbud i konkurransen, Perpetuum Holding AS, Reno Vest IKS som senere ble tildelt kontrakt, og Avfallsservice AS (heretter kalt klager). I tilbudet fra Reno Vest IKS var følgende forbehold inntatt:

- de oppgitte prisene gjaldt fra og med 9600 tonn avfall pr år.
- laveste sats for sluttbehandlingsavgift var omsøkt hos myndighetene og forventet imøtekommet. Dersom satsen ikke ble godkjent innen 3-4 uker, ble det varslet at en høyere pris ville gjelde mot at tonnprisen til deponi ble redusert noe.
- endringer i offentlige skatter og avgifter ville få innvirkning på prisene.
- farlig avfall var ikke tillatt på fyllplassen og ble heller ikke tillatt innblandet i restavfallet eller i avfallet til optisk sortering. Brudd ville bli gebyrbelagt.
- våtorganisk matavfall måtte sorteres bort fra restavfallet.
- nye myndighetsrestriksjoner på deponering av avfall måtte gjelde også for dette restavfallet.
- avfall til optisk sortering som inneholdt mer enn 8 % løst avfall, eller åpne poser ville medføre et forholdsmessig pristillegg.
- priser for mottak av avfall til optisk sortering og videre behandling gjaldt bare sammen med pristilbudet for transport/mottak av restavfall.
- årlig prisjustering av mottaks- og sorteringsavgiftene basert på endringer i levekostnadsindeksen. Første justering 1. september 2005.
- årlig endring av transportprisene på grunnlag av endringer i transportprisindeksen.

(4) Innklagede vurderte tilbudet fra Reno Vest IKS som det økonomisk mest fordelaktige. Det er senere opplyst at pris ble avgjørende i vurderingen av tilbudene fra Reno Vest IKS og klager. Etter at tilbudene var evaluert, kontaktet innklagede et eksternt konsulentfirma for å kontrollere den evalueringen som var foretatt i forhold til tilbudene som ble vurdert som nummer én og to. Denne vurderingen bygget på andre forutsetninger enn de innklagede hadde lagt til grunn i sin vurdering av tilbudene. I rapporten blir det påpekt at forbeholdene i tilbudet fra Reno Vest IKS, dersom de ble realisert, kunne påvirke rangeringen av tilbudenes pris.

(5) Det ble holdt to avklaringsmøter mellom innklagede og Reno Vest IKS. Under disse møtene ble klagers forbehold knyttet til mengderisiko presisert.

(6) Innklagede meddelte deretter klager følgende i brev datert 14. september 2004:

" Etter en nøye gjennomgang av tilbudene, sett opp mot konkurransegrunnlagets kriterier, viser Reno Vest IKS sitt tilbud å være det totalt sett gunstigste for AbT.

Vi baserer oss derfor på å starte kontraktsforhandlinger med Reno Vest IKS i uke 40".

(7) Brevet inneholdt ingen opplysninger om klageadgang.

(8) Det har i etterkant vært ytterligere kontakt mellom klager og innklagede, og innklagede ga denne anmerkningen knyttet til valg av tilbud, i brev 3. januar 2005:

"Når det gjelder begrunnelsen for valget av Reno Vest IKS, så er dette gjort i tråd med 'Kriterier for valg av tilbud' som er opplistet i konkurransegrunnlagets pkt 2.11. Disse utvelgelseskriteriene er pris, eventuelle forbehold fra tilbyder, leveringstid og erfaring fra tidligere leveranser. Etter en gjennomgang av alle tilbudene i forhold til disse utvelgelseskriteriene, var tilbudet fra Reno Vest IKS det samlet sett mest økonomisk fordelaktige."

(9) Innklagede underskrev kontrakt med Reno Vest IKS 20. desember 2004. I kontrakten var det tatt forbehold om styrets endelige godkjenning av avtalen. Styret har varslet at godkjenning ikke vil bli gitt før resultatet av klagenemndas behandling av saken foreligger. I kontrakten er forbeholdet knyttet til offentlig godkjenning av sluttbehandlingsavgiften inntatt.

(10) Etter å ha mottatt klage fra Perpetuum Holding AS, den 7. januar 2005, sendte innklagede et brev til deltakerne i konkurransen hvor det ble redegjort slik for valg av tilbud:

"Oppdragsgiver har på bakgrunn av evalueringen av de innleverte tilbud kommet til den konklusjon at Reno Vest IKS har totalt sett det mest økonomiske fordelaktige tilbud. Kontrakt vil derfor inngås med Reno Vest IKS etter klagefristens utløp."

Begrunnelsen for tildelingen er som følger:

Oppdragsgiver anser tilbudet fra Reno Vest IKS for å være det økonomisk mest fordelaktige. For tildelingskriterium 1 (pris) har Reno Vest en lavere tilbudssum sammenlignet med de to andre tilbyderne og forskjellen er spesielt stor i forhold til den ene av disse to. Reno Vest IKS ble bedømt litt svakere enn de to andre hva gjelder tildelingskriterium 2 (forbehold). For de resterende tildelingskriterier falt vurderingen likt ut for de tre tilbyderne.

Etter en samlet vurdering anser oppdragsgiver anbudet fra Reno Vest IKS som det mest økonomiske fordelaktige.

I hht anskaffelsesforskriften § 10-3, har leverandøren frist frem til 20.01.2005 kl 12.00 til å klage til oppdragsgiver over beslutning om tildeling av kontrakt. ..."

Klager har i det vesentlige anført:

(11) Innklagede har brutt regelverket for offentlige anskaffelser.

(12) Innklagede har i strid med forskrift om offentlige anskaffelser § 10-3 unnlatt å gi en tilfredsstillende begrunnelse for valg av tilbud og en frist til å klage på tildelingsbeslutningen.

(13) Tilbudet fra Reno Vest IKS skulle vært avvist. Forbeholdene i tilbudet gjør det umulig å vurdere tilbudet i forhold til de øvrige tilbudene i konkurransen, og forskrift om offentlige anskaffelser § 8-10 (1) bokstav d) pålegger da oppdragsgiver å avvise tilbudet.

(14) Innklagede har ikke gitt noen begrunnelse for hvorfor virkningene av forbeholdene eventuelt skulle reduseres. Dette tyder på at vurderingen ikke har vært forsvarlig.

(15) Dersom forbeholdene inntatt i tilbudet til Reno Vest IKS ikke innebærer at tilbudet skulle vært avvist, må forbeholdene under enhver omstendighet påføre innklagede en så stor økonomisk risiko at tilbudet ikke kan være det økonomisk mest fordelaktige. For eksempel vil forbeholdet om indeksregulering alene kunne måtte tillegges slik økonomisk betydning at det kan påvirke valg av tilbud.

(16) Valgte leverandørs tilbud inneholdt et forbehold om offentlig godkjenning av lav sluttbehandlingsavgift. Dersom dette forbeholdet ikke blir imøtekommet, vil pris pr tonn bli vesentlig høyere. Forbeholdet er videreført i kontraktsutkastet slik at det er innklagede som bærer den økonomiske risikoen for hvilken sluttbehandlingsavgift som vil gjelde. Revisjonsselskapet har stipulert eventuelle årlige merkostnader til 1,5 millioner kroner.

(17) Innklagede har ikke godtgjort hvorfor vurderingene fra revisjonsfirmaet ble satt til side.

(18) Klagenemnda bes vurdere om det er grunnlag for å tilkjenne klager erstatning for positiv kontraktsinteresse.

Innklagede har i det vesentlige anført:

(19) Innklagede erkjenner at meddelelsen om tildeling av kontrakt kom senere enn påkrevet i § 10-3, men en meddelelse som tilfredsstillende bestemmelsens krav, er nå gitt. For øvrig bestrider innklagede å ha brutt regelverket for offentlige anskaffelser.

(20) Samtlige tildelingskriterier er vurdert, og priskriteriet ble utslagsgivende. Slik innklagede vurderer tilbudet fra Reno Vest IKS, har dette tilbudet den laveste prisen.

(21) Innklagede rettet tilbudet fra Reno Vest for en åpenbar feil omfattet av retteplikten i forskrift om offentlige anskaffelser § 9-1 (3). Sluttbehandlingsavgiften ble dermed kr 400,- pr tonn.

(22) Valgte leverandørs tilbud inneholdt enkelte forbehold som ble hensyntatt i tilbudsevalueringen. Forbeholdet om mengderisiko innebærer etter innklagedes skjønn ingen reell risiko, og det ble derfor ikke lagt avgjørende vekt på forbeholdet. Det er ikke foretatt noen priskorreksjon for øvrige forbehold siden tilbudet fra Reno Vest IKS var lavest i pris. Unnlattelsen av å legge prispåslag ligger innenfor innklagedes skjønn og kan ikke prøves av klagenemnda.

(23) Sannsynligheten for at optisk avfall vil bli av mindre mengder og at avtalen vil gjelde over et kortere tidsrom, er stor. Dette medfører en enda større økonomisk fordel ved å inngå kontrakt med Reno Vest IKS. Vurderingene som er gitt i rapporten, markerer verst tenkelige utfall for innklagede. I vurderingen av forbeholdene har innklagede lagt til grunn den mest sannsynlige konsekvens av det enkelte forbehold.

(24) Ingen av forbeholdene er så uklare at den tilknyttede risiko ikke lar seg estimere. Det er således et spørsmål om hvor stor risiko innklagede vil ta på seg, og dette spørsmålet ligger innenfor innklagedes skjønn. Risikoen ga utslag i tilbudets uttelling på priskriteriet.

(25) Vurderingen fra konsulentfirmaet ble innhentet som en sikkerhet på at innklagedes vurderinger hadde vært forsvarlige. Det kom ikke fram noen nye momenter i rapporten, og dette støtter opp om at innklagedes vurdering har vært forsvarlig.

(26) Det er ikke grunnlag for å tilkjenne klager erstatning for den positive kontraktsinteressen. Kontrakt er ennå ikke inngått, og det er ikke begått vesentlige brudd på regelverket.

Klagenemndas vurdering:

(27) Klager har deltatt i konkurransen og har saklig klageinteresse, jf forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Anskaffelsen hører etter sin art og verdi under reglene i forskrift for offentlige anskaffelser del II, jf § 2-2.

(28) Forskrift om offentlige anskaffelser § 8-10 (1) bokstav d bestemmer at et tilbud skal avvises når det på grunn av *"forbehold... i en åpen eller begrenset anbudskonkurranse kan medføre tvil om hvordan tilbudet skal bedømmes i forhold til de øvrige tilbudene"*.

(29) I følge tildelingskriteriene skulle eventuelle forbehold i tilbudene prissettes av tilbyder. Hvis forbeholdet ikke var prissatt, kunne innkjøper prissette det reelt eller skjønnsmessig. Reno Vest IKS hadde tatt flere forbehold i sitt tilbud. Forbeholdene var ikke så uklare at det skulle være noe i veien for å foreta en beregning av hva de ville bety målt i kroner og øre. Klagenemnda kan derfor ikke se at innklagede skulle eller kunne ha avvist til budet fra Reno Vest IKS etter forskriftens § 8-10 (1) d.

(30) Noen av forbeholdene ble av innklagede vurdert som tilnærmet uten betydning og kunne derfor prismessig vurderes til 0. Andre forbehold, for eksempel indeksreguleringen, måtte derimot prissettes. Innklagede har imidlertid ikke gjort nærmere rede for hvilket utslag forbeholdene har fått i vurderingen av tilbudt pris. Dette kan ha betydning for sammenlignbarheten av tilbudene. Innklagede sto innkjøpsfaglig fritt til å fravike den innhentede konsulentvurdering. Men innklagedes egen vurdering må etter forskriftens § 10-2 kunne dokumenteres i forhold til konkurransegrunnlagets tildelingskriterier. Det er satt opp en enkel matrise, men den er ikke nærmere forklart eller spesifisert i enkeltheter og kan derfor vanskelig etterprøves.

(31) I en situasjon som denne, hvor prisdifferansen mellom laveste og nest laveste tilbud i konkurransen var relativt liten, og hvor det etter det opplyste ikke var inntatt forbehold i de øvrige tilbudene, vil verddivurderingen av forbeholdene kunne få stor betydning for rangeringen av tilbudene. Sakens dokumenter gir imidlertid ikke noe klart svar på hvilke økonomiske konsekvenser forbeholdene har fått for innklagedes vurdering av den valgte leverandørs tilbud. Innklagede har følgelig ikke kunnet vise at tilbudene er vurdert slik det kreves etter forskriftens § 10-2.

Spørsmålet om erstatning

(32) All den tid kontrakt ennå ikke er inngått, finner klagenemnda ikke grunn til å behandle spørsmålet om erstatning for den positive kontraktsinteressen nærmere.

Konklusjon:

Avfallsbehandling Tromsø KF har evaluert de innkomne tilbudene i strid med forskrift om offentlige anskaffelser § 10-2 ved ikke å foreta en tilfredsstillende verddivurdering av forbehold i tilbudet til Reno Vest IKS.

For klagenemnda,

16. mars 2005

Bjørge Ven



Forsiden
Nemndsmedlemmer
Saksbehandling
Regelverk
Innkomne saker
Statistikk
Årsrapporter
Dommer
Søk i avgjorte saker
Avgjorte saker:
[2003](#) [2004](#) [2005](#)

Besøksadresse
H. Heyerdalsgate 1
0033 Oslo

Postadresse
Postboks 8132 Dep
0033 Oslo

Tlf.: 22 33 70 10

Faks: 22 33 70 12

E-post:

postmottak@kofa.no

Avgjorte saker

Saken gjelder en åpen anbudskonkurranse vedrørende mottak og håndtering av avfall i Tromsø-regionen. Klagenemnda kom til at tilbudene var evaluert i strid med forskrift om offentlige anskaffelser § 10-2 siden innklagede ikke på tilfredsstillende måte hadde foretatt en verdivurdering av forbehold i valgte leverandørs tilbud.

-

-

Klagenemndas avgjørelse 16. mars 2005 i sak 2005/16

Klager: Perpetuum Holding AS

Innklagede: Avfallsbehandling Tromsø KF

Klagenemndas medlemmer: Per Christiansen, Kai Krüger, Bjørg Ven

Saken gjelder: forbehold, avvisning av tilbud

Sakens bakgrunn:

(1) Avfallsbehandling Tromsø KF (heretter kalt innklagede) kunngjorde 19. april 2004 en åpen anbudskonkurranse vedrørende mottak og håndtering av avfall. Kontrakten skal ha en varighet på fem år med mulighet for forlengelse i ytterligere to år. Det ble konkurrert om å levere det økonomisk mest fordelaktige tilbudet basert på følgende tildelingskriterier oppgitt i ikke-prioritert rekkefølge:

"- pris

- eventuelle forbehold fra tilbyder
- leveringstid
- Erfaring fra tidligere leveranser (referanser)"

(2) Konkurranses grunnlaget inneholdt denne bestemmelsen angående forbehold i tilbudene:

"2.5. FORBEHOLD

Eventuelle forbehold skal være spesifisert forpliktende i tilbudsbrev. (oppdragsgiver/kjøper vil legge vekt på at tilbudet er uten forbehold). Når et forbehold har økonomiske konsekvenser, skal tilbyder prissette forbeholdet. Dersom forbeholdet ikke er prissatt av tilbyder, kan oppdragsgiver /kjøper prissette forbeholdet reelt eller skjønnsmessig. Dersom et forbehold ikke kan kostnadsberegnes eller prissettes på en slik måte at tilbudet ikke kan sammenlignes med de øvrige tilbudene, vil tilbudet avvises."

(3) Tre leverandører innga tilbud i konkurransen, Avfallsservice AS, Reno Vest IKS som senere ble tildelt kontrakt, og Perpetuum Holding AS (heretter kalt klager). I tilbudet fra Reno Vest IKS var følgende forbehold inntatt:

- de oppgitte prisene gjaldt fra og med 9600 tonn avfall pr år.
- laveste sats for sluttbehandlingsavgift var omsøkt hos myndighetene og forventet imøtekommet. Dersom satsen ikke ble godkjent innen 3-4 uker, ble det varslet at en høyere pris ville gjelde mot at tonnprisen til deponi ble redusert noe.
- endringer i offentlige skatter og avgifter ville få innvirkning på prisene.
- farlig avfall var ikke tillatt på fyllplassen og ble heller ikke tillatt innblandet i restavfallet eller i avfallet til optisk sortering. Brudd ville bli gebyrbelagt.
- våtorganisk matavfall måtte sorteres bort fra restavfallet.
- nye myndighetsrestriksjoner på deponering av avfall måtte gjelde også for dette restavfallet.
- avfall til optisk sortering som inneholdt mer enn 8 % løst avfall, eller åpne poser ville medføre et forholdsmessig pristillegg.
- priser for mottak av avfall til optisk sortering og videre behandling gjaldt bare sammen med pristilbudet for transport/mottak av restavfall.
- årlig prisjustering av mottaks- og sorteringsavgiftene basert på endringer i levekostnadsindeksen. Første justering 1. september 2005.
- årlig endring av transportprisene på grunnlag av endringer i transportprisindeksen.

(4) Innklagede vurderte tilbudet fra Reno Vest IKS som det økonomisk mest fordelaktige. Det er senere opplyst at pris ble avgjørende i vurderingen av tilbudene fra Reno Vest IKS og Avfallsservice AS. Etter at tilbudene var evaluert, kontaktet innklagede et eksternt konsulentfirma for å kontrollere den evalueringen som var foretatt i forhold til tilbudene som ble vurdert som nummer én og to. Denne vurderingen bygget på andre forutsetninger enn de innklagede hadde lagt til grunn i sin vurdering av tilbudene. I rapporten blir det påpekt at forbeholdene i tilbudet fra Reno Vest IKS dersom de ble realisert, kunne påvirke rangeringen av tilbudenes pris.

(5) Det ble holdt to avklaringsmøter mellom innklagede og Reno Vest IKS. Under disse møtene ble klagers forbehold knyttet til mengderisiko presisert.

(6) Innklagede meddelte deretter klager følgende i brev datert 14. september 2004:

" Etter en nøye gjennomgang av tilbudene, sett opp mot konkurransegrunnlagets kriterier, viser Reno Vest IKS sitt tilbud å være det totalt sett gunstigste for AbT.

Vi baserer oss derfor på å starte kontraktsforhandlinger med Reno Vest IKS i uke 40".

(7) Brevet inneholdt ingen opplysninger om klageadgang.

(8) Det har i etterkant vært ytterligere kontakt mellom klager og innklagede, og innklagede ga denne anmerkningen knyttet til valg av tilbud, i brev 3. januar 2005:

"Når det gjelder begrunnelsen for valget av Reno Vest IKS, så er dette gjort i tråd med 'Kriterier for valg av tilbud' som er opplistet i konkurransegrunnlagets pkt 2.11. Disse utvelgelseskriteriene er pris, eventuelle forbehold fra tilbyder, leveringstid og erfaring fra tidligere leveranser. Etter en gjennomgang av alle tilbudene i forhold til disse utvelgelseskriteriene, var tilbudet fra Reno Vest IKS det samlet sett mest økonomisk fordelaktige."

(9) Innklagede underskrev kontrakt med Reno Vest IKS 20. desember 2004. I kontrakten var det tatt forbehold om styrets endelige godkjenning av avtalen. Styret har varslet at godkjenning ikke vil bli gitt før resultatet av klagenemndas behandling av saken foreligger. I kontrakten er forbeholdet knyttet til offentlig godkjenning av sluttbehandlingsavgiften inntatt.

(10) Samme dag som innklagede ble klaget inn til klagenemnda, den 7. januar 2005, sendte innklagede et brev til klager hvor det ble redegjort slik for valg av tilbud:

"Oppdragsgiver har på bakgrunn av evalueringen av de innleverte tilbud kommet til den konklusjon at Reno Vest IKS har totalt sett det mest økonomiske fordelaktige tilbud. Kontrakt vil derfor inngås med Reno Vest IKS etter klagefristens utløp."

Begrunnelsen for tildelingen er som følger:

Oppdragsgiver anser tilbudet fra Reno Vest IKS for å være det økonomisk mest fordelaktige. For tildelingskriterium 1 (pris) har Reno Vest en lavere tilbudssum sammenlignet med de to andre tilbyderne og forskjellen er spesielt stor i forhold til den ene av disse to. Reno Vest IKS ble bedømt litt svakere enn de to andre hva gjelder tildelingskriterium 2 (forbehold). For de resterende tildelingskriterier falt vurderingen likt ut for de tre tilbyderne.

Etter en samlet vurdering anser oppdragsgiver anbudet fra Reno Vest IKS som det mest økonomiske fordelaktige.

I hht anskaffelsesforskriften § 10-3, har leverandøren frist frem til 20.01.2005 kl 12.00 til å klage til oppdragsgiver over beslutning om tildeling av kontrakt. ..."

Klager har i det vesentlige anført:

(11) Innklagede har brutt regelverket for offentlige anskaffelser.

(12) Innklagede har i strid med forskrift om offentlige anskaffelser § 10-3 unnlatt å gi en tilfredsstillende begrunnelse for valg av tilbud og en frist til å klage på tildelingsbeslutningen.

(13) Tilbudet fra Reno Vest IKS skulle vært avvist. Forbeholdene i tilbudet gjør det umulig å vurdere tilbudet i forhold til de øvrige tilbudene i konkurransen, og forskrift om offentlige anskaffelser § 8-10 (1) bokstav d) pålegger da oppdragsgiver å avvise tilbudet.

(14) Dersom forbeholdene inntatt i tilbudet til Reno Vest IKS ikke innebærer at tilbudet skulle vært avvist, må forbeholdene under enhver omstendighet påføre innklagede en så stor økonomisk risiko at tilbudet ikke kan være det økonomisk mest fordelaktige. For eksempel vil forbeholdet om indeksregulering alene

kunne måtte tillegges slik økonomisk betydning at det kan påvirke valg av tilbud.

(15) Valgte leverandørs tilbud inneholdt et forbehold om offentlig godkjenning av lav sluttbehandlingsavgift. Dersom dette forbeholdet ikke blir imøtekommet, vil pris pr tonn bli vesentlig høyere. Forbeholdet er videreført i kontraktsutkastet slik at det er innklagede som bærer den økonomiske risikoen for hvilken sluttbehandlingsavgift som vil gjelde. Revisjonsselskapet har stipulert eventuelle årlige merkostnader til 1,5 millioner kroner.

(16) Innklagede har ikke godtgjort hvorfor vurderingene fra revisjonsfirmaet ble satt til side.

Innklagede har i det vesentlige anført:

(17) Innklagede erkjenner at meddelelsen om tildeling av kontrakt kom senere enn påkrevet i § 10-3, men en meddelelse som tilfredsstillende bestemmelsens krav, er nå gitt. For øvrig bestrider innklagede å ha brutt regelverket for offentlige anskaffelser.

(18) Samtlige tildelingskriterier er vurdert, og priskriteriet ble utslagsgivende. Slik innklagede vurderer tilbudet fra Reno Vest IKS, har dette tilbudet den laveste prisen.

(19) Innklagede rettet tilbudet fra Reno Vest for en åpenbar feil omfattet av retteplikten i forskrift om offentlige anskaffelser § 9-1 (3). Sluttbehandlingsavgiften ble dermed kr 400,- pr tonn.

(20) Valgte leverandørs tilbud inneholdt enkelte forbehold som ble hensyntatt i tilbudsevalueringen. Forbeholdet om mengderisiko innebærer etter innklagedes skjønn ingen reell risiko, og det ble derfor ikke lagt avgjørende vekt på forbeholdet. Det er ikke foretatt noen priskorreksjon for øvrige forbehold siden tilbudet fra Reno Vest IKS var lavest i pris. Unnlattelsen av å legge prispåslag ligger innenfor innklagedes skjønn og kan ikke prøves av klagenemnda.

(21) Sannsynligheten for at optisk avfall vil bli av mindre mengder og at avtalen vil gjelde over et kortere tidsrom, er stor. Dette medfører en enda større økonomisk fordel ved å inngå kontrakt med Reno Vest IKS.

Klagenemndas vurdering:

(22) Klager har deltatt i konkurransen og har saklig klageinteresse, jf forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Anskaffelsen hører etter sin art og verdi under reglene i forskrift for offentlige anskaffelser del II, jf § 2-2.

(23) Forskrift om offentlige anskaffelser § 8-10 (1) bokstav d bestemmer at et tilbud skal avvises når det på grunn av *"forbehold... i en åpen eller begrenset anbudskonkurranse kan medføre tvil om hvordan tilbudet skal bedømmes i forhold til de øvrige tilbudene"*.

(24) I følge tildelingskriteriene skulle eventuelle forbehold i tilbudene prissettes av tilbyder. Hvis forbeholdet ikke var prissatt, kunne innkjøper prissette det reelt eller skjønnsmessig. Reno Vest IKS hadde tatt flere forbehold i sitt tilbud. Forbeholdene var ikke så uklare at det skulle være noe i veien for å foreta en beregning av hva de ville bety målt i kroner og øre. Klagenemnda kan derfor ikke se at innklagede skulle eller kunne ha avvist til budet fra Reno Vest IKS etter forskriftens § 8-10 (1) d.

(25) Noen av forbeholdene ble av innklagede vurdert som tilnærmet uten betydning og kunne derfor prismessig vurderes til 0. Andre forbehold, for eksempel indeksreguleringen, måtte derimot prissettes. Innklagede har imidlertid ikke gjort nærmere rede for hvilket utslag forbeholdene har fått i

vurderingen av tilbudt pris. Dette kan ha betydning for sammenlignbarheten av tilbudene. Innklagede sto innkjøpsfaglig fritt til å fravike den innhentede konsulentvurdering. Men innklagedes egen vurdering må etter forskriftens § 10-2 kunne dokumenteres i forhold til konkurransegrunnlagets tildelingskriterier. Det er satt opp en enkel matrise, men den er ikke nærmere forklart eller spesifisert i enkeltheter og kan derfor vanskelig etterprøves.

(26) I en situasjon som denne, hvor prisdifferansen mellom laveste og nest laveste tilbud i konkurransen var relativt liten, og hvor det etter det opplyste ikke var inntatt forbehold i de øvrige tilbudene, vil verdivurderingen av forbeholdene kunne få stor betydning for rangeringen av tilbudene. Sakens dokumenter gir imidlertid ikke noe klart svar på hvilke økonomiske konsekvenser forbeholdene har fått for innklagedes vurdering av den valgte leverandørs tilbud. Innklagede har følgelig ikke kunnet vise at tilbudene er vurdert slik det kreves etter forskriftens § 10-2.

Konklusjon:

Avfallsbehandling Tromsø KF har evaluert de innkomne tilbudene i strid med forskrift om offentlige anskaffelser § 10-2 ved ikke å foreta en tilfredsstillende verdivurdering av forbehold i tilbudet til Reno Vest IKS.

For klagenemnda,

16. mars 2005

Bjørg Ven



Forsiden
Nemndsmedlemmer
Saksbehandling
Regelverk
Innkomne saker
Statistikk
Årsrapporter
Dommer
Søk i avgjorte saker

Avgjorte saker:
[2003](#) [2004](#) [2005](#)

Besøksadresse
H. Heyerdalsgate 1
0033 Oslo

Postadresse
Postboks 8132 Dep
0033 Oslo

Tlf.: 22 33 70 10

Faks: 22 33 70 12

E-post:
postmottak@kofa.no

Avgjorte saker

Klagenemnda kom til at saken var uhensiktsmessig for behandling i nemnda, og avviste den fra nemndsbehandling, jfr forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 9.

Klagenemndas avgjørelse 14. mars 2005 i sak 2005/21

Klager: Vestnorsk Engineering AS

Innklaget: Avinor

Klagenemndas medlemmer: Jens Bugge, Per Christiansen, Bjørg Ven

Saken gjelder: Hensiktsmessighet for behandling i nemnda.

Sakens bakgrunn:

(1) Avinor (heretter kalt Avinor eller innklagede) kunngjorde den 22. desember 2003 en konkurranse med forhandling innen forsyningssektoren for kjøp av flybrannsimulatorer.

(2) I kunngjøringen sto det blant annet dette under overskriften "kvalifikasjonskrav":

"(...) Det stilles krav til erfaring som leverandør av forespurte varer"

(3) Fem leverandører, herunder Vestnorsk Engineering AS (heretter kalt Vestnorsk eller klager) ble prekvalifisert og mottok konkurransegrunnlaget den 12. februar 2004.

(4) I konkurransegrunnlaget ble det opplyst at tildelingen ville skje på grunnlag av det økonomisk mest fordelaktige tilbud basert på følgende kriterier:

"Avinor will choose supplier based on the for Avinor most favourable economic tender based on the following criteria's (without reciprocal rank):

- *Quality*
- *Price*
- *Functionality*
- *Service*

- *Time of delivery*
- *Ability to deliver*
- *Life cycles cost (LCC)*
- *Quality assurance*
-

(5) Konkurransesgrunnlaget inneholdt 6 vedlegg, herunder et kalt "Specification" (heretter kalt kravspesifikasjonen). Kravsspesifikasjon var inndelt i delene "Part A: General, expected use", "Part B: Basic requirements" og "Part C: Training and service, guarantee and spare parts". Punkt A1 og A3 lød slik:

(5)

"A.1.

This Specification contains the minimum requirements set by Avinor for aircraft fire training simulators to be used at Norwegian airports ARFF cat 6-7. The simulators shall be constructed for the use of Jet A1/AVTUR fuel, to simulate different types of aircraft fire scenarios. The different fire scenarios shall be controlled by a suitable remote control panel. The simulator will be used on an all year basis.

In addition the Tenderer shall specify solutions concerning a LPG gas feeding mechanism, i.e. manner of operations by liquid LPG gas to all relevant fire scenarios. Different scenarios shall be priced separately, in Appendix 2.

Award criteria	Compliant			
<i>Full compliance with Avinor's specification</i>				

(...)

A.3.

The simulators offered shall have been manufactured in a certain number beyond prototype and a reference list shall be presented. The expected life span, operated and maintained according to the manufacturer guidelines, shall be minimum 20 years.

Award criteria	Compliant			
Fulfilment of this paragraph				

"

(6) Leverandørene skulle krysse ut for tre alternativer, "fully compliant, partly compliant eller non compliant" (FC/PC/NC).

(7) Kravspesifikasjonens punkt B.2. lød slik:

(7)

(7) "A remote controlled ignition device for all fire scenarios shall be installed. Independent remote re ignition of all scenatios during training sessions, shall be possible.

Award criteria	Compliant			
Fulfilment of this paragraph				

“

(8) Fire leverandører leverte inn tilbud innen fristen, herunder klager og Kidde Fire Trainers Ltd (heretter kalt Kidde), Minerva Simulator Facilities Ltd (heretter kalt Minerva) og Simulation TERS (heretter kalt TERS). Klager og Kidde ble innkalt til forhandlinger. Innklagede fant at Minervas tilbud hadde klare mangler og at TERS tilbud ikke hadde reell mulighet til å få tildelt kontrakten.

(9) Etter forhandlingsmøter med klager og Kidde, skrev innklagede i brev datert 14. september 2004 at de ville inngå kontrakt med klager. Beslutningen ble pålagt av Kidde og Minerva, som begge viste til kravspesifikasjonens punkt A3 og påpekte at klager ikke kunne ha oppfylt dette. Innklagede vurderte det slik at kravet i A3 var et minimumskrav som det ikke var anledning til å frafalle, slik at klagers tilbud måtte avvises. Kiddes tilbud ble avvist, på bakgrunn av at det ikke oppfylte kravet om fjernkontroll i kravspesifikasjonens punkt B2. Også Minervas tilbud ble avvist.

(10) I brev til klager datert 10. november 2004 skrev innklagede blant annet dette:

"1. Avinor hereby inform you that we have received two complaints regarding our decesion to award the contract to your company. Both companies are referring to the Specification Section A3 under the Heading General.

(10) "The simulators offered shall have been manufactured in a certain number beyond prototype and a reference list shall be presented. The expected life span, operated and maintained according to the manufacturer guidelines, shall be minimum 20 years".

(10)

(10) Avinor concur with the received complaints and will therefore inform you that your tender does not comply with requirements put down in the call for competition and will thus be rejected.

(10)

(10) 2. Based on the examination of the procedure of call for competition on aircraft fire training simulators, Avinor found that three out of four tenders are to be rejected. The fourth were substantially more expensive than the two best tenders, Avinor concludes that the tender procedure did not result in a real competition, and based on these facts Avinor required to conclude the procedure by awarding the contract.

(10)

(10) As a result thereof we herby terminate the procedure for this call for competition without an award of contract. We will work out a new invitation to tender and a revised set of specifications. (...)"

(11) Innklagede kunngjorde den 18. november 2004 en ny konkurranse med forhandling innen forsyningssektoren for kjøp av flybrannsimulatorer.

(12) I e-post 8. desember 2004 til klager datert, skrev innklagede dette:

"With reference to the advertisement no 2004/S 227-196078 – Purchase of Aircraft Fire Training Simulators we have to inform you that the prequalification process are be set on hold.

The reason for setting the prequalification process on hold is that the new tender process is caused by a cancelled competition. We have received a complaint regarding this cancellation. If the complain are taken into account the advertisement 2004/S 227-196078 will be withdrawn and the competition cancelled.

We will inform you when we have concluded regarding the complaint."

(13) I brev datert 20. desember til Avinor påklaget Vestnorsk Avinors behandling av anskaffelsen.

(14) I brev datert 6. januar 2005 fra Avinor til klager, fremgår blant annet dette:

"Avinor fastholder beslutning om å terminere tildeling av anbudet på levering av flybrannsimulatorer til VNE samt beslutning om å avlyse ny tilbudskonkurranse. Avinor vil innkalle Kidde til forhandlinger i nærmeste fremtid."

(15) Kontraktinngåelse med Kidde er utsatt til klagen er ferdigbehandlet av KOFA.

Klager har i det vesentlige anført:

(15) Klagers tilbud skulle ikke vært avvist

(16) Det er uriktig at klager ikke oppfyller spesifikasjonenes punkt A3. Det er unaturlig å forstå A3 slik at det er en forutsetning for å få tildelt kontrakten at selskapet tidligere må ha utviklet en simulator med en tilsvarende form. Uttrykket "*prototype*" i A3 må tolkes ut fra det formål den er ment å ivareta, og kan ikke leses så snevert at den ikke åpner for nye tekniske løsninger.

(17) På direkte spørsmål fra klager, bekreftet innklagede overfor klager at det ikke var et absolutt krav at selskapene som leverte tilbud hadde produsert brannsimulatorer tidligere. Klager ble prekvalifisert til tross for at de hadde gjort innklagede uttrykkelig oppmerksom på at selskapet ikke hadde utviklet en brannsimulator tidligere. Det gir da ingen mening at innklagede i konkurransegrunnlaget utarbeider et absolutt krav om at leverandørene tidligere må ha utviklet brannsimulatorer.

(18) Under enhver omstendighet, selv om kravene i A3 ikke skulle være oppfylt, utgjør ikke dette et grunnlag for å avvise tilbudet. Det fremgår ikke for noen av underpunktene at en avkryssing for "*non compliant*" ville medføre at man ikke ville kunne få tildelt kontakten. På bakgrunn av de telefonsamtaler som hadde vært mellom klager og innklagede, var innklagede fullt ut informert om hvilken erfaring klager hadde innenfor dette, og klager overlot til innklagede å fylle ut dette punktet.

(19) Tidligere erfaring med utvikling av brannsimulator var heller ikke et tildelingskriterium. Det er i beste fall meget uklart hva som er minstekrav og hva som er tildelingskriterier. Dersom et forhold er ment å være minstekrav, er det vanlig å operere med krav som enten er oppfylt eller ikke oppfylt. Kravspesifikasjonen opererer imidlertid på punkt A3 med bedømmelsesgradene "*fully compliant*", "*partly compliant*" og "*non compliant*". Det ble ikke sagt at avkryssing av "*non compliant*" i seg selv ville være diskvalifiserende. Manglende erfaring med utvikling av brannsimulator kan ikke være grunnlag for ikke å tildele oppdraget til klager.

(20) Det er unaturlig å lese A1 som en innledning til hele Part A. Passussen om "*minimum requirements*" er således ikke generell.

(21) Det er videre unaturlig, konkurransedempende og monopoldannende å benytte A3 som minstekrav hensett til det produkt som skal utvikles. De tekniske utfordringene ved oppdraget er uansett forhold som ingen av leverandørene har erfaring med.

(22) Innklagede var ikke pliktig til å avvise klagers tilbud. Innklagede har adgang til å innlede forhandlinger med den kontraktspart de mener vil være best.

Subsidiært: Det var galt å ikke foreta ny utlysning

(23) Subsidiært, dersom klagenemnda skulle komme til at innklagede pliktet å avvise klagers tilbud, er spørsmålet om innklagede hadde adgang til å avlyse konkurranse nr 2.

(24) Spørsmålet blir da ikke om innklagede hadde adgang til å innlede forhandlinger med Kidde, men om de pliktet å innlede slike innledende forhandlinger.

(25) Det må det være på det rene at A1 i hvert fall må anses som et minstekrav. Det fremgår av brev datert 10. november 2004 fra innklagede at tre av de fire øvrige leverandørene ikke har oppfylt vilkårene på dette punktet. Klager tar imidlertid til etterretning at innklagede nå mener at Kiddes tilbud oppfylte kravene i A1.

(26) Bakgrunnen for at innklagede opprinnelig utlyste ny konkurranse, var at den første konkurransen ikke førte til reell konkurranse. Det fremstår da som underlig at innklagede nå hevder at det foreligger reell konkurranse, enda det ikke er tvil om at det eneste tilbudet som står igjen er tilbudet fra Kidde. Det vil være meget uheldig i de eventuelle forhandlingene med Kidde ikke å ha noe egentlig alternativ å falle tilbake på. Kidde er ikke lenger bundet av sitt opprinnelige tilbud, da dette kun var gyldig 24 uker fra tilbudsfristens utløp. Det er grunn til å tro at Kidde vil kunne gjøre gjeldende en prisstigning i forhandlingene. Det er meget uheldig at innklagede ikke lyser ut en ny konkurranse.

(27) Punkt A3 har fått en utilsiktet utforming, og dette har ført til at innklagede mener at klagers tilbud må avvises. I tillegg er A1 så uklart formulert at Kiddes tilbud må aksepteres til tross for at A1 egentlig var ment som et minstekrav. Når kravspesifikasjonen har fått en formulering som er så langt fra det som har vært intensjonen, kan det ikke foreligge en plikt til å avlyse konkurranse nr 2.

(28) Det fremstår som sterkt urimelig for klager at det virker som det er frykten for et søksmål fra Kidde som har ført til at innklagede både har gått bort fra beslutningen om tildeling av kontrakt til klager, og beslutningen om å utlyse ny anbudsrunde.

Erstatning

(29) Dersom klagenemnda gir innklagede medhold i at de pliktet å avvise klagers tilbud, samt at innklagede var pliktig til å avlyse konkurranse nr 2 og innlede forhandlinger med Kidde, bes nemnda uttale seg om det er grunnlag for å kreve erstatning.

Innklagede har i det vesentlige anført:

(30) Innklagede bestrider å ha brutt regelverket for offentlige anskaffelser.

Avvisning av klager

(31) Klagers tilbud ble rettmessig avvist. Kravspesifikasjonens punkt A3 kan ikke forstås som noe annet enn minstekrav til ytelsen. Dette fremgår klart av ordlyden i A3, samt av innledningen til kravspesifikasjonen jf punkt A1 som er en generell referanse til "*minimum requirements*", som derfor gjelder hele spesifikasjonen, med mindre annet fremgår.

(32) Klager har blandet hva som er tildelingskriterienes og minstekravenes funksjon.

(33) Ordet "*prototype*" i punkt A3 må forstås som et krav om at løsningen i det vesentlige skal være satt i produksjon.

(34) Poenget med å stille krav om at simulatorene allerede har blitt produsert "*beyond prototype*" er ikke å sikre at leverandøren har tilstrekkelig kompetanse og kapasitet, men å ha trygghet for at de tilbudte løsningene er utprøvd i praksis og fungerer.

(35) Klager oppfylte ikke kravet til tidligere leveranser / referanseliste, og ble derfor rettmessig avvist.

Adgang til å forhandle med Kidde

(36) Innklagede fastholder at tilbudet fra Kidde ble avvist på feilaktig faktisk grunnlag. Kidde har selv ansett at de tilfredsstilte kravet i kravsspesifikasjonens punkt B2. Innklagede har erkjent at kravet til fjernkontroll kunne vært klarere spesifisert, og kom ved en fornyet vurdering til at avvisningen av Kidde var fattet på feil grunnlag.

(37) Når avvisningen av Kidde ikke kunne opprettholdes, skulle heller ikke avlysningen ha skjedd. Å avlyse konkurransen på grunn av avvisningen av ett bestemt tilbud, vil i realiteten være å legge til rette for favorisering av denne leverandøren. Selv om det ikke følger eksplisitt av forsyningsforskriften, må regelen innen forsyningssektoren også være at det kreves saklig grunn for avlysning av en konkurranse. Innklagede avlyste konkurransen fordi det bare sto ett uantakelig tilbud tilbake etter at de øvrige var avvist, og at konkurransen derfor ikke førte til reell konkurranse. At bare ett tilbud står igjen er saklig avlysningsgrunn, jf EF domstolens dom i sak C-27/98 Metallmeccanica. Dette var imidlertid ikke lenger tilfelle når det etterpå viste seg at to av tilbudene ikke skulle avvises.

(38) Konsekvensen av at beslutningen om å avlyse ble tatt på feil grunnlag, må være at avlysningsbeslutningen omgjøres.

(39) At oppdragsgivers behov for ytelsen faller bort, er saklig grunn til avlysning. Ettersom innklagede har kommet i en situasjon der tidligere avlysningsbeslutning må omgjøres, og konkurranse nr 1 kan fullføres, har innklagede således saklig grunn til å avlyse konkurranse nr 2.

Gyldigheten av Kiddes tilbud

(40) Kiddes vedståelsesfrist utløp opprinnelig 13. juni 2004. Ved brev datert 7. juni ble Kidde innkalt til møte som skulle finne sted den 17. juni. Kidde bekreftet sin deltakelse ved e-post av 11. juni. Møtet ble avholdt som forutsatt den 17. juni. Kidde kommenterte det tilsendte møtereferatet i e-post av 3. juli 2004. I brev av 23. august ble Kidde innkalt til nytt møte. Kidde aksepterte innkallelsen ved e-post av 26. august, og møtet ble avholdt den 31. august. Kidde mottok et møtereferat, som de kommenterte i brev av 6. september

2004 . I brevet ble det bekreftet at: *"We are pleased to confirm that despite the rising costs in steel prices and the increase in transportation costs for 2005 indentified now that the final locations have been determined, Kidde Fire Trainers will hold the validity of our offer to the end of 2004"*. Kidde ble, i likhet med de øvrige leverandørene, informert om avlysningen av konkurranse nr 2 i e-post av 8. desember 2004. I brev til Kidde av samme dato, skrev innklagede *"Vi vil herved informere Dem om at avlysning av påbegynt tilbudskonkurransen trekkes tilbake og Avinor vil ta opp igjen kontraktsforhandlinger vedrørende kjøp av flybrannsimulator. Ny prekvalifisering er stoppet"*. Den 14. januar 2005 innkalte innklagede Kidde til forhandlingsmøte.

(41) Hvorvidt et tilbud fortsatt er gyldig, må avgjøres på rent avtalerettslig grunnlag. Spørsmålet er om leverandøren ved dispositivt utsagn eller ved konkludent adferd, på eget initiativ eller etter oppdragsgivers oppfordring, har forlenget tilbudets gyldighet.

(42) Kiddes tilbud har vært kontinuerlig gyldig som et resultat av Kiddes revisjoner av tilbudet og dokumenterte vilje til å forplikte seg til forsatte forhandlinger. Tilbudets gyldighet dokumenteres ved korrespondanse mellom partene og skriftelige nedtegnelser av den kontakt som har vært mellom dem. Saken skiller seg således fra KOFAs avgjørelse i sak 2004/48, hvor nemnda under henvisning til prinsippet om etterprøvnbarhet ikke godtok en muntlig fristforlengelse.

Gyldigheten av de øvrige tilbudene

(43) I kravspesifikasjonen var det forutsatt at tilbudene skulle være gyldige til 30. august, med mindre annet ble eksplisitt sagt i tilbudet.

(44) Tilbudet til Minerva Simulator Facilities Ltd. var ansett som så mangelfullt at det ikke kunne legges til grunn for videre forhandlinger. At tilbudets gyldighet ikke ble forlenget, er derfor irrelevant og uten betydning for anskaffelsens videre gjennomføring.

(45) Klagers tilbud var gyldig frem til 30. august. På vedståelsesfristens siste dag ble det avholdt forhandlingsmøte mellom klager og innklagede. Innklagede hadde innkalt til dette møte ved brev av 23. august. Av møtereferat av 30. august fremgår at det var en klar forutsetning mellom partene at klager skulle komme tilbake med revisjon av sitt tilbud, noe som også skjedde ved klagers brev av 6. september. Når klager ved forlengelsen av tilbudets gyldighet ikke eksplisitt fastsatte noen ny tilbudsfrist, følger det av avtalelovens § 3 at tilbudet må anses gyldig så lenge mottakeren får *"rimelig betenkningstid"*. Innklagede fulgte umiddelbart opp med oversendelse av møtereferat, og klager responderte 6. september. Det kan derfor ikke være tvil om at klagers tilbud var gyldig på tidspunkt for innstilling til kontraktstildeling den 14. september 2004. Hvor lenge etter dette klagers tilbud skulle anses å være gyldig, er uten betydning for saken fordi tilbudet senere ble avvist.

(46) Tilbudet fra Simulation TERS ble ikke ansett å ha reell mulighet til å bli tildelt kontrakt, og var den 26. august 2004 ikke lenger gjenstand for vurdering i konkurransen. Innklagede har således ikke tatt stilling til hvor lenge etter beslutningen om ikke å innstille TERS til kontraktsforhandling tilbudet måtte anses gyldig.

(47) Da innklagede i desember ble klar over at Kiddes tilbud var avvist på feil grunnlag, anså man følgelig at det fortsatt gjensto to tilbud, nemlig tilbudene fra TERS og Kidde. I en slik situasjon kunne konkurransen ikke ha vært avlyst på det grunnlag at det bare var ett tilbud tilbake. Innklagede anså seg forpliktet til å ta et skritt tilbake for å rette den feil som var begått. Hvis innklagede hadde lagt riktig faktum til grunn, dvs at bare Kiddes tilbud var gyldig, kunne innklagede ha opprettholdt sin tidligere avlysning. Av EF-domstolens sak C-27/98 Metallmeccanica følger det at man ikke er forpliktet til å avlyse konkurransen hvis det kun gjenstår et gyldig tilbud. Innklagede kunne velge å

omgjøre avlysningsbeslutningen og gjenoppta forhandlingene med den tilbyderen som hadde det eneste gyldige tilbudet som kunne gi grunnlag for videre forhandlinger.

Erstatning

(48) Det bestrides at klager har krav på erstatning.

Klagenemndas vurdering:

(49) Innklagede synes i denne saken å ha opptrådt uryddig i forbindelse med sin behandling av spesifikasjonskravene i anbudsgrunnlaget og ved sine omgjøringer av beslutninger underveis i prosessen. Innklagede har i saksforberedelsen ikke gitt noen nærmere kommentarer til klagers anførsel om at selskapet ble oppfordret til å delta i konkurransen på tross av uttrykkelige opplysninger til innklagede om at Vestnorsk ikke tidligere hadde produsert flybrannsimulatorer. Det eneste innklagede sier om dette, er at det hendelsesforløp som beskrives av klageren "*slett ikke er uomtvistet*". Noen nærmere redegjørelse for hvorfor innklagede endret sine vurderinger i forbindelse med at de i første omgang tildelte kontrakten til Vestnorsk, for senere å avvise selskapets tilbud, gis heller ikke.

(50) Det synes klart at vedståelsesfristen for tilbudet fra Simulation TERS var utløpt, både da avlysningen av konkurranse nr. 1 skjedde, og da det senere igjen ble aktuelt å fortsette saksbehandlingen i konkurranse nr. 1. Med eventuelt bare ett tilbud igjen kunne avlysning av konkurranse nr. 1 funnet sted. Det kan da spørres om det vil være saklig grunn til å avlyse konkurranse nr. 2. Saken reiser også et spørsmål om vedståelsesfristen for tilbudet fra Kidde, og hvorvidt Kiddes tilbud fremdeles er gyldig og kan antas.

(51) Etter forskriften som gjelder for klagenemndas saksbehandling skal nemnda behandle klager som gjelder unnlatelser, handlinger eller beslutninger under gjennomføringen av offentlige anskaffelser. Den foreliggende klage, slik den er utformet fra klagers side, reiser som det fremgår av saksgjennomgåelsen foran, bevisspørsmål knyttet til anskaffelsesprosessen og alminnelige avtalerettslige spørsmål ved anskaffelsen. Dette medfører at klagenemnda har kommet til at saken er uhensiktsmessig for behandling i nemnda. Saken blir derfor å avvise fra nemndsbehandling, jfr forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 9.

Konklusjon:

Saken avvises fra nemndsbehandling.

For klagenemnda, Oslo 14. mars 2005

Per Christiansen



Forsiden
Nemndsmedlemmer
Saksbehandling
Regelverk
Innkomne saker
Statistikk
Årsrapporter
Dommer
Søk i avgjorte saker

Avgjorte saker:

[2003](#) [2004](#) [2005](#)

Besøksadresse

H. Heyerdalsgate 1
0033 Oslo

Postadresse

Postboks 8132 Dep
0033 Oslo

Tlf.: 22 33 70 10

Faks: 22 33 70 12

E-post:

postmottak@kofa.no

Avgjorte saker

Innklagede kunngjorde en felles anskaffelse av trygghetsalarmer og nøkkelbokser. Det var ikke åpnet for å inngi deltilbud. Klagenemnda fant at en felles anskaffelsesprosess for to ulike produktene kunne være konkurransebegrensende og etter omstendighetene i strid med regelverket. I denne saken hadde produktene saklig sammenheng og det hadde praktiske fordeler for innklagede å bare ha én medkontrahent å forholde seg til. Sett hen til anskaffelsens begrensede omfang, fant klagenemnda at sammenkoblingen mellom i to produktene ikke var uforholdsmessig konkurransebegrensende.

Klagenemndas avgjørelse 14. mars 2005 i sak 2005/28 og 2005/30 (forent til felles behandling)

Klager: Vakt og Alarm AS og Arcus Vita AS

Innklaget: Sandnes kommune

Klagenemndas medlemmer: Jens Bugge, Per Christiansen, Andreas Wahl

Saken gjelder: Sammenkobling av ytelser. Krav til konkurranse.

Bakgrunn:

(1) Sandnes kommune (heretter kalt innklagede) kunngjorde 9. desember 2004 en åpen anbudskonkurranse for leie av trygghetsalarmer og kjøp av nøkkelbokser. I konkurransegrunnlaget var det opplyst at dersom firmaet som innleverer tilbud, "i utgangspunktet ikke tilbyr slike systemer, må de selv skaffe disse hos en underleverandør, og blir dermed ansvarlig for denne leveransen".

(2) Trygghetsalarmer og nøkkelbokser brukes av hjemmehjelpstjenesten i kommunen. En nøkkelboks monteres utenfor døren til en brukers bolig og inneholder nøklene til denne boligen. Ved hjelp av en felles systemnøkkel får hjemmehjelpstjenesten tilgang til nøkkelen til boligen.

(3) Kontrakten var en rammeavtale med to års varighet, med opsjon på forlengelse i 1 + 1 år. I konkurransegrunnlaget var følgende oppgitt om omfang og kontraktsverdi:

"Sandnes kommune har i dag både kjøpte og leide trygghetsalarmer. Det

samlede totale antall alarmer utgjør ca 600 stk. Noen av de kjøpte alarmene bør byttes ut. Rammeavtalen skal derfor omfatte leie av nye trygghetsalarmer, som skal supplere og erstatte noen av de kjøpte og leide trygghetsalarmene til kommunen.

I tillegg skal kommunen ha nøkkelbokser til trygghetsalarmene. Oppdragsgiver ønsker å kjøpe nye nøkkelbokser, både som erstatning for en del av nøkkelboksene vi har i dag og for supplering av nye.

Det totale volumet vil være avhengig av bl.a. budsjettmessige forhold. Anslagsvis vil volumet kunne være på ca. 200-400 alarmer. [...]"

(4) Om nøkkelbokser var det blant annet stilt som krav at nøkkelen måtte være én systemnøkkel og at én generalnøkkel måtte kunne benyttes i alle nøkkelboksene i kommunen.

(5) Tildelingskriteriene var service, funksjonsmessige og tekniske egenskaper og servicrutiner og teknisk bistand.

(6) Det var ikke anledning til å inngi tilbud på deler av oppdraget.

(7) I e-post av 3. januar 2005, tilsendt leverandørene som hadde mottatt konkurransegrunnlaget, opplyste innklagede at det var ønskelig "å bygge videre på" de låsesylindrene som allerede er i bruk. Dette ble fulgt opp i en ny e-post dagen etter, der det ble opplyst følgende:

"Svar på spørsmål fra en leverandør:

Kommunen bestiller inn nøkkelbokser i dag fra Marvik Service AS

Nøkkelbokser – Marvik

Sylinderne har navn RUKO

Systemnummeret er 5207"

(8) Vakt og Alarm AS, som er leverandør av alarmer, og Arcus Vita AS, leverandør av nøkkelbokser, har begge klaget den aktuelle anskaffelsen inn for klagenemnda. Da deres klagegrunner i det vesentlige er sammenfallende, har klagenemnda forent de to sakene til felles behandling.

(9) Kontrakt i saken er ikke inngått. Klagene er datert 20. januar 2005, dvs før tilbudsfristens utløp 1. februar 2005.

Anførsler:

Klagernes anførsler:

(10) Klagerne anfører at innklagede har brutt regelverket for offentlige anskaffelser.

(11) Oppdragsgiver har blandet sammen to forskjellige varegrupper. Trygghetsalarm er et elektronisk kommunikasjonsprodukt, mens nøkkelboks er et mekanisk produkt. Så vidt klager kjenner til, finnes ingen leverandører som

har både nøkkelbokser og trygghetsalarmer i sitt sortiment. Når anskaffelsen av to forskjellige produkter er bundet sammen i én konkurranse, skulle det iallfall vært adgang til å inngi deltilbud.

(12) Innklagede har opplyst at det i dag bestilles nøkkelbokser fra Marvik Service AS. Dette gir denne leverandøren et fortrinn fremfor andre leverandører, fordi vedkommende vil bli kontaktet av leverandører av trygghetsalarmer, for å samarbeide om tilbud. Det vil derfor bli vanskelig for andre nøkkelboks-leverandører å skaffe en underleverandør for trygghetsalarmer.

(13) Omfang og kontraktsverdi er usikkert med hensyn til begge produktene. Ved å gjennomføre anskaffelsen av begge produktene samlet vil sammenligningen av tilbudene bli tilsvarende usikker. En volumvariasjon på 0-400 enheter er uansett problematisk.

(14) Andre forhold klagerne reagerer på, er at innklagede har brukt bilder av spesifikke produkter på forsiden av konkurransegrunnlaget, at leveringstid ikke henger sammen med volumvariasjoner og at det blir bedt om batteripris på alarmer som skal leies, uten at det bes om pris på de andre komponentene.

(15) Endelig stilles spørsmål ved hvorfor pris skal oppgis inklusive mva. Dette medfører at leverandøren må gå i prisforhandlinger dersom prisen settes opp.

Innklagedes anførsler:

(16) Innklagede bestrider å ha brutt regelverket for offentlige anskaffelser.

(17) Det er opp til oppdragsgivers innkjøpsfaglige skjønn å vurdere om det er hensiktsmessig å anskaffe begge produktene i én konkurranse. Det er normalt at leverandører er avhengig av å knytte til seg underleverandører for å delta i en konkurranse. For innklagede er det hensiktsmessig å bare ha én kontraktspart å forholde seg til.

(18) Det er nær kobling mellom de to produktene. De brukere som tildeles en trygghetsalarm, vil også få montert en nøkkelboks. Innklagede kan ikke se at gjennomføringen av anskaffelsen medfører noen konkurransebegrensning.

(19) Innklagede har i dag ca 600 nøkkelbokser i bruk. Disse er utstyrt med låsesylinder og systemnøkler som gjør det mulig å benytte samme nøkkel i alle boksene. Det er derfor stilt som krav at nye nøkkelbokser har samme låssylinder som dagens nøkkelbokser. Alternativt kan oppdragsgiver tilby å bytte ut låssylindrene på de nøkkelboksene innklagede allerede eier for å tilpasse dem de nye nøkkelboksene. For innklagede er det en nødvendighet å kunne bruke samme systemnøkkel til alle nøkkelboksene.

(20) Det fremgår av konkurransegrunnlaget at antatt volum vil være 200-400 nøkkelbokser i avtaleperioden. Antall brukere av slikt utstyr vil variere, og det eksakte antall er ikke mulig å angi. Forventet volum vil også avhenge av budsjettmessige forhold. Forventet volum er oppgitt så nøye som det er mulig.

Klagenemndas vurdering:

(21) Klagerne er to leverandører av henholdsvis nøkkelbokser og trygghetsalarmer, som vil kunne delta i konkurransen. Klagerne har dermed saklig klageinteresse, jf forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig.

(22) Konkurransen gjelder kjøp av nøkkelbokser og leie av trygghetsalarmer. Klagenemnda har ingen merknader til at ett produkt skal kjøpes, mens det andre skal leies. Det sentrale spørsmålet i saken er om innklagedes sammenkobling av anskaffelsen av to produkter i én konkurranse strider mot det grunnleggende kravet til konkurranse, jf også kravet til likebehandling av

leverandørene, i lov om offentlige anskaffelser § 5.

(23) Klagenemnda ser først på om sammenkoblingen av ytelsene kan begrense konkurransen. Konkurransen gjelder anskaffelse av to forskjellige produkter som produseres av ulike leverandører. Når konkurransegrunnlaget krever at det må gis tilbud på begge produktene, medfører det at potensielle leverandører må finne en underleverandører for det/de produkter de selv ikke produserer eller forhandler. Dette kan for så vidt medføre at leverandører som bare kan levere ett av produktene blir forhindret fra å inngi tilbud, og vil uansett føre til at vannersjansene blir påvirket av samarbeidet med en annen leverandør. Sammenkoblingen kan dermed påvirke både antallet tilbud som innleveres og tilbudenes innhold. Dette vil imidlertid ofte være tilfellet der mer enn ett produkt etterspørres, og det forhold at samme konkurranse etterspør to forskjellige produkter kan ikke i seg selv innebære et brudd på regelverket.

(24) Koblingen mellom produktene fremstår ikke som saklig ubegrunnet idet de skal brukes i sammenheng. Sett hen til sammenhengen mellom produktene, innklagedes fordel av å bare ha én leverandør å forholde seg til og kontraktens begrensede omfang, finner klagenemnda ikke at sammenkoblingen er uforholdmessig konkurransebegrensende.

(25) Samtidig er det ikke sannsynliggjort at produktene ikke kan fremskaffes fra flere kilder, og det er ikke sannsynliggjort at bruk av én generalnøkkel utgjør noe vesentlig hinder for innlevering av konkurransedyktig tilbud. At innklagede har oppgitt at Marvik Service har levert de nøkkelboksene innklagede allerede bruker, er en ren faktisk opplysning. Klagenemnda kan ikke se at innklagede ved dette usaklig har favorisert én leverandør.

(26) Klagenemnda finner derfor ikke at sammenkoblingen av de to ytelsene fremstår som usaklig eller innebærer forskjellsbehandling i strid med regelverket.

(27) Klagenemnda har ikke andre kommentarer til gjennomføringen av konkurransen.

Konklusjon:

Sandnes kommune har ikke overtrådt lov om offentlige anskaffelser eller forskrift om offentlige anskaffelser.

For klagenemnda, 14. mars 2005

Andreas Wahl



Forsiden
Nemndsmedlemmer
Saksbehandling
Regelverk
Innkomne saker
Statistikk
Årsrapporter
Dommer
Søk i avgjorte saker

Avgjorte saker:

[2003](#) [2004](#) [2005](#)

Besøksadresse

H. Heyerdalsgate 1
0033 Oslo

Postadresse

Postboks 8132 Dep
0033 Oslo

Tlf.: 22 33 70 10

Faks: 22 33 70 12

E-post:

postmottak@kofa.no

Avgjorte saker

I en begrenset idékonkurranse skulle innklagede velge ut 5 leverandører til å delta i konkurransen. Klagenemnda fant at innklagede hadde brutt kravet i lovens § 5 til etterprøvbarhet ved å vise til at innklagede hadde foretatt en ”helhetsvurdering”, og at innklagede hadde brutt kravet til begrunnelse.

Klagenemndas avgjørelse 14. mars 2005 i sak 2005/34

Klager: Narud Stokke Wiig AS, Sivilarkitekter MNAL

Innklaget: Kongsvinger kommune

Klagenemndas medlemmer: Jens Bugge, Per Christiansen, Andreas Wahl.

Saken gjelder: Krav til utvelgelseskriterier i en plan og designkonkurranse. Krav til etterprøvbarhet. Krav til begrunnelse for utvelgelse av leverandører.

Sakens bakgrunn:

(1) Kongsvinger kommune (heretter kalt innklagede) kunngjorde 2. november 2004 en begrenset idékonkurranse om byutvikling i Kongsvinger. I kunngjøringen var kontraktens gjenstand beskrevet slik:

”(...) Intensjonen er å engasjere vinneren av konkurransen til å utarbeide reguleringsplanen i samarbeid med kommunen. Deltakerne i konkurransen vil bli bedt om å levere inn tilbud på utarbeidelse av reguleringsplanen i forbindelse med innlevering av konkurransematerialet. (...) Det vil bli foretatt en prekvalifisering av 5 team som inviteres til å delta i idékonkurransen. (...)

(2) Under punkt III.1, KVALIFIKASJONSKRAV var blant annet følgende angitt:

Teknisk kapasitet:

Kvalifikasjonskrav:

- o *Teamet må bestå av sivilarkitekt eller arkitekt med tilsvarende kompetanse i henhold til Eus arkitektdirektiv, og landskapsarkitekt.*

Dokumentasjonskrav:

- o *Oversikt over foretakets totale bemanning.*
- o *Bemanning for dette oppdraget (organisasjonsplan) med navn og CV for nøkkelpersoner som skal utføre oppdraget.*
- o *Foretakets viktigste leveranser de siste 5 årene, inkludert deres verdi, tidspunkt og mottaker.*
- o *Teamet forutsettes å ha tyngde og erfaring fra byplanlegging, byforming og reguleringsarbeid, samt inneha erfaring fra prosjektering av moderne, komplekse bygg. Minst ett, maks fire nyere prosjekter som på en relevant måte belyser arkitektens og teamets evne til gjennomføring av tilsvarende type prosjekter, vedlegges. Prosjektene skal være enkelt, visuelt framstilt.*

(...)

PROSEDYRE

Type prosedyre:

Begrenset.”

”

(3) I alt 29 team sendte inn en forespørsel om å delta i konkurransen, herunder Narud-Stokke-Wiig AS, Sivilarkitekter MNAL på vegne av en gruppe som foruten Narud-Stokke-Wiig AS som gruppeansvarlig besto av Lerche Arkitekter AS, IN'BY AS som landskapsarkitekter og Sjøtil & Fornæss AS som byggeteknisk og lokal rådgiver (heretter kalt klager).

(4) Innklagede foretok utvelgelsen av leverandører i flere faser. I siste fase skulle innklagede velge blant 14 leverandører som ønsket å levere inn tilbud. Klager var en av disse 14.

(5) I e-post av 6. desember 2004 meddelte innklagede at fem team var prekvalifiserte. Klager var ikke blant disse.

(6) I e-post av 7. desember 2004 skrev innklagede blant annet dette:

”Kongsvinger kommune mottok 29 søknader med godt kvalifiserte team som ønsket å delta i idékonkurransen om byutvikling i Kongsvinger. Vår oppgave var å velge ut fem team, og dette har vært en vanskelig oppgave med så mange kompetente søkere. De som ikke ble prekvalifisert kunne også ha løst oppgaven

godt.

Det var en totalvurdering av søknaden som avgjorde prekvalifiseringen. Det ble i utlysningsteksten stilt krav om både arkitekt- og landskapsarkitektkompetanse, og det ble valgt søkere som hadde satt sammen team fra begge fagfelt. Totalt sett har de fem gruppene som er prekvalifisert god erfaring med byutvikling, komplekse bygg og større, nyere reguleringsplaner. Alle teamene tilfredsstilte kvalifikasjonskravene som ble oppgitt i utlysningsteksten."

(7) I e-post fra klager til innklagede av 13. desember 2004 sto det blant annet dette:

"Under henvisning til anskaffelsesforskriftens paragraf 3-8, punkt 4, ber vi om å motta en nærmere begrunnelse for hvorfor vårt tilbud om å delta i konkurransen ikke ble valgt. Vi ber også om å få opplyst de valgte egenskaper og relative fordeler."

(8) I brev til klager av 22. desember 2004 meddelte innklagede følgende:

"I utlysningsteksten var det stilt kvalifikasjonskrav. De fleste av dem som søkte, oppfylte disse kriteriene. Den videre utvelgelsen bygger dermed på et kvalifisert faglig skjønn."

Etter denne skjønnsvurderingen satt vi fortsatt igjen med flere aktuelle grupper. Dere var en av disse. Alle gruppene var sterke, hadde relevant kompetanse og ville kunne løst oppgaven godt. De relative forskjellene mellom teamene var små.

Prekvalifiseringen er gjennomført i henhold til Lov om offentlige anskaffelser § 8-4 nr 3. De fem utvalgte teamene oppfyller de oppsatte krav og vi anser at prekvalifiseringsprosessen har foregått på en saklig og redelig måte i tråd med de oppsatte kriterier."

(9) I e-post av 3. januar 2005 ba klager igjen om en nærmere begrunnelse. Klager skrev blant annet dette:

"Slik jeg oppfatter forskriften skal en begrunnet tilbakemelding inneholde tilstrekkelig informasjon til å fylle 2 ulike behov:

- gi nok innsikt til at kandidatene kan vurdere om det er grunnlag for å klage på avgjørelsen
- være pedagogisk i forhold til kandidatenes mulighet til å "skjerpe" seg eller sitt tilbud/sin presentasjon ved neste anledning.

I ditt svar opplyses det kun at vi ikke var "gode nok" sammen med en rekke andre, og at vi deretter synes å ha passert en første utsiling basert på kvalifisert faglig skjønn. Hvilke momenter som inngikk i dette skjønnet meddeles imidlertid ikke. Vi synes å ha vært blant et ukjent antall aktuell grupper (men som må ha oversteget det antall som skulle få være med (5)). Disse sies å ha vært omtrent likeverdige, men vi får ingen opplysninger om hvorledes det siste trinnet i utvelgelsen har foregått. Jeg ber derfor opplyst om hvorledes vi er blitt bedømt

og hvorledes dette falt ut i forhold til de 5 utvalgte. Jeg minner om at det også er vanlig å få opplyst poengsettingen i slike evalueringsprosesser."

(10) I brev til klager datert 5. januar 2005 skrev innklagede at de ikke hadde ytterligere å tilføye.

(11) I brev til klager datert 12. januar 2005 skrev innklagede blant annet dette:

"Deres team ble vurdert som meget sterkt knyttet til de kriterier og krav som er satt i kunngjøringen. Dette gjelder i forhold til

- o Gruppens totale bemanning*
- o Tilbudt personell*
- o Relevansen av de utførte prosjekter dere har henvist til*
- o Tyngde og erfaring fra byplanlegging, byfornyning, reguleringsarbeid, prosjektering av moderne, komplekse bygg samt evnen til gjennomføring*

Situasjonen var imidlertid at det var flere team som ble vurdert som meget sterke på de samme punktene, og det måtte foretas et valg blant de ikke avviste tilbudet. Dette valget bygger på et skjønn. Skjønnnet er ikke vilkårlig men bygger på de oppsatte kriterier og krav som er gitt for konkurransen, og basert på det grunnlaget som er fremkommet i de ulike søknadene. Vi har ikke benyttet poengsetting i denne vurderingen."

(12) I brev til innklagede datert 18. januar 2005 viste klager bla til lov om offentlige anskaffelser § 5 og ba om dokumentasjon på at *"gruppe 5 (Arkitektlaget AS m/fl) er tilstrekkelig kvalifisert til å gå videre i konkurransen og i forhold til kriteriene for utvelgelse som ble oppgitt i utlysningsteksten."* Brevet ble besvart den 24. januar 2005, der innklagede skrev følgende:

"I tidligere korrespondanser har vi påpekt at alle de fem utvalgte teamene, inkludert Arkitektlaget AS m/fl, er kvalifiserte til å gå videre i konkurransen, og da selvsagt i forhold til kriteriene for utvelgelse som ble oppgitt i utlysningsteksten.

Vi understreker nok en gang at utvelgelsen er gjennomført i henhold til Lov om offentlige anskaffelser og tilhørende forskrift. Vi mener også at Dere har fått de opplysningene Dere har krav på etter lovverket. Vi anser derfor denne korrespondansen som avsluttet for vår del."

(13) I forbindelse med at saken ble klaget inn for klagenemnda, har innklagede uttalt følgende:

"Konkurransen er en idékonkurranse, og innbyder forplikter seg ikke til videreføring av konkurranseresultatet. Intensjonen er imidlertid at forfattere bak vinnerutkastet blir engasjert til å utarbeide reguleringsplanen for hele området. Det forutsettes at man da kommer til enighet om kontrakt, i motsatt tilfelle forbeholder innbyder seg retten til å forhandle med de andre deltakerne i konkurransen. I henhold til konkurranseprogrammet skal kontraktsinngåelsen skje fortløpende etter juryeringen. Med bakgrunn i klagen vil imidlertid Kongsvinger kommune avvente denne kontraktsinngåelsen til klagenemndas behandling er ferdig."

Klager har i det vesentlige anført:

(14) Innklagede har ikke fastsatt *klare og ikke-diskriminerende utvelgelseskriterier*, jfr. forskrift om offentlige anskaffelser, § 18-1, (7).

(15) Klager har bedt om en nærmere begrunnelse for hvorfor deres team ikke ble prekvalifisert, jf forskriftens § 3-8 (4), uten å ha fått slik redegjørelse fra innklagede. Innklagede har ikke ivaretatt sin opplysningsplikt.

(16) Det er utvist mangelfullt skjønn ved selve prekvalifiseringen. Innklagede henviser til at det er foretatt en "skjønnsmessig helhetsvurdering" og at utvelgelsen er foretatt ut fra et "kvalifisert faglig skjønn", men det er ikke opplyst hvilke kriterier som er lagt til grunn, og hvilke kvalifikasjoner vedkommende har hatt for å foreta et slikt skjønn.

(17) Som vedlegg til tilsvaret har innklagede lagt frem tre udaterte, usignerte dokumenter, benevnt Logg 1, 2 og 3. Etter klagers mening viser disse at evalueringen har manglet konsistens og det er lite samsvar mellom vurderingskriteriene for de enkelte grupper. Blant annet fremgår det at for enkelte grupper er det vektlagt at de har vunnet en rekke førstepremier, mens for klagers gruppe er dette ikke en gang nevnt. Klager anfører at de har mottatt mer enn 18 førstepremier. For klagers gruppe er det heller ikke tatt stilling til deres betydelige erfaring med byformingsoppgaver som er beskrevet i søknaden, mens dette har vært tillagt stor vekt for enkelte av de andre.

Innklagede har i det vesentlige anført:

(18) Innklagede bestrider å ha brutt regelverket.

Kravet til klare og ikke-diskriminerende utvelgelseskriterier

(19) Innklagede bestrider at det ikke var fastsatt klare og ikke-diskriminerende utvelgelseskriterier. Slik kunngjøringsteksten i DOFFIN er bygget opp er det ingen egen rubrikk for å spesifisere hvilke utvelgelseskriterier som vil bli lagt til grunn i en prekvalifisering. Disse kriteriene ble derfor stilt under punkt III.1 *Kvalifikasjonskrav som skal legges til grunn for utvelgelse av deltakere*.

(20) Utlysningsteksten, inkludert utvelgelseskriteriene, ble utarbeidet i samarbeid med Norske Arkitekters Landsforbund. Tilsvarende kriterier er også benyttet i en rekke andre plan- og designkonkurranser.

-

(21) Innklagede mener disse kriteriene er både klare og ikke-diskriminerende. Selv om DOFFIN ikke har en egen rubrikk for spesifisering av utvelgelseskriterier, er utlysningsteksten klargjørende på hvilke kriterier som ville bli vektlagt ved utvelgelse. Klager har også oppfattet kriteriene som utvelgelseskriterier.

Krav til begrunnelse

(22) Det ble foretatt en gjennomgang av alle søknadene. Teamenes sammensetning og dokumenterte tyngde og erfaring ble listet opp. Første utstilling var knyttet til kvalifikasjonskrav knyttet til teamenes sammensetning.

(23) I de fleste søknadene utgjorde arkitektkompetansen hovedtyngden. Innklagede vurderte det som en fordel at landskapsiden var representert med flere personer, og valgte å gå videre med de som hadde satt sammen team fra begge fagfelt. Etter denne gjennomgangen sto innklagede igjen med 15 søknader, herunder klagers.

(24) I neste vurdering ble det lagt vekt på å vurdere teamenes erfaring fra

byplanlegging, byforming og reguleringsplanarbeid, samt erfaring fra prosjektering av moderne, komplekse bygg. Dette var kriterier som var satt opp i utlysningsteksten. 14 team ble vurdert som meget sterke på alle disse områdene, og de reelle forskjellene mellom teamene var små. Det ble ikke benyttet poengsetting.

(25) Den endelige utvelgelsen baserte seg på en ny gjennomgang av de 14 aktuelle søknadene, inkludert relevansen av de utførte prosjekter det ble henvist til. Den endelige utvelgelsen av teamene bygger på et kvalifisert faglig skjønn. I denne skjønnsutøvelsen har innklagede ikke trukket inn andre kriterier enn hva som er angitt i kunngjøringen. Det som avgjorde valget til slutt var en skjønsmessig vurdering av både søknaden, teamenes sammensetning og styrke samt relevansen av de utførte prosjekter det ble henvist til. Vurderingskriteriene er satt opp på en slik måte at det gis rom for å plukke ut team etter type erfaring, og ikke nødvendigvis etter mengde erfaring.

(26) Med så mange kvalifiserte søkere, byr den siste utvelgelsen på store utfordringer. Loddtrekning er mulig, men dette går Norske arkitektforeningers Landsforbund sterkt i mot. Dette har innklagede forståelse for. Skjønnen skal foregå mest mulig objektivt, men når man etter en gjennomgang av kriteriene fremdeles står igjen med flere sterke team, må det være lov å bruke et skjønn hvor man velger ut de team som gir det beste helhetsinntrykket. Det var nettopp en slik helhetsvurdering som lå til grunn for innklagedes valg.

(27) Opplysningsplikten overfor klager ble ivaretatt. Klager fikk den tilbakemelding de hadde krav på.

Feil i skjønnsutøvelsen

(28) I utgangspunktet var loggene skrevet for internt bruk som et ledd i en utvelgelsesprosess. I en slik prosess vil en også i utgangspunktet ha større kjennskap til noen firma enn andre. Dette forklarer noe av forskjellene i loggføringen. I den endelige sluttvurderingen vil denne bakgrunnkunnskapen selvsagt være med sammen det som er loggført.

Klagenemndas vurdering:

(29) Klager har deltatt i konkurransen og har saklig klageinteresse, jf. forskrift om klagenemnd om offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig.

(30) Det følger av forskrift om offentlige anskaffelser § 18-1 (7) at "[v]ed plan- og designkonkurranser med et begrenset antall leverandører skal oppdragsgiver fastsette klare og ikke-diskriminerende utvelgelseskriterier."

(31) I kunngjøringen har innklagede listet opp en rekke kvalifikasjons- og dokumentasjonskrav. Underpunktene under overskriften teknisk kapasitet, dokumentasjonskrav, er i ettertid presisert av innklagede å representere utvelgelseskriteriene. Klagenemnda har ikke grunnlag for å fastslå at disse innholdsmessig ikke er klare og ikke-diskriminerende.

(32) Klagenemnda finner ikke grunn til å ta stilling til om oppdragsgiver har fastsatt utvelgelseskriteriene på en tilstrekkelig klar måte, ettersom det er på det rene at klager har forholdt seg til de nevnte punkter som utvelgelseskriterier. Angivelsen av kriteriene som "kvalifikasjonskrav/dokumentasjonskrav" har således ikke hatt betydning for klagers deltakelse i konkurransen.

(33) Etter å ha vurdert utvelgelseskriteriene, har innklagede sett foretatt en utvelgelse bygget på "et kvalifisert faglig skjønn". I denne vurderingen oppgir innklagede å ha sett hen til tre forhold. To av disse oppgis å være "teamets sammensetning og styrke" og "relevansen av de utførte prosjekter det ble henvist til". Dette er forhold som omfattes av utvelgelseskriteriene. Innklagede viser imidlertid også til at de har lagt til grunn en "helhetsvurdering av

søknaden". Det vises til at det er benyttet et skjønn hvor innklagede har valgt ut de team som gir det "beste helhetsinntrykket". Etter nemndas vurdering er dette en for upresis angivelse av hvilke forhold som er lagt til grunn i vurderingen, slik at lovens § 5 krav til etterprøvbarehet ikke er tilfredsstillt.

(34) Forskriftens § 3-8 (1) bestemmer at "*[o]ppdragsgiver skal snarest mulig gi skriftlig melding med en kort begrunnelse dersom forespørselen om å delta i konkurransen [...] avvises*", og § 3-8 (4) bestemmer at innklagede må gi en "nærmere begrunnelse" når en leverandør skriftlig anmoder om det.

(35) I svarbrevet til klager av 22. desember 2004 viste innklagede til at den endelige utvelgelsen er foretatt ut fra et "*kvalifisert faglig skjønn*", uten nærmere forklaring av hva som er vektlagt i dette skjønnet. I korrespondansen med klager har ikke innklagede vist til noen konkrete forhold ved klager som har talt i deres disfavør i utvelgelsen. En ren henvisning til at det er foretatt et skjønn, der utvelgelseskriteriene er hensyntatt, er ingen tilfredsstillende begrunnelse. Innklagede har således brutt kravet til begrunnelse forskriftens § 3-8 (4).

Konklusjon:

Kongsvinger kommune har brutt kravet til etterprøvbarehet i lovens § 5 ved å vise til at kommunen har lagt til grunn en "helhetsvurdering av søknadene" i utvelgelsesprosessen.

Kongsvinger kommune har brutt kravet til begrunnelse i forskriftens § 3-8 (4).

For klagenemnda, Oslo 14. mars 2005

Jens Bugge



Forsiden
Nemndsmedlemmer
Saksbehandling
Regelverk
Innkomne saker
Statistikk
Årsrapporter
Dommer
Søk i avgjorte saker

Avgjorte saker:

[2003](#) [2004](#) [2005](#)

Besøksadresse

H. Heyerdalsgate 1
0033 Oslo

Postadresse

Postboks 8132 Dep
0033 Oslo

Tlf.: 22 33 70 10

Faks: 22 33 70 12

E-post:

postmottak@kofa.no

Avgjorte saker

Saken gjelder konkurranse med forhandling vedrørende rammeavtale for kjøp av støttetjenester i forbindelse med nedbemanning i Forsvaret. I motsetning til hva innklagede hadde lagt til grunn, kom klagenemnda til at anskaffelsen etter sin art hørte inn under de prioriterte tjenestene som følger reglene i forskrift om offentlige anskaffelser del II. Kravet til forutberegnelighet var brutt ved at innklagede i konkurransegrunnlaget hadde vist til bestemmelser både fra forskriftens del II og del III. Klagenemnda kom videre til at innklagede hadde brutt regelverket ved å benytte hasteprosedyre. Det ble heller ikke ansett godtgjort at vilkårene for å benytte konkurranse med forhandling var oppfylt, jf forskrift om offentlige anskaffelser § 4-2.

-

-

Klagenemndas avgjørelse 7. mars 2005 i sak 2004/309

Klager: Tennebø & Partner AS

Innklagede: Forsvarets Logistikkorganisasjon

Klagenemndas medlemmer: Inger Marie Dons Jensen, Kai Krüger, Andreas Wahl

Saken gjelder: prioriterte tjenester, forutberegnelighet, hasteprosedyre, forhandling

Sakens bakgrunn:

(1) Forsvarets Logistikkorganisasjon (heretter kalt innklagede) kunngjorde 30. januar 2004 en konkurranse med forhandling vedrørende rammeavtale for kjøp av støttetjenester i forbindelse med nedbemanning i Forsvaret. I kunngjøringen ble det oppgitt at anskaffelsen ble klassifisert i kategori 27 – andre tjenester. Det ble konkurrert om å levere det økonomisk mest fordelaktige tilbudet basert på tildelingskriterier betegnet som "bør-krav" som skulle "regnes som konkurransefortrinn". Følgende tildelingskriterier ble angitt i prioritert rekkefølge:

"1. Størst mulig kapasitet/fleksibilitet

Forsvaret regner med at omfanget vil kunne bli inntil 1700 kandidater i 2004, 2000 kandidater i 2005 og 1300 kandidater i perioden 2006-2008. Det er i denne forbindelse ønskelig at leverandørene har evne til å etablere, drifte og nedlegge karrieresentre av ulik størrelse på flere steder i Norge samtidig, samt i tillegg kunne gjennomføre enkeltstående aktiviteter for overtallig personell der dette måtte kreves i landet. Oversikt skal vedlegges tilbudet (antall egne ansatte

som tilbyder kan benytte for gjennomføringen av en eventuell rammeavtale med Forsvaret, andre personellressurser som tilbyder faktisk disponerer til gjennomføring av kontrakten, selskapsstruktur)

2. Erfaring med gjennomføring av karriereskiftprogram for personell som i praksis er uoppsigelige

3. Desentralisert tilstedeværelse i størst mulig grad, lokasjon(er) skal opplyses.

4. God kjennskap til forsvarets virksomhet og kultur

5. Erfaring med og kunne vise til gode resultater fra lignende prosjekter/oppdrag hva gjelder art og omfang. Referanser/kontaktinformasjon, samt dokumentasjon må vedlegges.

6. Besitte egnet IT-system til bruk som saksbehandlingsverktøy for håndtering av overtallig personell samt oversikt over kostnadsforbruket. Beskrivelse skal vedlegges. Systemet må være i henhold til de krav som Lov om Personopplysninger stiller opp.

7. Kvalitetssikring internt som sikrer kvalitet i tjenesteleveransene. Eventuell sertifisering (for eksempel ISO) dokumenteres.

8. Etablerte nettverk mot alternative virksomheter som antas å kunne rekruttere Forsvarets overskuddskompetanse.

9. Erfaring med utvikling og drift av WEB-baserte informasjonstjenester.

10. Pris (Det tas også hensyn til utenomfaglige kostnader)"

(2) Samarbeidet mellom innklagede og ekstern leverandør ble i konkurransegrunnlaget beskrevet på denne måten:

"Grensesnittet mellom bestiller (Forsvaret) og leverandør kan beskrives på ulike måter. Så lenge :

- omfanget av kandidater er så stort
- de aller fleste medarbeidere selv frivillig må tre ut
- kostnadene med ikke å lykkes er betydelige

må arbeidet med overtallige organiseres slik at begge parter har en kommunikasjon som fungerer og et rapporteringssystem som gir forutsigbarhet for ekstern leverandør og trygghet for effektivitet og kvalitet for Forsvaret.

Dersom Forsvaret knytter seg til en ekstern leverandør skal RO [Forsvarets ressursorganisasjon] etablere en samarbeidsenhet som sikrer at dette skjer, og det skal brukes teknologiske og rapporteringsmessige løsninger i form av 'åpen bok' som sikrer interessentene. Tilbyder skal inkludere dette forhold i sitt tilbud."

(3) Konkurransen ble gjennomført ved bruk av hasteprosedyre, og i kunngjøringen begrunnes anvendelsen av hasteprosedyre slik:

"Personellavviklingen i Forsvaret tiltar sterkt i april 2004, og avviklingen vil vedvare til utgangen av 2008. Det er nødvendig å etablere tilstrekkelig kompetansekapasitet for å ivareta Forsvarets behov for effektiv og god nedbemanning. Det er på denne bakgrunn nødvendig å ha en leverandør på plass innen utgangen april 2004. Med den tidsplan som nå foreligger, vil tilbydere ha 19 kalenderdager på utarbeidelse av tilbud."

(4) Åtte leverandører innga tilbud i konkurransen, herunder Right Management Consultants AS som senere ble tildelt kontrakt, og Tennebø & Partners AS (heretter kalt klager). Etter en innledende evaluering vurderte innklagede det slik at tilbudet fra klager og Right Management Consultants AS var de eneste med reell mulighet til å bli tildelt kontrakt. Disse leverandørene ble deretter invitert til forhandlinger.

(5) I forhandlingene ble det fra innklagedes side lagt stor vekt på mulighetene for å redusere omfanget av IT- og WEB-tjenestene som ble omfattet av kontrakten, samt på mulighetene for å forenkle samhandlingsapparatet og utforme moduler som kunne avropes på en enkel måte under en rammeavtale.

(6) Innklagede vurderte de reviderte tilbudene på grunnlag av en utarbeidet matrise hvor prioriteringen oppgitt i konkurransegrunnlaget lå til grunn for tildelingskriterienes relative vekt. Tilbudene fra forhandlingspartene ble ansett som likeverdige på tildelingskriteriene 1-9. Som en konsekvens av dette ble en e-post med følgende innhold sendt klager og Right Managements Consultants AS, 24. juni 2004:

"...Med bakgrunn i de endringer som er forhandlet frem, er det på dette tidspunkt mulig å utforme et utkast til kontrakt.

Som avtalt sendes utkastet til begge tilbydere som har deltatt i de detaljerte kontraktsforhandlinger.

...

*Ettersom det på dette tidspunkt kun gjenstår pris som divergens mellom tilbudene, er det i **vedlegg C Pris og betalingsbetingelser** at man vil finne de tomme felter som fordrer Deres spesielle oppmerksomhet. De anmodes dog i tillegg om å studere alle deler av kontraktsutkastet nøye, ettersom det vil bli videreført som kontrakt med den utforming det i dag har (med tillegg av priser og eventuelle rettelser av feil).*

...

FLO/M/I ønsker å gjøre utrykkelig oppmerksom på at dette vil være siste anledning til å justere på tilbudet, og at det endelige valget av leverandør vil bli gjort på bakgrunn av tilbud mottatt 30. juni.

..."

(7) Utkast til kontrakt var vedlagt e-posten, som ble besvart av begge leverandørene.

(8) Innklagede meddelte klager i brev av 16. november 2004, at tilbudet fra Right Management Consultants AS ble vurdert som det økonomisk mest fordelaktige. Valg av tilbud var begrunnet slik:

"... Evalueringen som har ledet frem til dette valget, er gjennomført i tråd med pkt 11 i konkurransegrunnlaget, som inneholder evalueringskriteriene listet i prioritert rekkefølge.

Etter den innledende evalueringen ble det klart at Right Management Consultants AS og Tennebø & Partners var i en særstilling i forhold til pkt 11, bullets 1, 2, 4, 5, 7, 8. I tillegg var begge tilbydere tilfredsstillende i forhold til øvrige evalueringskriterier. På denne bakgrunn ble forhandlinger gjennomført med disse to tilbyderne. Siste og endelig tilbud ble innlevert onsdag 30. juni, når pris alene gjensto som evalueringskriterium.

Right Management Consultants AS var rimeligst i sitt "best and final" tilbud.

Vurdert ut fra over nevnte kriterier hadde Right Management Consultants AS det mest økonomisk fordelaktige tilbudet, alle forhold tatt i betraktning, og ble på denne bakgrunn valgt som foretrukket leverandør. ..."

(9) Innklagede har ikke inngått kontrakt og avventer klagenemndas avgjørelse.

Klager har i det vesentlige anført:

(10) Innklagede har brutt regelverket for offentlige anskaffelser.

(11) I konkurransegrunnlaget er det henvist til en rekke forskriftsbestemmelser under terskelverdi, mens det andre steder er vist til bestemmelser over terskelverdi. Det er dermed skapt en usikkerhet i strid med kravet til forutberegnelighet.

(12) Konkurransen er kunngjort som en konkurranse med forhandling over terskelverdi. Den er kunngjort som en anskaffelse i kategori 27. Kategori 11 er riktig kategori, og anskaffelsen faller dermed inn under reglene i forskrift om offentlige anskaffelser del II. Det er da ikke hjemmel for å benytte konkurranse med forhandling siden ingen av forskriftens unntaksbestemmelser er anvendelige.

(13) Konkurranse med forhandling er gjennomført som en ettrinnsprosess i strid med forskrift om offentlige anskaffelser § 9-3 (1).

(14) Flere av de anvendte tildelingskriteriene er ulovlige etter regelverket.

(15) Tildelingskriteriene er videre benevnt som "bør-krav". Denne språkbruken har skapt forvirring i strid med kravet til forutberegnelighet.

(16) Innklagede var forpliktet til å fremlegge evalueringsmodellen før tilbudsfristens utløp.

(17) Tildeling av kontrakt har skjedd i strid med regelverket. Trass i at priskriteriet var gitt dårligst prioritet, ble kriteriet avgjørende for tildeling av kontrakt siden siste forhandlingsrunde var en ren priskonkurranse.

(18) Når innklagede er kommet til at tilbudene skal gis lik uttelling på størsteparten av tildelingskriteriene, må dette være et resultat av vilkårlig skjønnsutøvelse. Det skulle vært adgang til å forhandle om alle tildelingskriteriene.

(19) Klagers tilbud var totalt sett det økonomisk mest fordelaktige.

(20) Innklagede hadde ikke anledning til å benytte hasteprosedyre, jf forskrift om offentlige anskaffelser § 7-4. Den lange saksbehandlingstiden støtter opp om at bestemmelsens vilkår ikke var oppfylt. Dårlig planlegging fra innklagedes side berettiger ikke bruk av hasteprosedyre.

(21) Begrunnelsen for valg av tilbud tilfredsstillende ikke kravene i forskrift om offentlige anskaffelser §§ 10-3 eller 17-3.

(22) Plikten til å føre anskaffelsesprotokoll etter forskriftens § 8-1, er ikke overholdt.

(23) Klagenemnda bes vurdere om klager har krav på erstatning for positiv eller negativ kontraktsinteresse.

Innklagede har i det vesentlige anført:

(24) Innklagede bestrider å ha brutt regelverket for offentlige anskaffelser.

(25) Konkurransen reguleres av del III i forskrift om offentlige anskaffelser, jf § 2-5. Anskaffelsen faller inn under forskriftens kategori 22, 24 og 27. Innklagede beklager at det i konkurransegrunnlaget er enkelte henvisninger til bestemmelser i del II, men kravet til forutberegnelighet må anses tilstrekkelig ivaretatt. Innklagede erkjenner likevel å ha bundet seg til de bestemmelsene i del II som det uttrykkelig er henvist til i konkurransegrunnlaget.

(26) Forskrift om offentlige anskaffelser § 11-1 åpner for å anvende konkurranse med forhandling i dette tilfellet, og det var anledning til å gjennomføre konkurransen som en ettrinnsprosess, jf § 16-3 (1).

(27) Konkurransegrunnlaget skiller tydelig mellom "kvalifikasjonskriterier" og "evalueringskriterier". Regelverket oppstiller ikke noe krav om at begrepet "tildelingskriterier" skal anvendes. Begrepsbruken i konkurransegrunnlaget gir leverandørene tilstrekkelig informasjon.

(28) Tildelingskriteriene som er benyttet, oppfyller regelverkets krav.

(29) Valg av tilbud er foretatt på bakgrunn av en evaluering av samtlige tildelingskriterier etter forhandlinger. Med unntak av pris hadde tilbudet fra Right Management Consultants marginalt høyere score på tildelingskriteriene IT-system og kvalitetssikring, men for alle praktiske formål konkluderte evalueringen med at tilbudene var likestilte på tildelingskriteriene 1-9. Den eneste signifikante forskjellen mellom tilbudene forelå på pris, et kriterium som ennå ikke hadde vært gjenstand for forhandlinger. Prisavviket var betydelig, og innklagede besluttet derfor å forhandle også om dette kriteriet. Selv om priskriteriet hadde lavest prioritet, ble det utslagsgivende siden tilbudene ble vurdert som likeverdige på de øvrige kriteriene. Dette ble da også kommunisert klart til partene før siste forhandlingsrunde.

(30) Begrunnelsen for valg av leverandør må leses i sammenheng med tidligere korrespondansen med klager. Før siste forhandlingsrunde fikk klager vite at tilbudene ble vurdert som likestilte på alle andre kriterier enn pris, og det var gitt en begrunnelse for dette. I ettertid har klager fått tilgang til evalueringsmodell og annen relevant dokumentasjon for valg av tilbud.

(31) Evalueringsmodellen forelå ikke ved tilbudsfristens utløp, og kunne derfor ikke meddeles leverandørene. Modellen bygger på konkurransegrunnlagets vektning av tildelingskriteriene.

(32) Anskaffelsesprotokoll er ført i henhold til forskriftens krav og fremlagt for klagenemnda.

(33) På kunngjøringstidspunktet berettiget situasjonen bruk av hasteprosedyre. For å gjennomføre nedbemanning innenfor de tidsrammer som ble satt, var det umulig å benytte de alminnelige frister for gjennomføringen av konkurransen. I ettertid er det klarlagt at tidsrammene ikke var så stramme som forutsatt, men dette lå utenfor innklagedes kontroll. Bruk av hasteprosedyre har uansett ikke hatt noen negativ virkning for klager eller noen av de øvrige leverandørene.

(34) Innklagede bestrider at vilkårene for å tilkjenne erstatning er til stede.

Klagenemndas vurdering:

(35) Klager har deltatt i konkurransen og har saklig klageinteresse, jf forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig.

Regelverk for konkurransen

(36) Det følger av forskrift om offentlige anskaffelser § 2-1 (3) at kontrakter som gjelder uprioriterte tjenester, følger reglene i del III uavhengig av anskaffelsens verdi. Innklagede har kunngjort konkurransen som en anskaffelse i kategori 27, andre tjenester, som etter sin art faller inn under de uprioriterte tjenestene. Slik klagenemnda ser det, må imidlertid anskaffelsen klassifiseres under kategori 11, Rådgivning i ledelse og administrasjon. Kategori 11 hører inn under de prioriterte tjenestene, og anskaffelsen reguleres følgelig av forskrift om offentlige anskaffelser del II.

Kravet til forutberegnelighet

(37) Innklagede har i konkurransegrunnlaget vist til bestemmelser vekselvis hentet fra forskriftens del II og III. Klagenemnda finner at den uklarheten som herved er skapt omkring hvilket regelverk anskaffelsen følger, bryter med kravet til forutberegnelighet, jf lov om offentlige anskaffelser § 5.

Bruk av hasteprosedyre

(38) Det følger av forskrift om offentlige anskaffelser § 7-4 (1) at oppdragsgiver, dersom det er umulig å anvende fristene fastsatt i §§ 7-2 og 7-3, kan fastsette kortere frister. Den foreliggende sak gjelder et nedbemanningsprosjekt som skal gå over flere år, og berører flere tusen ansatte. Klagenemnda finner at innklagede ikke har sannsynliggjort at det ikke var mulig å følge de fastsatte fristene i §§ 7-2 og 7-3. Innklagede har følgelig brutt regelverket ved å gjennomføre konkurransen som en hasteprosedyre.

(39) Klagenemnda vil tilføye at opplysningene i saken ikke tyder på at dette regelbruddet har fått betydning for klagers rettslige stilling.

Konkurranse med forhandling

(40) Siden klagenemnda er kommet til at forskriftens del II får anvendelse på konkurransen, er det § 4-2 som eventuelt må hjemle anvendelse av konkurranseformen konkurranse med forhandlinger. Innklagede har ikke godtgjort at vilkårene for å anvende bestemmelsen er oppfylt.

(41) Klagenemnda finner etter dette ikke grunnlag for å gå nærmere inn på klagers øvrige anførsler knyttet til gjennomføringen av konkurransen.

Spørsmålet om erstatning

(42) Klagenemnda antar at vilkårene for å få dekket negativ kontraktsinteresse kan være oppfylt for så vidt gjelder utgifter klager ellers ikke ville hatt, og som skyldes at innklagede feilaktig har benyttet konkurranse med forhandling.

Konklusjon:

Forsvarets logistikkorganisasjon har i strid med vilkårene i forskrift om offentlige anskaffelser § 7-4 gjennomført en anskaffelse som en hasteprosedyre.

Forsvarets logistikkorganisasjon har brutt kravet til forutberegnelighet, jf lov om offentlige anskaffelser § 5, ved å i konkurransegrunnlaget vise til bestemmelser både fra forskriftens del II og del III.

Forsvarets logistikkorganisasjon har brutt regelverket ved å gjennomføre en konkurranse med forhandling uten å ha godtgjort at vilkårene i forskrift om offentlige anskaffelser § 4-2 er oppfylt.

For klagenemnda,

Inger Marie Dons Jensen

7. mars 2005



Forsiden
Nemndsmedlemmer
Saksbehandling
Regelverk
Innkomne saker
Statistikk
Årsrapporter
Dommer
Søk i avgjorte saker

Avgjorte saker:

[2003](#) [2004](#) [2005](#)

Besøksadresse

H. Heyerdalsgate 1
0033 Oslo

Postadresse

Postboks 8132 Dep
0033 Oslo

Tlf.: 22 33 70 10

Faks: 22 33 70 12

E-post:

postmottak@kofa.no

Avgjorte saker

Innklagede tildelte kontrakt etter at vedståelsesfristen var utløpt. Konkurransen var da avsluttet, og innklagede skulle ha gjennomført en ny konkurranse.

Klagenemndas avgjørelse 7. mars 2005 i sak 2004/54

Klager: Nedit AS

Innklaget: Aker Universitetssykehus HF

Klagenemndas medlemmer: Morten Goller, Inger Marie Dons Jensen, Kai Krüger

Saken gjelder: Vedståelsesfrist. Erstatning.

Bakgrunn:

(1) Aker Universitetssykehus HF (heretter kalt innklagede) kunngjorde 6. mai 2003 en åpen anbuds konkurranse for konsulentbistand innen innkjøp og kontraktsforhandlinger. Kontrakten var en rammeavtale med to års varighet. I henhold til konkurransegrunnlaget skulle kontrakt tildeles på basis av det økonomisk mest fordelaktige tilbudet, i henhold til kriteriene kvalitet, pris per time og samarbeidsløsninger. Kriteriene var ikke oppgitt i prioritert rekkefølge. Vedståelsesfristen var satt til 20. august 2003.

(2) Innklagede mottok tilbud fra 22 leverandører, blant dem Nedit AS (heretter kalt klager) og Deloitte & Touche AS (heretter kalt D&T). Klagers timepris var kr 600, mens D&Ts var kr 1050, begge eks. mva. Med dette hadde klager lavest pris av alle leverandørene, mens D&T var dyrest.

(3) Tilbudene ble først gjennomgått av fagkoordinator for innkjøp, som innstilte klager som nr 1 og D&T som nr 3. Klagers tilbud ble beregnet til kr 2.160.000, mens D&Ts tilbud ble beregnet til kr 3.780.000. I innstillingen var tildelingskriteriene vektet som følger: pris – 55%, kvalitet – 20% og samarbeidsløsninger – 25%. Innklagedes controller erklærte seg stort sett enig i vurderingen, og en innstilling i tråd med evalueringen ble sendt administrerende direktør.

(4) Saksbehandlerens innstilling ble omgjort av ledelsen hos innklagede. I ledelsens evaluering ble tildelingskriteriene gitt følgende vektning: timepris – 40%, kvalitet – 25%, samarbeidsløsninger – 35%. Tilbudene ble så evaluert på

en poengskala fra 1 til 10. I henhold til evaluering dokumentene ble klager gitt karakteren 6, mot 3 til D&T, på kriteriet pris. Innklagede har i ettertid forklart at karaktersettingen på kriteriet pris var mer nyansert enn evaluering dokumentene ga inntrykk av, nemlig slik at klager ble gitt karakteren 6,25, mens D&T fikk karakteren 3,45. Det er opplyst at karakteren fremkom ved at timepris ble ganget med 100 for så å bli delt på summen av alle timepriser.

(5) På kriteriene kvalitet og samarbeidsløsninger fikk klager henholdsvis 6 og 8, mens D&T fikk 10 og 9. Til sammen fikk klager en score på 680, som ga en tredjeplass blant tilbyderne. D&T scoret høyest av alle med 703 poeng. Summene fremkommer ved at karakterene ble ganget opp med det tilhørende vektallet.

(6) I brev av 24. september 2003 ble leverandørene meddelt at D&T var tildelt kontrakten. Ifølge innklagede er vedståelsesfristen ikke blitt forlenget.

(7) Klager henvende seg til innklagede og fikk en nærmere begrunnelse for valg av leverandør i brev av 14. oktober 2003.

(8) I brev av 22. mars 2004 meddelte innklagede at kontrakt var inngått.

Anførsler:

Klager har i det vesentlige anført:

(9) Klager anfører at innklagede har brutt regelverket for offentlige anskaffelser.

(10) Tildelingskriteriene samarbeidsløsninger og kvalitet er ikke nærmere forklart, og innklagede har endret vekten av tildelingskriteriene underveis, slik at valgte leverandør skulle komme best ut.

(11) Innklagede har brutt likhets- og forutsigbarhetsprinsippene ved å legge vekt på kompetanse D & T hadde oppgitt uten at det var spurt etter den. Samtidig har innklagede sett bort fra en rekke vesentlige fortrinn ved klagers tilbud.

(12) Klager hadde lavest pris, mens D&Ts pris var høyest. Differansen mellom prisene tilsier at klager skulle fått flere poeng på pris, særlig sammenlignet med poenggivningen på kvalitet og samarbeidsløsninger.

(13) Anskaffelsens verdi overstiger terskelverdiene i forskriftens § 2-2.

(14) Vedståelsesfristen var gått ut da leverandør ble valgt.

(15) Klager skulle fått kontrakten og krever erstatning for positiv kontraktsinteresse. Subsidiært kreves den negative kontraktsinteressen erstattet.

Innklagede har i det vesentlige anført:

(16) Innklagede bestrider å ha brutt regelverket for offentlige anskaffelser.

(17) Internt var det ulikt syn på hvor stor vekt som skulle legges på de enkelte tildelingskriteriene. Ledelsen kunne på saklig grunnlag overprøve innstillingen og endre den innbyrdes vektfordelingen. D&T kunne tilby en stor organisasjon med mange ressurspersoner innen kombinasjonen innkjøp og helsefaglig kompetanse. Dette har gjort at D&Ts tilbud ble vurdert som best på kriteriet kvalitet.

(18) Det er ikke grunnlag for å kreve erstatning.

Klagenemndas vurdering:

(19) Klager har deltatt i konkurransen og har saklig klageinteresse, jf forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Ut fra beregningene innklagedes saksbehandler har gjort, reguleres anskaffelsen av forskrift om offentlige anskaffelser del I og III, jf § 2-2.

(20) I denne saken ble kontrakt tildelt etter at vedståelsesfristen var utløpt, slik at leverandørene ikke lenger var bundet av tilbudene sine. Konkurransen var da i realiteten avsluttet, jf klagenemndas avgjørelser i sakene 2004/48 og 2004/75. Tildeling av kontrakt har dermed skjedd i strid med regelverket ettersom ny konkurranse ikke ble gjennomført.

(21) På denne bakgrunn går klagenemnda ikke inn på partenes øvrige anførsler.

(22) Det forhold at vedståelsesfristen er oversittet, innebærer ikke i seg selv at erstatning for positiv kontraktsinteresse er utelukket. Klagenemnda har imidlertid ikke vurdert dette spørsmålet. Nemnda antar under enhver omstendighet at vilkårene for å få erstattet den negative kontraktsinteresse kan være oppfylt.

Konklusjon:

Aker Universitetssykehus HF har brutt kravet til forutberegelighet og konkurranse i lov om offentlige anskaffelser § 5 ved å gjennomføre tildeling av kontrakt etter utløpet av vedståelsesfristen.

For klagenemnda,

7. mars 2005

Inger Marie Dons Jensen



Forsiden
Nemndsmedlemmer
Saksbehandling
Regelverk
Innkomne saker
Statistikk
Årsrapporter
Dommer
Søk i avgjorte saker

Avgjorte saker:

[2003](#) [2004](#) [2005](#)

Besøksadresse

H. Heyerdalsgate 1
0033 Oslo

Postadresse

Postboks 8132 Dep
0033 Oslo

Tlf.: 22 33 70 10

Faks: 22 33 70 12

E-post:

postmottak@kofa.no

Avgjorte saker

I en anbudskonkurranse om oppføring av barnehage, var det oppgitt to ulike sett med tildelingskriterier. Klagenemnda fant at dette var i strid med kravet til forutberegnelighet i lovens § 5. Det fremgikk av begrunnelsen for valg av tilbud at evalueringen ikke forholdt seg til tildelingskriteriene, og klagenemnda fant at evalueringen derfor var i strid med forskriftens § 16-2. Klagenemnda antok at vilkårene for erstatning for den negative kontraktsinteressen kunne være oppfylt.

Klagenemndas avgjørelse i sak 2004/106 den 7. mars 2005

Klager: Industriprodukter Bygg & Vedlikehold AS

Pb. 767

8517 Narvik

Innklaget: Ballangen kommune

Rådhusveien 1

8450 Ballangen

Klagenemndas medlemmer: Morten Goller, Inger Marie Dons Jensen, Kai Krüger

Saken gjelder: Angivelse av tildelingskriterier. Begrunnelse. Erstatning for den negative kontraktsinteresse.

Bakgrunn:

(1) Ballangen kommune (heretter kalt "innklagede") kunngjorde 10.12.2003 en åpen anbudskonkurranse for oppføring av Bjørkåsen barnehage. Prosjektet skulle gjennomføres som en totalentreprise, der leverandøren hadde prosjekteringsansvaret. Det ble oppgitt beregnet verdi på anskaffelsen, samt start- og sluttdato.

(2) I konkurransegrunnlaget fremgikk det at: "Byggherren forbeholder seg rett til å velge et hvilket som helst anbud på bakgrunn av pris, kvalitet og tekniske løsninger". Pris og byggetid skulle oppgis. Videre fremgikk det at:

"Valg av entreprenør vil i første omgang vurderes avhengig av både oppstart og kostnad. Hvis det står likt mellom flere entreprenører, vil bl.a. tidsforbruk for ferdigstilling, samt erfaring fra lignende prosjekter legges til grunn."

(3) Under "Referanseprosjekt" ble entreprenøren bedt om å opplyse om han hadde utført lignende prosjekter tidligere, og om navn på referanseprosjekt.

(4) Konkurransegrunnlaget var vedlagt et særskilt anbudsskjema som leverandørene skulle fylle ut, herunder med rubrikk for antall dager som ville gå med. I tillegg skulle det opplyses når arbeidet ville være ferdig.

(5) Det kom inn tre tilbud, herunder fra Industriprodukter Bygg & Vedlikehold AS (heretter kalt "klager") og fra [Losvik Bygg AS](#). Det fremgår av anbudsprotokollen at Losvik Bygg tilbud var nest lavest i pris med kr. 4.068.000,- eks. mva., mens klagers var lavest i pris, med kr. 3.670.000,- eks. mva. Høyeste pristilbud var på kr. 4.487.663,- eks. mva.

(6) Innklagede valgte å inngå kontrakt med Losvik Bygg AS. Klager ble orientert om dette i telefaks av 19.3.2004. I telefaksen ble det ikke gitt noen begrunnelse og heller ingen klagefrist. Klager ba om en særskilt begrunnelse, som ble gitt i telefaks av 23.3.2004. Det ble her opplyst:

"... Byggekomiteen har gjort ei totalvurdering av de tre innkomne anbudene. I sin avgjørelse har byggekomiteen vektlagt parametere som

- erfaring fra tidligere sammenlignbare byggeprosjekt, bygningens planløsning/funksjonalitet utfra brukernes vurdering, materialvalg/miljøvennlighet, teknisk løsning etc..."

Klagers anførsler

(7) Klager har i det vesentlige anført:

(8) I det valgte tilbudet ble ikke byggetid opplyst. Det fremgår av anbudsprotokollen at "Byggetid får vi diskutere nærmere". Tilbudet skulle derfor vært avvist etter forskriftens § 15-10 første ledd bokstav d), fordi dette gjelder et forhold som kan medføre tvil om hvordan tilbudet skal bedømmes i forhold til de andre tilbudene.

(9) At klagers tilbud ikke opplyste om referanseprosjekter, kan ikke medføre avvisning. Dette er opplysninger som relaterer seg til selskapets historikk, og som ikke kan endres i etterkant med virkning for rangeringen av tilbudene.

(10) Det foreligger brudd på forhandlingsforbudet ved at innklagede og den valgte leverandøren i ettertid må ha blitt enige om byggetiden. Det er erkjent at oppstart- og ferdigstillingsdato først ble avklart på presentasjonsmøtet.

(11) Subsidiært anføres at det er begått feil i evalueringen. Viktigste var oppstart og kostnad. Først dersom det sto likt mellom flere leverandører på disse to kriteriene, skulle de øvrige kriteriene evalueres. Det valgte tilbudet lå 17 % høyere i pris enn klagers tilbud, og det var da ikke grunnlag for å trekke inn de øvrige kriteriene i evalueringen.

(12) Det er ikke gitt meddelelse om valg av tilbud som tilfredsstillende kravene i forskriftens § 17-3. Meddelelsen inneholdt ikke tilfredsstillende begrunnelse, og ingen klagefrist.

(13) Klagenemnda bes uttale seg om det er grunnlag for erstatning for den negative eller positive kontraktsinteressen.

Innklagedes anførsler:

(14) Innklagede har i det vesentligste anført:

(15) Selv om ferdigstillelsesdato manglet i Losvik Byggs tilbud, var det ikke tvil om hvordan tilbudet som helhet skulle bedømmes. Siden tilbudene lå nær hverandre i pris, var det flere kriterier som skulle anvendes.

(16) Klagers tilbud var også ufullstendig fordi det ikke var opplyst om han hadde utført noen referanseprosjekter. Tidligere prosjekterfaring med lignende prosjekter ville bli vektlagt dersom leverandørene sto tilnærmelsesvis likt. I avklaringsmøte fremkom det at klager manglet erfaring med tilsvarende prosjekter.

(17) Det er ikke ført forhandlinger med den valgte leverandøren.

(18) Det ble gitt tilstrekkelig begrunnelse for valg av tilbud. Når valg av tilbud ble opplyst den 19.3.2004 mens kontrakten ble underskrevet den 7.5.2004 er det tilstrekkelig klagefrist.

(19) Av anbudsinnbydelsen fremgår det at innklagede ville velge det kvalitativt beste prosjektet. Det var åpnet for en bred og nyansert totalvurdering hvor kostnad, ikke pris, var et av kriteriene.

(20) Klagenemnda har ikke kompetanse til å uttale seg om de rettslige konsekvensene av eventuelle brudd.

Klagenemndas vurdering:

(20) Klager har deltatt i konkurransen, og har saklig klageinteresse, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Anskaffelsen følger etter sin verdi reglene i forskrift om offentlige anskaffelser del III.

(21) Klagenemnda vil bemerke at innklagede har benyttet to ulike sett med tildelingskriterier i konkurransen. Dette har skapt en grunnleggende uklarhet med hensyn til hva som faktisk ville bli vektlagt ved valg av tilbud. Innklagede har med dette brutt kravet til forutberegnelighet i lovens § 5.

(22) Begrunnelsen som er gitt for valg av tilbud er ikke i samsvar med tildelingskriteriene angitt i konkurransegrunnlaget, og klagenemnda må derfor legge til grunn at evalueringen av tilbudene ikke samsvarer med tildelingskriteriene. Innklagede har som følge av dette brutt forskriftens § 16-2 (2).

(23) Klagenemnda kan ikke se at det er holdepunkter for at det forelå en plikt til å avvise verken det valgte tilbudet, eller klagers tilbud.

(24) Klagenemnda mener det er begått slike feil at vilkårene for å kreve erstattet den negative kontraktsinteressen kan være oppfylt.

Konklusjon:

Ballangen kommune har brutt kravet til forutberegnelighet i lovens § 5 ved å angi flere sett med tildelingskriterier i samme konkurranse.

Ballangen kommune har brutt forskrift om offentlige anskaffelser § 16-2 ved ikke å ha evaluert tilbudene i samsvar med tildelingskriteriene.

For klagenemnda, 7. mars 2005

Morten Goller



Forsiden
Nemndsmedlemmer
Saksbehandling
Regelverk
Innkomne saker
Statistikk
Årsrapporter
Dommer
Søk i avgjorte saker

Avgjorte saker:

[2003](#) [2004](#) [2005](#)

Besøksadresse

H. Heyerdalsgate 1
0033 Oslo

Postadresse

Postboks 8132 Dep
0033 Oslo

Tlf.: 22 33 70 10

Faks: 22 33 70 12

E-post:

postmottak@kofa.no

Avgjorte saker

Innklagede gjennomførte en konkurranse med forhandling om kjøp av sykehustjenester innenfor dagkirurgi og operative inngrep. Innklagede skrev en foreløpig evaluering av samtlige tilbud. Det foreligger ikke protokoll over de evalueringene innklagede foretok etter forhandlingene, utover meddelelsesbrevet for valg av leverandør som ble sendt leverandørene. Innklagede vektla andre kriterier for tildeling enn oppgitt i konkurransegrunnlaget. Tidligere positive erfaringer med to av leverandørene ble vektlagt uten tilstrekkelig og forsvarlig dokumentasjon til å sikre lik behandling av tilbyderne, og innklagede vektla leverandørenes geografiske beliggenhet, reisekostnader og reisetid til tross for at dette ikke var tildelingskriterier som fremgikk av konkurransegrunnlaget.

Klagenemndas avgjørelse 7. mars 2005 i sak 2004/124

Klager: Omnia Sykehuset AS

Innklaget: Helse Sør

Klagenemndas medlemmer: Inger Marie Dons Jensen, Kai Krüger, Siri Teigum

Saken gjelder: Krav til protokoll. Krav til referat av forhandlingsmøter. Evaluering av tildelingskriterier.

Sakens bakgrunn:

(1) Helse Sør RHF (heretter kalt innklagede) kunngjorde 10. oktober 2003 en konkurranse med forhandling om kjøp av sykehustjenester innenfor dagkirurgi og operative inngrep som krever innleggelse.

(2) I konkurransegrunnlaget ble det opplyst at det økonomisk mest fordelaktige tilbudet ville bli valgt, på grunnlag av følgende uprioriterte tildelingskriterier:

"Pris og kostnader (% av DRG)

Ventetid fra konsultasjon til behandling

Kapasitet, dvs antall pasienter som kan behandles.

Kvalitet (feilbehandling, reoperasjoner, infeksjoner og klager på behandling)

Egen erfaring med leverandøren

Evne til rapportering i henhold til Sintefs regler

(3) I alt 14 leverandører, herunder OmniaSykehuset AS (heretter kalt klager), leverte inn tilbud.

(4) Innklagede satte opp en foreløpig sammenstilling og vurdering av samtlige tilbud, som blant annet lød slik:

”

Nr	Navn	Sammendrag	Vurdering ift. konkurransegrunnlaget
2	Omnia Sykehuset AS	(...)	<p>Lang, omfattende og generell besvarelse men ikke spesifikk i forhold til :</p> <ul style="list-style-type: none"> • Ventetid fra konsultasjon til behandling • Kapasitet, dvs ant pasienter som kan behandles <p>Vurdering av pristilbud:</p> <p>Ikke i overensstemmelse med utlysningen (mange priser pr DRG).</p> <p>Generelt høye priser.</p> <p>Hva er vår erfaring med leverandøren?</p> <p>OK samarbeid med GOPP</p>
7	Drammen Private Sykehus AS	(...)	<p>Grei og oversiktlig besvarelse.</p> <ul style="list-style-type: none"> • Ventetid fra konsultasjon til behandling: Inntil 8 uker. • Kapasitet: 4 senger, kapasitet som beskrevet under sammendrag. • Kvalitet: Se sammendrag. <p>Vurdering av pristilbud:</p> <p>I overensstemmelse med utlysningen.</p> <p>Jevne og relativt gunstige priser.</p>
9	Colosseumklinikken AS Oslo	(...)	<p>Generell besvarelse med en del fyllstoff.</p> <ul style="list-style-type: none"> • Ventetid fra konsultasjon til behandling: Garantert vurdering av spesialist innen 3 uker, operativ behandling innen 4-6 uker etter dette. • Kapasitet: Ikke oppgitt • Ikke hatt infeksjoner de siste 3 årene.

			<ul style="list-style-type: none"> • Hva er vår erfaring med denne leverandøren?? <p>Vurdering av pristilbud:</p> <p>Ikke helt i overensstemmelse med utlysningen (noen DRG'er uten refusjon). Generelt gunstige priser.</p>
14	Colosseumklinikken Stavanger	(...)	<p>Bra besvarelse men noe mangelfull.</p> <ul style="list-style-type: none"> • Ventetider: Vurdering av spesialist innen 2-4 uker, operativt inngrep etter 4 uker. • Kapasitet: Ikke oppgitt (Må avklares) • Kvalitet: Har ikke hatt alvorlige infeksjoner siste 3 årene på 350 anestesi og 400 mindre operasjoner. <p>Vurdering av pristilbud:</p> <p>Ikke helt i overensstemmelse med utlysningen (noen DRG'er uten refusjon). Generelt gunstige priser.</p>

(5) Det ble også vedlagt en oversikt over gjennomsnittlig prosent av DRG i de ulike tilbudene. DRG står for DiagnoseRelaterte Grupper. Alle typer inngrep og behandlinger ved somatiske sykehus er av Helsedepartementet inndelt i ulike DRG. Forskjellige typer behandlinger og prosedyrer "samles" i grupper. Helsedepartementet har lagt inn en beregningsmodell av gruppene opp mot finansiering, dvs at de ulike gruppene blir vektet i poengs form. Hver gruppe har ulik tyngde, dvs ulik "poengsum". Helsedepartementet fastsetter en gang pr år hva ett DRG poeng er verdt (i pris). Avhengig av tyngde, dvs hvilken poenggruppe DRG-gruppen har, beregnes prisen av gruppen i forhold til Helsedepartementets verdsettelse av ett DRG poeng. For å sikre forutberegnelighet regnes prisene for ulike behandlinger i % av DRG.

(6) I et arbeidsnotat datert 17. november 2003 ble det innstilt på å forhandle med 5 leverandører, herunder klager, Drammen Private Sykehus, Colosseumklinikken Oslo og Colosseumklinikken Stavanger. Videre sto det blant annet:

"I og med at det er flere nye tilbydere denne gangen kan vi ikke bruke kriteriet "egne erfaringer med leverandøren" da dette vil være slik jeg tolker det, diskriminerende ut fra forskriften om offentlige anskaffelser".

(7) I et udatert dokument kalt "Forhandlingsmøter Sykehustjenester, Mal for møtene" skrev innklagede blant annet dette:

"Generelt om tilbudet:

• Senger

• Har leverandøren kapasitet?? Hvor mange pasienter kan vi få garanti for at leverandøren kan behandle??

- Ventetider
- o Konsultasjon
- o Behandling
- Vi tillater ikke bruk av vårt sykehuspersonale, gjelder hovedstillinger. (Team)
- Alle søknader via vårt kontor i Tønsberg

Prisskjema:

- *Utgangspunkt: Prislister 2003, men det er 2004 prislister som vil gjelde. (Tilbud konverteres til 2004)*
- Omfang, dvs områder eller DRG-grupper
- o Tillegg
- o Diagnoser vi ikke ønsker fjernes
- o Prioriterte diagnoser
- o Høye priser må være medisinsk begrunnet
- DRG – pris pr. diagnose NB: Sammenligning mot laveste anbyder
- Priser undersøkelser som ikke fører til operasjon
- Kun fakturering av utført behandling via GOPP. Kun betaling for det som er på fila.
- Økonomisk tak/uttak"

(8) I brev datert 12. desember 2003 skrev innklagede at de ville inngå rammeavtaler med Drammen Private Sykehus, Colosseumklinikken Oslo og Colosseumklinikken Stavanger. Videre sto det blant annet:

"Begrunnelse for valget:

For 2003 valgte styret i Helse Sør RHF å gå inn for en relativt bredt sammensatt avtaleportefølje med flere private sykehus. (...). Styret valgte derfor for 2004 å ha en strategi om å inngå avtaler om færre grupper som skulle behandles ved private sykehus.

Helse Sør RHF har et sørge for- ansvar for innbyggerne i vår helseregion. Det er derfor et poeng å kunne tilby supplerende sykehustjenester fra private aktører som er lokalisert i eller mest mulig nær vårt geografiske område. I og med at deler av transportutgiftene for pasienter fom 2004 skal dekkes av de regionale helseforetakene, blir dette en som må vektlegges fra 2004. Forutsetningen vil være at private aktører i eller nær vår egen region har et tilbud som sammen med stipulerte reisekostnader og øvrige betingelser gjør tilbudet aktuelt å vurdere.

DPS har vært den klart største samarbeidspartner i 2003, og Helse Sør RHF har gode erfaringer med DPS som samarbeidsaktør. DPS ligger sentralt plassert i regionen. Når DPS i tillegg leverer et akseptabelt tilbud mht pris samt tilfredsstillende de øvrige tildelingskriteriene, velger Helse Sør RHF DPS som samarbeidspartner også for 2004. DPS har den nødvendige kapasitet til å kunne levere de samme volumer av tjenester også i 2004.

Osloområdet har det klart største antall private sykehus i landet, og Helse Sør RHF har da også mottatt en rekke tilbud fra private sykehus i Oslo. Geografisk ligger ikke Oslo langt unna store befolkningsskonsentrasjoner i vår region, og det er naturlig å velge en privat samarbeidspartner i Oslo i tillegg til DPS. Basert på forannevnte grunnlag, mottatte tilbud og tidligere erfaringer med ulike private sykehus har helse Sør RHF valgt å inngå avtale med Colosseumklinikken Legeavdeling AS for 2004 som også leverte et meget godt tilbud.

For 2004 mottok Helse Sør RHF også tilbud fra Colosseumklinikken Stavanger AS som er interessant med tanke på et supplerende tilbud for pasienter fra den sørvestre delen av vår helseregion. Reisetid og reisekostnader fra den delen av regionen til Stavanger gjør dette til et reelt alternativ for pasienter i området. Helse Sør RHF velger derfor å inngå avtale for 2004 også med dette private sykehuset.”

(9) Klager påklaget avgjørelsen i brev datert 19. desember 2003. Den 29. desember 2003 inngikk innklagede kontrakt med de tre leverandørene. Innklagede besvarte klagen i brev datert 30. desember 2003. I brevet sto det blant annet:

”Det var små forskjeller mellom tilbyderne på ventetider, kapasitet, kvalitet og evne til å rapportere. Pris og kostnader ble derfor utslagsgivende. Med hensyn til sistnevnte så ligger Deres reviderte tilbud etter forhandlingsmøtet vesentlig høyere på sammenlignbare diagnosegrupper sett i forhold til de private institusjoner som er tildelt kontrakt for 2004.”

(10) Den 30. desember 2003 skrev innklagede også en protokoll. Protokollens punkt 14 lød ”Begrunnet valg av leverandør”. Dette punktet er fylt ut med ”Se vedlagte brev”, og viser etter innklagedes opplysning til den foreløpige sammenstillingen og vurderingen av tilbudene som ble foretatt før forhandlingene. Protokollens punkt 21 lyder ”Navn på leverandør som ble tildelt oppdraget og begrunnelse for valget med angivelse av tilbudets relative fordeler og egenskaper”. Dette punktet er fylt ut med ”Se egen begrunnelse”, og viser etter innklagedes opplysning til innklagedes brev til leverandørene datert 12. desember 2003.

Klager har i det vesentlige anført:

(11) Innklagede har brutt lov og forskrift om offentlige anskaffelser.

Manglende etterprøvbarehet

(12) Kravet til etterprøvbarehet er brutt ved at innklagede ikke har sendt ut referater fra forhandlingene.

(13) Det er heller ikke fremlagt noen sammenstilling og vurdering av tilbudene etter forhandlingene. Det er således ikke fremlagt noen dokumentasjon som muliggjør noen reell etterprøving. Det fremgår ikke hva som er vurdert under de enkelte tildelingskriteriene. Det er ikke fremlagt dokumentasjon som viser at evalueringen har vært forsvarlig.

Geografisk beliggenhet – lokal diskriminering

(14) Det fremgår direkte av begrunnelsen at innklagede har vektlagt geografisk beliggenhet i evalueringen av tilbudene. Dette er i strid med forbudet mot diskriminering i forskriftens § 3-1 (3). Tildelingsbrevet kan vanskelig forstås annerledes enn at dette er et av de kriterier som har blitt vektlagt. Dersom tildelingsbrevet etter innklagedes oppfatning er feilaktig eller er egnet til å misforstås, må innklagede være nærmest til å dokumentere egen påstand om at geografisk beliggenhet ikke er vektlagt.

(15) Det fremstår i beste fall som uklart hvordan innklagede selv oppfatter egne opplysninger om vektlegging av geografisk beliggenhet i tildelingsbrevet. Når det ikke foreligger annen dokumentasjon enn tildelingsbrevet, foreligger det ingen reell etterprøvnbarhet knyttet til dette. Innklagede ga indikasjoner på at reisekostnader må vektlegges fra 2004, uten at det opplyses hvordan dette er gjort. Dette utgjør et brudd på kravene til gjennomsiktighet, etterprøvnbarhet eller forutberegnelighet.

Utenforliggende hensyn

(16) Ved å vektlegge geografisk beliggenhet, har innklagede lagt vekt på utenforliggende hensyn.

(17) Innklagede har også lagt vekt på andre utenforliggende hensyn, i det reisekostnader og reisetid fra regionen til andre regioner er vektlagt. Dette strider mot lovens krav til forutberegnelighet.

Erfaring med leverandøren

(18) Til tross for at innklagede i arbeidsnotatet konkluderer med at det vil være diskriminerende å vektlegge tildelingskriteriet "erfaring med leverandøren", fremgår det av tildelingsbrevet at innklagede faktisk har vurdert dette. Adressat og avsender av arbeidsnotatet er de samme som relativt kort tid etter signerte tildelingsbrevet. Etersom innklagede ikke har fremlagt dokumentasjon som viser at kriteriet ikke ble vektlagt, må begrunnelsen innklagede selv ga for tildelingen, legges til grunn. Vektleggingen innebærer en ulovlig diskriminering og brudd på likebehandlingsprinsippet.

(19) Det er ikke gitt opplysninger i protokollen om at tildelingskriteriet ikke er anvendt, hvilket utgjør et brudd på kravet til gjennomsiktighet og etterprøvnbarhet.

(20) Dersom det faktisk stemmer at innklagede ikke vektla tildelingskriteriet "erfaring med leverandøren", utgjør det et brudd på kravet til forutberegnelighet at innklagede ikke meddelte dette til leverandørene. For å sikre kravet til gjennomsiktighet og etterprøvnbarhet burde det også vært angitt eksplisitt i protokollen.

Evalueringen

(21) De leverandørene som har fått tildelt kontrakt, har ikke bedre kvalitet sammenlignet med klager. Det bes om en forklaring på hvordan Colosseumklinikken i Stavanger har skåret, ettersom denne er nyoppstartet. Det kan reises tvil om tildelingskriteriene er brukt på en forsvarlig måte. Innklagede har ikke vært konsekvent med hensyn til innsamling og sammenstilling av data. Ut fra fremlagte dokumentasjon mangler det opplysninger om enkelte tildelingskriterier. Tilgjengelig faktagrunnlag er ikke tilstrekkelig til å vurdere om det økonomisk mest fordelaktige tilbudet er valgt.

Avlysning uten saklig grunn

(22) Innklagede har avlyst deler av konkurransen uten saklig grunn.

Innklagede har hevdet at pasientgruppen "søvn og snorkepasienter" ligger inne i de inngåtte kontraktene. Søvn og snorkepasienter behandles imidlertid av offentlige sykehus i Helse Sør, slik at det faktisk har skjedd en tilbaketrekking av deler av anbudskonkurransen.

Erstatning

(23) Klagenemnda bes uttale seg om det er grunnlag for å kreve erstatning.

Innklagede har i det vesentlige anført:

Manglende etterprøvarhet

(24) Anskaffelsesregelverket oppstiller ikke et krav til referater fra forhandlingsmøtene.

(25) Evalueringsmodellen gjenspeiler evalueringen av alle tildelingskriteriene etter endte forhandlinger, da det var leverandørenes priser som først og fremst var tema i forhandlingene. Etter endte forhandlinger var leverandørenes tilbudte priser så klare at det ikke var nødvendig å oppstille disse i en evalueringsmodell for å kunne sammenligne tilbudene. Den opprinnelige evalueringsmodellen ble benyttet for de øvrige tildelingskriteriene.

Geografisk beliggenhet – lokal diskriminering

(26) Innklagede har ikke lagt vekt på lokal tilhørighet ved vurderingen av tilbudene. Innklagede har følgelig ikke brutt ikke-diskrimineringsprinsippet.

(27) Bemerkningen i meddelelsesbrevet datert 12. desember 2003 viser at reisekostnad eventuelt kunne ha medført at man ville se bort fra ellers interessante tilbud. Hva gjelder Colosseumklinikken Stavanger gjorde reisekostnadene ikke dette tilbudet uaktuelt. Det er intet som tyder på at lokalisering skulle ha talt imot klager ved innklagedes valg av tilbud. To av de valgte leverandørene er lokalisert i hhv Drammen og Oslo, den tredje i Stavanger. Klager har tilbudt tjenester ved sitt sykehus i Oslo.

Utenforliggende hensyn

(28) Innklagede har heller ikke vektlagt tildelingskriterier som ikke fremkom av konkurransegrunnlaget.

(29) Et av tildelingskriteriene var "pris og kostnader (% av DRG)". Reisekostnader har ikke vært gjenstand for vurdering og har ikke hatt betydning for valg av tilbud.

Erfaring med leverandøren

(30) Tildelingskriteriet "egen erfaring med leverandøren" er ikke benyttet på en slik måte som klager anfører. Innklagede ble kjent med KOFA sak 2004/126 først etter at anskaffelsesprosessen var igangsatt, og anså at nevne kriterium ikke burde benyttes ved vurderingen av tilbudene. Innklagede erkjenner at ordlyden i meddelelsesbrevet av 12. desember 2003 er uheldig, og til dels misvisende, men det er intet i evalueringen som tyder på at kriteriet "egen erfaring med leverandøren" har vært benyttet på noen måte som har hatt betydning for vurderingen av tilbudene. Riktignok er spørsmålet "hva er vår erfaring med leverandøren" stilt i den foreløpige sammenstillingen av tilbudene, men i det påfølgende arbeidsnotatet datert 17. november 2003, der det ble innstilt på hvilke leverandører det skulle forhandles med, fremgår det at det ville være diskriminerende å bruke kriteriet. Man må derfor kunne legge til grunn at kriteriet ikke har hatt betydning for resultatet av evalueringen. Klagers anførsler

bygger på spekulasjoner om faktum og den fremlagte dokumentasjon som det ikke er dekning for.

(31) Manglende meddelelse om at et tildelingskriterium ikke er benyttet, nettopp for å sikre likebehandling av leverandørene, utgjør ikke et brudd på kravet til forutberegnelighet. Klager kan uansett ikke ha antatt at et kriterium klager mener er ulovlig, ville benyttes i evalueringen. Klager har dermed ikke grunnlag for å hevde at det er i strid med kravet til forutberegnelighet at dette ikke har vært meddelt. Uansett har ikke mangel på slik meddelelse hatt betydning for resultatet av konkurransen.

Evalueringen

(32) Det ligger utenfor KOFAs kompetanseområde å overprøve innklagedes innkjøpsfaglige skjønn.

Avlysning uten saklig grunn

(33) Avlysning har ikke skjedd. Behandling av søvn og snorkepasienter var ikke del av denne konkurransen. Ikke-kirurgisk snorkebehandling, dvs søvnutredning og maskebehandling, inngikk ikke i konkurransegrunnlaget, og er heller ikke omfattet av kontraktene som er inngått. Øre, nese og halskirurgi inngikk imidlertid i konkurransegrunnlaget, og snorkeoperasjoner inngår også i avtalene med Colosseumklinikkene.

Erstatning

(34) Innklagede avviser at det er grunnlag for å kreve erstatning.

Klagenemndas vurdering:

(35) Klager har deltatt i konkurransen og har saklig klageinteresse, jf. forskrift om klagenemnd om offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Anskaffelsen reguleres av forskrift om offentlige anskaffelser del I og III.

Krav til etterprøvbarehet

(36) Forskrift om offentlige anskaffelser § 15-1 om protokollføring krever at det føres protokoll som beskriver alle vesentlige forhold og viktige beslutninger gjennom hele anskaffelsesprosessen. Oppdragsgiver plikter å dokumentere gangen i forhandlinger, noe som i praksis betyr at det må føres referat, jf kravet til etterprøvbarehet i lovens § 5 og KOFA sak 2003/171. Innklagedes "mal for møtene" dokumenterer ikke hva som faktisk foregikk i forhandlingene, og tilfredstiller således ikke kravet til referat fra forhandlingsmøtene.

(37) Innklagede har også vist til sin "protokoll" datert 30. desember 2003. Denne er imidlertid satt opp mer enn to uker etter at valg av leverandører var gjort. Den fremstår som et tillegg til begrunnelsen som allerede var gitt i brevet av 12. desember, og er derfor ikke en tilfredsstillende dokumentasjon på hva som ble drøftet under forhandlingene.

(38) Forskriftens § 15-1 (2) bokstav c) krever at anbudsprotokollen minst inneholder opplysninger om "*begrunnelse for valg av tilbud med angivelse av tilbudets verdi og relative fordeler og egenskaper i forhold til de øvrige tilbudene*", jf også begrunnelsesplikten fastsatt i forskriften § 17-3 (2) og § 10-3 (2). Den fremlagte protokollen viser til begrunnelsen for valg av leverandør som fremgår av innklagedes brev datert 12. desember 2003. Denne angir verken de valgte tilbudenes verdi eller de relative fordelene og egenskapene i forhold til de øvrige tilbudene. Begrunnelsen omtaler først og fremst tilbydernes geografiske plassering, hvoretter pris og øvrige tildelingskriterier anses som tilfredsstillt. Dette er ikke i overensstemmelse med forskriften, som krever at begrunnelsen

skal vise at den foretatte tildelingen er i samsvar med de forhåndskunngjorte tildelingskriteriene.

(39) I protokollen har innklagede videre vist til den foreløpige evalueringen som ble foretatt før forhandlingene, og anført at denne står ved lag med unntak for prisvurderingene, ettersom det først og fremst var priser som var tema i forhandlingene. Innklagedes anførelse forutsetter at tilbudenes innhold i forhold til tildelingskriteriene for øvrig er uendret etter gjennomførte forhandlinger. Når det ikke er fremlagt dokumentasjon på hva forhandlingene dreide seg om, kan de foretatte sluttvurderinger ikke etterprøves, slik regelverket forutsetter. Klagenemnda bemerker at mulige reviderte pristilbud ikke er dokumentert. Nemnda peker dessuten på at "kapasitet" er spesifisert som et av de relevante tildelingskriterier. Det synes å fremgå at verken Colosseumklinikken Stavanger eller Colosseumklinikken Oslo har oppgitt kapasitet, slik at dette i tilfelle måtte forventes berørt under forhandlingene. Men hvordan dette kriterium er håndtert og vurdert under forhandlingene fremgår ikke, og kan derfor heller ikke etterprøves.

(40)



Forsiden
Nemndsmedlemmer
Saksbehandling
Regelverk
Innkomne saker
Statistikk
Årsrapporter
Dommer
Søk i avgjorte saker

Avgjorte saker:

[2003](#) [2004](#) [2005](#)

Besøksadresse

H. Heyerdalsgate 1
0033 Oslo

Postadresse

Postboks 8132 Dep
0033 Oslo

Tlf.: 22 33 70 10

Faks: 22 33 70 12

E-post:

postmottak@kofa.no

Avgjorte saker

Innklagede gjennomførte en åpen anbudskonkurranse for septikrenovasjon. Etter at meddelelse om valg av leverandør var gitt, ble det klart at den valgte leverandøren ikke ville være i stand til å oppfylle kontraktsforpliktelsene. Innklagede gikk så i forhandlinger med de andre tilbyderne. Dette var et brudd på forhandlingsforbudet, men klagenemnda fant at forholdet ikke hadde hatt betydning for valget av leverandør, da innklagede i den endelige evalueringen så bort fra de fremforhandlede endringene. Når det gjaldt evalueringen av tilbudene, fant klagenemnda ikke grunn til å overprøve innklagedes vurdering.

Klagenemndas avgjørelse 21. februar 2005 i sak 2004/61

Klager: KLM Miljø AS

Innklaget: Gjøvik kommune

Klagenemndas medlemmer: Jens Bugge, Per Christiansen, Andreas Wahl

Saken gjelder: Forhandlingsforbudet. Erstatning.

Bakgrunn:

(1) Gjøvik kommune (heretter kalt innklagede) kunngjorde 26. juni 2003 en åpen anbudskonkurranse for septikrenovasjon i perioden 1. januar 2004 til 31. desember 2008.

(2) Kontrakten skulle tildeles leverandøren med det økonomisk mest fordelaktige tilbudet, basert på følgende kriterier:

"Totalkostnad for kommunen

Anbyders gjennomføring av oppdraget, herunder

Innsikt og erfaring i oppgaven, dokumenteres og beskrives

Utstyrspark og arbeidsverktøy, dokumenteres og beskrives

Kvalitetssikring og HMS, dokumenteres og beskrives

Rute/rodeplanlegging, beskrives

Det vil bli lagt stor vekt på optimal ruteplanlegging for best mulig effektiv og optimal utnytting av bilpark og mannskap

Tilgjengelighet i forhold til abonnenter/responstid, beskrives

Service, beskrives:

Beskrivelse av hvordan kundekontakt/rapportering og kontakt til oppdragsgiver planlegges gjennomført, herunder også håndtering av klager fra kunder/oppdragsgiver og responstid for retting av feil og avvik

Tilbudet skal angi en forpliktende erklæring om egne målsettinger (mål og visjoner) for service, Hva er det anbyder legger i begrepet service? Det vil bli lagt stor vekt på anbyders evne/vilje og beskrivelse/framstillingen av dette”

(3) Tre leverandører innga tilbud. Disse var KLM Miljø AS (heretter kalt klager), Br. Grønnerud AS (heretter kalt Grønnerud) og Arnkværn Miljø og Renovasjon AS (heretter kalt Arnkværn).

(4) Den 18. desember 2003 ble leverandørene meddelt at Arnkværn var tildelt kontrakten. Etter hvert ble det imidlertid klart at Arnkværn ikke ville etterkomme krav i kontrakten, og den 12. februar 2004 ble Arnkværn og innklagede enige om at Arnkværn skulle løses fra denne. Kontrakt mellom innklagede og Arnkværn ble aldri underskrevet.

(5) I brev av 13. februar 2004 ble klager og Grønnerud innkalt til forhandlinger. Forhandlingsmøte ble holdt 20. februar 2004. På bakgrunn av tilbudene slik de fremstod etter forhandlingene, fattet innklagede 1. mars 2004 et administrativt vedtak om å inngå kontrakt med Grønnerud.

(6) Etter å ha rådført seg med en advokat ble kommunen imidlertid oppmerksom på at det ikke hadde vært adgang til å gjennomføre forhandlinger. Innklagede gjennomgikk derfor de innleverte tilbudene på nytt. Den 8. mars 2004 vedtok innklagede å inngå kontrakt med Grønnerud. Grunnlaget for rådmannens vedtak ble begrunnet slik:

”Firma Brdr. Grønnerud AS har i mange år betjent kommunens innbyggere innenfor spredt bebyggelse (septikrenovasjon) på en meget tilfredsstillende måte. Dette merkes på svært lite klager på tjenesten, og derigjennom lite ressursbruk fra kommunens side på klagebehandling. Firmaet fremstår som strukturert og ryddig i sitt forhold til oppdragsgiver.

Ved utarbeidelse av nytt anbudsgrunnlag, ble det fra fagseksjonens side lagt stor vekt på kvalitet og service overfor brukerne av tjenesten. Kravene fremkommer i pkt. 1.8 (kriterier for valg) i anbudsgrunnlaget. Anbyder skal her dokumentere og beskrive blant annet innsikt og erfaring, utstyrspark og arbeidsverktøy, kvalitetssikring og HMS, rute/rodeplanlegging, tilgjengelighet og responstid. Ved å forlange utdypende svar på disse punktene, kan oppdragsgiver kvalitetssikre at anbyderne oppfyller de kravene som er satt i forhold til kvalitet og service overfor brukerne.

Brdr. Grønnerud er eneste firma som har oppfylt kravene fullt ut.”

(7) Valget ble meddelt klager i brev av 8. mars 2004. Innklagede opplyste om at det i evalueringen var sett bort fra de endringene som ble gjort i

forhandlingsmøtene. Det ble gitt følgende begrunnelsen for at Grønneruds tilbud ble vurdert som det økonomisk mest fordelaktige:

"Ett av tildelingskriteriene var tilbyders gjennomføring av oppdraget. Tilbyders gjennomføringsevne har vært viktig for kommunen, noe som har vært formidlet gjennom konkurransegrunnlag og anbudsbefering. Dette tildelingskriteriet hadde flere underkriterier. Br. Grønnerud AS tilbud er vesentlig bedre enn Deres tilbud med hensyn til flere av disse underkriteriene. Særlig vil kommunen fremheve at Br. Grønnerud AS' tilbud er mye bedre med hensyn til utstyrspark og arbeidsverktøy. Deres tilbud innebærer at det skal benyttes i overkant av én bil til oppdraget. Kommunen vurderer dette som lite realistisk i forhold til oppdragets omfang innen de angitte frister. Videre er Br. Grønnerud AS' rute/ruteplanlegging markert bedre enn hva som er tilbudt fra Dem. Kommunen har vurdert Deres tilbud dit hen at det vil være nærmest umulig å klare oppdraget innenfor de perioder som er satt, så lenge man ikke kan foreta en logistikkplanlegging av oppdraget pr område eller rute. En slik planlegging ville vist forholdet mellom behov og innsatsmidler. En planlegging etter at kontrakt er inngått er ikke tilstrekkelig for å overbevise kommunen. Det har vært et krav at leverandøren skulle utføre dette før kontrakt.

Videre har Br. Grønnerud tilbudt en noe bedre responstid enn Dem, uten at dette i seg selv har vært tillagt større vekt. [...]

Service har også vært et tildelingskriterium. Br. Grønnerud AS har også et bedre tilbud på dette punktet.

Samlet fremstår særlig Deres gjennomføringsevne som svak. Slik sett har kommunen kommet til at konsekvensene er at De ved det som De har tilbudt bl.a. vil ha vanskeligheter med å kunne klare å gjennomføre oppdraget slik som forutsatt og at prisdifferansen mellom tilbudene ikke er nok til å kompensere for dette forholdet. Det vises til at en svak gjennomføringsevne vil kunne påføre kommunen betydelige kostnader."

(8) Det er i ettertid opplyst at klagers tilbud var på kr. 1.270.000, mens Grønneruds tilbud var på kr 1.680.000.

Anførsler:

Klagers anførsler:

(9) Klager anfører at innklagede har brutt regelverket for offentlige anskaffelser.

(10) Etter at kontrakt mellom innklagede og Arnkværn ble inngått, var konkurransen avsluttet. Innklagede skulle da gjennomført en ny konkurranse.

(11) Subsidiært skulle innklagede inngått kontrakt med klager. Klager hadde lavest tilbudspris, tilstrekkelig med kjøretøy og mannskap og en programvare for ruteplanlegging.

(12) Klager krever erstattet tapt fortjeneste, subsidiært utgiftene forbundet med å delta i konkurransen.

Innklagedes anførsler:

(13) Innklagede bestrider å ha brutt regelverket for offentlige anskaffelser.

(14) Det ble aldri underskrevet kontrakt med Arnkværn. Avtale var dermed ikke inngått, og konkurransen var ikke avsluttet.

(15) At klagers tilbud hadde lavere pris enn Grønneruds tilbud, kunne ikke oppveie de kvalitetsmessige forskjellene ved rute/rodeplanlegging og det faktum at klager ved å tilby for liten utstyrsark har vist manglende oppgaveforståelse.

Klagenemndas vurdering:

(16) Klager har deltatt i konkurransen og har saklig klageinteresse, jf forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig.

(17) Etter forskrift om offentlige anskaffelser § 17-3 (1) er avtale inngått først når kontrakten er undertegnet av oppdragsgiver og valgte leverandør. Klagenemnda legger til grunn innklagedes forklaring om at kontrakt ikke var inngått, og konkurransen kan dermed heller ikke anses avsluttet.

(18) Ettersom konkurransen ikke var avsluttet, var innklagede forpliktet til å velge tilbud i henhold til foreskrevet prosedyre i kunngjøring og konkurransegrunnlag, i dette tilfellet åpen anbudskonkurranse. Innklagede handlet dermed i strid med forskriftens § 16-1 ved å gjennomføre forhandlinger med klager og Grønnerud. Slik klagenemnda forstår faktum, har imidlertid ikke feilen hatt betydning for tildelingen av kontrakt, da innklagede ved den siste evalueringen så bort fra endringene som ble gjort under forhandlingene.

(19) Når det gjelder evalueringen av tilbudene, fremgår det at først og fremst kvalitet, service og rute-/rodeplanlegging skilte tilbudene i Grønneruds favør. Disse forholdene er omfattet av tildelingskriteriene. Klagenemnda har ikke grunnlag for å underkjenne innklagedes evaluering av tilbudene, som innebar at Grønneruds tilbud ble vurdert som bedre med hensyn til disse forholdene og at dette mer enn oppveide prisforskjellen.

(20) Klagenemnda finner ikke tilstrekkelig grunnlag for å uttale seg om erstatningsspørsmålet.

Konklusjon:

Gjøvik kommune har brutt forskrift om offentlige anskaffelser § 16-1 ved å gjennomføre forhandlinger i en åpen anbudskonkurranse. Klagenemnda antar imidlertid at denne feilen ble rettet ved at innklagede så bort fra endringene i den endelige evalueringen.

For klagenemnda,

21. februar 2005

Per Christiansen



Forsiden
Nemndsmedlemmer
Saksbehandling
Regelverk
Innkomne saker
Statistikk
Årsrapporter
Dommer
Søk i avgjorte saker

Avgjorte saker:
[2003](#) [2004](#) [2005](#)

Besøksadresse
H. Heyerdalsgate 1
0033 Oslo

Postadresse
Postboks 8132 Dep
0033 Oslo

Tlf.: 22 33 70 10

Faks: 22 33 70 12

E-post:
postmottak@kofa.no

Avgjorte saker

Innklagede kunngjorde en åpen anbudskonkurranse for levering av WAN-nett med tilhørende nettverkskomponenter. Konkurranses grunnlaget var uklart med hensyn til anskaffelsesprosedyre, ved at det både henviste til åpen anbudskonkurranse og til konkurranse med forhandling. Konkurransen ble gjennomført som en konkurranse med forhandlinger. Dette var et brudd på kravet til forutberegnelighet.

Klagenemndas avgjørelse 21. februar 2005 i sak 2004/60

Klager: Élla kommunikasjon AS

Innklaget: Sørlandet Sykehus HF

Klagenemndas medlemmer: Jens Bugge, Per Christiansen, Inger Roll-Matthiesen

Saken gjelder: Anskaffelsesprosedyre. Uklart konkurransegrunnlag. Avvikende opplysninger i kunngjøring og konkurransegrunnlag.

Bakgrunn:

(1) Sørlandet sykehus HF (heretter kalt innklagede) kunngjorde 8. september 2003 en åpen anbudskonkurranse for levering av "WAN-nett med tilhørende nettverkskomponenter". Kontrakten ble angitt som en varekontrakt, beskrevet som "en kombinasjon av kjøp, leie leasing og avbetalingskjøp". Hovedobjektet var gitt CPV-koden 72 53 20 00 (WAN-tjenester, fjernnett), mens tilleggsobjektene hadde kodene 30 25 10 00 (EDB-kontrollsystem) og 30 23 60 00 (IT-utstyr). Anskaffelsen var beskrevet som "høyhastighetsnett mellom Sørlandet sykehus sine avdelinger i begge agderfylkene".

(2) I konkurransegrunnlaget het det under punkt 1 at "anskaffelsen utlyses som EØS anbud med forhandlinger", mens det under punkt 3.14 "Kontraktstype og kontraktstildeling" stod at:

"Anskaffelsesprosedyren er – åpen anbudskonkurranse. Kontraktstypen er utstyrskontrakt og serviceavtale. Det vil bli benyttet standard kjøpsavtale utarbeidet av Statskonsult.

Kunden forbeholder seg retten til å føre kontraktsforhandlinger med en eller flere tilbydere forut for en eventuell kontraktstildeling.

Endelig kontrakt vil bli utarbeidet etter eventuelle avklaringer/forhandlinger og valg av leverandør, med utgangspunkt i anbudsinnbydelsen, leverandørens tilbud og IT-avtalens bestemmelser.”

(3) I konkurransegrunnlaget var anskaffelsen innledningsvis beskrevet slik:

”Nettverket mellom SSHF lokasjoner skal bygges over tid. Det betyr at vi ønsker å etablere kommunikasjon mellom noen av lokasjonene så fort det lar seg gjøre, for så å ha opsjon for etablering av kommunikasjon til andre enheter på et senere tidspunkt. Økning av hastighet i forhold til de krav IT-systemet stiller vil også være en opsjon.

Etablering av nettverk vil skje i flere faser hvor

1 det etableres et nettverk mellom alle sykehusene og felles kommunikasjon mot Internett. Dette betyr også en etablering av nye nettkomponenter og sikkerhetsløsning for hele foretaket.

2 det etableres et nettverk til DPS og andre enheter

3 båndbredde økes i forhold til de krav og tjenester som nettverket skal brukes til

Deler av første fase er budsjettert og skal anskaffes i 2003.

Anbudet er delt inn i to avtaler (kravspesifikasjoner):

1 Kravspesifikasjon WAN – beskrivelse av krav til høyhastighetsnettverk Bilag 1

2 Kravspesifikasjon nettkomponenter – beskrivelse av krav til nettkomponenter og sikkerhetsløsning Bilag 1

Tilbyder kan velge å besvare begge, eller kun en av forespørslene med bilag”

(4) De ønskede opsjonene var nærmere opplistet. Innklagede skrev at *”foretaket kan pr dags dato av budsjettmessige årsaker og eventuelle strukturendringer ikke oppgi mengde av opsjoner som vil bli anskaffet”.*

(5) Det het i punkt 3.13 at innklagede forholdt seg retten til å anta hele eller deler av tilbudet, og at leverandøren med det økonomisk mest fordelaktige tilbudet ville bli valgt. Tildelingskriteriene var, i uprioritert rekkefølge:

”

Funksjonalitet og brukervennlighet

Dokumentert kapasitet/leveringsdyktighet

Totalleverandør i henhold til kravspesifikasjonen

Pris

Referanser

Service, opplæring og oppfølging

Organisasjon, faglig kompetanse og dokumentert kvalitetssikring

Garantiansvar

Tilbyders økonomiske soliditet

Totalvurdering av leveransen”

(6) Under punkt 3.6 het det følgende om alternative løsninger:

”Dersom anbyder ønsker å tilby alternative løsninger ut over kravspesifikasjonen kan dette gjøres som tillegg til anbudet. Alternative løsninger og utstyr beskrives i funksjon og virkemåte og prissettes og det merkes tydelig hvilke punkter i anbudet det erstatter.”

(7) Tilbudsfrist var 4. november 2003. Syv leverandører innga tilbud på hele eller deler av forespørselen. Noen av leverandørene ga flere tilbud, herunder Ementor, som leverte ett tilbud i henhold til kravspesifikasjonen og ett alternativt tilbud.

(8) Innklagede foretok avklaringer med alle tilbyderne for å gjøre endringer i tilbudene slik at de ble sammenlignbare. Som resultat ble klager og Ementor innkalt til forhandlingsmøter. Den 11. desember 2003 ble leverandørene meddelt at Ementor var tildelt kontrakt. Kontrakt er nå inngått.

Anførsler:

Klagers anførsler:

(9) Innklagede har brutt regelverket for offentlige anskaffelser.

(10) Innklagede hadde ikke anledning til å benytte konkurranse med forhandlinger. Innklagede begrunner valget av prosedyre med at det er stor usikkerhet knyttet til foretakets omstrukturering og budsjettsituasjon. Dette er forhold som innklagede måtte ha avklart internt i forkant av konkurransen. Mesteparten av usikkerheten ville ha vært fjernet dersom innklagede hadde ventet tre uker med å sende ut anbudsdokumentene. Videre er den tekniske leveransen ikke særlig komplisert. Anskaffelsen under ett, både WAN og nettverkskomponenter, bygger teknologisk på standard hyllevarer, og usikkerheten rundt anskaffelsen ligger derfor på et akseptabelt nivå. Det var dessuten ikke samsvar mellom kunngjøring og konkurransegrunnlag, ved at det ble kunngjort en åpen anbudskonkurranse, og konkurransegrunnlaget var uklart.

(11) Innklagede skulle avvist tilbudet fra Ementor. Alternative løsninger kunne bare gis som et tillegg til ordinært tilbud, dvs et tilbud i henhold til kravspesifikasjonen.

(12) Innklagede hadde ikke lov til å foreta en slik vesentlig endring i

arbeidsomfanget som det ble gjort 1. desember 2003.

(13) Videre var ikke tildelingskriteriene tilstrekkelig klare til å sikre forutberegnelighet for leverandørene ved at disse ikke angir hvordan anskaffelsen og opsjoner skal evalueres, med hensyn til vekting, fremtidig prising av opsjoner og i hvilket omfang innklagede antar at opsjonene vil bli benyttet. I konkurransegrunnlaget var det heller ikke oppgitt hvor mange år kontrakten var ment å vare.

(14) Innklagede var forpliktet til å vurdere de innkomne tilbudene separat.

(15) Klager ber klagenemnda uttale seg om vilkårene for å få erstattet negativ eller positiv kontraktsinteresse er oppfylt.

Innklagedes anførsler:

(16) Innklagede bestrider å ha brutt regelverket for offentlige anskaffelser.

(17) Anskaffelsen gjelder en tjenestekontrakt, der tjenestens art og tilknyttede risiko ikke tillater samlet prisfastsettelse på forhånd. Vilårene for å benytte konkurranse med forhandling er således oppfylt, jf forskriftens § 4-2 bokstav b). Leveransen på linjer og nettkomponenter som gjaldt på tidspunktet for anbudsinnbydelsen, var basert på en kontrakt (med klager) med varighet til 31. desember 2003. Det var derfor viktig for innklagede å planlegge anskaffelsen slik at ny kontrakt kunne inngås ved årsskiftet eller kort tid etter. Innklagede er et helseforetak, med sykehus og andre enheter spredd over et stort geografisk område. Dette gjør anskaffelse av WAN-nettverk med tilhørende nettkomponenter til en krevende prosess. Samtidig er spesialisthelsetjenester generelt i ferd med å gjennomgå store endringer, særlig hos innklagede. Klager kom aldri med noen innsigelser i forhold til prosedyren, og det er ingenting som tyder på at klager hadde oppfattet konkurranseformen som åpen anbudskonkurranse.

(18) Innklagede bestrider at det ble gjort vesentlige endringer med hensyn til anskaffelsens omfang under forhandlingene.

(19) Det var opplyst at kontraktsperioden var tre år med opsjon på ytterligere to år, ett år av gangen. Innklagede hadde i tillegg gitt signaler om når opsjonene ville bli benyttet.

(20) Innklagede har vurdert det som fordelaktig med et tilbud som dekker hele forespørselen, dvs. at det er én leverandør. Dette er i tråd med tildelingskriteriet "*totalleverandør for den totale leveransen*". Innklagede stod igjen med to aktuelle tilbud som begge dekket hele forespørselen, nemlig ett fra klager og et alternativt tilbud fra Ementor. Det kan da ikke være i strid med regelverket å begrense den endelige vurderingen til hver av de to alternativene som samlede leveranser.

(21) Ementor leverte to tilbud: ett tilbud som er helt ut i samsvar med anbudsforespørselens kravspesifikasjon, og et alternativt tilbud.

(22) I det alternative tilbudet skulle WAN linjene termineres i boksene tilbudt av Ementor i nettkomponenttilbudet. Dette gjaldt kun lokasjonene SSHF Arendal og Kristiansand. I det alternative tilbudet kunne WAN linjene og nettkomponentene skilles, siden en er helt avhengig av en terminering på hver lokasjon. Dette gir en mer fleksibel løsning for å kunne øke linjehastighet uten å måtte oppgradere til nye endepunkt pga. økt krav til hastighet. Det alternative tilbud er i samsvar med kravspesifikasjonen for WAN linjene i tilbudsforespørselen.

(23) Under forhandlingene med Ementor ble det likevel valgt en teknisk

løsning hvor linjene termineres i egne "linjebokser" som kommuniserer videre med nettverkskomponentene/ sikkerhetsløsningen. Den endelige anskaffelsen ble altså at det er to separate løsninger; én for linjer og én for nettverkskomponenter.

Klagenemndas vurdering:

(24) Klager har deltatt i konkurransen og har saklig klageinteresse, jf forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 9. Klagen er rettidig. Anskaffelsen følger etter sin verdi del I og II i forskrift om offentlige anskaffelser.

(25) Anskaffelsen ble kunngjort som en varekontrakt. Det fremgår imidlertid av CPV-kodene at anskaffelsens hovedobjekt er en tjeneste. Innklagede har dermed gjort en feil i kunngjøringen, men klagenemnda antar at feilen ikke har hatt betydning for klager.

(26) Ettersom anskaffelsen var kunngjort som en åpen anbudskonkurranse, finner klagenemnda at dette alene avskar innklagede fra å gjennomføre anskaffelsen etter konkurranse med forhandlinger, uavhengig av hva som stod i det etterfølgende konkurransegrunnlaget. Ved å gjennomføre konkurranse med forhandlinger brøt innklagede blant annet kravet til forutberegnelighet i lovens § 5. Endring av konkurranseform må dessuten regnes som en vesentlig endring, jf forskriftens § 5-4. Denne bestemmelsen gjelder etter sin ordlyd bare endringer i forhold til konkurransegrunnlaget, men hensynet bak bestemmelsen, blant annet beskyttelse av leverandører som velger å avstå fra deltakelse, gjør seg gjeldende i minst like stor grad i forhold til opplysninger gitt i kunngjøringen.

(27) Klagenemnda vil videre peke på at konkurransegrunnlaget både anga at konkurranseformen var åpen anbudskonkurranse og konkurranse med forhandling. Det var dermed skapt en uklarhet med hensyn til konkurranseform som er i strid med lovens krav til forutberegnelighet, jf § 5. Forholdet representerer dessuten et brudd på kravet til angivelse av anskaffelsesprosedyre, jf forskriftens § 5-1 (1) bokstav b) nr. 1.

(28) Klagenemnda vil bemerke at valg av konkurranseform er et forhold som generelt kan påvirke tildelingen av kontrakt.

(29) Ettersom innklagede på bakgrunn av kunngjøringen og uklarheten i konkurransegrunnlaget ikke hadde adgang til å gjennomføre en konkurranse med forhandlinger, trenger klagenemnda ikke å ta stilling til om innklagede hadde hjemmel i forskriftens § 4-2 bokstav b) til å benytte denne prosedyren, og heller ikke til om denne prosedyren kan anses for å ha vært akseptert av klager, slik innklagede hevder.

(30) Klagenemnda behandler så spørsmålet om Ementors alternative tilbud skulle vært avvist. Konkurransegrunnlaget stilte som krav at alternative løsninger bare kunne tilbys som tillegg til et tilbud som oppfylte kravspesifikasjonen, og dette hadde Ementor gjort. Klagenemnda går ikke inn i spørsmålet om Ementors alternative løsning oppfylte kravene forskriftens § 8-6 (2), da klager ikke har anført noe i forhold til dette.

(31) Klagenemnda går heller ikke nærmere inn på anførselene knyttet til evalueringen av tilbudene, da tilbudene slik de ble vurdert, var et resultat av forhandlinger som ikke skulle vært gjennomført.

(32) Klager har bedt klagenemnda om å ta stilling til erstatningsspørsmålet. Det kan her ha betydning om klager kan anses for å ha

akseptert den valgte anskaffelsesprosedyre. Dette er et mellom partene omtvistet bevissspørsmål som klagenemnda ikke finner å kunne ta stilling til.

Konklusjon:

Sørlandet Sykehus HF har brutt regelverket for offentlige anskaffelser ved å gjennomføre en konkurranse med forhandling etter å ha kunngjort anskaffelsen som en åpen anbudskonkurranse.

Sørlandet Sykehus HF har brutt kravet til forutberegnelighet i lov om offentlige anskaffelser § 5 og forskrift om offentlige anskaffelser § 5-1 (1) bokstav b) nr. 1 ved at konkurransegrunnlaget anga både prosedyren konkurranse med forhandling og åpen anbudskonkurranse.

For klagenemnda,

21. februar 2005

Inger Roll-Matthiesen



Forsiden
Nemndsmedlemmer
Saksbehandling
Regelverk
Innkomne saker
Statistikk
Årsrapporter
Dommer
Søk i avgjorte saker
Avgjorte saker:
[2003](#) [2004](#) [2005](#)

Besøksadresse
H. Heyerdalsgate 1
0033 Oslo

Postadresse
Postboks 8132 Dep
0033 Oslo

Tlf.: 22 33 70 10

Faks: 22 33 70 12

E-post:
postmottak@kofa.no

Avgjorte saker

Aker Universitetssykehus HF arrangerte en konkurranse med forhandling for drift av parkeringstjenester ved sykehuset. Vedståelsesfristen løp ut uten at konkurransen var avsluttet. Klagenemnda kom til at innklagede hadde brutt regelverket ved å tildele kontrakt uten å gjennomføre en ny konkurranse, jf sak 2004/48.

Klagenemndas avgjørelse 21. februar 2005 i sak 2004/75

Klager: Parkerings Compagniet AS

Innklagede: Aker Universitetssykehus HF

Klagenemndas medlemmer: Jens Bugge, Andreas Wahl, Per Christiansen

Saken gjelder: Vedståelsesfrist

Sakens bakgrunn:

(1) Aker Universitetssykehus HF (heretter kalt innklagede) kunngjorde 23. juni 2003 en konkurranse med forhandling for drift av parkeringstjenester ved sykehuset. Det ble konkurrert om å levere det økonomisk mest fordelaktige tilbudet basert på nærmere angitte tildelingskriterier.

(2) Konkurranses grunnlaget ga følgende beskrivelse av kontrakten:

"Det skal inngås en gjensidig bindende avtale mellom sykehuset og valgte leverandør f.o.m. 01.10.03. Avtalen skal gjelde i to-2 år fra avtaleinngåelse med opsjon på forlengelse i ett-1 år av gangen i inntil to-2 år. I avtaleperioden gjelder tre måneders gjensidig oppsigelsestid. Ved vesentlige endringer i avtaleforholdet kan sykehuset reforhandle avtalen."

(3) Konkurranses grunnlaget inneholdt disse retningslinjene for gjennomføringen av forhandlingene:

"Sykehuset vil begrense forhandlingene til de leverandørene som har en reell mulighet til å få tildelt kontrakten. De øvrige leverandørene vil bli underrettet skriftlig om at deres tilbud er forkastet. Det vil bli plukket ut min tre leverandører som ligger nærmest tildeling av kontrakt sett i forhold til kriterier nevnt i punkt V [tildelingskriteriene]. Disse leverandørene vil etter at sykehuset har gjennomført en kredittvurdering, bli kontaktet og innkalt til forhandlinger. Målsetting er valg av leverandør samt signert kontrakt og oppstart pr 1. oktober 2003."

...

Etter at forhandlingene er avsluttet, vil de leverandørene som ikke er forkastet, bli gitt en felles frist for å komme med sine endelige tilbud."

(4) Mandag 11. august 2003 kl 13.00 var siste frist for innlevering av tilbud. Vedståelsesfristen ble oppgitt å være 31. september 2003, senere rettet til 30. september 2003. Vedståelsesfristen ble ikke forlenget.

(5) Tre leverandører innga tilbud i konkurransen, herunder Carpark AS som senere ble tildelt kontrakt, og Parkerings Compagniet AS (heretter kalt klager). Klager ble innkalt til forhandlingsmøte 19. august 2003. Etter møtet ba innklagede om at klager innga et revidert tilbud. Klager leverte et revidert tilbud 20. august.

(6) Innklagede kontaktet klager pr telefon 26. august og meddelte at prosessen ville bli utsatt fordi saksbehandleren var blitt syk. Klager forsto det slik at forhandlingene ville bli gjenopptatt så snart innklagede hadde kompetent personell tilgjengelig.

(7) Til tross for flere telefoniske henvendelser til innklagede, fikk ikke klager noen tilbakemelding fra innklagede angående videre framdrift i prosessen. Det ble heller ikke bedt om en forlengelse av vedståelsesfristen.

(8) På grunnlag av de reviderte tilbudene inngitt 20. august vurderte innklagede tilbudet fra Carpark AS som det økonomisk mest fordelaktige. Innklagede har opplyst at de prismessige aspektene ved tilbudene ble utslagsgivende i vurderingen. Klagenemnda legger til grunn at kontrakt ble tildelt etter vedståelsesfristens utløp. Kontrakt ble inngått 15. mars 2004.

(9) Carpark AS benyttet seg av oppsigelsesklausul i avtalen, og mens saken har vært under behandling i klagenemnda, har innklagede avholdt en ny konkurranse. Heller ikke i denne konkurransen ble klagers tilbud vurdert som det økonomisk mest fordelaktige.

Klager har i det vesentligste anført:

(10) Innklagede har brutt regelverket for offentlige anskaffelser.

(11) Forhandlingene ble ikke gjennomført i tråd med regelverket. Innklagede signaliserte i forhandlingsmøtet at et nytt møte ville gjennomføres 27. august 2003 på bakgrunn av de reviderte tilbudene, og klager skulle vært gitt mulighet til å levere ytterligere et revidert tilbud.

(12) Innklagede har brutt forskrift om offentlige anskaffelser § 17-3 ved ikke å meddele tildeling av kontrakt i tråd med forskriftens krav.

(13) Kontrakt ble inngått etter at vedståelsesfristen løp ut, og det foreligger derfor i realiteten en ulovlig direkteanskaffelse i strid med kravet til konkurranse.

(14) Klager har for øvrig angrepet grunnlaget for tildeling, men ut fra det syn klagenemnda har på saken, er det unødvendig å referere dette.

Innklagede har i det vesentligste anført:

(15) Innklagede erkjenner at manglende meddelelse om kontraktstildeling innebærer et brudd på forskrift om anskaffelser § 17-3. For øvrig bestrider innklagede å ha brutt regelverket for offentlige anskaffelser.

(16) Saksbehandler hos innklagede ble sykemeldt, og prosessen ble avsluttet av en annen saksbehandler. Det ble ikke ansett nødvendig med ytterligere forhandlinger.

(17) Kontrakten ble tegnet etter vedståelsesfristens utløp. Dette innebærer imidlertid ikke at anskaffelsen kan anses inngått etter direkte forhandlinger med kun én leverandør. Kontrakten er tildelt på grunnlag av den utlyste konkurransen og etter en vurdering av de tre leverandørenes opprinnelige og reviderte tilbud.

(18) Innklagede imøtegår for øvrig klagers anførsler angående grunnlaget for tildeling, men dette refereres ikke.

Klagenemndas vurdering:

(19) Klager har deltatt i konkurransen og har saklig klageinteresse, jf forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Anskaffelsen er kunngjort i henhold til regelverket for offentlige anskaffelser, og det er ikke anført at det dreier seg om en tjenestekonsesjon som faller utenfor regelverket. Klagenemnda legger derfor til grunn at anskaffelsen etter sin art og verdi følger reglene i forskrift om offentlige anskaffelser del III, jf § 2-2.

Vedståelsesfristen

(20) Som nevnt legger klagenemnda til grunn at Carpark AS av innklagede ble tildelt kontrakt etter vedståelsesfristens utløp. I sak 2004/48 behandlet klagenemnda et tilsvarende spørsmål og uttalte:

"Vedståelsesfristen angir den tiden tilbudene er bindende, jf forskriftens § 7-5. Når denne utløper uten at oppdragsgiver har akseptert et av tilbudene, er leverandørene ikke lenger bundet av tilbudene som er levert. Etter 1. desember 2003 stod dermed innklagede uten bindende tilbud i konkurransen. Etter klagenemndas syn er en konkurranse avsluttet idet oppdragsgiver står tilbake uten bindende tilbud. Tildeling av kontrakt har dermed skjedd i strid med regelverket ettersom ny konkurranse ikke ble gjennomført."

(21) Klagenemnda legger samme rettsoppfatning til grunn i denne saken, og finner at konkurransen må anses avsluttet da vedståelsesfristen løp ut 30. september 2003. Innklagede har dermed brutt regelverket ved å tildele kontrakt uten å gjennomføre en ny konkurranse.

(22) På denne bakgrunn ser klagenemnda ikke grunn til å gå inn på partenes øvrige anførsler.

Konklusjon:

Aker Universitetssykehus HF har brutt kravet om forutberegnelighet og konkurranse i lov om offentlige anskaffelser § 5 ved å gjennomføre tildeling av kontrakt etter utløpet av vedståelsesfristen.

For klagenemnda,

21. februar 2005

Jens Bugge



Forsiden
Nemndsmedlemmer
Saksbehandling
Regelverk
Innkomne saker
Statistikk
Årsrapporter
Dommer
Søk i avgjorte saker

Avgjorte saker:
[2003](#) [2004](#) [2005](#)

Besøksadresse
H. Heyerdalsgate 1
0033 Oslo

Postadresse
Postboks 8132 Dep
0033 Oslo

Tlf.: 22 33 70 10

Faks: 22 33 70 12

E-post:
postmottak@kofa.no

Avgjorte saker

Hole kommune hadde arrangert en konkurranse med forhandling vedrørende prosjekt- og byggeledelse til Sundvollen skole og oppvekstsenter. Klagenemnda kom til at tildelingskriteriet "Foretakets rutiner og egnethet" ikke var tillatt etter forskrift om offentlige anskaffelser § 17-2. For øvrig kunne ikke klagenemnda se at konkurransen var gjennomført i strid med regelverket.

Klagenemndas avgjørelse 21. februar 2005 i sak 2004/308

Klager: Janzon Prosjektadministrasjon AS

Innklagede: Hole kommune

Klagenemndas medlemmer: Andreas Wahl, Jens Bugge, Per Christiansen

Saken gjelder: Tildelingskriteriene, krav til begrunnelsen, klage, midlertidig forføyning

Sakens bakgrunn:

(1) Hole kommune (heretter kalt innklagede) kunngjorde 29. september 2004 en konkurranse med forhandlinger vedrørende prosjekt- og byggeledelse til Sundvollen skole og oppvekstsenter. Det ble konkurrert om å levere det økonomisk mest fordelaktige tilbud basert på følgende tildelingskriterier oppgitt i ikke-prioritert rekkefølge:

- "- *Pris*
- *Prosjektleders kvalifikasjonskrav og erfaring*
- *Foretakets rutiner og egnethet*".

(2) Følgende dokumentasjon ble etterspurt i forbindelse med vurderingen av leverandørenes kvalifikasjoner:

- "- *Skatte- og avgiftsattester*
- *HMS-erklæring*
- *Attest for registrering i det faglige register som bestemt ved lovgivning i det land*
hvor tilbyder er etablert
- *Fremleggelse av foretakets årsregnskap eller utdrag av dette*
- *Oversikt over akademiske og faglige kvalifikasjoner for de personer som er ansvarlig for kontrakten, i dette tilfelle Prosjektleder/Byggeleder*
- *Oversikt over foretakets prosjekteringsverktøy og internkontrollrutiner*
- *Referanseliste fra tilsvarende prosjekt den senere tid*"

(3) Tolv leverandører innga tilbud i konkurransen. Janzon

Prosjektadministrasjon AS (heretter kalt klager) var en av fem leverandører som ble invitert til forhandlinger.

(4) Innklagede tilskrev leverandørene 3. november 2004 og meddelte at tilbudet fra OPAK ble vurdert som det økonomisk mest fordelaktige. Dette tilbudet hadde den høyeste nominell timepris av de fem tilbudene som inngikk i forhandlingsrunden. Klagers tilbud ble rangert som nummer fire på priskriteriet.

(5) Innstillingsdokumentet hvor det ble redegjort for bedømmelsen av de ulike tildelingskriteriene, var vedlagt meddelelsen om tildeling. I dette dokumentet ble det redegjort for hvordan de ulike tildelingskriteriene var vurdert, og i tillegg ble følgende sammenfattende begrunnelse gitt for innklagedes valg av tilbud:

"Ved utarbeidelse av en kravsspesifikasjon/konkurranses grunnlag til en totalentreprise på ca 30 millioner eks mva, er det avgjørende at dette underlaget er så presist som mulig. Dermed unngår man fordyrende tillegg senere i byggeprosessen, og kommunen sitter igjen med mest mulig skole og barnehage for pengene. Et avvik på 1% vil utgjøre kr 300.000,-, noe som er fem ganger høyere enn differansen mellom laveste og høyeste timepris på de fem tilbyderne.

Ut i fra en totalvurdering av tildelingskriteriene vil det fra Hole kommunes skjønn være mest økonomisk fordelaktig å innstille OPAK til oppdraget, da disse kan dokumentere bedre kvalifikasjoner og erfaringer både som prosjektleder og som foretak enn de andre tilbyderne. Disse egenskapene vil raskt kunne utgjøre mer enn kr 55.200,- eks mva i fortjeneste for kommunen."

(6) Det ble gitt frist til 17. november 2004 for å klage på tildelingen av kontrakt, og 15. november ble beslutningen påklaget av klager. Klager ba videre om en nærmere begrunnelse for valg av tilbud, og om at innklagede avventet kontraktsinngåelse for å gi klager mulighet til å hensynta den nærmere begrunnelsen i klageprosessen.

(7) Innklagede besvarte klagen i brev av 18. november hvor det ble gitt uttrykk for at innklagede ville se nærmere på saken i første halvdel av uke 48, og at man før denne tid ikke ville underskrive kontrakt med OPAK.

(8) Den 25. november, ved utgangen av uke 48, sendte innklagede brev til klager med en fornyet vurdering av anskaffelsen samt en nærmere begrunnelse for valg av tilbud. Det ble samtidig meddelt at kontrakt var inngått med OPAK.

Klager har i det vesentlige anført:

(9) Innklagede har brutt regelverket for offentlige anskaffelser.

(10) Valg av tilbud er foretatt i strid med forskrift om offentlige anskaffelser § 17-2 siden innklagede har brukt kvalifikasjonskrav som tildelingskriterier. Kriteriene er ikke knyttet opp mot denne konkrete leveransen. EF-domstolens avgjørelse i sak C-225/98, Nord-Pas de Calais, viser at kriterier som bedømmer leverandørens egnethet, kun kan brukes som aksessoriske tildelingskriterier. Klager hadde lavere pris enn valgte leverandør, og dersom konkurransen hadde vært gjennomført på riktig måte, ville klager vært foretrukket foran OPAK.

(11) Det er ikke opplyst i konkurransegrunnlaget at innklagede ville legge vekt på leveringssikkerhet. Vektleggingen av dette forholdet bryter dermed mot kravet til forutberegnelighet.

(12) Det er ikke opplyst hvordan den enkelte leverandør er bedømt under de ulike tildelingskriteriene, og det er heller ikke opplyst hvordan tildelingskriteriene er vektet. Dette gjør det umulig å etterprøve innstillingen. Klager kan heller ikke se at innklagede har sannsynliggjort at OPAK vil kunne utføre arbeidet på en måte som vil medføre besparelser for prosjektet.

(13) Innklagede har handlet i strid med lov om offentlige anskaffelser §§ 7 og 8 ved å frata klager retten til å stanse kontraktstildelingen. Innklagedes avtalebrudd overfor klager må også være et brudd på regelverket for offentlige anskaffelser.

(14) Videre er forskrift om offentlige anskaffelser § 17-3 brutt ved at innklagede ikke ga leverandørene anledning til å klage på den nye vurderingen av tilbudene.

Innklagede har i det vesentlige anført:

(15) Innklagede bestrider å ha brutt regelverket for offentlige anskaffelser.

(16) Et av tildelingskriteriene kunne vært utformet noe klarere, men dette har ikke fått betydning for utfallet av konkurransen. I tildelingskriteriet "*Prosjektleders kvalifikasjonskrav og erfaring*" er ordet "*kvalifikasjonskrav*" feilskrift for "*kvalifikasjoner*".

(17) Både lagmannsretten og klagenemnda har åpnet for at forhold ved leverandøren vektlegges i vurderingen av tilbudene, også når forholdene allerede er vektlagt i kvalifikasjonsfasen. Konkurransen som er påklaget, gjelder en innsatsforpliktelse, og i slike situasjoner vil leverandørens egenskaper kunne være relevante i vurderingen av tilbudet. Når innklagede ønsker å vurdere prosjektlederens kvalifikasjoner og erfaring, må det være relativt klart at man er opptatt av evnen og muligheten til å utføre arbeidet på en god måte.

(18) Den refererte avgjørelsen fra EF-domstolen kan neppe forstås slik klager anfører, og den gjelder uansett en helt annen situasjon enn den foreliggende. Senere praksis fra EF-domstolen gjør det tvilsomt om det syn klager forfekter er gjeldende rett.

(19) Spørsmålet kommer uansett ikke på spissen i denne saken siden tildelingskriteriene er egnet til å utpeke det økonomisk mest fordelaktige tilbudet. Regelverket kan ikke forstås slik at relevant kompetanse hos leverandøren ikke kan vektlegges i vurderingen av tilbudene.

(20) Tildelingskriteriet "*Prosjektleders kvalifikasjonskrav og erfaring*" ble utslagsgivende i vurderingen, og dette tildelingskriteriet er utvilsomt egnet til å utpeke det økonomisk mest fordelaktige tilbudet.

(21) Under tildelingskriteriet "*Foretakets rutiner og egnethet*" har innklagede vurdert leverandørens systemer for kvalitetssikring og internkontroll. I forbindelse med entrepriser og prosjektlederoppdrag er det vanlig at tildelingskriteriene gir uttrykk for at kvalitetssikringssystemene vurderes i tildelingsfasen, og nevnte tildelingskriterium er en henvisning til dette. Som det går fram av innstillingen, var dette kriteriet under enhver omstendighet ikke avgjørende for utfallet av konkurransen, selv om valgte leverandør også her kom best ut.

(22) Det kan ikke anses usaklig eller urimelig å la leverandørens kvalifikasjoner og erfaring oppveie en prisforskjell på 6 % i en konkurranse om utførelsen av et relativt komplisert tjenesteoppdrag. Klagenemnda har ikke adgang til å foreta en fullstendig overprøving av det innkjøpsfaglige skjønn som ligger til grunn for evalueringen av tilbudene.

(23) Det at tildelingskriteriene ikke prioriteres på forhånd, innebærer ikke nødvendigvis at de skal tillegges lik vekt. Regelverket krever heller ikke at oppdragsgiver i ettertid formelt fastslegger kriterienes innbyrdes vekt.

(24) Begrunnelsen som er gitt av innklagede tilfredsstillende kravene i forskrift om offentlige anskaffelser § 17-3. Klager er videre gitt en nærmere begrunnelse

som tilfredsstillter kravene i § 3-8 (4). På bakgrunn av dette har innklagede oppfylt kravet til etterprøvbarhet. Klagers anførsel om innholdet av begrunnelsen, mangler konkret forankring i innklagedes innstilling. Anførselen forutsetter videre en overprøving av de innkjøpsfaglige skønsvurderinger som klagenemnda ikke kan foreta. Leveringssikkerhet er ikke trukket inn i vurderingen av tilbudene, men er vektlagt i kvalifikasjonsvurderingen.

(25) Innklagede forpliktet seg til ikke å inngå kontrakt i starten av uke 48. Kontrakt ble heller ikke inngått på dette tidspunkt. Et eventuelt avtalebrudd innebærer under enhver omstendighet ikke noe brudd på regelverket for offentlige anskaffelser. Klager fikk rimelig frist til å klage på tildelingsbeslutningen. Aktivitetsplikten og muligheten til å bringe saken inn for domstolene ved begjæring om midlertidig forføyning ligger hos leverandøren. Etter klagen på beslutningen foretok innklagede en ny bedømmelse av tilbudene, og en ekstern vurdering ble innhentet. Da denne også konkluderte med at tilbudet fra OPAK var det økonomisk mest fordelaktige, anså innklagede seg berettiget til å inngå kontrakt.

Klagenemndas vurdering:

(26) Klager har deltatt i konkurransen og har saklig klageinteresse, jf forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Anskaffelsen er underlagt del III i forskrift om offentlige anskaffelser, jf § 2-2.

Lovligheten av tildelingskriteriene

(27) Klagenemnda har i flere tidligere saker forstått regelverket slik at forhold ved leverandøren under gitte omstendigheter kan vektlegges i evalueringen av tilbudene. Denne rettsoppfatningen er for øvrig også lagt til grunn i domspraksis. Til klagerens anførsel om at denne praksisen strider mot EF-domstolens avgjørelse i sak C-225/98, Nord-Pas de Calais, vil klagenemnda bemerke at nemnda anser nevnte dom for ikke å være til hinder for premiering av forhold ved leverandøren i tilbudsvurderingen.

(28) For at et tildelingskriterium skal kunne benyttes i vurderingen av hvilket tilbud som er det økonomisk mest fordelaktige, må kriteriet blant annet være knyttet til leveransen og representere en verdi for oppdragsgiver.

(29) Forskrift om offentlige anskaffelser skiller mellom kvalifikasjonskrav som vedrører leverandørens kvalifikasjoner, og tildelingskriterier som er knyttet til tilbudets egenskaper. Det følger av konkurransegrunnlaget at innklagede stilte krav til *foretakets prosjekteringsverktøy og internkontrollrutiner* i kvalifikasjonsfasen. Spørsmålet blir om innklagede hadde adgang til å benytte tildelingskriteriet "*Foretakets rutiner og egnethet*" for å vurdere leverandørens kvalitetssikringssystemer i vurderingen av tilbudene. I sak 2004/256 har klagenemnda pekt på at visse forhold som vedrører leverandørens kvalifikasjoner, kan benyttes som tildelingskriterier der kompetanse og oppfyllelsesevne naturlig inngår i en vurdering av tilbudt kvalitet på tjenesten. Selv om et godt kvalitetssikringssystem i og for seg er knyttet til den aktuelle leveransen, kan klagenemnda ikke se at innklagede har påvist at kvalifikasjonsfasen ikke ga tilfredsstillende adgang til å stille krav til nivået på leverandørens kvalitetssikringssystemer. Tildelingskriteriet kan da ikke anses å representere en verdi for innklagede, og må anses i strid med forskrift om offentlige anskaffelser § 17-2.

(30) Når det gjelder tildelingskriteriet "*Prosjektleders kvalifikasjonskrav og erfaring*" slik dette er angitt i konkurransegrunnlaget, må det kunne forventes at forstandige leverandører forstår at det er prosjektlederens kvalifikasjoner og erfaring kriteriet sikter til å vurdere. I en leveranse som dette, utført som regningsarbeid og hvor innsatselementet er fremtredende, vil den tilbudte prosjektleders kvalifikasjoner og erfaring kunne være av betydning for hvilken kvalitet oppdragsgiver kan forvente med hensyn til ytelsen som tilbys. Under disse omstendigheter anser klagenemnda tildelingskriteriet "*Prosjektleders kvalifikasjonskrav og erfaring*" som et egnet bidrag til å identifisere det

økonomisk mest fordelaktige tilbudet.

(31) Klagenemnda kan for øvrig ikke se av de fremlagte saksdokumenter at leveringssikkerhet – som anført av klager – er vektlagt i evalueringen av tilbudene.

Evaluering av tilbudene

(32) Klagenemnda forstår klagers anførsel om at begrunnelsen ikke er egnet til å sannsynliggjøre at OPAK ville kunne utføre arbeidet på en måte som vil medføre besparelser for prosjektet, slik at det anføres at innklagedes skjønnsutøvelse ikke har vært forsvarlig. På grunnlag av de fremlagte saksdokumenter kan ikke klagenemnda se at evalueringen av tildelingskriteriene har vært uforsvarlig.

Kravet til begrunnelse

(33) Begrunnelsen for valg av tilbud etter § 17-3 skal inneholde tilstrekkelig informasjon til at leverandøren kan vurdere om oppdragsgivers valg av tilbud har vært saklig og forsvarlig og i samsvar med de angitte tildelingskriterier. Klagenemnda anser innklagedes begrunnelse for tilstrekkelig til å tilfredsstillere kravene i § 17-3.

Klageadgang

(34) Forskrift om offentlige anskaffelser § 17-3 krever at innklagede underretter samtlige leverandører om valg av tilbud og gir leverandørene rimelig tid til å klage på beslutningen. Klageadgangen skal gi leverandørene muligheter til å ivareta sine interesser i forbindelse med gjennomføringen av konkurransen. Innklagede ga leverandørene en frist for å klage på beslutningen, og etter klage fra klager ble det innhentet en ekstern vurdering av tilbudsevalueringen.

(35) All den tid den nye, eksterne vurderingen stadfestet innklagedes opprinnelige evaluering av tilbudene, kan klagenemnda ikke se at innklagede var forpliktet til å la klager få påklage også denne beslutningen.

(36) Det er ikke omtvistet at innklagede ga leverandørene en rimelig frist til å klage på tildelingsbeslutningen, og at kontrakt ikke ble inngått før etter utløpet av klagefristen. Leverandørene har derfor hatt adgang til å bringe saken inn for domstolene.

Konklusjon:

Hole kommune har brutt forskrift om offentlige anskaffelser § 17-2 ved å benytte tildelingskriteriet "Foretakets rutiner og egnethet" i vurderingen av det økonomisk mest fordelaktige tilbudet.

For klagenemnda,

21. februar 2005

Andreas Wahl



Forsiden
Nemndsmedlemmer
Saksbehandling
Regelverk
Innkomne saker
Statistikk
Årsrapporter
Dommer
Søk i avgjorte saker

Avgjorte saker:

[2003](#) [2004](#) [2005](#)

Besøksadresse

H. Heyerdalsgate 1
0033 Oslo

Postadresse

Postboks 8132 Dep
0033 Oslo

Tlf.: 22 33 70 10

Faks: 22 33 70 12

E-post:

postmottak@kofa.no

Avgjorte saker

Innklagede gjennomførte en åpen anbudskonkurranse for kjøp av drifts- og overvåkningssystem. Etter at vedståelsesfristen var utløpt, ble leverandørene bedt om at denne ble forlenget. Dette var i strid med regelverket, da konkurransen måtte anses avsluttet.

Klagenemndas avgjørelse 7. februar 2005 i sak 2004/48

Klager: NinetechGruppen AB Norge

Innklaget: Akershus Universitetssykehus HF

Klagenemndas medlemmer: Svein Dahl, Inger Roll-Matthiesen, Siri Teigum

Saken gjelder: Forlengelse av vedståelsesfrist. Erstatning for negativ kontraktsinteressen.

Bakgrunn:

(1) Akershus Universitetssykehus HF (heretter kalt innklagede) kunngjorde 6. mai 2003 en åpen anbudskonkurranse for kjøp av IT drifts- og overvåkningssystem.

(2) I henhold til konkurransegrunnlaget skulle kontrakten omfatte levering og implementering av programvare og utførelse av service og bistand/support over

(3) Tildeling av kontrakt skulle skje til leverandøren med det økonomisk mest fordelaktige tilbudet, basert på kriteriene:

”

Pris

Leveringstid

Leveringssikkerhet

Driftskostnader

Kvalitet

Service

Funksjonsmessige egenskaper

Kvaliteten på tilbudet

Uttalelser fra referanser

Integrasjon med eksisterende utstyr

Opplæringskostnader

Unngå å være pilotbruker”

(4) Videre het det:

”Kriteriene er ikke oppgitt i prioritert rekkefølge, men det vil være svært viktig for sykehuset med pris, integrasjon med eksisterende systemer, uttalelser fra referanser som har samme produkt på tilsvarende utstyr og funksjonsmessige egenskaper.”

(5) I konkurransegrunnlagets generelle del var det i punkt 5.1 og 5.2 opplyst at statens standardavtale for IT-anskaffelser vil bli brukt som kontraktsmal på kjøp og vedlikehold av utstyr og programvare. I henhold til punkt 11 skulle blant annet følgende legges ved tilbudet:

”

4. Kjøpsavtalen

Legg ved eventuelle bilag til Statens standardavtaler for IT-anskaffelser – kjøp. Vi ønsker i størst mulig grad å bruke utdrag fra tilbudene som bilag.

5. Vedlikehold/service

Legg ved eventuelle bilag til Statens standard for IT-anskaffelser – vedlikehold. Vi ønsker i størst mulig grad å bruke utdrag fra tilbudene som bilag.

6. Reservasjoner/Forbehold som tilbyder tar i forhold til denne utlysningen

Har tilbyder innsigelser mot noen del eller formuleringer i denne utlysningen, må tilbyder skriftlig spesifisere disse i tilbudet i et eget vedlegg dersom de skal anses som gyldige.

Har vi som oppdragsgiver kommet med ”urimelige” krav, vil vi anbefale at tilbyder priser dette som opsjoner i tilbudet isteden for at man reserverer seg. Dette gjør at vi får sammenlignbare priser samtidig som vi får en tilbakemelding på om vi setter for høye krav.”

(6) I kravspesifikasjonen punkt 2.1 het det at "vi benytter statens standardavtaler for IT-anskaffelser for kjøp og vedlikehold." Standardavtalene var ikke vedlagt konkurransegrunnlaget, men kan lastes ned gratis fra Internett. Det var derimot vedlagt to dokumenter med oversikt over kjøpsavtalens og vedlikeholdsavtalens bilag. I dokumentet "Statens standardavtaler for IT-anskaffelser - Kjøpsavtalens bilag" het det om bilag 10 "Endringskatalog til den generelle avtaleteksten":

"Fylles eventuelt ut av tilbyder. Tilbyder bør samtidig prise den opprinnelige avtaleteksten som en opsjon slik at vi får sammenlignbare tilbud."

(7) Samme formulering var inntatt som bilag 7 til vedlikeholdsavtalen.

(8) Vedståelsesfristen var satt til 1. desember 2003.

(9) Ni leverandører innga tilbud, blant dem Ninetech AS (heretter kalt klager) og Hewlet-Packard Norge AS (heretter kalt HP).

(10) Klager tilbød programvare fra sin underleverandør, Computer Associates Norway AS (heretter kalt CA). Om vedlikehold/service het det blant annet i klagers tilbud punkt 5.2:

"Ninetech tilbyr i tillegg til den support som følger standard med produktene, å tegne en egen supportavtale mellom Ninetech og Ahus."

(11) I tilbudets punkt 5.7 var det i tillegg oppgitt adresse og telefonnummer til CA for som "kontaktpunkt" for "Standard Unicenter produktsupport avtale".

(12) Nedenfor fulgte så en beskrivelse av klagers tjenestesortiment. Det var ikke vedlagt informasjon om den support/bistand som i henhold til tilbudet skulle følge standard med produktene.

(13) Etter å ha foretatt en evaluering av tilbudene, ønsket innklagede å vurdere de tre mest aktuelle tilbudene nærmere, og disse leverandørene ble innkalt til å holde en presentasjon. Etter presentasjonene bestemte innklagede seg for at klagers og HPs tilbud var de mest aktuelle. Innklagede hadde senere et avklaringsmøte med klager, og gjennomførte et referansebesøk til Rikshospitalet 28. november 2003. Etter referansebesøket ble klager kontaktet med spørsmål om hvilke tjenester som var fulgte med lisensen til CA-programvaren. På bakgrunn av dette fremla CA en presentasjon av CA SupportConnect-programmet. Programmet innebærer at lisensen til produktene gir adgang til en nettbasert bistandstjeneste.

(14) I e-post av 2. desember 2003 ba innklagede om en oversikt over de rettighetene innklagede ville få som følge av å inngå en vedlikeholdskontrakt med CA. E-posten ble besvart samme dag, der klager skrev:

"Vi i Ninetech har som følge av å være en CA-partner, ansvaret for førstelinje support for den programvaren som tilbys. Ninetechs supporttelefon er åpen arbeidsdager 08:00 til 16:00. Ved feil i programvare har vi ansvaret for å bistå dere i rapportering av eventuelle problem. Utover dette er CAs ansvar, som programleverandør, å rette programvarefeil som oppstår."

Av rettigheter se vedlagte dokumenter, som omtaler bruk av supportsystem og lisensavtale."

(15) E-posten var blant annet vedlagt ett dokument som var benevnt "Terms and Conditions" og ett benevnt "Conditions". Særlig førstnevnte dokument inneholdt klausuler som begrenset CAs ansvar.

(16) I anskaffelsesprotokollen skrev innklagede følgende om prosessen

etter presentasjonene:

”

01. desember 03

Etter gjennomførte scenarier var det enighet om at løsningen til Steria ikke lenger var like aktuell som de to andre. Den er langt dårligere integrert enn de to andre, samtidig som den prismessig ligger noe høyere.

Deretter startet en tung prosess med å beregne livssyklus kostnader for de tre gjestående tilbyderne. I denne fasen ble flere referanser kontaktet og det ble også foretatt referansebesøk hos Rikshospitalet.

Dette var noe vanskelig å gjennomføre, da tilbudte løsninger ikke lot seg sammenligne direkte på alle punkter. Dette ble en lang prosess som endte med at vi blant annet måtte legge til en rekke opsjoner i tilbudet fra Ninetech for å kunne likestille tilbudene. Dette gjaldt spesielt funksjonalitet i modulene "Nettverksovervåking" og "Applikasjons- og tjeneste overvåking". Det viste seg faktisk at en del av "JA"-svarene fra Ninetech krevde opsjoner som ikke var spesifisert i svaret. Dette gjorde evalueringen veldig tung og forsinket dessverre prosessen med mange uker."

(17) Den 4. desember 2003 ble leverandørene kontaktet per e-post og bedt om å forlenge vedståelsesfristen til 31. desember. Klager svarte umiddelbart at en forlengelse måtte avklares med forretningskontrolleren og fulgte opp med en e-post av 8. desember 2003 der forlengelse av fristen til 10. desember ble akseptert. Innklagede ble informert om å kontakte klager for ytterligere forlengelse dersom dette var nødvendig.

(18) Fra anskaffelsesprotokollen siteres videre:

”

04. desember 03

På møtet 4. desember klarte vi å komme frem til to tilnærmet likeverdige løsninger sett ut ifra funksjonalitet. Livssyklus kostnadene (se neste side) på løsningen fra HPS lå godt under Ninetech.

HPS ble derfor enstemmig valgt som leverandør."

(19) Totalkostnadene (kalt livssyklus kostnadene) for klagers tilbud ble beregnet til kr 5.800.888. Dette var kr 332.353 over HPs tilbud. Innklagede hadde også beregnet en pris for "livssyklus inklusive andre forhold". For klagers vedkommende var denne kr 6.300.888, kr 577.353 over HP. I klagers tilbud var det gjort et påslag på kr 250.000 for "kontraktsrisiko" og kr 250.000 for "kvaliteten på tilbudet". HP hadde fått påslag på kr 150.000 for "kontraktsrisiko" og kr 105.000 for "leveringssikkerhet".

(20) I "innstilling og oppsummering av saksganger", inntatt i anskaffelsesprotokollen, het det:

"Kontraktsrisiko: Ninetech: Vedlikeholdsavtale med klare sanksjoner mangler.

De har ikke brukt statens standardavtaler.

Kontraktsrisiko: HP: Mange forbehold, se bilag 11 i kjøpsavtalen og bilag 8 i vedlikeholdsavtalen.

Leveringssikkerhet: HP: Det er en risiko for at det blir 70 timer ekstra på HP ifm drifting av systemet.

Kvaliteten på tilbudet: Ninetech: Uryddig i prisingen; sagt ja i tilbudet, men ikke priset. Funn til nå (Bruk av insight manager, ANO, NPO og WNMO). Har forårsaket utsettelse av helpdesk og nettverksovervåkning i to måneder. I tillegg har det påvirket andre fremtidige implementeringsordninger (150.000). Forventer fremtidige funn av feil (100.000). Det mangler også vedlikeholdsavtale og et godt oppsett på bilagene i statens standardavtaler for kjøpsavtalen. Vi oppfatter tilbudet fra Ninetech som svært interessant siden vi mente vi fikk en tilfredsstillende løsning til en relativt lav kostnad. Etter å ha satt oss inn i tilbudet og økt vår kompetanse innen denne typen programvare, har vi stadig måttet legge til nye moduler og dermed økt kostnadene. Om sykehuset hadde hatt bedre kompetanse på den tilbudte løsningen fra Ninetech ved oppstart av evalueringen, er det stor sannsynlighet for at tilbudet ville ha blitt forkastet siden de har svart uklart på mange punkter. Nå har vi isteden valgt å prise de kostnadene vi har pådratt oss som følge av manglende kvalitet på tilbudet.”

(21) Innklagede vedtok dermed å tildele HP kontrakten, og meddelelse om dette ble sendt leverandørene 15. desember 2003. I begrunnelsen skrev innklagede avslutningsvis:

”Den valgte løsningen vil tilfredsstillende våre krav minst like godt som alternativet, samtidig som vi velger tilbyderer med lavest pris.”

Anførsler:

Klagers anførsler:

(22) Klager anfører at innklagede har brutt regelverket for offentlige anskaffelser.

(23) Leverandørene ble bedt om å forlenge vedståelsesfristen etter at denne var utløpt. På dette tidspunktet skulle konkurransen vært avsluttet, da oppdragsgiver ikke hadde noen bindende tilbud å forholde seg til. Da oppdragsgiver ba om en forlengelse, innebar dette at nye tilbud ble innhentet, uten at regelverket for offentlige anskaffelser ble fulgt.

(24) Innklagede har gjort vesentlige feil under beregningen av kostnadene knyttet til tilbudet fra Ninetech. I beregningen av klagers pris har innklagede inkludert posten på kr 463.680 for ”bistand utenfor vedlikehold i 4 år”. Dette var angitt som en opsjon i konkurransegrunnlaget, men en slik tjeneste er uansett dekket av programvarelisensen. Videre har innklagede gjort betydelige påslag i livssyklus-kostnadene for ”risiko og tilbudsutfylling”. Dette innebærer et brudd på forskriftens § 8-2, jf § 10-2. Ninetech har passert kvalifikasjonsvurderingen uten bemerkninger fra innklagedes side. Oppdragsgiver kan ikke bringe med seg evalueringen fra kvalifikasjonsvurderingen i form av et påslag i kontraktssummen under tildelingsvurderingen.

(25) Kriteriet "kvaliteten på tilbudet" tilfredsstillende ikke regelverkets krav til klarhet. Kriteriet åpner for en rent skjønnsmessig vurdering fra oppdragsgivers side av tilbudet som sådan, ikke det tilbudte. Det fremgår av anskaffelsesprotokollen at innklagede i denne vurderingen har vaktlagt at tilbudet skal ha vært "uryddig i prisingen", at det er vektlagt "forventet fremtidig funn av feil" mv.

(26) Endelig synes det som om de oppgitte tildelingskriteriene bare i begrenset grad er blitt vurdert.

(27) Klager mener å ha krav på å få erstattet den positive kontraktsinteressen, jf normen som er oppstilt i Rt 2001 s 1062 (Nucleus). Da valg av tilbud ble truffet, stod konkurransen bare mellom klager og HP. Innklagede har opplyst at det avgjørende for beslutningen var tilbudenes livssyklus kostnader, og videre erkjent at klager ville hatt det laveste tilbudet om ikke de urettmessige påslagene ble gjort. Dersom påslagene blir tatt bort, står klager igjen med et kvalitetsmessig likeverdig tilbud som HP, men til en lavere pris. Kontrakten skulle, etter innklagedes egen argumentasjon, vært tildelt klager. Det er dermed årsakssammenheng mellom feilene og klagers tapte fortjeneste. Videre må feilene betegnes som vesentlige.

(28) Subsidiært har klager krav på erstatning for den negative kontraktsinteressen, jf normen som er oppstilt i Rt 1997 s 574 (Firesafe). Klager hadde unnlatt å innlevere tilbud hvis man kunne forvente at anskaffelsen ville bli gjennomført med så grove brudd på regelverket for offentlige anskaffelser.

Innklagedes anførsler:

(29) Innklagede bestrider å ha brutt regelverket for offentlige anskaffelser.

(30) Ved tilbudsfristens utløp var innklagede i kontakt med leverandørene per telefon for å få fristen forlenget. Dette ble akseptert.

(31) Klagers tilbud skulle vært avvist på et tidlig tidspunkt på grunn av uklarheter og feil.

(32) Innklagede har nedlagt et stort arbeid når det gjelder å gjøre klagers tilbud sammenlignbart med tilbudet fra HP. Tilbudet viste seg å være fullt av faktafeil som har medført at klagers pris før oppklaringer har fremstått som lavere enn den i realiteten var. Innklagede har måttet legge til flere opsjoner for å tilfredsstillende kravet til likebehandling i lovens § 5.

(33) Når det gjelder spørsmålet om påslag for kostnader til support/bistand, definerer innklagede support som to ulike typer. Det ene gir tilgang til et døgnåpent supportcenter (for eksempel CA Support Connect), det andre gir tilgang til personer som kjenner den installerte løsningen. Påslaget for support beror på at CA Support Connect ikke tilfredsstillende konkurransegrunnlagets krav. Rettighetene innklagede ville få som følge av CA Support Connect var verken bindende for klager eller underleverandør. Det ville være et sannsynlig brudd på forhandlingsforbudet å akseptere CA Support Connect som et alternativ til tilbudets vedlikeholdsavtale.

(34) Innklagede har ikke gitt klagers tilbud påslag for kvalifikasjoner eller risiko, men for manglende kvalitet på tilbudet.

Klagenemndas vurdering:

(35) Klager har deltatt i konkurransen og har saklig klageinteresse, jf forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Anskaffelsen følger etter sin verdi reglene i forskrift om offentlige anskaffelser del I og II.

(36) Klagenemnda ser først på spørsmålet om oppdragsgiver har adgang til å be om forlenget vedståelsesfrist etter at den opprinnelige vedståelsesfristen er utløpt.

(37) Det synes som om partene er uenige om innklagede muntlig har avtalt forlengelse av vedståelsesfristen med tilbyderne innen den opprinnelige fristen gikk ut. En eventuell utsettelse av vedståelsesfristen må uansett skje slik at lovens krav til etterprøvbarhet overholdes.

(38) Vedståelsesfristen angir den tiden tilbudene er bindende, jf forskriftens § 7-5. Når denne utløper uten at oppdragsgiver har akseptert et av tilbudene, er leverandørene ikke lenger bundet av tilbudene som er levert. Etter 1. desember 2003 stod dermed innklagede uten bindende tilbud i konkurransen. Etter klagenemndas syn er en konkurranse avsluttet idet oppdragsgiver står tilbake uten bindende tilbud. Tildeling av kontrakt har dermed skjedd i strid med regelverket ettersom ny konkurranse ikke ble gjennomført.

(39) Klagenemnda antar at vilkårene for å få erstattet den negative kontraktsinteresse kan være oppfylt.

(40) På denne bakgrunn ser klagenemnda ikke grunn til å gå inn på partenes øvrige anførsler.

Konklusjon:

Akershus Universitetssykehus HF har brutt kravet om forutberegnelighet og konkurranse i lov om offentlige anskaffelser § 5 ved å gjennomføre tildeling av kontrakt etter utløpet av vedståelsesfristen.

For klagenemnda,

7. februar 2005

Inger Roll-Matthiesen



Forsiden
Nemndsmedlemmer
Saksbehandling
Regelverk
Innkomne saker
Statistikk
Årsrapporter
Dommer
Søk i avgjorte saker
Avgjorte saker:
[2003](#) [2004](#) [2005](#)

Besøksadresse
H. Heyerdalsgate 1
0033 Oslo

Postadresse
Postboks 8132 Dep
0033 Oslo

Tlf.: 22 33 70 10

Faks: 22 33 70 12

E-post:

postmottak@kofa.no

Avgjorte saker

-

Saken gjelder åpen anbudskonkurranse vedrørende prosjektadministrativ bistand, bygge-, prosjekterings- og prosjektledelse. Innklagede hadde oppgitt ett sett med tildelingskriterier i kunngjøringen og et annet i konkurransegrunnlaget. Klagenemnda kom til at klarheten omkring tildelingskriterienes nærmere innhold brøt med kravene til forutberegnelighet og gjennomskiktighet.

-

-

Klagenemndas avgjørelse 7. februar 2005 i sak 2004/74

Klager: RIF – Organisasjonen for rådgivere

Innklagede: Mandal kommune

Klagenemndas medlemmer: Svein Dahl, Inger Roll-Matthiesen, Siri Teigum

Saken gjelder: kravet til forutberegnelighet, krav til begrunnelsen

Sakens bakgrunn:

(1) Mandal kommune (heretter kalt innklagede) kunngjorde 11.februar 2002 en åpen anbudskonkurranse vedrørende prosjektadministrativ bistand, bygge-, prosjekterings- og prosjektledelse. Det ble konkurrert om å levere det økonomisk mest fordelaktige tilbudet, og i kunngjøringen ble følgende tildelingskriterier oppgitt i ikke-prioritert rekkefølge:

1. *Leveringssikkerhet*
2. *Lønnsomhet*
3. *Teknisk verdi*
4. *Pris*
5. *Kvalitet*”.

(2) I konkurransegrunnlaget ble disse tildelingskriteriene benyttet:

1. *Tilbudt honorar*
2. *Erfaring fra relevante prosjekter*
3. *Generell fagkompetanse*
4. *Kapasitet*
5. *Leveringstid*
6. *Leveringssikkerhet*”.

(3) Flere leverandører tilknyttet RIF – Organisasjonen for rådgivere (heretter

kalt klager) innga tilbud innen tilbudsfristens utløp 1. mars 2004 innga. På vegne av disse leverandørene tok klager kontakt med innklagede pr e-post 25. februar 2004 og påpekte at tildelingskriteriene etter klagers syn var uforståelige og lite hensiktsmessige. På dette tidspunktet kjente ikke klager til at konkurransegrunnlaget inneholdt et annet sett av tildelingskriterier enn kunngjøringen. Innklagede svarte påfølgende dag at det var tildelingskriteriene i konkurransegrunnlaget som måtte få forrang, og at det ikke ble ansett å foreligge feil som kunne få betydning for konkurransens videre fremdrift.

(4) Den 17. mars 2004 sendte innklagede ut et brev med følgende innhold til de konkurrerende leverandørene:

"Vi viser til tilbudsforespørsel, samt mottatte tilbud på forespørsel om prosjektadministrativ bistand.

Vi har gjennomgått tilbudene og vurdert de utfra de i tilbudsforespørselen gitte kriterier. Etter en totalvurdering av tilbudene innstilles det på at Sivilingeniør O. Nørve innkalles til avklarende og eventuelt påfølgende kontraktsforhandlinger.

Hvis det er innvendinger mot denne innstillingen, bes de sendt oss skriftlig innen 25. mars 2004."

(5) Kontrakt er inngått i saken.

Klager har i det vesentligste anført:

(6) Innklagede har brutt regelverket for offentlige anskaffelser.

(7) Innklagedes begrunnelse for tildeling av kontrakt tilfredsstillende ikke kravene i forskrift om offentlige anskaffelser § 17-3.

(8) Innklagede har benyttet ett sett med tildelingskriterier i kunngjøringen, og et annet sett i konkurransegrunnlaget. Motstriden mellom tildelingskriteriene oppgitt i kunngjøring og konkurransegrunnlag har skapt en usikkerhet i strid med kravet til forutberegnelighet, jf lov om offentlige anskaffelser § 5.

Innklagede har i det vesentligste anført:

(9) Innklagede erkjenner å ha brutt begrunnelsesplikten etter forskrift om offentlige anskaffelser § 17-3. For øvrig bestriker innklagede å ha brutt regelverket for offentlige anskaffelser.

(10) Regelverket oppstiller ikke noe krav om at tildelingskriteriene skal oppgis allerede i kunngjøringen. Når dette likevel er gjort, må oppregningen anses som veiledende for hvilke kriterier som vil komme i konkurransegrunnlaget. Det kan ikke stilles noe krav om at tildelingskriteriene må ha den eksakt samme ordlyd eller fullt ut det samme innhold. En direkte motstrid er uheldig, men heller ikke dette er nødvendigvis et brudd på regelverket.

(11) Tildelingskriteriene i konkurransegrunnlaget har samme innhold som kriteriene opplistet i kunngjøringen, men de er utformet mer treffende i forhold til den konkrete anskaffelsen. En vurdering av tildelingskriteriene i konkurransegrunnlaget fører til samme resultat som en vurdering av tildelingskriteriene i kunngjøringen.

Klagenemndas vurdering:

(12) Klager representerer leverandører som har deltatt i konkurransen og har dermed saklig klageinteresse, jf forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Anskaffelsen er underlagt del III i forskrift om offentlige anskaffelser, jf § 2-2.

(13) Klagenemnda bemerker at selv om klager på dette tidspunkt ikke hadde fullstendig kjennskap til de faktiske omstendigheter i saken, ga klagers henvendelse til innklagede 25. februar 2004 innklagede en oppfordring til å presisere tildelingskriterienes innhold overfor leverandørene før tilbudsfristens utløp. Dette ble ikke gjort.

(14) Innklagede har erkjent at begrunnelsen for tildeling av kontrakt gitt i brev av 17. mars 2004 ikke tilfredsstillende kravene i forskrift om offentlige anskaffelser § 17-3. Klagenemnda vil bemerke at dette er et alvorlig regelbrudd siden det fratru leverandørene muligheten til å avdekke eventuelle feil som kan føre til at oppdragsgiveren omgjør sin beslutning om tildeling av kontrakt, jf § 17-3 (3). Leverandørene får heller ikke grunnlag for eventuelt å iverksette rettslige skritt før tildeling av kontrakt, og de får ikke den forutsatte kunnskap for eventuelt å kunne bearbeide sine tilbud ved en annen anledning.

(15) Regelverket for offentlige anskaffelser krever at oppdragsgiver klart og utvetydig angir hvilke tildelingskriterier som inngår i vurderingen av det økonomisk mest fordelaktige tilbud. Selv om innklagede ikke var forpliktet til å oppgi tildelingskriterier i kunngjøringen, må tildelingskriteriene, hvis de likevel oppgis, tilfredsstillende regelverkets krav. Når innklagede i denne saken anvendte to sett med tildelingskriterier med til dels avvikende innhold, ble det skapt en usikkerhet omkring hvilke forhold som ville inngå i evalueringen av tilbudene. Innklagede har dermed brutt kravene til forutberegnelighet og gjennomsiktighet, jf lov om offentlige anskaffelser § 5.

Konklusjon:

Mandal kommune har brutt kravene til forutberegnelighet og gjennomsiktighet i lov om offentlige anskaffelser § 5.

For klagenemnda,

7. februar 2005

Svein Dahl



Forsiden
Nemndsmedlemmer
Saksbehandling
Regelverk
Innkomne saker
Statistikk
Årsrapporter
Dommer
Søk i avgjorte saker
Avgjorte saker:
[2003](#) [2004](#) [2005](#)

Besøksadresse
H. Heyerdalsgate 1
0033 Oslo

Postadresse
Postboks 8132 Dep
0033 Oslo

Tlf.: 22 33 70 10

Faks: 22 33 70 12

E-post:

postmottak@kofa.no

Avgjorte saker

Innklagede kunngjorde en åpen anbudskonkurranse om utarbeidelse av forprosjekt og kravspesifikasjon for Longyearbyen skole. I konkurransegrunnlaget ble tilbudsfristen som var angitt i kunngjøringen forkortet. Klagenemnda fant at arbeidene falt inn under virkeområdet for lov om offentlige anskaffelser, og at forkortelse av fristen var i strid med kravet til likebehandling i lov om offentlige anskaffelser § 5.

Klagenemndas avgjørelse 7. februar 2005 i sak 2004/99

Klager: Norges Praktiserende Arkitekter ANS

Innklaget: Statsbygg Nord

Klagenemndas medlemmer: Svein Dahl, Inger Roll-Matthiesen, Siri Teigum

Saken gjelder: Regelverkets anvendelse på Svalbard, forkortelse av tilbudsfristen.

Bakgrunn:

(1) Statsbygg (heretter kalt "innklagede") kunngjorde i DOFFIN-databasen den 22.03.2004 en åpen anbudskonkurranse om utarbeidelse av forprosjekt og kravspesifikasjon for Longyearbyen skole. I kunngjøringen ble det opplyst som "Sted for bygge- og anleggsarbeidet, levering eller utførelsessted": "Statsbygg Nord, Kaigt. 4. 9007 Tromsø". Videre ble det som frist for mottak av tilbud opplyst 06.05.2004 kl. 12.

(2) I konkurransegrunnlaget ble oppdraget beskrevet nærmere, ved at valgt leverandør skulle:

"Utarbeide forprosjekt med kostnadskalkyler. Det lages tegning i 1:100 av forslag til løsning for ovennevnte rombehov. Det utarbeides en beskrivelse, kravspesifikasjon for totalentreprise. Søknad om rammetillatelse sendes til Longyearbyen Lokalstyret.

Vi ønsker tilbud fra et firma som har kompetanse fra sammenlignbare prosjekter. Grunnet prosjektets størrelse ser vi det ikke hensiktsmessig å kontrahere en prosjekteringsgruppe, men firmaet skal tilknytte seg nødvendig annen kompetanse slik at alle fag er dekket og at tilbudet blir komplett.

De prosjekterende skal evaluere de innkommende totalentreprisetilbudene, og gi innstilling på valg. Det kan bli aktuelt med videre oppfølging, men dette vil i så fall bli honorert etter medgått tid og skal ikke regnes inn i anbudssummen”.

(3) I konkurransegrunnlaget ble tilbudsfristen forkortet til 26.04.04 kl. 12.

(4) Kontrakt ble tildelt Arkitektkontoret Amundsen AS, og i kontrakten fremgår det at ”nødvendige reiser for prosjekteringsarbeidet, inntil 3 reiser, er inkludert...”.

Klagers anførsler

(5) Det har oppstått en uklarhet og tvetydighet i konkurransegrunnlaget, i betydningen kunngjøring og anbudsgrunnlag, ved at det ikke tilkjenner hvilken av leveringsfristene som er det korrekte. Dette bryter med de grunnleggende krav for gjennomføring av offentlige anskaffelser. Det fremstår ikke som forutberegnelig for leverandørene hvilken frist som er gjeldende, og det er her en stor risiko for at potensielle leverandører har blitt forhindret fra å delta i konkurransen på grunn av feil som oppdragsgiver svarer for.

Innklagedes anførsler

(6) KOFA har ikke kompetanse til å behandle saken, ettersom anskaffelsen har stedlig tilknytning til Svalbard. Klagen må derfor avvises.

(7) Lov om Svalbard av 17. juli 1925 nr. 11 § 2 fastsetter at norsk privatrett, strafferett og lovgivning om rettspleien gjelder på Svalbard. Andre lovbestemmelser gjelder ikke for Svalbard, med mindre dette er særskilt fastsatt. Det er ikke fastsatt at lov om offentlige anskaffelser skal gjelde for Svalbard.

(8) Oppdraget forutsetter en viss fysisk tilstedeværelse på Svalbard. Det er forutsatt at den som blir tildelt oppdraget må reise til Svalbard minst 3 ganger i kontraktperioden. Oppdraget kan med andre ord ikke utføres i sin helhet fra et kontor på fastlandet. Anskaffelsen har følgelig en slik tilknytning til Svalbard at lov om offentlige anskaffelser ikke kommer til anvendelse, selv om prosjektet og anbudsbehandlingen for så vidt styres fra Statsbygg Nords kontor i Tromsø. Prosjektet omfattes for øvrig heller ikke av norsk avgiftslovgivning eller plan- og bygningslovens bestemmelser.

(9) Subsidiært anføres at det ikke er begått brudd på lov om offentlige anskaffelser med forskrifter.

(10) Det er fristen i konkurransegrunnlaget som skal gjelde, og det kan ikke være tvil om at det klart er fastsatt en strammere tidsfrist for innlevering av tilbud enn det som fremgikk av kunngjøringen. Det bør være klart for alle at en nyere fastsatt tidsfrist gjelder fremfor en eldre fastsatt frist.

(11) Forskriftens § 12-4 gjelder retting av konkurransegrunnlag som alt er sendt ut, ikke justeringer som finner sted i tiden mellom kunngjøring og utsendelse av konkurransegrunnlag. Det er ikke bestemmelser i forskriftens som regulerer den foreliggende problemstillingen. Det avgjørende må derfor være om en slik justering eller endring av tidsfristen er i strid med grunnleggende prinsipper i lovens § 5, herunder prinsippene om forutsigbarhet og likebehandling under hele prosessen.

(12) Innskjerpingen av tidsfristen innebar ingen reell forskjellsbehandling mellom aktørene i konkurransen. Det ble stilt det samme nye krav overfor alle. Alle fikk følgelig lik og samtidig informasjon om den justeringen som ble gjort med hensyn til fristen for innlevering av tilbud. Alle fikk konkurransegrunnlaget en måned før fristen utløp. At en eller flere ikke har fått med seg endringen innebærer ikke nødvendigvis at det har funnet sted noen forskjellsbehandling mellom aktørene i konkurransen.

(13) I mange tilfeller er det behov for å gjøre endringer i planer underveis, og dersom disse endringene ikke er vesentlige er dette noe aktørene i denne bransjen må være forberedt på og innrette sin virksomhet etter. Innskjerpingen av fristen var derfor ikke i strid med kravet til forutsigbarhet.

(14) Det ble vurdert at det var en fordel å korte inn på tilbudsfristen for å ha noe mer tid til rådighet i utførelsesfasen, dette ut fra behov for å kunne justere fremdriften for hele prosjektet.

(15) En del av begrunnelsen for å gjøre endringen var at fristen for innlevering av tilbud var satt forholdsvis romslig i utgangspunktet, og at det ikke ville være urimelig eller problematisk for aktørene å forholde seg til den nye og kortere fristen i konkurransegrunnlaget. Etter fristendringen hadde deltakerne fortsatt fire uker til å regne på oppdraget, noe som er normalt for slike oppdrag.

(16) Det er ikke praktisk mulig å orientere om slike endringer før anmodning om å få tilsendt konkurransegrunnlaget eventuelt er mottatt, med mindre konkurransen kunngjøres på nytt. Det hadde vært mulig å orientere alle om endringen ved å omtale denne i følgebrev eller lignende til konkurransegrunnlaget. Det er imidlertid ingen plikt til å orientere så detaljert om enhver endring eller justering. Det må kunne forventes at den eller de som ber om å få tilsendt konkurransegrunnlaget leser igjennom dette og forholder seg til de opplysninger som der blir gitt. Dette er det mest sentrale dokumentet, mens kunngjøringen er mindre omfattende og utformet mest med hensyn til å identifisere marked og oppdrag. Et krav om at alle endringer som blir gjort må omtales og opplistes eksplisitt i følgebrev eller lignende vil fremstå som rigid og uhensiktsmessig.

Klagenemndas vurdering

(17) Klager er næringsorganisasjon for privatpraktiserende arkitekter, landskapsarkitekter og interiørarkitekter i Norge. Blant klagers primær oppgaver er påvirkning av rammevilkår, herunder å fremme deltakerbedriftenes interesser i forhold til oppdragsgivere og myndigheter. Oppdraget gjelder blant annet arkitekttjenester, og klager må etter dette anses å ha saklig klageinteresse, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig.

(18) I lov om offentlige anskaffelser § 2, siste ledd, fremgår det at "Kongen gir forskrift om lovens anvendelse på Svalbard og kan fastsette særlige regler av hensyn til de stedlige forhold". Slik forskrift er ikke gitt.

(19) Når Klagenemnda likevel har funnet at loven og forskrift får anvendelse på saken, slik at Klagenemnda har kompetanse, skyldes det følgende forhold:

(20) Saken gjelder et prosjekteringsarbeid hvor oppdragsgiver er Statsbygg Nord, basert i Tromsø, og hvor det alt vesentlige av arbeidet skal utføres på fastlandet hvor også arbeidet skal leveres. Det er forutsatt at leverandør må foreta tre reiser til Svalbard i kontraktperioden - men bortsett fra dette vil ikke noe arbeid utføres der. Når oppdragsgiver har tilhold på fastlandet og arbeidet verken skal utføres eller leveres på Svalbard, er tilknytningen til fastlandet så dominerende at lov om offentlige anskaffelser med tilhørende forskrift uansett må få anvendelse. Klagenemnda har med dette ikke tatt standpunkt til anvendelsen av regelverket i en situasjon hvor oppdragsgiver har tilhold på fastlandet, mens det vesentlige av arbeidet utføres og leveres på Svalbard.

(21) I tillegg til det som er nevnt ovenfor kommer dessuten at oppdragsgiver selv uttrykkelig har gitt loven anvendelse gjennom kontraktsbestemmelser. Det fremgår av konkurransegrunnlagets pkt.3.1 at den såkalte Grønnboka, som inneholder Statsbyggs konkurranseregler og kontraktsbestemmelser, er en del av avtaleforholdet. I Grønnbokas pkt.2.1 er det sagt uttrykkelig at forskrift om offentlige anskaffelser av 15. juni 2001 skal gjelde, og det samme fremgår indirekte av pkt.3.5. Også forøvrig har Statsbygg gjennom sin kunngjøring og på annen måte tilkjennegitt at lov og forskrift om offentlige anskaffelser skal følges.

(22) Klagenemnda finner etter dette at arbeidene faller inn under lov og forskrift om offentlige anskaffelser. Anskaffelsen faller etter sin art under del III i forskrift om offentlige anskaffelser, jf § 2-2.

(23) Med hensyn til frist for innlevering av tilbud, fremgikk denne opprinnelig av selve kunngjøringsteksten. Det er denne kunngjøringen potensielle leverandører vil forholde seg til ved vurderingen av om de skal delta i konkurransen, og i så fall også når de senest må ta kontakt med oppdragsgiver for å be om konkurransegrunnlaget. En innskjerping av tilbudsfristen i konkurransegrunnlaget kan derfor lede til at potensielle leverandører har mistet sin mulighet for å delta i konkurransen, som følge av at de melder sin interesse for konkurransegrunnlaget for sent. En slik innskjerping av tilbudsfristen måtte eventuelt skjedd på samme måte som den opprinnelige tilbudsfristen ble varslet, dvs. i en ny kunngjøring. Klagenemnda finner derfor at kravet til likebehandling i lov om offentlige anskaffelser § 5 er brutt.

Konklusjon:

I konkurranse om utarbeidelse av forprosjekt og kravspesifikasjon for Longyearbyen skole har Statsbygg Nord brutt kravet til likebehandling i lov om offentlige anskaffelser § 5, ved at konkurransegrunnlaget forkortet den tilbudsfrist som fremgikk av den offisielle kunngjøringen.

For klagenemnda,

7. februar 2005

Svein Dahl



Forsiden
 Nemndsmedlemmer
 Saksbehandling
 Regelverk
 Innkomne saker
 Statistikk
 Årsrapporter
 Dommer
Søk i avgjorte saker

Avgjorte saker:
[2003](#) [2004](#) [2005](#)

Besøksadresse
 H. Heyerdalsgate 1
 0033 Oslo

Postadresse
 Postboks 8132 Dep
 0033 Oslo

Tlf.: 22 33 70 10

Faks: 22 33 70 12

E-post:

postmottak@kofa.no

Avgjorte saker

Innklagede gjennomførte en konkurranse med forhandling om leie av bygg eller nybygg til bruk som domstol. Klagenemnda fant at innklagede brøt regelverket om offentlige anskaffelser ved at saksbehandlingen rundt vurderingen av det valgte leverandørs tilbud ikke var forsvarlig.

Klagenemndas avgjørelse 7. februar 2005 i sak 2004/295

Klager: Sentrum Invest KS

Innklaget: Domstoladministrasjonen

Klagenemndas medlemmer: Svein Dahl, Siri Teigum, Bjørg Ven.

Saken gjelder: Kravet til å opplyse om fastsatt matrise for evaluering, veiledningsplikt i forhandlinger, forsvarlig saksbehandling.

Sakens bakgrunn:

(1) Domstoladministrasjonen (heretter kalt innklagede) kunngjorde 24. mai 2004 en konkurranse med forhandling om leie av lokaler til nye Haugaland tingrett.

(2) Av konkurransegrunnlaget fremgikk tildelingskriteriene slik:

7.1 Tildelingskriterier

Tildelingen vil skje på basis av hvilket tilbud som, etter gjennomførte forhandlinger, er det økonomisk mest fordelaktige tilbudet for DA. Det økonomisk mest fordelaktige tilbudet vil bli vurdert ut fra etterfølgende kriterier i prioritert rekkefølge.

Kriterier	Krav til tilbyders dokumentasjon
Planmessig og funksjonsmessige egenskaper	Domstoladministrasjonens vurdering av utleiers løsning av romprogram og funksjonsmessige krav i konkurransegrunnlaget, samt vurdering av avvik fra beskrevne løsninger/ tekniske løsninger.
Pris	Tilbudt leiepris, samt driftskostnader i

	<i>samsvar med tilbudsbrev og tilbudsskjema, og prismessig vurdering av eventuelle forbehold/ vilkår i tilbudt leiekontrakt.</i>
<i>Beliggenhet</i>	<i>Domstoladministrasjonens vurdering av utleieobjektets beliggenhet i nær tilknytning til Haugesund sentrum. Beliggenhet i forhold til serveringsmuligheter, offentlig kommunikasjon, og heldagsparkering vil bli vurdert.</i>
<i>Leveringstid</i>	<i>Tilbudt ferdigstillelse for start på leieforholdet. Vurdering av avvik i forhold til oppdragsgivers ønske om når leieforholdet bør starte. Maksimalt avvik for ferdigstillestidspunkt er 6 mnd fra det tidspunkt Domstoladministrasjonen har angitt som ønsket ferdigstillelse.</i>
<i>Estetisk og arkitektonisk uttrykk</i>	<i>Domstoladministrasjonen vil legge vekt på hvordan den tilbudte bygningen framstår som en funksjon av domstolens behov for verdighet og et markert og lett gjenkjennelig bygg i lokalmiljøet.</i>

(3) I alt 6 leverandører leverte inn tilbud, herunder Sentrum Invest KS (heretter kalt klager) og Ski Eiendom AS (heretter kalt Ski Eiendom).

(4) Medio oktober 2004 fastsatte innklagede en matrise, der tildelingskriteriene fikk følgende vektningstall: Planmessig og funksjonsmessige egenskaper: 100, Pris: 80, Beliggenhet: 60, Leveringstid: 40 og Estetisk og arkitektonisk uttrykk: 20.

(5) Det ble foretatt en arkitektfaglig vurdering av tildelingskriteriene "planmessig og funksjonsmessige egenskaper" og "estetisk og arkitektonisk uttrykk". Vurderingen ble oppsummert i et notat datert 19. oktober 2004, der det blant annet fremgår at klager skåret 70 på tildelingskriteriet nr 1, og 10 på nr 5, mens Ski Eiendom skåret 98 på nr 1 og 20 på nr 5.

(6) Klager var i forhandlingsmøte med innklagede den 20. oktober 2004, og det ble skrevet et referat datert 22. oktober 2004.

(7) Ski Eiendom AS skrev blant annet følgende i brev datert 27. oktober 2004:

"I forbindelse med etableringen av kystverkets kontorer (som er under bygging) og eventuelt tinghus vil det bli en betydelig trafikkøkning i området.

De signaler vi får fra busselskapet er at det pga. den sentrale beliggenheten er en liten kostnad med å sette opp et timestilbud på bussavganger i arbeidstiden, et slikt tilbud vil være lønnsomt med de nye etableringene på Hasseløy. Vi vil arbeide videre for å få på plass et konkret tilbakemelding om utvidet tilbud. Det er Kolumbus (fylkeskommunen) som setter opp bussrutene i forbindelse med anbudsinnhenting."

(8) Den 3. november 2004 leverte klager et revidert tilbud.

(9) I en e-post fra "Brukerutvalget" datert 15. november står blant annet dette:

"Brukerutvalget hadde møte 13.11 og gjennomgikk de 3 aktuelle tilbudene.

Når det gjelder tilbudet fra Sentrum Invest må man se på lysforholdene for enkelte saksbehandlerkontorer og for rettsalene. Man må også se på antall toaletter, både i indre og ytre sone. (...)"

(10) Den 17. november 2004 var klager i et nytt forhandlingsmøte med innklagede. Referat fra møtet er datert 25. november 2004.

(11) I referat fra forhandlingsmøte 05 med Ski Eiendom AS, avholdt 17. november 2004, er det i punkt Fhm.05.08 angitt følgende: *"Ski Eiendom AS bekrefter at de vil garantere at det blir etablert minimum 8 bussavganger daglig til dette tinghusbygget."*

(12) Klager leverte inn et revidert tilbud datert 18. november.

(13) I tilbud av 18. november 2004 fra Ski Eiendom AS er angitt følgende:

"I dag er det 4 buss stopp på Hasseløy pr. dag. Slik vi vurderer det vil det bli etablert et tilfredsstillende busstilbud med minimum 8 buss stopp pr. dag innen tinghusprosjektet er ferdigstilt.

Skulle dette ikke være tilfelle kan vi tilby en opsjonspris for etablering av et busstilbud med 4 ekstra bussavganger pr. dag. Avgangene tilpasses tinghusets åpningstid. Opsjonsprisen er kr. 45.000,- pr år."

(14) I brev til klager datert 22. november skrev innklagede at de hadde besluttet å tildele kontrakten til Ski Eiendom. I brev datert 29. november ba klager om en nærmere begrunnelse for valget. I brev til klager datert 1. desember 2004 fremgikk blant annet dette:

"Domstoladministrasjonen engasjerte Sivilarkitekt MNAL Cecilie Wille til å utarbeide en uavhengig arkitektfaglig vurdering av alle tilbudene i konkurransen. Denne har dannet grunnlaget for Domstoladministrasjonens skjønnsmessige vurdering av planløsning og funksjonsmessige egenskaper, samt estetisk og arkitektonisk uttrykk. Vurderingen er datert 19.10.2004 og foretatt før forhandlingsrundene ble gjennomført. Den arkitektfaglige vurderingen for Ski Eiendom AS, Caiano Eiendom AS og Sentrum Invest KS følger vedlagt. (...)

Domstoladministrasjonen har vurdert de reviderte planløsningene etter første forhandlingsrunde og foretatt en skjønnsmessig forbedring for vurderingene av planløsningene til Caiano Eiendom AS og Sentrum Invest KS.

Det ble avholdt et møte mellom brukerutvalget og Domstoladministrasjonen basert på de opprinnelige tilbudene. Dette sammen med arkitektens synspunkter og eget skjønn dannet grunnlaget for å velge hvilke tilbydere som skulle inviteres til reelle forhandlinger og tema ved forhandlingene i første runde. Domstoladministrasjonen har også anmodet brukerutvalget for Haugaland tingrett om en endelig uttalelse vedrørende de aktuelle tilbudene dvs. basert på endrede plantegninger for Caiano Eiendom AS og Sentrum Invest KS. Deres

uttalelse er mottatt 15.11.2004 (...). Domstoladministrasjonen har foretatt en skjønnsmessig vurdering av denne uttalelsen, men for øvrig lagt vekt på de tildelingskriterier som er oppgitt i konkurransegrunnlaget, samt forholdt seg til den arkitektfaglige vurderingen og påfølgende skjønnsmessige revurdering av tildelingskriteriene 1 og 5.

(...)

Evalueringen gir følgende resultat som har vært utgangspunkt for Domstoladministrasjonens skjønnsmessige vurderinger ved den endelige tildelingen av kontrakt:

	Planløsning og funksjonsmessige egenskaper	Pris	Beliggenhet	Leverings-tid	Esar/utl
TILBUD	100	80	60	40	20
Sentrum Invest KS	80	62	60	40	15
Caiano Eiendom AS	75	80	60	40	15
Ski Eiendom AS	98	72	45	40	20



Forsiden
Nemndsmedlemmer
Saksbehandling
Regelverk
Innkommne saker
Statistikk
Årsrapporter
Dommer
Søk i avgjorte saker
Avgjorte saker:
[2003](#) [2004](#) [2005](#)

Besøksadresse
H. Heyerdalsgate 1
0033 Oslo

Postadresse
Postboks 8132 Dep
0033 Oslo

Tlf.: 22 33 70 10

Faks: 22 33 70 12

E-post:

postmottak@kofa.no

Avgjorte saker

Innklagede gjennomførte en konkurranse med forhandling om leie av bygg eller nybygg til bruk som domstol. Klagenemnda fant at innklagede hadde brutt regelverket om offentlige anskaffelser ved at saksbehandlingen rundt vurderingen av den valgte leverandørens tilbud ikke var forsvarlig. Klagenemnda fant også at innklagede hadde benyttet et av tildelingskriteriene som et rent minstekrav, uten å foreta en rangering av tilbudene.

Klagenemndas avgjørelse 7. februar 2005 i sak 2004/294

Klager: Caiano Eiendom AS

Innklaget: Domstoladministrasjonen

Klagenemndas medlemmer: Svein Dahl, Siri Teigum, Bjørg Ven.

Saken gjelder: Kravet til å opplyse om fastsatt matrise for evaluering, forsvarlig saksbehandling, krav til rangering av tilbud.

Sakens bakgrunn:

(1) Domstoladministrasjonen (heretter kalt innklagede) kunngjorde 24. mai 2004 en konkurranse med forhandling om leie av lokaler til nye Haugaland tingrett.

(2) Av kunngjøringen fremgikk at innklagede var interessert i lokaler både i nybygg og ombygde eksisterende arealer, og at lokalene skulle være tilpasset spesifiserte funksjonskrav som fremkom av konkurransegrunnlaget. Frist for utførelse ble oppgitt å være januar 2006.

(3) Av konkurransegrunnlaget punkt 1 fremgikk det at oppstart av leieforholdet var 16. januar 2006. Under punkt 7 fremgikk tildelingskriteriene slik:

7.1 Tildelingskriterier

Tildelingen vil skje på basis av hvilket tilbud som, etter gjennomførte forhandlinger, er det økonomisk mest fordelaktige tilbudet for DA. Det økonomisk mest fordelaktige tilbudet vil bli vurdert ut fra etterfølgende kriterier i prioritert rekkefølge.

<i>Kriterier</i>	<i>Krav til tilbyders dokumentasjon</i>
<i>Planmessig og funksjonsmessige egenskaper</i>	<i>Domstoladministrasjonens vurdering av utleiers løsning av romprogram og funksjonsmessige krav i konkurransegrunnlaget, samt vurdering av avvik fra beskrevne løsninger/ tekniske løsninger.</i>
<i>Pris</i>	<i>Tilbudt leiepris, samt driftskostnader i samsvar med tilbudsbrev og tilbudsskjema, og prismessig vurdering av eventuelle forbehold/ vilkår i tilbudt leiekontrakt.</i>
<i>Beliggenhet</i>	<i>Domstoladministrasjonens vurdering av utleieobjektets beliggenhet i nær tilknytning til Haugesund sentrum. Beliggenhet i forhold til serveringsmuligheter, offentlig kommunikasjon, og heldagsparkering vil bli vurdert.</i>
<i>Leveringstid</i>	<i>Tilbudt ferdigstillelse for start på leieforholdet. Vurdering av avvik i forhold til oppdragsgivers ønske om når leieforholdet bør starte. Maksimalt avvik for ferdigstillestidspunkt er 6 mnd fra det tidspunkt Domstoladministrasjonen har angitt som ønsket ferdigstillelse.</i>
<i>Estetisk og arkitektonisk uttrykk</i>	<i>Domstoladministrasjonen vil legge vekt på hvordan den tilbudte bygningen framstår som en funksjon av domstolens behov for verdighet og et markert og lett gjenkjennelig bygg i lokalmiljøet.</i>

(4) I alt 6 leverandører leverte inn tilbud innen fristen 1. september 2004, herunder Caiano Eiendom AS (heretter kalt klager) og Ski Eiendom AS (heretter kalt Ski Eiendom). Av Ski Eiendoms tilbud fremgikk det av punkt 8 at dato for ferdigstillelse var 10. januar med innflytting 16. januar 2006, samt at "Fremdriften er svært stram og kan med fordel forlenges"

(5) Medio oktober 2004 fastsatte innklagede en matrise, der tildelingskriteriene fikk følgende vektingstall: Planmessig og funksjonsmessige egenskaper: 100, Pris: 80, Beliggenhet: 60, Leveringstid: 40 og Estetisk og arkitektonisk uttrykk: 20.

(6) Det ble foretatt en arkitektfaglig vurdering av tildelingskriteriene "planmessig og funksjonsmessige egenskaper" og "estetisk og arkitektonisk uttrykk". Vurderingen ble oppsummert i et notat datert 19. oktober 2004, der det blant annet fremgår at klager skåret 70 på tildelingskriteriet nr 1, og 15 på nr 5, mens Ski Eiendom skåret 98 på nr 1 og 20 på nr 5.

(7) Innklagede fant at tre leverandører, herunder klager og Ski Eiendom, hadde reell mulighet til å få kontrakten, og inviterte disse til forhandlinger den 20. oktober 2004. I referatene fra begge møtene fremgår følgende:

"Risiko for offentlig byggesaksbehandling

DA vil ikke ha risikoen for eventuell saksbehandlingstid på offentlig byggesaksbehandling. Dette må innkalkuleres i den totale gjennomføringstiden som tilbyder forventer for sitt prosjekt. Tilbyder bekrefter at tomten allerede er regulert til sitt formål.

Revidert tidspunkt for start av leieforholdet

DA ønsker i utgangspunktet at tilbyder skal angi en gjennomføringsperiode av sitt prosjekt og dato på start av leieforholdet som gir det økonomisk mest fordelaktige tilbud.

DA ønsker at tilbyder avgir en revidert dato for ferdigstilling og start av leieforholdet. Ønsket dato fra DA er 01.05.2006."

(8) Innklagede ønsket en nærmere redegjørelse fra Ski Eiendom om offentlig kommunikasjon. Ski Eiendom AS redegjorde i brev datert 27. oktober 2004 for at det allerede eksisterer en offentlig kommunikasjon med et busstilbud som stopper rett foran det aktuelle nye tinghuset, og at antall stopp/avganger er 4 pr. dag. Det ble vedlagt dokumentasjon med rutetider for den aktuelle bussruten. Videre sto det:

"I forbindelse med etableringen av kystverkets kontorer (som er under bygging) og eventuelt tinghus vil det bli en betydelig trafikkøkning i området.

De signaler vi får fra busselskapet er at det pga. den sentrale beliggenheten er en liten kostnad med å sette opp et timestilbud på bussavganger i arbeidstiden, et slikt tilbud vil være lønnsomt med de nye etableringene på Hasseløy. Vi vil arbeide videre for å få på plass et konkret tilbakemelding om utvidet tilbud. Det er Kolumbus (fylkeskommunen) som setter opp bussrutene i forbindelse med anbudsinnhenting."

(9) Den 1. november 2004 leverte klager et revidert tilbud.

(10) I en e-post fra "Brukerutvalget" datert 15. november står blant annet dette:

"Brukerutvalget hadde møte 13.11 og gjennomgikk de 3 aktuelle tilbudene.

Det var enighet om å rangere Caianos tilbud som det dårligste.

Man synes spesielt det er en dårlig løsning når det gjelder publikumsareal og spesielt i andre etasje. Et begrenset areal skal betjene parter, vitner og tilhørere til 4 rettsaler. Området utenfor rettsalene er trangt og begrenset og det er bare ett oppholdsrom for vitner. Utenfor rettsalene er det ikke oppholdsplass for vitner. Når det gjelder tilhørere kan man lett tenke seg at det samtidig skal være 2 skoleklasser.

Arealet i 1 etasje er også tilsvarende trangt. Også her skal man betjene 4 rettsaler.

I 3. etasje er et vist saksbehandlerkontorer uten vinduer mot dagslys. Dette er heller ikke akseptabelt.

Brukerutvalget er enstemmig i vurderingen av Caianos tilbud som ikke brukbart. (...)

(11) Den 17. november 2004 avholdt innklagede nye forhandlingsmøter med de tre leverandørene. I referatet fra møtet med Ski Eiendom står det blant annet dette:

"Ski Eiendom AS bekrefter at de vil garantere at det blir etablert minimum 8 bussavganger daglig til dette tinghusbygget."

(12) Klager leverte inn et revidert tilbud datert 18. november. I Ski Eiendoms brev av samme dato står det:

"I dag er det 4 buss stopp på Hasseløy pr. dag. Slik vi vurderer det vil det bli etablert et tilfredsstillende busstilbud med minimum 8 buss stopp pr. dag innen tinghusprosjektet er ferdigstilt.

Skulle dette ikke være tilfelle kan vi tilby en opsjonspris for etablering av et busstilbud med 4 ekstra bussavganger pr. dag. Avgangene tilpasses tinghusets åpningstid. Opsjonsprisen er kr. 45.000,- pr år."

(13) Etter at forhandlingene var avsluttet tilbød Ski Eiendom AS 01. mai 2006 som leveringstidspunkt, mens klager tilbød 31. mars 2006. Den tredje leverandøren tilbød 1. juni 2006. Klagers pris var kr. 4.454.000 i årsleie, Ski Eiendoms pris var kr. 4.900.000 og den tredje leverandørens pris var kr. 5.500.000.

(14) I brev til klager datert 22. november skrev innklagede at de hadde besluttet å tildele kontrakten til Ski Eiendom. I brev datert 29. november ba klager om en nærmere begrunnelse for valget. I brev til klager datert 1. desember 2004 fremgikk blant annet dette:

"Domstoladministrasjonen engasjerte Sivilarkitekt MNAL Cecilie Wille til å utarbeide en uavhengig arkitektfaglig vurdering av alle tilbudene i konkurransen. Denne har dannet grunnlaget for Domstoladministrasjonens skjønnsmessige vurdering av planløsning og funksjonsmessige egenskaper, samt estetisk og arkitektonisk uttrykk. Vurderingen er datert 19.10.2004 og foretatt før forhandlingsrundene ble gjennomført. Den arkitektfaglige vurderingen for Ski Eiendom AS, Caiano Eiendom AS og Sentrum Invest KS følger vedlagt. (...)

Domstoladministrasjonen har vurdert de reviderte planløsningene etter første forhandlingsrunde og foretatt en skjønnsmessig forbedring for vurderingene av planløsningene til Caiano Eiendom AS og Sentrum Invest KS.

Det ble avholdt et møte mellom brukerutvalget og Domstoladministrasjonen basert på de opprinnelige tilbudene. Dette sammen med arkitektens synspunkter og eget skjønn dannet grunnlaget for å velge hvilke tilbydere som skulle inviteres til reelle forhandlinger og tema ved forhandlingene i første runde. Domstoladministrasjonen har også anmodet brukerutvalget for Haugaland tingrett om en endelig uttalelse vedrørende de aktuelle tilbudene dvs. basert på endrede plantegninger for Caiano Eiendom AS og Sentrum Invest KS. Deres uttalelse er mottatt 15.11.2004 (...). Domstoladministrasjonen har foretatt en

skjønnsmessig vurdering av denne uttalelsen, men for øvrig lagt vekt på de tildelingskriterier som er oppgitt i konkurransegrunnlaget, samt forholdt seg til den arkitektfaglige vurderingen og påfølgende skjønnsmessige revurdering av tildelingskriteriene 1 og 5.

(...)

Evalueringen gir følgende resultat som har vært utgangspunkt for Domstoladministrasjonens skjønnsmessige vurderinger ved den endelige tildelingen av kontrakt:

	Planløsning og funksjonsmessige egenskaper	Pris	Beliggenhet	Leverings-tid	Esar/ut
TILBUD	100	80	60	40	20
Sentrum Invest KS	80	62	60	40	15
Caiano Eiendom AS	75	80	60	40	15
Ski Eiendom AS	98	72	45	40	20

(...)"

(15) Den 21. desember 2004, etter at saken var brakt inn for klagenemnda, ble det foretatt en revidert arkitektfaglig vurdering av tildelingskriterium 1 og 5 basert på de reviderte planløsningene. I denne vurderingen økte arkitekten klagers skår på tildelingskriterium nr 1 fra 70 til 75, mens Ski Eiendom ble stående med 98 poeng. Skårene på tildelingskriterium nr 5 forble uendret.

Klager har i det vesentlige anført:

Brudd på kravet til forutberegnelighet

(16) Innklagede har brutt lovens krav til forutberegnelighet ved ikke å opplyse om den konkrete innbyrdes vektningen av tildelingskriteriene utover den prioriterte rekkefølgen. Hvilke tallverdier som ble benyttet er vesentlig for resultatet.

Tildelingskriteriet planløsning og funksjonsmessige egenskaper

(17) Brukerutvalgets uttalelse av 13. november 2004 er basert på uriktig faktum, da utvalget ikke hadde sett den siste arealøkningen på 100 m2 som ble lagt til prosjektet i det siste kontraktsmøtet. Prosjektets pris ble justert for nevnte økning, men innklagede opplyste at det ikke var nødvendig å korrigere tegningen som følge av dette. Det foretatte skjønnet er således vilkårlig når klagers tilbud kun skåret 75 på dette kriteriet.

Tildelingskriteriet pris

(18) Innklagede burde ha dannet seg en oppfatning av hva som ville ha

vært lavest mulig pris, og høyest akseptable pris, og fordelt skåren deretter. Innklagede har derimot gitt lavbyder full skår, mens andre leverandører har fått skår som er pro rata med prisforskjellen. En anbyder med dobbelt så høy pris som lavbyder ville ha fått en skår på 40. Innklagedes skårfordeling er vilkårlig. En prisforskjell på 10 % burde ha gitt en høyere skårforskjell enn 8.

Tildelingskriteriet beliggenhet

(19) Innklagede har foretatt et skjønn basert på uriktig faktum når Ski Eiendom har fått et skår på 45 på kriteriet beliggenhet.

(20) Det fremgår av definisjonen av kriteriet at en skal vurdere plasseringen i tilknytning til Haugesund sentrum, beliggenhet i forhold til serveringsmuligheter, offentlig kommunikasjon og heldagsparkering. Dette tilsier at det er brukervennligheten som er det avgjørende for dette kriteriet.

(21) Innklagede har manglet vesentlig kunnskap om Ski Eiendoms tomte kvalitet i relasjon til dette kriteriet før de har fordelt skårene. Dette viser den massive tilbakemeldingen som eksterne brukere av bygget, slik som politiet, advokatforeningen, kommunen og fylkesplansjefen har fremkommet med.

(22) For at innklagede på egen hånd skal kunne vektlegge dette kriteriet ut fra de momenter som er nevnt i konkurransegrunnlagets punkt 7, må innklagede ha kunnskap om hvordan brukerne av tinghuset vurderer beliggenheten i relasjon til overnevnte kriterier. Den massive reaksjonen mot lokaliseringen, bekrefter at innklagede har foretatt et innkjøpsfaglig skjønn basert på mangelfull kunnskap om brukernes interesser og uriktig faktum hva angår serveringsmuligheter og offentlig kommunikasjon.

(23) Et annet forhold som tilsier vilkårlighet ved skår i dette tildelingskriteriet, er at Ski Eiendom og Arbe Eiendom har fått samme skår til tross for at Arbe Eiendom sitt alternativ har langt bedre offentlig kommunikasjon, samme avstand fra sentrum og bedre serveringsmuligheter enn Ski Eiendoms lokalitet.

(24) Innklagede synes å ha tolket tildelingskriteriene slik at det er avgjørende at det er serveringsmuligheter og omfanget av kommunikasjon når lokalene står ferdig, som er det avgjørende. Det at en leverandør har anledning til å påvirke serveringsmuligheter og offentlig kommunikasjon kan ikke utledes av tildelingskriteriene slik de er beskrevet. Det er således i strid med kravet om forutberegnelighet at Ski Eiendom har skåret på å garantere at serveringsmuligheter i nabobygget blir opprettholdt og "angitt mulighet for bedre tilgang på offentlig kommunikasjon med flere avganger på allerede eksisterende bussrute". Pr dags dato foreligger det ikke daglige serveringsmuligheter i nabobygget. Ski Eiendom har heller ikke eierskap eller andre kontraktsfestede rettigheter som tilsier at de kan garantere et serveringstilbud, like lite som de kan sannsynliggjøre bedre offentlig kommunikasjon.

Tildelingskriteriet leveringstid

(25) På dette kriteriet har alle tilbudene skåret likt. Det er klagers oppfatning at Ski Eiendom ikke vil være i stand til å oppfylle leveringstid. Det er lagt til grunn at tomten ligger i forlengelse av Haugesund sentrum. Dette tilsier at det forut for tildelingen burde vært avklart med Rogaland Fylkeskommune om Haugesund kommune og Rogaland Fylkeskommune ville akseptert tomten som lokalisering av tinghuset, noe som nå synes ikke å være tilfellet.

(26) Selv om tomten i reguleringsplanen for området er lagt ut til bolig og kontor, fremgår det av reguleringsplanen for Hasseløy at den delen tomten ligger på ikke kan bebygges før det foreligger bebyggelsesplan som skal godkjennes av både planutvalget i Haugesund kommune og Rogaland

Fylkeskommune som høringsinstans. Dette tilsier en saksbehandling over lang tid som vil gjøre det umulig for Ski Eiendom å oppfylle konkurransegrunnlagets krav til leveringstid. Det er urealistisk å regne med en saksbehandlingstid på under 1 år.

(27) Det foreligger således en feil ved evalueringen av tildelingskriteriet leveringstid, ettersom Ski Eiendom ikke kan dokumentere at de vil få nødvendige tillatelser til å oppføre tinghuset på tomten. Å vurdere leverandørene likt på dette punkt er vilkårlig og basert på feil faktum.

(28) I forhandlingsmøtet 20. oktober ble det foretatt endringer vedrørende tildelingskriteriet "leveringstid". Ski Eiendom kan umulig ha innlagt i sin fremdriftsplan tiden som vil gå med til å få ferdigbehandlet bebyggelsesplanen for sitt prosjekt. Selv om verken Ski Eiendom eller innklagede var klar over at bebyggelsesplan må utarbeides på tidspunktet for tildelingen, er innklagede i dag kjent med denne usikkerheten rundt Ski Eiendoms fremdriftsplan. Det er derfor vilkårlig og en forskjellsbehandling av leverandørene når innklagede opprettholder sin opprinnelige vektlegging av leveringstid og likestiller alle tre leverandørene.

(29) Leverandørenes tilbud skal vektlegges ulikt, alt ettersom hvem som har kortest leveringstid.

Innklagede har i det vesentlige anført:

(30) Innklagede bestrider å ha brutt regelverket om offentlige anskaffelser.

(31) Leie av ikke-eksisterende bygg til bruk som domstol er normalt underlagt reglene for uprioriterte tjenester, dvs forskriftens del III.

Tildelingskriterienes forutberegnelighet

(32) Konkurransegrunnlaget er klart og entydig. Det fremgår klart av konkurransegrunnlagets punkt 7.1 hvilke tildelingskriterier som skulle legges til grunn og i hvilken rekkefølge disse ville bli prioritert. I den innkjøpsfaglige vurderingen ble kriteriene gitt prioritet i angitt rekkefølge. Innenfor hvert enkelt av de aktuelle tildelingskriteriene er det foretatt en innkjøpsfaglig rangering med en relativ forskjell og vurdering av hver enkelt tilbyder.

(33) Til hjelp for denne vurderingen og rangering av prioriteringen av hvert enkelt tildelingskriterium og den relative forskjell og vurdering av hver enkelt tilbyder innenfor hvert enkelt tildelingskriterium, har innklagede utarbeidet en evalueringsoversikt som er oppgitt i begrunnelsesbrevet til tilbyderne. Denne ble utarbeidet i forbindelse med evalueringsarbeidet. Vektingstallene for de ulike kriteriene var bygd på den prioritering som var gjort i konkurransegrunnlaget.

(34) Hvilke tallverdier som benyttes i evalueringsoversikten blir helt uvesentlig fordi den relative forskjell og vurdering av hver enkelt leverandør er foretatt helt i samsvar med hvordan det var oppgitt på forhånd at tildelingskriteriene skulle vurderes. Andre alternative tallverdier ville gitt nøyaktig samme resultat fordi det er de relative forskjeller og vurderinger som er lagt til grunn. Selv om man ser helt bort i fra den utarbeidede evalueringsoversikten ville resultatet av vurderingene av prioritering og de relative forskjeller mellom tilbyderne på hvert tildelingskriterium blitt nøyaktig det samme.

(35) Alle tilbud er således blitt behandlet med den likebehandling og den forutberegnelighet som var oppgitt i konkurransegrunnlaget.

Tildelingskriteriet planløsning og funksjonsmessige egenskaper

(36) Innklagede anser å ha foretatt en forsvarlig og saklig vurdering av

tilbudene.

(37) Innklagede har lagt vesentlig vekt på den eksterne rådgivers profesjonelle og objektive ekspertvurdering. Etter mottakelse av klagen, har innklagede anmodet samme rådgiver om å vurdere de reviderte tilbudene som fremkom under forhandlingene, og som innklagede har vurdert med egen innkjøpsfaglig kompetanse sammen med sin egen prosjektadministrative rådgiver.

(38) Brukerutvalget rangerte klagers tilbud som det dårligste i sin uttalelse datert 15. november 2004. Arealøkningen endret ikke tilbudets hovedgrep med planløsning og funksjonsmessige egenskaper.

(39) Etter en fornyet behandling fastholder innklagede sin vurdering og rangering under tildelingskriteriet planløsning og funksjonsmessige egenskaper.

Tildelingskriteriet pris

(40) Et slikt system som klager beskriver for beregning av pris ville vært uforenlig med forutberegnelighetsprinsippet. Det er ikke mulig å på forhånd vurdere hva som kan være en akseptabel pris. Klager har dessuten misforstått eller feilkalkulert den valgte metoden for vurdering av pris. En leverandør med dobbelt så høy pris som lavbyder, vil kun ha fått en skår på null.

Tildelingskriteriet beliggenhet - serveringsmuligheter og tilgang til offentlig kommunikasjon

(41) I konkurransegrunnlaget er det ikke angitt som en forutsetning at det allerede i dag skal finnes serveringsmuligheter ferdig etablert nær tingretten. Det viktigste er at det finnes en god beliggenhet på serveringsmuligheter når lokalene står ferdig. Ski Eiendom har i sitt tilbud angitt at det allerede finnes serveringsmuligheter i nabobygget, og har i sitt tilbud garantert at dette vil opprettholdes.

(42) Ski Eiendom har ikke garantert offentlig transport, men har sannsynliggjort og angitt muligheter for bedret tilgang til offentlige kommunikasjoner med flere avganger på allerede eksisterende bussrute. Innklagede vurderte dokumentasjonen i Ski Eiendoms brev datert 27. oktober 2004 slik at tilbudet i vesentlig grad tilfredstilt kravet til offentlig kommunikasjon som er angitt som et undertildelingskriterium under hovedtildelingskriteriet "beliggenhet".

(43) Ski Eiendom AS tilfredsstillter i vesentlig grad kravet i konkurransegrunnlaget om offentlig kommunikasjon allerede med den bussforbindelse som finnes i dag.

(44) Innklagede la positiv vekt på at Ski Eiendom AS hadde sannsynliggjort bedret tilgang på offentlig kommunikasjon. Det er sannsynliggjort bedret tilgang på offentlig kommunikasjon uten at det blir nødvendig å ta i bruk noen opsjonspris for dette.

(45) Det har ikke vært nødvendig å legge vekt på opsjonsprisen for å sannsynliggjøre at det vil komme en bedret offentlig kommunikasjon. Slik det er dokumentert, og som innklagede har lagt til grunn i sitt innkjøpsfaglige skjønn, vil det sannsynlig komme et bedre offentlig kommunikasjonstilbud på grunn av det behov som vil oppstå på grunn av det nye tinghuset, slik at det aldri vil bli aktuelt å legge til grunn noen opsjonspris.

(46) Dersom innklagede senere skulle velge å benytte seg av opsjonen, vil den årlige kostnaden være marginal i forhold til den årlige tilbudte leiesummen. Den eventuelle årlige leiesummen inkludert opsjonspris vil få liten betydning i forholdet til de øvrige tilbud, og ikke få noen innflytelse på

rekkefølgen av tilbyderne i evalueringsoversikten og derigjennom ikke påvirke tildelingen.

Tildelingskriteriet beliggenhet – sentrumsnærhet og brukernes interesser

(47) Det har aldri vært noen forutsetning i konkurransegrunnlaget og i tildelingskriteriene at kun tomter i sentrumskjernen og innenfor kvadraturen skulle kunne være aktuelle prosjekter. Beliggenhet var angitt først som 3. tildelingskriterium i prioritet. Tildelingskriteriet anga at prosjektet skulle ha en nær tilknytning til Haugesund sentrum. Det sto ikke at prosjektet skulle ligge i selve Haugesund sentrum.

(48) Ingen av tilbudene ble avvist på tildelingskriteriet beliggenhet. Alle anses å tilfredsstillende innklagedes innkjøpsfaglige vurdering på at de lå i nær tilknytning til Haugesund sentrum. Derimot har innklagede foretatt en rangering av hvilke av de aktuelle prosjektene som hadde en god og en mindre god beliggenhet i forhold til nær til



Forsiden
Nemndsmedlemmer
Saksbehandling
Regelverk
Innkomne saker
Statistikk
Årsrapporter
Dommer
Søk i avgjorte saker

Avgjorte saker:

[2003](#) [2004](#) [2005](#)

Besøksadresse

H. Heyerdalsgate 1
0033 Oslo

Postadresse

Postboks 8132 Dep
0033 Oslo

Tlf.: 22 33 70 10

Faks: 22 33 70 12

E-post:

postmottak@kofa.no

Avgjorte saker

Ved evalueringen av tilbudene tok innklagede i betraktning forhold ved tilbudene som ikke var omfattet av tildelingskriteriene. Dette var i strid med forskriftens § 17-2 (2). Innklagedes saksansvarlige var bror til eier og ansatt hos den valgte leverandøren. Selv om tilbudene var blitt evaluert av en ekstern konsulent, kom klagenemnda til at saksansvarlige var med på å tilrettelegge grunnlaget for tildelingen av kontrakt, og at dette kunne ha hatt betydning for utfallet.

Klagenemndas avgjørelse 24. januar 2005 i sak 2004/28

Klager: Proxycor AS

Innklaget: Enova SF

Klagenemndas medlemmer: Morten Goller, Inger Marie Dons Jensen, Kai Krüger

Saken gjelder: Tildelingskriterier. Habilitet.

Bakgrunn:

(1) Enova SF (heretter kalt innklagede) kunngjorde en åpen anbudskonkurranse for utvikling av nettbasert benchmarkingsmodul for bygningsnettverk.

(2) Tildelingskriteriene var, i uprioritert rekkefølge:

”

Leverings- eller ferdigstillelsesdato

Leveringssikkerhet

Pris"

(3) I konkurransegrunnlaget het det om tidsplan: "*Databasen skal være i full drift for innlegging fra landets organisatorer innen 1. februar.*"

(4) I e-post til leverandørene av 19. november 2003 opplyste innklagede at man hadde gått bort fra tidsplanen i kravspesifikasjonen, og tilbyderne ble bedt om å spesifisere når de kunne levere løsningen.

(5) Innklagede mottok 13 tilbud, blant dem fra Proxycor AS (heretter kalt klager) og fra Opcon AS og Fundator AS som leverte et felles tilbud.

(6) Saksansvarlig for IT hos innklagede deltok som innklagedes representant ved anskaffelsen gjennom anbudsåpning, evaluering av tilbudene og innstilling til ledelsen. Det er opplyst at saksansvarliges bror er eier og ansatt i Opcon. Saksansvarlige varslet sin overordnede om dette ved anbudsåpningen, men siden han var den eneste hos innklagede med nødvendig teknisk kompetanse innenfor vedkommende fagfelt, ble han stående som ansvarlig saksbehandler i fortsettelsen. Innstillingen til ledelsen konkluderte med at Opcon/Fundator hadde det økonomisk mest fordelaktige tilbudet.

(7) På grunn av dette slektskapet besluttet ledelsen hos innklagede i møte 12. desember 2003 å oversende konkurransegrunnlaget og alle tilbudene til en uavhengig tredjepart for vurdering. Bravida Nord AS ble valgt til jobben. Bravidas oppgave var å vurdere alle de innkomne tilbudene i forhold til konkurransegrunnlaget. Det ble ikke opplyst om innklagedes egne vurderinger eller innstillingen. Den saksansvarlige var imidlertid innklagedes kontaktperson overfor Bravida.

(8) Den saksansvarlige utarbeidet også mandatet til Bravida, der det blant annet stod:

"Vurderingskriteriene som ligger i utlysningsteksten er:

- Leveringstid*
- Pris*
- Kvalitet*

[...]

Under kvalitet ligger kompetanse til å gjennomføre oppgaven, forståelse av oppdraget og kompetanse på brukergrensesnitt."

(9) Tilbudene ble evaluert i henhold til disse kriteriene.

(10) Bravida gjorde først en grovvurdering av tilbudene. Konklusjonen på grovvurderingen av klagers tilbud var som følger:

"På tid (pris) er tilbudet OK. Levering er satt til 05. april, som er utenfor det definerte og ønskede tidsaspektet fra Enova. Kompetanse er OK i forhold til selve systemutviklingen. Det som trekker ned er at Proxycor har ingen fokus på interaksjonsdesign og intuitive interaktive brukergrensesnitt. Tilbudet er også gjennomgående basert på beskrivelse av hvordan skjermbildeeksemplene i kravspesifikasjonen skal løses."

(11) Bravida lagde deretter en innstilling, der tilbudene ble gjennomgått i henhold til tildelingskriteriene. Tilbudt leveringstid ble evaluert slik:

"Basert på egne ønsker samt erfaringer fra andre sammenlignbare prosjekt, mener Enova det er realistisk å realisere prosjektet i løpet av 1. kvartal 2004, det vil si en leveringsdato før 01.04.2004. Dette betyr at tilbudene fra CapGemini & Ernst og Young, Kantega, Vest Norsk Enøk og Proxycom ikke vurderes på grunn av for lang leveringstid."

(12) Ettersom Proxycom hadde foreslått leveringstid 5. april 2004, basert på oppstart 1. januar, ble ikke tilbudet hensyntatt i Bravidas innstilling.

(13) Etter å ha vurdert kvalitet, pris og leveringstid, anbefalte Bravida innklagede å inngå kontrakt med Opcon/Fundator.

(14) I ledermøte av 19. desember 2003 bestemte ledelsen å inngå kontrakt med Opcon/Fundator. I referatet fra ledermøtet het det:

"Bygningsnettverkets benchmarkingsmodul: Vurdering fra Bravida mottatt med innstilling. Bravida anbefaler Opcon/Fundator som beste tilbud ut fra tildelingskriteriene. Ledergruppen vedtar å tegne avtale med Opcon/Fundator i henhold til anbefaling."

(15) Kontrakt ble inngått med Opcon/Fundator 27. januar 2004.

Anførsler:

Klagers anførsler:

(16) Klager anfører at innklagede har brutt regelverket for offentlige anskaffelser.

(17) Innklagedes saksbehandler var inhabil til å fatte avgjørelsen om valg av leverandør eller tilrettelegge for denne.

(18) Tilbudene ble ikke evaluert i henhold til de tildelingskriteriene som var oppgitt i kunngjøringen og konkurransegrunnlaget.

(19) Videre kan ikke kravet om levering innen en bestemt dato være utslagsgivende for valget av leverandør. Klagers leveringstid var dessuten basert på at de tolv første dagene var avsatt til avklaringer med kunden og to uker til godkjenningssprøve etter at løsningen var ferdig utviklet og installert hos kunden. Ser man bort fra denne tiden, er klagers tilbud godt innefor innklagedes tidsrammer.

Innklagedes anførsler:

(20) Innklagede bestrider å ha brutt regelverket for offentlige anskaffelser.

(21) Innklagede tok avgjørelsen på bakgrunn av innstillingen fra Bravida, og slektskapet mellom saksansvarlige og en av de ansatte i Opcon har derfor ikke hatt betydning.

(22) Tildelingskriteriene er ikke endret underveis i prosessen. Vurderingen av leveringssikkerhet er gjort på bakgrunn av tilbudt kvalitet, nærmere bestemt vurderinger omkring tekniske løsningsforslag, kompetanse på utvikling av brukergrensesnitt og tilbudets forståelse av oppdraget basert på kravspesifikasjonen.

(23) Alle tilbudene ble vurdert i henhold til alle tildelingskriteriene, også de tilbudene som kom dårligst ut på kriteriet leveringstid. Tilbudene ble først grovsortert. Ettersom klager ikke scoret mer enn middels på de andre kriteriene, ble tilbudet ikke behandlet videre i innstillingen siden det ikke oppfylte ønsket leveringstid.

(24) Innklagede har heller ikke gjort feil ved beregningen av klagers leveringstid. I likhet med klagers tilbud, var tid til avklaringer og etterfølgende godkjenning inkludert i de andre leverandørenes tilbud.

Klagenemndas vurdering:

(25) Klager har deltatt i konkurransen og har saklig klageinteresse, jf forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Anskaffelsen følger etter sin verdi del III i forskrift om offentlige anskaffelser. Innklagede er et statsforetak som er heleid av staten ved Olje- og energidepartementet og omfattet av regelverket for offentlige anskaffelser, jf lov om offentlige anskaffelser § 2 (1) bokstav b).

(26) Klagenemnda behandler først anførselene som vedrører evalueringen av tilbudene

(27) Etter forskriftens § 17-2 (2) skal alle kriterier som vil bli lagt til grunn, oppgis enten i konkurransegrunnlaget eller kunngjøringen. Det fremgår av innklagedes notater at klagers tilbud er blitt evaluert med hensyn til blant annet funksjonalitet og kvalitet. Etter klagenemndas mening var det ikke samsvar mellom det oppgitte kriteriet leveringssikkerhet og kriteriet kvalitet, som faktisk ble vurdert. Innklagede har derfor ikke evaluert tilbudene i henhold til forskriftens § 17-2 (2).

(28) Av evalueringsdokumentene fremgår det at Bravida først grovsorterte tilbudene, for så å evaluere nærmere tilbudene som utmerket seg, og basere innstillingen på dette. Klagenemnda har ingenting å utsette på en slik fremgangsmåte. Innklagede har lagt stor vekt på levering innen 1. april 2004, men dette har ikke vært brukt som et minstekrav. Det var ikke på forhånd opplyst om at 1. april ville bli betraktet som et skille. På bakgrunn av konkurransegrunnlaget må imidlertid leverandørene ha vært klar over at innklagede ville legge stor vekt på rask levering. Klagenemnda finner derfor ikke at evalueringen av kriteriet leveringstid har vært i strid med forskriftens § 17-2 (2).

(29) Klagenemnd



Forsiden
Nemndsmedlemmer
Saksbehandling
Regelverk
Innkomne saker
Statistikk
Årsrapporter
Dommer
Søk i avgjorte saker

Avgjorte saker:

[2003](#) [2004](#) [2005](#)

Besøksadresse

H. Heyerdalsgate 1
0033 Oslo

Postadresse

Postboks 8132 Dep
0033 Oslo

Tlf.: 22 33 70 10

Faks: 22 33 70 12

E-post:

postmottak@kofa.no

Avgjorte saker

I en konkurranse med forhandling for levering av arbeidsmarkedskurs var oppdragsgivers vurdering av om klager hadde reell mulighet til å få kontrakten, jf forskrift om offentlige anskaffelser § 16-3 (3), først og fremst basert på tilbudte lærekrefter og kursopplegg. Klagenemnda fant ikke grunn til å underkjenne innklagedes vurdering.

Klagenemndas avgjørelse 24. januar 2005 i sak 2004/216

Klager: Norsk Videreutdanning Midt-Norge AS

Innklaget: Aetat Trondheim Øst

Klagenemndas medlemmer: Morten Goller, Inger Marie Dons Jensen, Kai Krüger

Saken gjelder: Utvelgelse til forhandlinger. Reell mulighet til å få kontrakten.

Bakgrunn:

(1) Aetat Trondheim Øst (heretter kalt innklagede) kunngjorde 26. mars 2004 en konkurranse med forhandling for levering av arbeidsmarkedskurs.

(2) Kurset var nærmere beskrevet slik:

"Målgruppen er ledige arbeidssøkere som ønsker bistand til å gjøre yrkesvalg eller yrkesområdevalg og trenger rettleiding om de ulike virkemidlene for å realisere dette valget. Kurset går over 6 uker. Hovedmålet med kurset er å avklare deltakerne og lage handlingsplaner som setter dem på riktig spor i forhold til videre jobb, utdanning/opplæring eller selvstendig næringsdrift. Deltakerne skal synliggjøre evner og ferdigheter i forhold til videre veivalg. Gjennom hele prosessen skal det fokuseres på personlige, faglige og sosiale faktorer som grunnlag for endelig handlingsplan. Hele kurset er basert på utstrakt rådgivning fra Leverandøren. Kurset skal arrangeres i Sør-Trøndelag. Det vises for øvrig til kravspesifikasjon og konkurransedokumenter."

(3) I henhold til konkurransegrunnlaget skulle kontraktstildeling skje til leverandøren med det økonomisk mest fordelaktige tilbudet, basert på kriteriene pris, faglige kvalifikasjoner, kursperiode, kvalitet og aksept av kontraktsvilkår. Kriteriene var ikke prioritert. Under punkt 3 "Kvalifikasjonskriterier" het det blant annet:

"Det skal legges ved referanser til tilsvarende/relevante leveranser med beskrivelse av kundens kurs og navn på referanseperson hos kunden."

(4) Tolv leverandører innga tilbud, blant dem Norsk Videreutdanning Midt-Norge AS (heretter kalt klager).

(5) I innklagedes evalueringsnotater het det blant annet følgende om klager:

"Lærere: Lagt med veldig mange CV'er. En del har bra utdanning og bakgrunn, men de fremgår ikke at de har erfaring fra undervisning av målgruppen. Tidligere erfaringer med en del av disse lærerne er ikke spesielt gode. Gjennomført for flere at det ikke er oppgitt referanser, men de kan oppgis ved spesifikk henvendelse til angjeldende. Dette er unødvendig og bør ikke forekomme. Andre har ikke engang med foranstående."

[...]

"Konklusjoner: Priset i midlere skikt. Dog kanskje for lavt i forhold til tidsbruk og sikkerhet for faglig innhold. Er det positivt med ekstrem vekt på Coaching? Noe feil i tempo. Noe synliggjort høyt fokus på områder utenfor jobbsøk. Noen spørsmål knyttet til budsjett."

Avhengig av hvilket geografisk område som leverandørene kan være aktuell for, kan det synes å være grunn for å arbeide videre med tilbudet avhengig av hva de andre har levert. Da tas det ved leveranserangering en gjennomgang på lærere knyttet til leveransen. Konkurrerer noe svakt om innkalling til forhandlinger. Etter gjennomlesing av de andre innkomne tilbudene, faller dette tilbudet gjennom og blir for tynt. Det er derfor ikke aktuelt å kalle inn NOVI [klager] til forhandlinger."

(6) Fra notatet "Utvelgelseskriterier for forhandlinger totalt" er følgende særlig relevant for saken:

"Utvelgelsen av leverandører har derfor i særlig grad vært begrunnet ut fra to forhold:

1 De som ligger nærmest i faglig og metodisk beskrivelse av leveransen relatert til kravspesifikasjonen

2 De som sammen med dette har levert et pristilbud hvor budsjettet speiler forståelsen av forannevnte

Valget av leverandører som er invitert til forhandlinger er således gjort ut fra hvem som har synliggjort størst mulighet til å kunne konkurrere om leveransen. På grunn av arbeidssituasjonen og –mengden på enheten velger vi å kun invitere de leverandører vi mener har en reell mulighet til å få leveransen.

En har ikke funnet at noen av leverandørene kan avvises ut fra utlysningen og de vurderinger som er gjort i prekvalifiseringssammenheng. Dog må anføres at enkelte har levert oppgaver om sin økonomiske status som ligger i grenseområdet for å kunne ta en vurdering av økonomisk stabilitet slik at det er sikkerhet for gjennomføringsevnen.[...]"

(7) For levering av kurs i Trondheim ble fire leverandører innkalt til forhandlinger. For levering av kurs i Sør-Trøndelag for øvrig ble to leverandører valgt ut, med ytterligere én for kurs i Orkanger.

Anførsler:

Klagers anførsler:

(8) Klager anfører at firmaet skulle vært innkalt til forhandlinger. Tilbudet var konkurransedyktig med hensyn til pris og kvalitet. Dersom innklagede ønsket tilleggssytelser, kunne dette vært lagt inn under forhandlingene.

(9) I motsetning til hva innklagede hevder, var det levert dokumentasjon på lærernes kvalifikasjoner. Referanser har vært innsendt til innklagede ved tidligere anledninger.

Innklagedes anførsler:

(10) Innklagede bestrider å ha brutt regelverket for offentlige anskaffelser. Innklagede vurderte at alle leverandørene var kvalifisert. Utvelgelse til forhandlinger ble derfor foretatt etter hvilke leverandører som hadde reell mulighet til å få kontrakten.

(11) Hvorvidt den enkelte leverandøren ble ansett for å ha reell mulighet til å bli tildelt kontrakten ble vurdert i forhold til tilbudets innhold, knyttet til oppfyllelsen av alle konkurransegrunnlagets forutsetninger, relatert til de øvrige tilbudene.

(12) Kriteriene pris, aksept av kontraktsvilkår og kursperiode skilte i liten grad mellom leverandørene. Det sentrale vurderingstemaet ble dermed faglige kvalifikasjoner og kvalitet.

(13) Klagers tilbud svarte ikke særlig godt til konkurransegrunnlagets forutsetninger. I tillegg var tilbudet mangelfullt når det gjaldt dokumentasjon av de tilbudte lærekreftenes kvalifikasjoner relatert til den konkrete anskaffelsen, samt at det ikke var vedlagt referanser. Innklagede har også enkelte negative erfaringer knyttet til de lærekreftene som tilbys av klager. Samlet sett medførte dette at klagers tilbud ble vurdert som kvalitetsmessig mindre godt enn de fire leverandørene det ble forhandlet med. Dette var forhold som vanskelig kunne endres gjennom forhandlinger. Klager hadde dermed ikke reell mulighet til å få kontrakten, jf forskriftens § 16-3.

Klagenemndas vurdering:

(14) Klager har deltatt i konkurransen og har saklig klageinteresse, jf forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Anskaffelsen er underlagt del I og III i forskrift om offentlige anskaffelser.

(15) Etter forskriftens § 16-3 (2) skal utvelgelse til forhandlinger skje på bakgrunn av den foreliggende informasjon om leverandørens stilling og tekniske, økonomiske og finansielle kapasitet (kvalifikasjoner). Så lenge konkurransegrunnlaget ikke på forhånd har begrenset antallet leverandører det skal forhandles med, vil oppdragsgiver ha et fritt skjønn med hensyn til hvor mange som skal velges ut til forhandlinger. Maksimalt kan oppdragsgiver velge ut alle leverandører som tilfredsstillt kvalifikasjonskravene, dvs som ikke

avvises. Minimalt skal de tre best kvalifiserte leverandørene innkalles, jf § 16-3 (3). I den aktuelle saken fant innklagede ikke grunn til å velge ut på bakgrunn av kvalifikasjoner, og utgangspunktet var da at det skulle vært forhandlet med alle.

(16) Etter § 16-3 (3) skal det likevel bare forhandles med leverandører som har reell mulighet til å få kontrakten. Ved vurderingen av om en leverandør har reell mulighet til å få kontrakten, kan oppdragsgiver også se hen til vedkommendes tilbud. Dette er forutsatt av klagenemnda i avgjørelsene 2003/96, 2004/2, 2004/76 og 2004/207. Etter § 16-3 (4) kan det forhandles om alle sider av tilbudet, og tilbudene skal forutsetningsvis forbedres. Dette må hensyntas i vurderingen av om leverandøren har reell mulighet til å bli tildelt kontrakten, jf sak 2004/2.

(17) Når innklagede har vurdert det slik at klager ikke hadde reell mulighet til å få kontrakten, bygger dette hovedsakelig på oppbygningen av kurset og lærekreftene, forhold som ikke så lett kan endres gjennom forhandlinger. Selv om kurssammensetning til en viss grad kan endres gjennom forhandlinger, sier tilbudt kursopplegg også noe om leverandørens oppgaveforståelse. Når det gjelder manglende referanser, kan dette ikke vektlegges i en vurdering av om klager ville ha reell mulighet til å få oppdraget, da klager kunne oppgitt referanser ved forhandlinger. På bakgrunn av evalueringsdokumentene synes det imidlertid som om det avgjørende har vært at de tilbudte lærerne ikke har spesifikk kompetanse, og måten kurset er lagt opp på. Etter å ha gjennomgått sakens dokumenter, finner klagenemnda ikke grunn til å underkjenne innklagedes vurdering av at klager ikke hadde reell mulighet til å få kontrakten.

Konklusjon:

Aetat Trondheim Øst har ikke brutt regelverket for offentlige anskaffelser.

For klagenemnda,

24. januar 2005

Morten Goller



Forsiden
Nemndsmedlemmer
Saksbehandling
Regelverk
Innkomne saker
Statistikk
Årsrapporter
Dommer
Søk i avgjorte saker

Avgjorte saker:
[2003](#) [2004](#) [2005](#)

Besøksadresse
H. Heyerdalsgate 1
0033 Oslo

Postadresse
Postboks 8132 Dep
0033 Oslo

Tlf.: 22 33 70 10

Faks: 22 33 70 12

E-post:

postmottak@kofa.no

Avgjorte saker

I konkurranse med forhandling om installasjon av komposteringsanlegg basert på totalentreprisevilkårene NS 3431 ble det forhandlet om ulike løsningsforslag fra de gjenværende til konkurrerende leverandører. Deler av saken ble ansett uhensiktsmessig for klagenemndas skriftlige behandlingsmåte og avvist etter klageforskriftens § 9. Nemnda la til grunn at innklagede hadde brutt kravene til forutberegnelighet og etterprøvnbarhet ved å benytte et større spillerom for konkurranse med forhandling enn det som følger av forskriftens krav. Det var også kunngjort tildelingskriterier som var i strid med forskriftens § 17-2.

Klagenemndas avgjørelse 24. januar 2005 i sak 2004/256

Klager: Arnatek AS

Innklagede: IVAR IKS

Klagenemndas medlemmer: Kai Krüger, Morten Goller, Inger Marie Dons Jensen

Saken gjelder: Terskelverdier, konkurranse med forhandling, konkurransegrunnlagets

rammer, tildelingskriterier

Sakens bakgrunn:

(1) IVAR (heretter kalt innklagede) kunngjorde 29. april 2004 en begrenset anbudskonkurranse vedrørende totalentreprisekontrakt basert på NS 3431 for nytt forbehandlingsanlegg ved Hognestad komposteringsanlegg. I konkurransegrunnlaget fremgår at det er tale om konkurranse med forhandling, og saken er av alle parter i fortsettelsen håndtert som dette.

(2) Entreprisen beskrives som tilbud på prosessløsning og prosessutstyr inklusiv instrumentering til ny forbehandlingslinje for matavfall, herunder systemer for dosering av lesket kalk til matavfallet, beskrevet som en ordning der forhåndsinnstilt kalkmengde fylles i dagtank med batchvis dosering i forbindelse med innlastning i kvern. Tilbyderne bes angi hvordan prosessen kan styres mest hensiktsmessig. Det er gitt noen spesifikasjoner for variabel doseringskapasitet samt løsninger av trommelsikt, bandtransportør, kalksilo m v.

(3) Det ble konkurrert om å levere det økonomisk mest fordelaktige tilbudet

basert på følgende tildelingskriterier:

- ” - *Tilbudspris*
- *Kvalitet på komponenter*
- *Leveringstid/fremdrift*
- *Teknisk dokumentasjon*
- *Referanser*
- *Økonomisk soliditet*
- *Garantier/garantitid*
- *Forbehold mht leveransen*
- *Kvalitetssikringssystem*
- *Driftskostnader*
- *Tilbyders kompetanse på dette fagområdet*
- *Tilbudte nøkkelpersoners erfaring”*

(4) Innledningsvis i konkurransegrunnlaget, i punkt 1.1, den generelle orienteringen til leverandørene, opplyste innklagede følgende:

”IVAR ønsker nå tilbud på prosessløsning og utrustning for den nye forbehandlingslinjen. Nytt utstyr skal monteres uten bygningsmessige utvidelser, og vedlagte lay-out tegning viser eksisterende komponenter med forslag til plassering av nytt utstyr. Videre er også et utkast til flytskjema vedlagt.

Det presiseres at arrangement som vist på lay-out tegninger og flytskjema kun er forslag, og leverandørene kan tilby alternative løsninger for kalkdosering.”

(5) Før det ble besluttet å utlyse en konkurranse hadde innklagede arrangert en idédugnad for å danne seg et inntrykk av hvilke muligheter som forelå for tilsetning av kalk før komposteringen. Her deltok Euroteknikk og Franzefoss siden disse hadde vært leverandører under forsøk og hadde levert utstyr til komposteringsanlegget tidligere.

(6) Seks leverandører ble invitert til deltakelse i konkurransen, deriblant Arnatek AS (heretter kalt klager). Av disse leverandørene var det bare klager og Euroteknikk AS som leverte tilbud i konkurransen, og som senere deltok i forhandlingene om oppdraget.

(7) Innklagede vurderte det slik at begge leverandørene hadde tilbudt løsninger som gikk ut over angitt arealbegrensning, og med alternativt doseringsarrangement etter sikt. Av denne grunn ble det i avklaringsmøtene bedt om pris på alternativt innblanding av kalk i en lukket kalkblander etter trommelsikt. Dosering etter sikt ble på dette tidspunkt valgt som den teknisk, økonomisk og arbeidsmiljømessig beste løsning og lagt til grunn for den videre prosessen. Samtidig ble også dimensjonerende mengder nedjustert til 25 tonn/h. I tilbudsokumentene ble det forutsatt 50 tonn matavfall/h.

(8) Frist for tilbakemelding ble satt til 9. juli for klager og 16. juli for Euroteknikk. Euroteknikk tilbød i sitt reviderte tilbud kalkdoseringsutstyr som ikke var basert på oppvarming/ temperaturstyring. Klager tilbød flere varianter av en

kalkblander, og variasjonene bestod hovedsakelig i forskjellige størrelser og alternative utførelser for innblanding av alternative kalktyper og installasjon av varmeelementer med styring av råstofftemperaturen under innblanding. Etter dette avholdt innklagede nye avklaringsmøter med de to leverandørene som også leverte ytterligere reviderte tilbud.

(9) Innklagede kom til at Euroteknikk leverte det økonomisk mest fordelaktige tilbudet, og meddelte sin beslutning til klager. Følgende del av innklagedes begrunnelse for valg av tilbud er relevant for saken:

"Når det gjelder pris og tekniske løsninger, besvarte ikke Arnatek forespurte løsninger etter avklaringsmøte nr. 2, ettersom det var bedt om pris på alternative løsninger hhv. med og uten trommelsikt. Etter en intern teknisk/økonomisk vurdering av de to alternative løsningene, ble alternativ 1 (med trommelsikt) valgt som den tekniske løsning for ny forbehandling."

(10) Innklagede har avventet kontraktsinngåelse for å se resultatet av klagenemndas behandling av saken.

Klager har i det vesentligste anført:

(11) Innklagede har brutt forskrift om offentlige anskaffelser § 3-6 ved å la representanter fra Euroteknikk delta i en arbeidsgruppe hvor de tekniske forutsetningene for prosjektet ble utarbeidet.

(12) Det var ikke anledning til å benytte konkurranse med forhandling i denne anskaffelsen. Dersom innklagede mente at anskaffelsen har FoU-preg, måtte man anvende forskrift om offentlige anskaffelser § 4-2 bokstav d) som grunnlag for å arrangere konkurranse med forhandling. Paragraf 4-2 bokstav c) gjelder kun tjenesteytelser. I konkurranser etter § 4-2 bokstav d) får leverandørene godtgjørelse for utviklingsarbeidet.

(13) Forhandlingene må videre holdes innenfor rammene av konkurransegrunnlaget. I dette tilfellet konkurrerte man til slutt om en helt annen løsning enn den som opprinnelig var fastsatt i konkurransegrunnlaget.

(14) Som innklagede har erkjent, ble valgte leverandør gitt en lengre frist for å komme med revidert tilbud. Denne forskjellsbehandlingen strider mot kravet til likebehandling. Dersom klager hadde fått tilsvarende frist, kunne klager levert et betydelig bedre tilbud og dessuten spart seg for overtidskostnader.

(15) Innklagede har brutt forskriften § 3-3 samt kravene til likebehandling og god forretningsmessighet ved å gi Euroteknikk tilgang på klagers nyskapende tekniske løsning. Det kan ikke være anledning til å innlede forhandlinger med konkurrentene om en leverandørs alternative løsning.

(16) Innklagede har brutt fremgangsmåten for forhandlinger, jf forskrift om offentlige anskaffelser § 9-3. Selv om man kan forhandle om endringer og suppleringer av alle sider ved tilbudene, må forhandlingene skje på grunnlag av de elementer tilbudet inneholder på innleveringstidspunktet. Det opprinnelige tilbudet fra Euroteknikk inneholdt ikke en kalkblander av den typen som ble tilbudt i det endelige tilbudet. Siden klager var den eneste leverandøren som leverte tilbud på lukket kalkblander, skulle forhandlingene blitt gjennomført med klager alene.

(17) Innklagede hadde ikke anledning til å legge vekt på referanser i tildelingsfasen siden leverandørenes referanser var vurdert i kvalifikasjonsfasen. Det faktum at klagers alternative løsning til slutt ble lagt til grunn, viser at klager innehar mer kompetanse enn valgte leverandør.

(18) Innklagedes begrunnelse bygger på et uriktig faktum. Klager har besvart alle løsninger de er bedt om å besvare. Siden klager tidligere hadde levert tilbud

på en av de alternative løsningene, ble ikke dette tilbudet levert på nytt. Denne feilen viser at tildelingen har skjedd på uriktige premisser. Etter så mange runder med reviderte tilbud har det formodningen mot seg at innklagede kunne foreta forsvarlige sammenligninger av tilbudene.

(19) Klager ber nemnda vurdere om det er grunnlag for å kreve erstattet negativ kontraktsinteresse.

Innklagede har i det vesentligste anført:

(20) Innklagede bestrider å ha brutt regelverket for offentlige anskaffelser.

(21) Tidlig i prosessen ble det avholdt en idédugnad for å gi innklagede bedre kunnskaper om mulighetene for å tilsette kalk før kompostering. Euroteknikk og Franzefoss deltok siden de var tidligere leverandører. På dette tidspunkt hadde ikke innklagede tatt standpunkt til om konkurranse ville bli utlyst. Den senere prosessen med utarbeidelse av tilbudsgrunnlag mv er foretatt av innklagedes konsulent uten innblanding fra disse leverandørene. Når leverandørene i tillegg er gitt betydelig frihet til å velge løsninger og tekniske systemer i konkurransen, kan ikke forskriften § 3-6 være brutt.

(22) Leveransen har et klart FoU-preg og oppfylder dermed kravet for å kunne arrangere konkurranse med forhandling etter forutgående kunngjøring, jf forskrift om offentlige anskaffelser § 4-2 bokstav c).

(23) Euroteknikk har ikke fått anledning til å levere et nytt tilbud i konkurransen, men leverandøren er på samme måte som klager gitt muligheten til å supplere og utdype sine opprinnelige løsningsforslag. Både klager og innklagede har fått betydelig frihet til å endre sine opprinnelige forslag etter tilbudsfristens utløp. Dette er i tråd med forutsetningene i konkurransegrunnlaget, jf punkt 1.1, femte avsnitt hvor det presiseres at: *"arrangement som vist på lay-out tegninger og flytskjema kun er forslag, og at leverandøren kan tilby alternative løsninger for kalkdosering*. Forhandlingene er således skjedd i tråd med forskriften § 9-3, og den valgte løsning avviker ikke fra konkurransegrunnlagets krav.

(24) Svarfristene ble fastsatt i samråd med leverandørene. Klager bekreftet selv at den fastsatte fristen var tilstrekkelig. En eventuell forskjellsbehandling har uansett ikke hatt noen innvirkning på konkurransen, noe klager også har erkjent.

(25) Innklagede har ikke på noe tidspunkt overlevert Euroteknikk klagers løsningsforslag. Den eneste opplysningen Euroteknikk har fått fra innklagede, er setningen *"I prinsipp som termoblender for slam"*. Nevnte setning ble ført inn i møtereferrat fra møte 2. juli 2004 ved en feil. Selv om dette kan være et brudd på taushetsplikten siden Euroteknikk har fått kjennskap til en fremgangsmåte klager var alene om å tilby, er bruddet marginalt. Det fremgår ikke at opplysningen er hentet fra klagers tilbud, opplysningen ble gitt ved et hendelig uhell, og innklagede hadde ikke til hensikt å hjelpe Euroteknikk.

(26) Bruddet på taushetsplikten har heller ikke hatt noen virkning på konkurransen. Termoblandingsløsningen ble ikke valgt, og Euroteknikk foreslo heller aldri noen slik løsning.

(27) Innklagede beklager at møtereferratet inneholder enkelte feil, men bestrider at feilskriften har hatt innvirkning på tildelingsprosessen.

(28) Det økonomisk mest fordelaktige tilbudet er valgt. Evalueringen ble vanskelig, spesielt siden klager tilbød en rekke alternative løsninger på en forespurte løsning, mens den andre forespurte løsningen ikke ble kommentert. Innklagede besluttet å gå for løsningen med trommelsikt. Tilbudet fra Euroteknikk hadde lavest pris på dette alternativet.

(29) Det er ikke grunnlag for å få erstattet negativ kontraktsinteresse.

Klagenemndas vurdering:

(30) Klager har deltatt i konkurransen og har saklig klageinteresse, jf forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6.

Rettslig grunnlag for konkurranse med forhandling

(31) Partene har lagt til grunn at del II i forskrift om offentlige anskaffelser får anvendelse, og at konkurranse med forhandling eventuelt må hjemles i § 4-2 bokstav c eller d. Klagenemnda finner det åpenbart at disse bestemmelsene ikke kommer til anvendelse i dette tilfellet. Ingen av partene har imidlertid berørt bestemmelsen i forskriftens § 2-2 som setter 38.55 millioner som terskelverdi for bygg- og anleggskontrakter. Entrepriekontrakter under denne beløpsrammen følger forskriftens del III, som i § 11-1 (1) gir anskaffelsesmyndigheten valget mellom anbuds konkurranse og konkurranse med forhandlinger. Grensen mellom entrepris og tilvirkningsskjep er ikke entydig. Nemnda forstår saken slik at det i dette tilfellet er tale om en utstyrsleveranse som forutsetter betydelig ombygning og ominnredning av IVARs produksjonslokaler, slik at man med rette har forutsatt at det er tale om en totalentreprise underlagt standardvilkårene i NS 3431. Etter dette hadde IVAR hjemmel for å anvende prosedyren forhandlet konkurranse, og anskaffelsen følger forskriftens del III.

(32) Klagenemnda konstaterer at saken er omfattende, og at flere av spørsmålene er av utpreget teknisk karakter. De faktiske forhold er delvis omstridt, særlig i det som gjelder de endringer i metode og konsept som fant sted frem mot valg av Euroteknikk som leverandør. Klagenemnda råder ikke over særskilt teknisk ekspertise, og må selv danne seg et inntrykk ut fra sakens dokumenter, noe som i dette tilfelle har bydd på særlige problemer. Klagen ble først avvist av sekretariatet under henvisning til klageforskriftens avvisningshjemmel for uegnede saker (forskriftens § 9), men er senere henvist til nemndsbehandling. Nemnda oppfatter for sin del flere av de omstridte spørsmål i saken som lite egnet for den skriftlige behandlingsform som nemnda anvender, uten adgang til avhør av parter, vitner og teknisk sakkyndige, slik som ved domstolsbehandling. Nemndas vurderinger begrenses derfor til de spørsmål i saken som synes tilstrekkelig opplyst til at nemnda kan foreta sine faktiske og rettslige vurderinger.

Rådgiveres adgang til å delta i konkurransen

(33) Forskrift om offentlige anskaffelser § 3-6 har følgende ordlyd:

"Oppdragsgiver skal ikke søke eller motta råd som kan bli benyttet under utarbeidelsen av spesifikasjoner for en bestemt anskaffelse fra noen som kan ha økonomisk interesse i anskaffelsen, når dette skjer på en måte som vil kunne utelukke konkurranse."

For at denne bestemmelsen skal komme til anvendelse, må den informasjon leverandøren tilegner seg, eller råd han måtte gi, ha fått negativ innvirkning på konkurranseforholdet mellom leverandørene. Idédugnaden ble avholdt før det ble besluttet å arrangere konkurransen. Klagers anførsel om at Euroteknikk også har bistått innklagede fram til tidspunkt for prekvalifisering, bestrides av innklagede. Det er altså tale om et omstridt faktum, og denne delen av klagen avvises som uhensiktsmessig for behandling, jf forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 9. Nemnda bemerker at de senere forhandlinger om hvilken løsning som til sist skulle velges, ikke bærer preg av at Euroteknikk har hatt noen fordeler på klagers bekostning. Klagenemnda kan, slik saken står, ikke se at innklagede har brutt forskriftens § 3-6.

Konkurranses grunnlagets rammer

(34) Regler om konkurranses grunnlagets utforming er nedfelt i forskriftens kapittel 12. I § 12-4 er det gitt regler om rettelse, supplering eller endringer av konkurranses grunnlaget innen tilbudsfristens utløp. Etter dette tidspunkt er adgangen til endringer i konkurranses grunnlaget i prinsippet utelukket, dog slik at anskaffelsesmyndigheten etter § 15-6 kan vurdere alternative tilbud som oppfyller de krav som er satt i konkurranses grunnlaget (EF-domstolen i sak C-421/01 "Traunfellner"). I konkurranses grunnlaget ble det presisert at de løsninger som var angitt der, ikke skulle anses som bindende. Dette kan forstås slik at det åpnes for alternative forslag, men kan også leses slik at verken konkurranses grunnlaget eller de senere alternative løsningsforslag som leverandørene ble anmodet om å utarbeide, skulle ligge fast. Hvis forhandlinger gjennomføres uten bindinger i konkurranses grunnlaget eller på en måte som innebærer at konkurranses grunnlaget i realiteten omformes under de senere forhandlinger, kommer dette i konflikt med kravene til forutberegnelighet og etterprøvnbarhet etter lovens § 5. Klager mener at innklagede fravek sitt eget konkurranses grunnlag da man skulle treffe sitt valg av leverandør. Klagenemnda er kritisk til en så løs forhandlingsprosedyre som den innklagede har anvendt i denne saken og viser til at det i noen grad er nettopp derfor deler av saken må avvises på grunn av faktisk tvil om sakens forløp. Men nemnda anser også klagers anførsel på dette punkt som uegnet for behandling etter klageforskriftens § 9 fordi det her handler om forhold som blant annet forutsetter en teknisk innsikt som nemnda ikke har. Det samme gjelder anførselen om at begrunnelsen for tildeling til Euroteknikk fravek fra noe man angivelig skulle ha vedtatt i et møte i september 2004. Dette kan nemnda vanskelig ha noen begrunnet formening om.

(35) Brudd på likhetsprinsippet

Klagers anførsel om brudd på likhetsprinsippet ved avvikende frister for tilbakespill fra de to konkurrerende leverandører fører ikke frem. Klagenemnda oppfatter det slik at fristene for utdypninger og presiseringer inngikk i de løpende forhandlinger - og med klagers tilslutning. At man av praktiske grunner i et slikt tilfelle har noe forskjellige opplegg for hver av partene, er ikke nødvendigvis i strid med likhetsprinsippet.

Spørsmålet om viderefremidling av klagers tekniske løsning

(36) Oppdragsgiver plikter etter forskriftens § 3-3 å hindre at andre får adgang til eller kjennskap til opplysninger om tekniske innretninger og fremgangsmåter eller drifts- eller forretningsforhold av konkurransesmessig art. Den nærmere vurderingen av om innklagede i dette tilfellet har gitt Euroteknikk tilgang til klagers kalktilsetningsløsning og senere valgt bort klager, hviler i stor grad på en bedømmelse av omstridte faktiske forhold som i liten grad kan opplyses ved skriftlig saksbehandling. Denne delen av klagen avvises derfor som uhensiktsmessig for behandling, jf forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 9.

Adgangen til å ta hensyn til leverandørens kvalifikasjoner i tildelingsfasen

(37) Klagenemnda har i sin praksis lagt til grunn at visse forhold som vedrører leverandørens kvalifikasjoner (forskriftens § 12-5), kan benyttes som tildelingskriterier i konkurranser om tjenesteoppdrag der kompetanse og oppfyllelsesevne naturlig inngår i en vurdering av tilbudt kvalitet på tjenesten, jf sak 2004/243. Synspunktet kan ikke gis generell anvendelse på entrepriseoppdrag, verken når det gjelder utførende entreprise eller når det gjelder totalentreprise der entreprenøren skal stå for prosjektering som her. Nemnda konstaterer at enkelte av de momenter som inngår i oppregningen av tildelingskriteriene i denne saken hører under kvalifikasjonskrav etter § 12-5, så som referanser og økonomisk soliditet. Slike sier ikke noe om forventet kvalitet på anskaffelsen og skal derfor ikke vektlegges som tildelingskriterium. På dette punkt er derfor forskriften § 17-2 overtrådt.

Begrunnelsen

(38) Klagers anførsel om feil i begrunnelsen bygger på en uenighet omkring hva som ble avtalt på møte 10. september 2004. Klagenemnda har verken holdepunkter for å konstatere at begrunnelsen bygger på uriktige faktiske forutsetninger, eller at en eventuell feil har hatt innvirkning på vurderingen av tilbudene.

Erstatning for negativ kontraktsinteresse

(39) Forutsetningen for erstatningsansvar for negativ kontraktsinteresse er at anskaffelsesmyndigheten har gjort feil som har påført tilbyder tidstap og utgifter. Retningslinjer for slik erstatning er gitt i Rt. 1997.574 ("Firesafe"). Hvis det kan dokumenteres at forhandlingene i dette tilfelle ble vidløftiggjort ved at det ble åpnet for forhandlinger om konkurransegrunnlaget, kan dette være tilfellet. Vesentlige deler av saken er imidlertid avvist som uhensiktsmessig for nemndas behandlingsform og i dette ligger at nemnda ikke kan uttale noe bestemt om hvorvidt det foreligger grunnlag for erstatning eller om hva slik erstatning i tilfelle skulle bestå i.

Konklusjon:

- IVAR IKS har brutt kravet til forutberegnelighet og etterprøvnbarhet i lovens § 5 ved å benytte et større spillerom for konkurranse med forhandling enn det som følger av forskriftens krav.
- IVAR IKS har brutt forskriftens § 17-2 ved å innlemme ulike kvalifikasjonskrav etter § 12-5 som tildelingskriterier i konkurransegrunnlaget.
- For andre klagepunkter viser nemnda til drøftelsen ovenfor, der klagen enten ikke fører frem, eller der klagen avvises som uhensiktsmessig for nemndas behandlingsmåte med henvisning til klageforskriftens § 9.

For klagenemnda,

24. januar 2005

Kai Krüger

-



Forsiden
Nemndsmedlemmer
Saksbehandling
Regelverk
Innkomne saker
Statistikk
Årsrapporter
Dommer
Søk i avgjorte saker

Avgjorte saker:
[2003](#) [2004](#) [2005](#)

Besøksadresse
H. Heyerdalsgate 1
0033 Oslo

Postadresse
Postboks 8132 Dep
0033 Oslo

Tlf.: 22 33 70 10

Faks: 22 33 70 12

E-post:

postmottak@kofa.no

Avgjorte saker

Innklagede gjennomførte en anskaffelse av IT-opplæring ved å ta direkte kontakt med én leverandør. Klagenemnda kom til at forholdet ikke var omfattet av noen av forskriftens unntak, og at det dermed var blitt gjennomført en ulovlig direkte anskaffelse.

Klagenemndas avgjørelse 10. januar 2005 i sak 2004/45

Klager: Akademiet for IT-opplæring

Innklaget: Finnmark fylkeskommune

Klagenemndas medlemmer: Svein Dahl, Inger Roll-Matthiesen, Siri Teigum

Saken gjelder: Forsknings- og utviklingskontrakter. Direkte anskaffelse.

Bakgrunn:

(1) Den 23. november 2003 inngikk Finnmark fylkeskommune (heretter kalt innklagede) kontrakt med Datakortet AS om et nasjonalt pilotprosjekt i Finnmark med navnet Prosjekt eBorger. Det var ikke gjennomført konkurranse i forkant av kontrahering.

(2) I henhold til kontrakten var målsetningen følgende:

"Flest mulig finnmarkinger skal bli eBorgere – det vil si opparbeide og dokumentere sine IKT-ferdigheter på et brukernivå innen vanlig PC-bruk med fokus på bruk av Internett."

(3) Under punkt 5 "Konkret innhold" het det blant annet:

"Prosjektet kjøres som et utviklingsprosjekt der DK leverer en pakkeløsning som består av opplæring og test. Det legges opp til individuelle lisenser slik at man kan følge opp deltakelse og resultat fordelt på kommuner, alder og kjønn."

a. Omfang og kostnader

Finnmark fylkesting vedtok i FU sak 117/03 å gå inn i prosjektet som samarbeidspartner og bidrar med 500.000 kr for å tilby e-opplæring til befolkningen i Finnmark.

<i>Antall lisenser</i>	<i>Kostnader eks. mva</i>	
<i>Opprinnelig tilbud kr</i>	<i>10.000 stk</i>	<i>750.000</i>
<i>Basert på vedtak fylkesutvalg kr</i>	<i>4.500 stk</i>	<i>500.000</i>
<i>Tilleggsproduksjon kr</i>	<i>1.000 stk</i>	<i>145.000</i>

Samtidig oppfordrer fylkestinget andre aktører som Statoil, Telenor, NHO osv. til å bidra med å heve IT-kompetansen i fylket. Fylkeskommunen bidrar i prosjektet på informasjonssiden og distribusjon av lisenser internt.

Intensjonen med prosjektet er at det skal distribueres inntil 10.000 stk lisenser. Forutsetningen er at det skaffes finansiering fra andre samarbeidspartnere. [...]

c. Leveranse

Leveransen består av ferdig pakkede CD-plater i konvolutt med utvendig trykk. [...]

DK sender alle ferdigpakkede CD-plater til FFK som besørger videre distribusjon til videregående skoler, biblioteker, sentraladministrasjon etc. [...]

Leveranse skjer etter bestilling fra Finnmark fylkeskommune. Bestilling utover de 500.000 kr som fylkesutvalget har stilt til disposisjon til prosjektet vil skje etter hvert som samarbeidspartnere gir tilsagn på støtte."

(4) I forkant av kontraktsinngåelsen hadde innklagede bevilget 500.000 kr til prosjektet, vedtatt i fylkestingsmøte 17. november 2003.

(5) I vedtaket hadde innklagede tatt inn en juridisk vurdering, der det het følgende:

"Det å gå inn som deltaker i et samarbeidsprosjekt av denne typen kan befinne seg i et grenseland mellom kjøp av tjenester og støtte til næringsformål. Selv om man organiserer dette i et prosjekt så må man allikevel forholde seg til reglene om offentlige innkjøp."

Dette prosjektet er imidlertid av svært spesiell karakter og det er ikke grunn til å tro at det er andre leverandører som kan fremskaffe et tilsvarende produkt. Dette understrekes av at tilsvarende prosjekter, så langt fylkesrådmannen kjenner til, ikke har vært gjennomført tidligere. Dette innebærer at et viktig fundament i prosjektet vil være utviklingsarbeid. På bakgrunn av dette kan ikke fylkesrådmannen se at dette prosjektet kommer i konflikt med reglene for offentlige innkjøp."

(6) Akademiet for IT-opplæring (heretter kalt klager) har klaget forholdet inn for klagenemnda.

Anførsler:

Klagers anførsler:

(7) Klager anfører at innklagede har brutt regelverket for offentlige anskaffelser.

(8) Innklagede skulle gjennomført en konkurranse om prosjektet. Klager er Finnmarks største IT-opplæringsbedrift og kunne inngitt tilbud dersom konkurranse hadde vært gjennomført.

(9) Innklagede tar feil når det hevdes at klager er slått konkurs. Enkeltmannsforetaket Akademiet for IT-opplæring er slått konkurs, men aksjeselskapet eksisterer fortsatt, og kunne deltatt i konkurransen.

Innklagedes anførsler:

(10) Innklagede bestrider å ha brutt regelverket for offentlige anskaffelser.

(11) Klager er konkurs, og klagenemnda må vurdere om saken derfor skal avvises.

(12) Kontrakten har vært en utviklingskontrakt på et produkt Datakortet har enerett på, og eBorger er Datakortets beskyttede varemerke. Anskaffelsen kunne ikke vært foretatt etter en konkurranse, da eBorger ikke er et resultat av en bestilling fra innklagede, men et produkt utviklet tidligere. Hensikten med å inngå kontrakt med Datakortet direkte var å anskaffe nettopp dette produktet.

(13) Videre anføres at kontrakten er en utviklingskontrakt, som er unntatt fra forskriftens regler etter § 1-3 (2) bokstav g).

Klagenemndas vurdering:

(14) Klager opplyser å kunne ha deltatt dersom innklagede hadde gjennomført en konkurranse om kontrakten, og klagenemnda finner å måtte legge dette til grunn. Klager har dermed saklig klageinteresse, jf forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Anskaffelsen faller etter sin verdi innenfor forskriftens del III. Basert på de opplysninger som er gitt er anskaffelsen å anse som en tjenestekontrakt.

(15) Klagenemnda registrerer at firmaet som ble slått konkurs ved Indre Finnmark tingretts kjennelse av 12. februar 2004 har et annet organisasjonsnummer enn klager, og antar derfor at klager ikke er konkurs.

(16) Selv om avtalen mellom innklagede og Datakortet betegner seg som samarbeidsavtale, synes det ikke tvilsomt at det er en gjensidig bebyrdende tjenesteavtale, jf forskriftens § 1-4 bokstav a) og d).

(17) Anskaffelsen er ikke gjennomført i henhold til prosedyrene i forskrift om offentlige anskaffelser, jf §§ 11-1 "Tillatte anskaffelsesprosedyrer" og 13-1 "Kunngjøring av konkurranse". Spørsmålet i saken er derfor om kontrakten er omfattet av noen av forskriftens unntaksbestemmelser.

(18) Utgangspunktet er at forsknings- og utviklingstjenester er omfattet av forskriften som en prioritert tjeneste, jf § 2-4 kategori 8. Etter § 1-3 (2) bokstav g) er slike tjenester likevel unntatt dersom oppdragsgiver ikke fullt ut betaler for tjenesten eller tjenesten ikke fullt ut tilfaller oppdragsgiver til bruk i dennes virksomhet.

(19) I henhold til kontrakten er Datakortet forpliktet til å produsere 4.500 CD-plater mot et vederlag fra innklagede på kr 500.000. Riktignok inneholder kontrakten en intensjon om levering av flere plater dersom innklagede kan skaffe ekstern finansiering. Leveransen i henhold til kontrakten betales imidlertid fullt ut av innklagede.

(20) Videre skal alle CD-platene som produseres i henhold til kontrakten leveres til innklagede, slik at ytelsen fullt ut tilfaller innklagede til dennes bruk. Utviklingen av programvaren kan potensielt komme til nytte for Datakortet selv og andre oppdragsgivere senere, men dette er ikke annerledes enn for andre anskaffelser med et tilvirkningselement. Klagenemnda finner derfor at unntaket i § 1-3 (2) bokstav g) ikke kommer til anvendelse og trenger dermed ikke å ta stilling til om kontrakten etter sitt innhold er en forsknings- og utviklingstjeneste.

(21) Etter forskriftens § 11-2 (1) bokstav b) kan oppdragsgiver foreta en direkte anskaffelse dersom anskaffelsen bare kan skje hos én leverandør i markedet. Oppdragsgiver må kunne godtgjøre at dette vilkåret er oppfylt. I dette tilfellet har innklagede ikke kunnet godtgjøre dette, utover en generell henvisning til at den valgte leverandøren allerede har utviklet produktet "eBorger". Det er således ikke dokumentert at det ikke finnes andre leverandører som har eller som vil kunne utvikle produkter eller konsepter som kan dekke oppdragsgivers behov like godt. Dette underbygges dessuten av det faktum at klager selv påstår å kunne være en aktuell leverandør. Klagenemnda kan ikke se at det er dokumentert andre grunnlag for direkte anskaffelse.

(22) Ulovlig direkte anskaffelse er åpenbart i strid med det overordnede kravet til konkurranse. Innklagede har dermed brutt lovens § 5 og forskriftens §§ 3-1 (1), 11-1 og 13-1.

Konklusjon:

Finnmark fylkeskommune har brutt kravet til konkurranse i lov om offentlige anskaffelser § 5 og forskrift om offentlige anskaffelser § 3-1 (1) samt forskrift om offentlige anskaffelser §§ 11-1 og 13-1, ved å gjennomføre anskaffelse av et virkemiddel for å øke kunnskapen om og bruken av IKT i Finnmark fylke uten at forskriftens prosedyrer ble fulgt.

For klagenemnda,

10. januar 2004

Inger Roll-Matthiesen



[Forsiden](#)
[Nemndsmedlemmer](#)
[Saksbehandling](#)
[Regelverk](#)
[Innkomne saker](#)
[Statistikk](#)
[Årsrapporter](#)
[Dommer](#)
[Søk i avgjorte saker](#)

Avgjorte saker:

[2003](#) [2004](#) [2005](#)

Besøksadresse

H. Heyerdalsgate 1
0033 Oslo

Postadresse

Postboks 8132 Dep
0033 Oslo

Tlf.: 22 33 70 10

Faks: 22 33 70 12

E-post:

postmottak@kofa.no

Avgjorte saker

Saken gjelder åpen anbudskonkurranse vedrørende kollektivtransporttjenester i Grenland. Ut fra de foreliggende opplysninger sa klagenemnda seg enig i innklagedes vurdering av at det ikke var grunnlag for å avvise valgte leverandørs tilbud. En eventuell økning av de økonomiske rammene for konkurransen ble ikke ansett som en vesentlig endring av konkurransegrunnlaget, jf forskrift om offentlige anskaffelser § 5-4. Tildelingskriteriene som var anvendt, ble ansett å tilfredsstille de alminnelige vilkårene.

Klagenemndas avgjørelse 10. januar 2005 i sak 2004/276

Klager: Ing. M. O. Schøyens Bilcentraler

Innklagede: Telemark fylkeskommune

Klagenemndas medlemmer: Morten Goller, Siri Teigum, Inger Roll-Matthiesen

Saken gjelder: Avlysning av konkurranse, avvisning, endring av konkurransegrunnlaget,

tildelingskriterier, evaluering av tilbud.

Sakens bakgrunn:

(1) Telemark fylkeskommune (heretter kalt innklagede) kunngjorde 30. april 2004 en åpen anbudskonkurranse på kollektivtransporttjenester i Grenland. Konkurransgrunnlaget åpnet i punkt 4.2, forutsetninger for anbudet, for at leverandørene innga tilbud i to alternativer. Alternativ 1 var obligatorisk og omhandlet et ruteopplegg i samsvar med eksisterende ruteplaner og – produksjon. Følgende ble opplyst om alternativ 2:

"Alternativ 2 er frivillig, og skal gjelde et best mulig ruteopplegg, hvor åpningstiden for linje 1-8 opprettholdes i henhold til dagens ruteplaner, og hvor åpningstiden for øvrige ruter og antall avganger over dagen i samtlige ruter tilpasses de disponible, økonomiske rammer. Det forutsettes at lovpålagte transportoppgaver (skoleskyss) utføres. I ruteplanarbeidet vektlegges korrespondanser i knutepunktene på Skien rb.st. – Landmannstorget og

Porsgrunn rb.st – Kammerherreløkka og på Skien stasjon.”

(2) Det ble konkurrert om å levere det økonomisk mest fordelaktige tilbudet, og i konkurransegrunnlagets punkt 3.12 og 3.13 heter det at:

” 3.12 Oppdragsgiver kan avvise samtlige anbud og når som helst avlyse anbudskonkurransen. Oppdragsgiver skal i så fall snarest mulig gi skriftlig underretning til anbyderne og begrunne avvisningen av anbudene.

3.13 Ved sammenlikning mellom anbudene og rangering av utøvere vil det økonomisk mest fordelaktige tilbudet blir lagt til grunn. Det legges vekt på anbyders refusjon til oppdragsgiver jfr. pkt 9.3 og på ruteproduksjonsvolumet i alt. 2 jfr. pkt 4.2, innrettet i samsvar med kollektivplanen...”

(3) Regionrådet for BTV hadde lagt til grunn en tilskuddsramme inkludert godtgjørelse for skyss av elever i videregående skole, på 37 millioner kroner pr år. De økonomiske rammene for prosjektet ble presentert slik:

”Brutto godtgjørelse fra oppdragsgiveren: godtgjørelse, VGS, inntekts- og produksjonsrelatert godtgjørelse fratrukket refusjon gir brutto godtgjørelse fra oppdragsgiver. Denne summen kan ikke noe år overstige den fastsatte årsrammen på 37,0 mill.kr. (per 2004). Denne rammen justeres i forhold til KPI jfr. pkt. 9.5. Brutto godtgjørelse deles i like deler per måned som utbetales dels som fakturert godtgjørelse VGS og dels som netto godtgjørelse.”

(4) Før tilbudsfristens utløp ble leverandørene gitt anledning til å stille spørsmål angående konkurransen. Følgende spørsmål og svar er av særlig interesse i denne saken:

<p>”Spørsmål nr 13: Elevtallet i videregående skole øker. Hvis merinntekten sprenger rammen på 37 mill. kr., øker i så fall rammen?</p>	<p>Den økonomiske rammen står fast avtaleperioden. Det kan ikke påregnes økte rammer ved endring i elevtallet for videregående skole eller andre forhold. Rammen kan trolig anses bedre skjermet mot reduksjoner enn andre områder. L vises til pkt. 9.4 i anbudgrunnlag.</p>
<p>Spørsmål 14: Er det refusjonen i år 1 i alternativ 1 som avgjør hvem som vinner anbudet?</p>	<p>Ja, men høyt produksjonsvolum og høy refusjon i alternativ 2 kan gi en annen anbudsvinner enn ved vurdering etter alternativ 1.”</p>

(5) I brev til leverandørene av 2. juni opplyste innklagede om følgende angående de økonomiske aspektene ved oppdraget:

” Differansen mellom på den ene side trafikkinntekter, produksjons- og inntektsrelatert tilskudd og på den annen side refusjonen, utgjør brutto godtgjørelse. Denne skal ikke overstige 37 mill. kr. + KPI.”

(6) Det ble stilt ytterligere spørsmål fra leverandørene angående de økonomiske rammene for konkurransen, besvart av innklagede i brev av 22. juni:

” Dersom anbyder ikke klarer å gi tilbud innenfor rammen på kr 37 000 000, er det da mulig å:

** gi tilbud med negativ refusjon, bruttogodtgjørelse over kr 37 000 000?*

** gi alternativt tilbud med lavere produksjon?*

Det er mulig å gi tilbud som krever godtgjørelse på mer enn kr 37 000 000 i alternativ 1, og med lavere produksjon i alternativ 2.”

(7) Innklagede supplerte deretter sitt tidligere svar slik:

"Hvis samtlige tilbud medfører at brutto godtgjørelse fra oppdragsgiver ligger høyere enn kr 37 000 000 per år, kommer Telemark fylkeskommune til å vurdere om samtlige anbud skal avvises, kf pkt 3.12 i anbudsdokumentet, eller om vi aksepterer det økonomisk mest fordelaktige tilbudet, kf pkt 3.13 i anbudsdokumentet, med forbehold om at regionrådet for Buskerud/Telemark/Vestfold i sitt neste møte 15.-16.09.2004 aksepterer øking av den økonomiske rammen slik at vi kan inngå avtale med den aktuelle byderen."

(8) Tre leverandører innga tilbud i konkurransen, henholdsvis Ing. M. O. Schøyens Bilcentraler AS (heretter kalt klager), Telemark Kollektivtrafikk AS (heretter kalt TKT eller valgte leverandør) og Connex Buss AS (heretter bare "Connex"). Tilbudet fra TKT ble avvist fordi det ikke oppfylte de oppstilte formkravene. Tilbudene fra klager og Connex ble også avvist fra konkurransen. Avvisningen av klagers tilbud var begrunnet slik:

"Grunnen til avvisning av anbudet fra Ing. M. O. Schøyens Bilcentraler AS er at Telemark fylkeskommune sitter igjen med to anbud som begge ligger over den fastsatte grense på 37 mill kr, etter at kravene fra Ing. M. O. Schøyens Bilcentraler og Connex Buss AS om avvisning av anbudet fra Telemark Kollektivtrafikk AS er tatt til følge, kf brev av 22.7.2004. Ifølge Brev 10 vil Telemark fylkeskommune da vurdere om samtlige anbud skal avvises, eller om vi aksepterer det økonomisk mest fordelaktige tilbudet med forbehold om at regionrådet for Buskerud/Telemark/Vestfold aksepterer øking av den økonomiske rammen."

Telemark fylkeskommune har besluttet å avvise alle gjenværende tilbud.

Anbudet fra Ing. M. O. Schøyens Bilcentraler er avvist også på grunn av avvik i forhold til anbudsgrunnlaget når det gjelder garanti for godtgjørelse fra fylkeskommunen og refusjon til reisende på grunn av forsinket buss. Selv om Ing. M. O. Schøyens Bilcentraler AS senere har opplyst at de vil akseptere de regler som er satt i anbudsgrunnlag og brevene i forbindelse med dette, var anbudet slik det ble levert ved anbudfristens utløp ikke i samsvar med forutsetningene i anbudsgrunnlag og brevene."

(9) Siden samtlige tilbud i konkurransen ble avvist, besluttet innklagede å utlyse konkurransen på nytt. Konkurransgrunnlaget var det samme som i den avlyste konkurransen, og det ble videre opplyst at brev med spørsmål, presiseringer og utdypninger var relevante for innholdet av konkurransegrunnlaget.

(10) Også i den andre konkurransen ble det stilt spørsmål omkring den økonomiske rammen på 37 millioner kroner. Innklagede besvarte dette spørsmålet slik:

"Det er mulig å gi tilbud på mer enn 37 mill kr både i alt 1 og 2. Dersom det i alt 2 kommer inn anbud både over og under 37 mill kr og de foreslåtte rutetilbud er noenlunde likeverdige, vil oppdragsgiver legge sterk vekt på at den økonomiske rammen på 37 mill kr holdes. Men et vesentlig bedre rutetilbud kan gjøre at oppdragsgiver vil legge frem et anbud over 37 mill kr for Regionrådet for godkjenning i november 2004."

(11) To leverandører innga tilbud i den andre konkurransen, klager og TKT. Begge leverandørene leverte tilbud både på alternativ 1 og på alternativ 2.

(12) I vurderingen av tilbudene fant innklagede at tilbudene på alternativ 2 var mest interessante. Det var derfor bare alternativ 2 som ble vurdert videre i evalueringsprosessen. Tilbudet fra TKT på alternativ 2 ble ansett å være det økonomisk mest fordelaktige. I dette tilbudet ble brutto godtgjørelse beregnet til 39,5 millioner kroner.

(13) I brev av 4. november ble klager meddelt at TKTs tilbud ble innstilt som vinner av konkurransen. Følgende begrunnelse ble gitt for innklagedes valg

av tilbud:

"Alternativ 2 hos Telemark Kollektivtrafikk AS (TKT) velges som det økonomisk mest fordelaktige tilbudet i forhold til ruteopplegget i tilbudskonkurransen for persontransport i rute i Grenland. Dette tilbudet gir et vesentlig bedre rutetilbud til publikum enn alternativ 2 hos Ing. O. M. Schøyens Bilcentraler AS (SBC).

Regionsrådet avsetter 39,5 millioner (2004-kr) pr år for kjøp av ruteproduksjon og billetter til videregående skole med rett til skyss i Grenland til og med juni 2010. Beløpet reguleres med endring i konsumprisindeksen.

... Refusjonen fra SBC er 28 750 mill kr, og fra TKT er den 28 619 mill kr. Differansen i SBC's favør er bare 0,35 % i forhold til brutto godtgjørelse, og er derfor ikke tillagt særlig vekt.

TKT tilbyr en ruteproduksjon som er 360 000 km større enn den som SBC tilbyr. I linjenettet, som har det største passasjerpotensialet, tilbyr TKT en produksjon som er 460 000 km større enn den som SBC tilbyr.

Rutetilbudet fra TKT er langt på veg i samsvar med kollektivplanen. TKT oppnår kvarters rutefrekvens i deler av linjenettet på hverdager og på hele linjenettet i rushtiden morgen og ettermiddag. For øvrig 30 minutters frekvens på store deler av linjenettet, på resten av linjenettet er frekvensen 30 og 60 minutter.

Rutetilbudet fra TKT vurderes å være vesentlig bedre enn rutetilbud fra SBC."

(14) Innklagede har avvettet kontraktsinngåelse for å se resultatet av klagenemndas saksbehandling.

Klager har i det vesentligste anført:

(15) Innklagede har brutt regelverket for offentlige anskaffelser.

(16) Konkurranses grunnlagets punkt 3.12 er i strid med regelverket. Innklagede kan ikke forbeholde seg retten til å avlyse konkurranser i større grad enn det som følger av § 10-1. Brev av 25. juni hvor innklagede i realiteten betinger seg et fritt valg med hensyn til å avvise samtlige tilbud eller å tildele oppdraget, bryter således med regelverket.

(17) Valgte leverandørs tilbud oppfyller ikke de grunnleggende kravene i konkurransegrunnlaget og skulle derfor vært avvist. Det fremgår av konkurransegrunnlaget at det er et minimumskrav for å levere tilbud på alternativ 2 at "åpningstiden for linje 1-8 opprettholdes i henhold til dagens ruteplaner". For å kunne ha åpningstider må en linje nødvendigvis eksistere. Slik det valgte tilbudet er utformet, kan ikke dette kravet være oppfylt, og det følger av forskrift om offentlige anskaffelser § 8-10 (1) bokstav c), jf § 8-6, at tilbudet dermed skulle vært avvist.

(18) Innklagede har foretatt en vesentlig endring av konkurransegrunnlaget ved å utvide de økonomiske rammene for prosjektet. Da en slik endring bryter med forskrift om offentlige anskaffelser § 5-4, må det ses bort fra endringen. Konsekvensen blir at tilbudet fra TKT skal avvises fordi det ikke er innenfor den fastsatte rammen på 37 millioner kroner. Innklagede forbeholdt seg rett til å avvise tilbud over 37 millioner i konkurranse nr 1, og som det fremgår av begrunnelsen, ble både klager og Connex avvist på dette grunnlaget i konkurransen. I den andre konkurransen ble det benyttet eksakt samme konkurransegrunnlag, og de samme forutsetningene må derfor gjelde for denne konkurransen.

(19) Den vesentlige endringen av konkurransegrunnlaget har hatt konkurransemessig betydning. Klager kan dokumentere at Connex ikke leverte tilbud i konkurranse nr 2 fordi leverandøren ikke kunne levere et tilbud innenfor de økonomiske rammene.

(20) Konkurransen er lagt opp slik at det er umulig å sammenlikne tilbudene på alternativ 1 og 2 siden alternativ 2 skal vurderes opp mot flere tildelingskriterier enn alternativ 1. Det er dermed ikke klart hvilket grunnlag innklage treffer sitt valg på.

(21) Tildelingskriteriet "*ruteproduksjonsvolum*" er ikke tilstrekkelig klart til å tilfredsstillende regelverkets krav. Konkurranses grunnlaget lest i sammenheng kan tyde på at "*korrespondanser i knutepunktene på Skien rb. st. – Landmannstorget og Porsgrunn rb. st. – Kammerherreløkka og på Skien stasjon*" skal vektlegges under kriteriet. Disse forholdene faller utenfor en normal forståelse av kriteriet, og forholdene er heller ikke nærmere konkretisert i konkurranses grunnlaget.

(22) Innklagede har i evalueringen lagt vekt på tildelingskriteriet "*vesentlig bedre rutetilbud*" selv om kriteriet ikke er oppgitt i kunngjøring eller konkurranses grunnlag. Forskrift om offentlige anskaffelser § 10-2 krever at tildelingskriteriene som blir vurdert, skal oppgis på forhånd.

(23) Innklagedes opplysninger gjorde det uklart om tildelingskriteriet "*vesentlig bedre rutetilbud*" ville bli vektlagt.

(24) Det er heller ikke tilstrekkelig klart hvilke sider av tilbudet tildelingskriteriet tar sikte på å vurdere. Bruken av begrepet "*rutetilbud*" kan bety at det skal legges vekt på hvor mange kilometer som kjøres, men det kan også vise til ønske om et godt tilpasset tilbud til de reisende slik at reiseandelen økes. Begrepet kan videre forstås slik at frekvensen på rutene som kjøres, vil bli vektlagt.

(25) Innklagede har gitt uttrykk for at "*et vesentlig bedre rutetilbud kan gjøre at oppdragsgiver vil legge frem et anbud for over 37 mill kr..*". Denne formuleringen gjør at det er uklart om tildelingskriteriet i det hele tatt vil bli vektlagt. Den av innklagede skapte usikkerheten bryter med kravet til forutberegnelighet, jf lov om offentlige anskaffelser § 5.

(26) Siden innklagede ikke har etterspurt dokumentasjon for å vurdere kriteriet "*vesentlig bedre rutetilbud*", blir det umulig å evaluere tilbudene på dette punkt.

(27) Innklagede har lagt vekt på tilbudt refusjon og ikke vurdert hvilket tilbud som gir et best mulig rutetilbud i forhold til den brutto godtgjørelsen fra innklagede. Dette er ikke i tråd med målet med anskaffelsen som er å identifisere det økonomisk mest fordelaktige tilbudet.

(28) Tildelingskriteriet "*vesentlig bedre rutetilbud*" er ikke bedømt forsvarlig. Slik tildelingskriteriet er formulert, må et tilbud være markert bedre enn de øvrige for å kunne premieres. Lest i lys av målet om å identifisere det økonomisk mest fordelaktige tilbudet, må det videre foretas en vurdering av om rutetilbudet gir utslag i forhold til den økonomiske verdien for innklagede. Innklagede må dermed kunne påvise hvilken konkret økonomisk betydning rutetilbudet fra TKT har i forhold til klagers tilbud. For å få uttelling på kriteriet må tilbudet fra TKT gi vesentlig større økonomiske fordeler enn tilbudet fra klager. Innklagede har ikke kunnet redegjøre for noen slik vurdering, og tildelingskriteriet kan derfor ikke sies å være bedømt forsvarlig.

Innklagede har i det vesentligste anført:

(29) Innklagede bestrider å ha brutt regelverket for offentlige anskaffelser.

(30) Tilbudet fra TKT oppfyller minimumskravene i konkurranses grunnlaget. Åpningstid sikter til tidspunkt for første og siste avgang, og TKTs tilbud oppfyller dette kravet selv om ruteplanen er lagt noe forskjellig opp i området for eksisterende linje 1-8. Den tilbudte ruteplan trafikkerer de samme strekningene

og åpningstidene er opprettholdt i forhold til konkurransegrunnlagets krav. Alternativ 2 åpnet for å inngi tilbud på alternative ruteopplegg, og kan derfor ikke forstås slik at det ikke var anledning til å foreslå andre frekvenser enn de eksisterende.

(31) Konkurransegrunnlaget er ikke endret etter utlysningen. Det følger av konkurransegrunnlaget med vedlegg at rammene for brutto godtgjørelse kunne økes ut over 37 millioner kroner. Av vedlegget fremgår det klart at leverandørene kunne fravike den øvre fastsatte grensen forutsatt at Regionrådet ga nødvendig godkjenning til dette. Dette ble også presisert av innklagede i svarene på spørsmål stilt i tilknytning til konkurranse nr 1.

(32) Avvisningen av leverandørene i konkurranse nr 1 var basert på flere forhold. Klagers tilbud avvek fra konkurransegrunnlaget på flere punkter, og innklagede fant derfor ikke grunnlag for å ta stilling til om tilbudet likevel skulle godkjennes. Også tilbudet fra Connex inneholdt avvik som i seg selv var tilstrekkelig til å avvise tilbudet fra konkurransen.

(33) En endring av konkurransegrunnlaget kan under enhver omstendighet ikke sies å være vesentlig. Selv om innklagede har ønsket å øke rammene for brutto godtgjørelse, kan det ikke med rimelighet sies å innebære at anskaffelsen er en annen enn den som ble beskrevet i det opprinnelige anbudsgrunnlaget. Ved å øke rammene for brutto godtgjørelse la innklagede forholdene til rette for leverandørene slik at man i størst mulig grad kunne få tilbud som oppfylte målsettingene i konkurransegrunnlaget. En eventuell endring har derfor vært saklig begrunnet.

(34) Det var marginal forskjell mellom leverandørenes tilbudte refusjonsbeløp i alternativ 1. Avgjørende vekt ble derfor lagt på det foreslåtte rutetilbudet til leverandørene. Dersom et mulig tilbud over 37 millioner kroner hadde et *"vesentlig bedre rutetilbud"* enn et mulig tilbud under 37 millioner kroner, ville det bli tatt opp til vurdering mot de mulige andre tilbudene. Dersom rutetilbudet ikke var *"vesentlig bedre"* ville det bli forkastet uten videre vurdering. I den videre vurderingen ble tilbudene vurdert mot hverandre ut fra konkurransegrunnlagets tildelingskriterier. Tilbudet fra TKT ble vurdert som det økonomisk mest fordelaktige.

(35) *"Rutetilbud"* er synonymt og brukes likt i denne konkurransen som begrepene *"ruteproduksjonsvolum"* og *"ruteopplegg"*, jf konkurransegrunnlagets pkt 3.13 og 4.2. Uavhengig av om ordbruk her kan variere noe, er det ingen tvil om at begrepene sikter til om man kjører i henhold til kollektivplanen, hvor ofte man kjører, og når man starter og stopper å kjøre henholdsvis morgen og kveld. Vurderingen av leverandørenes rutetilbud vil til en viss grad være skjønnsmessig, men regelverket åpner for dette.

(36) Innklagede har ikke vektlagt forhold som ikke er tilkjennegitt i konkurransegrunnlaget. Rutetilbudets kvalitet var definert som et tildelingskriterium fra starten av konkurransen. Dersom klager var av den oppfatning at det forelå en endring som innebar at man trengte mer tid til å utarbeide et tilbud, kunne fristutsettelse vært innvilget på anmodning.

(37) Innklagede ville vurdere om et rutetilbud var vesentlig bedre i forhold til tilbud over 37 millioner kroner. Dette kommer tilstrekkelig klart fram av sammenhengen uttalelsen er avgitt i.

(38) Tildelingskriteriene oppfylder regelverkets krav til klarhet og forutberegnelighet. Innklagedes opplysning om at rutetilbudet måtte være vesentlig bedre for å velge et tilbud som oversteg rammen, ga i denne forbindelse en klar indikasjon på når det ville være aktuelt å benytte dette alternativet. Det var imidlertid nødvendig å legge inn et element av skjønn slik at innklagede ikke forpliktet seg til å velge et anbud som hadde vesentlig bedre rutetilbud uansett hvor høy brutto godtgjørelse anbudet måtte forutsette.

(39) Begge leverandørenes tilbud inneholder tilstrekkelig dokumentasjon til å vurdere rutetilbudet.

(40) Innklagedes vurdering av tilbudt rutetilbud er saklig og forsvarlig.

Klagenemndas vurdering:

(41) Klager har deltatt i konkurransen og har saklig klageinteresse, jf forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Partene har lagt til grunn at anskaffelsen er underlagt del II i forskrift om offentlige anskaffelser, og klagenemnda finner ikke grunn til å overprøve dette.

Innklagedes adgang til å avvise tilbud

(42) Klager anfører at konkurransegrunnlagets punkt 3.12 er i strid med regelverket ved at innklagede betinger seg for vid adgang til å avvise samtlige tilbud eller avlyse konkurransen. Da ingen av tilbudene i den pågående konkurransen er avvist, foreligger det ikke saklig klageinteresse i relasjon til dette spørsmålet.

Avvisning av valgte leverandør

(43) Klager har videre anført at tilbudet fra TKT skulle vært avvist fra konkurransen fordi det ikke oppfylte konkurransegrunnlagets minimumskrav til åpningstid på rute 1-8.. Innklagede fastholder på sin side at tilbudet oppfylte konkurransegrunnlagets krav. På bakgrunn av de foreliggende opplysninger er klagenemnda enig i innklagedes vurdering av at valgte leverandørs tilbud tilfredsstilte konkurransegrunnlagets krav til alternative tilbud.

Vesentlig endring av konkurransegrunnlaget

(44) I forskrift om offentlige anskaffelser § 5-4 (1) reguleres adgangen til å foreta endringer av konkurransegrunnlaget slik:

"Innen tilbudsfristens utløp, jf kapittel 7 (frister), har oppdragsgiver rett til å foreta rettelsler, suppleringer og endringer av konkurransegrunnlaget som ikke er vesentlige."

(45) Det er for klagenemnda uklart om konkurransegrunnlaget oppstilte en absolutt grense på 37 millioner kroner i konkurranse nummer en. Dette er det ikke nødvendig å ta stilling til slik saken ligger an. Før tilbudsfristens utløp i konkurranse nummer to gjorde innklagede det klart at det ikke eksisterte noen slik grense i denne konkurransen, og klagenemnda finner at denne endringen uansett ligger innenfor det tillatte i henhold til § 5-4 (1).

Grunnlaget for tildeling av kontrakt

(46) Innklagede opplyser i konkurransegrunnlaget pkt 3.13 at konkurransens mål er å identifisere det økonomisk mest fordelaktige tilbudet. Tildelingskriteriene som skal benyttes i denne vurderingen, presenteres slik:

"Det legges vekt på anbyders refusjon til oppdragsgiver jfr. pkt 9.3 og på ruteproduksjonsvolumet i alt. 2 jfr. pkt 4.2, innrettet i samsvar med kollektivplanen..."

(47) Regelverket tillater ikke at oppdragsgiver betinger seg et ubegrenset skjønn i valg av tilbud. I dette ligger det at grunnlaget for tildeling av kontrakt må utformes slik at tildelingen skjer på en objektiv og ensartet måte. Slik konkurransegrunnlaget er utformet, opererte innklagede med tildelingskriteriene "refusjon" og "ruteproduksjonsvolum" i vurderingen av tilbud i alternativ 2. I vurderingen av alternativ 1 er kun tildelingskriteriet "refusjon" oppgitt. Isolert sett

kan det synes vanskelig å sammenligne tilbud på de ulike alternativene siden vurderingene ikke skal skje på grunnlag av samme sett tildelingskriterier. Da alternativ 1 åpner for tilbud på det allerede eksisterende rutenettet, må imidlertid konkurransegrunnlaget, slik klagenemnda ser det, forstås slik at "ruteproduksjonsvolum" allerede er vurdert i forhold til dette alternativet. På denne måten vil konkurransegrunnlagets punkt 3.13 gi innklagede muligheten til å vurdere eksisterende rutenett opp mot det tilbudte i alternativ 2, slik at valg av tilbud kan skje etter en objektiv og ensartet vurdering. Grunnlaget for tildeling av kontrakt kan følgelig ikke anses for å gi innklagede et ubegrenset skjønn i valg av tilbud.

(48) Regelverket krever videre at de anvendte tildelingskriteriene er utformet så presist at alle rimelig opplyste og normalt påpasselige leverandører forstår hva som skal vurderes, jf EF-domstolens avgjørelse i sak C-19/00 Siac. Det følger direkte av punkt 3.13 at tildelingskriteriet "ruteproduksjonsvolum" må forstås i lys av konkurransegrunnlagets punkt 4.2 hvor innklagede har utdypet innholdet av kriteriet. Som det følger av punkt 4.2 ville innklagede i evalueringen av tilbudt "ruteproduksjon" vurdere rutetilbud og ruteopplegg i tillegg til antall kjørte kilometer. Når innholdet av tildelingskriteriet på denne måten utdypes i konkurransegrunnlaget, må kriteriet etter klagenemndas syn, anses som tilstrekkelig klart utformet.

(49) I konkurranse nr 2 bemerket innklagede følgende om forholdet mellom alternativ 1 og alternativ 2 i konkurransen:

"Dersom det i alt 2 kommer inn anbud både over og under 37 mill kr og de foreslåtte rutetilbud er noenlunde likeverdige, vil oppdragsgiver legge sterk vekt på at den økonomiske rammen på 37 mill kr holdes. Men et vesentlig bedre rutetilbud kan gjøre at oppdragsgiver vil legge frem et anbud over 37 mill kr for Regionrådet for godkjenning i november 2004."

(50) Slik klagenemnda ser det, er det naturlig å forstå denne uttalelsen som en presisering av hvordan relevante kvalitative fortrinn ved ytelsen skal veies opp mot prismessige konsekvenser. Uttalelsen gir således uttrykk for at et tilbud innenfor de budsjettmessige rammene vil anses som økonomisk mest fordelaktig med mindre et tilbud som overstiger rammene, inneholder et vesentlig bedre rutetilbud. Rutetilbudet har følgelig vært relevant i bedømmelsen av samtlige tilbud, men mindre forskjeller i konkurrerende rutetilbud har ikke kunnet oppveie at rammene overskrides. På denne bakgrunn kan ikke klagenemnda se at formuleringen skaper usikkerhet omkring evalueringen av tildelingskriteriene.

(51) Leverandører som ønsket å inngi tilbud på alternativ 2, måtte i tilbudet presentere sitt alternative ruteopplegg. Klagenemnda kan på denne bakgrunn ikke se at klagers anførsel om at innklagede manglet grunnlag for å vurdere tildelingskriteriet, kan føre fram.

Evalueringen av tilbudene

(52) Klagenemnda har i flere saker lagt til grunn at vurderingen av hvilket tilbud som er det økonomisk mest fordelaktige, skal skje på grunnlag av de oppgitte tildelingskriteriene. Slik tildelingskriteriet "refusjon" er utformet, skal tilbudene vurderes på grunnlag av den refusjonen som tilbys. Klager tilbød 28 750 mill kr refundert, mens valgte leverandør tilbød 28 619 mill kr. I vurderingen av tildelingskriteriet "refusjon" er det disse beløpene som skal holdes mot hverandre, og det er følgelig klager som scorer best på kriteriet. Dette er da også lagt til grunn av innklagede.

(53) Klager har anført at innklagedes evaluering av leverandørenes rutetilbud og ruteproduksjon ikke har vært forsvarlig, noe innklagede bestrider. Innklagede har gjort rede for sin vurdering av rutetilbudet, og ut fra de fremlagte opplysninger kan ikke klagenemnda se at innklagedes evaluering har vært uforsvarlig.

Konklusjon:

Telemark fylkeskommune har ikke brutt regelverket for offentlige anskaffelser.

For klagenemnda,

10. januar 2005

Morten Goller



Forsiden
Nemndsmedlemmer
Saksbehandling
Regelverk
Innkomne saker
Statistikk
Årsrapporter
Dommer
Søk i avgjorte saker
Avgjorte saker:
[2003](#) [2004](#) [2005](#)

Besøksadresse
H. Heyerdalsgate 1
0033 Oslo

Postadresse
Postboks 8132 Dep
0033 Oslo

Tlf.: 22 33 70 10

Faks: 22 33 70 12

E-post:

postmottak@kofa.no

Avgjorte saker

Saken gjaldt åpen anbudskonkurranse vedrørende anskaffelse og oppdatering av RTG-utstyr. Klagenemnda kom til at innklagede i evalueringen av de innkomne tilbudene hadde lagt vekt på forhold som ikke var synliggjort gjennom tildelingskriterier. Valg av tilbud var følgelig skjedd i strid med forskrift om offentlige anskaffelser § 17-2.

-

-

Klagenemndas avgjørelse 10. januar 2005 i sak 2004/277

Klager: Medima AS

Innklagede: Sykehuset Buskerud HF

Klagenemndas medlemmer: Svein Dahl, Inger Roll-Matthiesen, Siri Teigum

Saken gjelder: Evaluering av tildelingskriteriene

Sakens bakgrunn:

(1) Sykehuset Buskerud HF (heretter kalt innklagede) kunngjorde 2. april 2004 en åpen anbudskonkurranse for anskaffelse og oppdatering av RTG-utstyr. Anskaffelsen besto nærmere bestemt av to digitale mammomater med tilhørende arbeidsstasjoner og en stereotaksienhet. Kunngjøringen opplyste at det ble konkurrert om å levere det økonomisk mest fordelaktige tilbudet basert på tildelingskriterier oppgitt i konkurransegrunnlaget.

(2) I konkurransegrunnlagets vedlegg C – Kravsspesifikasjoner – var det opplyst følgende:

"På grunn av Flytting av DRI (Drammen Røntgen Institutt) inn i SB-HFs lokaler vil vi lyse ut følgende utstyr på mammografi siden:

1: En stk direkte digitalt mammo apparat. Utstyr fra forstørrelsesbilder og konbilder må medfølge/prises. (33124200)

2: Oppgradering av eksisterende analogt RTG apparat, med stereotaksi enhet til digitalt bildeformat. Alternativer med innbytte av eksisterende analogt apparat til direkte digitalt apparat med stereotaksienhet er ønskelig (33124200).

3: Tre stk dedikerte granskningstasjoner tiltenkt brukt på brystdiagnostisk senter. Brukervennlighet, høy oppløsning (5K) og god bildekvalitet vil bli vektlagt. Mulighet for CAD er en fordel og skal bemerkes. En granskningstasjon skal kunne tilkobles en video projektor.

Generelt: Utstyret skal kunne kobles til vårt RIS/PACS system, det skal derfor leveres Dicom comfiremens statement for alle enheter. Det er en fordel om utstyret kan kobles inn i sentralt kreftregisters RIS system, eller at en slik løsning skisseres.

DRIs 2 eksisterende mammo apparater ønskes det innbytte pris på."

(3) Sju leverandører leverte tilbud i konkurransen, blant annet Medima AS (heretter kalt klager).

(4) Under saksbehandlingen for klagenemnda har innklagede fremlagt følgende "rangering av de ulike leverandørene med hensyn på pris, teknisk kvalitet, brukervennlighet, samt service og vedlikehold":

"A. Pris

B. Teknisk vurdering

C. Brukers vurdering

D. Service/vedlikehold

E. Kommentar

	A	B	C	D	E
	Sum				
	Mammo				
Mebi	4	3	3		
	3			13	
Medima	1	6	4	4	
	15				
Sectra	6	4	5		
Siemens	3	1	2		
	1			7	
GE	2	2	1		
	2			7	"

(5) Innklagede har i sin redegjørelse for klagenemnda opplyst at vurderingen av tilbudt pris ble gjort på bakgrunn av innkjøpspris, levetidskostnader på utstyret og kostnader for nedetid ved driftsavbrudd. I tillegg har innklagede opplyst at tilbudt serviceavtale og leverandørens kunnskap og erfaring ble vektlagt i evalueringen.

(6) I innklagedes meddelelse om tildeling av kontrakt er følgende begrunnelse gitt for valg av tilbud:

"Sykehuset Buskerud HF vektla bl.a. følgende:

Økonomisk mest fordelaktig, drifts/servicegarantier, brukernes totalvurdering.

Ut fra en helhetsvurdering falt valget på Siemens AS".

(7) Innklagede har avventet kontraktsinngåelse for å se resultatet av klagenemndas behandling.

Klager har i det vesentligste anført:

(8) Innklagede har brutt regelverket for offentlige anskaffelser.

(9) I konkurransegrunnlaget er det ikke oppgitt noen tildelingskriterier. Innklagedes valg av tilbud skulle derfor vært foretatt på grunnlag av en vurdering av tilbudt pris. Det følger av forskrift om offentlige anskaffelser § 12-1 at det må skilles mellom kravsspesifikasjoner og tildelingskriterier. Enkelte av

forholdene innklagede har trukket fram, viser at funksjonskrav er behandlet som tildelingskriterier.

(10) Konkurransesgrunnlaget opplyser ikke om at de forhold som skal "vektlegges", er tildelingskriterier.

(11) Brukervennlighet og god bildekvalitet relaterer seg under enhver omstendighet bare til en del av anskaffelsen. Innklagedes begrunnelse viser videre at disse forholdene er vurdert som funksjonskrav og ikke tildelingskriterier.

(12) Innklagedes anførsler og utdypninger av protokollen viser at det er lagt vekt på flere andre forhold som ikke er fremmet gjennom tildelingskriteriene.

Innklagede har i det vesentligste anført:

(13) Innklagede bestrider å ha brutt regelverket for offentlige anskaffelser.

(14) Denne type høyteknologisk utstyr krever en høy grad av kompetanse både når det gjelder tilbud og utvelgelse. Det sier seg selv at man ikke kan velge utelukkende på grunnlag av pris. Dette er alle leverandører innforstått med.

(15) Det er ikke riktig at tildelingskriterier ikke er oppgitt. I kravsspesifikasjonen spesifiseres det at brukervennlighet høy oppløsning og god bildekvalitet ville vektlegges i evalueringen av tilbudene. I vurderingen av pris var innkjøpspris, levetidskostnader på utstyr og kostnader for nedetid relevante momenter. De øvrige tildelingskriteriene som er benyttet, er velkjente i bransjen og kan ikke ha kommet overraskende på leverandørene.

(16) Krav til oppløsning er ikke alene tilstrekkelig til å sikre tilfredsstillende skjermer. Det måtte derfor stilles ytterligere krav til billedkvalitet. Klager burde være kjent med at skjermer på 5K ikke nødvendigvis har samme spesifikasjoner.

(17) Klager trakk uten varsel tilbake deler av tilbudet og informerte at ny underleverandør ville være det aktuelle. Dette kan ikke være i tråd med regelverket.

Klagenemndas vurdering:

(18) Klager har deltatt i konkurransen og har saklig klageinteresse, jf forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Anskaffelsen følger etter sin art og verdi reglene i forskrift om offentlige anskaffelser del III, jf § 2-2.

(19) I forskrift om offentlige anskaffelser § 17-2 (2) gis følgende regel for valg av det økonomisk mest fordelaktige tilbud:

"Dersom tildeling av kontrakten skal skje på grunnlag av det økonomisk mest fordelaktige tilbud, skal alle kriterier som vil bli lagt til grunn oppgis enten i konkurransegrunnlaget eller i kunngjøringen."

(20) Klagenemnda har i flere saker fastslått at denne bestemmelsen skal forstås slik at oppdragsgiver er avskåret fra å vektlegge forhold som ikke er synliggjort gjennom tildelingskriteriene, i evalueringen av tilbudene. Forskriftens regel er absolutt, og det er derfor uten betydning at det i bransjen er velkjent at også andre forhold kan være relevante for bedømmelsen av det tilbudte produkt.

(21) Når det gjelder de etterspurte granskningsstasjonene, opplyses det i konkurransegrunnlaget under kravsspesifikasjonen at *brukervennlighet, høy*

oppløsning (5K) og god bildekvalitet vil bli vektlagt". Selv om konkurransegrunnlaget kunne vært klarere på dette punkt, har innklagede dermed gitt leverandørene beskjed om at tilbudte granskingsstasjoner vil bli vurdert i henhold til disse tildelingskriteriene.

(22) Innklagede har i sin redegjørelse opplyst om en rekke forhold som skal ha hatt betydning for tildelingen. Den fremlagte dokumentasjonen gir imidlertid ikke noe entydig svar på om disse forholdene rent faktisk ble vektlagt i evalueringen av tilbudene. Den fremlagte matrisen viser likevel at følgende kriterier under enhver omstendighet har hatt betydning i vurderingen: "*Pris*", "*Teknisk vurdering*", "*Brukers vurdering*" og "*Service/vedlikehold*". Det er dermed på det rene at innklagede har lagt vekt på hensyn som ikke er gitt tilkjenne gjennom tildelingskriteriene, og tilbudene er følgelig evaluert i strid med forskrift om offentlige anskaffelser § 17-2.

Konklusjon:

Sykehuset Buskerud HF har brutt forskrift om offentlige anskaffelser § 17-2 ved å legge vekt på utenforliggende hensyn i valg av det økonomisk mest fordelaktige tilbud.

For klagenemnda,

10. januar 2005

Siri Teigum



Forsiden
Nemndsmedlemmer
Saksbehandling
Regelverk
Innkomne saker
Statistikk
Årsrapporter
Dommer
Søk i avgjorte saker

Avgjorte saker:

[2003](#) [2004](#) [2005](#)

Besøksadresse

H. Heyerdalsgate 1
0033 Oslo

Postadresse

Postboks 8132 Dep
0033 Oslo

Tlf.: 22 33 70 10

Faks: 22 33 70 12

E-post:

postmottak@kofa.no

Avgjorte saker

I en begrenset anbudskonkurranse, der det var oppgitt at fem leverandører ville bli valgt ut til å levere tilbud, foretok innklagede utvelgelsen ved å trekke lodd blant de kvalifiserte leverandørene. Dette var et brudd på forskriftens § 8-4 (3).

Klagenemndas avgjørelse 5. januar 2005 i sak 2004/292

Klager: Norske Arkitekters Landsforbund

Innklaget: Oslo kommune v/Omsorgsbygg Oslo KF

Klagenemndas medlemmer: Jens Bugge, Svein Dahl, Bjørg Ven

Saken gjelder: Begrenset anbudskonkurranse. Utvelgelse til å få levere tilbud. Vilkårighet.

Bakgrunn:

(1) Oslo kommune ved Omsorgsbygg Oslo KF (innklagede) kunngjorde 13. september 2004 en begrenset anbudskonkurranse for etablering av en prosjekteringsgruppe. Oppdraget skulle omfatte utarbeidelse av forprosjekt og konkurransegrunnlag for totalentreprise vedrørende ombygging av to bygninger i Colletts gate 52 i Oslo. Anskaffelsen ville være omfattet av del I og II i forskrift om offentlige anskaffelser.

(2) I kunngjøringens punkt III.2 "Kvalifikasjonskrav" var det regnet opp en rekke krav til opplysninger og dokumentasjon som de leverandører som ville delta i konkurransen måtte fremlegge for at oppdragsgiver "kunne evaluere minimumskrav knyttet til juridisk, økonomisk-, finansiell og teknisk kapasitet". Kvalifikasjonskravene var nærmere presisert i et eget prekvalifiseringsgrunnlag. Det ble opplyst at det økonomisk mest fordelaktige tilbud ville bli valgt, på grunnlag av kriterier oppgitt i konkurransegrunnlaget.

(3) Av kunngjøringen og prekvalifiseringsgrunnlaget fremgikk at fem

leverandører ville bli invitert til å delta i konkurransen "forutsatt at det finnes tilstrekkelig antall egnede leverandører".

(4) I alt 19 prosjekteringsgrupper sendte inn forespørsel om deltagelse. Innklagede fant at 17 leverandører oppfylte kvalifikasjonskravene. Utvelgelsen av de fem søkere som skulle få inngi tilbud i konkurransen ble foretatt ved loddtrekning blant de 17 kvalifiserte.

(5) Utvelgelsen ble av innklagede meddelt søkerne ved brev av 3.november 2004. Etter henvendelse fra medlemsbedrifter protesterte Norske Arkitekters Landsforbund og Norges Praktiserende Arkitekter ANS mot fremgangsmåten og krevde utvelgelsen omgjort. Omsorgsbygg Oslo KF fastholdt utvelgelsen. Det ble vist til at man hadde innhentet en juridisk vurdering av loddtrekning som utvelgelsesmetode og at vedkommende advokatfirma hadde konkludert med at "loddrekning lovlig kan benyttes som metode for utvelgelsen blant overtallige kvalifiserte leverandører i en begrenset anbudskonkurranse".

(6) Norske Arkitekters Landsforbund (klager) har deretter 30. november 2004 brakt saken inn for klagenemnda. Innklagede har 7. desember 2004 opplyst at tildeling ikke er foretatt og at kontrakt forventes inngått primo januar 2005.

Anførsler:

Klagers anførsler:

(7) Klager anfører at innklagede har brutt regelverket for offentlige anskaffelser.

(8) I stedet for å basere utvelgelse av det oppgitte antall på 5 leverandører til anbudsfasen på saklige kriterier som tekniske, faglige eller økonomiske kvalifikasjoner, jf. §§ 5-10 og 5-11, har innklagede valgt loddtrekning. En slik utvelgelsesmetode er ikke i tråd med grunnprinsippene for forutberegnelighet og saklighet og med de konkrete bestemmelser i forskriftens § 8-4 (3). Loddtrekning må anses som usaklig og vilkårlig myndighetsutøvelse.

(9) Videre var det ikke angitt i kunngjøring eller prekvalifiseringsgrunnlag at loddtrekning ville bli benyttet som metode. Hadde det vært gjort, ville kandidatene i alle fall visst hva man gikk til, og disse kunne tilpasset sin innsats med søknadsutformingen, eventuelt avstått fra å delta i en så usaklig konkurranseavvikling.

Innklagedes anførsler:

(10) Innklagede bestrider å ha brutt regelverket for offentlige anskaffelser. Utvelgelse ved loddtrekning er en lovlig utvelgelsesmetode som ivaretar regelverkets grunnleggende krav.

(11) Det som skal vurderes i kvalifikasjonsfasen er om leverandøren oppfyller de kriterier som er stilt opp. Kvalifikasjonskravene skal stå i forhold til og ikke settes høyere enn nødvendig for den ytelse som skal leveres, jf forskriftens § 5-5 (2). Alle leverandører som har passert kvalifikasjonsvurderingen, er like kvalifiserte.

(12) Oppdragsgiver skal så vurdere hvilke av de kvalifiserte leverandørene som skal inviteres til å inngi tilbud. Utvelgelsen er et eget element i prosessen, og må ikke blandes sammen med kvalifikasjonsvurderingen. Forskriften har ingen regler om hvordan en utvelgelse blant kvalifiserte leverandører skal gjennomføres utover bestemmelsen i § 8-4 (3), jf (2).

(13) Ved utvelgelsen kan ikke oppdragsgiver vektlegge kvalifikasjoner utover det som er rimelig og nødvendig for å kunne oppfylle kontrakten. Hensynet til likebehandling tillater ikke rangering av de kvalifiserte.

(14) Ved loddrekning vil derimot regelverkets grunnleggende krav være ivarettatt. Det vises til kommentarutgaven til lov og forskrift om offentlige anskaffelser av Roll-Matthiesen og Amdal s 381 og til "EUs udbudsregler i praksis" av Fabricus og Offersen s 200. Dette er også blitt godtatt av det danske Klagenævnet for udbud, i sak av 9. oktober 1996. Heller ikke i dette tilfellet var metoden kunngjort på forhånd.

Klagenemndas vurdering:

(15) Klager har som bransjeorganisasjon saklig klageinteresse, jf forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Partene er enige om at anskaffelsen reguleres av del II i forskrift om offentlige anskaffelser, og klagenemnda legger dette til grunn.

(16) Spørsmålet er om det i en begrenset anbudskonkurranse er adgang til å bruke loddrekning ved utvelgelse av hvilke leverandører som skal få inngi tilbud blant dem som allerede er funnet kvalifisert etter forskriftens § 5-5.

(17) Forskrift om offentlige anskaffelser § 8-4 (3) lyder:

"Ved begrenset anbudskonkurranse velger oppdragsgiver hvilke leverandører som skal inviteres til å levere inn tilbud blant de som tilfredsstillter kravene for deltakelse i konkurransen. Utvelgelsen skal skje på grunnlag av den foreliggende informasjon om leverandørens tekniske, økonomiske og finansielle kapasitet, jf. § 5-10 (dokumentasjon av leverandørens finansielle og økonomiske stilling) og tekniske kvalifikasjoner, jf. § 5-11 (dokumentasjon av leverandørens tekniske kvalifikasjoner)."

(18) Når innklagede har brukt loddrekning som metode for å velge ut blant de kvalifiserte søkerne, er ikke utvelgelsen basert på leverandørens tekniske, økonomiske og finansielle kapasitet.

(19) Riktignok heter det i forskriftens § 5-5 (2) at kvalifikasjonskravene skal stå i forhold til den ytelse som skal leveres. Spørsmålet i denne saken gjelder imidlertid utvelgelse blant de kvalifiserte søkerne, mens § 5-5 (2) gjelder spørsmålet om hvilke leverandører som skal anses kvalifiserte. Bestemmelsen har dermed ikke relevans ved spørsmålet om den etterfølgende utvelgelsen blant de leverandørene som er funnet kvalifisert.

(20) Tilsvarende regel er tatt inn i forskriftens §§ 9-3 og 16-3 om utvelgelse til konkurranse med forhandlinger. Om denne bestemmelsen uttalte klagenemnda i sak 2004/76 premiss 26:

"Oppdragsgiver skal velge ut hvem som skal inviteres til forhandlinger blant leverandører som tilfredsstillter kravene for deltakelse i konkurransen, jf forskrift om offentlige anskaffelser § 16-3 (1). Utvelgelsen skal skje på grunnlag av den foreliggende informasjon om leverandørens stilling og tekniske, økonomiske og finansielle kapasitet, jf § 16-3 (2) som etter sin ordlyd ikke gir adgang til å legge vekt på andre forhold."

(21) Innklagede har vist til avgjørelsen av det danske Klagenævnet for udbud av 9. oktober 1996. Klagenemnda bemerker at avgjørelsen knytter seg til forsyningssektoren. Regelverket for forsyningssektoren, i norsk rett forsyningsforskriften, skiller seg fra regelverket for klassisk sektor på dette punkt. Saken som ble behandlet av Klagenævnet skiller seg også faktisk fra den aktuelle saken, ved at oppdragsgiver ikke hadde brukt loddrekning, men valgt ut leverandører basert på hva oppdragsgiver mente ville gi best mulig konkurranse.

(22) I den norske kommentarutgaven til lov og forskrift om offentlige anskaffelser av Amdal og Roll-Matthiesen sies følgende på s 381 vedrørende utvelgelsen etter § 8-4 (3):

”En ytterligere metode kan være å foreta valget ved ren loddtrekning. En slik metode vil oppfylle kravene til objektivitet og ikke-diskriminering. Forutsetningen er at loddtrekningen skjer på en etterprøvbar måte, jf. lov om offentlige anskaffelser § 5 tredje ledd. Det er imidlertid usikkert om en slik metode vil være tillatt etter regelverket. Det kan hevdes at hensynet til forutberegnelighet ikke anses tilstrekkelig ivaretatt ved en slik metoden, se kravet i lov om offentlige anskaffelser § 5 tredje ledd. Det kan også hevdes at metoden ikke kan anses å være i samsvar med god forretningsskikk, jf. lovens § 5 første ledd.

Det er uklart etter gjeldende rett hvilke av de ovennevnte og eventuelle andre metoder for valg blant ”overtallige” kvalifiserte leverandører som er tillatt.”

(23) Klagenemnda finner at forskriftens § 8-4 (3) etter sin ordlyd må føre til at oppdragsgiver ikke kan foreta utvelgelsen blant de leverandørene som oppfyller kravene, ved loddtrekning.

(24) Klagenemnda holder det imidlertid åpent om man i en situasjon hvor oppdragsgiver etter en nøye vurdering av de kriteriene § 8-4 (3) gir anvisning på, står tilbake med et overtallig antall like godt kvalifiserte leverandører, likevel kan foreta utvelgelsen blant disse ved loddtrekning. I den foreliggende sak er det på det rene at en slik vurdering ikke er foretatt.

(25) Klagenemnda kommer etter dette til at innklagede har brutt forskrift om offentlige anskaffelser § 8-4 (3) ved å bruke loddtrekning til å velge ut blant kvalifiserte leverandører.

Konklusjon:

Oslo kommune v/Omsorgsbygg Oslo KF har brutt forskrift om offentlige anskaffelser § 8-4 (3), ved at de fem leverandørene som skulle få inngi tilbud ble valgt ut ved loddtrekning blant de kvalifiserte søkerne.

For klagenemnda,

5. januar 2005

Jens Bugge



Forsiden
 Nemndsmedlemmer
 Saksbehandling
 Regelverk
 Innkomne saker
 Statistikk
 Årsrapporter
 Dommer
 Søk i avgjorte saker

Avgjorte saker:
[2003](#) [2004](#) [2005](#)

Besøksadresse
 H. Heyerdalsgate 1
 0033 Oslo

Postadresse
 Postboks 8132 Dep
 0033 Oslo

Tlf.: 22 33 70 10

Faks: 22 33 70 12

E-post:

postmottak@kofa.no

Avgjorte saker

År: **2004** Antall saker: **250** Vis sakene sortert etter

Innklaget	Saksinformasjon	Resultat
Rikstrygdeverket Sak 2004/66 Avgjort 22.12.2004 Innkommet 19.03.2004	Klagenemndas kommentar	<i>Saken løst under saksforberedelsene</i>
Fylkestrygdekontoret i Buskerud Sak 2004/30 Avgjort 21.12.2004 Innkommet 06.02.2004	Klagenemndas kommentar	<i>Avvist - saken ubegrunnet eller kan klart ikke føre frem</i>
Vågan kommune Sak 2003/264 Avgjort 20.12.2004 Innkommet 01.12.2003	Saken gjelder: Evaluering av tilbud, krav til forutberegnelighet, krav til begrunnelsen Klagenemndas kommentar Klagenemndas avgjørelse	<i>Brudd på regelverket</i>
Vågan kommune Sak 2003/242 Avgjort 20.12.2004 Innkommet 06.11.2003	Saken gjelder: Evaluering av tilbud, krav til forutberegnelighet, krav til begrunnelsen Klagenemndas kommentar Klagenemndas avgjørelse	<i>Brudd på regelverket</i>
Trondheim kommune Sak 2004/24 Avgjort 20.12.2004 Innkommet 02.02.2004	Saken gjelder: Kvalifikasjonskrav. Tilbudsevaluering. Begrunnelse. Klagenemndas kommentar Klagenemndas avgjørelse	<i>Brudd på regelverket</i>
Finnmark fylkeskommune	Klagenemndas kommentar	<i>Avvist - saken ubegrunnet eller</i>

Sak 2004/111 Avgjort 20.12.2004 Innkommet 14.05.2004		<i>kan klart ikke føre frem</i>
Ullevål universitetssykehus HF Sak 2004/279 Avgjort 20.12.2004 Innkommet 22.11.2004	Saken gjelder: Avvisning. Plikt til avklaring av tilbud. Klagenemndas kommentar Klagenemndas avgjørelse	<i>Brudd på regelverket</i>
Hordaland fylkeskommune Sak 2004/262 Avgjort 20.12.2004 Innkommet 04.11.2004	Klagenemndas kommentar	<i>Avvist - saken ubegrunnet eller kan klart ikke føre frem</i>
Stavanger kommune Sak 2004/305 Avgjort 17.12.2004 Innkommet 16.12.2004	Klagenemndas kommentar	<i>Avvist - saken gjelder ikke brudd på lov om offentlige anskaffelser</i>
Sosial- og helsedirektoratet Sak 2004/36 Avgjort 13.12.2004 Innkommet 13.02.2004	Klagenemndas kommentar	<i>Avvist - saken ubegrunnet eller kan klart ikke føre frem</i>
Oslo kommune Sak 2004/56 Avgjort 08.12.2004 Innkommet 16.03.2004	Klagenemndas kommentar	<i>Avvist - saken ikke egnet for skriftlig behandling</i>
Rogaland Fylkeskommune Sak 2004/288 Avgjort 08.12.2004 Innkommet 05.12.2004	Klagenemndas kommentar	<i>Saken løst under saksforberedelsene</i>
Forsvarsbygg distrikt Nord Sak 2004/235 Avgjort 07.12.2004 Innkommet 30.09.2004	Klagenemndas kommentar	<i>Avvist - saken ikke egnet for skriftlig behandling</i>
Fauske kommune Sak 2004/261 Avgjort 07.12.2004 Innkommet 02.11.2004	Klagenemndas kommentar	<i>Avvist - ikke hensiktsmessig av andre grunner</i>

Sande kommune Sak 2004/278 Avgjort 07.12.2004 Innkommet 01.11.2004	Klagenemndas kommentar	<i>Avvist - ikke hensiktsmessig av andre grunner</i>
Nordland fylkeskommune Sak 2004/5 Avgjort 06.12.2004 Innkommet 09.01.2004	Saken gjelder: Evaluering av tilbud. Gjennomsiktighet og etterprøvnbarhet. Begrunnelse. Klagenemndas kommentar Klagenemndas avgjørelse	<i>Brudd på regelverket</i>
Selbu kommune Sak 2004/150 Avgjort 06.12.2004 Innkommet 16.07.2004	Saken gjelder: Gjennomføring av plan- og designkonkurranse Klagenemndas kommentar Klagenemndas avgjørelse	<i>Brudd på regelverket</i>
Statens Vegvesen Region Nord Sak 2004/201 Avgjort 06.12.2004 Innkommet 19.08.2004	Klagenemndas kommentar	<i>Saken løst under saksforberedelsene</i>
Politiets data- og materieltjeneste Sak 2004/255 Avgjort 05.12.2004 Innkommet 22.10.2004	Klagenemndas kommentar	<i>Avvist - saken ubegrunnet eller kan klart ikke føre frem</i>
Melhus kommune Sak 2004/19 Avgjort 03.12.2004 Innkommet 29.01.2004	Saken gjelder: Valg av prosedyre. Forskjellig angivelse av tildelingskriterier i kunngjøring og konkurransegrunnlag. Klagenemndas kommentar Klagenemndas avgjørelse	<i>Brudd på regelverket</i>
Eiendomsselskapet Veien Kulturminnepark AS Sak 2004/282 Avgjort 03.12.2004 Innkommet 26.11.2004	Klagenemndas kommentar	<i>Saken løst under saksforberedelsene</i>
Forsvarsbygg	Klagenemndas kommentar	<i>Avvist - saken ubegrunnet eller</i>

Sak 2004/8 Avgjort 02.12.2004 Innkommet 14.01.2004		<i>kan klart ikke føre frem</i>
Helse Stavanger Sak 2004/59 Avgjort 30.11.2004 Innkommet 17.03.2004	Klagenemndas kommentar	<i>Avvist - saken ubegrunnet eller kan klart ikke føre frem</i>
Bamble kommune Sak 2004/233 Avgjort 29.11.2004 Innkommet 08.10.2004	Klagenemndas kommentar	<i>Saken løst under saksforberedelsene</i>
Helse Midt-Norge Sak 2004/174 Avgjort 26.11.2004 Innkommet 09.07.2004	Klagenemndas kommentar	<i>Saken løst under saksforberedelsene</i>
Kommunene Dovre, Lesja, Lom, Sel, Skjåk og Vågå Sak 2004/244 Avgjort 26.11.2004 Innkommet 13.10.2004	Klagenemndas kommentar	<i>Avvist - saken ubegrunnet eller kan klart ikke føre frem</i>
Utenriksdepartementet og Norad Sak 2004/280 Avgjort 26.11.2004 Innkommet 24.11.2004	Klagenemndas kommentar	<i>Avvist - saken ubegrunnet eller kan klart ikke føre frem</i>
Oslo kommune Sak 2004/176 Avgjort 26.11.2004 Innkommet 12.07.2004	Klagenemndas kommentar	<i>Avvist - saken ikke egnet for skriftlig behandling</i>
Sametinget Sak 2003/276 Avgjort 22.11.2004 Innkommet 10.12.2003	Saken gjelder: Direkte anskaffelse/begrenset anbudskonkurranse. Kunngjøringsplikt. Tildeling. Inhabilitet. Erstatning. Klagenemndas kommentar Klagenemndas avgjørelse	<i>Brudd på regelverket</i>
Fylkestrygdekontoret i Buskerud Sak 2004/3	Saken gjelder: Beregning av pris. Habilitet.	<i>Brudd på regelverket</i>

Avgjort 22.11.2004 Innkommet 07.01.2004	Klagenemndas kommentar Klagenemndas avgjørelse	
Forsvarsbygg Sak 2004/165 Avgjort 22.11.2004 Innkommet 06.07.2004	Saken gjelder: Avlysning av konkurransen. Klagenemndas kommentar Klagenemndas avgjørelse	<i>Ikke brudd på regelverket</i>
Statens vegvesen region Sør Sak 2004/192 Avgjort 22.11.2004 Innkommet 07.08.2004	Saken gjelder: Beregning av tilbudt pris Klagenemndas kommentar Klagenemndas avgjørelse	<i>Ikke brudd på regelverket</i>
Kommunene Dovre, Lesja, Lom, Sel, Skjåk og Vågå Sak 2004/243 Avgjort 22.11.2004 Innkommet 13.10.2004	Saken gjelder: Evaluering av tilbud. Referanser. Egne erfaringer. Klagenemndas kommentar Klagenemndas avgjørelse	<i>Brudd på regelverket</i>
Hjelmeland kommune Sak 2004/246 Avgjort 22.11.2004 Innkommet 12.10.2004	Klagenemndas kommentar	<i>Avvist - saken ubegrunnet eller kan klart ikke føre frem</i>
Trygdeetaten V/Fylkestrygdekontoret i Østfold Sak 2004/260 Avgjort 22.11.2004 Innkommet 02.11.2004	Klagenemndas kommentar	<i>Saken løst under saksforberedelsene</i>
Asker kommune Sak 2004/44 Avgjort 20.11.2004 Innkommet 04.03.2004	Klagenemndas kommentar	<i>Avvist - saken ikke egnet for skriftlig behandling</i>
Rikstrygdeverket Sak 2004/257 Avgjort 17.11.2004 Innkommet 27.10.2004	Klagenemndas kommentar	<i>Avvist - saken ubegrunnet eller kan klart ikke føre frem</i>
Sykehuset Østfold HF Sak 2004/273 Avgjort 17.11.2004	Klagenemndas kommentar	<i>Avvist - saken ubegrunnet eller kan klart ikke føre frem</i>

Innkommet 12.11.2004		
Skattedirektoratet Sak 2004/170 Avgjort 15.11.2004 Innkommet 04.07.2004	Klagenemndas kommentar	<i>Avvist - saken ubegrunnet eller kan klart ikke føre frem</i>
Helse Midt-Norge Sak 2004/259 Avgjort 15.11.2004 Innkommet 01.11.2004	Klagenemndas kommentar	<i>Saken løst under saksforberedelsene</i>
Nordland Fylkeskommune Sak 2004/254 Avgjort 09.11.2004 Innkommet 20.10.2004	Klagenemndas kommentar	<i>Saken løst under saksforberedelsene</i>
Statens vegvesen Region nord Sak 2004/250 Avgjort 09.11.2004 Innkommet 05.10.2004	Klagenemndas kommentar	<i>Saken løst under saksforberedelsene</i>
Ringerike Sykehus Sak 2003/239 Avgjort 08.11.2004 Innkommet 05.11.2003	Saken gjelder: Krav til begrunnelse, krav til etterprøvnbarhet, tildelingskriterier, forhandlingsforbudet i anbudskonkurranser Klagenemndas kommentar Klagenemndas avgjørelse	<i>Brudd på regelverket</i>
Voss kommune Sak 2003/270 Avgjort 08.11.2004 Innkommet 04.12.2003	Saken gjelder: Manglende angivelse av tildelingskriterier. Beregning av pris. Klagenemndas kommentar Klagenemndas avgjørelse	<i>Brudd på regelverket</i>
Høgskolen i Oslo Sak 2004/1 Avgjort 08.11.2004 Innkommet 05.01.2004	Saken gjelder: Saklig grunn for avlysning. Klagenemndas kommentar Klagenemndas avgjørelse	<i>Ikke brudd på regelverket</i>
Statens vegvesen Sak 2004/230 Avgjort 05.11.2004	Klagenemndas kommentar	<i>Avvist - saken ubegrunnet eller kan klart ikke føre frem</i>

Innkommet 01.10.2004		
Norsk Hydro Sak 2004/234 Avgjort 05.11.2004 Innkommet 25.10.2004	Klagenemndas kommentar	<i>Saken løst under saksforberedelsene</i>
Helse Førde Sak 2003/261 Avgjort 04.11.2004 Innkommet 27.11.2003	Saken gjelder: Krav til kunngjøring, alternative tilbud, evaluering av tilbud, tildelingskriterier, klagefrist, krav til begrunnelse Klagenemndas kommentar Klagenemndas avgjørelse	<i>Brudd på regelverket</i>
Aker Universitetssykehus HF Sak 2003/286 Avgjort 01.11.2004 Innkommet 19.12.2003	Saken gjelder: Tilbudsfrist. Likebehandling. Beskrivelse av anskaffelsen. Klagenemndas kommentar Klagenemndas avgjørelse	<i>Brudd på regelverket</i>
Posten Norge AS Sak 2004/211 Avgjort 01.11.2004 Innkommet 03.09.2004	Saken gjelder: Krav til forutberegnelighet, likebehandling og gjennomsiktighet; Klagenemndas kommentar Klagenemndas avgjørelse	<i>Brudd på regelverket</i>
Helse Midt-Norge RHF Sak 2004/236 Avgjort 01.11.2004 Innkommet 01.10.2004	Saken gjelder: Sammenlignbare tilbud. Geografisk diskriminering. Delvis forkastelse. Evaluering av tildelingskriterier. Klagenemndas kommentar Klagenemndas avgjørelse	<i>Brudd på regelverket</i>
Austevoll Vatn og Avløp BA Sak 2004/135 Avgjort 25.10.2004 Innkommet 08.06.2004	Saken gjelder: Anvendelsesområde for forsyningsforskriften. Brudd på kunngjøringsplikten. Klagenemndas kommentar Klagenemndas avgjørelse	<i>Brudd på regelverket</i>

<p>Nordland fylkeskommune</p> <p>Sak 2004/162</p> <p>Avgjort 25.10.2004</p> <p>Innkommet 29.06.2004</p>	<p>Saken gjelder: Evaluering av tildelingskriterier. Forutberegnelighet. Etterprøvbart. Avvisning.</p> <p>Klagenemndas kommentar Klagenemndas avgjørelse</p>	<p><i>Brudd på regelverket</i></p>
<p>Aetat Flekkefjord</p> <p>Sak 2004/207</p> <p>Avgjort 25.10.2004</p> <p>Innkommet 26.08.2004</p>	<p>Saken gjelder: Utvelgelse til konkurranse med forhandlinger, reell mulighet for å få tildelt</p> <p>Klagenemndas kommentar Klagenemndas avgjørelse</p>	<p><i>Brudd på regelverket</i></p>
<p>Sykehuset i Østfold HF og Sunnaas sykehus HF</p> <p>Sak 2004/226</p> <p>Avgjort 25.10.2004</p> <p>Innkommet 21.09.2004</p>	<p>Klagenemndas kommentar</p>	<p><i>Avvist - saken ubegrunnet eller kan klart ikke føre frem</i></p>
<p>Sør-Trøndelag fylkeskommune</p> <p>Sak 2004/190</p> <p>Avgjort 18.10.2004</p> <p>Innkommet 07.08.2004</p>	<p>Klagenemndas kommentar</p>	<p><i>Saken løst under saksforberedelsene</i></p>
<p>Statsbygg</p> <p>Sak 2004/153</p> <p>Avgjort 15.10.2004</p> <p>Innkommet 21.06.2004</p>	<p>Klagenemndas kommentar</p>	<p><i>Avvist - saken ubegrunnet eller kan klart ikke føre frem</i></p>
<p>Bodø kommune</p> <p>Sak 2004/224</p> <p>Avgjort 15.10.2004</p> <p>Innkommet 17.09.2004</p>	<p>Klagenemndas kommentar</p>	<p><i>Avvist - saken ubegrunnet eller kan klart ikke føre frem</i></p>
<p>Buskerud fylkeskommune</p> <p>Sak 2004/154</p> <p>Avgjort 13.10.2004</p> <p>Innkommet 22.06.2004</p>	<p>Saken gjelder: Beregning av kontraktsverdi. Kunngjøringsplikt. Direkte anskaffelse.</p> <p>Klagenemndas kommentar Klagenemndas avgjørelse</p>	<p><i>Brudd på regelverket</i></p>
<p>Innovasjon Norge Finnmark</p>	<p>Saken gjelder: Begrunnelse. Bruk av</p>	<p><i>Brudd på regelverket</i></p>

<p>Sak 2004/215</p> <p>Avgjort 12.10.2004</p> <p>Innkommet 03.09.2004</p>	<p>rådgivere. Tilbudsfrist. Tildelingskriterier.</p> <p>Klagenemndas kommentar Klagenemndas avgjørelse</p>	
<p>Sametinget</p> <p>Sak 2004/220</p> <p>Avgjort 12.10.2004</p> <p>Innkommet 13.09.2004</p>	<p>Saken gjelder: Manglende kunngjøring</p> <p>Klagenemndas kommentar Klagenemndas avgjørelse</p>	<i>Brudd på regelverket</i>
<p>Rikstrygdeverket</p> <p>Sak 2004/223</p> <p>Avgjort 12.10.2004</p> <p>Innkommet 16.09.2004</p>	<p>Saken gjelder: Tilbudsfrist. Avvisning.</p> <p>Klagenemndas kommentar Klagenemndas avgjørelse</p>	<i>Brudd på regelverket</i>
<p>Universitetet i Bergen</p> <p>Sak 2004/171</p> <p>Avgjort 07.10.2004</p> <p>Innkommet 09.07.2004</p>	<p>Klagenemndas kommentar</p>	<i>Avvist - saken ubegrunnet eller kan klart ikke føre frem</i>
<p>Verran kommune</p> <p>Sak 2004/198</p> <p>Avgjort 04.10.2004</p> <p>Innkommet 19.08.2004</p>	<p>Klagenemndas kommentar</p>	<i>Saken løst under saksforberedelsene</i>
<p>Stortinget</p> <p>Sak 2004/239</p> <p>Avgjort 01.10.2004</p> <p>Innkommet 29.09.2004</p>	<p>Klagenemndas kommentar</p>	<i>Avvist - saken ubegrunnet eller kan klart ikke føre frem</i>
<p>Stavanger, Sandnes, Sola og Randaberg kommuner</p> <p>Sak 2003/230</p> <p>Avgjort 29.09.2004</p> <p>Innkommet 22.10.2003</p>	<p>Saken gjelder: Krav til begrunnelsen, krav til etterprøvbarehet, krav til likebehandling, tildelingskriteriene, evaluering av tilbud</p> <p>Klagenemndas kommentar Klagenemndas avgjørelse</p>	<i>Brudd på regelverket</i>
<p>Reno-Vest IKS</p> <p>Sak 2003/259</p> <p>Avgjort 29.09.2004</p> <p>Innkommet 26.11.2003</p>	<p>Saken gjelder: Avvisning. Krav til dokumentasjon. Inhabilitet.</p> <p>Klagenemndas kommentar Klagenemndas avgjørelse</p>	<i>Brudd på regelverket</i>

		avgjørelse	
Sogn og Fordane fylkeskommune Sak 2004/14 Avgjort 29.09.2004 Innkommet 22.01.2004	Saken gjelder: Retting av feil i tilbud, reforhandling av kontrakt Klagenemndas kommentar Klagenemndas avgjørelse	<i>Brudd på regelverket</i>	
Larvik kommune Sak 2004/177 Avgjort 29.09.2004 Innkommet 13.07.2004	Saken gjelder: Forhandlingsforbudet. Evaluering av tilbud. Klagenemndas kommentar Klagenemndas avgjørelse	<i>Brudd på regelverket</i>	
Helse Sør RHF Sak 2004/180 Avgjort 29.09.2004 Innkommet 01.07.2004	Saken gjelder: Evaluering av tildelingskriterier. Forhandlingsforbudet. Begrunnelse. Klagenemndas kommentar Klagenemndas avgjørelse	<i>Brudd på regelverket</i>	
Fylkeskommunene Nord v/ Nordland fylkeskommune Sak 2004/188 Avgjort 29.09.2004 Innkommet 02.07.2004	Saken gjelder: Utforming og evaluering av kvalifikasjonskrav og tildelingskriterier. Klagenemndas kommentar Klagenemndas avgjørelse	<i>Ikke brudd på regelverket</i>	
Boligbygg Oslo KF Sak 2004/196 Avgjort 29.09.2004 Innkommet 23.08.2004	Klagenemndas kommentar	<i>Saken løst under saksforberedelsene</i>	
Boligbygg Oslo KF Sak 2004/195 Avgjort 29.09.2004 Innkommet 23.08.2004	Klagenemndas kommentar	<i>Saken løst under saksforberedelsene</i>	
Time kommune Sak 2004/214 Avgjort 28.09.2004 Innkommet 03.09.2004	Klagenemndas kommentar	<i>Saken løst under saksforberedelsene</i>	
Helse Nord RHF Sak 2004/221 Avgjort 28.09.2004	Klagenemndas kommentar	<i>Saken løst under saksforberedelsene</i>	

Innkommet 09.09.2004		
Kristiansand kommune Sak 2004/32 Avgjort 27.09.2004 Innkommet 09.02.2004	Klagenemndas kommentar	<i>Avvist - saken ikke egnet for skriftlig behandling</i>
Songdalen kommune Sak 2004/27 Avgjort 23.09.2004 Innkommet 06.02.2004	Klagenemndas kommentar	<i>Avvist - saken ubegrunnet eller kan klart ikke føre frem</i>
Rikshospitalet HF Sak 2004/213 Avgjort 20.09.2004 Innkommet 03.09.2004	Klagenemndas kommentar	<i>Avvist - saken ubegrunnet eller kan klart ikke føre frem</i>
Akershus Universitetssykehus HF Sak 2004/173 Avgjort 17.09.2004 Innkommet 09.07.2004	Klagenemndas kommentar	<i>Avvist - saken ubegrunnet eller kan klart ikke føre frem</i>
Helse Sør Sak 2004/200 Avgjort 17.09.2004 Innkommet 19.08.2004	Klagenemndas kommentar	<i>Avvist - saken ubegrunnet eller kan klart ikke føre frem</i>
Rana kommune Sak 2004/202 Avgjort 15.09.2004 Innkommet 23.08.2004	Klagenemndas kommentar	<i>Avvist - ikke hensiktsmessig av andre grunner</i>
Tromsø kommune Sak 2004/222 Avgjort 15.09.2004 Innkommet 14.09.2004	Klagenemndas kommentar	<i>Saken løst under saksforberedelsene</i>
Oslo kommune Sak 2003/292 Avgjort 13.09.2004 Innkommet 30.12.2003	Saken gjelder: Retting av åpenbare feil. Avvisning. Feil faktum. Erstatning for den negative kontraktsinteresse. Klagenemndas kommentar Klagenemndas avgjørelse	<i>Brudd på regelverket</i>
Moss kommune Sak 2004/11	Saken gjelder: Saklig grunn til avlysning. Politiske hensyn.	<i>Ikke brudd på regelverket</i>

<p>Avgjort 13.09.2004</p> <p>Innkommet 16.01.2004</p>	<p>Klagenemndas kommentar Klagenemndas avgjørelse</p>	
<p>Renovasjonselskapet for Drammensregionen IKS</p> <p>Sak 2004/183</p> <p>Avgjort 13.09.2004</p> <p>Innkommet 20.07.2004</p>	<p>Saken gjelder: Klargjøring av tilbud, krav til begrunnelsen, tildelingskriteriene, likebehandling.</p> <p>Klagenemndas kommentar Klagenemndas avgjørelse</p>	<i>Brudd på regelverket</i>
<p>Rikstrygdeverket/ LIS</p> <p>Sak 2004/184</p> <p>Avgjort 13.09.2004</p> <p>Innkommet 21.07.2004</p>	<p>Saken gjelder: Regelverkets virkeområde. Beregning av pris. Forsvarlig saksbehandling.</p> <p>Klagenemndas kommentar Klagenemndas avgjørelse</p>	<i>Ikke brudd på regelverket</i>
<p>Bardu kommune</p> <p>Sak 2004/203</p> <p>Avgjort 13.09.2004</p> <p>Innkommet 23.08.2004</p>	<p>Saken gjelder: Krav til begrunnelsen, tildelingskriterier</p> <p>Klagenemndas kommentar Klagenemndas avgjørelse</p>	<i>Brudd på regelverket</i>
<p>Posten Norge AS</p> <p>Sak 2004/209</p> <p>Avgjort 13.09.2004</p> <p>Innkommet 30.08.2004</p>	<p>Klagenemndas kommentar</p>	<i>Avvist - saken ubegrunnet eller kan klart ikke føre frem</i>
<p>Konkurransetilsynet</p> <p>Sak <i>Ikke angitt</i></p> <p>Avgjort 10.09.2004</p> <p>Innkommet 09.09.2004</p>	<p>Klagenemndas kommentar</p>	<i>Saken løst under saksforberedelsene</i>
<p>Posten Norge</p> <p>Sak 2004/217</p> <p>Avgjort 10.09.2004</p> <p>Innkommet 10.09.2004</p>	<p>Klagenemndas kommentar</p>	<i>Avvist - saken ubegrunnet eller kan klart ikke føre frem</i>
<p>Rikstrygdeverket</p> <p>Sak 2004/199</p> <p>Avgjort 09.09.2004</p> <p>Innkommet 18.08.2004</p>	<p>Klagenemndas kommentar</p>	<i>Avvist - ikke hensiktsmessig av andre grunner</i>
<p>Rogaland fylkeskommune</p>	<p>Klagenemndas kommentar</p>	<i>Avvist - saken ubegrunnet eller</i>

Sak 2004/160 Avgjort 07.09.2004 Innkommet 18.06.2004		<i>kan klart ikke føre frem</i>
Fylkestrygdekontoret i Aust-Agder Sak 2004/9 Avgjort 27.08.2004 Innkommet 14.01.2004	Klagenemndas kommentar	<i>Saken løst under saksforberedelsene</i>
Bærum kommune Sak 2004/169 Avgjort 26.08.2004 Innkommet 06.07.2004	Klagenemndas kommentar	<i>Avvist - saken ubegrunnet eller kan klart ikke føre frem</i>
Saltdal kommune Sak 2004/167 Avgjort 26.08.2004 Innkommet 07.07.2004	Klagenemndas kommentar	<i>Avvist - saken ubegrunnet eller kan klart ikke føre frem</i>
Båtsfjord kommune Sak 2004/193 Avgjort 26.08.2004 Innkommet 07.08.2004	Klagenemndas kommentar	<i>Avvist - saken ubegrunnet eller kan klart ikke føre frem</i>
Sykehuset Buskerud Sak 2004/148 Avgjort 25.08.2004 Innkommet 17.06.2004	Klagenemndas kommentar	<i>Saken løst under saksforberedelsene</i>
AETAT Halden Sak 2003/262 Avgjort 23.08.2004 Innkommet 27.11.2003	Saken gjelder: Kvalifikasjonskrav og tildelingskriterier. Utvelgelse av leverandører til konkurranse med forhandling. Reell mulighet. Klagenemndas kommentar Klagenemndas avgjørelse	<i>Ikke brudd på regelverket</i>
Avinor Sak 2003/289 Avgjort 23.08.2004 Innkommet 30.12.2003	Saken gjelder: Krav til forutberegnelighet, etterprøvbarehet, ikke-diskriminering og likebehandling. Klagenemndas kommentar Klagenemndas avgjørelse	<i>Brudd på regelverket</i>

<p>Nome kommune</p> <p>Sak 2004/189</p> <p>Avgjort 23.08.2004</p> <p>Innkommet 07.08.2004</p>	<p>Saken gjelder: Oppdrag under terskelverdiene på forsyningssektorene. Krav til forutberegnelighet, likebehandling og etterprøvnbarhet, vekting av tildelingskriteriene, endringer i tilbudt pris.</p> <p>Klagenemndas kommentar Klagenemndas avgjørelse</p>	<p><i>Brudd på regelverket</i></p>
<p>Helse Sør RHF</p> <p>Sak 2004/187</p> <p>Avgjort 13.08.2004</p> <p>Innkommet 02.07.2004</p>	<p>Klagenemndas kommentar</p>	<p><i>Avvist - saken ikke egnet for skriftlig behandling</i></p>
<p>Buskerud fylkeskommune</p> <p>Sak 2003/256</p> <p>Avgjort 11.08.2004</p> <p>Innkommet 24.11.2003</p>	<p>Klagenemndas kommentar</p>	<p><i>Avvist - saken ubegrunnet eller kan klart ikke føre frem</i></p>
<p>Oslo kommune</p> <p>Sak 2003/277</p> <p>Avgjort 09.08.2004</p> <p>Innkommet 11.12.2003</p>	<p>Saken gjelder: Krav til kunngjøring.</p> <p>Klagenemndas kommentar Klagenemndas avgjørelse</p>	<p><i>Brudd på regelverket</i></p>
<p>Skattedirektoratet</p> <p>Sak 2004/2</p> <p>Avgjort 09.08.2004</p> <p>Innkommet 07.01.2004</p>	<p>Saken gjelder: Utvelgelse til forhandling. Reelle muligheter til å få kontrakten.</p> <p>Klagenemndas kommentar Klagenemndas avgjørelse</p>	<p><i>Brudd på regelverket</i></p>
<p>Helse Midt-Norge RHF</p> <p>Sak 2004/126</p> <p>Avgjort 09.08.2004</p> <p>Innkommet 01.06.2004</p>	<p>Saken gjelder: Utvelgelse til forhandlinger, vurdering av leverandørens kvalifikasjoner, krav til forsvarlig saksbehandling og likebehandling</p> <p>Klagenemndas kommentar Klagenemndas avgjørelse</p>	<p><i>Brudd på regelverket</i></p>
<p>Forsvarets logistikkorganisasjon</p> <p>Sak 2003/278</p>	<p>Klagenemndas kommentar</p>	<p><i>Avvist - saken ubegrunnet eller kan klart ikke føre frem</i></p>

Avgjort 22.07.2004 Innkommet 11.12.2003		
Stavanger kommune Sak 2004/179 Avgjort 20.07.2004 Innkommet 12.07.2004	Klagenemndas kommentar	<i>Avvist - kontrakt inngått for mer enn seks måneder siden</i>
Drammensregionen IKS (RfD) og Vestfold Avfall og ressurs AS Sak 2004/166 Avgjort 16.07.2004 Innkommet 01.07.2004	Klagenemndas kommentar	<i>Avvist - saken ubegrunnet eller kan klart ikke føre frem</i>
Helse Stavanger HF Sak 2004/71 Avgjort 15.07.2004 Innkommet 23.03.2004	Saken gjelder: Plan- og designkonkurransen. Avlysning. Forutberegnelighet. Erstatning for negativ kontraktsinteresse. Klagenemndas kommentar Klagenemndas avgjørelse	<i>Brudd på regelverket</i>
Røyken kommune Sak 2004/129 Avgjort 15.07.2004 Innkommet 03.06.2004	Saken gjelder: Brudd på lovens § 5 femte ledd bokstav b) og § 5 tredje ledd. Klagenemndas kommentar Klagenemndas avgjørelse	<i>Brudd på regelverket</i>
Molde kommune Sak 2004/155 Avgjort 15.07.2004 Innkommet 22.06.2004	Saken gjelder: Omgjøring av valg av tilbud. Begrunnelse. Klagenemndas kommentar Klagenemndas avgjørelse	<i>Brudd på regelverket</i>
Sørreisa kommune Sak 2004/133 Avgjort 12.07.2004 Innkommet 07.06.2004	Klagenemndas kommentar	<i>Saken løst under saksforberedelsene</i>
Arendal kommune Sak 2004/175 Avgjort 12.07.2004 Innkommet 12.07.2004	Klagenemndas kommentar	<i>Avvist - saken ubegrunnet eller kan klart ikke føre frem</i>
Rikstrygdeverket	Klagenemndas	<i>Saken løst under</i>

Sak 2004/159 Avgjort 08.07.2004 Innkommet 28.06.2004	kommentar	saksforberedelsene
Kragerø kommune Sak 2004/164 Avgjort 08.07.2004 Innkommet 30.06.2004	Klagenemndas kommentar	Avvist - kontrakt inngått for mer enn seks måneder siden
Enebakk kommune Sak 2004/117 Avgjort 06.07.2004 Innkommet 23.05.2004	Klagenemndas kommentar	Saken løst under saksforberedelsene
Vefsn kommune Sak 2004/157 Avgjort 05.07.2004 Innkommet 25.06.2004	Klagenemndas kommentar	Saken løst under saksforberedelsene
Notodden kommune Sak 2004/136 Avgjort 02.07.2004 Innkommet 08.06.2004	Klagenemndas kommentar	Saken løst under saksforberedelsene
Statsbygg Sak 2003/269 Avgjort 01.07.2004 Innkommet 04.12.2003	Klagenemndas kommentar	Avvist - saken ubegrunnet eller kan klart ikke føre frem
Statens kartverk Sak 2004/114 Avgjort 01.07.2004 Innkommet 19.05.2004	Klagenemndas kommentar	Avvist - ikke hensiktsmessig av andre grunner
Vardø kommune Sak 2003/280 Avgjort 30.06.2004 Innkommet 15.12.2003	Klagenemndas kommentar	Avvist - saken ikke egnet for skriftlig behandling
Vestfold politidistrikt Sak 2004/6 Avgjort 30.06.2004 Innkommet 09.01.2004	Klagenemndas kommentar	Saken løst under saksforberedelsene
Enebakk kommune Sak 2004/119 Avgjort 29.06.2004 Innkommet 25.05.2004	Klagenemndas kommentar	Avvist - saken ubegrunnet eller kan klart ikke føre frem

Statens barne- og familievern Sak 2004/112 Avgjort 28.06.2004 Innkommet 18.05.2004	Klagenemndas kommentar	<i>Saken løst under saksforberedelsene</i>
Fylkestrygdekontoret i Aust-Agder Sak 2004/101 Avgjort 25.06.2004 Innkommet 04.05.2004	Klagenemndas kommentar	<i>Avvist - saken ubegrunnet eller kan klart ikke føre frem</i>
Sørreisa kommune Sak 2003/257 Avgjort 21.06.2004 Innkommet 25.11.2003	Klagenemndas kommentar	<i>Avvist - saken ubegrunnet eller kan klart ikke føre frem</i>
IKS Namdal Rehabilitering Sak 2004/118 Avgjort 21.06.2004 Innkommet 24.05.2004	Klagenemndas kommentar	<i>Avvist - saken ubegrunnet eller kan klart ikke føre frem</i>
Vestvågøy kommune Sak 2004/125 Avgjort 21.06.2004 Innkommet 28.05.2004	Klagenemndas kommentar	<i>Avvist - saken ubegrunnet eller kan klart ikke føre frem</i>
Oppland fylkeskommune og Hedmark Trafikk FKF Sak 2004/137 Avgjort 21.06.2004 Innkommet 09.06.2004	Klagenemndas kommentar	<i>Avvist - mangler saklig klageinteresse</i>
Mattilsynet Sak 2004/12 Avgjort 18.06.2004 Innkommet 19.01.2004	Klagenemndas kommentar	<i>Avvist - saken gjelder ikke brudd på lov om offentlige anskaffelser</i>
Aetat tiltak Sak 2003/247 Avgjort 14.06.2004 Innkommet 12.11.2003	Saken gjelder: Krav til etterprøvbarhet. Klagefrist. Begrunnelse for valg av tilbud. Krav til skjønnsutøvelsen ved valg av tilbud. Negativ kontraktsinteresse. Klagenemndas kommentar Klagenemndas avgjørelse	<i>Brudd på regelverket</i>
Meråker kommune	Klagenemndas	<i>Saken løst under</i>

Sak 2003/266 Avgjort 14.06.2004 Innkommet 03.12.2003	kommentar	<i>saksforberedelsene</i>
Helse Nord RHF Sak 2004/65 Avgjort 14.06.2004 Innkommet 19.03.2004	Saken gjelder: Forkastelse av tilbud. Avlysning. Direkte anskaffelse. Klagenemndas kommentar Klagenemndas avgjørelse	<i>Brudd på regelverket</i>
Statens barnevern og familievern Sak 2004/76 Avgjort 14.06.2004 Innkommet 29.03.2004	Saken gjelder: Tildelingskriterier. Utvelgelse til forhandlinger. Krav om at forutsetninger i konkurransegrunnlaget må følges. Klagenemndas kommentar Klagenemndas avgjørelse	<i>Brudd på regelverket</i>
Forsvaret - 6. divisjon/Troms garnison Sak 2004/93 Avgjort 14.06.2004 Innkommet 30.04.2004	Klagenemndas kommentar	<i>Saken løst under saksforberedelsene</i>
Hålogalandssykehuset HF Sak 2004/69 Avgjort 09.06.2004 Innkommet 22.03.2004	Klagenemndas kommentar	<i>Saken løst under saksforberedelsene</i>
Reindriftsforvaltningen Sak 2004/107 Avgjort 09.06.2004 Innkommet 10.05.2004	Klagenemndas kommentar	<i>Avvist - saken ikke egnet for skriftlig behandling</i>
Skattedirektoratet Sak 2004/102 Avgjort 08.06.2004 Innkommet 04.05.2004	Klagenemndas kommentar	<i>Saken løst under saksforberedelsene</i>
Politidirektoratet Sak 2004/87 Avgjort 07.06.2004 Innkommet 21.04.2004	Klagenemndas kommentar	<i>Avvist - saken ubegrunnet eller kan klart ikke føre frem</i>
Nedre Eiker kommune	Saken gjelder:	<i>Brudd på</i>

<p>Sak 2003/226</p> <p>Avgjort 01.06.2004</p> <p>Innkommet 20.10.2003</p>	<p>Regelverkets virkeområde. Gjensidig bebyrdende kontrakt. Tjenestekonsesjon. Krav til konkurranse.</p> <p>Klagenemndas kommentar Klagenemndas avgjørelse</p>	<p><i>regelverket</i></p>
<p>Harstad kommune</p> <p>Sak 2004/67</p> <p>Avgjort 01.06.2004</p> <p>Innkommet 22.03.2004</p>	<p>Saken gjelder: Krav om at tildelingskriteriene skal være egnet til å identifisere det økonomisk mest fordelaktige tilbud. Plikt til å avlyse konkurransen. Diskriminering på grunnlag av nasjonal eller lokal tilhørighet. Krav til likebehandling.</p> <p>Klagenemndas kommentar Klagenemndas avgjørelse</p>	<p><i>Brudd på regelverket</i></p>
<p>Porsanger kommune</p> <p>Sak 2004/79</p> <p>Avgjort 01.06.2004</p> <p>Innkommet 31.03.2004</p>	<p>Saken gjelder: Regler for kunngjøring, plikt til forsvarlig vurdering av kvalifikasjoner, ulovlig endring av tilbud, god anbudsskikk og begrunnelse.</p> <p>Klagenemndas kommentar Klagenemndas avgjørelse</p>	<p><i>Brudd på regelverket</i></p>
<p>Nordland fylkeskommune</p> <p>Sak 2004/77</p> <p>Avgjort 01.06.2004</p> <p>Innkommet 29.03.2004</p>	<p>Saken gjelder: Beregning av pris. Evaluering av tildelingskriterier. Forutberegnelighet. Likebehandling.</p> <p>Klagenemndas kommentar Klagenemndas avgjørelse</p>	<p><i>Brudd på regelverket</i></p>
<p>Nordberghjemmet</p> <p>Sak 2004/120</p> <p>Avgjort 27.05.2004</p> <p>Innkommet 25.05.2004</p>	<p>Klagenemndas kommentar</p>	<p><i>Avvist - saken ubegrunnet eller kan klart ikke føre frem</i></p>
<p>Innkjøpssamarbeidene på Haugalandet og i Sunnhordland</p> <p>Sak 2004/55</p>	<p>Klagenemndas kommentar</p>	<p><i>Avvist - saken ubegrunnet eller kan klart ikke føre frem</i></p>

Avgjort 26.05.2004 Innkommet 12.03.2004		
Bærum kommune Sak 2004/84 Avgjort 26.05.2004 Innkommet 15.04.2004	Klagenemndas kommentar	<i>Saken løst under saksforberedelsene</i>
Tromsø kino KS Sak 2004/194 Avgjort 26.05.2004 Innkommet 23.08.2004	Klagenemndas kommentar	<i>Avvist - saken ikke egnet for skriftlig behandling</i>
Sykehusprosjektene i Akershus Sak 2004/82 Avgjort 25.05.2004 Innkommet 05.04.2004	Klagenemndas kommentar	<i>Avvist - ikke hensiktsmessig av andre grunner</i>
Regionsrådet Nordhordland IKS Sak 2004/113 Avgjort 24.05.2004 Innkommet 19.05.2004	Klagenemndas kommentar	<i>Avvist - saken ubegrunnet eller kan klart ikke føre frem</i>
Sund kommune Sak 2003/234 Avgjort 19.05.2004 Innkommet 29.10.2003	Saken gjelder: Krav til forutberegnelighet og etterprøvnbarhet. Lokal tilhørighet. Evaluering av tildelingskriteriene. Klagenemndas kommentar Klagenemndas avgjørelse	<i>Brudd på regelverket</i>
Nordkapp kommune Sak 2004/53 Avgjort 19.05.2004 Innkommet 11.03.2004	Saken gjelder: Begrenset anbudskonkurranse. Avvisning. Likebehandling. Forutberegnelighet. Meddelelse om valg av tilbud. Klagenemndas kommentar Klagenemndas avgjørelse	<i>Brudd på regelverket</i>
Bærum kommune Sak 2004/81 Avgjort 19.05.2004 Innkommet 02.04.2004	Saken gjelder: Forutberegnelighet, god anbudsskikk. Klagenemndas kommentar Klagenemndas	<i>Brudd på regelverket</i>

		avgjørelse	
Nordre land kirkelige fellesråd Sak 2004/90 Avgjort 19.05.2004 Innkommet 23.04.2004	Saken gjelder: Adgangen til direkte anskaffelser der det bare finnes en leverandør i markedet. Klagenemndas kommentar Klagenemndas avgjørelse	<i>Brudd på regelverket</i>	
Innherred samkommune Sak 2004/97 Avgjort 19.05.2004 Innkommet 02.05.2004	Klagenemndas kommentar	<i>Saken løst under saksforberedelsene</i>	
Sund Vatn og Avlaup AS Sak 2004/70 Avgjort 16.05.2004 Innkommet 23.03.2004	Klagenemndas kommentar	<i>Avvist - saken ikke egnet for skriftlig behandling</i>	
Oslo kommune Sak 2003/287 Avgjort 13.05.2004 Innkommet 23.12.2003	Klagenemndas kommentar	<i>Avvist - saken ubegrunnet eller kan klart ikke føre frem</i>	
Avinor Sak 2004/100 Avgjort 11.05.2004 Innkommet 04.05.2004	Klagenemndas kommentar	<i>Avvist - saken ubegrunnet eller kan klart ikke føre frem</i>	
Posten Norge Sak 2003/206 Avgjort 10.05.2004 Innkommet 29.09.2003	Klagenemndas kommentar	<i>Saken løst under saksforberedelsene</i>	
Snåsa kommune Sak 2004/12 Avgjort 10.05.2004 Innkommet 19.01.2004	Klagenemndas kommentar	<i>Avvist - saken ubegrunnet eller kan klart ikke føre frem</i>	
Telemark fylkeskommune Sak 2004/108 Avgjort 10.05.2004 Innkommet 12.05.2004	Klagenemndas kommentar	<i>Avvist - saken ubegrunnet eller kan klart ikke føre frem</i>	
Sykehuset i Vestfold Sak 2003/222 Avgjort 07.05.2004 Innkommet 15.10.2003	Klagenemndas kommentar	<i>Avvist - saken ikke egnet for skriftlig behandling</i>	

Austevoll Vatn og Avløp BA Sak 2004/72 Avgjort 06.05.2004 Innkommet 23.03.2004	Klagenemndas kommentar	<i>Saken løst under saksforberedelsene</i>
Statens vegvesen Sak 2003/227 Avgjort 05.05.2004 Innkommet 20.10.2003	Klagenemndas kommentar	<i>Avvist - saken ubegrunnet eller kan klart ikke føre frem</i>
Oslo kommune Sak 2003/209 Avgjort 03.05.2004 Innkommet 03.10.2003	Saken gjelder: Plikt til å opplyse om særskilte kvalifikasjonskrav Klagenemndas kommentar Klagenemndas avgjørelse	<i>Brudd på regelverket</i>
Vestre Toten kommune m.fl. Sak 2004/10 Avgjort 03.05.2004 Innkommet 15.01.2004	Saken gjelder: Avvisning. Forhandlingsforbudet. Klagenemndas kommentar Klagenemndas avgjørelse	<i>Brudd på regelverket</i>
Helse Stavanger HF Sak 2004/50 Avgjort 03.05.2004 Innkommet 09.03.2004	Saken gjelder: Forutberegnelighet Klagenemndas kommentar Klagenemndas avgjørelse	<i>Brudd på regelverket</i>
Skien kommune og Telemark fylkeskommune Sak 2004/73 Avgjort 02.05.2004 Innkommet 24.03.2004	Klagenemndas kommentar	<i>Avvist - saken ubegrunnet eller kan klart ikke føre frem</i>
Tjeldsund kommune Sak 2004/94 Avgjort 02.05.2004 Innkommet 30.04.2004	Klagenemndas kommentar	<i>Saken løst under saksforberedelsene</i>
Ullevål Universitetssykehus Sak 2004/96 Avgjort 02.05.2004 Innkommet 30.04.2004	Klagenemndas kommentar	<i>Avvist - saken ubegrunnet eller kan klart ikke føre frem</i>
Bergen kommune Sak 2004/95	Klagenemndas kommentar	<i>Avvist - saken ubegrunnet eller kan klart ikke føre frem</i>

Avgjort 02.05.2004 Innkommet 30.03.2004		frem
Forsvarsbygg Sak 2004/40 Avgjort 28.04.2004 Innkommet 24.02.2004	Klagenemndas kommentar	Avvist - saken ubegrunnet eller kan klart ikke føre frem
Larvik kirkelige fellesråd Sak 2004/88 Avgjort 28.04.2004 Innkommet 23.04.2004	Klagenemndas kommentar	Saken løst under saksforberedelsene
Søre Sunnmøre Reinholdsverk IKS Sak 2003/252 Avgjort 20.04.2004 Innkommet 21.11.2003	Klagenemndas kommentar	Avvist - saken ubegrunnet eller kan klart ikke føre frem
Nesseby kommune Sak 2003/167 Avgjort 19.04.2004 Innkommet 18.08.2003	Saken gjelder: Krav til likebehandling. Klagenemndas kommentar Klagenemndas avgjørelse	Brudd på regelverket
Rakkestad kommune Sak 2003/190 Avgjort 19.04.2004 Innkommet 11.09.2003	Saken gjelder: Omgjøring av valg av leverandør. Avvik. Avlysning. Forutberegnelighet. Klagenemndas kommentar Klagenemndas avgjørelse	Brudd på regelverket
Statsbygg Sak 2003/192 Avgjort 19.04.2004 Innkommet 12.09.2003	Saken gjelder: God anbudsskikk. Krav til forutberegnelighet, gjennomsiktighet og etterprøvnbarhet. Håndtering av manglende dokumentasjon. Uklart konkurransegrunnlag. Klagenemndas kommentar Klagenemndas avgjørelse	Brudd på regelverket
Luftfartstilsynet Sak 2003/214 Avgjort 19.04.2004 Innkommet 07.10.2003	Saken gjelder: (1) Prekvalifisering, tidspunkt for utlevering av konkurransegrunnlag, kvalifikasjonskrav, tildelingskriterier,	Brudd på regelverket

		begrunnelsesplikt og erstatning for negativ kontraktsinteresse. Klagenemndas kommentar Klagenemndas avgjørelse	
Sørlandet sykehus HF Sak 2003/223 Avgjort 19.04.2004 Innkommet 15.10.2003	Saken gjelder: Beregning av pris. Forutberegnelighet. Tildelingskriterier. Klagenemndas kommentar Klagenemndas avgjørelse	<i>Brudd på regelverket</i>	
Sykehuset Asker og Bærum HF Sak 2003/246 Avgjort 16.04.2004 Innkommet 10.11.2003	Klagenemndas kommentar	<i>Avvist - saken ikke egnet for skriftlig behandling</i>	
Fylkestrygdekontoret i Rogaland Sak 2003/208 Avgjort 07.04.2004 Innkommet 02.10.2003	Klagenemndas kommentar	<i>Avvist - saken ubegrunnet eller kan klart ikke føre frem</i>	
Nordland Fylkeskommune Sak 2004/51 Avgjort 06.04.2004 Innkommet 10.03.2004	Klagenemndas kommentar	<i>Avvist - saken ubegrunnet eller kan klart ikke føre frem</i>	
Politidirektoratet Sak 2003/205 Avgjort 05.04.2004 Innkommet 29.09.2003	Klagenemndas kommentar	<i>Avvist - saken ikke egnet for skriftlig behandling</i>	
Stavanger kommune Sak 2003/207 Avgjort 05.04.2004 Innkommet 01.10.2003	Klagenemndas kommentar	<i>Avvist - saken ubegrunnet eller kan klart ikke føre frem</i>	
Helse Midt-Norge RHF Sak 2003/217 Avgjort 31.03.2004 Innkommet 09.10.2003	Klagenemndas kommentar	<i>Avvist - saken ubegrunnet eller kan klart ikke føre frem</i>	
Skattedirektoratet Sak 2003/249	Klagenemndas kommentar	<i>Avvist - kontrakt inngått for mer enn seks måneder siden</i>	

<p>Avgjort 31.03.2004</p> <p>Innkommet 17.11.2003</p>		
<p>Fylkestrygdekontoret i Aust-Agder</p> <p>Sak 2003/290</p> <p>Avgjort 31.03.2004</p> <p>Innkommet 30.12.2003</p>	<p>Klagenemndas kommentar</p>	<p><i>Saken løst under saksforberedelsene</i></p>
<p>Bodø kommune</p> <p>Sak 2003/177</p> <p>Avgjort 29.03.2004</p> <p>Innkommet 26.08.2003</p>	<p>Saken gjelder: Bruk av innspill til kvalitetsforbedring som tildelingskriterium. Tolkning av tildelingskriterier og krav til klarhet. Uforbindende innspill om tilleggstjenester som tildelingskriterium. Relevante faktorer ved evalueringen. Evaluering av pris</p> <p>Klagenemndas kommentar Klagenemndas avgjørelse</p>	<p><i>Brudd på regelverket</i></p>
<p>Det Norske Radiumhospital HF</p> <p>Sak 2003/211</p> <p>Avgjort 29.03.2004</p> <p>Innkommet 07.10.2003</p>	<p>Saken gjelder: Klarhet og sammenlignbarhet ved utforming av tildelingskriterier, feil faktum ved evaluering, manglende meddelelse og klagefrist.</p> <p>Klagenemndas kommentar Klagenemndas avgjørelse</p>	<p><i>Brudd på regelverket</i></p>
<p>Helse Vest</p> <p>Sak 2004/47</p> <p>Avgjort 29.03.2004</p> <p>Innkommet 08.03.2004</p>	<p>Saken gjelder: Avvisning pga. manglende dokumentasjon. Krav til klarhet i anbudsgrunnlaget.</p> <p>Klagenemndas kommentar Klagenemndas avgjørelse</p>	<p><i>Brudd på regelverket</i></p>
<p>Fylkestrygdekontoret i Buskerud</p> <p>Sak 2004/29</p> <p>Avgjort 26.03.2004</p> <p>Innkommet 06.02.2004</p>	<p>Klagenemndas kommentar</p>	<p><i>Avvist - saken ubegrunnet eller kan klart ikke føre frem</i></p>
<p>Kristiansand kommune</p>	<p>Klagenemndas</p>	<p><i>Saken løst under</i></p>

Sak 2004/25 Avgjort 25.03.2004 Innkommet 02.02.2004	kommentar	saksforberedelsene
Kystdirektoratet Sak 2003/263 Avgjort 24.03.2004 Innkommet 01.12.2003	Klagenemndas kommentar	Saken løst under saksforberedelsene
Statens landbruksforvaltning Sak 2003/285 Avgjort 24.03.2004 Innkommet 19.12.2003	Klagenemndas kommentar	Saken løst under saksforberedelsene
Kristiansand kommune Sak 2004/20 Avgjort 24.03.2004 Innkommet 29.01.2004	Klagenemndas kommentar	Saken løst under saksforberedelsene
Notodden kommune Sak 2004/33 Avgjort 24.03.2004 Innkommet 10.02.2004	Klagenemndas kommentar	Saken løst under saksforberedelsene
Verran kommune Sak 2004/31 Avgjort 24.03.2004 Innkommet 09.02.2004	Klagenemndas kommentar	Saken løst under saksforberedelsene
Opplysningskontoret for frukt og grønnsaker Sak 2004/46 Avgjort 22.03.2004 Innkommet 05.03.2004	Saken gjelder: Krav til likebehandling. Klagenemndas kommentar Klagenemndas avgjørelse	<i>Brudd på regelverket</i>
Fylkestrygdekontoret i Hordaland Sak 2004/42 Avgjort 22.03.2004 Innkommet 27.02.2004	Klagenemndas kommentar	<i>Avvist - saken ubegrunnet eller kan klart ikke føre frem</i>
Ålesund kommune m.fl. Sak 2004/13 Avgjort 19.03.2004 Innkommet 20.01.2004	Klagenemndas kommentar	Saken løst under saksforberedelsene
Aetat Arbeidsdirektoratet Sak 2004/58	Klagenemndas kommentar	<i>Avvist - saken ubegrunnet eller kan klart ikke føre</i>

Avgjort 17.03.2004 Innkommet 17.03.2004		frem
Oslo kommune v/Undervisningsbygg Sak 2003/202 Avgjort 15.03.2004 Innkommet 24.09.2003	Saken gjelder: Nye Ammerud skole Klagenemndas kommentar	<i>Avvist - saken ubegrunnet eller kan klart ikke føre frem</i>
Fylkestrygdekontoret i Rogaland Sak 2003/240 Avgjort 11.03.2004 Innkommet 06.11.2003	Klagenemndas kommentar	<i>Avvist - saken ubegrunnet eller kan klart ikke føre frem</i>
Fylkesmannen i Oslo og Akershus Sak 2003/241 Avgjort 11.03.2004 Innkommet 06.11.2003	Klagenemndas kommentar	<i>Avvist - saken gjelder ikke brudd på lov om offentlige anskaffelser</i>
Tranøy kommune Sak 2003/165 Avgjort 08.03.2004 Innkommet 18.08.2003	Saken gjelder: Forhandlingsforbudet ved anbudskonkurranser. Tildelingskriterier. Klagenemndas kommentar Klagenemndas avgjørelse	<i>Brudd på regelverket</i>
Nesseby kommune Sak 2003/176 Avgjort 08.03.2004 Innkommet 26.08.2003	Saken gjelder: Krav til leverandørens kvalifikasjoner. Manglende dokumentasjon på kvalifikasjoner. Evaluering av samtlige kriterier for valg av tilbud. Klagenemndas kommentar Klagenemndas avgjørelse	<i>Brudd på regelverket</i>
Hobøl kommune Sak 2003/273 Avgjort 08.03.2004 Innkommet 10.12.2003	Saken gjelder: Tildelingskriterier Klagenemndas kommentar Klagenemndas avgjørelse	<i>Brudd på regelverket</i>
Trondheim kommune Sak 2004/152 Avgjort 08.03.2004 Innkommet 21.06.2004	Klagenemndas kommentar	<i>Avvist - saken ubegrunnet eller kan klart ikke føre frem</i>

Læringscenteret Sak 2004/22 Avgjort 03.03.2004 Innkommet 30.01.2004	Klagenemndas kommentar	<i>Avvist - saken gjelder ikke brudd på lov om offentlige anskaffelser</i>
Ål kommune Sak 2003/35 Avgjort 03.03.2004 Innkommet 05.03.2003	Klagenemndas kommentar	<i>Avvist - kontrakt inngått for mer enn seks måneder siden</i>
Oslo kommune Sak 2004/7 Avgjort 02.03.2004 Innkommet 13.01.2004	Klagenemndas kommentar	<i>Saken løst under saksforberedelsene</i>
Vestfold fylkeskommune Sak 2003/142 Avgjort 01.03.2004 Innkommet 14.07.2003	Klagenemndas kommentar	<i>Saken løst under saksforberedelsene</i>
Vadsø kommune Sak 2003/170 Avgjort 27.02.2004 Innkommet 20.08.2003	Klagenemndas kommentar	<i>Avvist - saken ubegrunnet eller kan klart ikke føre frem</i>
Statsbygg Sak 2003/172 Avgjort 27.02.2004 Innkommet 21.08.2003	Klagenemndas kommentar	<i>Avvist - saken ubegrunnet eller kan klart ikke føre frem</i>
Målselv kommune Sak 2003/161 Avgjort 23.02.2004 Innkommet 14.08.2003	Saken gjelder: Evaluering av kriteriet pris. Forutberegnelighet. Klagenemndas kommentar Klagenemndas avgjørelse	<i>Brudd på regelverket</i>
Kommunene Odda, Ullensvang, Vaksdal, Modalen, Ulvik, Osterøy og Granvin Sak 2003/184 Avgjort 23.02.2004 Innkommet 08.09.2003	Saken gjelder: Terskelverdier. Vilkår for konkurranse med forhandling. Klagenemndas kommentar Klagenemndas avgjørelse	<i>Brudd på regelverket</i>
Åsnes kommune Sak 2003/267 Avgjort 23.02.2004 Innkommet 03.12.2003	Saken gjelder: Kravet til gjennomføring av reelle forhandlinger; likebehandling og forutberegnelighet.	<i>Brudd på regelverket</i>

		Klagenemndas kommentar Klagenemndas avgjørelse	
Jernbaneverket		Klagenemndas kommentar	<i>Saken løst under saksforberedelsene</i>
Sak 2004/26			
Avgjort 20.02.2004			
Innkommet 04.02.2004			
Stavanger kommune		Klagenemndas kommentar	<i>Saken løst under saksforberedelsene</i>
Sak 2004/21			
Avgjort 18.02.2004			
Innkommet 30.01.2004			
Utlendingsdirektoratet Region Sør		Klagenemndas kommentar	<i>Avvist - saken ubegrunnet eller kan klart ikke føre frem</i>
Sak 2004/38			
Avgjort 18.02.2004			
Innkommet 16.02.2004			
Opplysningskontoret for frukt og grønnsaker		Klagenemndas kommentar	<i>Saken løst under saksforberedelsene</i>
Sak 2004/23			
Avgjort 15.02.2004			
Innkommet 02.02.2004			
Sykehuset Asker og Bærum		Klagenemndas kommentar	<i>Avvist - saken ubegrunnet eller kan klart ikke føre frem</i>
Sak 2003/140			
Avgjort 13.02.2004			
Innkommet 14.07.2003			
Helsebygg Midt-Norge HF		Saken gjelder: Krav til konkurranse, forutberegnelighet, likhetsprinsippet og gjennomsiktighet. Forskrift om offentlige anskaffelser § 10-2 - plikt til å prioritere tildelingskriteriene. Evaluering av pris. Evaluering av opsjoner. Tolkning av tildelingskriterier	<i>Brudd på regelverket</i>
Sak 2004/16		Klagenemndas kommentar Klagenemndas avgjørelse	
Avgjort 13.02.2004			
Innkommet 27.01.2004			
Statsbygg		Klagenemndas kommentar	<i>Saken løst under saksforberedelsene</i>
Sak 2004/34			
Avgjort 12.02.2004			

Innkommet 12.02.2004		
Alvdal kommune Sak 2003/146 Avgjort 11.02.2004 Innkommet 15.07.2003	Saken gjelder: Likebehandling. Plikt til å følge regelverket på avtalerettslig grunnlag. Klagenemndas kompetanse. Tolkning av konkurransegrunnlaget. Avvik fra konkurransegrunnlaget. Klagenemndas kommentar Klagenemndas avgjørelse	<i>Brudd på regelverket</i>
Direktoratet for samfunnsikkerhet og beredskap Sak 2003/250 Avgjort 09.02.2004 Innkommet 18.11.2003	Saken gjelder: Konsesjonskontrakter. Rekkevidden av loven og forskriften. Likebehandling. Klagenemndas kommentar Klagenemndas avgjørelse	<i>Ikke brudd på regelverket</i>
Helse Øst RFH Sak 2003/251 Avgjort 09.02.2004 Innkommet 20.11.2003	Saken gjelder: Krav til begrunnelse, krav til likebehandling, krav til forutberegnlighet, parallelle rammeavtaler. Klagenemndas kommentar Klagenemndas avgjørelse	<i>Brudd på regelverket</i>
Østre Toten kommune Sak 2003/275 Avgjort 09.02.2004 Innkommet 10.12.2003	Saken gjelder: Forhandlingsforbudet i anbudskonkurranser, tildelingskriterier Klagenemndas kommentar Klagenemndas avgjørelse	<i>Brudd på regelverket</i>
Asker kommune Sak 2003/272 Avgjort 09.02.2004 Innkommet 08.12.2003	Saken gjelder: Tildelingskriterier. Inhabilitet. Retting av tilbud. Innkjøpsfaglig skjønn. Klagenemndas kommentar Klagenemndas avgjørelse	<i>Ikke brudd på regelverket</i>
Nordmøre interkommunale innkjøpsamarbeid	Saken gjelder: Ulovlig tildelingskriterium. Vekting av tildelingskriterier. Tolkning	<i>Brudd på regelverket</i>

<p>Sak 2003/279</p> <p>Avgjort 09.02.2004</p> <p>Innkommet 12.12.2003</p>	<p>av tildelingskriterium. Produktutvalg for evalueringen. Ulovlige forhandlinger.</p> <p>Klagenemndas kommentar Klagenemndas avgjørelse</p>	
<p>Statoil/ Lisensgruppene Snorre Unit, PL 089, Statfjord Øst Unit og Sygna Unit</p> <p>Sak 2003/151</p> <p>Avgjort 05.02.2004</p> <p>Innkommet 23.07.2003</p>	<p>Saken gjelder: Anskaffelser etter forsyningsforskriften. Saklig klageinteresse.</p> <p>Klagenemndas kommentar Klagenemndas avgjørelse</p>	<p><i>Avvist - mangler saklig klageinteresse</i></p>
<p>Oslo og Akershus Trafikkservice</p> <p>Sak 2003/126</p> <p>Avgjort 02.02.2004</p> <p>Innkommet 20.06.2003</p>	<p>Saken gjelder: Adgangen til å begrense antall leverandører i en konkurranse med forhandling. Vektlegging av bruk av underleverandører. Vektlegging av tilgang til lokal prosjektorganisasjon. Endring av forutsetningene i konkurransegrunnlaget.</p> <p>Klagenemndas kommentar Klagenemndas avgjørelse</p>	<p><i>Brudd på regelverket</i></p>
<p>Søgne kommune</p> <p>Sak 2003/147</p> <p>Avgjort 02.02.2004</p> <p>Innkommet 15.07.2003</p>	<p>Klagenemndas kommentar</p>	<p><i>Avvist - saken ubegrunnet eller kan klart ikke føre frem</i></p>
<p>Nordlandssykehuset HF</p> <p>Sak 2003/153</p> <p>Avgjort 02.02.2004</p> <p>Innkommet 30.07.2003</p>	<p>Klagenemndas kommentar</p>	<p><i>Avvist - saken ubegrunnet eller kan klart ikke føre frem</i></p>
<p>Sykehuset Innlandet HF</p> <p>Sak 2003/160</p> <p>Avgjort 02.02.2004</p> <p>Innkommet 14.08.2003</p>	<p>Klagenemndas kommentar</p>	<p><i>Avvist - saken ubegrunnet eller kan klart ikke føre frem</i></p>
<p>Nannestad kommune</p> <p>Sak 2003/228</p> <p>Avgjort 02.02.2004</p> <p>Innkommet 21.10.2003</p>	<p>Saken gjelder: Virkeområdet for regelverket om offentlige anskaffelser. Privat barnehageutbygging.</p>	<p><i>Ikke brudd på regelverket</i></p>

		Klagenemndas kommentar Klagenemndas avgjørelse	
Alta kommune		Klagenemndas kommentar	<i>Avvist - saken ubegrunnet eller kan klart ikke føre frem</i>
Sak 2003/282			
Avgjort 29.01.2004			
Innkommet 17.12.2003			
Skiptvet kommune		Saken gjelder: Plikt til å levere ut konkurransegrunnlaget.	<i>Brudd på regelverket</i>
Sak 2003/204		Klagenemndas kommentar Klagenemndas avgjørelse	
Avgjort 28.01.2004			
Innkommet 26.09.2003			
Helse Stavanger HF		Saken gjelder: Prioritering av tildelingskriterier, krav til forutberegnlighet.	<i>Brudd på regelverket</i>
Sak 2003/236		Klagenemndas kommentar Klagenemndas avgjørelse	
Avgjort 28.01.2004			
Innkommet 03.11.2003			
Levanger kommune		Klagenemndas kommentar	<i>Avvist - saken ubegrunnet eller kan klart ikke føre frem</i>
Sak 2003/175			
Avgjort 28.01.2004			
Innkommet 25.08.2003			
Norges Landbrukshøgskole		Klagenemndas kommentar	<i>Avvist - saken ubegrunnet eller kan klart ikke føre frem</i>
Sak 2004/272			
Avgjort 24.01.2004			
Innkommet 15.11.2004			
Helse Vest		Saken gjelder: Kjøp av dagkirurgiske helsetjenester fra privatpraktiserende leger til regionale helseforetak. Om lovligheten i forhold til regelverket om offentlige anskaffelser av konkurransebegrensende ordninger som gjelder tildeling av driftsavtale med regionale hels	<i>Brudd på regelverket</i>
Sak 2003/199		Klagenemndas kommentar Klagenemndas avgjørelse	
Avgjort 19.01.2004			
Innkommet 24.09.2003			
Oslo kommune		Klagenemndas kommentar	<i>Avvist - saken ubegrunnet eller</i>

Sak 2003/125 Avgjort 16.01.2004 Innkommet 19.06.2003		<i>kan klart ikke føre frem</i>
Skien kommune Sak 2003/274 Avgjort 15.01.2004 Innkommet 10.12.2003	Klagenemndas kommentar	<i>Saken løst under saksforberedelsene</i>
Sykehuset Buskerud HF Sak 2003/198 Avgjort 12.01.2004 Innkommet 22.09.2003	Klagenemndas kommentar	<i>Saken løst under saksforberedelsene</i>
Sykehuset i Vestfold Sak 2003/219 Avgjort 12.01.2004 Innkommet 10.10.2003	Saken gjelder: Spørsmål om avvisning av tilbud som følge av avvik fra kravspesifikasjon. Formkrav for avvikende tilbud og plikt til å prissette avvik. Forhandlingsforbudet ved anbudskonkurranser. Klagenemndas kommentar Klagenemndas avgjørelse	<i>Brudd på regelverket</i>
Sjøfartsdirektoratet Sak 2003/225 Avgjort 12.01.2004 Innkommet 17.10.2003	Saken gjelder: Prekvalifisering. Likebehandling av leverandørene. Etterprøvbarehet. Begrunnelse. Klagenemndas kommentar Klagenemndas avgjørelse	<i>Brudd på regelverket</i>
Stryn kommune Sak 2003/243 Avgjort 12.01.2004 Innkommet 06.11.2003	Saken gjelder: Krav til konkurranse i lov om offentlige anskaffelser § 5. Klagenemndas kommentar Klagenemndas avgjørelse	<i>Brudd på regelverket</i>
Sametinget Sak 2003/131 Avgjort 02.01.2004 Innkommet 02.07.2003	Klagenemndas kommentar	<i>Avvist - saken ubegrunnet eller kan klart ikke føre frem</i>
Oslo kommune	Klagenemndas	<i>Avvist - saken</i>

Sak	2003/116	kommentar	<i>ubegrunnet eller kan klart ikke føre frem</i>
Avgjort	01.01.2004		
Innkomet	10.06.2003		
Forsvarsbygg			
Sak	2003/265	Klagenemndas kommentar	<i>Saken løst under saksforberedelsene</i>
Avgjort	01.01.2004		
Innkomet	02.12.2003		



Forsiden
Nemndsmedlemmer
Saksbehandling
Regelverk
Innkømne saker
Statistikk
Årsrapporter
Dommer
Søk i avgjorte saker

Avgjorte saker:

[2003](#) [2004](#) [2005](#)

Besøksadresse

H. Heyerdalsgate 1
0033 Oslo

Postadresse

Postboks 8132 Dep
0033 Oslo

Tlf.: 22 33 70 10

Faks: 22 33 70 12

E-post:

postmottak@kofa.no

Avgjorte saker

Saken gjaldt åpen anbudskonkurranse for prosjektering av et sykehjem. Sakens dokumenter ga ikke et entydig svar på om tilbudt kompetanse var vurdert på grunnlag av en ren summering av leverandørenes opplistede relevante referanser, hvor summen også var avhengig av hvor mange personer leverandøren har tatt med i sin presentasjon. Klagenemnda uttalte likevel at en slik fremgangsmåte fremstår som så spesiell at den må oppgis på forhånd, jf lov om offentlige anskaffelser § 5. Innklagede hadde ikke gitt tilfredsstillende begrunnelser for valg av tilbud etter forskrift om offentlige anskaffelser §§ 10-3 og 3-8 (4).

Klagenemndas avgjørelse 20. desember 2004 i sak 2003/264

Klager: AS Planas m.fl.

Innklagede: Vågan kommune

Klagenemndas medlemmer: Morten Goller, Jens Bugge, Bjørg Ven

Saken gjelder: Evaluering av tilbud, krav til forutberegnelighet, krav til begrunnelsen

Sakens bakgrunn:

- (1) Vågan kommune (heretter kalt innklagede) kunngjorde 15. juli 2003 en åpen anbudskonkurranse for prosjektering av Marithaugen sykehjem.
- (2) Det ble konkurrert om å levere det økonomisk mest fordelaktige tilbudet, basert på følgende tildelingskriterier oppgitt i ikke-prioritert rekkefølge:

- "Kompetanse
- Kapasitet; leverings- og ferdigstillelsesdato, leveringssikkerhet
- Pris
- Kvalitet; prosjektgjennomføring
- Tilgjengelighet (mulighet til å stille på møter og befaringer i Vågan)
- Service"

(3) En prosjekteringsgruppe bestående av AS Planas, Hauge og Rostadmo AS og Elektrorådgiverne Harstad AS (heretter kalt klager) var en av leverandørene som innga tilbud i konkurransen. Klagers tilbud hadde en pris på kr 1.624.400.

(4) I evalueringen av tilbudene ble tilbudet fra RIVAS AS, som senere ble tildelt kontrakt, fremhevet på denne måten:

"Disse [RIVAS AS] er ikke billigst på pris (3. billigst) men flere forhold tilsier at de totalt har det beste tilbudet. Ser en på reisekost for seg og muligheter for å legge prosjekteringsmøter til Trondheim, er forskjellene helt marginale."

(5) Innklagede meddelte klager pr e-post 29. oktober 2003 at tilbudet fra RIVAS AS var vurdert som det økonomisk mest fordelaktige. Dette tilbudet hadde en pris på kr 1.691.000. Følgende begrunnelse ble gitt for innklagedes valg av leverandør:

"De innkomne tilbud er nå vurdert etter kriteriene oppgitt i konkurransegrunnlaget og i samsvar med lov om offentlige anskaffelser.

Etter en samlet vurdering av oppgitte prosjektmedarbeideres spesifikke kompetanse, innen relevant sykehjemsplanlegging, pris, tilgjengelighet og øvrige tildelingskriterier, har vi besluttet at kontrakt vil bli tildelt tilbyder nr 8, RIVAS AS."

(6) Innen klagefristens utløp ba klager om en nærmere begrunnelse for innklagedes valg av leverandør. Det ble påpekt at klagers tilbud hadde en lavere pris enn tilbudet fra RIVAS AS. I e-post av 31. oktober utdypet innklagede begrunnelsen for tildelingsbeslutningen:

"Rent prismessig var det marginal forskjell på Deres tilbud og tilbudet fra RIVAS AS, nærmere bestemt 66.600 inkl mva.

Vi har i denne situasjon lagt særlig vekt på tilbydernes produktspesifikke kompetanse og erfaring. RIVAS AS har i sitt tilbud dokumentert mer omfattende kompetanse og relevant erfaring hos de oppgitte medarbeidere knyttet til denne type prosjekter.

Dette gjelder i særlig grad for de medarbeidere som er oppgitt for fagområdet elektro."

(7) Det er under klagenemndas saksbehandling lagt fram en innstilling datert 20. oktober 2003 fra innklagedes engasjerte rådgiver i anskaffelsesprosessen, arkitekt Stein Hamre, hvor klagers og valgte leverandørs tilbud er bedømt slik:

" Tilbyder nr 8 RIVAS AS

Meget/særdeles god kompetanse. Skiller seg ut i meget positiv retning med tanke på presentasjon (enkelhet og besvaring av oppgave) og beskrevet plan for gjennomføring. Har de nødvendige kvalifikasjoner, systemer og utstyr.

Samlet pris: Kr 1 691 000, - inkl mva og reiser.

Tilbyder nr 13 Planas AS

Liten kompetanse fra sykehjemsplanlegging

Samlet pris: Kr 1 624 400,- inkl mva og reiser."

(8) Av innklagedes interne sammenstillingsrapport følger det at innklagede fant at tildelingskriteriet pris ikke utgjorde mer enn 40-50% av vekten i vurderingen av leverandørene. Klagenemnda har i sin saksbehandling fått opplyst at tilbudene ble bedømt som likeverdige på tildelingskriteriene "Kapasitet", "Kvalitet", "Tilgjengelighet" og "Service". Uttellingen på kriteriene "Pris" og "Kompetanse" ble følgelig avgjørende for hvilket tilbud som ble ansett å være økonomisk mest fordelaktig. For å synliggjøre differansen i tilbudt prosjektspesifikk kompetanse har innklagede fremlagt et håndskrevet notat. Her ble RIVAS rangert som nummer én med scoren 44, mens klager scoret 14 og

ble rangert som nummer tre.

(9) Kontrakt mellom innklagede og RIVAS AS ble inngått 5. november 2003.

Klager har i det vesentligste anført:

(10) Innklagede har brutt regelverket for offentlige anskaffelser.

(11) Begrunnelsen som er gitt, angir ikke hvordan tilbudene konkret er vurdert opp mot de enkelte tildelingskriteriene, og det opplyses heller ikke om hvordan kriteriene er vektlagt innbyrdes. Begrunnelsen tilfredsstillende dermed ikke kravene i forskrift om offentlige anskaffelser §10-3.

(12) Klager hadde lavere pris enn valgte leverandør og skulle derfor blitt rangert foran RIVAS AS. Det er ikke riktig at prisforskjellen mellom klager og valgte leverandørs tilbud er marginal.

(13) Tildelingskriteriet "*kompetanse*" er tillagt for stor vekt i vurderingen av hvilket tilbud som ble vurdert som det økonomisk mest fordelaktige. Innklagede hadde ikke anledning til å i ettertid bestemme at prisen ikke kunne utgjøre mer enn 40-50%. Pris må være sentralt i anskaffelsen siden de tre konkurrerende leverandørene innledningsvis ble vurdert som "gode nok".

(14) Vurderingen av tilbudt kompetanse har ikke vært forsvarlig. Klager har tilstrekkelig relevant kompetanse til å gjennomføre oppdraget. Innklagede hadde ikke anledning til å legge vekt på kompetanse ut over det som er nødvendig for å gjennomføre oppdraget. Det aktuelle prosjektet er ikke spesielt komplisert.

(15) En ren summering av hvor mange referanser leverandøren har oppgitt, er ikke egnet til å belyse den tilbudte kompetansen. Matrisen inneholder dessuten flere feil. Innklagede har utelukkende kontaktet valgte leverandørs referanser i vurderingen av kompetansekriteriet.

(16) Konkurranses grunnlaget opplyste om at reisekostnader til og fra innklagede ble iberegnet den tilbudte pris. Innklagede var derfor ikke berettiget til å legge vekt på besparelser ved å holde møter i Trondheim.

(17) Klager ber også om klagenemndas vurdering av om vilkårene for erstatning er til stede.

Innklagede har i det vesentligste anført:

(18) Innklagede bestrider å ha brutt regelverket for offentlige anskaffelser.

(19) Det var lite som skilte klager og valgte leverandør, men valgte leverandørs tilbud ble funnet å være det økonomisk mest fordelaktige.

(20) Tilbudt kompetanse ble ikke vurdert ensidig på grunnlag av antallet referanser. Under prosjektspesifikk erfaring for de tilbudte medarbeiderne ble type prosjekt og verdi/størrelse/omfang på prosjektene vektlagt.

(21) Fagfolk har stått for vurderingen av tilbudt kompetanse, og vurderingen har vært forsvarlig. Etter at valgte leverandør var blitt rangert høyest på tilbudt kompetanse, tok innklagede kontakt med leverandørens referanser som en kvalitetssikring på valget som var gjort. Kontakten med referansene var derfor uten betydning for det valget som alt var gjort.

(22) Klager hadde lite kompetanse fra sykehjemsplanlegging og fikk derfor dårligere uttelling på tildelingskriteriet enn hva valgte leverandør fikk. Oppdragsspesifikk kompetanse av ny dato ble ansett sentralt fordi det ble ansett som viktig for innklagede at sykehjemmet var så oppdatert som mulig i forhold til

den utvikling som har funnet sted innen fagfeltet. Tilbudt kompetanse ble tillagt stor vekt i vurderingen av hvilket tilbud som var det økonomisk mest fordelaktige.

(23) Vurderingen av prismessige besparelser ved å holde møter i Trondheim ble foretatt etter at innklagede hadde bedømt tilbudet fra RIVAS som det økonomisk mest fordelaktige. Eventuelle besparelser var med uten betydning for bedømmelsen av de konkurrerende tilbudene.

Klagenemndas vurdering:

(24) Klager har deltatt i konkurransen og har saklig klageinteresse, jf forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Anskaffelsen er underlagt del II i forskrift om offentlige anskaffelser, jf § 2-2.

Evalueringen av tilbudt kompetanse

(25) Klagenemnda vil først behandle spørsmålet om tildelingskriteriet "*Kompetanse*" ble tillagt for stor vekt i vurderingen av hvilket tilbud som var det økonomisk mest fordelaktige. Når innklagede ikke har angitt tildelingskriteriene i prioritert rekkefølge, vil fastsettelsen av tildelingskriterienes relative verdi til en viss grad være overlatt til innklagedes skjønn. Klagenemndas adgang til å prøve innklagedes vektlegging av tildelingskriteriene vil i slike tilfeller begrense seg til om vektleggingen fremstår som uventet, usaklig eller vilkårlig. I en konkurranse som denne, der innsatselementet er betydelig, må leverandørene kunne regne med at også andre forhold enn den tilbudte prisen kan være av stor betydning i valg av tilbud. Klagenemnda kan heller ikke se at innklagedes vektning av tildelingskriteriene fremstår som usaklig eller vilkårlig.

(26) Evalueringen av leverandørens tilbudte kompetanse slik denne er presentert i innstillingen av 20. oktober, virker tilforlatelig. Andre dokumenter som er fremlagt, gjør det imidlertid noe uklart hvordan tildelingskriteriet "*Kompetanse*" er vurdert. Sammenstillingen av tilbudene og det håndskrevne notatet som ligger til grunn for vurderingen av tildelingskriteriet, kan tyde på at kriteriet er vurdert på grunnlag av en ren summering av leverandørens opplistede relevante referanser, hvor summen også er avhengig av hvor mange personer leverandøren har tatt med i sin presentasjon.

(27) Det foreliggende saksmaterialet gir ikke noe klart svar på hvordan vurderingen av tildelingskriteriet "*Kompetanse*" er gjennomført. Klagenemnda vil likevel påpeke at dersom tilbudt kompetanse er evaluert ut fra hvor mange referanser som er oppgitt, slik det synes å fremgå av den håndskrevne matrisen og de "oppsummeringsark" som synliggjør differansen mellom tilbyderne på tildelingskriteriet "*Kompetanse*", fremstår fremgangsmåten som så spesiell at den måtte gis tilkjenne på forhånd. Er tildelingskriteriet bedømt på denne måten, er kriteriet følgelig vurdert i strid med kravet til forutberegnelighet, jf lov om offentlige anskaffelser § 5.

(28) Klagenemnda finner i den fremlagte dokumentasjon ikke grunnlag for å behandle de øvrige anførsler omkring evalueringen av tilbudt kompetanse. Det kan imidlertid bemerkes at innklagede må kritiseres for ikke å ha sørget for en bedre dokumentasjon for å gjøre vurderingen bedre etterprøvbart, jf anskaffelsesforskriften § 8-1.

Vurderingen av reisekostnader

(29) I konkurransegrunnlaget ble det opplyst at vurderingen av hvilket tilbud som var det økonomisk mest fordelaktige, blant annet ville skje på grunnlag av tildelingskriteriet "*Tilgjengelighet (mulighet for å stille på møter og befaringer i Vågan)*". Ved å angi dette tildelingskriteriet forpliktet innklagede seg til å premiere leverandører som kunne tilby god tilgjengelighet. Fremhevelsen av mulige prisbesparelser ved å holde møter i Trondheim brøt derfor med innklagedes egne forutsetninger for vurderingen, slik disse var gitt tilkjenne

gjennom tildelingskriteriene. Slik saken er opplyst for klagenemnda, har det imidlertid ikke vært mulig å avgjøre om prisbesparelsene rent faktisk ble vektlagt i evalueringen av tilbudene.

Krav til begrunnelsens innhold

(30) I følge forskrift om offentlige anskaffelser § 10-3 (2) skal oppdragsgiver ved skriftlig meddelelse om hvem som skal tildeles kontrakt, begrunne valg av tilbud uoppfordret i rimelig tid før kontrakt inngås. Dersom en leverandør skriftlig anmoder om det, skal det i tillegg gis en "nærmere begrunnelse" etter forskriften § 3-8 (4) innen 15 dager fra slik anmodning.

(31) Begrunnelsen etter § 10-3 (2) skal omtale det valgte tilbudets egenskaper. En gjengivelse av tildelingskriteriene sammen med en opplysning om at valget ble foretatt etter en helhetsvurdering, er ingen begrunnelse. Det vises i denne forbindelse til klagenemndas avgjørelse i sak 2003/3.

(32) Det følger av innklagedes nærmere begrunnelse etter § 3-8 (4) at valgte leverandørs tilbudte kompetanse ble utslagsgivende for valg av tilbud, og at forskjellen i tilbudt kompetanse etter innklagedes syn, mer enn utjevnet differansen i pris. Innklagede har videre gitt uttrykk for hvilken kompetanse det er lagt vekt på. Den nærmere begrunnelsen gir imidlertid ingen opplysninger om hvordan tilbudene ble bedømt opp mot andre tildelingskriterier enn "pris" og "kompetanse". Selv om dette nok har sammenheng med at tilbudene ble vurdert som likeverdige på kriteriene, var innklagede forpliktet til også å begrunne denne vurderingen slik at klager fikk anledning til å ta stilling til om det reelt sett kunne være grunn til å skille tilbudene. Innklagedes nærmere begrunnelse var dermed for snau til å sikre en reell klageadgang, og følgelig ikke tilstrekkelig til å tilfredsstillende kravene i forskriften § 3-8 (4).

(33) Klagenemnda finner ikke å ha tilstrekkelig grunnlag for å uttale seg nærmere om erstatningsspørsmålet.

Konklusjon:

Vågan kommunes dokumentasjon vedrørende evalueringen av tildelingskriteriene er

utilstrekkelig til å gjøre evalueringen etterprøvbart. Dersom tildelingskriteriet "kompetanse" er blitt vurdert alene eller hovedsaklig på grunnlag av antall fremlagte referanser, anses dette å være i strid med kravet til forutberegnelighet, jf lov om offentlige anskaffelser § 5.

Vågan kommune har brutt forskrift om offentlige anskaffelser ved ikke å gi klager tilfredsstillende begrunnelser etter forskrift om offentlige anskaffelser § 10-3 og § 3-8 (4).

For klagenemnda,

20. desember 2004

Björg Ven



Forsiden
Nemndsmedlemmer
Saksbehandling
Regelverk
Innkomne saker
Statistikk
Årsrapporter
Dommer
Søk i avgjorte saker

Avgjorte saker:
[2003](#) [2004](#) [2005](#)

Besøksadresse
H. Heyerdalsgate 1
0033 Oslo

Postadresse
Postboks 8132 Dep
0033 Oslo

Tlf.: 22 33 70 10

Faks: 22 33 70 12

E-post:

postmottak@kofa.no

Avgjorte saker

Saken gjaldt åpen anbudskonkurranse for prosjektering av et sykehjem. Sakens dokumenter ga ikke et entydig svar på om tilbudt kompetanse var vurdert på grunnlag av en ren summering av leverandørenes opplistede relevante referanser, hvor summen også var avhengig av hvor mange personer leverandøren har tatt med i sin presentasjon. Klagenemnda uttalte likevel at en slik fremgangsmåte fremstår som så spesiell at den må oppgis på forhånd, jf lov om offentlige anskaffelser § 5. Innklagede hadde ikke gitt tilfredsstillende begrunnelser for valg av tilbud etter forskrift om offentlige anskaffelser §§ 10-3 og 3-8 (4).

Klagenemndas avgjørelse 20. desember 2004 i sak 2003/242

Klager: Arcon Prosjekt AS

Innklagede: Vågan kommune

Klagenemndas medlemmer: Morten Goller, Jens Bugge, Bjørg Ven

Saken gjelder: Evaluering av tilbud, krav til forutberegnelighet, krav til begrunnelsen

Sakens bakgrunn:

(1) Vågan kommune (heretter kalt innklagede) kunngjorde 15. juli 2003 en åpen anbudskonkurranse for prosjektering av Marithaugen sykehjem.

(2) Det ble konkurrert om å levere det økonomisk mest fordelaktige tilbudet basert på følgende tildelingskriterier oppgitt i ikke-prioritert rekkefølge:

"Kompetanse

Kapasitet; leverings- og ferdigstillelsesdato, leveringssikkerhet

Pris

Kvalitet; prosjektgjennomføring

Tilgjengelighet (mulighet til å stille på møter og befaringer i Vågan)

Service”

(3) Arcon Prosjekt AS (heretter kalt klager) var en av leverandørene som innga tilbud i konkurransen. Klagers tilbud hadde en pris på kr 1.625.600.

(4) I evalueringen av tilbudene ble tilbudet fra RIVAS AS, som senere ble tildelt kontrakt, fremhevet på denne måten:

”Disse [RIVAS AS] er ikke billigst på pris (3. billigst) men flere forhold tilsier at de totalt har det beste tilbudet. Ser en på reisekost for seg og muligheter for å legge prosjekteringsmøter til Trondheim, er forskjellene helt marginale.”

(5) Innklagede meddelte klager pr e-post 29. oktober 2003 at tilbudet fra RIVAS AS var vurdert som det økonomisk mest fordelaktige. Dette tilbudet hadde en pris på kr 1.691.000. Følgende begrunnelse ble gitt for innklagedes valg av leverandør:

”De innkomne tilbud er nå vurdert etter kriteriene oppgitt i konkurransegrunnlaget og i samsvar med lov om offentlige anskaffelser.

Etter en samlet vurdering av oppgitte prosjektmedarbeideres spesifikke kompetanse, innen relevant sykehjemsplanlegging, pris, tilgjengelighet og øvrige tildelingskriterier, har vi besluttet at kontrakt vil bli tildelt tilbyder nr 8, RIVAS AS.”

(6) Innen klagefristens utløp ba klager om en nærmere begrunnelse for innklagedes valg av leverandør. Det ble også bedt om en forlengelse av klagefristen. I e-post av 31. oktober utdypet innklagede begrunnelsen for tildelingsbeslutningen:

”Rent prismessig var det marginal forskjell på Deres tilbud og tilbudet fra RIVAS AS, nærmere bestemt 65.400 inkl mva.

Vi har i denne situasjon lagt særlig vekt på tilbydernes produktspesifikke kompetanse og erfaring. RIVAS AS har i sitt tilbud dokumentert mer omfattende kompetanse og relevant erfaring hos de oppgitte medarbeidere knyttet til denne type prosjekter.

Dette gjelder i særlig grad for de medarbeidere som er oppgitt for fagområdet elektro.”

(7) Det er under klagenemndas saksbehandling lagt fram en innstilling datert 20. oktober 2003 fra innklagedes engasjerte rådgiver i anskaffelsesprosessen, arkitekt Stein Hamre, hvor klagers og valgte leverandørs tilbud er bedømt slik:

” Tilbyder nr 8 RIVAS AS

*Meget/særdeles god kompetanse. Skiller seg ut i meget positiv retning med tanke på presentasjon (enkelhet og besvaring av oppgave) og beskrevet plan for gjennomføring. Har de nødvendige kvalifikasjoner, systemer og utstyr.
Samlet pris: Kr 1 691 000, - inkl mva og reiser.*

Tilbyder nr 13 Arcon Prosjekt AS

Har levert kopi av tilbudsbrev

Arcon prosjekt er ført opp som Gruppeleder og RIB i tilbudsskjemaet, i presentasjonen har de presenterte sine ARK-kunnskaper, og i mindre grad presentert RIB-kunnskaper.

RIV og RIE har dokumentert tilfredsstillende kvalifikasjoner

Tilfredsstillende kompetanse fra sykehjemsplanlegging

Samlet pris: Kr 1 625 600,- inkl mva og reiser.”

(8) Av innklagedes interne sammenstillingsrapport følger det at innklagede fant at tildelingskriteriet pris ikke utgjorde mer enn 40-50% av vekten i vurderingen av leverandørene. Klagenemnda har i sin saksbehandling fått opplyst at tilbudene ble bedømt som likeverdige på tildelingskriteriene

"Kapasitet", "Kvalitet", "Tilgjengelighet" og "Service". Uttellingen på kriteriene "Pris" og "Kompetanse" ble følgelig avgjørende for hvilket tilbud som ble ansett å være økonomisk mest fordelaktig. For å synliggjøre differansen i tilbudt prosjektspesifikk kompetanse har innklagede fremlagt et håndskrevet notat. Her ble RIVAS rangert som nummer én med scoren 44, mens klager scoret 14 og ble rangert som nummer tre, mens klager scoret 26 og ble rangert som nummer to.

(9) Klagefristen ble ikke forlenget, og kontrakt mellom innklagede og RIVAS AS ble inngått 5. november 2003.

Klager har i det vesentligste anført:

(10) Innklagede har brutt regelverket for offentlige anskaffelser.

(11) Begrunnelsen som er gitt, angir ikke hvordan tilbudene konkret er vurdert opp mot de enkelte tildelingskriteriene, og det opplyses heller ikke om hvordan kriteriene er vektlagt innbyrdes. Begrunnelsen tilfredsstillter dermed ikke kravene i forskrift om offentlige anskaffelser §10-3.

(12) Klager hadde lavere pris enn valgte leverandør og skulle derfor blitt rangert foran RIVAS AS. Det er ikke riktig at prisforskjellen mellom klager og valgte leverandørs tilbud er marginal.

(13) Tildelingskriteriet "*kompetanse*" er tillagt for stor vekt i vurderingen av hvilket tilbud som ble vurdert som det økonomisk mest fordelaktige. Innklagede hadde ikke anledning til å i ettertid bestemme at prisen ikke kunne utgjøre mer enn 40-50%. Pris må være sentralt i anskaffelsen siden de tre konkurrerende leverandørene innledningsvis ble vurdert som "gode nok".

(14) Vurderingen av tilbudt kompetanse har ikke vært forsvarlig. Klager har tilstrekkelig relevant kompetanse til å gjennomføre oppdraget. Innklagede hadde ikke anledning til å legge vekt på kompetanse ut over det som er nødvendig for å gjennomføre oppdraget. Det aktuelle prosjektet er ikke spesielt komplisert.

(15) En ren summering av hvor mange referanser leverandøren har oppgitt, er ikke egnet til å belyse den tilbudte kompetansen. Matrisen inneholder dessuten flere feil. Innklagede har utelukkende kontaktet valgte leverandørs referanser i vurderingen av kompetansekriteriet.

(16) Konkurranses grunnlaget opplyste om at reisekostnader til og fra innklagede ble iberegnet den tilbudte pris. Innklagede var derfor ikke berettiget til å legge vekt på besparelser ved å holde møter i Trondheim.

Innklagede har i det vesentligste anført:

(17) Innklagede bestrider å ha brutt regelverket for offentlige anskaffelser.

(18) Det var lite som skilte klager og valgte leverandør, men valgte leverandørs tilbud ble funnet å være det økonomisk mest fordelaktige.

(19) Tilbudt kompetanse ble ikke vurdert ensidig på grunnlag av antallet referanser. Under prosjektspesifikk erfaring for de tilbudte medarbeiderne ble type prosjekt og verdi/størrelse/omfang på prosjektene vektlagt.

(20) Fagfolk har stått for vurderingen av tilbudt kompetanse, og vurderingen har vært forsvarlig. Etter at valgte leverandør var blitt rangert høyest på tilbudt kompetanse, tok innklagede kontakt med leverandørens referanser som en kvalitetssikring på valget som var gjort. Kontakten med referansene var derfor uten betydning for det valget som alt var gjort.

(21) Klager hadde lite kompetanse fra sykehjemsplanlegging og fikk derfor

dårligere uttelling på tildelingskriteriet enn hva valgte leverandør fikk. Oppdragsspesifikk kompetanse av ny dato ble ansett sentralt fordi det ble ansett som viktig for innklagede at sykehjemmet var så oppdatert som mulig i forhold til den utvikling som har funnet sted innen fagfeltet. Tilbudt kompetanse ble tillagt stor vekt i vurderingen av hvilket tilbud som var det økonomisk mest fordelaktige.

(22) Vurderingen av prismessige besparelser ved å holde møter i Trondheim ble foretatt etter at innklagede hadde bedømt tilbudet fra RIVAS som det økonomisk mest fordelaktige. Eventuelle besparelser var med uten betydning for bedømmelsen av de konkurrerende tilbudene.

Klagenemndas vurdering:

(23) Klager har deltatt i konkurransen og har saklig klageinteresse, jf forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Anskaffelsen er underlagt del II i forskrift om offentlige anskaffelser, jf § 2-2.

Evalueringen av tilbudt kompetanse

(24) Klagenemnda vil først behandle spørsmålet om tildelingskriteriet "Kompetanse" ble tillagt for stor vekt i vurderingen av hvilket tilbud som var det økonomisk mest fordelaktige. Når innklagede ikke har angitt tildelingskriteriene i prioritert rekkefølge, vil fastsettelsen av tildelingskriterienes relative verdi til en viss grad være overlatt til innklagedes skjønn. Klagenemndas adgang til å prøve innklagedes vektlegging av tildelingskriteriene vil i slike tilfeller begrense seg til om vektleggingen fremstår som uventet, usaklig eller vilkårlig. I en konkurranse som denne, der innsatselementet er betydelig, må leverandørene kunne regne med at også andre forhold enn den tilbudte prisen kan være av stor betydning i valg av tilbud. Klagenemnda kan heller ikke se at innklagedes vektning av tildelingskriteriene fremstår som usaklig eller vilkårlig.

(25) Evalueringen av leverandørens tilbudte kompetanse slik denne er presentert i innstillingen av 20. oktober, virker tilforlatelig. Andre dokumenter som er fremlagt, gjør det imidlertid noe uklart hvordan tildelingskriteriet "Kompetanse" er vurdert. Sammenstillingen av tilbudene og det håndskrevne notatet som ligger til grunn for vurderingen av tildelingskriteriet, kan tyde på at kriteriet er vurdert på grunnlag av en ren summering av leverandørens opplistede relevante referanser, hvor summen også er avhengig av hvor mange personer leverandøren har tatt med i sin presentasjon.

(26) Det foreliggende saksmaterialet gir ikke noe klart svar på hvordan vurderingen av tildelingskriteriet "Kompetanse" er gjennomført. Klagenemnda vil likevel påpeke at dersom tilbudt kompetanse er evaluert ut fra hvor mange referanser som er oppgitt, slik det synes å fremgå av den håndskrevne matrisen og de "oppsummeringsark" som synliggjør differansen mellom tilbyderne på tildelingskriteriet "Kompetanse", fremstår fremgangsmåten som så spesiell at den måtte gis tilkjenne på forhånd. Er tildelingskriteriet bedømt på denne måten, er kriteriet følgelig vurdert i strid med kravet til forutberegnelighet, jf lov om offentlige anskaffelser § 5.

(27) Klagenemnda finner i den fremlagte dokumentasjon ikke grunnlag for å behandle de øvrige anførsler omkring evalueringen av tilbudt kompetanse. Det kan imidlertid bemerkes at innklagede må kritiseres for ikke å ha sørget for en bedre dokumentasjon for å gjøre vurderingen bedre etterprøvable, jf anskaffelsesforskriften § 8-1.

Vurderingen av reisekostnader

(28) I konkurransegrunnlaget ble det opplyst at vurderingen av hvilket tilbud som var det økonomisk mest fordelaktige, blant annet ville skje på grunnlag av tildelingskriteriet "Tilgjengelighet (mulighet for å stille på møter og befaringer i Vågan)". Ved å angi dette tildelingskriteriet forpliktet innklagede seg til å

premiere leverandører som kunne tilby god tilgjengelighet. Fremhevelsen av mulige prisbesparelser ved å holde møter i Trondheim brøt derfor med innklagedes egne forutsetninger for vurderingen, slik disse var gitt tilkjenne gjennom tildelingskriteriene. Slik saken er opplyst for klagenemnda, har det imidlertid ikke vært mulig å avgjøre om prisbesparelsene rent faktisk ble vektlagt i evalueringen av tilbudene.

Krav til begrunnelsens innhold

(29) I følge forskrift om offentlige anskaffelser § 10-3 (2) skal oppdragsgiver ved skriftlig meddelelse om hvem som skal tildeles kontrakt, begrunne valg av tilbud uoppfordret i rimelig tid før kontrakt inngås. Dersom en leverandør skriftlig anmoder om det, skal det i tillegg gis en "nærmere begrunnelse" etter forskriften § 3-8 (4) innen 15 dager fra slik anmodning.

(30) Begrunnelsen etter § 10-3 (2) skal omtale det valgte tilbudets egenskaper. En gjengivelse av tildelingskriteriene sammen med en opplysning om at valget ble foretatt etter en helhetsvurdering, er ingen begrunnelse. Det vises i denne forbindelse til klagenemndas avgjørelse i sak 2003/3.

(31) Det følger av innklagedes nærmere begrunnelse etter § 3-8 (4) at valgte leverandørs tilbudte kompetanse ble utslagsgivende for valg av tilbud, og at forskjellen i tilbudt kompetanse etter innklagedes syn, mer enn utjevnet differansen i pris. Innklagede har videre gitt uttrykk for hvilken kompetanse det er lagt vekt på. Den nærmere begrunnelsen gir imidlertid ingen opplysninger om hvordan tilbudene ble bedømt opp mot andre tildelingskriterier enn "pris" og "kompetanse". Selv om dette nok har sammenheng med at tilbudene ble vurdert som likeverdige på kriteriene, var innklagede forpliktet til også å begrunne denne vurderingen slik at klager fikk anledning til å ta stilling til om det reelt sett kunne være grunn til å skille tilbudene. Innklagedes nærmere begrunnelse var dermed for snau til å sikre en reell klageadgang, og følgelig ikke tilstrekkelig til å tilfredsstillende kravene i forskriften § 3-8 (4).

Konklusjon:

Vågan kommunes dokumentasjon vedrørende evalueringen av tildelingskriteriene er

utilstrekkelig til å gjøre evalueringen etterprøvbart. Dersom tildelingskriteriet "kompetanse" er blitt vurdert alene eller hovedsaklig på grunnlag av antall fremlagte referanser, anses dette å være i strid med kravet til forutberegnelighet, jf lov om offentlige anskaffelser § 5.

Vågan kommune har brutt forskrift om offentlige anskaffelser ved ikke å gi klager tilfredsstillende begrunnelser etter forskrift om offentlige anskaffelser § 10-3 og § 3-8 (4).

For klagenemnda,

20. desember 2004

Bjørg Ven



Forsiden
Nemndsmedlemmer
Saksbehandling
Regelverk
Innkomne saker
Statistikk
Årsrapporter
Dommer
Søk i avgjorte saker
Avgjorte saker:
[2003](#) [2004](#) [2005](#)

Besøksadresse
H. Heyerdalsgate 1
0033 Oslo

Postadresse
Postboks 8132 Dep
0033 Oslo

Tlf.: 22 33 70 10

Faks: 22 33 70 12

E-post:
postmottak@kofa.no

Avgjorte saker

I en åpen anbudskonkurranse for rehabilitering/omtekking av tak, vurderte innklagede leverandørenes kvalifikasjoner samtidig med tilbudsevalueringen i forhold til tildelingskriteriene. Dette brøt med forskriftens § 15-2. Videre ble tildelingskriteriene til dels brukt som minstekrav, i strid med forskriftens § 17-2. Innklagede brøt også forskriftens § 17-3 (2), da det ikke ble gitt begrunnelse sammen med meddelelse om valg av tilbud.

Klagenemndas avgjørelse 20. desember 2004 i sak 2004/24

Klager: Grunnarbeid AS

Innklaget: Trondheim kommune ved Trondheim byggservice KF

Klagenemndas medlemmer: Jens Bugge, Morten Goller, Bjørg Ven

Saken gjelder: Kvalifikasjonskrav. Tilbudsevaluering. Begrunnelse.

Bakgrunn:

(1) Trondheim kommune ved Trondheim byggservice KF (heretter kalt innklagede) kunngjorde 19. november 2003 en åpen anbudskonkurranse for rehabilitering/omtekking av et tak på et sykehjem.

(2) I henhold til konkurransegrunnlaget skulle tilbyderne som dokumentasjon på kvalifikasjonene blant annet legge ved "referanseliste over de relevante oppdrag leverandøren har utført de siste 3 årene, med angivelse av oppdragets verdi, tidspunkt og navn på oppdragsgiverne". Under listen over etterspurt dokumentasjon het det:

"Vi understreker det forhold at entreprenøren skal avvises hvis dokumentasjon og redegjørelser ikke kan sannsynliggjøre at denne er kvalifisert til oppdraget, forskriftens § 8-12/15-12."

(3) I kapittel A.2 "Orientering om prosjektet" het det blant annet følgende:

"A.2.9 Andre forhold av betydning for prosjektet":

Søknad om byggetillatelse:

Arbeidene er ikke søknadspliktige i henhold til plan- og bygningsloven.

Tiltakshaver forutsetter likevel at entreprenørene (evt gjennom underentreprenører for blikkenslagerarbeider) tilfredsstiller følgende godkjenningssområder:

UTF/KUT 210.2: tømmerarbeider og trekonstruksjoner, tiltaksklasse 2

UTF/KUT 231.2: kobber- og blikkenslagerarbeider, tiltaksklasse 2”

(4) Kontrakt skulle tildeles det økonomisk mest fordelaktige tilbudet, vurdert etter kriteriene

”

Leveringssikkerhet

Pris, herunder forbehold og reserverasjoner

Kvalitet”

(5) Tre leverandører innga tilbud, blant dem Grunnarbeid AS (heretter kalt klager) og Heimdal Entreprenør AS. Etter noen mindre korreksjoner var prisen på klagers tilbud kr 1.528.575 eks mva, mens prisen Heimdal Entreprenørs pris var kr 1.565.354.

(6) Innklagede brukte et konsulentfirma til å evaluere tilbudene og utarbeide en innstilling. I innstillingen het det blant annet:

”Vi anbefaler at det inngås kontrakt med anbyder 2 [Heimdal Entreprenør] med følgende begrunnelse:

1 Anbyder 2 har nest laveste anbud, men er 2,4% høyere enn anbyder 1 [klager].

2 Kvalifikasjons-/dokumentasjonskrav er tilfredsstilt for anbyder 2. Angitte referanser er tilfredsstillende for anbyder 2. Referanser er ikke opplyst fra anbyder 1, selv om det er krav om dette i tilbudsgrunnlagets bok A.

3 Tilbyder 2 har sentral godkjenning i tiltakskode UTF 210.2 som forutsatt i tilbudsdocumentenes bok A. Bakgrunnen for dette kravet er at bygget er i pålitelighetsklasse 3, med stor bruddkonsekvens. Det forventes at det må foretas utskifting av råteskadet treverk i bærende takkonstruksjoner.

Tilbyder 1 har godkjenning kun for tiltaksklasse 1 for kode UTF 210. Denne dekker ikke pålitelighetsklasse 3.

4 Tilbyder 2 sin økonomiske situasjon basert på årsregnskap er vurdert som tilfredsstillende."

(7) På bakgrunn av innstillingen besluttet innklagede å inngå kontrakt med Heimdal Entreprenør. Valget ble meddelt leverandørene i brev av 11. desember 2003. Innklagede skrev blant annet:

"I konkurransegrunnlagets bok A, kap A1, pkt 17, er det angitt følgende tildelingskriterier:

Leveringssikkerhet

Pris, herunder forbehold og reserverasjoner

Kvalitet

Ut fra en helhetsvurdering av ovennevnte kriterier innstilles Heimdal Entreprenør AS til kontrakt for arbeidene."

(8) Som svar på klagers forespørsel om en begrunnelse sendte innklagede ved konsulentfirmaet et brev datert 15. desember 2003, der følgende begrunnelse for valg av tilbud ble gitt:

"I tilbudsgrunnlagets kap A1, pkt 17, er det angitt følgende tildelingskriterier:

Leveringssikkerhet

Pris, herunder forbehold og reserverasjoner

Kvalitet

Leveringssikkerhet

Leveringssikkerheten fra Grunnarbeid AS er ut fra tilbudet ansett som tilfredsstillende.

Pris

Grunnarbeid AS var i tilbudskonkurransen laveste tilbyder, 2,4% lavere enn nest laveste anbyder.

Kvalitet

Krav til leverandørens dokumentasjon er gitt i tilbudsgrunnlagets bok A, under kap A1, pkt 8. Det er blant annet stilt krav om dokumenter som skal følge tilbudet, herunder referanseliste over de relevante oppdragene leverandørene har utført de 3 siste årene.

Tilbudet fra Grunnarbeid AS var ikke vedlagt referanseliste.

Videre er det i bok A, kap A.2.9. opplyst at det forutsettes at entreprenøren tilfredsstillende følger følgende godkjenningssområder: UTF/KUT 210.2 og UTF/KUT 231.2.

Godkjenningsbevis for sentral godkjenning var vedlagt tilbudet fra Grunnarbeid AS, og det fremgår at foretaket kun har godkjenning for tiltaksklasse 1 for kode UTF 210. Det er heller ikke dokumentert tidligere lokal godkjenning for tiltakskode UTF/KUT 210.2.

Grunnarbeid AS har gjennom sitt arbeid ikke klart å sannsynliggjøre at krav til kvalitet er tilfredsstillende.

Anførsler:

Klagers anførsler:

(9) Klager anfører at innklagede har brutt regelverket for offentlige anskaffelser.

(10) Innklagede har ikke oppfylt de krav som stilles til innholdet i begrunnelse ved tildeling av anbud, jf § 17-3 og § 3-8. Dette fordi innklagede ikke har gitt en fullstendig forklaring på hvordan alle de ulike kriterier er vektlagt og heller ikke opplyst hvordan Grunnarbeid AS sitt tilbud sto seg i forhold til det tilbud som ble valgt.

(11) Videre anføres at innklagede har tildelt kontrakt til feil leverandør. Hvis oppdragsgiver hadde fulgt regelverket, skulle laveste anbyder, Grunnarbeid AS, ha vært tildelt kontrakten. Dette fordi innklagede i sin begrunnelse ikke har klart å sannsynliggjøre hvilke fordeler ved det valgte tilbudet som kan sies å oppveie ulempen ved den høye prisen.

(12) Dersom klagenemnda kommer til at innklagede har brutt regelverket, anmodes nemnda om å uttale seg om erstatningsspørsmålet.

Innklagedes anførsler:

(13) Innklagede bestrider å ha brutt regelverket for offentlige anskaffelser.

(14) Klager leverte ikke referanseliste over relevante oppdrag fra de siste tre år. Dette skulle medført avvisning, men ble i stedet trukket inn som en del av tilbudsevalueringen. Dessuten oppfylte ikke klager kravet til godkjenningssområder etter plan- og bygningsloven. Klager er godkjent etter en lavere tiltaksklasse enn kravet, og hadde heller ikke dokumentert at foretaket ville kunne få den beskrevne godkjenningen. Disse forholdene til sammen gjorde at tilbudet fra Heimdal Entreprenører ble vurdert som det økonomisk mest fordelaktige.

Klagenemndas vurdering:

(15) Klager har deltatt i konkurransen og har saklig klageinteresse, jf forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Anskaffelsen følger etter sin verdi del III i forskrift om offentlige anskaffelser, jf § 2-2.

(16) I en konkurranse skal oppdragsgiver først vurdere om leverandørene er kvalifisert for oppdraget, i henhold til de oppgitte kvalifikasjonskrav, jf forskriftens § 12-5. I henhold til § 15-12 (1) bokstav a) skal de leverandørene oppdragsgiver ikke finner kvalifisert avvises.

(17) Oppdragsgiver skal så evaluere tilbudene fra leverandørene som ikke er avvist, jf § 15-2. Evalueringen skal skje i henhold til de oppgitte tildelingskriteriene, jf § 17-2.

(18) Av anbudsprotokoll og begrunnelse for valg av tilbud fremgår det at innklagede har sammenblandet kvalifikasjonsvurderingen og tilbudsevalueringen, slik at leverandørens pris er blitt veid opp mot det forhold at klager ikke hadde levert referanseliste og ikke var godkjent for tiltaksklasse 2. Dette er i strid med forskriftens § 15-2.

(19) Videre er evalueringen av kriteriene kvalitet og leveringssikkerhet ikke kommentert ut over begrunnelsen som ble gitt i brev av 15. desember 2003. Brevet tyder på at tilbudsevalueringen er foretatt i strid med forskriftens § 17-2, ved at kriteriet leveringssikkerhet synes å ha vært betraktet som et minstevilkår og ved at kriteriet kvalitet bare synes å være blitt vurdert opp mot kvalifikasjonskravene.

(20) Klagenemnda har ikke grunnlag for å ta stilling til om klageren skulle ha vært avvist på grunn av manglende oppfyllelse av kvalifikasjonskravene, et spørsmål som partene er uenige om. En referanseliste er bare dokumentasjon på kvalifikasjoner. Videre vil klagenemnda peke på at kravet om godkjenning for en bestemt tiltaksklasse vanligvis må betraktes som et kontraktsvilkår som ikke behøver være oppfylt på tilbudstidspunktet, men først ved utførelsen av arbeidet.

(21) Klagenemnda har etter dette heller ikke grunnlag til å ta stilling til spørsmålet om klager har krav på erstatning.

(22) Etter § 17-3 (2) skal meddelelse om valg av tilbud inneholde en begrunnelse for valget. En gjengivelse av tildelingskriteriene sammen med en opplysning om at valget ble foretatt etter en helhetsvurdering, er ingen begrunnelse. Det vises i denne forbindelse til klagenemndas avgjørelse i sak 2003/3. Begrunnelsen som ble gitt i brev av 15. desember 2003, tilfredsstillende derimot for så vidt kravene til nærmere begrunnelse etter § 3-8 (4).

Konklusjon:

Trondheim kommune ved Trondheim Byggservice KF har brutt forskrift om offentlige anskaffelser § 15-2, da vurderingen av leverandørens kvalifikasjoner og evalueringen av tilbudene ikke ble holdt fra hverandre.

Trondheim kommune ved Trondheim Byggservice KF har brutt forskrift om offentlige anskaffelser § 17-2 ved at tildelingskriteriene til dels er betraktet som minstekrav og til dels er holdt opp mot leverandørens kvalifikasjoner.

Trondheim kommune ved Trondheim Byggservice KF har brutt forskrift om offentlige anskaffelser § 17-3 (2), da det ikke ble gitt begrunnelse sammen med meddelelse om valg av tilbud.

For klagenemnda,

20. desember 2004

Jens Bugge



Forsiden
Nemndsmedlemmer
Saksbehandling
Regelverk
Innkomne saker
Statistikk
Årsrapporter
Dommer
Søk i avgjorte saker
Avgjorte saker:
[2003](#) [2004](#) [2005](#)

Besøksadresse
H. Heyerdalsgate 1
0033 Oslo

Postadresse
Postboks 8132 Dep
0033 Oslo

Tlf.: 22 33 70 10

Faks: 22 33 70 12

E-post:

postmottak@kofa.no

Avgjorte saker

Konkurransgrunnlaget fastslo at valutaklausuler i tilbudene ikke ville bli godtatt. Klagers tilbud hadde en utforming som kunne skape tvil om det var tatt et slikt forbehold. Uklarheten, som delvis var skapt av konkurransgrunnlagets utforming, medførte en plikt for innklagede til å få spørsmålet avklart, jf forskriftens § 9-1 og lovens § 5(1).

Klagenemndas avgjørelse 20. desember 2004 i sak 2004/279

Klager: Leverandørforeningen for Helsesektoren

Innklaget: Ullevål Universitetssykehus HF

Klagenemndas medlemmer: Jens Bugge, Svein Dahl, Bjørg Ven

Saken gjelder: Avvisning. Plikt til avklaring av tilbud.

Sakens bakgrunn:

(1) Ullevål universitetssykehus (heretter kalt innklagede) kunngjorde 25. august 2004 en åpen anbudskonkurranse om kjøp av pasientovervåkningsutstyr. Konkurransen gjaldt en rammeavtale med 2-års varighet, med opsjon på forlengelse 1+1 år.

(2) I konkurransgrunnlaget sto det blant annet følgende:

" 8 generelle krav

(...) Det skal brukes AKS 2003 ved tilbudsrunder, og vi ber tilbyderne fylle ut dette. (...)

11 prisfastsettelse

(...)Prisen skal være fast. Valutaklausuler vil ikke godtas. Tilbud som inneholder valutaklausuler vil ikke bli vurdert og dermed avvist.

12 prisutvikling i avtaleperioden

Prisene i tilbudet **skal være faste i hele avtaleperioden** (maksimalpriser).

Dersom Leverandøren etter utløp av avtaleperioden finner det nødvendig å øke sine priser skal dette meddeles Oppdragsgiver ved saksbehandler (...) pr brev

60 dager på forhånd. Årsaken(e) til en eventuell prisøkning skal skriftlig dokumenteres av Leverandøren, og godkjennes av Oppdragsgiver ved saksbehandler (...) før nye priser kan gjøres gjeldende. En eventuell prisendring gir Oppdragsgiver rett til å si opp kontrakten med 30 dagers varsel.

13 utforming av tilbudet

Tilbudet skal leveres i A4-format, innsatt i ringperm med innholdsfortegnelse, inndelt i vedlegg som beskrevet nedenfor. Dokumentene skal komme i samme rekkefølge som beskrevet nedenfor. Vi ber om at AKS 2003 benyttes.

Tilbudet skal leveres på norsk i 2 eksemplarer. I tillegg ønskes tilbudet levert på cd/diskett. Ved uoverensstemmelse mellom det skriftlige og det elektroniske tilbudet, skal det skriftlige tilbudet gjelde.

1. Tilbudsbrev med:

Tilbudsbrevet skal være datert og underskrevet av en person med fullmakt. Tilbudsbrevet skal inneholde en beskrivelse av eventuelle forbehold med prismessige konsekvenser. Det er ikke tillatt å ta forbehold som angår grunnleggende sider ved tilbudet.

2. (...)"

(3) AKS 2003-skjemaet inneholdt flere rubrikker, herunder to rubrikker som lød slik:

"valuta

Tilbudet er basert på følgende kursbasis: =NOK. Valutaavhengig del er% av tilbudssummen."

"betalingsbetingelser

ingen avvik

Avvik fra betalingsbetingelsene er gitt i vedlegg nr...."

I AKS 2003s standardbetingelser punkt 3 sto det blant annet dette:

"3. kjøpesum

(...) Hver av partene skal imidlertid kreve prisregulering hvis det før avtalt leveringstidspunkt skjer endringer i:

- Forsikringspremier
- Valutakurser
- Toll og andre avgifter

Slike endringer skal dokumenteres ved importdato. Forhold som samlet fører til endringer mindre enn +/- 5 % i kjøpesummen, gir ikke grunnlag for prisregulering. (...)"

(4) I alt 18 leverandører ba om å få tilsendt konkurransegrunnlag, og seks av disse leverte inn tilbud, herunder Diacor AS (heretter kalt Diacor).

(5) Diacors tilbud besto av et tilbudsbrev bestående av en side, samt

utfylt AKS 2003. I tilbudsbrevet sto det blant annet:

"Totalpris på tilbudt er kr 11.702.551,- eks mva, inkludert installasjon og opplæring av brukere og medisinsk teknisk ingeniør."

(6) AKS-skjemaet var utfylt slik at rubrikken om valuta lød slik:

"Tilbudet er basert på følgende kursbasis: 100 CHF = 528,92NOK. Valutaavhengig del er 80 % av tilbudssummen."

(7) I rubrikken for betalingsbetingelser ble det krysset av på "ingen avvik".

(8) Ingen av de andre leverandørene tallfestet noe i rubrikken om valutaavhengig del. Rubrikken ble av disse enten fylt ut med "0" eller den ble satt åpen.

(9) Innklagede tolket Diacors angivelse av valutaavhengig del i AKS-skjemaet som et forbehold i strid med konkurransegrunnlaget, og avviste klagers tilbud. Dette ble formidlet Diacor i e-post datert 19. oktober 2004.

(10) Den 21. oktober påklaget Diacor avvisningen. Samme dag sendte innklagede et brev til Diacor med en nærmere begrunnelse for avvisningen. Den 22. oktober sendte Leverandørforeningen for Helsesektoren (heretter kalt klager) en ny klage på vegne av Diacor. Den 1. november opprettholdt innklagede sin avvisning. I brev datert 18. november ble saken brakt inn for klagenemnda.

Klager har i det vesentlige anført:

(11) Det er forskriftens del II som regulerer anskaffelsen, ikke del III som angitt i konkurransegrunnlaget.

(12) Diacor har ikke gitt et tilbud med valutaforbehold, slik Ullevål hevder. Vilkårene for avvisning i forskriften § 8-10 (2) b) er ikke oppfylt. Siden konkurransegrunnlaget krevde at leverandørene fylte ut AKS 2003-skjemaet, inklusive opplysninger om valuta, er tilbudet fra Diacor oppgitt som forutsatt i konkurransegrunnlaget. En lojal oppfølging av konkurransegrunnlagets ordlyd kan ikke føre til at leverandørens svar tolkes som et valutaforbehold.

(13) Valutaopplysningene i skjemaet AKS 2003 er en angivelse av hvordan den faste tilbudsprisen i norske kroner har fremkommet ved omregning fra valuta. Dette er uttrykk for status pr tilbudsdagen, og kan ikke tolkes som et forbehold om at endringer i kursen skal føre til endringer også i tilbudsprisen.

(14) Det fremgår av konkurransegrunnlagets punkt 12 at dersom leverandøren etter utløp av avtaleperioden finner det nødvendig å øke prisen, skal en eventuell prisøkning dokumenteres av leverandøren. Ved å opplyse om kursbasisen har Diacor gjort det mulig å dokumentere prisøkninger dersom rammeavtalen prolongeres.

(15) Det er ikke avgjørende at Diacor krysset av på "ingen avvik" . Standardbetingelsene i AKS 2003 står tilbake for de spesielle reglene som gjelder i denne konkurransen. Dette følger både av alminnelige tolkningsprinsipper og av standardbetingelsene punkt 0. De spesielle reglene for denne anbudskonkurransen tilsier at det ikke skal benyttes valutaforbehold. Når slikt forbehold ikke er tatt i tilbudsbrevet, taler det for at valutaforbehold faktisk ikke er tatt.

(16) Alminnelige tolkningsregler må føre til en presumpsjon for at tilbudet ikke inneholder valutaforbehold. Når konkurransegrunnlaget så klart sier at

valutaforbehold er direkte avvisningsgrunn, vil det ha formodningen mot seg at en leverandør tar et slikt forbehold.

(17) I den grad opplysningene om valuta skaper usikkerhet, er dette en usikkerhet som er skapt av innklagede ved å stille krav til bruk av skjema AKS 2003, uten å meddele at deler av skjemaet ikke skulle fylles ut. En uklarhet som følge av dette, kan ikke gå ut over leverandøren. Dette ville stride mot prinsippene om forutberegnelighet og gjennomsiktighet i lovens § 5.

(18) Forhandlingsforbudet i forskriftens § 9-1 kan ikke favne så vidt at det forhindrer innklagede å ta en telefon til Diacor og få bekreftet at totalprisen ikke inneholder valutaforbehold. Dersom bestemmelsen tolkes så vidt, vil det kunne innfortolkes tvil i de fleste tilbud. Dette vil komme i strid med det grunnleggende prinsippet om forutberegnelighet.

(19) Dersom innklagede antok at opplysningene var et valutaforbehold, pliktet de å rette åpenbare feil når det er utvilsomt hvordan feilen skal rettes.

(20) Ettersom tilbudet fra Diacor ikke inneholdt noe valutaforbehold, foreligger det ikke avvik fra konkurransegrunnlaget.

Innklagede har i det vesentlige anført:

(21) Innklagede bestrider å ha brutt regelverket om offentlige anskaffelser.

(22) Anskaffelsen er korrekt gjennomført etter forskriftens del II, til tross for at det ved en feil sto i konkurransegrunnlaget at det var del III som kom til anvendelse. Feilen har ikke hatt noen betydning i saken.

(23) Det er mulig at forskriftens § 8-10 (2) b) ikke er rett hjemmel for avvisningen. Imidlertid pliktet innklagede å avvise tilbudet.

(24) Det står ingenting i konkurransegrunnlaget om at leverandøren skal fylle ut alle rubrikkene i AKS 2003-skjemaet. Klager har da heller ikke selv fylt ut alle deler av skjemaet. Ved all bruk av standard-skjemaer er det normalt å anta at vanlig praksis er å fylle ut de rubrikker som er relevante, uten at oppdragsgiver av den grunn er nødt til å presisere dette spesielt i konkurransegrunnlaget. Manglende presisering av dette, medfører ikke brudd på prinsippene om forutberegnelighet og gjennomsiktighet. AKS er velkjent i bransjen, og ingen andre leverandører anga valutaavhengig del.

(25) I skjemaet har klager i feltet "avvik fra standardbetingelsene" krysset av på "ingen avvik" under rubrikken "betalingsbetingelser". I standardbetingelsene er det nettopp åpnet for regulering av prisen grunnet endring på over +/- 5 % i kjøpesummen. Det forhold at standardbetingelsene gir leverandøren rett til å kreve valutaendring og Diacor i sitt tilbud angir at 80 % av tilbudssummen er valutaavhengig, taler for at utfyllingen av AKS-skjemaet må tolkes som et valutaforbehold.

(26) Konkurransegrunnlagets pkt 13 angir at tilbudsbrevet skal inneholde en beskrivelse av forbehold med prismessige konsekvenser. Diacor har ikke har nevnt noe om forbehold i tilbudsbrevet, med andre ord er det ikke angitt noe eksplisitt hvorvidt forbehold er tatt eller ei. For innklagede fremstår det ikke som opplagt at Diacors bruk av betegnelsen "totalpris" skulle bety at det ikke er tatt valutaforbehold.

(27) Valutaforbeholdet medfører tvil om hvordan Diacors tilbud skal bedømmes i forhold til de øvrige tilbudene. Dersom Diacor ikke har ment å ta et slikt forbehold, har utfyllingen av rubrikken om valutaavhengig del sammenholdt med manglende angivelse av forbehold i tilbudsbrevet skapt en uklarhet i tilbudet som må vurderes på samme måte. Det må være leverandøren som har

risikoen for korrekt utfylling av tilbudet. Tilbudet skulle derfor avvises, jf forskriften § 8-10 (1) d).

(28) Også forskriftens § 8-10 (1) c kunne eventuelt vært nevnt i begrunnelsen for avvisningen, fordi valutaforbeholdet må være å anse som et avvik fra konkurransegrunnlaget i strid med § 8-6.

(29) Innklagede bestrider at de pliktet å avklare en eventuell tvil med Diacor. En slik avklaring ville blitt regnet som en ulovlig endring av tilbudet.

Klagenemndas vurdering:

(30) Klager har deltatt i konkurransen, og har saklig klageinteresse, jf forskrift om klagenemnd om offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Klagenemnda legger til grunn at det er forskrift om offentlige anskaffelser del II som regulerer anskaffelsen.

(31) Klagenemnda tar ikke standpunkt til om klagers tilbud må forstås slik at det inneholdt en valutaklausul i strid med konkurransegrunnlagets punkt 11. Dette fremstår som et rent tolkningsspørsmål.

(32) En avklaring om hvilken forståelse som skal legges til grunn ville her avgjøre om tilbudet overhodet skulle tas i betraktning. Forskriftens § 9-1 (1) forbyr forhandlinger, men gir adgang til avklaring når dette viser seg nødvendig for å få klarlagt uklarheter i tilbudene. Likhetsprinsippet kan tilsa at det i bestemte situasjoner kan foreligge en plikt til å foreta avklaringer.

(33) I dette tilfellet er det etter klagenemndas vurdering skapt en uklarhet ved at konkurransegrunnlaget utelukker valutaklausuler, samtidig som dokumentet AKS 2003, som leverandørene var pålagt å benytte, inneholdt de nevnte rubrikker om valuta/kursbasis og valutaavhengig del av tilbudssummen. Denne uklarheten måtte tilsa at innklagede tok kontakt med klager for å få avklart om et valutaforbehold virkelig var tilsiktet.

(34) Her gjaldt uklarheten ikke et forhold som ville påvirke bedømmelsen av klagers tilbud i forhold til de øvrige tilbudene, men utelukkende om tilbudet skulle avvises eller ikke. Innklagede hadde således ingen plikt til å avvise Diacors tilbud med hjemmel i forskriftens § 8-10 (1) d), men hadde derimot etter klagenemndas mening en plikt til å avklare forholdet. Dette følger av kravet til likebehandling og god forretningsskikk, jf lov om offentlige anskaffelser § 5.

Konklusjon:

Ullevål universitetssykehus HF har brutt kravet til likebehandling og god forretningsskikk i lov om offentlige anskaffelser § 5 ved ikke å benytte adgangen til å få avklart om klagers tilbud inneholdt et valutaforbehold.

For klagenemnda, Oslo 20. desember 2004

Svein Dahl



Forsiden
Nemndsmedlemmer
Saksbehandling
Regelverk
Innkomne saker
Statistikk
Årsrapporter
Dommer
Søk i avgjorte saker

Avgjorte saker:

[2003](#) [2004](#) [2005](#)

Besøksadresse

H. Heyerdalsgate 1
0033 Oslo

Postadresse

Postboks 8132 Dep
0033 Oslo

Tlf.: 22 33 70 10

Faks: 22 33 70 12

E-post:

postmottak@kofa.no

Avgjorte saker

Nordland fylkeskommune gjennomførte en anbudskonkurranse for glass og glassarbeid. Innklagede hadde ingen notater fra evalueringsprosessen, og det var heller ikke ført anbudsprotokoll. Dette brøt med kravet til etterprøvbarehet. På bakgrunn av begrunnelsen kom klagenemnda til at evalueringen ikke var i samsvar med § 10-2. Videre hadde innklagede hentet inn uttalelser fra referanser muntlig, i strid med prinsippet om gjennomsiktighet og etterprøvbarehet. Det var heller ikke gitt begrunnelse sammen med meddelelsen om valg av tilbud.

Klagenemndas avgjørelse 6. desember 2004 i sak 2004/5

Klager: Franzen Glass-service As

Innklaget: Nordland fylkeskommune

Klagenemndas medlemmer: Per Christiansen, Kai Krüger, Bjørg Ven

Saken gjelder: Evaluering av tilbud. Gjennomsiktighet og etterprøvbarehet. Begrunnelse.

Bakgrunn:

(1) Nordland fylkeskommune (heretter kalt innklagede) kunngjorde 14. februar 2003 en begrenset anbudskonkurranse for kjøp av tekniske produkter. Anskaffelsen var en rammeavtale på tre år, med mulighet for ett års forlengelse.

(2) I henhold til konkurransegrunnlaget var én av de etterspurte produktgruppene bygningsglass/ glassmesterarbeid. Tilbud kunne gis på hele eller deler av fylket og på ett eller flere produktområder.

(3) Tildelingskriteriene var, i uprioritert rekefølge:

”

Pris, herunder drifts- og servicekostnader

Sortiment

*Kvalitet**Miljø [...]"*

(4) To leverandører innga tilbud på glass og glassarbeider i området ytre Salten. Disse var Franzen Glass-service AS (heretter kalt klager) og Bodø Glass og Ramme.

(5) Innklagede nedsatte en brukergruppe som utarbeidet en innstilling til innkjøpsavdelingen. Ved tilbudsevalueringen innhentet brukergruppen uttalelser fra tidligere oppdragsgivere. Resultatet av evalueringen var at Bodø Glass og Ramme ble innstilt til den aktuelle kontrakten. Innstillingen ble var ikke begrunnet.

(6) I brev av 4. september 2003 ble leverandørene meddelt resultatet av konkurransen. Bodø Glass og Ramme ble valgt som leverandør av bygningsglass i ytre Salten. Innklagede skrev:

"Avgjørelsen er gjort ut fra en helhetlig vurdering av de innkomne tilbud angående følgende kriterier:

Pris, herunder drifts- og servicekostnader

Sortiment

Kvalitet

Miljø"

(7) Etter meddelelsen om valg av tilbud, hadde klager og innklagede et møte for å gjennomgå tilbudene. I møtet kom det frem at klagers tilbud var rundt 15% rimeligere enn tilbudet fra Bodø Glass og Ramme, men at sistnevnte ble valgt på grunn av at noen tidligere oppdragsgivere hadde vært misfornøyde med klager.

(8) Det ble senere utarbeidet et notat fra ett av medlemmene i brukergruppen til innkjøpsavdelingen. I notatet ble det forklart hvorfor brukergruppen hadde innstilt Bodø Glass og Ramme. Det het blant annet:

"Ved kontakt med de videregående skolene i ytre Salten fikk jeg entydige tilbakemeldinger om at de ikke ønsket Franzen glass som leverandør i en ny periode. Dette går i hovedsak på punktlighet og pris. Når det gjelder pris både på produkt og tjeneste har det ingen hensikt å gi en lav pris i et tilbud til fylket generelt, når sluttregningen blir høyere enn den naturlig burde være. Den samme tilbakemeldingen fikk vi også fra Nordlandssykehuset, som er den største bruker av glasstjenester.

Dette er også min erfaring med firmaet Franzen glass.

På denne bakgrunn og under hensyntaken til de kriterier som var satt opp i konkurransegrunnlaget, spesielt pris m.m. og kvalitet anbefalte brukergruppen enstemmig å inngå kontrakt med nest-dyreste tilbyder Bodø Glass og Ramme."

Anførsler:

Klagers anførsler:

(9) Klager anfører at innklagede har brutt regelverket for offentlige anskaffelser.

(10) Det er ikke ført anskaffelsesprotokoll, og innklagede har heller ikke gitt noen konkret begrunnelse for hvorfor tilbudet ikke ble valgt. Videre har ikke innklagede valgt det økonomisk mest fordelaktige tilbudet.

Innklagedes anførsler:

(11) Innklagede bestrider å ha brutt regelverket for offentlige anskaffelser.

(12) Brukergruppens innstilling er basert på kriteriene i konkurransegrunnlaget.

Klagenemndas vurdering:

(13) Klager har deltatt i konkurransen og har saklig klageinteresse, jf forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Anskaffelsen følger etter sin verdi del II i forskrift om offentlige anskaffelser.

(14) Klagenemnda kan ikke se at verken protokoll fra prekvalifiseringen, protokoll fra anbudsåpningen eller referatet fra møtet i teknisk gruppe den 13. august tilfredsstillende kravene til føring av anskaffelsesprotokoll. Når innklagede ikke har ført protokoll, er dette i strid med forskriftens § 8-1. Det er heller ikke opprettet interne evalueringsdokumenter som viser hvilke forhold som ble vektlagt og hvordan leverandørene ble vurdert opp mot hverandre. Når anskaffelsesmyndigheten forbigår laveste anbyder, som i dette tilfellet, er det viktig at det fremkommer en etterprøvbare begrunnelse som ut fra de kunngjorte tildelingskriterier også ivaretar kravet til likhet forutberegnelighet og etterprøvbarhet. Forklaringen som er gitt i ettertid tyder på at tilbudene verken ble vurdert med hensyn til sortiment eller miljø.

(15) Referanser og dokumentasjon vedrørende tidligere oppdrag for anskaffelsesmyndigheten eller annen oppdragsgiver vil etter omstendighetene kunne vektlegges som ledd i vurdering av økonomisk mest fordelaktig tilbud der tjenesteelementet i oppdraget er fremtredende og derfor relevant for vurderingen etter forskriftens § 10-2. Men skal slik dokumentasjon vektlegges ved kontraktstildeling, må det kreves at uttalelse fra referanser skjer skriftlig og slik at oppdragsgivers egen evaluering dokumenteres på samme måte og på lik linje både med tidligere oppdragsgiveres evaluering og konkurrerende leverandørers referanser. Forutsetningen er at saksbehandlingen for fremskaffelse av slik dokumentasjon er betryggende og at prinsippet om likebehandling av tilbyderne ivaretas. Formløse henvendelser til referansepersoner tilfredsstillende ikke slike krav, jf fra tidligere nemndspraksis sak 2004/243 premissene 35 og 36. På bakgrunn av de nevnte forhold finner klagenemnda at saksbehandlingen og evalueringen av tilbudene ikke har vært i samsvar med forskriftens § 10-2 (2) og at innklagede har brutt kravet til etterprøvbarhet i lovens § 5. Klagenemnda har fått tilsendt én skriftlig uttalelse, men denne er datert etter at valg av tilbud ble gjort.

(16) Nordland fylkeskommune har heller ikke oppfylt kravet til at uttalelser fra referanser skal innhentes skriftlig, jf kravet til gjennomsiktighet og etterprøvbarhet. Det vises i denne forbindelse til klagenemndas avgjørelser i sakene 2004/243 og 2003/11. Riktignok har klagenemnda fått tilsendt én skriftlig uttalelse, men denne er datert etter at valg av tilbud ble gjort.

(17) Når det i meddelelsen om valg av tilbud bare ble henvist til tildelingskriteriene, oppfyller dette åpenbart ikke kravet til begrunnelse i § 10-3 (2), jf klagenemndas avgjørelse i sak 2003/3.

Konklusjon:

Nordland fylkeskommune har brutt forskrift om offentlige anskaffelser § 10-2 (2), da ikke alle tildelingskriteriene ble vurdert ved tilbudsevalueringen.

Nordland fylkeskommune har brutt kravet til etterprøvnbarhet i lov om offentlige anskaffelser § 5, da det ikke finnes notater fra evalueringen.

Nordland fylkeskommune har brutt forskrift om offentlige anskaffelser § 8-1, da det ikke ble ført anskaffelsesprotokoll.

Nordland fylkeskommune har brutt forskrift om offentlige anskaffelser § 10-3 (2), da det ikke ble gitt begrunnelse sammen med meddelelse om valg av tilbud.

For klagenemnda,

6. desember 2004

Björg Ven



Forsiden
Nemndsmedlemmer
Saksbehandling
Regelverk
Innkommne saker
Statistikk
Årsrapporter
Dommer
Søk i avgjorte saker

Avgjorte saker:

[2003](#) [2004](#) [2005](#)

Besøksadresse

H. Heyerdalsgate 1
0033 Oslo

Postadresse

Postboks 8132 Dep
0033 Oslo

Tlf.: 22 33 70 10

Faks: 22 33 70 12

E-post:

postmottak@kofa.no

Avgjorte saker

Selbu kommune arrangerte plan- og designkonkurranse i forbindelse med om- og utbygging av Mebond skole. En evalueringskomité bestående av seks personer bedømte tilbudene i konkurransen. Ett av komiteens medlemmer var arkitekt. Klagenemnda kom til at innklagede hadde brutt forskrift om offentlige anskaffelser § 18-1 (8), siden evalueringskomiteen ikke hadde de nødvendige yrkesmessige kvalifikasjoner.

Klagenemndas avgjørelse 6. desember 2004 i sak 2004/150

Klager: Lunde og Løvseth arkitekter AS

Innklagede: Selbu kommune

Klagenemndas medlemmer: Kai Krüger, Bjørg Ven, Per Christiansen

Saken gjelder: Gjennomføring av plan- og designkonkurranse

Sakens bakgrunn:

(1) Selbu kommune (heretter kalt innklagede) kunngjorde 13. november 2003 en begrenset anbudskonkurranse med følgende betegnelse: *"Arkitekt, begrenset plan- og designkonkurranse – Mebond skole"*.

(2) Det ble også informert om konkurransen i en av de lokale avisene. Under overskriften *"Arkitekter – invitasjon til begrenset plan- og designkonkurranse om forslag til om- og utbygging av Mobond skole, Selbu kommune"* ble interesserte *"arkitektfirmaer/-grupperinger"* invitert til å delta.

(3) Av konkurransegrunnlaget, beskrevet som *"Premisser ved engasjement av arkitekter for plan- og designkonkurranse"*, fremgikk det at prosjektbesvarelsene ville bli evaluert av en evalueringskomité med representanter fra prosjektgruppen, 1-2 personer med eksternt arkitektfaglig kompetanse og en prosjektleder. Klagenemnda har i sin saksbehandling fått opplyst at denne evalueringsgruppen besto av seks medlemmer hvorav én arkitekt. Ytterligere en arkitekt deltok i den arkitektfaglige vurderingen, men var ikke med som komitémedlem.

(4) Tre leverandører deltok i konkurransen, deriblant Lunde og Løvseth arkitekter AS (heretter kalt klager). Etter innlevering av tilbud, men før tilbudene var evaluert, tok klager kontakt med innklagede og påpekte at det var viktig med

en faglig oppegående og profesjonell jury. Det ble stilt spørsmål ved hvordan juryen var sammensatt og hvilke arkitekter som var oppnevnt i juryen. I e-post av 4. mars 2004 forsikret innklagede klager om at valget ville bli foretatt på en måte som sikret faglig profesjonalitet, og redegjorde for sammensetningen av den gruppen som skulle avgi innstilling til plankomiteen. Denne gruppen besto av seks personer hvorav én var arkitekt.

(5) I brev av 6. mai 2004 meddelte innklagede at tilbudet fra HSØ Arkitektkontor AS ble plukket ut som vinner i konkurransen. Evalueringskomitéens innstilling var innarbeidet i meddelelsen, og denne opplyser at:

"Byggherren har framført et klart prioritert valg. Evalueringen er gjennomført med revisjon fra 2 arkitekter fra PTL".

(6) Klager klaget på innklagedes beslutning, og anførte blant annet at evalueringskomitéen ikke var sammensatt slik forskrift om offentlige anskaffelser § 18-1 (8) foreskriver. Klagen ble ikke tatt til følge.

(7) Kontrakt ble inngått 8. juli 2004.

Klager har i det vesentligste anført:

(8) Innklagede har brutt regelverket for offentlige anskaffelser.

(9) Arten av leveransen tilsier at leverandørene i konkurransen måtte være arkitekter. Dette følger også direkte av konkurransegrunnlaget som oppgir *"Premisser ved engasjement av arkitekter for plan- og designkonkurranse"*. Innklagede har brutt forskrift om offentlige anskaffelser § 18-1 (8) som krever at minst en tredel av juryen skal være arkitekter. Av seks medlemmer var det kun én arkitekt. Den andre arkitekten har foretatt en revisjon, og ikke vært medlem av komiteen.

(10) Når invitasjonen trykket i lokalavisa oppfordrer *"arkitektfirmaer/-grupperinger"* til å delta, kan ikke dette bety annet enn at flere arkitekter eller arkitektfirmaer kan gå sammen om å levere tilbud. Konkurransen rettet seg følgelig ikke mot andre profesjoner. Innklagede bekreftet denne forståelsen pr telefon før tilbudsfristen.

(11) Det å foreta den helhetlige vurderingen som lå til grunn for prosjektforslaget og som også involverte andre fagområder enn det rent arkitektoniske, er en del av den faglige utfordringen i forbindelse med slike idékonkurranser. Arkitekten har anledning til å benytte underleverandører med annen yrkeskompetanse, men dette endrer ikke kravet til juryens sammensetning.

(12) Begrepet *"tilsvarende"* i § 18-1 (8) innebærer ikke at arkitektkvalifikasjoner kan erstattes med kvalifikasjoner for skolerådgivning og kompetanse om byggeprosjekter slik innklagede hevder. Det er selvfølgelig ikke noe i veien for at juryens øvrige medlemmer innehar denne kompetansen. Innklagedes forståelse av bestemmelsen innebærer i realiteten at innklagede står fritt til å bestemme juryens sammensetning.

(13) Juryen har foretatt flere vurderinger som ikke kan forsvares fra et arkitektfaglig ståsted. De faglige feilvurderingene har ført til at det beste utkastet ikke ble valgt.

(14) Det at klager har akseptert konkurransegrunnlaget, kan ikke reparere innklagedes brudd på forskriftsbestemmelsene. Konkurransegrunnlaget inneholdt heller ikke klare opplysninger med tanke på juryens sammensetning.

(15) Klager krever erstatning for den negative kontraktsinteresse. Det er klart at klager ikke ville deltatt i konkurransen under de gitte forutsetningene, og klager ønsker å få dekket utgiftene i forbindelse med deltakelsen i konkurransen.

Innklagede er i det vesentligste anført:

(16) Innklagede bestrider å ha brutt regelverket for offentlige anskaffelser.

(17) Det følger av kunngjøringen at arkitektfirmaer/-grupperinger ble invitert til deltakelse. Det er følgelig ikke bare arkitekter som ble invitert til deltakelse. Innklagede bestrider å ha gitt uttrykk for en annen forståelse.

(18) Arkitektur er kun ett av forholdene som skal vurderes i planleggingen av en ny skole. I programutredningen for prosjektet, vedlagt konkurransegrunnlaget, ble det opplyst at det var flere forhold enn de rent arkitektfaglige som ville bli vurdert. Vedlegget presenterer også komiteen som var satt til å vurdere de innkomne prosjektbesvarelsene. Under enhver omstendighet må klager ha akseptert komiteens sammensetning ved sin deltakelse i konkurransen.

(19) Innklagede bestrider at klager har krav på erstatning for den negative kontraktsinteresse. Ansvargrunnlag foreligger ikke, og klager har ikke hatt noe erstatningsrettslig vernet økonomisk tap siden klager fikk kr 60.000 i honorar for deltakelsen i konkurransen.

Klagenemndas vurdering:

(20) Klager har deltatt i konkurransen og har saklig klageinteresse, jf forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Anskaffelsen er plan- og designkonkurranse og følger forskriftens Del IV.

(21) Forskrift om offentlige anskaffelser § 18-1 (8) gir følgende bestemmelse om sammensetningen av juryen i plan- og designkonkurranser:

"Juryen skal utelukkende bestå av fysiske personer som er uavhengige av konkurransedeltakerne. Dersom en særskilt yrkesmessig kvalifikasjon kreves for å delta i designkonkurransen, skal minst en tredel av juryen være i besittelse av samme eller tilsvarende kvalifikasjon."

(22) Vurderingen av om særskilte kvalifikasjoner ble krevd for deltakelse i konkurransen, må foretas på grunnlag av forutsetningene for konkurransen slik disse ble fastlagt i kunngjøringen og konkurransegrunnlaget. Kunngjøringen inviterte arkitekter til den begrensede plan- og designkonkurransen, og konkurransegrunnlaget la premissene for engasjement av arkitekter til denne konkurransen. Slik klagenemnda ser det, ble det dermed forutsatt at konkurransen var utlyst for arkitekter.

(23) Det følger av forskrift om offentlige anskaffelser § 18-1 (8) at minst en tredel av juryen må være fysiske personer med samme eller tilsvarende kvalifikasjoner som gjeldende for konkurransedeltakerne, altså i dette tilfellet arkitektkvalifikasjoner. I evalueringskomiteen var kun ett av seks medlemmer arkitekt, og ingen av de øvrige medlemmene kan sies å inneha tilsvarende kvalifikasjoner. Komiteens sammensetning oppfyller dermed ikke forskriftens krav til faglig kompetanse. Klagenemnda vil tilføye at selv om den eksterne arkitekten som foretok revisjon, skulle ha vært medlem i komiteen, vil ikke kravet i § 18-1 (8) om at en tredel skal ha arkitektfaglig bakgrunn, være oppfylt.

(24) Klagenemnda har ikke tilstrekkelig grunnlag til å ta stilling til om klager har krav på erstatning ut over de 60.000 kr han har fått for deltakelse i konkurransen. Nemnda vil likevel peke på at klager må ha kjent til de føringer

konkurransesgrunnet ga for sammensetningen av juryen.

Konklusjon:

Selbu kommune har overtrådt forskrift om offentlige anskaffelser § 18-1 (8) ved at juryen ikke hadde de nødvendige yrkesmessige kvalifikasjoner.

For klagenemnda,

6. desember 2004

Per Christiansen



Forsiden
Nemndsmedlemmer
Saksbehandling
Regelverk
Innkomne saker
Statistikk
Årsrapporter
Dommer
Søk i avgjorte saker

Avgjorte saker:

[2003](#) [2004](#) [2005](#)

Besøksadresse

H. Heyerdalsgate 1
0033 Oslo

Postadresse

Postboks 8132 Dep
0033 Oslo

Tlf.: 22 33 70 10

Faks: 22 33 70 12

E-post:

postmottak@kofa.no

Avgjorte saker

Innklagede kunngjorde en åpen anbudskonkurranse om prosjektering og bygging av tre pumpestasjoner for kloakk. Av konkurransegrunnlaget fremgikk det at den valgte prosedyren var konkurranse med forhandling. Det var oppgitt ulike tildelingskriterier i kunngjøringen og i konkurransegrunnlaget.

Anskaffelsens verdi falt under de aktuelle terskelverdiene. Klagenemnda fant at innklagede hadde brutt lovens krav til forutberegnelighet, gjennomsiktighet og likebehandling i lov om offentlige anskaffelser § 5 ved å benytte flere sett tildelingskriterier og ved å endre prosedyreform i løpet av konkurransen.

Klagenemndas avgjørelse i sak 2004/19 den 3. desember 2004.

Klager: Jernbetong AS

Innklaget: Melhus kommune

Klagenemndas medlemmer: Kai Krüger, Siri Teigum, Andreas Wahl.

Saken gjelder: Valg av prosedyre. Forskjellig angivelse av tildelingskriterier i kunngjøring og konkurransegrunnlag.

Sakens bakgrunn:

(1) Melhus kommune (heretter kalt innklagede) kunngjorde 12.08.2003 en åpen anbudskonkurranse om prosjektering og bygging av tre pumpestasjoner for kloakk. Tildelingskriteriene ble i kunngjøringen oppgitt slik:

"Tildelingskriterier: Det økonomisk mest fordelaktige tilbud vurdert på grunnlag av (i uprioritert rekkefølge):

1. Leverings- eller ferdigstillingsdato.
2. Leveringssikkerhet.
3. Tilgjengelighet på reservedeler.
4. Service og teknisk bistand etter levering.

5. *Driftskostnader.*
6. *Lønnsomhet.*
7. *Teknisk verdi.*
8. *Pris.*
9. *Kvalitet."*

(2) I konkurransegrunnlaget ble tildelingskriteriene oppgitt slik:

"Valg av tilbud

Melhus kommune legger følgende vurderingskriterier til grunn for valg av tilbyder/entreprenør:

- *pris*
- *kvalitet og garantier*
- *løsningsvalg og kompletthet*
- *service og tilgjengelighet*
- *driftskostnader og driftsvennlighet*
- *referanser fra tilsvarende prosjekter"*

(3) Konkurransegrunnlagets punkt 2.1 lød slik:

"2.1 Tilbudsgrunnlaget

Til grunn for tilbudskonkurransen legges NS3431. Anskaffelser skjer etter tilbud med forhandlinger."

(4) *Fleire leverandører leverte inn tilbud, herunder Jernbetong AS (heretter kalt klager) og VA-Prosjekt AS (heretter kalt VA-prosjekt).*

Klager har i det vesentligste anført:

Manglende samsvar i oppgitte tildelingskriterier

(5) Innklagede har angitt flere tildelingskriterier i kunngjøringen enn i konkurransegrunnlaget. Det er etter dette ikke klart angitt hvilke kriterier leverandørene skal forholde seg til. Innklagede har med dette brutt kravet til forutberegnelighet og etterprøvnbarhet i lovens § 5.

Valg av prosedyreform

(6) Innklagede har endret prosedyreform underveis i konkurransen. De har kunngjort en åpen anbudskonkurranse, mens det i konkurransegrunnlaget fremgår at prosedyren er konkurranse med forhandling.

(7) Klager har også anført en rekke andre anførsler om brudd på regelverket. Blant annet anføres at innklagede enten har gjennomført ulovlige forhandlinger med den valgte leverandør eller har brutt likebehandlingsprinsippet ved å unnlate å forhandle med klager. Innklagedes

vurderinger av tildelingskriteriene er mangelfulle, ukorrekte, uforsvarlige og mangler dokumentasjon. Videre er det anført at innklagede ulovlig har lagt vekt på positiv egenerfaring med den valgte leverandøren, og at begrunnelsen var mangelfull.

Erstatning

(8) Klagenemnda anmodes om å uttale seg om erstatningsspørsmålet.

Innklagede har i det vesentlige anført:

(9) Innklagede bestrider å ha brutt regelverket om offentlige anskaffelser og har imøtegått klagers anførsler.

Bruk av tildelingskriterier

(10) I konkurransegrunnlaget ble tildelingskriteriene listet opp. Til tross for at ordlyden i kunngjøringen er ulik, er det innholdsmessig ingen avvik i tildelingskriteriene. Evaluering og innstilling av tilbud er basert på de kriterier som er gitt i konkurransegrunnlaget. Det er ikke benyttet andre kriterier for å finne det beste tilbudet.

Valg av prosedyre

(11) Det er riktig at innklagede ikke har vært entydig i valg av anskaffelsesprosedyre. Årsaken skyldes tastefeil fra innklagede. Anskaffelsesformen er imidlertid klart beskrevet i konkurransegrunnlaget. Innklagede har fulgt prosedyren konkurranse med forhandling, og det foreligger derfor ikke brudd på kravet til likebehandling.

Klagenemndas vurdering:

(12) Klager har deltatt i konkurransen, og har saklig klageinteresse, jf forskrift om klagenemnd om offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig.

(13) Anskaffelsen gjelder prosjektering og bygging av pumpestasjoner for kloakk, utlyst i august 2003. Anskaffelsene faller således etter sin art inn under forskrift om innkjøpsregler for oppdragsgivere innen vann- og energiforsyning, transport og telekommunikasjon (forsyningssektoren) fastsatt ved kgl res av 16. desember 1994, jf § 9 bokstav b) jf § 4 nr 1 bokstav a). (Ny forskrift 5.12.2003 nr 1424 trådte først i kraft fra 1.1.2004) Anskaffelsens verdi ligger under terskelverdiene for bygg- og anleggsprosjekter i forskriftens § 12, slik at det er lov om offentlige anskaffelser som regulerer anskaffelsen. Innklagede er således forpliktet til å overholde de grunnleggende krav i lov om offentlige anskaffelser § 5, og det er ut fra disse klagenemnda foretar sin vurdering. Når innklagede dertil velger å utlyse oppdraget som åpen anbudskonkurranse med henvisning til et foreliggende konkurransegrunnlag, må dette forstås slik at innklagede i utgangspunktet har fastsatt spilleregler for konkurransen svarende til dem som ville fått anvendelse ved en påbudt anbudskonkurranse på de punkter som er aktuelle i denne saken, jf KOFA sak 2004/189.

Valg av tildelingskriterier

(14) Tildelingskriteriene "leverings- eller ferdigstillingsdato", "leveringssikkerhet", "lønnsomhet" og "teknisk verdi" forekommer bare i kunngjøringen, mens tildelingskriteriene "løsningsvalg og kompletthet" og "referanser fra tilsvarende prosjekter" bare forekommer i konkurransegrunnlaget. I tillegg er det i kunngjøringens tildelingskriterier "tilgjengelighet på reservedeler" og "service og teknisk bistand etter levering" fokusert på det materielle vedlikeholdet, mens konkurransegrunnlagets tildelingskriterium "service og tilgjengelighet" ikke har dette fokuset, men

tilsynelatende legger mer vekt på den personelle servicen. I kunngjøringen lyder et av tildelingskriteriene "driftskostnader", mens det i konkurransegrunnlaget lyder "driftskostnader og driftsvennlighet". Fokuset på driftsvennligheten er således nytt ved konkurransegrunnlaget. Tilsvarende er vektleggingen av "garantier" i forbindelse med kriteriet "kvalitet og garantier" også nytt ved konkurransegrunnlaget. Tildelingskriteriene i kunngjøringen og konkurransegrunnlaget er således ikke innholdsmessig like.

(15) Manglende konsekvens i opplisting av tildelingskriteriene i kunngjøring og konkurransegrunnlag gjør det lite forutberegnlig for leverandørene hvilke kriterier deres tilbud vil bli evaluert ut fra. Selv om ulike kriterier er beslektet og kanskje praktisk langt på vei sammenfallende, oppstår det med så mange endringer som er gjort i dette tilfellet usikkerhet mht hvilke kriterier som gjelder og hvordan de skal forstås. Innklagde har ved å operere med flere sett tildelingskriterier brutt lovens § 5 krav til forutberegnelighet. Nemnda finner ikke grunn til å vurdere om evt endringer i kriteriene ville ha vært lovlige.

Valg av prosedyre

(16) Anskaffelsen er kunngjort som en "åpen anbudskonkurranse". Kunngjøringen må forstås slik at det ikke er lagt opp til en prosedyre med forhandlinger. Når innklagde i konkurransegrunnlaget nettopp legger opp til forhandlinger, er dette en vesentlig endring i forhold til kunngjøringen. Forhandlinger er grunnleggende uforenlig med anbudskonkurranse. Denne endringen er derfor i strid med kravene til forutberegnelighet, gjennomsiktighet og likebehandling, jf anskaffelsesloven § 5, jf KOFA sak 2004/54.

For øvrig

(17) Klager har også fremsatt en rekke andre anførsler, blant annet vedrørende vektlegging av tidligere erfaring ved valg av leverandør, utøvelsen av skjønnet og begrunnelsen som ble gitt for valg av leverandør. Nemnda vil påpeke at det utgjør et brudd på kravene til likebehandling og etterprøvnbarhet i lov om offentlige anskaffelser § 5 å vektlegge egne erfaringer uten å kunne dokumentere at evalueringene er gjort på forsvarlig måte, jf KOFA sak 2004/243. Ettersom det er gjort grunnleggende feil i valg av konkurranseform og tildelingskriterier finner nemnda imidlertid det ikke hensiktsmessig å vurdere klagers øvrige anførsler nærmere.

Erstatning

(18) Dersom en leverandør har forholdt seg til at en konkurranse er utlyst som en åpen anbudskonkurranse, og har hatt kostnader forbundet med utarbeidelsen av sitt tilbud, kan disse kostnadene vise seg å være bortkastede når prosedyren endres til en konkurranse med forhandling. Det vil da kunne være grunnlag for å kreve kostnadene erstattet.

Konklusjon:

Melhus kommune har brutt kravet til forutberegnelighet i lov om offentlige anskaffelser § 5 ved å operere med flere sett tildelingskriterier.

Melhus kommune har brutt kravet til forutberegnelighet, gjennomsiktighet og likebehandling i lov om offentlige anskaffelser § 5 ved å endre prosedyreform i løpet av konkurransen.

For klagenemnda, Oslo 3. desember 2004

Andreas Wahl



Forsiden
Nemndsmedlemmer
Saksbehandling
Regelverk
Innkomne saker
Statistikk
Årsrapporter
Dommer
Søk i avgjorte saker

Avgjorte saker:
[2003](#) [2004](#) [2005](#)

Besøksadresse
H. Heyerdalsgate 1
0033 Oslo

Postadresse
Postboks 8132 Dep
0033 Oslo

Tlf.: 22 33 70 10

Faks: 22 33 70 12

E-post:

postmottak@kofa.no

Avgjorte saker

Innklagede foretok et kjøp av utarbeidelse og trykking av et avisbilag som oversteg grensen for direkte kjøp på kr 200.000. Det ble konstatert brudd på kunngjøringsplikten i forskriftens § 13-1, avvik fra tildelingskriteriene og inhabilitet. Klagenemnda konstaterte ikke grunnlag for erstatningskrav.

Klagenemndas avgjørelse 22. november 2004 i sakene 2003/276 og 2003/281

Klager: Assu AS og Sagat Samisk Avis AS

Innklaget: Sametinget

Klagenemndas medlemmer: Kai Krüger, Siri Teigum, Andreas Wahl

Saken gjelder: Direkte anskaffelse/begrenset anbudskonkurranse. Kunngjøringsplikt. Tildeling. Inhabilitet. Erstatning.

Bakgrunn:

(1) Sametinget (heretter kalt "innklagede") besluttet våren 2003 å gi ut et avisbilag, som et middel for å få flere til å registrere seg i samemanntallet. Prosjektet var finansiert i samarbeid med Kommunal- og regionaldepartementet. Sametinget besluttet at de ønsket bilaget distribuert i avisene Nordlys, Finnmark Dagblad og Finnmarken.

(2) Sametinget kontaktet Nordlys, Finnmark Dagblad og Almmuheadjji for å avklare om de ville gi tilbud. Nordlys ga per telefon beskjed om at avisen ikke hadde kapasitet til å påta seg oppdraget, og forespørsel om tilbud ble sendt til Finnmark Dagblad og Almmuheadjji. Det er opplyst at Finnmark Dagblad eier 44,5 % av aksjene i morselskapet til Almmuheadjji.

(3) I henhold til konkurransegrunnlaget skulle det gjennomføres en begrenset anbudskonkurranse, og tilbyderne skulle gi tilbud på 16-siders trykk i farger. Tilbudet skulle omfatte utvikling (idé, design og skrivning), pretrykk, trykking, etterbehandling og distribusjon.

(4) Både Finnmark Dagblad og Almmuheadjji innga tilbud. Tilbudet fra Finnmark Dagblad var på kr 198.152, mens Almmuheadjjis tilbud var på kr 279.000, begge inklusive mva. Sistnevnte tilbud ble valgt på tross av prisforskjellen. Begrunnelsen var at Almmuheadjji hadde høyere kompetanse i

samisk språk og samiske samfunnsforhold og samfunnsutvikling, samt at Almmuheadji er lokalisert til Karasjok, hvilket gjør det lettere å samarbeide i forhold til bilagets innhold og utforming. Etter at tilbud var valgt, ønsket innklagede å utvide bilaget til 20 sider, slik at kontraktssummen ble økt til 317.440.

(5) Daglig leder i Almmuheadji er Svein Nordsletta. Han er også daglig leder i Min Aigi AS, som eier 100% av Almmuheadji. Nordsletta er samboer med Heidi Salmi, direktør i Sametinget. Avgjørelsen om kontraktstildeling ble tatt på saksbehandlernivå, og kontrakten ble undertegnet av en avdelingsdirektør og en førstekonsulent. Avdelingsdirektøren som formelt tok beslutningen er Salmis direkte underordnede. I følge innklagedes tilsvaret til klagenemnda var Salmi aldri kjent med anskaffelsesprosessen, mens de som gjennomførte prosessen og inngikk kontrakt ikke var kjent med Salmis forhold til Nordsletta. Innklagede har likevel i tilsvaret innrømmet brudd på forvaltningslovens habilitetsregler.

(6) I november 2003 ble temaavisen utgitt som innstikk i avisene Nordlys, Finnmark Dagblad og Finnmarken. Avisen var produsert av Almmuheadji, layouten var utført av Min Aigi og den var trykket av Finnmark Dagblad. Bortsett fra lederartikkelen var avisen redaksjonelt produsert av tre frilansjournalister.

(7) Assu AS og Sagat Samisk Avis AS (heretter kalt klagerne) er to samiske aviser som begge er lokalisert i Lakselv. De to leverte hver sin klage til klagenemnda. Da begge klagenemnda gjelder samme forhold og de to i det vesentlige har samme klagegrunner, er klagen forent til felles behandling i klagenemnda. I motsetning til de tre forespurte avisene, er ikke klagerne del av A-pressen.

Anførsler:

Klagers anførsler:

(8) Innklagede har foretatt en ulovlig direkte anskaffelse. Anskaffelsen skulle vært kunngjort i tråd med regelverket for offentlige anskaffelser og gjort gjenstand for offentlig anbudskonkurranse.

(9) Det var ulovlig å utforme oppdraget slik at distribusjonen av bilaget ble begrenset til A-pressen i Troms og Finnmark. Klagers lesere tilhører også målgruppen for temaavisa.

(10) Tildelingen av oppdraget var ulovlig. For det første er det dyreste tilbud valgt uten at anbudsprotokollen reflekterer en holdbar begrunnelse for dette. For det andre er det lagt vekt på lokal tilhørighet ved tildelingen på en urettmessig måte, og for øvrig uten at det faktum som er lagt til grunn er korrekt.

(11) Som samboer med daglig leder i Almmuheadji, Svein Nordsletta, var Heidi Salmi inhabil til å delta i anskaffelsesprosessen. Inhabiliteten gjelder også for hennes underordnede.

(12) Klager ville kunne produsert et 20-siders bilag for i overkant av kr 200.000. Innklagede har dermed betalt en overpris på minst kr 90.000 eksklusive mva. Klager krever erstatning tilsvarende dette beløp.

Innklagedes anførsler:

(13) Innklagede opplyser i tilsvaret at konkurransen om oppdraget ble avsluttet gjennomført som en begrenset anbudskonkurranse. Konkurranseskriften bekrefter at dette var intensjonen, i det overskriften opplyser at det er en slik konkurranse. Innklagede bestreider videre at kontrakten om utarbeidelsen av avisbilaget var en ulovlig direkte anskaffelse.

Forventningen var at kontrakten skulle være på under kr 200.000 eksklusive mva. Dersom det ble foretatt en ulovlig direkte anskaffelse, beklager innklagede dette.

(14) Innklagede anfører at Sametingets valg av distribusjonskanal for bilaget er rettmessig. Avisene Nordlys, Finnmark Dagblad og Finnmarken ble valgt fordi disse avisene er best egnet til å nå målgruppen, nemlig unge personer, særlig kvinner, som bor i kystområdene i Finnmark og Troms. Grunnen til at aviser ble valgt til å distribuere i stedet for posten, er at innklagede mener dette gir et mer seriøst inntrykk.

(15) Innklagede erkjenner at de personene som gjennomførte anskaffelsesprosessen og tok beslutningen om tildeling av kontrakt var inhabile, men fastholder at inhabiliteten ikke har hatt innvirkning på resultatet av avgjørelsen.

Klagenemndas vurdering:

(16) Begge klagere anfører at de kunne deltatt i konkurransen om utførelsen av oppdraget dersom det hadde vært gjennomført en konkurranse og har dermed saklig klageinteresse, jf forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Det er etter oppdragets omfang en anskaffelse som følger forskriftens del III.

Fremgangsmåte for gjennomføring av konkurransen

(17) Etter forskrift om offentlige anskaffelser § 11-2 (1) kan en oppdragsgiver gjennomføre en direkte anskaffelse, dvs. anskaffelse uten forutgående kunngjøring, dersom "prisen på anskaffelsen ikke overstiger kr 200.000 eks. mva".

(18) Det ble valgt et tilbud som lå vesentlig høyere over beløpsgrensen i § 11-2 på kr 200.000. Når det var klart på kontraktstildelingspunktet at kontraktssummen ville overstige beløpsgrensen, kunne hjemmelen for direkte anskaffelse ikke benyttes. Innklagede brøt derfor kunngjøringsplikten i § 13-1.

(19) Ved begrenset anbudskonkurranse plikter oppdragsgiver for øvrig å invitere et tilstrekkelig antall konkurrerende leverandører til å gi tilbud for å sikre at det blir en reell konkurranse, jf forskriften § 15-4 (1). Innklagede innhentet tilbud fra to tilbydere, og den ene av disse eier i henhold til det opplyste 44,5 % av aksjene i morselskapet til den andre. Klagenemnda påpeker at det er vanskelig å se om dette kan sikre reell konkurranse om oppdraget. Ettersom anførselene som er fremkommet fra partene på dette punktet er nokså knappe, tar klagenemnda imidlertid ikke endelig stilling til dette spørsmålet.

Utformingen av oppdraget; distribusjon gjennom utvalgte aviser

(20) Klagerne har påpekt at innklagede, gjennom å begrense distribusjonen av bilaget til aviser i A-pressen, ikke når hele sin målgruppe. Sametingets målgruppe mht publikasjonen av det aktuelle bilaget er i følge konkurransegrunnlaget unge og kvinner med sterke meninger om likestilling og politisk deltakelse. I dette tilfellet har Sametinget, som er en politisk institusjon, gjort et valg mht distribusjonskanaler for et politisk budskap. Det hører ikke inn under klagenemnda å overprøve Sametingets vurdering av hvilke distribusjonskanaler Sametinget er best tjent med for å nå sin målgruppe.

Valget av tilbud

(21) Klagerne gjør også gjeldende av tildelingen av oppdraget er i strid med anskaffelsesreglene fordi det dyreste tilbud er valgt, fordi det er lagt vekt på lokal tilhørighet i Karasjok og fordi man uten saklig grunn har vektlagt lokal utføring av oppdraget.

(22) Det fremgår av konkurransegrunnlaget at oppdragsgiver ville velge det økonomisk mest fordelaktige tilbud. At det dyreste tilbudet er valgt, er ut fra de kriterier som er oppgitt, ikke isolert sett i strid med konkurransegrunnlaget og dermed heller ikke med regelverket.

(23) Innklagede har imidlertid opplyst at valget også er begrunnet i at Almmuheadji "er lokalisert til Karasjok hvilket gjør det lett å samarbeide i forhold til bilagets innhold og utforming" og har "høyere kompetanse i samisk språk". Klagenemnda har vanskelig for å se hvordan dette kan forenes med tildelingskriteriene i konkurransegrunnlaget. Det kan konstateres at konkurransegrunnlaget under overskriften "beskrivelse" (av oppdraget) påpeker at bilaget skal utarbeides i samarbeid med Sametingets informasjonsenhet, og at den begrunnelse som er gitt for tildelingen av oppdraget med hensyn til lokalisering således kan anses å ha en viss forankring i konkurransegrunnlaget. Det er imidlertid ikke behandlet som tildelingskriterium i konkurransegrunnlaget, og da kan det heller ikke hensyntas ved evalueringen av de enkelte tilbudene.

(24) I samme betenkning fremlagt av innklagede, er det også påpekt at det er "spørsmål om det i det hele tatt er lovlig å legge vekt på lokalisering i Karasjok. I anskaffelsesretten gjelder det et grunnleggende likebehandlingsprinsipp, jf blant annet anskaffelsesforskriften § 3-1 annet ledd. Prinsippet innebærer blant annet at det ikke skal finne sted noen favorisering av nasjonale eller lokale tilbydere. Det er tillatt å legge vekt på lokal tilhørighet dersom dette er avgjørende for å kunne utføre tjenesten. Vi kan imidlertid ikke se at dette er tilfelle i denne saken".

(25) Innklagede har opplyst at innklagede i ettertid ser at det kan stilles spørsmål ved om konkurransegrunnlaget er beskrevet godt nok og om begrunnelsen for valg er grundig nok. Innklagede opplyser videre at det utarbeides nye rutiner vedrørende innkjøp og anskaffelser.

(26) Ut fra de opplysninger som er fremlagt for klagenemnda, må det kunne konstateres at tildelingen av oppdraget ikke var i samsvar med tildelingskriteriene i konkurransegrunnlaget.

Andre anførsler

(27) Spørsmålet om inhabilitet er det ikke behov for at klagenemnda tar stilling til, da innklagede innrømmer å ha brutt regelverket på dette punkt. Klagenemnda har ikke fått forelagt seg anførsler og dokumentasjon som gir grunnlag for å vurdere inhabilitetens mulige innvirkning på resultatet av konkurransen.

(28) Klagenemnda skal bare uttale seg om erstatningsspørsmål når den finner grunn til det, jf klageforskriftens § 12 annet ledd. Ut fra de opplysninger som er fremlagt for klagenemnda, har klagerne ingen mulighet til å få erstatning for negativ kontraktsinteresse. Klagerne synes ikke å ha hatt noen utgifter forbundet med konkurransen. Nemnda kan heller ikke, ut fra de opplysninger som er fremlagt, se at noen av klagerne har dokumentert et krav på positiv kontraktsinteresse, slik det er krevd. Klagerne opplyser at de ville kunne inngitt et tilbud noenlunde på samme nivå som Finnmark Dagblads tilbud. Pris er bare et av flere tildelingskriterier som er oppgitt i konkurransegrunnlaget. Saken er ikke slik opplyst at klagenemnda kan ta stilling til hvem som ville fått oppdraget og således kan ha krav på positiv kontraktsinteresse, dersom konkurransen

hadde blitt gjennomført.

Konklusjon:

Sametinget har brutt forskrift om offentlige anskaffelser § 13-1 ved å unnlate kunngjøring av konkurransen uten at vilkårene for direkte kjøp etter forskriftens § 11-2 forelå.

Sametinget har brutt kravet om forutberegnelighet i lov om offentlige anskaffelser § 5 tredje ledd ved å legge vekt på kriterier som ikke er oppgitt i konkurransegrunnlaget.

Sametinget har brutt det grunnleggende likebehandlingsprinsippet, jf anskaffelsesforskriften § 3-1 annet ledd, ved uten saklig grunn å legge vekt på tilbyders lokale tilhørighet.

For klagenemnda,

22. november 2004

Siri Teigum



Forsiden
Nemndsmedlemmer
Saksbehandling
Regelverk
Innkommne saker
Statistikk
Årsrapporter
Dommer
Søk i avgjorte saker

Avgjorte saker:

[2003](#) [2004](#) [2005](#)

Besøksadresse

H. Heyerdalsgate 1
0033 Oslo

Postadresse

Postboks 8132 Dep
0033 Oslo

Tlf.: 22 33 70 10

Faks: 22 33 70 12

E-post:

postmottak@kofa.no

Avgjorte saker

Innklagede gjennomførte en anbudskonkurranse for syketransport. Tilbudet med lavest pris skulle velges. Klagenemnda fant at prisen var beregnet galt, men hadde ikke forutsetninger for å si om dette hadde hatt betydning for tildeling av kontrakt.

Klagenemndas avgjørelse 22. november 2004 i sak 2004/3

Klager: Hallingdal Turbilsentral

Innklaget: Fylkestrygdekontoret i Buskerud

Klagenemndas medlemmer: Kai Krüger, Siri Teigum, Andreas Wahl

Saken gjelder: Beregning av pris. Habilitet.

Bakgrunn:

(1) Fylkestrygdekontoret i Buskerud (heretter kalt innklagede) kunngjorde 7. oktober 2003 en åpen anbudskonkurranse for syketransport i og ut av Buskerud fylke. Kontrakten skulle ha en varighet på ett år, med opsjon på ett års forlengelse.

(2) I henhold til konkurransegrunnlaget hadde innklagede delt inn fylket i tolv områder. Leverandørene kunne inngi tilbud på transport for ett eller flere av områdene. For hvert område kunne det gis tilbud for transport innen området, transport ut av området og et felles tilbud for transport både innenfor området og ut av området. Pris var oppgitt som eneste tildelingskriterium.

(3) Som svar på spørsmål innklagede hadde mottatt, ble det 14. november 2003 sendt ut et brev med avklaringer. I brevet het det blant annet:

"Transporttjenester er fritatt for merverdiavgift. Pris oppgis derfor uten tillegg av merverdiavgift."

(4) I statsbudsjettet for 2004 var det foreslått å innføre merverdiavgift for persontransport. I Stortingets avgifts- og tollvedtak av 9. desember 2004 ble en merverdisats på seks prosent på persontransport vedtatt innført fra 1. mars 2004, jf vedtakets § 3 annet ledd.

(5) Leveringsfrist var 5. desember. Tre leverandører innga tilbud på kjøring innen og inn/ut av området. To av dem ble funnet kvalifisert. Disse var Hallingdal Turbilsentral (heretter kalt klager) og Hallingdal Taxi & Persontransport (heretter kalt Hallingdal Taxi).

(6) Klagers kilometerpris var kr 12,40, mens prisen for ventetid var kr 3,83 per minutt. Det var ikke tillegg for rullestoltransport.

(7) Hallingdal Taxi hadde tilbudt en kilometerpris på kr 12,50. Ventetid inntil halvannen time var gratis, mens det måtte betales kr 280 per time ut over dette. For rullestoltransport var det et tillegg på kr 110 per tur. Hallingdal Taxi skrev videre at "eventuell moms fra 01.03.04 er inkludert".

(8) Evalueringen av pris ble foretatt av en av de ansatte ved Øvre Eiker trygdekontor. I tilbudet til Hallingdal Taxi var vedkommende oppgitt som referanse når det gjaldt den kjøringen selskapet hadde foretatt for trygdeetaten.

(9) Innklagede skrev følgende om utregningen:

"Ut i fra tidligere erfaring med syketransport i Hallingdal ser vi at det i snitt er ca 900 turer pr måned. Av disse går ca 200 ut av området.

Vi regner ca 20 km i snitt på lokalturer. Det er turer til spesialister og Hallingdal sjukestugu som trekker dette snittet opp. På disse turene er det også en høyere ventetid, siden det da lønner seg for trygden at transportøren står og venter. I beregningen bruker vi 30 min ventetid i snitt på lokalturer.

På turer ut av området regner vi i snitt 140 km pr tur. På disse turene regner vi ca 1,5 time i snitt på ventetid.

Det fremkommer ingen opplysninger i anbudssvaret på evt tillegg. Vi forventer derfor at det ikke beregnes tillegg utover mottatte priser.

Det var ikke mva på transport da anbudsgrunnlaget ble utsendt. Det fremkommer ingen opplysninger om mva i anbudet fra Hallingdal Turbilsentral. Vi viser til fylkestrygdekontorets svar på Taxiforbundets spørsmål vedr mva som er utsendt til samtlige anbydere. Siden ikke annet er nevnt i anbudssvaret, forutsettes det derfor at prisen er uten mva og skal legges til prisen dersom denne blir vedtatt.

I anbudet fra Hallingdal Taxi og Persontransport AS er det presisert at evt mva er inkludert i prisen dersom de får anbudskontrakt for både internturer og ut og inn av området."

(10) Prisen på klagers tilbud ble regnet ut slik:

”

Pris internkjøring:

<i>Kjøring:</i>	14.000 km * 12,40	173.000,00
<i>Ventetid:</i>	21.000 min * 3,83	<u>80.430,00</u>
<i>Sum internkjøring:</i>		254.030,00

Pris turer ut av området:

<i>Kjøring:</i>	28.000 km * 12,50	347.000,00
<i>Ventetid:</i>	18.000 min * 3,38	<u>68.940,00</u>
Sum ut av området:		416.140,00

Sum: 670.170,00

**Dersom mva blir
vedtatt:
40.210,20**

Sum med mva: 710.380,00”

(11) Hallingdal Taxis tilbud ble vurdert slik:

”

Pris internkjøring:

<i>Kjøring:</i>	14.000 km * 12,50	175.000,00
<i>Ventetid:</i>	21.000 min * 0	<u>0,00</u>
<i>Sum internkjøring:</i>		175.000,00

Pris turer ut av området:

<i>Kjøring:</i>	28.000 km * 12,50	350.000,00
<i>Ventetid:</i>	18.000 min * 0	<u>0,00</u>
<i>Sum turer ut av området:</i>		350.000,00

Sum: 525.000,00

Dersom Hallingdal persontransport får all kjøring er mva inkludert i prisen."

(12) I brev av 18. desember 2004 meddelte innklagede at Hallingdal Taxi & Persontransport var tildelt kontrakt for kjøring innen Hallingdal og ut/inn av området.

Anførsler:

Klagers anførsler:

(13) Klager anfører at innklagede har beregnet prisen feil. Klager hadde det rimeligste tilbudet og skulle derfor vært valgt.

(14) Vedkommende som foretok tilbudssammenligningen er inhabil, da han er kontaktperson og nær bekjent av driftsleder hos Hallingdal Taxi.

(15) Klagenemnda gjengir ikke klagers øvrige anførsler, da disse åpenbart ikke kan føre frem.

Innklagedes anførsler:

(16) Innklagede anfører at prisen er beregnet riktig. I sammenligningen er det lagt til grunn at ventetiden normalt ikke overstiger 1,5 time per tur. Hallingdal Taxi tar ikke betalt for venting under 1,5 time.

(17) Han som bistod innklagede med tilbudssammenligningen er ikke nær bekjent av noen hos Hallingdal Taxi. Han er oppgitt som referanse i forhold til kjøring firmaet har gjort for trygdeetaten, men dette kan ikke medføre inhabilitet.

Klagenemndas vurdering:

(18) Klager har deltatt i konkurransen og har saklig klageinteresse, jf forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Etter sin verdi følger anskaffelsen del II i forskrift om offentlige anskaffelser, jf §§ 2-2 og 2-3.

(19) Klagenemnda behandler først innklagedes evaluering av prisen, som fremkommer ved en utregning av pris for kjøring, pris for venting og eventuelle tillegg.

(20) Første spørsmål er om innklagede kunne ta i betraktning at Hallingdal Taxi hadde inkludert merverdiavgift i sitt tilbud.

(21) Formuleringen i konkurransegrunnlaget opplyser leverandørene om at pris skal oppgis uten merverdiavgift. Når Hallingdal Taxi likevel inkluderte merverdiavgift i sitt tilbud, var dette en alternativ måte å oppgi pris på. Klagenemnda finner at innklagede kunne ta Hallingdal Taxis tilbud i betraktning, så lenge det ikke har ført til uklarhet ved sammenligning av tilbudene, jf forskriftens § 8-10 (1) bokstav d).

(22) Spørsmålet er videre om innklagede la riktig faktum til grunn ved beregningen av pris.

(23) I prisutregningen er det stilt opp faktiske forutsetninger om antall turer per måned, turenens gjennomsnittslengde og gjennomsnittlig ventetid. Klagenemnda har ikke grunnlag for å mene noe annet enn at disse forutsetningene bygget på en saklig og forsvarlig vurdering om forventet kjøring.

(24) Når det er stilt opp som forutsetning at det gjennomsnittlig er 1,5 times ventetid per tur ut av området, finner klagenemnda imidlertid at beregningen av Hallingdal Taxis pris for dette har vært feil. Hallingdal Taxi tok kr 280 per times venting ut over 1,5 time. Når innklagede har sagt at gjennomsnittlig ventetid er 1,5 time, er dette i praksis uforenlig med å legge til grunn at ventetiden aldri overstiger 1,5 time. Innklagede har dermed brutt forskriftens § 10-2 (1) ved å legge til grunn feil faktum ved beregningen av pris for ventetid på turer ut av området. Hvor mye som skulle vært lagt til Hallingdal Taxis tilbud på dette punkt, har imidlertid ikke klagenemnda forutsetninger for å fastslå.

(25) For internkjøring er det satt som forutsetning at gjennomsnittlig ventetid er 30 minutter. Også ved denne utregningen har innklagede lagt til grunn at ventetiden aldri vil overstige 1,5 time, ettersom det er beregnet kr 0 for dette. Klagenemnda har ikke grunnlag for å overprøve innklagedes vurdering på dette punkt.

(26) Klagenemnda registrer videre at det ikke har gitt noen uttelling i evalueringen at klager ikke tar ekstra betalt for rullestolkjøring, mens Hallingdal Taxi krever et påslag på kr 110 per tur. Innklagede forklart at det er en "svært liten" prosentandel av turene som foregår med rullestol-bil. Selv om antallet turer per måned, omtrent 900, tyder på at forskjell i pris på turer i rullestol-bil vil gi et visst utslag i total pris, har klagenemnda ikke grunnlag for å underkjenne innklagedes prisvurdering av dette forholdet.

(27) Når det gjelder spørsmålet om inhabilitet, legger klagenemnda til grunn innklagedes anførsel om at vedkommende bare har kjennskap til de ansatte hos Hallingdal Taxi gjennom profesjonelt samarbeid, og at kjennskapen til klagers ansatte er minst like god. Rent profesjonelt kjennskap gir ikke grunnlag for inhabilitet. At innklagedes representant er oppgitt som referanseperson for kjøring for trygdeetaten i Hallingdal Taxis tilbud, gjør ham heller ikke inhabil til å vurdere tilbudet. Klagenemnda kommer derfor til at innklagede ikke har brutt habilitetsreglene.

Konklusjon:

Fylkestrygdekontoret i Buskerud har brutt forskrift om offentlige anskaffelser § 10-2, da leverandørenes priser for ventetid er beregnet feil.

For klagenemnda,

22. november 2004

Andreas Wahl



Forsiden
Nemndsmedlemmer
Saksbehandling
Regelverk
Innkomne saker
Statistikk
Årsrapporter
Dommer
Søk i avgjorte saker

Avgjorte saker:

[2003](#) [2004](#) [2005](#)

Besøksadresse

H. Heyerdalsgate 1
0033 Oslo

Postadresse

Postboks 8132 Dep
0033 Oslo

Tlf.: 22 33 70 10

Faks: 22 33 70 12

E-post:

postmottak@kofa.no

Avgjorte saker

Innklagede avlyste en anskaffelsesprosess etter at meddelelse om tildeling av kontrakt var gitt. Klagenemnda kom til at § 17-1 P(1) gir hjemmel for avlysning også etter at det er gitt meddelelse i henhold til § 17-3 (1). Videre fant klagenemnda at det innklagede hadde saklig grunn for avlysningen.

Klagenemndas avgjørelse 22. november 2004 i sak 2004/165

Klager: Per Nordhagen Entreprenørforretning AS

Innklaget: Forsvarsbygg

Klagenemndas medlemmer: Kai Krüger, Siri Teigum, Andreas Wahl

Saken gjelder: Avlysning av konkurransen.

Bakgrunn:

(1) Forsvarsbygg (heretter kalt innklagede) kunngjorde 8. januar 2004 en åpen anbudskonkurranse for utskiftning av to oljetanker i Kolsås leir. Tilbud skulle velges etter laveste pris.

(2) Anskaffelsen var nærmere beskrevet slik:

”Det skal fjernes 2 stk 50 m3 oljetanker (GUP), demontering av innvendig liner og tankutrustning. Fjerning av olje-forurenset masse. Levering og montering av 2 stk 50m3 oljetanker (stål), remontering av liner og tankutrustning.”

(3) Anskaffelsen inkluderte fjerning av forurensete masser etter et større oljeutslipp i desember 2003.

(4) Per Nordhagen entreprenør AS (heretter kalt klager) var en av syv leverandører som inga tilbud. Klagers tilbud hadde laveste pris, og klager ble dermed valgt som kontraktspart.

(5) I brev av 5. februar 2004 ble valget meddelt leverandørene.

Innklagede skrev:

"Tildeling av kontrakt 02/2004 MOOS

Vi takker for mottatt tilbud, og vi vil i henhold til forskrift om offentlige anskaffelser § 17.3 meddele at Forsvarsbygg Eiendomsforvaltning Markedsområde Oslo har intensjon om å inngå kontrakt med

Per Nordhagen Entreprenørforretning AS

Kontrakten tildeles denne tilbyder på grunn av laveste pris."

(6) På grunn av nedbør og snøsmelting, oppstod det i mars 2004 en akutt situasjon med spredning av olje i grunnen. Innklagede besluttet etter muntlig pålegg fra SFT å få fjernet de forurensede massene umiddelbart. Den 22. mars 2004 ble arbeidene bestilt fra en annen leverandør, og jobben ble utført i løpet av to uker.

(7) Undertegning av kontrakt med klager drøydte, og 24. mars 2004 ble klager tilskrevet for å få forlenget vedståelsesfristen. I svarbrev av 30. mars skrev klager at firmaet anså kontrakt for å være inngått, da det ikke hadde kommet noen innsigelser.

(8) Den 1. april 2004 meddelte innklagede at konkurransen var avsluttet. I brevet het det:

"Forsvarsbygg avlyser med dette ovennevnte tilbudskonkurranser i samsvar med § 17-1 (1) i forskrift om offentlige anskaffelser.

Vår begrunnelse for denne beslutning er at vi har valgt en annen teknisk løsning enn det som er angitt i tilbudskonkurransen. En har ansett denne endringen å være så vesentlig at den ikke kan anses som en ordinær endring av et eventuelt kontraktsarbeide. Det er heller ikke enhetspriser på alle de nye arbeidene som vil inngå.

På grunn av fare for ytterligere spredning av olje i grunnen har vi fått pålegg om å fjerne forurensede masser omgående. Dette arbeidet er satt bort til annen entreprenør som hadde arbeid for oss i nærheten.

Forsvarsbygg takker for Deres deltakelse i denne tilbudskonkurransen, og De vil få tilbud om å delta i en fornyet tilbudskonkurranse."

Anførsler:

Klagers anførsler:

(9) Klager anfører at en konkurranse ikke kan avlyses til etter at det er gitt meddelelse om tildeling av kontrakt, jf § 17-3 (1).

(10) Avlysning er hjemlet i forskriftens § 17-1 (1). Denne gir oppdragsgiver adgang til å avlyse konkurransen dersom det foreligger saklig grunn. Når meddelelse om tildeling av kontrakt er gitt, er konkurransen avsluttet, og den kan derfor ikke avlyses. § 17-1 (1) gir følgelig ikke hjemmel til å avlyse anskaffelsen etter at meddelelse om tildeling av kontrakt er gitt.

(11) Av § 17-3 (3) følger at frem til kontraktsundertegning kan beslutningen om tildeling av kontrakt annulleres dersom tildelingen ikke har vært i samsvar med § 17-2 (kriterier for valg av tilbud). I de tilfeller feilen ligger i konkurransegrunnlaget, og feilen bare kan rettes ved gjennomføring av en ny konkurranse, følger adgangen til å avlyse konkurransen av § 17-3 (3). Meddelelse om tildeling av kontrakt har privatrettslige løftevirkninger, jf. klagenemndas avgjørelse i sak 2003/183, og § 17-3 (2) må derfor angi uttømmende i hvilke situasjoner oppdragsgiver likevel ikke er bundet av løftet.

(12) Subsidiært anføres at innklagede ikke hadde saklig grunn til å avlyse konkurransen. Endringen av teknisk løsning besto i at oljetankene skulle plasseres i tankrom av betong i stedet for pukk. Dette kunne blitt gjennomført som endrings- og tilleggsarbeider til den tildelte kontrakten.

(13) Det kreves erstatning for den positive, subsidiært negative, kontraktsinteressen.

Innklagedes anførsler:

(14) Innklagede anfører for det første at adgangen til å avlyse en anskaffelsesprosess etter § 17-1 (1) ikke avskjæres av at oppdragsgiver gir meddelelse om tildeling av kontrakt.

(15) Forskrift om offentlige anskaffelse innebærer et brudd med tradisjonell anbudsrett ved at avtale er inngått først når kontrakt er undertegnet av begge parter, jf § 17-3 (1), og først på dette stadiet er konkurransen avsluttet.

(16) I NOU 1997:21 uttales at en beslutning om å avlyse konkurransen "kan tas på alle stadier i anskaffelsesprosessen". Denne fortolkningen støttes av klagenemndas avgjørelse i sak 2003/190, der klager hadde mottatt innstillingsskriv for senere å bli avvist før kontrakt var undertegnet. Klagenemnda uttalte at innklagedes eneste mulighet til å rette feilen som var begått var å avlyse konkurransen. § 17-3 (3) er ikke avlysningshjemmel i slike tilfeller, da bestemmelsen bare gir anledning til å omgjøre tildelingsbeslutningen, dersom denne ikke er i samsvar med § 17-2.

(17) Subsidiært anføres at innklagede ikke er bundet på bakgrunn av alminnelige avtaleslutningsmekanismer. Innklagedes brev av 6. februar gir ikke uttrykk for annet enn en intensjon om å inngå avtale på et senere tidspunkt.

(18) Videre anføres det at innklagede hadde saklig grunn til å avlyse konkurransen. Konkurransen ble avlyst fordi innklagede ønsket å legge en endret teknisk løsning til grunn for oppdraget. Grunnet behovet for å minimere faren for oljeutslipp, ble det besluttet at oljetankene skulle plasseres i tankrom i betong i stedet for direkte i grunn. Betongarbeidene kan ikke gjennomføres som endringsarbeid. For det første var betongarbeider ingen del av den opprinnelige ytelsesbeskrivelsen, for det andre var tilbudssummene i den nye konkurransen over det dobbelte av den opprinnelige.

(19) Innklagede er ikke erstatningsansvarlig, verken for negativ eller positiv kontraktsinteresse.

Klagenemndas vurdering:

(20) Klager har deltatt i konkurransen og har saklig klageinteresse, jf forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser. Klagen er rettidig.

Anskaffelsen følger etter sin verdi reglene i del III i forskrift om offentlige anskaffelser, jf § 2-2.

(21) Klagenemnda behandler først spørsmålet om en konkurranse kan avlyses etter at oppdragsgiver har gitt meddelelse om tildeling av kontrakt, jf §17-3 (1).

(22) Hjemmel for avlysning er gitt i § 17-1 (1). Etter denne bestemmelsen kan konkurransen avlyses dersom det foreligger saklig grunn. Klagenemnda har i tidligere saker godtatt avlysning av konkurransen etter meddelelse om tildeling av kontrakt, jf blant annet sakene 2003/190 og 2003/192.

(23) Bestemmelsen i forskriftens § 17-3 (3) gjelder et annet spørsmål, nemlig omgjøring av tildelingsbeslutning ved utviste feil i saksgangen, typisk uriktig bruk av tildelingskriterier etter § 17-2. Bestemmelsen er ikke aktuell i det foreliggende tilfelle. Den utelukker ikke avlysning av konkurransen etter § 17-1 (1).

(24) Klagenemnda bemerker for øvrig at konkurransen ikke kan anses avgjort i og med tildelingsbeslutningen. Den foreløpig innstilte tilbyder kan ikke bygge krav om å få utføre oppdraget før bindende kontrakt er inngått – etter regelverket forutsetningsvis ved tidspunktet for undertegning av kontrakt. Tilbyder kan før bindende avtale måtte avfinne seg både med avlysning etter § 17-1 (1) og omgjøring etter § 17-3 (3). Konkurransen mellom leverandørene pågår i prinsippet helt frem til avtaleslutning ettersom det inntil dette er hjemmel både for avlysning, klage og omgjøring.

(25) Spørsmålet er så om innklagede hadde saklig grunn for å avlyse konkurransen. Slik klagenemnda har forstått faktum, skjedde avlysningen som følge av at innklagede først etter meddelelse om valg av tilbud etter pålegg innså at oljetankene måtte plasseres i tankrom av betong for å unngå en uforvarlig risiko for oljesøl til grunnen. Etter det innklagede har forklart klagenemnda, vil oljetankene måtte bygges annerledes som følge av dette – og under helt andre tidsfrister enn først påtenkt. Når innklagede vurderer det slik at tankrom av betong nå er blitt nødvendig, er dette en vurdering som i stor grad må være underlagt innklagedes skjønn, og som klagenemnda ikke har foranledning til å overprøve. Spørsmålet om tildeling av formløst hasteoppdrag til annen oppdragstager foreligger ikke i saken.

(26) En oppdragsgiver kan pådra seg ansvar for å erstatte den negative kontraktsinteressen selv om det foreligger en saklig grunn for avlysning. Et slikt tilfelle kan foreligge dersom årsaken til avlysning er selvforskyldt eller burde vært forutsett, jf klagenemndas uttalelse i sak 2003/3. Likedan kan det være grunnlag for ansvar for tapt tid og spilte utgifter dersom oppdragsgiver drøyer urimelig lenge med å varsle om at konkurransen vil bli avlyst. Klagenemnda har imidlertid ikke grunnlag for å vurdere om innklagede har pådratt seg erstatningsansvar i denne saken.

Konklusjon:

Forsvarsbygg har ikke brutt regelverket for offentlige anskaffelser.

For klagenemnda,

22. november 2004

Kai Krüger



Forsiden
Nemndsmedlemmer
Saksbehandling
Regelverk
Innkomne saker
Statistikk
Årsrapporter
Dommer
Søk i avgjorte saker

Avgjorte saker:
[2003](#) [2004](#) [2005](#)

Besøksadresse
H. Heyerdalsgate 1
0033 Oslo

Postadresse
Postboks 8132 Dep
0033 Oslo

Tlf.: 22 33 70 10

Faks: 22 33 70 12

E-post:
postmottak@kofa.no

Avgjorte saker

Statens vegvesen Region sør hadde arrangert to anbudskonkurranser vedrørende funksjonskontrakt for drift og vedlikehold av veier. En leverandør leverte et tilbud hvor det ble gitt 5 % rabatt på prisen dersom leverandøren ble tildelt kontrakt i den andre konkurransen. Leverandørens tilbud ble ansett for å være det økonomisk mest fordelaktige i den andre konkurransen og innklagede la den rabatterte prisen til grunn. Klagenemnda kom til at innklagedes beregning av tilbudsprisen ikke var i strid med regelverket for offentlige anskaffelser.

Klagenemndas avgjørelse 22.november 2004 i sak 2004/192

Klager: Trafikk og anlegg

Innklagede: Statens vegvesen Region sør

Klagenemndas medlemmer: Siri Teigum, Andreas Wahl, Kai Krüger

Saken gjelder: Beregning av tilbudt pris

Sakens bakgrunn:

(1) Statens vegvesen Region sør (heretter kalt klager) kunngjorde 3. november 2003 en åpen anbudskonkurranse vedrørende funksjonskontrakt for drift og vedlikehold av E-18 og tilknyttede veier i Telemark (kontrakt 0804). Frist for å levere tilbud ble satt til 9. februar 2004. Konkurranses grunnlaget opplyste om at det ble konkurrert om å levere det økonomisk mest fordelaktige tilbud basert på følgende tildelingskriterier oppgitt i ikke-prioritert rekkefølge:

”- pris og prisfordeling

- kvalitet

- leveringstid

- konsekvenser for framtidige drifts- og vedlikeholdskostnader

- estetiske og funksjonsmessige egenskaper

- tilbyders planer er grunnlag for byggherrens vurdering av om tilbyder har den nødvendige forståelse for kontraktens innhold og kompetanse for gjennomføring

ihht. kontraktens krav.

- tilbyders planer for gjennomføring av kontraksarbeidet vurderes også med

tanke på

Vegvesenets mål: Trafikksikkerhet, fremkommelighet, service og miljø.”

(2) Parallelt med konkurransen om kontrakt 0804 arrangerte innklagede en konkurranse knyttet til en tilsvarende kontrakt, kontrakt 0702. Også i denne konkurransen ble det konkurrert om å levere det økonomisk mest fordelaktige tilbudet. Frist for å levere tilbud i konkurransen om kontrakt 0702 var også 9. februar. Fem leverandører leverte inn tilbud i konkurransen om kontrakt 0804. En av disse var Trafikk og Anlegg AS (heretter kalt klager). NCC Roads AS (heretter bare NCC) leverte tilbud i begge konkurransene (i konkurransen om kontrakt 0702 i arbeidsfellesskap med Carl Fon AS).

(3) I tilbudet fra NCC i konkurransen om kontrakt 0804 var følgende inntatt:

”Dersom både 0804 E18-kontrakten og kontrakt 0702 Vestfold Syd tildeles NCC, vil vi innrømme 5% rabatt på kontraktssummen til 0804 E18-kontrakten.”

(4) Tilbudet om kontrakt 0702 inneholdt ingen tilsvarende rabattbestemmelse.

(5) I brev av 16. februar gjorde innklagede de øvrige leverandørene oppmerksomme på rabatten i tilbudet fra NCC.

(6) I konkurransen om kontrakt 0702 hadde tilbudet fra arbeidsfellesskapet NCC lavest pris. Innklagede innstilte 25. februar 2004 på at NCC ble tildelt denne kontrakten. Innstillingen ble tatt til følge, og endelig beslutning om å tildele NCC kontrakt 0702, ble truffet 8. mars 2004.

(7) Tilbudene i konkurransen om kontrakt 0804 ble evaluert etter at det var besluttet å tildele NCC kontrakt 0702. I vurderingen av tilbudet fra NCC ble dermed rabatten på 5% trukket fra den tilbudte prisen.

(8) Leverandørene i konkurransen om kontrakt 0804 ble 23. mars 2004 gitt beskjed om at tilbudet fra NCC ble ansett for å være det økonomisk mest fordelaktige. I begrunnelsen for innklagedes valg av tilbud ble det opplyst at tilbudet fra NCC ble evaluert på grunnlag av den rabatterte prisen.

(9) Klager påklaget innklagedes tildelingsbeslutning. I brev av 14. april meddelte innklagede at klagen ikke ble tatt til følge. Deretter begjærte klager midlertidig forføyning uten muntlig forhandling med påstand om at innklagede var forpliktet til å avvente kontraktsinngåelse fram til sakens rettslige spørsmål var avklart. I kjennelse av 19. april 2004 av Oslo byfogdembete ble begjæringen forkastet siden det ikke ble ansett sannsynliggjort at innklagede hadde handlet i strid med regelverket.

(10) Kjennelsen ble ikke påkjært, men klager begjærte på nytt midlertidig forføyning, denne gang med muntlig forhandling, 27. april. I kjennelse av 24. mai 2004 ble begjæringen forkastet fordi klager heller ikke denne gang hadde sannsynliggjort at det forelå et brudd på regelverket.

(11) Innklagede inngikk kontrakt med NCC Roads AS 26. mai 2004.

Klager har i det vesentligste anført:

(12) Innklagede har brutt regelverket for offentlige anskaffelser.

(13) Innklagede valgte å lyse ut arbeidet på veistrekningene som to separate konkurranser selv om strekningene grenser til hverandre. Fremgangsmåten som dermed er brukt, signaliserer at stordriftsfordeler ikke er et sentralt moment i konkurransen.

(14) Tildelingskriteriet "pris og prisfordeling" åpner ikke for å legge vekt på eventuelle rabatter. Verken kunngjøring eller konkurransegrunnlag åpner for at det gis en samlet pris på begge oppdragene.

(15) I vurderingen av hvilket tilbud som er det økonomisk mest fordelaktige, skal tilbudet evalueres opp mot tildelingskriteriene i den aktuelle konkurransen. Innklagede har lagt vekt på utenforliggende hensyn ved å tillegge forhold som vedrører konkurransen om kontrakt 0702 betydning i vurderingen av tilbudene i konkurransen om kontrakt 0804. En slik samlet vurdering av konkurransene er videre i strid med kravet til likebehandling og forutberegnelighet, jf lov om offentlige anskaffelser § 5.

(16) Selv om de to konkurransene anses bedømt hver for seg, har rabatten i tilbudet fra NCC gjort det umulig å bedømme konkurransene uavhengig av hverandre. Innklagede kunne derfor under enhver omstendighet ikke vurdert tilbudet fra NCC på grunnlag av den rabatterte prisen.

Innklagede har i det vesentligste anført:

(17) Innklagede anfører at klagenemnda skal avvise saken. Primært skal klagen avvises fordi domstolen allerede har behandlet tilsvarende spørsmål i forbindelse med begjæring om midlertidig forføyning, noe som må likestilles med "avgjort med dom i første instans", jf klagenemndforskriften § 6.

(18) Sekundært skal klagen avvises fordi det er uhensiktsmessig at saken behandles av klagenemnda etter at klager har fått anledning til å prøve saken i en domstol, jf klagenemndforskriften § 9. Klagenemndas skriftlige saksbehandling gjør det videre ikke hensiktsmessig å prøve innklagedes vurdering av de faktiske forhold i saken.

(19) Såfremt klagen ikke avvises på noen av disse grunnlagene, bestrider innklagede å ha brutt regelverket for offentlige anskaffelser.

(20) Innklagedes vurderinger av hensiktsmessigheten av størrelsen på kontrakten er ikke relevant i denne saken. Sakens kjerne er om oppdragsgiver i et tilfelle der konkurransegrunnlaget ikke berører temaet rabatter, kan ta rabatterte tilbud i betraktning.

(21) Rabatten fikk direkte innflytelse på valgte leverandørs tilbudte pris og faller således naturlig inn under hva som ble vektlagt under vurderingen av tildelingskriteriet "pris og prisfordeling".

(22) Ved å levere rabatterte tilbud tar leverandøren en kalkulert risiko, men dette er en naturlig del av konkurranseprosessen. Hvor en leverandør ser at utgifter vil kunne spares ved samtidig leveranse av kontrakter med nær sammenheng, må han kunne trekke disse besparelsene inn i den tilbudte pris. Slik vil stordriftsfordelene også kunne komme oppdragsgiver til gode.

(23) Siden betingelsen hadde inntrådt, var det kun én gjeldende pris i tilbudet fra NCC, den rabatterte prisen. Rabatten ble utløst av en objektivt konstaterbar hendelse. Innklagede foretok en isolert vurdering av konkurranse 0702 og fant at tilbudet fra arbeidsfellesskapet NCC var en del av, var det økonomisk mest fordelaktige. Verken innklagede eller NCC hadde noen mulighet til å påvirke vurderingene i konkurransen om kontrakt 0702 og rabatten utgjør dermed ingen problemer i forhold til kravet til likebehandling.

(24) Den eneste koblingen mellom konkurransene er NCCs rabattklausul. Tildelingen av kontrakt 0702 har skjedd helt uavhengig av tildelingen av kontrakt 0804, og hadde ikke NCC vært best i konkurransen om kontrakt 0702, hadde ikke NCC fått noen av oppdragene selv om NCCs samlede tilbud hadde vært best.

Klagenemndas vurdering:

(25) Klager har deltatt i konkurransen og har saklig klageinteresse, jf forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Anskaffelsen er underlagt del II i forskrift om offentlige anskaffelser, jf § 2-2.

Spørsmål om avvisning av saken

(26) Det følger av klagenemndforskriften § 6 tredje ledd at:

"Dersom spørsmålet som er gjenstand for klagen, er avgjort ved dom i første instans, kan klagen ikke tas til behandling."

(27) Klagers begjæring om midlertidig forføyning er vurdert etter tvangsfullbyrdelseslovens kapittel 15 og begge ganger forkastet fordi kravet ikke er sannsynliggjort. Sakens realitet er ved dette ikke avgjort ved dom. Ordlyden i klagenemndforskriften § 6 tredje ledd gir en klar avgrensning på bestemmelsens rekkevidde, og klagenemnda kan ikke se at det er rom for en utvidende tolkning. Klagenemndforskriftens § 6 tredje ledd kommer etter dette ikke til anvendelse.

(28) Innklagede anfører videre at domstolens behandling av spørsmålene knyttet til behandlingen av begjæringen om midlertidig forføyning gjør saken uhensiktsmessig for behandling i klagenemnda, jf klagenemndforskriften § 9. Klagenemnda er ikke enig i det. Enten det begjæres midlertidig forføyning i domstolssak eller i forkant av klagebehandling, har slik behandling ingen betydning for en senere realitetsprøving. At spørsmålene har vært underlagt behandling for tingretten i forbindelse med begjæring om midlertidig forføyning, er ikke i seg selv tilstrekkelig til at saken anses uhensiktsmessig for behandling av klagenemnda.

(29) Heller ikke innklagedes anførsler om hensiktsmessigheten av at klagenemnda vurderer faktiske forhold i saken fører frem. Saken er godt opplyst og reiser et klart og avgrenset prinsipielt spørsmål som det hører under klagenemnda å ta standpunkt til.

(30) Klagenemnda går etter dette over til en realitetsbehandling av klagen.

Rammene for innklagedes skjønnsutøvelse

(31) Det følger av forskrift om offentlige anskaffelser § 10-2 (2) at alle tildelingskriteriene som vil bli lagt til grunn, skal oppgis enten i konkurransegrunnlaget eller i kunngjøringen. Tildelingskriteriene skal være formulert slik at det er mulig for alle rimelige opplyste og normalt påpasselige leverandører å tolke tildelingskriteriene på samme måte, jf EF-domstolens dom C-19/00 (SIAC Construction). Klagenemnda har i flere tidligere saker lagt dette kravet om klarhet til grunn.

(32) Tildelingskriteriet "pris og prisfordeling" kan åpne for tilbud om rabatter. Dette kan være situasjonen der det er adgang til å gi pris på enkeltytelsen innen én og samme anbudskonkurranse. I dette tilfellet er det utlyst to adskilte oppdrag med samme tilbudsfrist, men uten at rekkefølgen i saksgangen er angitt. Hvorvidt rabatten blir aktuell, vil dermed bero på innklagedes valg av prosedyre for rekkefølgen. Innklagedes valg på dette punkt er åpenbart motivert av ønsket om å nyttiggjøre seg NCC's rabatt. Dette kan i seg selv ikke utgjøre brudd på regelverket. Hadde én eller flere av de konkurrerende tilbydere også tilbudt rabatt, ville den koordinerte vurdering og opplegg for saksbehandling fortsatt gått ut på å finne frem til det totalt sett mest fordelaktige tilbud. Klagenemnda understreker at prisvurderingen i dette tilfelle skjedde innenfor den tidsramme som ville være normal for de to oppdragene sett både enkeltvis og under ett, videre at valg av leverandør skjedde ut fra en ren prissammenligning av tilbudene.

(33) Klager har anført at kravet til forutberegnelighet, lov om offentlige

anskaffelser § 5 tredje ledd, er til hinder for innklagedes vektlegging av NCC's rabatt siden de øvrige tilbydere ikke har hatt oppfordring til å utforme sine tilbud i samsvar med en samlet vurdering. Spørsmålet er da om det ved oppdelingen av oppdraget og ved kunngjøring og utformning av konkurransegrunnlaget for de to kontraktene var rimelig klart at innklagede også kunne komme til å vurdere kobling av rabatter. Klagenemnda peker på at utformning av pristilbud på vilkår er et anliggende for tilbyderne enkeltvis. Vilkår som umuliggjør sammenligning av tilbudene skal avvises etter forskriftens § 8-10, men avvisningshjemmelen kan ikke brukes dersom en tilbyder knytter klare og presise forutsetninger til sitt tilbud slik som her. Å vektlegge rabatttilbud er derfor ikke i strid med likhetsprinsippet. Slik saken ligger an, og i betraktning av at konkurransen i dette tilfellet utelukkende ble avgjort ved sammenligning av priser, kan klagenemnda heller ikke se at innklagede ved å nyttiggjøre seg NCC's rabatttilbud har opptrådt i strid med konkurransegrunnlaget – eller at fremgangsmåten bryter med forutberegnelighetsprinsippet. At markedet vil tilby "kvantumsrabatt" ved flere oppdrag er i seg selv ikke uvanlig eller ekstraordinært. Etter dette foreligger det ikke brudd på regelverket.

Konklusjon

Statens vegvesen Region Sør har ikke brutt regelverket for offentlige anskaffelser.

For klagenemnda, 22. november 2004.

Kai Krüger



Forsiden
Nemndsmedlemmer
Saksbehandling
Regelverk
Innkomne saker
Statistikk
Årsrapporter
Dommer
Søk i avgjorte saker

Avgjorte saker:

[2003](#) [2004](#) [2005](#)

Besøksadresse

H. Heyerdalsgate 1
0033 Oslo

Postadresse

Postboks 8132 Dep
0033 Oslo

Tlf.: 22 33 70 10

Faks: 22 33 70 12

E-post:

postmottak@kofa.no

Avgjorte saker

Innklagede vektla egne erfaringer opp mot oppgitte referanser under evaluering av tilbud. Innhenting av referanser var ikke i samsvar med kravet til etterprøvnbarhet, og klagenemnda kom til at evalueringen i dette tilfellet ikke var i samsvar med likebehandlingskravet.

Klagenemndas avgjørelse 22. november 2004 i sak 2004/243

Klager: Inventum Øst AS

Innklaget: Kommunene Dovre, Lesja, Lom, Sel, Skjåk og Vågå

Klagenemndas medlemmer: Kai Krüger, Siri Teigum, Andreas Wahl

Saken gjelder: Evaluering av tilbud. Referanser. Egne erfaringer.

Bakgrunn:

(1) Kommunene Dovre, Lesja, Lom, Sel, Skjåk og Vågå kunngjorde 30. juni 2004 en åpen anbudskonkurranse for anskaffelse av kopimaskiner/multifunksjonelle maskiner. Prosessen ble gjennomført av Abakus AS, som også har tatt seg av klagebehandlingen. Kommunene og Abakus kalles heretter innklagede.

(2) Kontrakten er en rammeavtale med to års varighet, med opsjon på forlengelse i ett år. Det skulle gis tilbud både for leasing og kjøp av maskinene. Innklagede hadde beregnet etterspørsel, både for kjøp og leasing, i løpet av kontraktsperioden.

(3) Kontrakten skulle tildeles det økonomisk mest fordelaktige tilbudet. I konkurransegrunnlaget var følgende tildelingskriterier opplistet:

”

Priser

Totalkostnad/kvalitet

Miljøhensyn

Oppfølging/service

Referanser/brukererfaringer

Leveringssikkerhet og leveringstid

Funksjonalitet

Garantier

Sortimentsbredde

Forbehold"

(4) Kriteriet referanser/brukererfaringer var utdypet slik:

"Tilbyder oppfordres til å oppgi referanser for at oppdragsgiver skal kunne sjekke erfaringer med produkter og leverandør. Oppgi navn på firma/virksomhet, kontaktperson og telefonnummer."

(5) Også resten av tildelingskriteriene var utdypet noe. Kriteriene var ikke prioritert. I et vedlegg til konkurransegrunnlaget var det imidlertid sagt at "*pris teller halvparten, øvrige kriterier teller andre halvparten*".

(6) Tre leverandører inga tilbud, blant dem Inventum Øst AS (heretter kalt klager) og Konica Minolta Business Solutions Norway AS (heretter kalt Minolta).

(7) Ved prissammenstilling av de tre tilbudene ble klagers totale pris på tilbudte kopimaskiner beregnet til kr 417.000. For tilbudte maskiner inkl. dokumentmater og etterbehandling var prisen kr 559.350, mens den var kr 787.255 for maskiner som også hadde telefaks og printer. Minoltas tilbud var henholdsvis 27%, 19% og 17% dyrere innefor disse gruppene, sammenlagt 21% dyrere.

(8) Innklagede v/Abakus lagde en innstilling der tilbudene ble gjennomgått i henhold til hvert enkelt tildelingskriterium.

(9) Evalueringen av kriteriet referanser/brukererfaringer ble vurdert slik:

"Undertegnede har vært i kontakt med Lars Erik Hveem som er innkjøpssjef for Nordre og Søndre Land, samt Marlynn Bergeid fra Etnedal kommune. Hveem ga både Minolta og Eidsiva svært gode referanser. Når det gjaldt Inventum så var de et noe mindre firma, og jobbingen bar noe mer preg av "armer og bein". Imidlertid var han også fornøyd med Inventum som leverandør. Bergeid fra Etnedal kommune ga Inventum gode referanser, og ville absolutt anbefale dem som leverandør. Dette gjaldt både i forhold til service og mer tekniske ting slik som montering av maskiner i nettverk etc."

(10) Innklagede hadde kontaktet referansene per telefon. Det ble ikke tatt notater fra telefonsamtalene.

(11) I sammendraget het det:

"Minolta har levert en solid besvarelse, uten forbehold. De scorer høyt både på funksjonalitet, miljøhensyn, totalkostnad/kvalitet og referanser. De ligger imidlertid høyt i pris. Eidsiva har også levert en relativt bra besvarelse, men har

tatt forholdsvis mange forbehold. Bl.a. er ikke installasjon av maskiner i nettverk tatt med i prisene, de krever annen betalingsbetingelse samt kjøregodtgjørelse fra service til alle kommuner unntatt Sel. De ligger også ganske høyt i pris sammenlignet med Inventum, dog billigere enn Minolta. Inventum har levert den svakeste anbudsbesvarelsen, spesielt i forhold til miljøhensyn, total kostnad/kvalitet og oppfølging/service. De har imidlertid svært gode priser.”

(12) Innstillingen var som følger:

”Etter undertegnedes vurdering står det mellom Minolta og Inventum. Disse er totalt sett ganske vanskelige å skille hensyntatt at de scorer høyt på hver sine deler av besvarelsen. En viktig vurdering er bl.a. hvordan kommunene vil vekte de øvrige tildelingskriterier enn pris (innbyrdes). [...]”

(13) Brukergruppen, bestående av én representant fra hver kommune, avholdt møte den 23. september 2004, der det ble vedtatt å velge Minoltas tilbud. Følgende begrunnelse ble gitt:

”Brukergruppen innstiller på at Minolta velges som leverandør, da de etter brukergruppens vurdering har levert det økonomisk mest fordelaktige tilbudet.

[...]

Inventum velges ikke pga.:

Dårligere funksjonalitet på små maskiner enn valgt leverandør.

Svakere beskrivelse av miljøhensyn enn valgt leverandør, bl.a. er det ikke kommentert hvorvidt IT-ECO Declaration foreligger for tilbudte modeller.

Dårligere referanser enn valgt leverandør.

Dårligere tilbud i forhold til oppfølging/service, bl.a. i form av kurs, opplegg for kundekontakt og muligheter for maskinbackup samt innbyttegarantiordninger.”

(14) Minolta er i dag leverandør til alle kommunene, og på kriteriet referanser/bruker erfaringer ble innehentede referanser holdt opp mot innklagedes egne erfaringer med Minolta. På bakgrunn av at innklagede var ”særdeles godt fornøyd”, ble Minolta vurdert som bedre på dette kriteriet.

(15) Brukergruppemøtet resulterte i følgende poengfordeling:

”

			<i>Minolta</i>	<i>Eidsiva</i>	<i>Inventum</i>
			<i>Poeng</i>	<i>Poeng</i>	<i>Poeng</i>
<i>Vurderingskriterier</i>	<i>Vekt</i>	<i>Max</i>	<i>1-5 Total</i>	<i>1-5 Total</i>	<i>1-5 Total</i>

Variable:

<i>Leveringssikkerhet</i>	3	15	1	3	1	3	0	0
<i>Leveringstid</i>		3	15	5	15	4	12	5
15								

<i>Bestillingsrutiner</i>	1	5	4	4	5	5	0	0
<i>Funksjonalitet</i>	3	15	5	15	3	9	3	9
<i>Faste:</i>								
<i>Miljøhensyn</i>	3	15	5	15	5	15	1	3
<i>Sortimentsbredde</i>	3	15	5	15	5	15	5	15
<i>Fakturagebyr</i>	1	5	5	5	5	5	5	5
<i>Frakt</i>	2	10	5	10	5	10	5	10
<i>Kredittid</i>	3	15	5	15	3	9	5	15
<i>Totalkostnad/</i>								
<i>kvalitet</i>	1	5	5	5	4	4	0	0
<i>Referanser/</i>								
<i>brukererfaringer</i>	3	15	5	15	5	15	3	9
<i>Oppfølging/service</i>	3	15	5	15	4	12	1	3
<i>Responstid</i>	2	10	5	10	4	8	5	10
<i>Garantier</i>	2	10	3	6	3	6	5	10
<i>Forbehold</i>	3	15	5	15	1	3	5	15
<i>Sum 1</i>		180		163		131		119
<i>Priser</i>	18		8,0	144	8,5	153	10,0	180
<i>Sum total:</i>				307		284		299"

(16) I brev av 27. september 2004 ble leverandørene meddelt at Minolta ville bli tildelt kontrakten.

(17) Overfor klager begrunnet innklagede valget slik:

"Deres priser var lavere enn hos valgt leverandør, men Deres tilbud ble ikke valgt på grunn av dårligere funksjonalitet på små maskiner. I tillegg har den valgte leverandøren tilbudt et bedre opplegg for oppfølging og service, bl.a. i form av kurs, opplegg for kundekontakt og mulighet for maskinbackup samt innbyttegarantiordninger. Når det gjelder miljøhensyn så har ikke Dere kommentert hvorvidt IT-ECO Declaration ikke foreligger for tilbudte modeller. Innhentede referanser var også bedre i forhold til den valgte leverandøren når det gjelder oppfølging og service. Kommunen hadde i tillegg svært gode interne referanser i forhold til den valgte leverandøren."

(18) På forespørsel om hvilke referanser innklagede hadde kontaktet fikk klager i brev av 7. oktober 2004 opplyst at innklagede blant annet hadde forhørt seg med Lars Erik Hveem. Klager kontaktet så Hveem, som sendte en e-post 8. oktober 2004, der det blant annet het følgende:

"Det foreligger ingen meldinger fra brukerne så langt i avtaleperioden som tilsier misnøye med den service som utføres."

(19) E-posten ble videresendt innklagede samme dag.

Anførsler:

Klagers anførsler:

(20) Klager anfører at innklagede har brutt regelverket for offentlige anskaffelser.

(21) Når det gjelder kriteriet funksjonalitet, har klager fått trekk fordi de små maskinene ikke har fals og stift. Småmaskiner leveres normalt uten dette. Videre har innklagede vektlagt fremtidig bruk og behov, noe som ikke kan være relevant, da fremtidens maskiner vil ha forbedret funksjonalitet.

(22) Innklagede hadde ikke adgang til å vektlegge interne referanser så lenge de aktuelle kommunene ikke hadde erfaring også med klagers produkter. Med dette har innklagede brutt kravet til likebehandling.

(23) Klagers tilbud var 21% rimeligere enn det valgte tilbudet. I anbudsgrunnlaget er det oppgitt at pris vektles like mye som de andre kriteriene til sammen. Så lenge klager ikke fikk negativ uttelling på noen av de andre kriteriene, skulle klagers tilbud vært valgt.

(24) Endelig har innklagede brutt kravene til gjennomsiktighet og etterprøvnbarhet ved at begrunnelsen ikke forklarer hvorfor klager ikke ble tildelt kontrakten.

Innklagedes anførsler:

(25) Innklagede bestrider å ha brutt regelverket for offentlige anskaffelser.

(26) Klagers maskiner hadde dårligere funksjonalitet enn Minoltas maskiner. Anskaffelsen dreier seg om en rammeavtale med to års varighet, med opsjon på forlengelse i ytterligere ett år. Innklagede har derfor vurdert det som en fordel at det ikke ligger særlige begrensninger i forhold til hvilke funksjoner hver enkelt maskin kan utstyres med.

(27) Når det gjelder kriteriet referanser, hadde innklagede interne referanser med Minolta, men ikke med klager eller tredje leverandør. Det ble derfor hentet inn eksterne referanser på disse, nærmere bestemt innkjøpssjefen for Søndre og Nordre Land kommuner samt en representant fra Etnedal kommune. Klager fikk godt skussmål fra førstnevnte, men noe trekk for oppfølging og service. Sistnevnte rapporterte stor tilfredshet med klager. På bakgrunn av at innklagede var særdeles godt fornøyd med Minolta, ble denne vurdert som noe bedre enn klager på dette tildelingskriteriet.

Klagenemndas vurdering:

(28) Klager har deltatt i konkurransen og har saklig klageinteresse, jf forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Anskaffelsen følger etter sin verdi del III i forskrift om offentlige anskaffelser.

(29) Hovedspørsmålene i klagen er hvordan innklagede har vurdert kriteriene funksjonalitet og referanser/bruker erfaring under tilbudsevalueringen. Klagenemnda behandler først evalueringen av kriteriet funksjonalitet.

(30) Innklagede har vektlagt at Minoltas maskiner har flere funksjoner enn klagers. Selv om maskinene skal leveres over en tidsperiode på to til tre år, mener klagenemnda at det må være forsvarlig for oppdragsgiver å ta i betraktning funksjonaliteten på dagens maskiner, iallfall så lenge det ikke er noe konkret som tyder på at denne vil endres. Klagenemnda kommer derfor til at innklagedes evaluering av funksjonalitet ikke er i strid med forskriftens § 17-2.

(31) Når det gjelder referanser/brukererfaringer fra tidligere oppdrag, har klagenemnda tidligere godtatt at dette brukes som tildelingskriterium ved tjenesteanskaffelser basert på det økonomisk mest fordelaktige tilbud, jf klagenemndas avgjørelse i sak 2003/109. Ved kjøp av kopimaskiner med tilhørende serviceytelse fra leverandøren vil det også være en naturlig del av kvalitetsvurderingen å se hen til hvilket servicenivå som konkret kan forventes ut fra de erfaringer som er gjort ved tidligere maskinleveranser til samme eller annen oppdragsgiver. Men når slike erfaringer skal vektlegges som tildelingskriterium, må det stilles krav til dokumentasjon som sikrer objektivitet, likebehandling, gjennomsiktighet og etterprøvnbarhet, jf lovens § 5.

(32) Klagenemnda finner at tildelingskriteriet, slik det var oppgitt og presisert i konkurransegrunnlaget, etter sin ordlyd også kan omfatte oppdragsgivers egne erfaringer med vedkommende tilbyder. Spørsmålet er om det i denne saken var tillatt å vektlegge egne erfaringer på linje med andre leverandørers referanser, og i tilfelle på hvilken måte.

(33) Spørsmålet om oppdragsgivers vektlegging av erfaringer med én leverandøren ble behandlet i Rt. 2001 side 1062 (Nucleus-dommen). Saksforholdet var, kort oppsummert, at én av tilbyderne i en anbudskonkurranse hadde deltatt i et forprosjekt for oppdragsgiveren. Ved tildelingen av kontrakt la oppdragsgiver avgjørende vekt på *"den kompetansen [vedkommende] har dokumentert gjennom vinnar-utkastet i idekonkurransen, og føremunene med at denne erfaringa kan trekkjast med vidare i prosjekteringsarbeidet."* Om dette uttalte førstvoterende på vegne av retten:

"Etter mitt syn måtte byggherren ved tildeling av oppdrag likevel sjå bort frå deltakinga i idekonkurransen, i det deltakarane der ikkje i noko tilfelle kunne stillast betre enn dei andre anbydarane. Kravet om likebehandling [...] vart såleis her ikkje oppfylt."

(34) Dommen må etter klagenemndas oppfatning forstås slik at oppdragsgiver på grunn av kravet til likebehandling ikke kan legge vekt på at tilbyder har dokumentert kompetanse overfor oppdragsgiver tidligere i et forprosjekt, og at oppdragsgiver heller ikke kan legge vekt på at erfaringene fra idékonkurransen kan trekkes med videre. Spørsmålet er derfor om vektlegging av dokumenterte erfaringer med den service tilbyderne har ytt i tidligere kontrakter hos oppdragsgiver stiller seg vesentlig annerledes enn vektlegging av de dokumenterte erfaringene en tilbyder har fra et forprosjekt forut for den aktuelle anskaffelsen.

(35) Vurderingen av egne erfaringer med en leverandør holdt opp mot andres erfaringer med konkurrentene kan være problematisk i forhold til grunnkravene til likebehandling i lov om offentlige anskaffelser § 5. Dersom leverandørene har forskjellige referanser, må det tas høyde for at kontaktpersonene kan ha forskjellig uttrykksmåte. Særlig problematisk er egne positive erfaringer målt opp mot andre oppdragsgiveres erfaringer nedfelt i dokumenterte referanser. På den bakgrunn er det naturlig å skjerpe kravene til oppdragsgivers saksbehandling og begrunnelse i slike tilfeller.

(36) Skal slik dokumentasjon vektlegges ved kontraktstildeling, må det kreves at uttalelse fra referanser skjer skriftlig og slik at oppdragsgivers egen evaluering dokumenteres på samme måte og på lik linje både med tidligere oppdragsgiveres evaluering av konkurrerende leverandørers referanser. Innklagede brøt derfor lov om offentlige anskaffelser § 5 ved å hente inn uttalelser fra klagers referanser muntlig samt ved at det ikke fantes skriftlige

nedtegnelser over innklagedes egne erfaringer med Minolta. Det vises i denne forbindelse til klagenemndas uttalelse i sak 2003/11.

(37) Innklagede har gitt klager og Minolta forskjellig uttelling i vurderingen på dette punktet, basert på at erfaringen med Minolta var "særdeles god", mens klagers referanser var mer normalt gode. Referansene er gitt av ulike personer. Når innklagede har baserte evalueringen av Minolta utelukkende på egne erfaringer, mens innklagede ikke hadde noen egne erfaringer med klager og bare kontaktet muntlig to av de oppgitte referansene, finner klagenemnda at saksbehandlingen omkring innhenting og evaluering av referanser ikke har vært i henhold til kravet til likebehandling i lovens § 5.

Konklusjon:

Kommunene Dovre, Lesja, Lom, Sel, Skjåk og Vågå har brutt kravene til likebehandling og etterprøvnbarhet i lov om offentlige anskaffelser § 5 ved å vektlegge egne erfaringer mot oppgitte referanser uten å kunne dokumentere at evalueringene er gjort på forsvarlig måte.

For klagenemnda,

22. november 2004

Kai Krüger



[Forsiden](#)
[Nemndsmedlemmer](#)
[Saksbehandling](#)
[Regelverk](#)
[Innkomne saker](#)
[Statistikk](#)
[Årsrapporter](#)
[Dommer](#)
[Søk i avgjorte saker](#)
Avgjorte saker:
[2003](#) [2004](#) [2005](#)

Besøksadresse
 H. Heyerdalsgate 1
 0033 Oslo

Postadresse
 Postboks 8132 Dep
 0033 Oslo

Tlf.: 22 33 70 10

Faks: 22 33 70 12

E-post:

postmottak@kofa.no

Avgjorte saker

Saken gjelder anskaffelse av elektro/IKT-installasjoner ved Ringerike sykehus etter åpen anbudskonkurranse. Innklagede hadde brutt forskrift om offentlige anskaffelser §§ 3-8 (4) og 10-3 ved ikke å gi tilfredsstillende begrunnelse for valg av tilbud. Klagenemnda kom videre til at evalueringen av tildelingskriteriene var vanskelig å etterprøve, jf lov om offentlige anskaffelser § 5. For øvrig fant ikke klagenemnda grunnlag for å fastslå at regelverket var brutt.

Klagenemndas avgjørelse 8. november 2004 i sak 2003/239

Klager: YIT Building Systems AS

Innklagede: Ringerike sykehus HF

Klagenemndas medlemmer: Inger Roll-Matthiesen, Inger Marie Dons Jensen, Jens Bugge

Saken gjelder: krav til begrunnelse, krav til etterprøvnbarhet, tildelingskriterier, forhandlingsforbudet i anbudskonkurranser

Sakens bakgrunn:

(1) Ringerike sykehus (heretter kalt innklagede) kunngjorde 30. mai 2003 en åpen anbudskonkurranse om anskaffelse av elektro/IKT-installasjoner ved Ringerike sykehus. Tildeling av kontrakt skulle baseres på en vurdering av hvilket tilbud som var økonomisk mest fordelaktig. I kunngjøringen var følgende tildelingskriterier oppgitt i ikke-prioritert rekkefølge:

1. Leverings- eller ferdigstillingsdato.
2. Leveringssikkerhet.
3. Driftskostnader.
4. Lønnsomhet.
5. Teknisk verdi.
6. Estetisk og funksjonell verdi.
7. Pris.
8. Kvalitet".

(2) I konkurransegrunnlaget var tildelingskriteriene angitt på følgende måte, også her i ikke-prioritert rekkefølge:

"Kriterier	Dokumentasjon
Pris	Utfylt prisskjema
Timepris ved	Utfylt skjema

<i>tilleggsarbeider</i>	
<i>Kvalitet herunder estetisk og funksjonell verdi</i>	<i>Vedlegg tilbyder</i>
<i>Lønnsomhet herunder driftskostnader</i>	<i>Vedlegg tilbyder</i>
<i>Leveringssikkerhet</i>	<i>Vedlegg tilbyder</i>
<i>Materialkvalitet</i>	<i>Vedlegg tilbyder</i>
<i>Ferdigstillelse dato</i>	<i>Vedlegg tilbyder</i>
<i>Referanseprosjekt</i>	<i>Tilbudsdokumentasjon</i> ”

(3) YIT Building Systems AS, tidligere ABB Building Systems AS, (heretter kalt klager) var en av fire leverandører som leverte tilbud innen tilbudsfristen. Klagers tilbud hadde en pris på kr 27.622.495, mens tilbudet fra Bravida Prosess Control AS (heretter kalt Bravida), som senere ble tildelt kontrakt, hadde en pris på kr 25.569.568.

(4) Valgte leverandørs tilbud inneholdt en liste med ”presiseringer”. Her fremkom bl.a:

”NS 3430 pkt 20.2 Dagmulkt

Da vi er usikre på elektroentreprenørens totale ansvar for dagmulkt, ber vi om å få dette diskutert nærmere i en evt. kontraktsforhandling.”

(5) Det ble gjennomført et avklaringsmøte med Bravida 3. september 2003. Følgende punkter i referatet fra dette møtet er av interesse i denne saken:

”B1 Kontraksbestemmelser

... Pkt 20.2

Dagmulkt vil gjelde for milepæler angitt i forespørsel, omforent fremdriftsplan legges til grunn for slike milepæler.

...C4 Kap. 442 Belysningsutstyr

Tilbud er ikke ihht krav i forespørsel. Har benyttet for mange forskjellige leverandører. Bravida må velge en ”hovedleverandører” for lysarmaturer og evt en for downlights. For øvrige armaturer gjelder krav satt for hver armatur. RIE vil påse at krav gitt i post 442 er ivaretatt. Evt. priskonsekvens oversendes fra Bravida. Dokumentasjon for tilbudt utstyr oversendes. Mangler enhetspris post 442.38 kr 711, - mottatt i møte.

...C13 Fremdrift.

Evt. oppstart K4003 tidligere enn angitt i fremdriftsplan aksepteres av Bravida.”

(6) I referatet fra nytt avklaringsmøte med Bravida 15. oktober, etter meddelelsen om tildeling av kontrakt, ble følgende opplyst:

” Ref. Pkt C4 i møte nr 1

Kap. 442 Belysningsutstyr

Tilbudt hovedleverandører for belysning er Glamox. Underlag på tilbudte armaturer er oversendt RIE for gjennomsyn. Flere av de tilbudte typer er ikke ihht krav gitt i beskrivelse. Beskrivelsens krav skal gjelde for alle armaturer og må oppfylles av Bravida. Pristillegg for oppfyllelse av kravene aksepteres ikke. Bravida bekrefter at de godtar dette.”

(7) I innklagedes evalueringsrapport gis følgende opplysninger om evalueringen av tilbudene:

” 2.3 Tildelingskriterier

Tildelingen av kontrakten vil skje etter en samlet vurdering av kriteriene nedenfor i uprioritert rekkefølge:

Kriterier	Dokumentasjon	Verdi
Pris	Utfylt prisskjema med underposter og enhetspriser, forbehold i eget følgeskriv	
Timepriser	Timepriser ved tilleggsarbeide	
Leveringssikkerhet	Firmadokumentasjon, tilgjengelige ressurser	
Materialer og kvalitet	Liste over tilbudt materiell, herunder også estetisk og funksjonell verdi	
Referanser	Referanseprodukter	
Lønnsomhet	Vurdering av tilbud	
Ferdigstillelse	Forbehold til vedlagt fremdriftsplan	

2.4 Vurderingskriteriet

Samtlige tildelingskriterier ble gjennomgått og vurdert. Det er foretatt en objektiv vurdering etter beste skjønn av evalueringsgruppen.

...4.2 Tildelingskriterie 1

Pris

Alle tilbud er kontrollregnet og det er ikke fremkommet summeringsfeil. På grunn av stor prisforskjell er de to laveste tilbud kontrollregnet med oppgitte enhetspriser ihht mengde. Det fremkom ingen avvik i forhold til oppgitt tilbudspris.

Bravida har levert beste pris etter kontrollregning og gjennomgang av forbehold.

4.3 Tildelingskriterie 2

Leveringssikkerhet.

De to laveste tilbydere Bravida og ABB har tilstrekkelige og tilgjengelige ressurser for gjennomføring av prosjektet.

4.4 Tildelingskriterie 3

Materialer og Kvalitet.

Tilbudt materiell fra de to laveste tilbydere Bravida og ABB avviker ikke vesentlig fra krav satt i tilbudsforespørsel. Bravida har benyttet flere leverandører for belysning. Krav i beskrivelse skal oppfylles for tildeling av kontrakt.

4.5 Tildelingskriterie 4

Referanseprosjekt.

Bravida og ABB har relevant erfaring fra store prosjekter.

4.6 Tildelingskriterie 5

Timepris ved tilleggsarbeider.

Oppgitte timepriser for regningsarbeider er kontrollert. ABB har høyere timerater for montør og Ingeniør og et estimert tilleggsarbeid må derfor øke prisforskjell mellom laveste og nest laveste anbyder.

4.7 Tildelingskriterie 6

Lønnsomhet.

Vurdering av tilbudt materiell og system er tilnærmet likeverdige for de to tilbydere. Vurdering av levetid og driftsøkonomi i anleggene vil vesentlig berøre belysningsanlegget og vil ikke være utslagsgivende for evalueringen. Øvrige systemer vurderes som likeverdige med hensyn til teknisk levetid.

4.8 Tildelingskriterie 7

Ferdigstillelse.

Ingen av tilbyderne har medtatt forbehold vedr. fremdriftsplan.”

(8) I brev datert 9. september 2003 ble klager informert om at innklagede aktet å inngå kontrakt med Bravida. Følgende begrunnelse ble gitt

for valg av tilbud:

"Valgte leverandør har ingen avvik fra konkurransegrunnlaget vedrørende kvalitet, driftskostnader og en pris som er konkurransedyktig."

(9) Vedlagt dette brevet fulgte protokoll fra tilbudsåpningen. I protokollen var tilbudenes nominelle priser oppgitt.

(10) Klager fant ikke innklagedes begrunnelse tilfredsstillende og ba i brev av 20. oktober 2003 om ytterligere opplysninger. I brevet ble det stilt spørsmål om samtlige tildelingskriterier var vurdert i bedømmelsen av tilbudene.

(11) Innklagede ga følgende redegjørelse i sitt svarbrev 21. oktober:

"Tildelingskriterier som er vektlagt i vår evaluering er de samme kriterier som fremkommer av anbudskonkurranse.

Ref. Anbudsbestemmelser bok 0 punkt 3.1.2.

Ref. forskrift om offentlige anskaffelser § 10.2

Ytterligere begrunnelse synes unødvendig da ingen av tilbydere er forkastet, og er vurdert etter oppgitte kriterier."

(12) Kontrakt ble inngått med Bravida 7. november 2003.

Klager har i det vesentligste anført:

(13) Innklagede har brutt regelverket for offentlige anskaffelser.

(14) Begrunnelsen som er gitt for valg av tilbud, er ikke tilfredsstillende. Innklagede har heller ikke utdypet sitt valg av tilbud trass i at klager har bedt om en nærmere begrunnelse.

(15) Innklagede har ikke kunnet redegjøre for om samtlige tildelingskriterier er vurdert.

(16) Innklagede har brutt forskriften § 9-1 ved å forhandle med valgte leverandør under evalueringsprosessen.

Innklagede har i det vesentligste anført:

(17) Innklagede erkjenner å ha brutt regelverket ved verken å ha gitt en tilfredsstillende første begrunnelse eller en nærmere begrunnelse, jf forskrift om offentlige anskaffelser §§ 10-3 og 3-8 (4). For øvrig bestrider innklagede å ha brutt regelverket for offentlige anskaffelser.

(18) Det fremgår klart av evalueringsrapporten at samtlige tildelingskriterier er evaluert. Bortsett fra tilbudt pris har klager og valgte leverandør blitt vurdert som likeverdige.

(19) Avklaringsmøtene som ble holdt med valgte leverandør, medførte ingen endringer av den tilbudte prisen, men var tekniske avklaringer som er tillatt etter forskriften § 9-1 (2) bokstav b.

Klagenemndas vurdering:

(20) Klager har deltatt i konkurransen og har saklig klageinteresse, jf forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Klager og innklagede er enige om at konkurransen er gjennomført i henhold til reglene i forskrift om offentlige anskaffelser del II, og klagenemnda legger dette til grunn.

Krav til begrunnelse

(21) Innklagede erkjenner å ha brutt begrunnelsesplikten etter forskriften §§ 10-3 og 3-8 (4). Klagenemnda vil påpeke at dette er i strid med de grunnleggende kravene til etterprøvnbarhet og forsvarlig saksbehandling, jf. lov om offentlige anskaffelser § 5 og forskrift om offentlige anskaffelser § 3-1. Manglende begrunnelse er et alvorlig regelbrudd, siden det fratru leverandørene muligheten til å avdekke eventuelle feil som kan føre til at oppdragsgiveren omgjør sin beslutning om tildeling av kontrakt, jf § 10-3 (3). Leverandørene får heller ikke grunnlag for eventuelt å iverksette rettslige skritt før tildeling av kontrakt, og de får ikke den forutsatte kunnskap for eventuelt å kunne bearbeide sine tilbud ved en annen anledning.

Evaluering av tildelingskriteriene

(22) Oppdragsgiver plikter å evaluere samtlige angitte kriterier i tildelingsvurderingen. De konkurrerende tilbudene skal bedømmes og rangeres etter deres oppfyllelse av de respektive tildelingskriteriene. Innklagede har angitt tildelingskriteriene på ulik måte i kunngjøring og konkurransegrunnlag. Klagenemnda vil påpeke at dette er uheldig da det kan skape usikkerhet om hvordan tildelingskriteriene er å forstå. Formuleringene av tildelingskriteriene tyder imidlertid på at kriterienes reelle innhold i det alt vesentlige er uendret, og klagenemnda finner derfor ikke grunn til å gå nærmere inn på forholdet til klarhetskravet.

(23) Av innklagedes egne evalueringsprotokoller har det for klagenemnda ikke vært mulig å se hvordan innklagede har rangert tilbudene under enkelte av tildelingskriteriene. Slik saken er opplyst for klagenemnda, er det imidlertid ikke grunnlag for å fastslå at ikke alle kriteriene er vurdert, med det resultat at leverandørene ble vurdert som likeverdige på alle punkter med unntak av pris. Omtalen av vurderingen av enkelte av kriteriene kunne imidlertid vært mer utførlig i evalueringsprotokollen. Dette ville gjort det lettere å etterprøve evalueringen, jf lov om offentlige anskaffelser § 5.

Forholdet til forhandlingsforbudet i anbudskonkurranser

(24) Det følger av forskriften om offentlige anskaffelser § 9-1 (1) at det i anbudskonkurranser ikke er tillatt å endre eller forsøke å endre tilbudene gjennom forhandlinger. Klager anfører at innklagede har brutt dette

forhandlingsforbudet på flere punkter.

(25) Klagenemnda tar først stilling til om Bravidas ønske om diskusjoner knyttet til dagmulkt og den påfølgende klargjøring av dette spørsmålet i referatet fra møtet 3. september innebærer et brudd på forhandlingsforbudet, jf. § 9-1 (1). Avklaringsmøtet endte med følgende formulering:

" Pkt 20.2

Dagmulkt vil gjelde for milepæler angitt i forespørsel, omforent fremdriftsplan legges til grunn for slike milepæler."

(26) Det følger av PEAB-saken, Rt 2001 s 1288, at forbehold om å få drøftet fremdriften nærmere kan føre til avvisning av det aktuelle tilbud. Klagenemnda legger imidlertid til grunn at det ikke var et slikt forbehold som ble tatt da Bravida ønsket å få diskutert dagmulktansvaret. Klagenemnda kan således heller ikke se at det er søkt å ta initiativ til eller foretatt endringer i strid med forskrift om offentlige anskaffelser § 9-1 (1).

(27) Av ovennevnte referats punkt C4 følger det at tilbudet fra Bravida ikke var i tråd med konkurransegrunnlagets krav hva angikk belyningsutstyr. For å unngå bruk av for mange forskjellige leverandører ble Bravida bedt om å velge en hovedleverandør for lysarmaturer og eventuelt en for downlights. Da klagenemnda ikke kjenner de eksakte krav til bruk av underleverandører, har klagenemnda her ikke grunnlag for å ta stilling til om det har vært foretatt en endring i strid med forhandlingsforbudet i § 9-1 (1) eller om det er tale om en lovlig teknisk avklaring, jf. § 9-1 (2).

Konklusjon:

Ringerike sykehus HF har brutt regelverket ved ikke å ha gitt tilfredsstillende begrunnelse, jf forskrift om offentlige anskaffelser § 10-3 og § 3-8 (4). Dette er erkjent.

Ringerike sykehus HF har vanskeliggjort etterprøvbareheten i forbindelse med vurderingen av tildelingskriteriene, jf lov om offentlige anskaffelser § 5.

Klagenemnda finner for øvrig ikke grunnlag for å fastslå at regelverket er brutt.

For klagenemnda,

8. november 2004

Inger Roll-Matthiesen



Forsiden
Nemndsmedlemmer
Saksbehandling
Regelverk
Innkomne saker
Statistikk
Årsrapporter
Dommer
Søk i avgjorte saker

Avgjorte saker:

[2003](#) [2004](#) [2005](#)

Besøksadresse

H. Heyerdalsgate 1
0033 Oslo

Postadresse

Postboks 8132 Dep
0033 Oslo

Tlf.: 22 33 70 10

Faks: 22 33 70 12

E-post:

postmottak@kofa.no

Avgjorte saker

Innklagede hadde i kunngjøringen krysset av for at det økonomisk mest fordelaktige tilbudet ville bli valgt, mens det ikke var oppgitt noen tildelingskriterier. Dette var et brudd på lovens krav til forutberegnelighet. Innklagede var da forpliktet til å velge tilbudet med lavest pris, og klagenemnda fant at prisen var beregnet riktig.

Klagenemndas avgjørelse 8. november 2004 i sak 2003/270

Klager: ITT Flygt AS

Innklaget: Voss kommune

Klagenemndas medlemmer: Jens Bugge, Inger Marie Dons Jensen, Inger Roll-Matthiesen

Saken gjelder: Manglende angivelse av tildelingskriterier. Beregning av pris.

Bakgrunn:

(1) Voss kommune (heretter kalt innklagede) kunngjorde 27. august 2003 en åpen anbudskonkurranse for levering av en kloakkpumpestasjon, ferdig installert med pumper og overbygg.

(2) Ifølge kunngjøringen skulle innklagede velge det økonomisk mest fordelaktige tilbudet på bakgrunn av kriterier oppført i konkurransegrunnlaget. I konkurransegrunnlaget var det imidlertid ikke oppgitt noen tildelingskriterier eller på annen måte beskrevet hva innklagede ville vektlegge for å identifisere det økonomisk mest fordelaktige tilbudet.

(3) I henhold til konkurransegrunnlaget skulle leveringen omfatte:

"Levering av kloakkpumpestasjon med overbygg.

Installasjon av ein komplett driftsklar kloakkpumpestasjon.

Montasje av pumpeusump og overbygg vert utført av Voss kommune, tekniske tenester, driftsavd."

(4) Under punkt 11 var pumpesystemet nærmere beskrevet. Det het i punkt 11.1:

"Pumpestasjonen skal vera utstyrt med 2 stk. våtoppstilte pumper, kvar med ein kapasitet på min. 17.6 l/s for 4.0 mvs. og trykktap 920 m Ø160 PE80, PN 12.5."

(5) Videre var det blant annet stilt følgende krav i punkt 11.3:

"I taket skal det monterast ei varmgalvanisert stålskinna (i bjelke) for opphenging av løpekatt med kjettingtalje. Den skal monterast sentrisk over både lukene slik at ei skinne betjener både lukeopningane. Skinna skal vera retta sentrisk over dørøpninga. Det er ynskjeleg om skinna kan skyvast ut gjennom dørøpninga.

Det skal leverast og monterast kjettingtalje på løpekatt. Talja skal ha el-motor og vera av type Kito eltalje, 3-fasa, 500 kg lyfthøgde, to partar. Heisehøgde 5 m. Inklusiv styrekabel og styretablå og kjettingsamlar. Talja skal vera sertifisert og stempla for ei vekt som min. tilsvarar pumpa si bruttvekt og min. 500 kg. Sertifikat skal vera å finna saman med stasjonen sin driftsinstruks."

(6) I konkurransegrunnlaget var det under pkt 6.0 TILBODSREGLAR angitt at:

"NS 3400 "Reglar om anbudskonkurranse for bygg og anlegg" gjeld med endringar/tillegg som går fram i dette kapittel.

(7) Under endringer av NS 3400 var det bl. a. angitt at:

"Pkt. 7.4: Går ut og erstatta med følgjande:

Det er høve til å gjeva tilbod på alternative løysingar i tillegg til dei løysingane som er gjevne i tilbodsgrunnlaget. Førsetnaden for dette er at alle tilbodspostane vert fylt ut og at alternativt tilbod skal gjevast i vedlegg.

(...)"

(8) Fire leverandører innga tilbud innen fristen 9. september 2003, blant dem ITT Flygt AS (heretter kalt klager) og Lindflaten AS. Klagers tilbudspris eks. merverdiavgift var kr 262.300, mens Lindflatens var kr 264.500.

(9) Lindflatens tilbud inkluderte flere poster som klager hadde priset som tillegg, deriblant sertifisering av løftearrangement og travers (i-bjelke). Lindflatens tilbud inkluderte dessuten tilkobling og melding av strøm, som klager ikke hadde priset. Som alternativ til våtoppstilte pumper tilbød Lindflaten tørroppstilte til samme pris.

(10) Den 10. september 2003 fikk leverandørene tilbakemelding per e-post, der tilbudene var kontrollregnet. Innklagede skrev:

"Resultat av tilbodskonkurransen viser etter kontrollrekning::

(Inkl. trykkgjeverstyring)

*Lindflaten AS: kr. 274.500 (inkl. el.install/anmelding, sertifisering talje m.m).
(Trykkstøt: frekv.omf. eller trykktank m.m ikkje prisgjeve).*

ITT Flygt AS: kr. 281.300 (ekskl. el. install/anmelding), (Trykkstøt: Tillegg frekvensomf. er prisgjeve men ikkje inkludert i denne pris)"

(11) Innklagede la frem en ny prisberegning i vedlegg til e-post sendt leverandørene den 17. september 2004. Klagers pris var beregnet til kr 267.300 for løsning i henhold til kravspesifikasjonen. Med tillegg av enkelte ønskede opsjoner var prisen kr 298.200. Lindflatens tilbud ble beregnet til henholdsvis kr 264.500 og kr 290.500. Innklagede har forklart overfor klagenemnda at det var prisene for pumpestasjon i henhold til kravspesifikasjonen som ble lagt til grunn for evalueringen.

(12) Klagers pris ble altså oppjustert fra kr 262.300 til kr 267.300. Påslaget skyldes at det er beregnet kr 2.000 for travers (i-bjelkeforlenger) og kr 3.000 for sertifisering av løftearrangement etter montering. Begge disse prisene var oppgitt som tilleggspriser av klager. I tillegg ble det nevnt at klager ikke hadde inkludert tilkobling og melding av strøm. Innklagede har anslått denne utgiften til mellom 1.500 og 2.000 kr, men beløpet ble ikke lagt til i totalsummen for klagers tilbud.

(13) Etter forskrift av 7. mars 1974 til arbeidsmiljøloven er det et krav at løftearrangementet er sertifisert, jf forskriftens § 38.

Anførsler:

Klagers anførsler:

(14) Innklagede har brutt regelverket for offentlige anskaffelser.

(15) Innklagede har ikke vektlagt energikostnadene, som utgjør mellom 30 og 50% av livsløpskostnadene til et pumpeystem. Løsningen klager tilbyr, har lavere energiforbruk, og klager har derfor levert det økonomisk mest fordelaktige tilbudet.

(16) Videre har innklagede beregnet prisen på klagers tilbud feil. Kravet om sertifisering gjaldt bare for taljen. Innklagede kan derfor ikke ta med pris for hele løftearrangementet.

(17) Lindflatens tilbud skulle dessuten vært avvist, da det i strid med kravspesifikasjonen ble tilbudt tørroppstilte pumper. Klager ble opplyst per telefon at det ikke kunne tilbys tørroppstilte pumper.

(18) Lindflaten fikk inngi pris på frekvensomformere 15. september 2003, dvs. flere dager etter tilbudsfrist.

Innklagedes anførsler:

(19) Innklagede bestrider å ha brutt regelverket for offentlige anskaffelser.

(20) Prisen på klagers tilbud er ikke beregnet feil. De postene som er påplussert, var etterspurt i kravspesifikasjonen.

(21) Pris for sertifisering gjaldt selvsagt hele løftearrangementet. Anlegget skulle leveres og monteres i komplett driftsklar stand.

(22) Lindflaten tilbød både våtoppstilte og tørroppstilte pumper, og det var tilbudet på våtoppstilte pumper som ble evaluert. I ettertid fant innklagede at alternativet med tørroppstilte pumper var et bedre tilbud.

(23) Frekvensomformere var ikke med i prissammenligningen. At Lindflaten ga pris på dette etter tilbudsfristen, har derfor ikke hatt noen betydning.

Klagenemndas vurdering:

(24) Klager har deltatt i konkurransen og har saklig klageinteresse, jf forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig.

(25) Anskaffelsen følger etter sin art reglene i forskrift om innkjøpsregler for oppdragsgivere innen vann- og energiforsyning, transport og telekommunikasjon (forsyningsforskriften), jf dennes § 8 bokstav b) og forskrift om offentlige anskaffelser § 1-2 (4). Anskaffelsens verdi er imidlertid under terskelverdiene i forsyningsforskriften § 11, slik at forskriften likevel ikke får anvendelse. Selv om ingen av forskriftene kommer til anvendelse, plikter oppdragsgiver å følge reglene i lov om offentlige anskaffelser.

(26) Det er i konkurransegrunnlaget angitt at NS 3400 "Reglar om anbudskonkurranse for bygg- og anlegg" kommer til anvendelse. I og med at anskaffelsen ikke er underlagt forsyningsforskriften, er det ikke ulovlig å påberope NS 3400 som gjeldende regler for gjennomføring av anbudskonkurransen. Det følger imidlertid av lovens grunnleggende krav om gjennomsiktighet og forutberegnlighet at oppdragsgiver plikter å gi utfyllende opplysninger om eventuelle spesielle tilbudsregler. En generell henvisning til NS 3400, slik det synes å være gjort i dette tilfellet, oppfyller ikke disse kravene. Spørsmålet for klagenemnda blir dermed utelukkende om innklagede har brutt de grunnleggende krav i lov om offentlige anskaffelser.

(27) Til tross for at det i kunngjøringen var oppgitt at innklagede ville velge det økonomisk mest fordelaktige tilbudet på bakgrunn av kriterier oppgitt i konkurransegrunnlaget, inneholdt ikke konkurransegrunnlaget noen tildelingskriterier eller andre opplysninger om hvilke forhold innklagede ville vektlegge ved valg av tilbud. En generell henvisning til NS 3400 kan, som det fremgår ovenfor, ikke anses som utfyllende opplysninger hva gjelder eventuelle tildelingskriterier. Innklagede har dermed brutt kravet til forutberegnlighet i lovens § 5. Det vises i denne forbindelse til at klager antok at det ville bli tatt hensyn til driftsutgifter.

(28) Når det ikke er oppgitt utfyllende tildelingskriterier, plikter oppdragsgiver å velge det tilbudet som har lavest pris, jf. klagenemndas avgjørelser i sakene 2003/11, 2003/21 og 2003/190. Så langt klagenemnda kan se, har innklagede gjort nettopp dette. Spørsmålet blir dermed om innklagede vektla riktige forhold ved utregningen av prisen.

(29) I sak 2004/273 uttalte klagenemnda at kriteriet pris naturlig må forstås som det beløp oppdragsgiver skal betale direkte til leverandøren. Når tilbudet med lavest pris måtte velges, betyr dette at innklagede var forpliktet til å velge den leverandøren som tilbød lavest kontraktspris.

(30) Innklagede konstaterte at klagers løsning hadde lavere energiforbruk, men ved beregningen av pris har innklagede bare vektlagt forhold av betydning for kontraktsprisen. Så langt klagenemnda kan se, har innklagede på dette punkt opptrådt i tråd med regelverket.

(31) Spørsmålet er så om innklagede beregnet kontraktsprisen riktig.

(32) I konkurransegrunnlaget var det stilt krav om en komplett driftsklar pumpestasjon minus montering av pumpesump og overbygg. I tilbudet har klager priset en del poster som tilleggsleveranser, og innklagede har plusset på noen av disse, for at tilbudet skulle være i samsvar med konkurransegrunnlaget.

(33) Klagers oppgitte pris var kr 262.300, mens Lindflatens var kr 264.500. Innklagede har lagt frem forskjellige prisberegninger, men hevder at den beregningen som ble lagt til grunn for valget, var den som ble fremlagt for

klagenemnda som vedlegg til tilsvaret. Klagenemnda må bygge på dette. De to postene som ble plussset på klagers tilbud, er begge hentet fra klagers oppgitte tilleggspriser.

(34) Så vidt klagenemnda kan se, inngår "i-bjelke" i kravspesifikasjonen, slik at innklagede hadde plikt til å plusse på prisen for dette når den ikke var inkludert i klagers sluttsum. Innklagede gjorde altså rett i å legge til kr 2.000 til klagers pris for dette.

(35) En rimelig tolkning av konkurransegrunnlaget, sammenholdt med forskriftens krav, tilsier også at kravet til sertifisering ikke bare gjelder for taljen, men for hele løftearrangementet. Det er ikke bestridt at klager var klar over at sertifisering av hele løftearrangementet er et krav for å kunne sette pumpestasjonen i drift. Innklagede hadde dermed plikt til å legge til pris for sertifisering i klagers tilbud.

(36) At Lindflaten inga pris for frekvensomformere etter at tilbudsfristen var utløpt, er uten betydning, da denne posten ikke var en del av innklagedes prisberegning.

(37) Klagenemnda kommer derfor til at innklagedes beregning av prisen har vært i samsvar med regelverket for offentlige anskaffelser.

(38) Endelig behandler klagenemnda spørsmålet om innklagede kunne velge klagers alternativ med tørroppstilte pumper.

(39) Lindflatens tilbud hadde samme pris uansett om innklagede ville velge tørr- eller våtoppstilte pumper. Så lenge innklagede hadde varslet at alternative tilbud ville bli tatt i betraktning, kunne innklagede selv velge løsning. Klagenemnda konstaterer at partene er uenige om hvorvidt innklagede fortalte klager at tilbud med tørroppstilte pumper ville bli evaluert, og har ikke forutsetninger for å ta stilling til om innklagede med dette hindret klager i å komme med et bedre tilbud.

Konklusjon:

Voss kommune har ikke oppfylt kravet til forutberegnelighet i lov om offentlige anskaffelser § 5, da det ikke i konkurransegrunnlaget ble oppgitt tildelingskriterier, til tross for at dette ble varslet i kunngjøringen. Klagenemnda kan imidlertid ikke se at det er feil ved prisvurderingen.

For klagenemnda,

8. november 2004

Inger Marie Dons Jensen



Forsiden
Nemndsmedlemmer
Saksbehandling
Regelverk
Innkomne saker
Statistikk
Årsrapporter
Dommer
Søk i avgjorte saker
Avgjorte saker:
[2003](#) [2004](#) [2005](#)

Besøksadresse
H. Heyerdalsgate 1
0033 Oslo

Postadresse
Postboks 8132 Dep
0033 Oslo

Tlf.: 22 33 70 10

Faks: 22 33 70 12

E-post:

postmottak@kofa.no

Avgjorte saker

I en åpen anbudskonkurranse om trykkeritjenester fant innklagede at det ikke var økonomisk dekning for å gjennomføre konkurransen. Innklagede valgte derfor å avlyse konkurransen og heller benytte seg av en opsjon på forlengelse av den eksisterende trykkerikontrakten. Klagenemnda kom til at innklagede hadde saklig grunn til å avlyse konkurransen.

Klagenemndas avgjørelse 8. november 2004 i sak 2004/1

Klager: Allkopi

Innklaget: Høgskolen i Oslo

Klagenemndas medlemmer: Jens Bugge, Inger Marie Dons-Jensen og Inger Roll-Matthiesen.

Saken gjelder: Saklig grunn for avlysning.

Sakens bakgrunn:

(1) Høgskolen i Oslo (heretter kalt innklagede) kunngjorde 12. august 2003 en åpen anbudskonkurranse om trykkeriløsning til Høgskolen i Oslo under forskrift om offentlige anskaffelser del II. Den eksisterende leverandøren var Xerox AS (heretter kalt Xerox).

(2) Avtalen med Xerox var inngått 24. november 2000 med gyldighet fra 31. desember 2000 til 31. desember 2003. Innklagede hevder å ha hatt en kontraktsfestet opsjon i forhold til Xerox på å kunne forlenge kontrakten med inntil to år.

(3) Bakgrunnen for at innklagede kunngjorde en ny konkurranse før utløpet av kontraktperioden, var at de gjennom markedskontakt, blant annet gjennom møte med Allkopi (heretter kalt klager), fikk en innføring i muligheter i markedet, og fikk forståelse av at det fantes rimeligere løsninger enn den eksisterende trykkeriløsningen.

(4) Fem leverandører innga tilbud, herunder klager og Xerox. Xerox leverte også inn et alternativt tilbud.

(5) I brev av 1. desember underrettet innklagede leverandørene om at Xerox var valgt som leverandør, med klagefrist til 9. desember 2003.

(6) I brev av 8. desember meddelte innklagede at anbudskonkurranse var avsluttet. Begrunnelsen lød:

"Løsningen som var skissert i konkurransegrunnlaget viste seg å ikke være økonomisk akseptabel slik at vi vurderte en alternativ løsning. Imidlertid ser vi at de økonomisk og tekniske minstekrav til alternative løsninger ikke var tilfredstillende beskrevet i vårt grunnlag. I tillegg har en av leverandørene gjort oss oppmerksom på muligheten for feiltolking av pristabellen i konkurransegrunnlaget.

Det vil bli utlyst en ny konkurranse i løpet av 2004 med sannsynlig kontraktsstart 01.01.06"

(7) Den 10. desember utløste innklagede opsjonen med Xerox.

Klager har i det vesentlige anført:

(8) Innklagede hadde etter regelverket om offentlige anskaffelser ikke adgang til å avlyse konkurransen.

(9) Innklagede brøt regelverket ved å benytte seg av opsjonen.

Innklagede har i det vesentlige anført:

(10) Innklagede bestrider å ha brutt regelverket om offentlige anskaffelser.

(11) Ved evalueringen av tilbudene erfarte innklagede at omlegging til stykkpris ikke ville medføre noen kostnadsreduksjon. Klagers tilbud ville ikke kunne hevde seg i konkurransen. Dette gjelder også når innklagede vurderer klagers tilbud ut fra de prisene klager mener skal legges til grunn.

(12) Xerox' alternative tilbud viste seg å være det økonomisk mest fordelaktige. Innklagede erkjente imidlertid at konkurransegrunnlaget burde gitt mer presise opplysninger om det alternative tilbudet. Innklagede valgte derfor å se bort fra det alternative tilbudet.

(13) Med bakgrunn i at prissystemet var uheldig formulert i konkurransegrunnlaget, så innklagede det som mest hensiktsmessig å avlyse konkurransen. Den avgjørende grunnen var imidlertid at ingen av tilbudene var økonomisk akseptable. En omlegging til ny trykkeriløsning ville bli minst kr. 500.000 dyrere enn den eksisterende løsningen. Innklagede har ikke midler til å dekke denne kostnadsøkningen.

(14) Innklagede hadde rett til å falle tilbake på forlengelsesopsjonen.

Klagenemndas vurdering:

(15) Klager har deltatt i anbudskonkurransen, og har saklig klageinteresse, jf. forskrift om klagenemnd om offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig.

(16) Forskrift om offentlige anskaffelser § 10-1 (1) bestemmer at en oppdragsgiver kan avlyse en konkurranse med øyeblikkelig virkning dersom det foreligger saklig grunn.

(17) Økonomiske og forretningsmessige begrunnelser er generelt saklige grunner, jf. Concord II kjennelsen i Rt. 2001 s. 473. Det kreves ikke en kvalifisert overvekt av økonomiske hensyn for at avlysning skal kunne skje, men avgjørelsen må hvile på en fullt ut forsvarlig vurdering.

(18) I den foreliggende saken er avlysningen begrunnet i at omlegging til stykkpris ikke ga økonomisk reduksjon i forhold til eksisterende avtale, og at innklagede ikke hadde budsjettmessig dekning for kostnadsøkningen. Dette fremstår som en rent økonomisk vurdering. Klager har ikke godtgjort at

vurderingen på dette punktet hviler på et uforsvarlig grunnlag. Innklagede hadde således saklig grunn til å avlyse konkurransen.

(19) Klagenemnda vil bemerke at det ut fra de fremlagte dokumenter er noe uklart om det har foreligget en opsjon på forlengelse av den eksisterende kontrakten med Xerox på uforandrede vilkår, slik innklagede hevder. Forutsatt at en slik opsjon var hjemlet i kontrakten, kan klagenemnda ikke se at det var i strid med regelverket at innklagede gjorde opsjonen gjeldende.

Konklusjon:

Høgskolen i Oslo har ikke brutt regelverket om offentlige anskaffelser ved å avlyse konkurransen, da det forelå saklig grunn for dette, jf. forskrift om offentlige anskaffelser § 10-1 (1).

For klagenemnda, Oslo 8. november 2004

Jens Bugge



Forsiden
Nemndsmedlemmer
Saksbehandling
Regelverk
Innkomne saker
Statistikk
Årsrapporter
Dommer
Søk i avgjorte saker

Avgjorte saker:

[2003](#) [2004](#) [2005](#)

Besøksadresse

H. Heyerdalsgate 1
0033 Oslo

Postadresse

Postboks 8132 Dep
0033 Oslo

Tlf.: 22 33 70 10

Faks: 22 33 70 12

E-post:

postmottak@kofa.no

Avgjorte saker

Saken gjelder konkurranse for oppføring av sentralt driftskontrollanlegg ved ungdomspsykiatrisk avdeling ved Sentralsjukehuset i Sogn og Fjordane. Klagenemnda kom til at innklagede ikke hadde kunngjort konkurransen forskriftsmessig, jf. forskrift om offentlige anskaffelser §13-1. Konkurranses grunnlaget viste til NS 3400 og saksgangen bar delvis preg av dette uriktige utgangspunktet. Videre hadde innklagede valgt et alternativt tilbud selv om konkurransegrunnlaget ikke åpnet for dette. Det alternative tilbudet skulle vært avvist, jf. forskriften § 15-10 (1) bokstav c. Innklagedes meddelelse om tildeling inneholdt verken begrunnelse for valg av tilbud eller frist for å klage på beslutningen, og dette var i strid med kravene i § 17-3.

Klagenemndas avgjørelse 4. november 2004 i sak 2003/261

Klager: Bravida Vest AS

Innklagede: Helse Førde HF

Klagenemndas medlemmer: Kai Krüger, Inger Marie Dons Jensen, Andreas Wahl

Saken gjelder: Krav til kunngjøring, alternative tilbud, evaluering av tilbud, tildelingskriterier, klagefrist, krav til begrunnelse

Sakens bakgrunn:

(1) Helse Førde HF (heretter "innklagede") kunngjorde 25. januar 2002 en begrenset anbudskonkurranse for oppføring av nybygg for ungdomspsykiatrisk avdeling ved Sentralsjukehuset i Sogn og Fjordane.

(2) Selv om kunngjøringen ikke inneholdt opplysninger om dette, besluttet innklagede å arrangere en egen konkurranse for oppføring av et frittstående sentralt driftskontrollanlegg (SD-anlegg). Før utsendelse av konkurransegrunnlag for de ulike entreprisedelene tok innklagedes elektrokonsept kontakt med firmaer i regionen som erfaringsmessig tilbød SD-løsninger. Etter oppdragsgivers syn var dette tilstrekkelig kompensasjon for den manglende kunngjøringen av SD-entreprisen.

Av det generelle konkurransegrunnlaget, bok 0, gikk det fram at reglene i lov og forskrift om offentlige anskaffelser ville bli lagt til grunn, og at det skulle konkurreres om det økonomisk mest fordelaktige tilbudet vurdert ut fra tildelingskriteriene *Pris* og *Referanse*, men slik at "Tiltakshavar står fritt til å velge det anbudet som for han er mest tenleg ut frå si vurdering av heilskapen i prosjektet". Det ble åpnet for alternative tilbud.

Bravida Vest AS (heretter kalt klager) deltok i konkurransen om SD-entreprisen. Konkurransegrunnlaget for denne entreprisen oppga NS 3400 som regelverk for konkurransen. Det ble ikke sagt noe om alternative tilbud.

(3) Klager var en av seks leverandører som ble kontaktet angående SD-entreprisen, og som fikk anledning til å levere tilbud. Det kom inn fem tilbud på denne delen av kontrakten.

(4) Ved tilbudsåpning 9. juli 2002 ble det konstatert at klager hadde tilbudet med lavest nominell pris, 986.565 kroner. Valgte leverandør, ABB, leverte et tilbud med pris på 1.019.869 kroner. ABB leverte også et alternativt tilbud hvor en utvidelse av eksisterende SD-anlegg ble foreslått istedenfor et nytt frittstående anlegg. I en innstilling datert 9. juli 2002, samme dag som tilbudsåpningen, anbefalte rådgivende ingeniør i elektronikk, N. Kr. Arnestad, at dette alternative tilbudet skulle anses som det økonomisk mest fordelaktige. Anbefalingen er begrunnet på følgende måte:

"Anbudet fra ABB (nr. 2) vil bli det totalt sett ... gunstigste anbudet da dette anbudet gir opening for at eksisterende anlegg kan utvides med de driftsfordeler dette inneberer."

(5) I vurderingen av ABBs tilbud er dette konkretisert nærmere:

"Ved valg av dette systemet kan det oppnås en både prismessig og driftsmessig besparelse, da anlegget som alternativt til et nytt frittstående anlegg kan installeres som en utvidelse av eksisterende anlegg. Besparelsen er vurdert til ca 36.000 kr i ren investering. Besparelse for drift er ikkje vurdert."

(6) Både i tilbudet fra klager og valgte leverandør var det enkelte forbehold som førte til et påslag i tilbudt pris. Etter at innklagede trakk den antatte besparelsen på 36.000 kr fra tilbudt pris i ABBs alternative tilbud, ble tilbudets evaluerte anbudssum satt til kr 1.003.000. Evaluert pris i klagers tilbud ble satt til kr 1.015.000.

(7) Innklagede meddelte klager at ABB var tildelt kontrakten i brev datert 4. februar 2003. Valg av tilbud var ikke begrunnet, og det var ikke fastsatt noen frist for å klage på beslutningen.

(8) I brev av 20. februar 2003 klaget klager på tildelingsbeslutningen. Det ble anført at klagers tilbud skulle blitt valgt fordi det hadde den laveste prisen, og at tilbudene ikke var evaluert forsvarlig. Senere påpekte klager også at konkurransen skulle vært arrangert etter reglene i forskrift om offentlige anskaffelser.

(9) I et brev datert 21. februar ga Nordplan som sto for den praktiske gjennomføringen av konkurransen, følgende opplysninger:

"Vi kjenner ikkje bakgrunnen for byggherren sitt val når det gjeld denne entreprisen. Vi har kontakta el. Konsulent N. Kr. Arnestad som ikkje kan gje oss nokon bakgrunn for valet."

(10) Klagen ble ikke tatt til følge. Hva angikk regelverket for konkurransen, ga innklagede følgende forklaring:

" Lov om off. anskaffelser opererer med uttrykket "tildeling og tildelingskriterier" og NS3400 opererer med uttrykket "aksept av tilbud" utan at vi ser den heilt store forskjellen i dette tilfellet. Tilbodsinnbydinga i sjølve SD-beskrivelsen viser til konkurransereglane i NS 3400, og med spesiell tilpasning for dette prosjektet. Det synes såleis naturleg at NS 3400 er og blir lagt til grunn, då den spesielle SD-beskrivelsen normalt vil ha betre prioritet enn den meir generelle bok 0.

Eit anna moment er om Helse Førde skulle ha vist til "lov om offentlege anskaffelser" istadenfor til Ns3400, men no i ettertid synes ikkje dette momentet å ha relevans då alle var informert om at det var Ns3400 som var gjort gjeldande."

(11) I samme brev ble det senere presisert hvilke forutsetninger som ble lagt til grunn for innklagedes valg av tilbud:

'I regelverket i den spesielle SD-beskrivelsen er det opplyst følgende når det gjeld aksept av tilbud:'

Det presiseres spesielt at byggherren forbeholder seg retten til å velge hvilket som helst av de ikke avviste tilbud.'

Helse Førde tolkar dette slik at enten 'bestanbod'-prinsippet, 'lågast pris'-prinsippet eller ein kombinasjon av desse kunne vere aktuelt."

(12) I redegjørelsen for innklagedes valg av tilbud ble det vist til at det alternative tilbudet fra ABB hadde den laveste prisen, og at dette var årsaken til at dette tilbudet ble foretrukket.

(13) Kontrakt ble inngått med ABB 22. august 2003.

Klager har i det vesentligste anført:

(14) Innklagede har brutt regelverket for offentlige anskaffelser.

(15) Innklagede har lagt feil regelverk til grunn for valg av tilbud. Mens riktig hjemmel for valg av tilbud er forskrift om offentlige anskaffelser § 17-2, har innklagede tildelt kontrakten etter reglene i NS 3400. Som en følge av dette er det ikke gitt uttrykk for om kontrakten vil bli tildelt tilbudet med lavest pris eller det økonomisk mest fordelaktige tilbudet, og det er ikke opplyst om eventuelle tildelingskriterier som skal ligge til grunn for evalueringen av tilbudene.

(16) Innklagede har tatt utenforliggende hensyn ved valg av tilbud. Konkurranses grunnlaget oppgir ikke at eksisterende system skal benyttes. Typen SD-anlegg er heller ikke avgjørende. Dagens driftskontrollsystem har god systemåpenhet, og det er derfor ikke problemer med å kombinere forskjellige systemer. Klager leverte tilbudet med lavest pris og skulle følgelig hatt kontrakten.

(17) Innklagede har i strid med forskriften § 17-3 (2) unnlatt å gi begrunnelse og klagefrist i meddelelsen om valg av tilbud.

Innklagede har i det vesentligste anført:

(18) Fristen for fremsettelse av klage er oversittet i og med at det gikk ti måneder fra tildelingsbeslutning ble meddelt klager, til klage inkom Klagenemnda. Klagen skal derfor avvises.

(19) Dersom klagenemnda tar klagen under realitetsbehandling, bestrider innklagede å ha brutt regelverket for offentlige anskaffelser.

(20) Det følger av bok 0 at konkurransen fulgte reglene i forskriftens del

III. Det er for øvrig ikke relevante forskjeller på de to regelverkens regulering av valg av tilbud.

(21) Tilbudene er evaluert etter tildelingskriteriene *Pris* og *Referanser*. Når det gjelder *Referanser*, har ingen av leverandørene utmerket seg. Alle leverandørene er kjente og sentrale aktører i forhold til SD-anlegg. På denne bakgrunn ble det ikke ansett nødvendig å kontakte andre byggherrer for å undersøke leverandørenes referanser.

(22) Det følger av forskriften § 8-6 (2) at dersom alternative tilbud *ikke* vil bli tatt i betraktning, skal det opplyses om dette i konkurransegrunnlaget. Det var derfor anledning til å velge det alternative tilbudet fra ABB.

(23) For øvrig bestrides det at regelverket for offentlige anskaffelser er brutt.

Klagenemndas vurdering:

(24) Klager har deltatt i konkurransen og har saklig klageinteresse, jf forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6.

(25) Innklagede anfører at det er klaget for sent, siden det har gått ti måneder fra tildelingsbeslutning ble meddelt til klage innkom Klagenemnda. Det følger av forskrift om Klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6 annet ledd annet punktum at frist for fremsettelse av klage er seks måneder fra tidspunkt for kontraktsinngåelse. Da kontrakt ble inngått 22. august 2003 og klagen ble fremsatt 24. november 2003, er klagen rettidig.

Regelverk for konkurransen

(26) Det følger av forskrift om offentlige anskaffelser § 1-3 (1) at forskriften får anvendelse ved tildeling av offentlige bygge- og anleggskontrakter. Klagenemnda legger til grunn at anskaffelsen faller inn under forskriftens del III, jf § 2-2 (1).

(27) Slik klagenemnda ser det, er det opplysningene i konkurransegrunnlaget for SD-entreprisen som setter rammene for denne konkurransen. Av brevet fra Nordplan til klager datert 21. februar følger det at dette også var innklagedes forutsetning. Innklagede har dermed feilaktig lagt reglene i NS 3400 til grunn for konkurransen, mens konkurransen skulle ha vært regulert av lov om offentlige anskaffelser med forskrift. Reglene i loven og forskriften er på vesentlige punkter forskjellig fra det som tidligere kunne legges til grunn etter NS 3400.

Kunngjøring av konkurransen

(28) Det følger av forskrift om offentlige anskaffelser § 13-1 (1) og (3) at oppdragsgiver skal:

"... utarbeide en kunngjøring i samsvar med kunngjøringsskjemaer fastsatt av Nærings- og handelsdepartementet. ... Kunngjøringen skal sendes Norsk lysningsblad for kunngjøring i DOFFIN-databasen."

(29) Det er på det rene at innklagede unnlot å kunngjøre SD-entreprisen, og i stedet kontaktet enkelte leverandører som fikk muligheten til å levere separat tilbud på SD-arbeidene. Den fremgangsmåten innklagede valgte, innebærer brudd på kunngjøringsplikten i § 13-1.

Innklagedes evaluering av tilbudene

(30) Forskriften § 17-2 (1) pålegger oppdragsgiver å tildele kontrakten på basis av hvilket tilbud som er det økonomisk mest fordelaktige eller utelukkende

ut fra hvilket tilbud som har den laveste prisen. Dersom kontrakten skal tildeles det økonomisk mest fordelaktige tilbudet, skal alle kriteriene som vil bli lagt til grunn, oppgis enten i konkurransegrunnlaget eller i kunngjøringen, jf. forskriften § 17-2 (2).

(31) Valg av tilbud på grunnlag av laveste pris fremstår som et fravikelig utgangspunkt i § 17-2. SD-entreprisen er ikke knyttet til noen tildelingskriterier. Dermed skal tildeling skje på grunnlag av laveste tilbud. At innklagede har vist til det skjønne en anbudsinnbyder tidligere kunne anvende etter NS 3400, er ikke nok til at man kan bygge på at lavprisprinsippet er fraveket.

(32) Det følger av forskriften § 12-1 (2) bokstav b at dersom oppdragsgiver ønsker å åpne for alternative tilbud, må konkurransegrunnlaget opplyse om de minstekrav det alternative tilbudet skal oppfylle, og om eventuelle krav til presentasjon av det alternative tilbudet, jf § 15-6. Siden konkurransegrunnlaget ikke inneholdt noen slike krav, hadde innklagede ikke adgang til å vurdere alternative tilbud i konkurransen. Når tildeling skal skje etter laveste pris, er det for øvrig heller ikke adgang til å anvende alternative tilbud, jf. forskriftens § 15-6 (2).

(33) Som innklagede selv har gitt uttrykk for, er konkurransegrunnlaget utformet slik at det konkurreres om leveranse av et frittstående SD-anlegg. Det alternative tilbudet fra ABB som ble innstilt som best, tilbød en utvidelse av det allerede eksisterende anlegget. På bakgrunn av de forutsetningene for konkurransen som innklagede selv hadde gitt uttrykk for i konkurransegrunnlaget, skulle derfor dette tilbudet vært avvist, jf forskriften § 15-10 (1) bokstav c.

Krav til begrunnelse og klagefrist

(34) Etter forskriftens § 17-3 (1) skal beslutning om hvem som skal tildeles kontrakt, skriftlig meddeles alle leverandørene i rimelig tid før kontrakt inngås. Meddelelsen skal innholde en begrunnelse og oppgi en klagefrist, jf annet ledd. Innklagedes meddelelse om kontraktstildeling inneholdt verken begrunnelse eller frist for å klage over beslutningen, og bryter således med kravene i § 10-3 (2). Klagenemnda vil tilføye at dette kan være et vesentlig forhold, siden det fratrar leverandørene muligheten til å påpeke eventuelle feil, som kan føre til at oppdragsgiveren omgjør sin beslutning om tildelingen av kontrakt, jf § 17-3 (3).

Konklusjon

Helse Førde HF har brutt regelverket ved ikke å kunngjøre SD-delen av anskaffelsen i tråd med forskrift om offentlige anskaffelser § 13-1;

Helse Førde HF har brutt forskriften § 15-10 (1) bokstav c ved ikke å avvise et tilbud som var i strid med § 15-6;

Helse Førde HF har brutt forskriften § 17-3 ved verken å gi en begrunnelse for valg av tilbud eller en frist for å klage på beslutningen.

For klagenemnda, 4. november 2004

Kai Krüger



Forsiden
Nemndsmedlemmer
Saksbehandling
Regelverk
Innkomne saker
Statistikk
Årsrapporter
Dommer
Søk i avgjorte saker

Avgjorte saker:

[2003](#) [2004](#) [2005](#)

Besøksadresse

H. Heyerdalsgate 1
0033 Oslo

Postadresse

Postboks 8132 Dep
0033 Oslo

Tlf.: 22 33 70 10

Faks: 22 33 70 12

E-post:

postmottak@kofa.no

Avgjorte saker

I forkant av en anskaffelsesprosess hadde innklagede vært i kontakt med én av leverandørene. Klagenemnda hadde ikke grunnlag for å slå fast at dette i seg selv var i strid med likebehandlingsprinsippet, men fant at det skulle vært tatt høyde for den fordel leverandøren utvilsomt hadde hatt av kontakten da tilbudsfristen ble satt. Tilbudsfristen var allerede i utgangspunktet svært kort, bare 14 dager, og på bakgrunn av den valgte leverandørens forsprang, fant klagenemnda at fristen var utilstrekkelig etter § 14-1.

Klagenemndas avgjørelse 1. november 2004 i sak 2003/286

Klager: Didac AS

Innklaget: Aker Universitetssykehus HF

Klagenemndas medlemmer: Per Christiansen, Kai Krüger, Bjørg Ven

Saken gjelder: Tilbudsfrist. Likebehandling. Beskrivelse av anskaffelsen.

Bakgrunn:

(1) Aker Universitetssykehus HF (heretter kalt "innklagede") ble 22. august 2003 kontaktet av Mintra AS som ville presentere sitt firma og sine produkter. På bakgrunn av Mintras presentasjon, ønsket innklagede å vurdere nærmere muligheten av å bruke e-læring som et hjelpemiddel ved nasjonalt senter for mestring ved kronisk sykdom, som er lokalisert hos innklagede. Etter presentasjonen var det kontakt per telefon mellom partene for å diskutere pris. I følge innklagede ble ikke ført samtaler om konseptutvikling.

(2) Den 10. september 2003 mottok innklagede et tilbud fra Mintra, som gjorde det klart at de totale anskaffelseskostnadene ville overstige terskelen for direkte kjøp på kr 200.000, jf. forskriftens § 11-2 (1) bokstav a). Som følge av dette kunngjorde innklagede 27. november 2003 en åpen anbudskonkurranse for kjøp av e-læringsverktøy. Frist for å melde sin interesse og motta konkurransegrunnlag var 5. desember 2003, mens tilbudsfrist var 11.

desember 2003. Didac AS (heretter kalt klager) henvendte seg og fikk tilsendt konkurransegrunnlag 1. desember 2003.

(3) I konkurransegrunnlaget var følgende beskrivelse gitt om læreprogrammet:

"2.1.1 Program tilpasset kompetansesenterets ideologi

Læreprogrammet må være tilpasset våre behov i forhold til de oppgaver vi har som Nasjonalt kompetansesenter for læring og mestring ved kronisk sykdom og funksjonshemming. En viktig oppgave er å spre kunnskap, gi råd og kvalitetssikre oppstart og drift av lærings- og mestringssentre. Målgrupper vil være administrativ ledelse, helsepersonell og brukerorganisasjoner som planlegger oppstart av nytt lærings- og mestringssenter eller er i en tidlig driftsfase. Programmet skal sikre at våre arbeidsmetoder og ideologi blir formidlet på en korrekt og kvalitetssikret måte. Senterets logo og profil må komme tydelig frem i sluttproduktet.

2.1.2 Oppdateringer og endringer

Nasjonalt kompetansesenter ønsker å ha muligheten til selv å oppdatere og gjøre mindre endringer i læreprogrammet etter at det er levert fra Leverandøren."

(4) Det skulle dessuten inngis tilbud på et forfatterprogram, som skulle være et utgangspunkt for innklagede for utforming av enkeltmoduler som tillegg til læreprogrammet.

(5) Kontrakten skulle tildeles det økonomisk mest fordelaktige tilbud, basert på kriteriene "kvalitet", "funksjonsmessige egenskaper", "leveringssikkerhet/-dyktighet" og "pris". Kriteriene var ikke prioritert.

(6) Klager kontaktet innklagede og etterlyste informasjon om omfang på programmet og bruk av ulike typer innholdselementer. I e-post av 3. desember 2004, sendt alle som hadde mottatt konkurransegrunnlaget, svarte innklagede:

"Læreprogrammet er hovedproduktet vi er ute etter. Det skal leveres først, og det skal leveres i henhold til de standardene som er beskrevet i konkurransegrunnlaget. Innholdet i læreprogrammet vil bli utviklet i samspill med Aker LMS og Leverandøren. Omfanget på dette læreprogrammet er grovt estimert til ca. en time med interaktiv læring. Læreprogrammet skal kunne leveres som en nett-tjeneste og/eller som en cd-rom.

[...]

Først og fremst vil vi distribuere kursene vha CD-rom."

[...]

Det er ikke noe krav eller ønske fra vår side om funksjonalitet for måling av progresjon eller resultater."

(7) Etter å ha mottatt spørsmål fra to andre leverandører, sendte innklagede ut en e-post med utfyllende opplysninger 5. desember 2003. Innklagede skrev blant annet:

"Nasjonalt kompetansesenter for læring og mestring ved kronisk sykdom (Oppdragsgiver) har innholdet i et slikt læringsprogram klart. Med innhold

menes her all tekst og faglig innhold. Bilder, video, animasjoner og annet multimedialt innhold har man derimot lite av på forhånd – her oppfordres tilbyderne til å bidra selv med kreative innspill og pedagogiske grep. Eventuell innsending av Demo-CD sammen med tilbudet vil typisk kunne gi eksempler på tilbyders kreativitet og ferdigheter.

Man ser for seg en prosess der 1-2 innledende møter mellom oppdragsgiver og leverandør etterfølges av at leverandør jobber i stor grad selvstendig med utvikling av programmet. Mot slutten av utviklingstiden ønskes møte/demo der utkast til program presenteres og evt justeres før endelig levering. Det endelige læringsprogrammet ønskes å være av ca 1 times varighet for kursdeltakerne.”

(8) Den 16. desember 2004 ble leverandørene meddelt per e-post at Mintra var tildelt kontrakten. Innklagede skrev blant annet:

”Vår beslutning er basert på en samlet vurdering av de innkomne tilbudrelatert til tildelingskriteriene oppgitt i konkurransegrunnlagets punkt 4.1:

Kvalitet

Funksjonsmessige egenskaper

Leveringssikkerhet/-dyktighet

Pris

Av disse kriteriene var kvalitet det kriteriet som ble høyest vektlagt.”

(9) Etter å ha anmodet om en nærmere begrunnelse, mottok klager e-post den 18. desember. Innklagede begrunnet vrakingen av klagers tilbud med at det hadde for høy pris, og at kvaliteten og funksjonaliteten var mindre god enn det valgte tilbudets. Dette ble utdypet noe.

Anførsler:

Klagers anførsler:

(10) Klager anfører at innklagede har brutt regelverket for offentlige anskaffelser.

(11) Ved at valgt leverandør ble brukt i forkant av anskaffelsesprosessen, fikk denne et konkurransefortrinn. Innklagede rådføring med Mintra bryter også med forbudet mot bruk av leverandører som rådgivere.

(12) Beskrivelse av læreprogrammet var så knapp at leverandørene ikke vet hva det skal gis tilbud på. Det blir dermed også vanskelig å beregne prisen.

(13) Tilbudsfristen bryter med forskriftens § 14-1.

Innklagedes anførsler:

(14) Innklagede bestrider å ha brutt regelverket for offentlige anskaffelser.

(15) Mintra har verken direkte eller indirekte være involvert ved utarbeidelsen av kravspesifikasjonene, og det har ikke funnet sted noen forskjellsbehandling av leverandørene.

(16) Beskrivelsen i konkurransegrunnlaget er tilstrekkelig klar til at leverandørene kan utforme tilbud. Under enhver omstendighet gir konkurransegrunnlaget sammenholdt med opplysningene som ble gitt i e-post av 3. og 5. desember 2003 nok informasjon om anskaffelsen.

(17) Innklagede bestrider også at tilbudsfristen har vært for kort. Etter forskriftens § 14-1 skal fristen fastsettes slik at leverandørene får tilstrekkelig tid til å foreta nødvendige undersøkelser og beregninger. Innklagede vurderte det som en fordel å starte leveransen før 31. desember 2003.

Klagenemndas vurdering:

(18) Klager har deltatt i konkurransen og har saklig klageinteresse, jf forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Anskaffelsen er etter sin verdi underlagt del III i forskrift om offentlige anskaffelser, jf. § 2-2.

(19) Innklagede opplyser at sykehuset ikke sitter på noen dokumentasjon om den uformelle kommunikasjonen mellom innklagede og Mintra som fant sted før kunngjøringen av anskaffelsen den 27. november 2003. Det anføres imidlertid at Mintra ikke har gitt råd i forbindelse med anskaffelsen. På denne bakgrunn har klagenemnda ikke grunnlag for å konstatere noe brudd på regelen i forskriftens § 3-6 om bruk av rådgivere ved utarbeidelse av spesifikasjonene.

(20) Klagenemnda behandler så anførselen om at beskrivelsen av læreprogrammet var utilstrekkelig.

(21) Selv om beskrivelsen av læreprogrammet i konkurransegrunnlaget er knapp, kommer det tydelig frem hva som er formålet med anskaffelsen. I e-post av 3. desember forklarte innklagede nærmere om forholdet mellom læreprogrammet og innholdet i kursene. Videre ble det forklart hvordan kursene skulle distribueres, og det ble opplyst at det ikke var noe ønske om funksjonalitet for måling av progresjon eller resultater. E-post av 5. desember opplyste om omfanget av kurset. Klagenemnda finner at dette til sammen ga leverandørene tilstrekkelig opplysninger til å kunne levere forslag og fastpristilbud. At programmet ikke er beskrevet i detalj, synes å være gjort med hensikt, da det gir større frihet for leverandørene ved utformingen av tilbud.

(22) Endelig behandler klagenemnda spørsmålet om tilbudsfristen var lang nok.

(23) Utgangspunktet at tilbudsfristen skal fastsettes slik at leverandørene får tilstrekkelig tid til å foreta de nødvendige undersøkelser og beregninger, jf. forskriftens § 14-1. I vurderingen av om det har vært gitt tilstrekkelig tid, må det tas hensyn også til forhold på oppdragsgiverens side, slik at dersom det haster å få gjennomført anskaffelsen, vil dette være et tungtveiende moment, jf klagenemndas uttalelse i sak 2003/109, iallfall så lenge oppdragsgiver ikke kan lastes for å ha satt seg i en slik posisjon.

(24) Da anskaffelsen ble kunngjort 27. november 2003, med tilbudsfrist 11. desember, var det 14 dager fra kunngjøring til fristens utløp. Sak 2003/109 gjaldt en anskaffelsesprosess der det gikk 11 dager fra kunngjøring til utlevering av konkurransegrunnlag og nye 13 dager til tilbudsfristens utløp. Klagenemnda betegnet denne fristen som "svært kort". Saken gjaldt en åpen anbudskonkurranse om et arkitektoppdrag, som innebar innlevering av skisser til prosjektet. I likhet med denne saken dreide det seg om en tjenesteanskaffelse, der utformingen av tilbudet innebar et kreativt element. Karakteristikken "svært kort" må det dermed være dekning for også i den

aktuelle saken.

(25) Selv om Mintra ikke var delaktig i utarbeidelsen av konkurransegrunnlaget, virker det sannsynlig at firmaet ved utarbeidelsen av tilbudet har hatt en fordel av samtalene med innklagede. Dessuten hadde Mintra levert tilbud 10. september, og firmaet hadde derfor lang tid å forbedre dette tilbudet innen fristen i anbudskonkurransen. Ved utarbeidelsen av tilbudsfrist må dette tas i betraktning, slik at tilbudsfristen er tilstrekkelig til at de andre leverandørene i størst mulig grad kan hente inn dette forspranget, jf. kravet til likebehandling av leverandørene i lovens § 5. Det vises i denne forbindelse til klagenemndas avgjørelse i sak 2004/215 premiss 37. At innklagede ga opplysninger av sentral betydning for utarbeidelsen av tilbud den 3. og 5. desember, henholdsvis åtte og seks dager før fristen, må også tas i betraktning. Klagenemnda finner derfor at innklagede brøt forskriftens § 14-1, da tilbudsfristen var for kort.

Konklusjon:

Aker Universitetssykehus HF har brutt forskrift om offentlige anskaffelser § 14-1 ved at tilbudsfristen i dette tilfellet var for kort.

For klagenemnda,

1. november 2004

Björg Ven



Forsiden
Nemndsmedlemmer
Saksbehandling
Regelverk
Innkomne saker
Statistikk
Årsrapporter
Dommer
Søk i avgjorte saker

Avgjorte saker:
[2003](#) [2004](#) [2005](#)

Besøksadresse
H. Heyerdalsgate 1
0033 Oslo

Postadresse
Postboks 8132 Dep
0033 Oslo

Tlf.: 22 33 70 10

Faks: 22 33 70 12

E-post:

postmottak@kofa.no

Avgjorte saker

Saken gjelder konkurranse om posttransporttjenester. I kunngjøringen hadde innklagede invitert til en åpen anbudskonkurranse, mens konkurransegrunnlaget opplyste at konkurranseformen var konkurranse med forhandlinger. Klagenemnda kom til at uklarheten som her var skapt, var i strid med kravene til forutberegnelighet og gjennomsiktighet i lov om offentlige anskaffelser § 5. Innklagede hadde avlyst deler av konkurransen og kunngjort denne på nytt. Tilbudsfristen som var fastsatt i den nye konkurransen var tilstrekkelig lang, jf forskrift om offentlige anskaffelser § 7-1.

Klagenemndas avgjørelse 1. november 2004 i sak 2004/211

Klager: Harlem Transport AS

Innklagede: Posten Norge AS

Klagenemndas medlemmer: Per Christiansen, Kai Krüger, Bjørg Ven

Saken gjelder: Krav til forutberegnelighet, likebehandling og gjennomsiktighet;

tilbudsfristens lengde

Sakens bakgrunn:

1) Posten Norge AS (heretter kalt innklagede) foretok 9. januar 2004 en veiledende kunngjøring av planlagte anskaffelser i 2004. Den 1. april 2004 kunngjorde innklagede en åpen anbudskonkurranse for anskaffelse av transporttjenester på strekningene Oslo – Stavanger – Oslo, Stokke – Stavanger – Stokke, Oslo – Møre – Oslo og transport til/fra tog i Åndalsnes. I konkurransegrunnlaget ble det opplyst at konkurranseformen var konkurranse med forhandlinger, og det ble åpnet for aksept av tilbud på en, flere eller alle strekningene.

2) En av innklagedes eksisterende leverandører, Harlem Transport AS (heretter kalt klager), var en av leverandørene som leverte tilbud på samtlige strekninger. Klager nådde ikke frem i konkurransen, og påklaget innklagedes tildelingsbeslutning. I klagen ble det påpekt at konkurransen var gjennomført som en anbudskonkurranse selv om konkurransegrunnlaget inviterte til en konkurranse med forhandlinger.

3) Etter å ha blitt gjort oppmerksom på misforholdet mellom kunngjøring og konkurransegrunnlag besluttet innklagede å utlyse strekningen Oslo – Stavanger - Oslo på nytt. Ny kunngjøring ble offentliggjort 20. juli 2004 med tilbudsfrist 13. august 2004. I e-post til klager sendt 14. juli opplyste innklagede

om følgende:

"Ref tidligere mail så har vi besluttet å utlyse strekningen Oslo – Stavanger – Oslo på nytt. Ny utlysning vil stå i Norsk Lysningsblad i uke 29-30. Jeg er tilbake fra ferie den 2. august og vil da kunne sende deg de "nye" papirene."

- 4) I e-posten oppga innklagede også en kontaktperson som klager kunne kontakte, dersom det var ønskelig å få tilgang til konkurransegrunnlaget før 2. august.
- 5) Det kom inn fem tilbud i den nye konkurransen, ett av disse var fra klager. I brev av 26. august 2004 opplyste innklagede at tilbudet fra Suldal Transport AS var det økonomisk mest fordelaktige. Klagers tilbud ble rangert som nummer fire.
- 6) Innklagede har avventet kontraktsinngåelse for å se resultatet av klagenemndas behandling av saken.

Klager har i det vesentligste anført:

- 7) Innklagede har brutt regelverket for offentlige anskaffelser
- 8) Innklagede har gitt konkurrerende leverandører tilgang til klagers priser.
- 9) Saksbehandlingsfeilen som behefter den første konkurransen, forpliktet innklagede til å utlyse samtlige strekninger på nytt. Regelverket er derfor brutt ved at det bare er strekningen Oslo – Stavanger – Oslo som er utlyst. Et eventuelt tidspress er uten betydning i forhold til plikten til å utlyse strekningene på nytt.
- 10) Det kan ikke være riktig at klager kategorisk skal være avvist som leverandør slik innklagede hevder.
- 11) Klager fikk ikke det nye konkurransegrunnlaget før 2. august, og tidsfristen som er gitt i den andre konkurransen, er følgelig for kort, jf forskrift om offentlige anskaffelser § 7-1.

Innklagede har i det vesentligste anført:

- 12) Innklagede bestrider å ha brutt regelverket for offentlige anskaffelser
- 13) Det er ikke riktig at innklagede har gitt andre leverandører tilgang til klagers priser.
- 14) Kontrakt er allerede tildelt på de øvrige strekningene. Innklagede var ikke under det samme tidspress når det gjaldt strekningen Oslo – Stavanger – Oslo siden eksisterende avtale med klager kunne forlenges. Innklagede var ikke forpliktet til å utlyse konkurransen på nytt siden opplysninger i kunngjøringen må ha forrang fremfor opplysninger i konkurransegrunnlaget. Det fremgikk videre av sammenhengen i konkurransegrunnlaget at det ble invitert til konkurranse med forhandlinger. Når kontrakt på de øvrige strekningene ble tildelt etter prosedyren ved anbudskonkurranser, var dette følgelig i tråd med regelverket.
- 15) Dersom konkurransen på de øvrige strekninger likevel skulle anses å følge reglene for konkurranse med forhandling, ville klager uansett vært uten reell mulighet til å få tildelt kontrakten. Det er derfor ikke noen saksbehandlingsfeil at forhandlinger ikke ble gjennomført med klager, jf forskriften § 9-3 (3) andre punktum.
- 16) Innklagede hadde utlyst en veiledende kunngjøring, og fristen for innlevering av tilbud kunne derfor reduseres fra 52 til 22 dager, jf forskriften § 7-1 (3). Klager ble allerede 14. juli gjort oppmerksom på at konkurransegrunnlaget

kunne bli oversendt etter anmodning fra klager. Leverandøren har selv et ansvar for å få tilgang til konkurransegrunnlaget.

Klagenemndas vurdering:

17) Klager har deltatt i konkurransen og har saklig klageinteresse, jf forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Konkurransen følger reglene i forskrift om offentlige anskaffelser del II, jf § 2-2.

Videreformidling av klagers priser:

18) Klager anfører at innklagede har gitt konkurrerende leverandører tilgang til klagers priser, noe innklagede bestrider. Denne uenighet mellom partene må eventuelt avklares gjennom en bevisvurdering. Klagenemndas skriftlige saksbehandling er ikke godt egnet for dette. Denne delen av klagen blir derfor å avvise som uhensiktsmessig for behandling, jf forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 9.

Konkurransereform:

19) I kunngjøringen av 1. april 2004 inviterte innklagede til en åpen anbudskonkurranse for de aktuelle transporttjenestene. Konkurransegrunnlaget opplyste derimot uttrykkelig om at konkurranseformen var konkurranse med forhandlinger. Klagenemnda har i tidligere saker^[1] lagt til grunn at en uklarhet som skapes ved motstridende opplysninger om selve konkurranseformen, er et brudd på kravene til forutberegnelighet og gjennomsiktighet.

20) Innklagede har anført at det i denne konkurransen ikke forelå noen uklarhet siden konkurransegrunnlaget ikke la opp til forhandlinger og konkurransen rent faktisk ble gjennomført som en anbudskonkurranse. Slik klagenemnda ser det, må det være nøye samsvar mellom angivelse av konkurranseformer i kunngjøringen og konkurransegrunnlaget. Den form innkjøper velger, er en grunnforutsetning for en konkurranse, og det bør stilles strenge krav til klarheten på dette punkt. Innklagedes angivelse av konkurranseform i den opprinnelige konkurransen er etter klagenemndas oppfatning i strid med kravene til forutberegnelighet og gjennomsiktighet, jf lov om offentlige anskaffelser § 5.

21) Innklagede valgte å avlyse konkurransen på strekningen Oslo – Stavanger – Oslo og gjennomføre en ny konkurranse på denne strekningen med en entydig angivelse av konkurranseform. Bruddet på regelverket er således reparert i forhold til denne delen av anskaffelsen. Når innklagede likevel har valgt å gjennomføre den opprinnelige konkurransen på de øvrige strekningene, innebærer dette et brudd på lovens § 5.

Tilbudsfristens lengde:

22) Utgangspunktet angitt i forskrift om offentlige anskaffelser § 7-1 (1), er at tilbudsfristen skal være minst 52 dager regnet fra kunngjøring blir sendt til TED-databasen. I denne saken publiserte imidlertid innklagede 9. januar 2004 en veiledende kunngjøring for konkurransen. Under disse omstendigheter følger det av forskriften § 7-1 (3) at tilbudsfristen skal være tilstrekkelig lang til at de interesserte kan avgi tilbud, og under ingen omstendighet kortere enn 22 dager. Det følger av § 7-1 (3), lest i sammenheng med § 7-1 (1), at tilbudsfristen begynner å løpe på tidspunktet for kunngjøring av konkurransen, og ikke når den respektive leverandør mottar konkurransegrunnlaget. Slik klagenemnda ser det, er det nærliggende å anta at deltakelsen i den første konkurransen gjorde det enklere for klager å foreta beregninger og fremskaffe nødvendig dokumentasjon i den andre konkurransen. Under disse omstendigheter kan ikke klagenemnda se at den fastsatte tilbudsfrist har vært for kort etter regelverkets krav.

Konklusjon:

Posten Norge AS har brutt kravene til forutberegnelighet og gjennomsiktighet i lov om offentlige anskaffelser § 5 ved å gi motstridende opplysninger om konkurranseformen i kunngjøring og konkurransegrunnlag.

For klagenemnda,

1. november 2004

Per Christiansen



Forsiden
Nemndsmedlemmer
Saksbehandling
Regelverk
Innkomne saker
Statistikk
Årsrapporter
Dommer
Søk i avgjorte saker

Avgjorte saker:

[2003](#) [2004](#) [2005](#)

Besøksadresse

H. Heyerdalsgate 1
0033 Oslo

Postadresse

Postboks 8132 Dep
0033 Oslo

Tlf.: 22 33 70 10

Faks: 22 33 70 12

E-post:

postmottak@kofa.no

Avgjorte saker

Innklagede hadde laget et konkurransegrunnlag som åpnet for at leverandørene kunne inngi tilbud som ikke var sammenlignbare. Konkurransegrunnlaget la også opp til ulovlig geografisk diskriminering. Innklagede vektla hensyn som ikke naturlig kunne utledes av de fastsatte tildelingskriteriene. Klagenemnda fant det ikke avgjørende at klagers tilbud var så uklart at det kunne vært avvist, i det ikke kunne utelukkes at konkurransegrunnlagets uklarthet kunne ha hatt innvirkning på konkurransens utfall.

Klagenemndas avgjørelse 1. november 2004 i sak 2004/236

Klager: OmniaSykehuset AS

Innklaget: Helse Midt-Norge RHF

Klagenemndas medlemmer: Per Christiansen, Kai Krüger, Inger Roll-Matthiesen.

Saken gjelder: Sammenlignbare tilbud. Geografisk diskriminering. Delvis forkastelse. Evaluering av tildelingskriterier.

Sakens bakgrunn:

(1) Helse Midt-Norge RHF (heretter kalt innklagede) kunngjorde 30. april 2004 en konkurranse med forhandling om "kjøp av spesialisthelsetjenester - innleggelse og dagkirurgi". Konkurransen gjaldt inngåelse av rammeavtaler for spesialisttjenester i form av kirurgiske inngrep som krever innleggelse eller som kan utføres som dagkirurgi innenfor en ramme på 3900 DRG-poeng pr. år i en toårsperiode. Tjenestene omfattet fagområdene ortopedi og revmakirurgi, øre-nese-hals, ikke-kosmetisk plastikkirurgi, kvinnesykdommer og øvrig kirurgi. Aktuelle sykdommer og prosedyrer innenfor de ulike områdene var nærmere beskrevet i konkurransegrunnlaget. Anskaffelsen skulle gjennomføres i henhold til forskrift om offentlige anskaffelser del III.

(2) I forbindelse med saksbehandlingen for klagenemnda har innklagede gitt følgende definisjon på "DRG":

"DRG (diagnoserelaterte grupper) er et system for standardisering av kostnaden

ved ulike sykdommer/diagnoser og behandling av disse.

Hver sykdom/diagnose/behandling gir en omforent/fastsatt DRG-poengsum, som direkte kan omgjøres til et kronebeløp (for eksempel 1 DRG-poeng er ca kr 30.000,-). Dette innebærer at en sykdom/behandling/prosedyre med DRG-vekt 0,5 poeng, gir en refusjon fra staten på ca 15.000 kroner.

De offentlige sykehusene får sine overføringer fra staten i form av basistilskudd + refusjon for produserte DRG-poeng (=innsatsstyrt finansiering). Verdien av 1 DRG-poeng fastsettes hvert år av sentrale myndigheter."

(3) Tildelingskriteriene er i konkurransegrunnlaget angitt å være:

"Oppdragsgiver vil velge leverandør(er) ut fra det økonomisk mest fordelaktige tilbudet og følgende kriterier blir lagt til grunn i vurderingen.

- Kostnader – pris for behandling, reiseutgifter og refusjoner*
- Erfaring/kompetanse*
- Gjennomførings-/ leveringsevne*

Kriteriene er ikke vektet eller oppgitt i prioritert rekkefølge"

(4) Det fremgikk videre at det var anledning til å gi tilbud på deler av tjenestene.

(5) Under overskriften "kontraktsvilkår" fremgikk følgende:

"Oppdragsgiver forbeholder seg retten til å inngå rammeavtale med flere leverandører innenfor omfanget som er beskrevet i dette konkurransegrunnlaget med vedlegg."

(6) I alt 14 leverandører leverte inn tilbud, herunder OmniaSykehuset AS (heretter Omnia eller klager) og Trondheim Spesialistlegesenter (heretter TSLS). Opprinnelig ble 12 av disse ansett kvalifiserte, og 6 av disse ble kalt inn til forhandlinger. I brev fra innklagede datert 11. juni fremgikk det at fire leverandører ville bli tildelt kontrakt, herunder Omnia. TSLS var ikke invitert til forhandlinger og klaget saken inn for klagenemnda. Sak 2004/126 ble behandlet i nemnda 9. august 2004. Klagenemnda fastslo at det forelå feil ved utvelgelsen av deltakere til forhandlinger.

(7) Etter klagenemndas avgjørelse ba innklagede de opprinnelig 12 kvalifiserte leverandørene om ytterligere dokumentasjon i forhold til kvalifikasjonskravene. Kun 8 leverandører besvarte denne henvendelsen. Disse ble ansett kvalifisert og ble invitert til forhandlinger. En av disse trakk seg, og innklagede forhandlet med 7 leverandører, herunder Omnia og TSLS.

(8) I innbydelsen til videre forhandlinger fra innklagede til leverandørene, datert 6. september sto det blant annet:

"Hensikten med de videre forhandlinger er [...] at de tilbudte prisene skal reduseres.

...

Prisene for behandling utenfor helseregion Midt-Norge skal inkludere flyreise tur/retur fra nærmeste flyplass i regionen og til Gardermoen, og flytog/tog tur/retur fra Gardermoen og til det private sykehuset."

(9) I tilbudet fra Omnia til innklagede datert 9. ble følgende opplyst:

"Som vi tidligere har gjort kjent overfor HMN [Helse Midt-Norge] har Omnia ASA inngått avtale om kjøp av aksjene i Trondheim Spesialistlegesenter AS (TSL). Tidspunkt for overtagelse er 1.1.05. TSL vil da bli et datterselskap i Omnia konsernet. Dette vil bli på lik linje med OmniaSykehuset as. Da det er inngått en bindende avtale om kjøp og da Omnia allerede er involvert i driften av TSL, vil det derfor være naturlig i disse forhandlingene å betrakte Omnia og TSL som samme konsern. Oppkjøpet innebærer at Omnias kvalitetssystem, intern kontroll system, pasientadministrative system, rapporteringsrutinger og personelle og kompetanse vil bli gjort tilgjengelig for og benyttet i TSL.

Tilbudene fremmet fra henholdsvis Omnia og TSL er dermed koordinert. Dette betyr at alt som det er faglig hensiktsmessig å utføre ved TSL, vil bli utført der. Mer spesialiserte prosedyrer som det er hensiktsmessig å samle på et sted, vil enten bli gjort ved TSL eller Omnia. Tilbudene fra Omnia og TSL vil derfor bære preg av dette. Bl.a. vil i hovedsak dagkirurgiske inngrep bli utført i ved TSL i Trondheim, mens der vi ser det som faglig hensiktsmessig at pasienten overnatter i et større sykehusmiljø med nødvendig ekspertise til stede, vil dette skje i ved OmniaSykehuset i Oslo."

(10) Tilbudet fra TSLs til innklagede datert 9. september 2004 inneholdt tilsvarende ordlyd. Etter å ha mottatt tilbudene, ba innklagede 15. september 2004 om ytterligere reviderte tilbud.:

"Helse Midt-Norge RHF har nå evaluert de tilbudte prisene og sammenholdt disse med forventede behov innen de ulike fagområdene. Imidlertid er det meget komplisert å foreta en likeverdig sammenligning av de ulike tilbudene. Dette skyldes at tilbudene varierer i forhold til omfanget av tilbudte DRG / prosedyrer innen det enkelte fagområdet, at prisen i enkelte tilbud kun er gitt for dag- eller døgnbehandling og at prisene for dag- og døgnbehandling for øvrig ikke er oppgitt på en enhetlig måte for mange av DRG-ene / prosedyrene.

På dette grunnlag finner Helse Midt-Norge RHF det nødvendig å be om nye tilbud som sikrer et reelt sammenligningsgrunnlag. (...) Det gis med dette adgang til å gi nye og forbedrede priser, men etter dette avsluttes forhandlingene.

Det vises videre til Vedlegg 1- Prisskjema og Vedlegg 2 – Spesifiserte DRG.

Prisskjemaet i vedlegg 1 skal forstås på følgende måte:

Alle tilbyderne skal i modell A fylle ut en % DRG-pris for henholdsvis dag- og døgnbehandling for de fagområdene som tilbys. Det legges til grunn en fordeling mellom de spesifiserte DRG i henhold til vedlegg 2 og øvrige DRG innen de enkelte fagområdene på 90%-10%. Prisene i modell A skal ta hensyn til at det kan gis pris på spesielle DRG/prosedyrer i modell B. De tilbyderne som kan utføre operasjonene som er angitt i modell B skal gi én pris i kroner som dekker både dag- og døgnbehandling. Det vil bli inngått kontrakter både etter modell A, som tildeles fagområde for fagområde, og etter modell B der tildelingen skjer pr. DRG / prosedyre.

Det gis en frist til fredag 17.09.04 kl 12.00 med å oversende utfylt prisskjema.
(...)

Vedlegg 1 –Prisskjema

Modell A. Pris oppgis i % av DRG*

<i>Plastikkirurgi</i>	<i>Dag</i>	<i>Døgn</i>
**Spesifiserte DRG		
<i>Øvrig DRG</i>		
Øre-nese-hals	<i>Dag</i>	<i>Døgn</i>
**Spesifiserte DRG		
<i>Øvrig DRG</i>		
<i>Øyekirurgi</i>	<i>Dag</i>	<i>Døgn</i>
**Spesifiserte DRG		
<i>Øvrig DRG</i>		
<i>Ortopedi/revmakirurgi</i>	<i>Dag</i>	<i>Døgn</i>
**Spesifiserte DRG		
<i>Øvrig DRG</i>		
Annen kirurgi	<i>Dag</i>	<i>Døgn</i>
**Spesifiserte DRG		
Øvrig DRG		

***Pris oppgis i % av DRG:** Alle feltene (spesifiserte DRG og øvrig DRG fordelt på dag- og døgnbehandling) **skal** fylles ut for de fagområdene som det gis pris på.

****Spesifiserte DRG:** De spesifiserte DRG fremgår av vedlegg 2. Hvis det tas forbehold om at tilbudet ikke omfatter en eller flere av disse DRG-ene, skal denne/disse listes opp i et eget vedlegg. I vurderingen av tilbudet vil dette tillegges negativ vekt. I prisen (% DRG) for fagområdene plastikkirurgi, øre-nese-hals og ortopedi/ revmakirurgi skal det tas hensyn til de spesielle DRG/ prosedyrene som skal prises separat jf. modell B nedenfor i de tilfellene disse operasjonen er en del av det som tilbys.

Modell B. Pris oppgis i kroner for følgende spesielle DRG/ prosedyre:

--	--	--

Plastikkirurgi		
DRG Navn/ prosedyre	DRG-vekt	Pris i kroner
261 Mammaop ved godartet sykd ekskl biopsi /	0,95	
<i>288B Stor bukplastikk</i>	<i>0,92</i>	
Øre-nese-hals		
DRG Navn/ prosedyre	DRG-vekt	Pris i kroner
53 Mellomørekirurgi	0,56	
<i>55 Mellomørekirurgi</i>	<i>0,58</i>	
Ortopedi/ revmakirurgi		
DRG Navn/ prosedyre	DRG-vekt	Pris i kroner
209A Primære proteseop i hofte/ kne/ ankel	3,62	
214A Kombinert fremre/ bakre spondylodese	6,21	
215B Fremre eller bakre spondylodese u / bk	3,15	
215C Operasjoner på kolumna ekskl. spondylode	1,77	
<i>222 Korsbånd</i>	<i>0,66</i>	

(11) I brev av 16. september sendte TSLS inn nytt tilbud, hvor det fremkom at:

"Følgende DRG tilbys ikke:

Modell A

Øye

Drig 40 Op på cornea er dekket under plastikk kirurgi

Drig 47 Øyesykdommer ITAD u/bk

Modell B

(...)"

(12) Som vedlegg til nevnte tilbud fulgte prisskjema, der samtlige fagområder i modell A var fylt ut for dagbehandling. I tillegg var det gitt tilbud på døgnbehandling av spesifiserte DRG for faggruppen øre-nese-hals. I modell B ble det gitt tilbud på fem av ni DRGer.

(13) Også Omnia sendte inn et nytt tilbud ved brev av 17. september, der det bl.a. sto:

"Modell A

Øre-nese-hals

Omniasykehuset as kan levere innenfor alle drg. I vår prising av denne gruppen har vi tatt hensyn til tidligere henvisninger fra leger i HMN. Dette er i hovedsak pasienter med kompliserte nese- og søvnproblemer. Nese operasjonene krever ekstra anesti service og må følges opp flere ganger i løpet av det første døgn.

Øyekirurgi

Vi har i tidligere tilbud presisert at vårt tilbud innen øye i hovedsak er Retina (bakre øye) problematikk og vil også i denne omgang presisere følgende. Det er et få tall av disse som trenger kirurgisk behandling da pasientene i hovedsak blir laser behandlet med og uten medikament. (...)

(14) Som vedlegg til dette tilbudet fulgte prisskjema, der samtlige fagområder i modell A var fylt ut for døgnbehandling med unntak av spesifisert DRG for øyekirurgi. I tillegg var både spesifisert og øvrig DRG fylt ut for dagbehandling i faggruppen øyekirurgi.

(15) Av brev fra innklagede datert 20. september 2004 fremgår det at 4 leverandører skulle tildeles kontrakt. Omnia og TSLs var ikke blant disse. Videre ble det opplyst at:

"Det tildeles ikke kontrakt for inngrepet "mellomørekirurgi" da det ikke forelå tilbud som gjorde det mulig å foreta en reell sammenligning. Tilbudene for denne prosedyren blir derfor forkastet

Oppdragsgiver har valgt de økonomisk mest fordelaktige tilbudene for de forskjellige fagområdene nevnt i modell A og enkeltprosedyrene i modell B. Tilbudene ble vurdert ut fra kriteriene kostnader, erfaring/ kompetanse og gjennomførings-/ leveringsevne. Herunder ble det blant annet lagt vekt på at tilbudet til pasientene skal være mest mulig helhetlig med både poliklinisk behandling og innleggelse, samt hvilke rutiner som finnes for oppfølging etter operasjonen. Av tildelingskriteriene ble kostnadene tillagt mest vekt".

(16) Klager påklaget avgjørelsen i brev av 27. september. Samme dato besvarte innklagede brevet, og ga en nærmere begrunnelse for valget. Den 8. oktober begjærte klager midlertidig forføyning med påstand om å pålegge innklagede å avvente avgjørelse fra KOFA før inngåelse av kontrakt. Innklagede har i rettsmøte bekreftet at de ikke vil foreta tildeling av kontrakt før KOFA har behandlet klagen, såfremt klagen ble behandlet innen 3. november. I motsatt fall skulle saken tas opp igjen 4. november 2004.

Klager har i det vesentlige anført:

(17) Omnia og TSLs innleverte opprinnelig separate tilbud, men etter at TSLs overdro 100 % av aksjene til Omnia, inngikk de to selskapene i samme konsern. De ble da innlevert et koordinert tilbud. Innklagede hadde anledning til å evaluere tilbudene fra Omnia og TSLs hver for seg eller samlet. Innklagede valgte å foreta en samlet vurdering av de to tilbudene, hvilket klager ikke har

fremsatt innsigelser mot.

(18) Koordineringen av tilbudene synes å ha skapt problemer i forhold til den beregningsmodell innklagede har valgt. Innklagede burde ha avklart usikkerhet knyttet til koordineringen av tilbudene. Dette gjelder både avklaringer knyttet til det inngitte pristilbud og nødvendige avklaringer knyttet til den praktiske gjennomføringen av det koordinerte tilbudet. Manglende avklaringer utgjør saksbehandlingsfeil og er i strid med god anbudsskikk.

Feil vurdering av inngitt pristilbud – øyekirurgi

(19) Innklagede har foretatt feil og uforsvarlig vurdering av faktum vedrørende det inngitte pristilbud fra Omnia/TSLs. Med en korrekt vurdering av den tilbudte pris, ville det fremgått at tilbudet fra Omnia/TSLs er priset lavere enn flere av de tildelte kontraktene.

(20) Innklagede har foretatt en gjennomsnittsberegning av prisen til Omnia og TSLs innenfor fagfelt "øye". Med en korrekt snittberegning ville tilbudet fremstått som det rimeligste og vesentlig under det nivå det er tildelt kontrakter på. Årsaken til at prisingen fra Omnia lå betydelig høyere enn prisingen av dagbehandlingen for spesifisert DRG hos TSLs var at Omnia ville utføre de mer spesialiserte inngrep, hvilket utgjør et beskjedent antall sammenlignet med hovedtyngden som ble tilbudt fra TSLs til en vesentlig lavere pris. På tross av dette har innklagede foretatt en gjennomsnittsberegning av disse prisene. Tilsvarende gjelder for dagbehandling av ikke spesifiserte DRG, hvor de spesialiserte inngrep var forutatt gjennomført av Omnia, mens størstedelen av inngrepene var forutsatt gjennomført av TSLs. Dette ble kommunisert til innklagede.

(21) Uansett vil innklagede kunne inngå avtale med enten Omnia eller TSLs eller begge, og i en vurdering der begge har inngitt tilbud på samme behandling, må de vurderes separat. Der prisingen er ulik for driften i Trondheim og Oslo, vil innklagede kunne velge det tilbud som anses best.

(22) Omnia/TSLs kan ikke se behov for døgnbehandling av spesifiserte DRG for øye, og har ikke inngitt pristilbud på dette, da pasientene vil dekkes under tilbudet om dagbehandling. For øvrige DRG ga Omnia et tilbud på 100%. Denne prisen har blitt lagt til grunn av innklagede også for døgnbehandling av spesifisert DRG. Dette innebærer at det har blitt lagt til grunn en høy pris på en behandlingsom er lite praktisk. Konsekvensen er at innklagede har sett bort fra at TSLs tilbød dagbehandling av spesifisert DRG for 40% av de offentlige satsene. Dette utgjør det vesentligste av volumet for øyeblikkelig behandling.

Feil faktum – DRG 40

(23) Det er ikke riktig at Omnia kun tilbyr to av tre spesifiserte DRG og at TSLs kun tilbyr en av tre spesifiserte DRG. Både Omnia og TSLs har inngitt pristilbud på DRG 40. Det ble spesifisert i tilbudet at denne DRG kun var oppført under plastikkirurgi for å unngå uklarhet av å oppføre den to ganger. Innklagede har lagt til grunn feil faktum, og tillagt dette negativ vekt.

(24) Når det gjelder DRG 47 som opplyses ikke å ha blitt tilbudt av TSLs, fremgår det av tilbudet fra Omnia at dette tilbys, og at behandlingen om ønskelig også kan gjøres i Trondheim. Dette har innklagede sett bort i fra, til tross for at innklagede anfører å ha evaluert tilbudene som ett.

Feil vurdering av inngitt pristilbud – DRG 261, 288B og 215C

(25) Innklagede har lagt feil pris til grunn hva gjelder tilbudet i "modell B: DRG 261, 288B og 215C". Innklagede har ikke lagt til grunn den laveste prisen fra Omnia/TSLs, men den høyeste. Den høyeste prisen gjelder for behandling ved Omnia/Øyehuset i Oslo, mens TSLs har levert et lavere pristilbud. Også her

vil innklagede kunne inngå avtale med enten Omnia eller TSLS eller begge, og i en vurdering der begge har inngitt tilbud på samme behandling, må de vurderes separat. Det er merkelig å legge til grunn at behandling ikke ville bli foretatt av TSLS da det var behov for innleggelse. Det kan ikke utelukkes at feilen har hatt innvirkning i tildelingsvurderingen.

Tildelingskriteriet erfaring/kompetanse

(26) Det koordinerte tilbudet fra Omnia/TSLS var på flere fagfelt like bra eller bedre på pris enn de leverandørene som ble tilbudt kontrakt på det aktuelle fagfelt. For eksempel var Omnia/TSLS nest best på pris på fagfelt ortopedi, og tilbudet ble vurdert som et av de beste på tildeling erfaring/kompetanse. Likevel ble Omnia/TSLS som eneste leverandør ikke tilbudt volum på dette fagfeltet. Kriteriet burde vært tillagt stor vekt, da dette er vesentlig for kvaliteten som leveres.

(27) Det er uforsvarlig å se bort fra "kvalitet" ved kjøp av spesialistlegetjenester, og det er umulig å sikre at kontrakt blir tildelt beste leverandør hvis man legger til grunn at alle leverandørene hadde "god nok" kvalitet, og man ser bort fra "kvalitet" som et tildelingskriterium eller et relevant moment under tildelingskriteriet erfaring/ kompetanse eller gjennomførings-/ leveringsevne.

(28) Saksbehandlingen har vært i strid med lov om helseforetak og lov og forskrift om offentlige anskaffelser, ved at innklagede har sett bort fra kvalitet ved tildelingen av kontrakter.

Tildelingskriteriet gjennomførings-/leveringsevne

(29) Klager bestrider at Omnia/TSLSs tilbud kunne skåre dårligere enn øvrige leverandører på tildelingskriteriet gjennomføring-/leveringsevne. På fagfeltet ortopedi synes innklagede å ha lagt avgjørende vekt på at døgnbehandlingen forutsettes å skje i Oslo. Døgnbehandlingen utgjør i følge innklagedes eget vedtak kun 15 % av volumet. Det fremstår da som sterkt urimelig at dette tildelingskriteriet alene skal anses avgjørende.

(30) Gitt pasienters rett til fritt sykehusvalg er det urimelig at lokaliseringen av døgnbehandlingen skal tillegges så stor vekt uten at dette er oppgitt i konkurransegrunnlaget.

(31) Når innklagede fant at det var små forskjeller mellom leverandørene på dette tildelingskriteriet, og derfor vurderer andre kriterier i tillegg under dette for å skille leverandørene, blir det galt å vekte kriteriet med 30 %. Vektingen ble besluttet etter mottak av tilbudene.

(32) Kravet til forutberegnlighet innebærer at innklagede ikke hadde anledning til å foreta vurdering av reisebelastning, ettersom dette ikke var opplyst som tildelingskriterium. Innklagede har vektlagt et utenforliggende hensyn.

(33) Det utgjør et utenforliggende hensyn å vektlegge at "en behandling i nærheten av bostedet vil bli opplevd som positivt av pasientene i forhold til blant annet pårørende og eventuelle etterkontroller. Kriteriet innebærer dessuten geografisk diskriminering.

(34) Det utgjør et utenforliggende hensyn å vektlegge at det er enklere for pasienter og henvisende instanser å forholde seg til et sykehus og ikke to, og at samme argument gjelder for oppdragsgivers arbeid med oppfølging/kontroll av kontrakten.

Diskriminering grunnet geografisk tilhørighet

(35) Det er ulovlig geografisk diskriminering når reisekostnader innen Midt-Norge, som for eksempel Ålesund – Trondheim, ikke skal medregnes i prisen, mens prising til sykehus i Osloregionen skal medregnes.

Uriktig avvisning

(36) Innklagede har avlyst en del av anbudskonkurransen, mellomørekirurgi, i strid med regelverket. Den delvise avlysningen innebærer en endring i konkurransegrunnlaget, hvilket bare er tillatt før tilbudsfristens utløp og dersom endringen ikke er vesentlig. Det foreligger ikke saklig grunn for avlysning, da det innkom tilbud fra to leverandører, herunder klager. Det forhold at tilbudene gjelder operasjoner av ulikt omfang er et forhold som burde være avklart med leverandørene på forhånd.

Mangelfullt konkurransegrunnlag

(37) Konkurransegrunnlaget var mangelfullt, ettersom det la opp til at leverandørene kunne gi deltilbud. Konsekvensen er at tilbudene ikke er sammenlignbare. Det er nødvendig å kjenne prisingen for den enkelte DRG for å kunne foreta en reell prissammenligning. Modell A åpner ikke for en slik sammenligning, da det kun gis priser for hver hele gruppe.

Innklagede har i det vesentlige anført:

(38) Innklagede bestrider å ha brutt regelverket om offentlige anskaffelser.

(39) På tidspunkt for kontraktstildeling 20. september 2004 anså innklagede Omnia og TSLS som to helt uavhengige selskaper/juridiske enheter. På bakgrunn av Omnia og TSLS i sine tilbudsbrev datert 9. september skrev at det var naturlig å betrakte dem som samme konsern og at tilbudne var koordinerte, vurderte innklagede tilbudene fra Omnia og TSLS som ett tilbud, og koordinerte disse for hvert enkelt fagområde det var inngitt tilbud på, slik det var bedt om.

(40) Dersom innklagede hadde vurdert tilbudene fra Omnia og TSLS hver for seg i separate vurderinger ville de blitt forkastet med hjemmel i forskriftens § 15-10 (2). Det var i brev datert 15. september med forespørsel til leverandørene om å inngi nye priser som avslutning av forhandlingene, presisert i prisskjemaet at alle feltene i "modell A" skulle fylles ut. Omnia og TSLS ga tilbud som utfylte hverandre med priser for dagbehandling hos TSLS og døgnbehandling hos Omnia. Ved en separat vurdering av tilbudene fra Omnia og TSLS, ville de blitt forkastet, jf. forskriftens § 15-10 (2). Hvis det skulle blitt åpnet for at tilbudene kunne omfattet kun dagbehandling eller kun døgnbehandling, måtte de andre leverandørene også fått denne muligheten ut fra kravet til likebehandling og forutberegnlighet.

Feil vurdering av inngitt pristilbud – øyekirurgi

(41) Ingen av tilbudene var komplette med priser for både spesifiserte og uspesifiserte DRG fordelt på dag- og døgnbehandling. Først ble gjennomsnittsprisen for dagbehandling fra de to leverandørene lagt til grunn i sammenligningen. Samme utregningsmåte er benyttet for de uspesifiserte DRG.

(42) Verken Omnia eller TSLS har gitt pris for døgnbehandling av spesifiserte DRG innen øyekirurgi. I sammenligningen er prisen for dette satt lik døgnbehandling av uspesifiserte DRG (100%) som Omnia ga. På dette grunnlaget ble den vektete gjennomsnittsprisen for øyekirurgi fra Omnia/TSLS 75% av DRG, som var det dyreste tilbudet.

(43) Det er innklagede som må få bestemme hvorvidt det er nødvendig å kreve en døgnpris for spesifiserte DRG innen øyekirurgi, samt om og i hvilket

omfang det er behov for et bestemt inngrep (behandling av makuladegenerasjon). At Omnia veler å legge en slik behandling i stort omfang til grunn, noe som medfører at dette blir dyrere enn konkurrentene, er deres risiko.

(44) Av de spesifiserte DRG tilbød Omnia to av tre, mens TSLs tilbød en av tre. Det fremgikk av prisskjemaet at det ved forbehold om at tilbudet ikke omfattet en eller flere DRG, ville dette i vurderingen bli tillagt negativ vekt.

Feil vurdering av inngitt pristilbud – DRG 261, 288B og 215C

(45) Omnias priser ble lagt til grunn. Grunnen til dette er at Omnia i sitt tilbud har understreket at spesialiserte prosedyrer som det er hensiktsmessig å samle på ett sted vil legges til enten Oslo eller Trondheim. Det fremgår videre av tilbudet at døgnbehandling forutsettes å skje ved Omnia i Oslo. Innklagede legger til grunn at de DRG/ prosedyrer som det her er snakk om, krever innleggelse.

(46) Det endrer imidlertid ikke faktum om TSLs priser benyttes. Omnia/TSLs sitt tilbud er dyrere enn alle de som ble innstilt til kontrakt om laveste pris, gjennomsnittspris eller høyeste pris benyttes.

Usakelig forskjellsbehandling

(47) I forhold til priser i tilbudet innen ortopedi fra Omnia/TSLs på et vektet gjennomsnitt av DRG hadde Omnia/TSLs lik pris med to andre leverandører, 1% bedre enn en leverandør og 4% dårligere enn en annen leverandør. Tildelingskriteriet kostnader ble tillagt mest vekt i vurderingen.

Usakelig forskjellsbehandling - Erfaring/ kompetanse

(48) I evalueringen av erfaring/ kompetanse vurderte innklagede tilbudene fra Omnia og TSLs sammen, slik det er spurt om. Erfaring/ kompetanse er vurdert som bedre hos Omnia i Oslo enn TSLs. Det er lagt opp til at dagbehandling skal skje hos TSLs i Trondheim, som i prissammenlikningen er tillagt et omfang på 85%, og som også legges til grunn på dette punktet. Det medfører at Omnia/TSLs samlet fikk dårligere skår enn om Omnia i Oslo hadde gitt et separat tilbud. Det er således vanskelig å vurdere erfaringen og kompetansen i det koordinerte tilbudet. Under tvil ble Omnia/TSLs tilbud likevel vurdert som et av de beste på dette tildelingskriteriet. Dette kriteriet ble tillagt minst vekt i vurderingen.

Usakelig forskjellsbehandling - Gjennomførings- /leveringsevne

(49) I evalueringen av gjennomførings- /leveringsevne la innklagede til grunn forhold som behandlingsskapasitet, begrensninger i forhold til hvilke ASA-grupper som tilbys behandling og rutiner for oppfølging av pasienter etter operasjon. Det er svært små forskjeller mellom leverandørene på disse punktene. Oppdragsgiver har imidlertid en plikt til å finne en måte å vurdere det oppgitte tildelingskriteriet på. I dette tilfellet var forhold som reisebelastning for pasientene og et helhetlig behandlingstilbud svært relevant i den videre vurderingen. En behandling i nærheten av bostedet vi bli opplevd som positivt av pasientene i forhold til blant annet pårørende og eventuelle etterkontroller. Videre kreves det herfra at det enkelte behandlingstilbudet skal omfatte både polikliniske inngrep og operasjoner som krever innleggelse. Det er enklere både for pasienter og henvisende instanser å forholde seg til ett sykehus i stedet for to. Det samme argumentet gjelder for øvrig for oppdragsgivers arbeid med oppfølging/ kontroll av kontraktene. Innklagede vurderte således tilbudet fra Omnia/TSLs som et av de dårligste på kriteriet gjennomførings-/ leveringsevne ved at deler av behandlingen skjer utenfor helseregionen og medfører økt reisebelastning for pasientene, samt at et delt tilbud med dagbehandling i Trondheim og døgnbehandling i Oslo er mindre attraktivt for henvisende

instanser som legekontorer og helseforetak, samarbeidspartnere som blant annet trygdekontor og dessuten for oppdragsgivers egen del.

(50) I en totalvurdering av hva som er det økonomisk mest fordelaktige tilbudet vil ikke en bedre pris på 1 % i forhold til den ene leverandøren telle mer enn erfaring /kompetanse og gjennomførings-/ leveringsevne i det tilbudet. Hvis andre tildelingskriterier enn kostnader skal ha noen reell betydning, så må det være rom for at oppdragsgiver kan utøve skjønn i vurderingen og vektlegging av disse.

(51) I vurderingen av tildelingskriteriet gjennomførings- /leveringsevne har innklagede kun vurdert forhold som er naturlig å knytte til dette kriteriet. Dette må det være opp til oppdragsgiver å definere.

(52) Tildelingskriteriet er ikke vektet med 30% slik klager hevder.

Geografisk diskriminering

(53) Det fremgår av St. prp. 1 (2004-2005) at målet med omlegging av ansvaret for syketransport fra folketrygden til de regionale helseforetakene er å stimulere til behandling nær bostedet når dette er en fordel for pasienten og medfører reduserte utgifter til syketransport. Emperi viser at pasientene velger det sykehuset som er nærmest når behov for behandling er tilstede. En stor del av pasientreisene innen Midt-Norge er så korte at pasientens egenandel dekker reisekostnadene fullt ut. Innklagede bestrider å ha foretatt usaklig forskjellsbehandling, og viser til at det fremgår av KOFA sak 2003/199 at man ut fra samfunnsmessige hensyn lovlig kan dimensjonere omfanget av de tjenestene som skal anskaffes og at man i rimelig grad kan strukturere tjenestekjøpet slik at hensynet til pasientene ivaretas.

Uriktig avvisning

(54) Innklagede har ikke endret konkurransegrunnlaget, men lagt anskaffelsesprosedyren "konkurranse med forhandling" til grunn under hele prosessen. Volumet på 3900 DRG-poeng pr. år og inndelingen / volumene innen de oppgitte fagområdene, har vært like hele tiden. Det forelå ikke sammenlignbare pristilbud for prosedyren "mellomørekirurgi" fordi en leverandør hadde tilbudt operasjoner med en kompleksitet uttrykt i form av en varighet på inngrepene på inntil 3 timer, mens klager tilbød på inntil 6 timer. Det er anledning til delvis avlysning av konkurransen / delvis forkastelse av tilbudene i dette tilfellet. Omnia har ikke krav på kontrakt innen mellomørekirurgi.

Klagenemndas vurdering:

(55) Klager har deltatt i konkurransen med forhandling, og har saklig klageinteresse, jf. forskrift om klagenemnd om offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Anskaffelsen gjelder uprioriterte tjenester og er regulert av forskrift om offentlige anskaffelser del III.

Konkurransegrunnlagets utforming – ikke sammenlignbare tilbud

(56) Klagenemnda tar først stilling til det overordnede grunnlaget for gjennomføring av den aktuelle anskaffelsesprosedyre, nemlig konkurransegrunnlaget herunder de brev som ble sendt fra innklagede til leverandørene forut for inngivelse av de siste tilbudene. Konkurransegrunnlaget har i tilknytning til prisskjema modell A åpnet for at leverandørene kunne gi deltilbud på de enkelte faggruppene. Samtidig fremgikk det av konkurransegrunnlaget at kontrakt skulle tildeles fagområde for fagområde for modell A. Dette har klagenemnda ingen kommentarer til.

(57) Konkurransegrunnlaget åpnet imidlertid også for at leverandørene kunne gi deltilbud på de enkelte DRG'ene innen hver faggruppe (vår

undertrekning). For så vidt gjaldt denne muligheten for oppdeling har innklagede så vidt klagenemnda forstår ikke forbeholdt seg en tilsvarende rett til å dele opp tilbudene på DRG-nivå, for så å kunne tildele kontrakt for enkelt DRG'er innen hver faggruppe. Det er således åpnet opp for situasjoner der et deltilbud innen den enkelte faggruppe måtte evalueres opp mot et fullstendig tilbud innen faggruppen, eller opp mot et annet deltilbud som inneholdt en annen sammensetning av DRG'er. Slike tilbud er ikke sammenlignbare, og det er således heller ikke mulig å finne frem til det økonomisk mest fordelaktige tilbud eller å dokumentere dette. Innklagedes løsning med å tillegge det negativ vekt dersom en leverandør inngår et deltilbud, avhjelper ikke det faktum at tilbudene gjelder forskjellige ytelser, og således ikke kan sammenlignes.

(58) Konkurranses grunnlagets prisskjema modell A, slik dette ble formidlet til leverandørene ved brev av 15. september la således opp til at leverandørene kunne levere tilbud som ikke lot seg sammenligne, hvilket innebærer et brudd på kravet til likebehandling og forutberegnlighet i lov om offentlige anskaffelser § 5.

(59) Innklagede har anført at klager kunne vært avvist, da de verken hver for seg eller samlet oppfylte de krav som var stilt til tilbudets utforming. Eksempelvis er tilbudene ikke fylt ut slik innklagede ba om, ettersom flere felter er fylt ut dobbelt og til dels med forskjellig innhold og priser, når en leser tilbudene i sammenheng. Tilbudene var således ikke koordinert på en klar måte, og leverandørene oppgir ikke sine priser på den enhetlige måten konkurranses grunnlaget krevde. Dette skaper uklarheter.

(60) Det faktum at tilbudene eventuelt kunne vært avvist er imidlertid ikke avgjørende i denne sammenheng, idet det uansett ikke kan utelukkes at ovennevnte klarhet i konkurranses grunnlaget kan ha hatt innvirkning på konkurransens utfall. Hertil kommer at den aktuelle anskaffelsesprosedyre er en konkurranse med forhandling, hvor innklagede må anses å ha et sterkt incitament til å foreta alle nødvendige klargjøringer av konkurranses grunnlaget forut for valg av leverandør og hvor oppdragsgiver fremdeles har mulighet til å rette opp den klarhet som er oppstått med hensyn til grunnlaget for tildeling av de aktuelle kontraktene.

Transportkostnader - Geografisk diskriminering

(61) Forskriftens § 3-1 (3) bestemmer at oppdragsgiver ikke skal diskriminere leverandører på grunn av lokal tilhørighet. Klagenemnda har forstått det slik at pasienter vil kunne kreve eventuelle reisekostnader utover egenandelen refundert av Helse Midt-Norge, uavhengig av om de har valgt sykehus innen eller utenfor Midt-Norge. Det følger av konkurranses grunnlaget at leverandører utenfor Midt-Norge må inkludere transportkostnadene i sine priser. Det fremgår videre av informasjonen fra innklagede at reisekostnadene innen Midt-Norge av og til overstiger egenandelen. Når leverandører innen Midt-Norge ikke trenger å inkludere eventuelle transportkostnader i sine tilbud, innebærer dette en fordel, ettersom de da kan tilby lavere priser enn om transportutgiftene skulle inkluderes. Konkurranses grunnlaget legger derfor opp til en geografisk forskjellsbehandling i strid med forskriftens § 3-1 (3).

Tildelingskriteriet erfaring/kompetanse

(62) Klager anfører at kriteriet erfaring/kompetanse burde vært tillagt større vekt, herunder at kvalitet burde vært vektet høyere.

(63) Forskriftens § 17-2 (2) bestemmer at:

"Dersom tildelingen av kontrakten skjer på bakgrunn av det økonomisk mest fordelaktige tilbud, skal alle kriterier som vil bli lagt til grunn oppgis enten i konkurranses grunnlaget eller i kunngjøringen. Kriteriene skal om mulig angis i prioritert rekkefølge."

(64) Oppdragsgiver har et vidt innkjøpsfaglig skjønn i sitt valg av tildelingskriterier og evalueringen av disse. Klagenemnda finner ikke grunn til å underkjenne innklagedes valg og vekting av tildelingskriteriet erfaring/kompetanse, herunder innklagede manglende vektlegging "kvalitet" som tildelingskriterium. Det faller utenfor nemndas kompetanseområde å ta stilling til om det foreligger brudd på lov om helseforetak.

Tildelingskriteriet gjennomførings- / leveringsevne

(65) Innklagede har overfor klagenemnda argumentert for at reisebelastning for pasientene og et helhetlig behandlingstilbud er relevant i vurderingen av gjennomførings- og leveringsevne. I KOFA sak 2003/199 ble det uttalt at *"hensynet til pasientene, herunder ønske om kort reisevei til behandling, kan være eksempler på forhold som på saklig måte begrunner forskjellsbehandling av leverandørene."* Med dette må også forstås at det i visse tilfeller kan vektlegges som tildelingskriterium.

(66) I følge forskrift om offentlige anskaffelser § 17-2 (2) skal imidlertid alle tildelingskriteriene som vil bli lagt til grunn oppgis enten i konkurransegrunnlaget eller i kunngjøringen. Klagenemnda har i flere saker lagt til grunn at tildelingskriteriene skal være formulert slik at det er mulig for alle rimelige opplyste og normalt påpasselige leverandører å tolke tildelingskriteriene på samme måte.

(67) Klagenemnda finner at verken "reisebelastning" eller det forhold at "en behandling i nærheten av bostedet vil bli opplevd som positivt av pasientene i forhold til pårørende og etterkontroller" faller inn under en normal, språklig forståelse av tildelingskriteriet gjennomførings- / leveringsevne. Innklagede har således i denne saken vektlagt utenforliggende forhold i evalueringen av tildelingskriteriet gjennomførings- / leveringsevne.

(68) Det å legge vekt på hvor enkelt det er for pasientene og henvisende instanser å forholde seg til to sykehus i stedet for ett, synes heller ikke å falle inn under en naturlig språklig forståelse av tildelingskriteriet "gjennomførings- / leveringsevne". Også dette hensynet må, i denne saken, anses som et utenforliggende hensyn.

Delvis forkastelse

(69) Innklagede har ikke tildelt kontrakt for inngrepet mellomørekirurgi, da det visstnok ikke forelå tilbud som gjorde det mulig å foreta en reell sammenligning. Dette gjelder tjenester listet opp i Prisskjema modell B, hvor pris skulle oppgis i kroner for den angitte operasjon. Begge de aktuelle tilbud knyttet til denne operasjonen synes å inneholde klare forutsetninger/forbehold som innklagede ut fra et anskaffelsesfaglig skjønn må gis rett til å vurdere. Det var for modell B angitt at kontrakt skulle tildeles pr. DRG /prosydyre. Det foreligger således ingen absolutt kontraheringsplikt for hver enkelt kontrakt eller for en samlet kontrahering. Det følger av 17-1 (2) at oppdragsgiver kan forkaste alle tilbudene dersom resultatet av konkurransen gir saklig grunn for det. Klagenemnda finner ikke grunn til å overprøve den anskaffelsesfaglige vurderingen av tilbudene på inngrep mellomørekirurgi.

Øvrige anførsler

(70) Da klagenemnda allerede har konkludert med at det hefter feil ved den gjennomførte anskaffelsesprosedyre, finner klagenemnda ikke tilstrekkelig grunn til å behandle klagers øvrige anførsler.

Proessen fremover

(71) I lys av at det for klagenemnda er opplyst at Omnia / TSLS har fått oversendt samtlige tilbud og prisskjemaer av innklagede i forbindelse med pågående begjæring om midlertidig forføyning, finner klagenemnda grunn til å påpeke at en eventuell fortsettelse av konkurransen med forhandling, vil reise visse spørsmål knyttet til kravet til likebehandling

Konklusjon:

Helse Midt-Norge har brutt kravet til likebehandling og forutberegnlighet i lov om offentlige anskaffelser § 5 ved å åpne for usammenlignbare tilbud i konkurransegrunnlaget.

Helse Midt-Norge har brutt forskrift om offentlige anskaffelser § 3-1 (3) ved i konkurransegrunnlaget å legge opp til geografisk diskriminering.

Helse Midt-Norge har brutt forskrift om offentlige anskaffelser § 17-2 (2) ved å vektlegge hensyn som ikke naturlig kan utledes av de fastsatte tildelingskriteriene.

For klagenemnda, Oslo 1. november 2004

Inger Roll-Matthiesen



Forsiden
Nemndsmedlemmer
Saksbehandling
Regelverk
Innkomne saker
Statistikk
Årsrapporter
Dommer
Søk i avgjorte saker

Avgjorte saker:
[2003](#) [2004](#) [2005](#)

Besøksadresse
H. Heyerdalsgate 1
0033 Oslo

Postadresse
Postboks 8132 Dep
0033 Oslo

Tlf.: 22 33 70 10

Faks: 22 33 70 12

E-post:

postmottak@kofa.no

Avgjorte saker

Innklagede mente at de ikke var omfattet av regelverket, og anskaffet vannprosessutstyr uten forutgående kunngjøring. Klagenemnda kom til at innklagede var omfattet av regelverket, og at anskaffelsen skulle vært kunngjort.

Klagenemndas avgjørelse 25. oktober 2004 i sak 2004/135

Klager: Sterner AquaTech AS

Innklaget: Austevoll Vatn og Avløp

Klagenemndas medlemmer: Per Christiansen, Svein Dahl, Morten Goller

Saken gjelder: Anvendelsesområde for forsyningsforskriften. Brudd på kunngjøringsplikten.

Sakens bakgrunn:

(1) Austevoll Vatn og Avløp (heretter "innklagede" eller "AVA") inngikk 14. mai 2004 en avtale om kjøp av vannprosessutstyr med Hydro Elektrik (heretter "HE"). Avtalen ble inngått direkte, uten forutgående kunngjøring av konkurranse.

(2) AVA var inntil 01. januar 2003 eid av Austevoll kommune. Den 30. januar 2003 ble AVA stiftet som et samvirkeag, og selskapet overtok alle vann og avløpsanleggene fra kommunen 01. januar 2003. Det er alle abonnentene i fellesskap som eier selskapet.

(3) Den 2. januar 2003 inngikk AVA og Austevoll kommune en avtale om "overtaking av vatn- og avløpsverksemd" der det blant annet fremgikk følgende:

"2.2 Fremtidige anlegg og tilknyttede eignedelar, rettar og dokumentasjon

Kommunen pliktar å overdra til Vatn- og avløpslaget følgjande utan særskilt vederlag:

- a. *vatn- og avløpsanlegg som er eigd av andre enn Kommunen, og som kommunen i framtida måtte bli eigar av;*
- b. *grunn som skal nyttast til å byggja vatn- og avløpsanlegg som er eigd av andre enn Kommunen, og som Kommunen i framtida måtte bli eigar av;*
- c. *driftslausøyre, rettar og kopi av dokumentasjon som er nødvendig for eller faktisk er nytta i tilknytning til pkt a og b ovanfor, med mindre det er gjort uttrykkelig unntak i nærare avtale.*

Dersom Kommunen overdreg til Vatn- og avløpslaget eieomsrett eller annan rett til grunn som er eigd av Kommunen, og som ikkje er nemnd ovanfor, skal dette skje utan særskilt vederlag.

(...)

5.3 Vatn- og avløpslaget skal som eigar og drivar stå for vidare utvikling og utbygging av vatn- og avløpsanlegg.

Kommunen og Vatn- og avløpslaget er innforstått med at vidare utvikling og utbygging av vatn- og avløpsanlegg og yting av vatn- og avløpstjenester kan gjere det nødvendig at Kommunen må bruke sine offentligrettslege verkemidlar, så som oreigning etter oreigningslova, pålegg om tilknytning til vatn- og avløpsanlegg etter plan- og bygningslova, delingslova og foreiningslova, og overtaking av avløpsleidningar i medhald av lov."

(4) Innklagede har rørledningar som går under eller krysser offentlig vei.

(5) Sommeren 2003 var representanter for innklagede på studietur til Tyskland og så på vannverk fra HE. Styret i AVA vedtok 12. februar 2004 at innklagede skulle inngå forhandlinger med HE. Den 18. mars kontaktet klager innklagede og ba om å få lov til å gi et tilbud på det vannprosessutstyret som skulle anskaffes. Klager fikk ikke levere tilbud. HE leverte tilbud den 30. mars. Den 14. mai 2004 inngikk innklagede avtale med HE.

(6) Anskaffelsens verdi ble estimert til ca. kr. 9,3 millioner ekskludert mva.

Klager har i det vesentlige anført:

(7) Klager anfører at innklagede har foretatt en anskaffelse uten at det har vært avholdt en offentlig anbudskonkurranse om oppdraget, og at dette er i strid med regelverket om offentlige anskaffelser.

Innklagede har i det vesentlige anført:

(8) Innklagede bestrider at samvirkelaget er omfattet av regelverket om offentlige anskaffelser.

(9) Innklagede er verken et offentlig organ eller innehaver av en særrett/enerett.

(10) Kommunen har ikke bestemmelsesrett over AVA, verken når det gjelder den daglige driften, kontraktsinngåelser, valg av ulike leverandører eller andre vedtak som foretas av samvirkelaget.

(11) Det er ikke økonomiske bånd mellom AVA og Austevoll kommune, verken med hensyn til støtte eller forpliktelser.

(12) Det finnes ingen reelle konkurrenter til HE for levering av prosessutstyret. Klager har ikke driftserfaring med sitt drikkevannsannlegg.

(13) Da AVA vurderte valg av prosessutstyr var det i hovedsak tre punkter som dannet grunnlaget for valg av leverandør. Først sto valget mellom ozon/biofiltrering og membranfiltrering som prinsipp for behandlingen. Da innklagede så at ozon/biofiltrering var mest aktuelt, vurderte innklagede aktuelle leverandører ut fra tre forhold:

a) Erfaring fra tidligere anlegg. Innklagede hadde kjennskap til at klager var i ferd med å levere et anlegg. Den valgte leverandør hadde derimot svært bred erfaring med produksjon og leveranse av tilsvarende anlegg, og ikke i Norge. Innklagede vektla det svært tungt at de skulle få et anlegg som "garantert" ville fungere, og som er utprøvd i funksjon. Innklagedes bemanningssituasjon tilsier at anlegget må gå uten særlig tilsyn og oppfølging i driftsfasen.

b) Tidsaspektet. Etter AVA overtok vannverket fra kommunen, har det vært et sterkt fokus på en rask og effektiv utbygging. Innklagede ønsket derfor ikke å bruke lang tid til planlegging og prosjektering av alternative anlegg, men bestemte seg rimelig raskt for leverandør. Da dette var gjort ble bygget prosjektert innen kort tid. Dersom innklagede underveis eller i etterkant skulle skifte leverandør av prosessutstyret, måtte mesteparten, om ikke alt arbeid med prosjektering av bygget gjøres om igjen. Dette ville ført til betydelige utsettelse for prosjektet, og ekstra kostnader med ny prosjektering.

c) Sund Vatn og Avlaup hadde inngått en avtale med den samme leverandøren. Dette var et tungtveiende argument for at også innklagede skulle satse på denne leverandøren. Innklagede har hentet ut synergieffekter ved at de to naboselskapene går for samme prosjekt. Dette vil også gi effekt i driftsfasen med service, og eventuell utskifting av komponenter i prosessutstyret. Det samme gjelder utveksling av driftserfaring.

Klagenemndas vurdering:

(14) Klager har ønsket å delta i en anbudskonkurranse for leveranse til innklagede, og har saklig klageinteresse, jf. forskrift om klagenemnd om offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig.

(15) Det første spørsmålet er om oppdragsgiver innklagede omfattes av forskrift om innkjøpsregler innen vann- og energiforsyning, transport og telekommunikasjon (forsyningssektorene) av 5. desember 2003 nr. 1424 (heretter "forsyningsforskriften").

(16) Virksomheten er et selvstendig rettssubjekt, og faller ikke inn under statlige, fylkeskommunale eller kommunale myndigheter, jf. forsyningsforskriftens § 1 bokstav a). Spørsmålet er om innklagede er et offentligrettslig organ eller offentlig foretak, jf. forsyningsforskriftens § 3 (1) bokstav a) jf. § 1 bokstav a) eller om virksomheten drives på grunnlag av en enerett eller særrett, jf. forsyningsforskriftens § 3 (1) bokstav b).

(17) Forsyningsforskriftens § 3 (1) bokstav b) lyder:

"Denne forskrift kommer bare til anvendelse for oppdragsgivere som:

(...)

b) ikke er offentlige myndigheter eller offentlige foretak, og utøver én eller flere av de typer virksomhet som er nevnt i § 4 nedenfor, og driver denne virksomheten på grunnlag av en enerett eller særrett gitt av vedkommende

myndighet i en EØS-stat. Med særretter og eneretter menes rettigheter som følger av tillatelser gitt av kompetent myndighet ved lov eller forskrift, når dette medfører at det forbeholdes én eller flere oppdragsgivere å utøve en virksomhet definert i § 4. En særrett eller enerett skal anses å foreligge dersom oppdragsgiver:

1. *ved oppbygging av nettverkene eller installasjonene nevnt i § 4 kan benytte seg av ekspropriasjon, lovbestemt bruksrett, plassere nettverksutstyr på, under eller over offentlig vei, eller*
2. *forsyner et nettverk med drikkevann, elektrisitet, gass eller varme dersom nettverket selv er drevet av et foretak som har særretter eller eneretter gitt av vedkommende myndighet i den berørte medlemsstaten."*

(18) AVA driver faste nettverk beregnet på ytelse av offentlige tjenester i forbindelse med produksjon, transport eller distribusjon av drikkevann, og driver derfor virksomhet som nevnt i forsyningsforskriftens § 4 bokstav b) nr 1.

(19) Det kan spørres om innklagede kan plassere nettverksutstyr, dvs vannledninger, under offentlig vei ved oppbygging av nettverkene. Det er på det rene at innklagede *har* vannledninger under offentlig vei. Adgangen til å legge nye ledninger under offentlig vei når nye abonnenter skal knyttes til nettverket, er imidlertid ikke direkte regulert.

(20) Etter avtalens punkt 2.2 plikter kommunen uten særskilt vederlag å overdra til AVA vann og avløpsanlegg som de i fremtiden måtte bli eier av, og etter avtalens punkt 5.3 er kommunen "inneforstått med" at det kan bli "nødvendig" at kommunen må bruke sine offentligrettslige virkemidler i forbindelse med videre utvikling og utbygging av anlegget. Et slikt virkemiddel finnes blant annet i vegloven § 9 jf. § 57 der det følger at kommunen kan gi løyve til å gjøre inngrep i kommunale veier.

(21) Regelverket bør tolkes slik at formålet med regleverket sikres effektivt. I EF-dommen C-399/98 (Scala) ble det lagt vekt på at i vurderingen av om en kontrakt er omfattet av regelverket, må det vurderes hvilken offentlig tilknytning arbeidene har fra starten av, herunder om det er tale om arbeid med egenskaper som kan oppfylle generelle infra- og servicestrukturkrav. Det må også legges vekt på om retten til å utføre slikt arbeid er tillagt forvaltningen for å sikre kollektiv nytte for samtlige brukere av området. I sak C-44/96 (Mannesmann) la EF-domstolen videre til grunn at en kontrakt som oppfyller vilkårene for direktivenes anvendelse ikke kan miste sin karakter av offentlig kontrakt selv om oppdragsgiver overdrar rettigheter og forpliktelser til en virksomhet som ikke omfattes av direktivene.

(22) Avtalen må etter dette tolkes slik at kommunen forplikter seg til å bruke sine offentligrettslige virkemidler for å sørge for at AVA kan få lagt vannledninger under offentlig vei, alternativt selv anskaffer nye deler av vann- og avløpsanlegget, med nødvendige rør under offentlig vei, for så å overdra det uten særskilt vederlag til AVA. På denne måten er AVA gitt en særrett som omfattet av ordlyden i forsyningsforskriftens § 4 bokstav b) nr 1.

(23) AVA som samvirkelag er derfor omfattet av forsyningsforskriften.

(24) Klagenemnda legger til grunn at anskaffelsen gjelder en varekontrakt. Anskaffelsens estimerte verdi var 9.3 millioner og overstiger således terskelverdien for i forsyningsforskriftens § 11 (1) bokstav b) nr. 1. Forsyningsforskriften får derfor anvendelse på anskaffelsen.

(25) Forsyningsforskriftens § 17 (1) bestemmer at anskaffelsen skal foretas ved åpen eller begrenset anbudskonkurranse eller konkurranse med forhandling, og kunngjøres i samsvar med § 18. Et unntak gjøres imidlertid i (2) bokstav c) som bestemmer at kunngjøring ikke er nødvendig dersom "arbeidet

av tekniske (...) grunner (...) bare kan utføres av en bestemt leverandør". Ved vurderingen av om det foreligger flere mulige leverandører, må innklagede se hen til hele EØS/WTO-markedet, idet kunngjøringsplikten gjelder for hele dette området.

(26) Forskriftens § 17 (2) bokstav c) er en unntaksregel som skal fortolkes strengt, og det er oppdragsgiver som har bevisbyrden for at regelen kan benyttes i det enkelte tilfellet, jf. EF-dommen C-385/02. Det følger videre av dommen at en generell påstand om at oppdraget er så komplekst og vanskelig at det kun kan utføres av en leverandør, uten at det fremkommer en detaljert redegjørelse for hvorfor det var nødvendig å overdra oppgaven til en enkelt leverandør, ikke er tilstrekkelig for å oppfylle bevisbyrden.

(27) Klagenemnda kan ikke ta stilling til om klager faktisk kunne levert tilsvarende vannprosessutsyr. Innklagede har imidlertid ikke godtgjort at det av tekniske grunner ikke fantes andre leverandører på EØS/WTO-markedet som kunne levere vannprosessutstyret, men kun argumentert med at klager ikke hadde tilstrekkelig erfaring. Innklagede har således ikke godtgjort at de kunne foreta en direkteanskaffelse med hjemmel i forskriftens § 17 (2) bokstav c).

(28) Da innklagede ikke har anført at andre unntaksregler kommer til anvendelse, skulle anskaffelsen vært kunngjort, jf. forskriftens § 17 (1).

Konklusjon:

Austevoll Vatn og Avløp har brutt forsyningsforskriften § 17 (1) ved ikke å kunngjøre anskaffelsen av nytt vannprosessutsyr.

For klagenemnda, Oslo 25. oktober 2004

Morten Goller



Forsiden
Nemndsmedlemmer
Saksbehandling
Regelverk
Innkommne saker
Statistikk
Årsrapporter
Dommer
Søk i avgjorte saker

Avgjorte saker:

[2003](#) [2004](#) [2005](#)

Besøksadresse

H. Heyerdalsgate 1
0033 Oslo

Postadresse

Postboks 8132 Dep
0033 Oslo

Tlf.: 22 33 70 10

Faks: 22 33 70 12

E-post:

postmottak@kofa.no

Avgjorte saker

Innklagede gjennomførte en anbudskonkurransen for levering og drifting av bredbånd. Tildelingskriteriene kvalitet og funksjonalitet ble i evalueringen betraktet som minstekrav, og da alle tilbudene var tilfredsstillende med hensyn til dette, ble pris avgjørende. Dette var et brudd på kravet til forutberegnelighet i lovens § 5. Videre brøt innklagede kravet til etterprøvnbarhet.

Klagenemndas avgjørelse 25. oktober 2004 i sak 2004/162

Klager: Telenor Norge

Innklaget: Nordland fylkeskommune

Klagenemndas medlemmer: Per Christiansen, Svein Dahl, Morten Goller

Saken gjelder: Evaluering av tildelingskriterier. Forutberegnelighet. Etterprøvnbarhet. Avvisning.

Bakgrunn:

(1) Nordland fylkeskommune (heretter kalt innklagede) kunngjorde 11. august 2003 en åpen anbudskonkurranse for kjøp av bredbåndsnett til fylkeskommunale institusjoner i Nordland, med opsjon for kommunene på å tilslutte seg avtalen. Selv om kunngjøringen betegner anskaffelsen som kjøp av varer, fremgår det av konkurransegrunnlaget og tilbudene at det hovedsakelig er en tjenesteanskaffelse.

(2) Kontrakt skulle tildeles det økonomisk mest fordelaktige tilbud, basert på følgende ikke-prioriterte tildelingskriterier:

”

funksjonalitet

pris

kvalitet

erfaring/referanser

kompetanse og bistandsevne

dokumentasjon av leveransen"

(3) Videre gjengis fra kravspesifikasjonen:

"Funksjonelle krav (Mål).

Alle institusjoner i Nordland fylkeskommune skal kunne kommunisere med hverandre og med fylkesbygget i Bodø og med omverdenen i form av datatrafikk og (digital) telefoni. (...)

Tekniske krav.

(...)

Datatrafikk skal i nettverket baseres på TCP/IP protokoll. Løsningen skal kunne sperre for andre protokoller.

Telefonitrafikk skal gå med IP protokoll, og løsningen må kunne prioritere slik trafikk.

Konfigurasjon/systemendring.

(...)

Leverandør må sikre at maskinvare har en rimelig teknisk levetid. Utstyr må (eventuelt med tilleggsutstyr) kunne tilkobles fiberoptisk kabling samt støttet IP telefoni med ØoS. Kurs for driftspersonell skal tilbys som opsjon."

(4) Seks leverandører inga tilbud, blant dem Telenor Norge (heretter kalt klager) og ITET. Klager tilbød to løsninger. Løsning 1 ble presentert som en løsning som dekket alle krav i forespørselen. Om løsning 2 skrev klager:

"IPN VPN Priority Classify tilbyr kun klassifisering av trafikk, og kan ved hjelp av standard kømekanismer WFQ og ToS gi en viss grad av prioritering, dog ikke ren QoS. IP VPN Priority Classify gir mulighet for, på et senere tidspunkt, enkelt å kunne konvertere til IP VPN Priority Quality, og etablere prioritering på de aksessene som trenger det, når de trenger det.

(...)

I utvikling av denne tjenesten ligger det tekniske utfordringer vi i dag ikke kjenner svaret på og som klart kan påvirke resultatet og tidsestimatet. Telenor kan slik sett ikke forplikte seg til realisering av denne tjenesten innenfor det estimerte tidspunktet."

(5) I anbudsprotokollen stod følgende om tilbudsevalueringen:

"Kriteriene for valg er som følger:

funksjonalitet

pris

kvalitet

Kriteriene er satt opp i en ikke prioritert rekkefølge.

Alle anbudene fylte de krav som var satt til funksjonalitet og kvalitet i henhold til konkurransegrunnlaget. Det ble derfor i hovedsak pris som ble utslagsgivende for valg av leverandør.

Prismessig kan følgende oversikt gis på totalsummer:

<i>Etablering</i>	<i>Drift/pr.mnd.</i>	
<i>Anbyder nr 1:</i>	<i>1.0310.680,-</i>	<i>929.180,-</i>
<i>(...)</i>		

Anbyder nr 5:
3.421.780,- **2.077.653,-"**

(6) I prisoversikten er ITET kalt anbyder nr. 1, mens klager er anbyder nr. 5.

(7) Den 20. februar ble leverandørene meddelt at ITET var tildelt kontrakten. Innklagede skrev:

"Som grunnlag for behandlingen av tilbudene var de valgkriteriene som stod i punkt 2.2 i konkurransegrunnlaget:

funksjonalitet

pris

kvalitet

Kriteriene er satt opp uten tanke på prioritering.

Alle anbyderne fylte de krav som var satt til funksjonalitet og kvalitet. Det ble derfor pris som ble utslagsgivende for valg av leverandør."

Anførsler:*Klagers anførsler:*

- (8) Innklagede har brutt regelverket for offentlige anskaffelser.
- (9) Den valgte leverandørens tilbud tilfredsstilte ikke kravet til digital telefoni (IP-telefoni) og prioritering av slik trafikk (ØoS). Dette tilbudet skulle derfor vært avvist.
- (10) Klager leverte to tilbud. Bare det dyreste er blitt evaluert. Når innklagede skriver at alle tilbudene fylte kravene som var satt til kvalitet og funksjonalitet, og at pris derfor ble avgjørende, skulle klagers rimeligste tilbudet vært vurdert opp mot ITETs.
- (11) Innklagede har ikke evaluert alle tildelingskriteriene.
- (12) Innklagede har utelatt vesentlig informasjon i protokollføringen.

Innklagedes anførsler:

- (13) Innklagede bestrider å ha brutt regelverket for offentlige anskaffelser.
- (14) Den valgte leverandørens tilbud tilfredsstilte de kravene som var satt til IP-telefoni.
- (15) Klagers løsning nr 2 ble avvist, da det ikke tilfredsstilte kravspesifikasjonen, og uansett ikke var et bindende tilbud.
- (16) Alle tildelingskriteriene ble evaluert. Når protokollen gir inntrykk av noe annet, skyldes dette en uteglemmelse.

Klagenemndas vurdering:

- (17) Klager har deltatt i konkurransen og har saklig klageinteresse, jf forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Anskaffelsen er underlagt del II i forskrift om offentlige anskaffelser, jf. § 2-2.
- (18) Klagenemnda behandler først spørsmålet om det var riktig å avvise klagers tilbud.
- (19) Når klager skrev at selskapet ikke kunne forplikte seg til realisering av tjenesten innenfor det estimerte tidspunktet, innebar dette at tilbudet var uforbindtlig med hensyn til resultat. Dette innebar et vesentlig forbehold, og innklagede var derfor forpliktet til å avvise tilbudet, jf kravet til likebehandling av leverandørene i lov om offentlige anskaffelser § 5.
- (20) Etter forskrift om offentlige anskaffelser § 8-1 (2) bokstav c) nr 1 skal det protokollføres dersom et tilbud blir avvist. Videre skal oppdragsgiver snarest mulig gi leverandøren skriftlig melding med en kort begrunnelse dersom tilbudet avvises, jf. forskriftens § 3-1 (1). Begge bestemmelsene må gjelde tilsvarende også når leverandøren har levert to tilbud og bare det ene blir avvist. Innklagede har dermed brutt forskriftens § 8-1 (2) bokstav c) nr 1 ved å ikke protokollføre avvisning av klagers tilbud nr 2 og forskriftens § 3-8 (1) ved ikke å gjøre klager oppmerksom på avvisningen før meddelelsen om valg av tilbud.
- (21) Spørsmålet er så om tilbudene ble evaluert fullt ut i henhold til tildelingskriteriene.

(22) Det fremgår av anskaffelsesprotokollen og begrunnelsen for valg av tilbud at innklagede har evaluert tilbudene i henhold til kriteriene funksjonalitet, pris og kvalitet, mens innklagede i ettertid har hevdet at alle de oppgitte kriteriene ble tatt i betraktning.

(23) Når det gjelder kriteriene erfaring/referanser og dokumentasjon av leveransen, er dette forhold som ikke kan vurderes isolert, men som må tas i betraktning ved evalueringen av andre kriterier, i dette tilfellet funksjonalitet og kvalitet. Videre går kriteriet kompetanse og bistandsevne naturlig inn under begrepet kvalitet når det gjelder evalueringen av tjenstedelen av anskaffelsen. Det er derfor ikke nødvendigvis motstrid mellom innklagedes opprinnelige begrunnelse og den begrunnelsen som ble gitt etter at forholdet ble påpekt. Ut fra faktum i saken er det imidlertid ikke mulig å se at det har vært foretatt en vurdering av erfaring/referanser, dokumentasjonen av leveransen og kompetanse og bistandsevne. Dette tyder på at de nevnte forholdene ikke har vært vurdert, noe som i så fall ville være et brudd på forskriftens § 10-2.

(24) En evaluering av tildelingskriteriene innebærer at oppdragsgiver plikter å gradere og rangere tilbudene for hvert tildelingskriterium, jf klagenemndas avgjørelser i sakene 2003/61 og 2004/46. En høy grad av funksjonalitet og kvalitet skal dermed premieres i forhold til et tilbud som bare har funksjonalitet og kvalitet tilsvarende minstekravene. Når innklagede både i vurderingsdokumentene og i begrunnelsen skriver at "*alle anbyderne fylte de krav som var satt til funksjonalitet og kvalitet*", innebærer dette at innklagede har stilt minstekrav til kvalitet og funksjonalitet, slik at så lenge kvaliteten og funksjonaliteten har vært tilfredsstillende, er pris blitt avgjørende. At tilbudene til alle de seks leverandørene ble vurdert som likeverdige mht kvalitet og funksjonalitet på en teknisk komplisert anskaffelse med store prisdifferensier, støtter denne oppfatningen. Innklagede har dermed brutt kravet til forutberegnelighet i lov om offentlige anskaffelser § 5, da tildelingskriteriene kvalitet og funksjonalitet ikke er blitt evaluert ut over et minstenivå.

(25) Etersom kontrakt ennå ikke er inngått, kan feilen rettes ved at innklagede foretar en ny evaluering av tilbudene basert på de oppgitte tildelingskriteriene for så å kunne redegjøre for evalueringen.

(26) Når det gjelder spørsmålet om ITETs tilbud tilfredsstilte konkurransegrunnlagets krav til IP-telefoni og prioritering av slik trafikk(QoS), konstaterer klagenemnda at dette er et spørsmål partene er uenige om, og som klagenemnda på grunn av skriftlig saksbehandling ikke har forutsetninger for å ta stilling til. Klagenemnda vil imidlertid legge til at IP-telefoni og QoS er stilt som krav, og at dersom dette ikke tilbys, må det anses som et vesentlig avvik fra kravspesifikasjonen. I så fall plikter innklagede å avvise tilbudet i medhold av kravet til likebehandling i lovens § 5, jf klagenemndas avgjørelse i sak 2004/167.

Konklusjon:

Nordland fylkeskommune har brutt forskrift om offentlige anskaffelser § 8 (2) bokstav c) nr 1 ved at avvisningen av klagers tilbud nr 2 ikke ble nedtegnet i anbudsprotokollen.

Nordland fylkeskommune har brutt forskrift om offentlige anskaffelser § 3-8 (1), da klager ikke ble informert om at tilbud nr 2 var avvist.

Nordland fylkeskommune har brutt kravet til forutberegnelighet i lov om offentlige anskaffelser § 5, da tildelingskriteriene kvalitet og funksjonalitet ikke er evaluert ut over et minstenivå.

For klagenemnda,

25. oktober 2004

Svein Dahl



Forsiden
Nemndsmedlemmer
Saksbehandling
Regelverk
Innkomne saker
Statistikk
Årsrapporter
Dommer
Søk i avgjorte saker

Avgjorte saker:
[2003](#) [2004](#) [2005](#)

Besøksadresse
H. Heyerdalsgate 1
0033 Oslo

Postadresse
Postboks 8132 Dep
0033 Oslo

Tlf.: 22 33 70 10

Faks: 22 33 70 12

E-post:
postmottak@kofa.no

Avgjorte saker

Klager deltok i en konkurranse med forhandling for anskaffelse av AMO-kurs, men ble ikke invitert til forhandlingene fordi den tilbudte prisen ble ansett for høy. Klagenemnda kom til at innklagede hadde brutt forskrift om offentlige anskaffelser § 16-3 ved ikke å forhandle også med klager.

Klagenemndas avgjørelse 25. oktober 2004 i sak 2004/207

Klager: Kreativt Næringscenter AS

Innklagede: Aetat Lyngdal og Aetat Flekkefjord

Klagenemndas medlemmer: Per Christiansen, Svein Dahl, Morten Goller

Saken gjelder: Utvelgelse til konkurranse med forhandlinger, reell mulighet for å få tildelt

kontrakt.

Sakens bakgrunn:

(1) Aetat Lyngdal og Aetat Flekkefjord ("innklagede") kunngjorde 3. juni 2004 en konkurranse med forhandling for bestilling av AMO-kurs – jobbklubb. I konkurransegrunnlaget ble det opplyst om følgende kvalifikasjonskrav:

"Alle Leverandører skal legge ved to skatteattester som ikke er eldre enn 6 måneder (RF-1244). Den ene skatteattesten som gjelder skatter fås hos kommunekassereren, den andre gjelder merverdiavgift og fås hos skattefogden.

Alle leverandørene skal fylle ut vedlagte helse-, miljø- og sikkerhetserklæring (vedlegg 2) og legg den ved tilbudet.

Det skal legges ved utdrag av Leverandørens årsregnskap.

Det skal legges ved en kortfattet beskrivelse av Leverandørens organisasjon.

Det skal legges ved referanser til tilsvarende/relevante leveranser med beskrivelse av kundens kurs og navn på referanseperson hos kunden.

Leverandører som ikke tilfredsstillter kvalifikasjonskravene, vil bli avvist."

(2) Det ble konkurrert om å levere det økonomisk mest fordelaktige tilbudet, og følgende tildelingskriterier ble oppgitt i ikke-prioritert rekkefølge:

*"Pris
Faglige kvalifikasjoner*

*Kursperiode
Kvalitet
Aksept av kontraktsvilkår”.*

(3) Sju leverandører leverte tilbud innen tilbudsfristens utløp. En av disse var Kreativt Næringscenter AS ("klager").

(4) Innklagede ga klager beskjed om at tilbudet fra Nextnet AS ble ansett som det økonomisk mest fordelaktige, og at klagers tilbud følgelig ikke nådde fram i konkurransen. Det var på dette tidspunkt ikke gjennomført noen forhandlinger med klager.

(5) I brev av 5. juli 2004 ba klager innklagede om en begrunnelse på hvorfor klager ikke ble invitert til forhandlinger. Innklagede ga følgende svar i brev datert 10. august:

"Når det gjelder Deres tilbud ble dette vurdert som mer jobbsøkekurs med vektlegging av forelesninger og samtaler i grupper, og ikke jobbklubbmetodikk som det ble henvist til i utlysningen av kurset.

Videre var Deres pris betydelig over det som ble foretrukket."

(6) Kontrakt ble inngått med Nextnet AS og kurset ble avsluttet 25. august 2004.

Klager har i det vesentligste anført:

(7) Innklagede har brutt regelverket for offentlige anskaffelser.

(8) Innklagede har brutt forskrift om offentlige anskaffelser ved ikke å invitere klager til forhandlinger.

(9) Vurderingen av at klager ikke tilbyr jobbklubbmetodikk, er ikke forsvarlig.

Innklagede har i det vesentligste anført:

(10) Innklagede bestrider å ha brutt regelverket for offentlige anskaffelser.

(11) Fire leverandører ble invitert til forhandlinger. Samtlige av disse oppfylte de krav som ble satt i kravsspesifikasjonen. Klager lå høyere i pris og utmerket seg ikke i tilbudet på noen måte som skulle tilsi at klager ble invitert til forhandlinger. Tilbudt pris var mest tungtveiende moment i vurderingen av hvilke leverandører som ble invitert til forhandlinger.

(12) Klager utmerket seg ikke på jobbklubbmetodikk.

Klagenemndas vurdering:

(13) Klager har deltatt i konkurransen og har saklig klageinteresse, jf forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig.

Utvelgelse til forhandlinger

(14) Oppdragsgiver skal velge ut hvem som skal inviteres til forhandlinger blant leverandører som tilfredsstillt kravene for deltakelse i konkurransen, jf forskrift om offentlige anskaffelser § 16-3 (1). Utvelgelsen skal skje på grunnlag av den foreliggende informasjon om leverandørenes stilling og tekniske, økonomiske og finansielle kapasitet, jf § 16-3 (2).

(15) Klagenemnda har i tidligere saker påpekt at tilbudspriser ikke

vedrører leverandørenes stilling eller tekniske, økonomiske og finansielle kapasitet. Innklagede har på denne bakgrunn brutt forskriften § 16-3 (2) når tilbudt pris har dannet grunnlag for vurderingen av hvem som skal velges ut til forhandlingene. Bestemmelsen i § 16-3 (2) må imidlertid ses i sammenheng med § 16-3 (3) om at det likevel bare skal forhandles med leverandører som har reell mulighet for å få tildelt kontrakten.

Reelle muligheter til å få kontrakten

(16) Selv om bestemmelsen i §16-3 (3) ikke er påberopt uttrykkelig av klager, antar klagenemnda at innklagedes anførsler kan forstås slik at klager ble ansett å være uten reell mulighet til å bli tildelt kontrakten. I den foreliggende saken er klagers tilbudte pris over 50 % høyere enn prisen til valgte leverandør.

(17) I konkurranse med forhandlinger vil prisen være et sentralt forhandlingstema, og tilbudenes forutsetningsvise forbedringer i forhandlingsprosessen vil kunne påvirke rangeringen av tilbudene. Selv om forskjellen i pris mellom klager og valgte leverandør er stor, kan klagenemnda ikke se at innklagede har godtgjort at prisdifferansen i dette tilfellet alene var tilstrekkelig til at klager var uten reelle muligheter til å få kontrakten.

(18) Innklagede har videre påpekt at klagers tilbud ikke utmerket seg i forhold til noen av de øvrige tildelingskriteriene. Hva som ligger i dette, er ikke nærmere utdypet, og det er derfor vanskelig å vite hvilken betydning de øvrige tildelingskriteriene har hatt for klagers reelle mulighet til å få kontrakten. Innklagede har imidlertid gitt uttrykk for at tilbudenes pris var avgjørende i vurderingen, og klagenemnda kan derfor ikke se at klagers uttelling på de øvrige tildelingskriteriene kan ha hatt betydning for vurderingen av klagers reelle muligheter til å få kontrakten.

Konklusjon:

Aetat Lyngdal og Aetat Flekkefjord har brutt forskrift om offentlige anskaffelser § 16-3 (2) ved ikke å forhandle også med klager.

For klagenemnda,

25. oktober 2004

Per Christiansen



Forsiden
Nemndsmedlemmer
Saksbehandling
Regelverk
Innkommne saker
Statistikk
Årsrapporter
Dommer
Søk i avgjorte saker

Avgjorte saker:
[2003](#) [2004](#) [2005](#)

Besøksadresse
H. Heyerdalsgate 1
0033 Oslo

Postadresse
Postboks 8132 Dep
0033 Oslo

Tlf.: 22 33 70 10

Faks: 22 33 70 12

E-post:

postmottak@kofa.no

Avgjorte saker

Innklagede unnlot å kunngjøre kontrakter om skoleskyss med drosje til tross for at kontraktene oversteg beløpsgrensen for direkte anskaffelser og terskelverdien i forskriftens § 2-2. Dette var et brudd på forskriftens § 4-1, jf § 6-2.

Klagenemndas avgjørelse 13. september 2004 i sak 2004/154

Klager: Drammen Taxi AS

Innklaget: Buskerud fylkeskommune

Klagenemndas medlemmer: Per Christiansen, Svein Dahl, Morten Goller

Saken gjelder: Beregning av kontraktsverdi. Kunngjøringsplikt. Direkte anskaffelse.

Bakgrunn:

(1) Buskerud fylkeskommune (heretter kalt "innklagede") kunngjorde 15. april 2004 en åpen anbudskonkurranse for skoleskyss i kommunene Drammen, Lier, Nedre Eiker, Røyken og Hurum. I henhold til kunngjøringen skulle det gis tilbud på transport av "elever med behov for spesialskyss grunnet funksjonshemning, manglende bussforbindelse eller andre særskilte grunner".

(2) Den 3. juni 2004 sendte Drammen Taxi AS (heretter kalt "klager") et brev til Buskerud fylkeskommune med spørsmål om hvorfor konkurransen var begrenset til disse fem kommunene. I brev av 7. juni 2004 svarte innklagede:

"Dette er en vurdering Buskerud fylkeskommune har gjort basert på gjennomført anbudskonkurranse for skoleåret 2002/2003. Det viste seg ved den anbudsrunderen å være svært liten konkurranse i markedet. Det er således en bedre utnyttelse av våre ressurser å gjennomføre forhandlinger med lokale leverandører. Selv om det heller ikke i de 5 kommunene det nå kunngjøres anbud var stor konkurranse ved forrige anbudsrunder, mener Buskerud fylkeskommune at det i hvert fall er potensielle tilbydere som kan legge inn konkurrerende anbud."

(3) Overfor klagenemnda er det opplyst muntlig at innklagede har tatt skritt for å inngå kontrakter direkte for skoleskyss i de øvrige kommunene i

fylket.

(4) I fylkeskommunens budsjett for 2004, vedtatt 27. januar 2004, er det budsjettert med kr 19.650.000 for grunnskoleskyss og kr 19.900.000 for skyss til videregående skole. Innklagede har opplyst at det meste av skyssen av elever til grunnskolen skjer med drosje. For videregående skole foretas derimot det meste av skyssen med buss og tog. Opplæringsloven § 13-4 pålegger fylkeskommunen å organisere og betale transporten. For transport til grunnskolen skal kommunen refundere gjeldende satser for persontakst med buss, jf første ledd siste setning.

Anførsler:

Klagers anførsler:

(5) Innklagede bryter regelverket for offentlige anskaffelser dersom det inngås kontrakter for skoleskyss med drosje i de 16 kommunene uten forutgående kunngjøring.

(6) Kontraktenes verdi for de gjenværende kommunene overstiger langt terskelen for å inngå direkte anskaffelser etter regelverket for offentlige anskaffelser.

(7) Drosjeløyve er ikke knyttet til kommune. Enhver løyvehaver kan påta seg oppdrag i hele landet, og er derfor potensielle deltakere i en konkurranse. Det er derfor ingen grunn til å dele opp fylket etter kommunegrensene for inngåelse av kontrakter.

(8) Selv om fylkeskommunen har dårlig erfaring med responsen på en slik anbudskonkurranse, har konkurransesituasjonen i drosjenæringen endret seg betydelig de siste årene. Det har vært en tendens at drosjesentralene opererer utenfor sitt primærområde. Innklagede kan derfor ikke bygge på resultatene av konkurransen i 2002.

Innklagedes anførsler:

(9) Innklagede bestriker at regelverket for offentlige anskaffelser brytes ved at kontraktene om skoleskyss med drosje inngås direkte.

(10) Innklagede inngår kontrakter per kommune. Dette er praktisk, da kommunen skal refundere en del av utgiftene til drosjekjøringen.

(11) De er gjennomført konkurranse med kunngjøring for de kommunene i nedre Buskerud der det er konkurranse i drosjemarkedet. I kommunene Hemsedal, Flå og Krødsherad kjøper ikke innklagede slike tjenester, da all skoleskyss foretas med rutebil. Kontraktene for skolekjøring i kommunene Sigdal, Flesberg, Rollag og Nore og Uvdal er under terskelverdien for pliktig kunngjøring, og kan derfor inngås direkte. Anskaffelsen er ikke kunngjort i de gjenværende kommunene fordi det ikke er noen konkurranse i markedet.

Klagenemndas vurdering:

(12) Klager er potensiell leverandør for de kontraktene der konkurranse ikke er kunngjort og har saklig klageinteresse, jf forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig.

(13) Det er på det rene at innklagede vil tildele kontrakter for fylket under ett som langt overskrider kr 200.000, som er øvre grense for å foreta direkte anskaffelser, jf forskrift om offentlige anskaffelser § 11-2 (1) bokstav a).

(14) I tre av kommunene i Buskerud fylke kjøper ikke innklagede drosjeskyss, mens konkurranse er gjennomført i fem kommuner. Saken gjelder om innklagede pliktet å kunngjøre anskaffelse av drosjeskyss i de resterende 13 kommunene i fylket.

(15) Etter forskrift om offentlige anskaffelser § 2-3 (1) skal verdien av en anskaffelse beregnes på grunnlag av den samlede verdi av de kontrakter som utgjør anskaffelsen på kunngjøringstidspunktet. Dersom anskaffelsen av ensartede varer, tjenester eller bygge- og anleggskontrakter kan føre til tildeling av flere enkeltkontrakter samtidig, skal den samlede verdien av disse enkeltkontraktene legges til grunn, jf femte ledd.

(16) Når innklagede skal inngå avtaler om drosjeskyss i alle kommunene for samme periode, betyr det at anskaffelsens samlede beløp må legges til grunn for alle kontraktene. Kontraktene i kommunene Sigdal, Flesberg, Rollag og Nore og Uvdal kan derfor ikke inngås direkte med den begrunnelse at de er under terskelverdiene etter forskriftens § 11-2 (1) bokstav a). Det vises i denne forbindelse til klagenemndas uttalelse i sak 2003/73.

(17) Kontrakten gjelder landtransport, som er en prioritert tjeneste, jf forskriftens § 2-4 kategori 2. Selv om innklagedes budsjett for skoleskyss skulle dekke mer enn bare drosjekjøring, er det på det rene at verdien av anskaffelsen overstiger terskelverdiene i forskriftens § 2-2, slik at forskriftens del II kommer til anvendelse.

(18) Etter forskriftens del II er det adgang til å foreta en anskaffelse direkte fra én leverandør dersom ytelsen av tekniske eller kunstneriske grunner bare kan foretas fra denne leverandøren, eller dersom anskaffelse fra vedkommende leverandør er nødvendig for å beskytte en enerett, jf § 4-3 bokstav c). Selv om en leverandør er i en faktisk monopolstilling, er oppdragsgiver forpliktet til å kunngjøre anskaffelsen. Klagenemnda har for øvrig vanskelig for å se at det ikke er potensiell konkurranse om iallfall en del av skysskontraktene, så lenge en drosjesentral har henvendt seg til innklagede for å få konkurrere om kontraktene.

Konklusjon:

Buskerud fylkeskommune har brutt forskrift om offentlige anskaffelser § 4-1, jf § 6-2, ved at kontrakter om skoleskyss skal inngås uten at anskaffelsen er kunngjort.

For klagenemnda,

13. september 2004

Per Christiansen



Forsiden
Nemndsmedlemmer
Saksbehandling
Regelverk
Innkommne saker
Statistikk
Årsrapporter
Dommer
Søk i avgjorte saker

Avgjorte saker:

[2003](#) [2004](#) [2005](#)

Besøksadresse

H. Heyerdalsgate 1
0033 Oslo

Postadresse

Postboks 8132 Dep
0033 Oslo

Tlf.: 22 33 70 10

Faks: 22 33 70 12

E-post:

postmottak@kofa.no

Avgjorte saker

Innklagede hadde benyttet en leverandør til å utarbeide et notat. Deler av notatet ble benyttet under utarbeidelsen av en senere åpen anbudskonkurranse. Klagenemnda hadde ikke grunnlag for å fastslå at det forelå brudd på likebehandlingsprinsippet. Klagenemnda tok ikke stilling til om innklagede hadde evaluert tildelingskriteriene forskriftsmessig, men kom til at innklagede hadde brutt kravet til begrunnelse.

Klagenemndas avgjørelse 12 oktober 2004 i sak 2004/215

Klager: Bedriftskompetanse AS med samarbeidspartnere

Innklaget: Innovasjon Norge Finnmark

Klagenemndas medlemmer: Kai Krüger, Siri Teigum, Andreas Wahl

Saken gjelder: Begrunnelse. Bruk av rådgivere. Tilbudsfrist. Tildelingskriterier.

Sakens bakgrunn:

(1) Innovasjon Norge Finnmark (heretter kalt innklagede) kunngjorde 12. juli 2004 en åpen anbudskonkurranse. Konkurransen gjaldt valg av leverandør for styrking av Finnmarks posisjon som leverandør av sjømat og ble kunngjort under CPV-klassifisering 73 22 00 00. Av kunngjøringens punkt II.1.6 fremgikk følgende:

"Beskrivelse/kontraktens gjenstand:

Utvikle og gjennomføre resultatorientert samarbeidsprosesser med marine Næringsaktører - Det offentlige – Innovasjon Norge Finnmark - Kompetansemiljøer. Hensikten er å oppnå holdningsendring og kompetanseutvikling blant de fire sektorene innenfor langsiktig, strategisk tenking rettet mot sjømatmarkedenes og kundenes behov. Målet er bedre markedstilpasning i næringens verdikjede og bedre tilrettelegging fra Det offentlige – Innovasjon Norge – Kompetansemiljøene for Marine Næringer. Prosessen skal skje med medvirkning fra miljøene og materialiseres i konkrete samarbeidsprosjekter mellom aktører rettet mot utvikling av strategiske fortrinn"

(2) Innklagede er et statlig foretak som 1. januar 2004 overtok virksomheten til Norges Turistråd, Norges Eksportråd, Statens nærings- og distriktutviklingsfond (SND) og Statens veiledningskontor for oppfinnere (SVO).

(3) På slutten av 2003 ble Frost forretningsutvikling AS (heretter kalt Frost) engasjert av innklagede til å lage et notat om hvordan en skulle overføre

erfaringer fra et tidligere prosjekt for kongekrabbenæringen til større deler av sjømatnæringen. Frost skrev et notat datert 18. mars 2004, kalt "Prosjekt: Regional næringsutvikling av sjømatsektoren i Finnmark – en klusterutviklingsprosess med fokus på å utvide markedsfortrinn og å implementere endringer i måten næringen i regionen arbeider ut mot sine markeder på".

(4) Notatet ble drøftet i et møte 15. april. Innklagede fant det mangelfullt på en del områder og med en gal vinkling. Andre elementer ble ansett for å være interessante for videre bearbeiding. Frost ble kontaktet og notatet ble diskutert. Frost ble informert om hvilke sider av notatet som var uaktuelle for innklagede, og hvilke som var interessante. Innklagede skrev et nytt notat datert 13. mai. Notatet tok utgangspunkt i notatene som ble gjennomgått på møtet 15. april. Det fremgikk at "Vi legger til grunn virkelighetsoppfatningen i det opprinnelige notatet, men hvor vi her har justert prosjektoppsettet i tråd med innspill fra forrige styringsgruppemøte (...) Størrelsesmessig og tidsmessig forventer vi at oppsettet av prosessen vil ligne på skissen i det opprinnelige notatet (...)" Samme dato ble arbeidet med å utforme kunngjøring og konkurransegrunnlag startet. Deler av Frosts notat ble kopiert og tatt inn som beskrivelsen i konkurransegrunnlaget for den påklagede anbudskonkurransen.

(5) Av konkurransegrunnlaget fremgikk det at øvre ramme for prosjektet var satt til kr. 1.800.000 og at konkurransen fulgte reglene i forskrift om offentlige anskaffelser del I og III. Frist for innlevering av tilbud var satt til 10. august 2004.

(6) I konkurransegrunnlaget ble kravene til leverandørenes faglige kvalifikasjoner oppgitt slik:

"

Oppdragsgiverens kvalifikasjonskrav:	Dokumentasjon – bevis for at de stilte krav er oppfylt
<p><u>Krav 1:</u></p> <p>Det kreves betydelig erfaring fra tilsvarende oppdrag</p>	<ul style="list-style-type: none"> • Oversikt over firmaets totale bemanning • Bemanning for dette oppdraget (organisasjonsplan) med navn og CV for nøkkelpersoner som skal utføre oppdraget • Foretakets viktigste leveranser de siste 3, alternativt 5, årene, inkludert deres verdi, tidspunkt og mottaker
<p><u>Krav 2:</u></p> <p>Det kreves meget god gjennomføringsevne</p>	

"

(7) I konkurransegrunnlaget ble tildelingskriteriene oppgitt slik:

"Tildelingen skjer på grunnlag av hvilket tilbud som er det økonomisk mest fordelaktige, basert på følgende kriterier:

- a) *Prosjektorganisering*
 - *Konseptutvikling for samspill*
 - *Motivering*
- b) *Strategiutforming*

- c) *Lønnsomhetsfokus*
- d) *Markedstilpasning*
- e) *Kommersialisering*

(8) I alt 7 leverandører leverte inn tilbud, herunder Bedriftskompetanse AS med samarbeidspartnere (heretter kalt klager) og Frost. Ingen leverandører ble avvist.

(9) Av anskaffelsesprotokollen fremgikk at tilbudene ble vurdert i forhold til tildelingskriteriene som var listet i konkurransegrunnlaget. Videre sto det blant annet:

"I vurderingene ble det lagt vekt på i hvilken grad tilbudet sannsynliggjorde oppnåelse av oppdragets overordnede mål om å utvikle varige konkurransefortrinn for sjømatnæringen gjennom: (...)

Prosjektet er omfattende og sammensatt. Tilbudene ble derfor vurdert i forhold til en rekke enkeltkriterier. Kriteriene ble valgt ut fra anbudsinnbydelsen og de spesifikasjonene som var beskrevet i denne. Ingen av tilbyderne ble vurdert som best på alle vurderingskriteriene.

Tre av tilbudene skilte seg fordelaktig ut ved en sterkere vektlegging av kompetanse innenfor markedsføring og merkevarebygging enn øvrige. (...) Når det gjelder vektlegging av kompetanse mot motivering til samspill og nettverkssamarbeid var Frost foran. Innen områdene strategiutvikling, samarbeidsmodeller og kompetanse om næringen ble kompetansen til (...) vurdert å være høyest. I sum vurderte arbeidsgruppen tilbudet fra Frost forretningsutvikling til å gi best verdi."

(10) Av notat til styringsgruppa datert 25. august 2004 fremgikk det blant annet:

"Ved vurderingen av tilbudene har vi lagt til grunn kompetansekrav og krav til innhold som fremkommer i anbudsinnbydelsen. Det er lagt vekt på dokumentert erfaring i gjennomføring av de viktigste prosessene i prosjektet som nettverksbygging, kompetanseløp, merkevarebygging osv. Prosjektbeskrivelse med vekt på organisering, ressursbruk og innhold er nøye vurdert. Enkeltelementene i vurderingen framkommer av vedlagte vurderingsskjema"

(11) Av vurderingsskjemaet fremgikk det at følgende tildelingskriterier var evaluert. Leverandørene ble gitt poeng på samtlige av kriteriene som var markert med "-".

"KOMPETANSE

- *Marked/merkevare*
- *Strategiutvikling*
- *Samarbeidsprosj. *)*
- *Nettverksbygging **)*

PROSJEKTTILBUD

a) *Organisering*

- *Ressursinnsats*
- *Prosjektmodell*
- *Framdriftsplan*
- *Aktørmedvirkning*

b) *Innhold*

- *Analyse*
- *Opprinnelsesbaserte fortrinn*
- *Strategiutvikling – motiverte nettverk*
- *Kompetanseutv. løp*
- *Myndighetsløp*
- *Radikale endringer*
- *Kommers. innhold*

ØKONOMI

- *Om IN får valuta*

**) utledet av anbudets mål om etablering av modeller for samarbeid mellom "de fire elementer*

****) utledet av anbudets mål om motivasjon til nettverksamarbeid rettet mot felles merkevarebygging (kommersielt")*

(12) I brev datert 26. august 2004 til leverandørene skrev innklagede blant annet følgende:

"(...) Samtlige 7 tilbud ble da vurdert i forhold til følgende kriterier:

· "KOMPETANSE

o markedsføring og merkevarebygging, strategiutvikling, samarbeidsmodeller, nettverksbygging, sjømatnæringen

· PROSJEKTTILBUD

o Organisering

§ Ressursinnsats, prosjektmodell, fremdriftsplan, aktørmedvirkning

o Innhold

§ *Analyse, opprinnelsesbaserte fortrinn, strategiutvikling mot motivering av nettverk, kompetanseutviklingsløp mot næringsaktører, samarbeid mellom næring, det offentlige etc., sannsynlighet til å oppnå radikale endringer, kommersielt innhold*

· ØKONOMI

o *Fra hvilket tilbud kan det forventes å få mest igjen for pengene*

Begrunnelse for valget

Innovasjon Norge har gjort en sammenlignende vurdering av tilbudene i forhold til ovenstående kriterier. Kriteriene er hentet ut fra anbudsinnbydelsen. De ulike tilbyderne har dokumentert kompetanse på ulike nivåer i forhold til kriteriene.

Det er i vurderingene lagt vekt på dokumentert erfaring, kunnskap og gjennomføringsevne. Dernest har det beskrevne prosjektinnholdet med valgte vinklinger og metoder blitt vurdert.

Etter oppsummering av alle disse kriteriene er Frost forretningsutvikling AS valgt som kontraktspartner for gjennomføring av prosjektet.

Klager har i det vesentlige anført:

(13) Det er manglende samsvar mellom tildelingskriteriene som er oppgitt i konkurransegrunnlaget og tildelingskriteriene som er oppgitt i brevet av 26. august 2004.

(14) "Markedsføring" beskriver en operativ handling, mens konkurransegrunnlagets tildelingskriterium "markedstilpasning" går på organisatoriske tiltak for å endre en organisasjon og dens produkter til nye markedskrav. Kravet til markedstilpasning er vesentlig videre enn kun å fokusere på merkevarebygging, særlig tatt i betraktning at prosjektet skulle omfatte *hele* verdikjeden.

(15) Det er ikke uten videre klart at "markedstilpasning" er ensbetydende med merkevarebygging slik det synes at innklagede har lagt til grunn, selv om det var påpekt i utlysningen at kompetanse innen merkevarebygging var et krav til leverandørene.

(16) Markedstilpasning favner videre enn kun krav om merkevarebygging. Her vil krav til produktkvalitet og leveringssikkerhet fra leverandører (fangstleddet) være like så viktige problemstillinger å ta hensyn til, for å få til ønsket markedstilpasning i næringen.

(17) "Framdriftsplan" beskriver en tidsplan som angir når ulike tiltak skal gjennomføres, og det kan også innbefatte ansvarshavende til de enkelte tiltak. "Prosjektorganisering" angir imidlertid oppbygging av prosjektet, og med oversikt over ledelse og ansvarsforhold.

(18) I innklagedes notat datert 25. august fremgår det at innklagede har lagt vekt på dokumentert erfaring i gjennomføring av de viktigste prosessene i prosjektet som nettverksbygging, kompetanseløp, merkevarebygging osv. Dette avviker fra kriteriene i konkurransegrunnlaget.

(19) I brevet av 26. august 2004 er det en sammenblanding av tildelingskriterier og kvalifikasjonskrav, det vises særlig til punktet om kompetanse. Klager bestrider ikke at kriteriet "kompetanse" i seg selv kan være et lovlig tildelingskriterium, men understreker at kriteriet ikke var oppgitt som et tildelingskriterium i denne saken.

(20) Begrunnelsene som er gitt klager oppfyller ikke kravene i forskrift om offentlige anskaffelser § 17-3.

(21) Notatet fra Frost datert 18. mars har hatt en direkte innflytelse på utformingen av konkurransegrunnlaget, ved at hele formålsbeskrivelsen er basert på notatet, samt at innklagede har hatt prosjektskissen fra Frost som en premissleverandør for iverksetting av prosjektet. Dette har gitt Frost åpenbare fordeler.

(22) Konkurransen ble kunngjort midt på sommeren med relativ kort anbudsfrist. Dette medførte at leverandørene fikk knapp tid til anbudsarbeidet, med unntak for Frost som kunne bygge videre på prosjektskissen fra 18. mars. Dette har gitt Frost et fortrinn.

Innklagede har i det vesentlige anført:

(23) Innklagede bestrider å ha brutt regelverket om offentlige anskaffelser.

(24) Anskaffelsen faller inn under forskrift om offentlige anskaffelser § 2-4 kategori 11.

(25) Innklagede har ved gjennomgangen av tilbudene sammen med øvrige kriterier sammenlignet leverandørenes kompetanse. Kompetanse er et lovlig kriterium ved vurdering av kvaliteten på intellektuelle tjenester.

(26) Punktet om kompetanse er ikke sammenfallende med det som er oppgitt som krav til faglige kvalifikasjoner i konkurransegrunnlaget. Sistnevnte setter opp krav til erfaring m.v. som er nødvendig for å delta i konkurransen. Alle leverandørene hadde de nødvendige kvalifikasjonene, men noen ble vurdert til å ha bedre kompetanse på de nevnte områdene enn andre.

(27) Innklagede har en viss grad forståelse for at det i kontrakttildelingen kan synes som innklagede har vurdert og vektlagt flere kriterier enn de som er oppgitt i konkurransegrunnlaget. Det er imidlertid ikke snakk om flere kriterier, men en presisering av de elementene som inngår i de forskjellige tildelingskriteriene. Kriteriene fremkommer dessuten under beskrivelsen av "oppdragets formål" i konkurransegrunnlaget. Tildelingsbrevet inneholder elementer fra formålsbeskrivelsen som i noen grad detaljerer tildelingskriteriene fra konkurransegrunnlaget. Under følger en oppstilling over hvilke elementer fra tildelingsbrevet som hører inn under hvilket tildelingskriterium:

Tildelingsbrevet	Konkurransegrunnlaget
Markedsføring	Markedstilpasning
Merkevarebygging	Markedstilpasning
Strategiutvikling	Strategiutforming
Samarbeidsmodeller	Konseptutvikling for samspill
Nettverksbygging	Motivering og Konseptutvikling for samspill
Sjømatnæringen	Strategiutforming (for sjømatnæringen)
Ressursinnsats	Prosjektorganisering
Prosjektmodell	Prosjektorganisering
Fremdriftsplan	Prosjektorganisering
Aktørmedvirkning	Prosjektorganisering og Motivering

Analyse	Strategiutforming (analysen er en forutsetning for en god strategiutforming)
Opprinnelsesbaserte fortrinn	Markedstilpasning og Strategiutforming (se også pkt. 2 i Oppdragets formål)
Strategiutvikling mot motivering av nettverk	Motivering og Lønnsomhetsfokus
Kompetanseutviklingsløp mot næringsaktører	Kompetanseutvikling for samspill og Strategiutforming (dette elementet er for øvrig også beskrevet under pkt. 3. Oppdragets formål)
Sannsynlighet for å oppnå radikale endringer	Strategiutforming (også relatert til innledningen i Oppdragets formål om omstilling)
Kommersielt innhold	Kommersialisering
Fra hvilket tilbud kan det forventes å få mest igjen for pengene	Kriteriet er obligatorisk som ett av flere i vurderingen av hva som er det økonomisk mest fordelaktige tilbud.

(28) Innklagede har oppfylt kravet til begrunnelse etter forskriftens § 17-3.

(29) Det er riktig at det i konkurransegrunnlaget finnes formuleringer hentet fra Frost sitt notat. Innholdsmessig er imidlertid dette noe som også finnes igjen i innklagedes egen marine strategi og i fylkeskommunens regionale utviklingsplan. Innklagede fant imidlertid at formuleringene til Frost var enkle og lettfattelige og i tråd med innklagedes utgangspunkt for arbeidet. Innklagede valgte derfor å bruke formuleringene. Høsten 2003, før Prosjekt Finnmark 2010 ble etablert, gjorde Frost et arbeid rettet mot utvikling av nye veier for å oppnå lønnsomhet for Finnmarks marine næringer. Føringer fra egen marin strategi og øvrige arbeider som er gjennomført innenfor norsk sjømatnæring hadde stor betydning for innklagedes forståelsesmessige plattform da prosjektet ble formet. Innklagede besluttet å gjennomføre det marine prosjektet i mai 2004. Innrettingen av prosjektet har sitt utspring i innklagedes strategi for økt lønnsomhet i sjømatnæringen hvor produkt differensieringen og merverdi er viktige konklusjoner. Konkurransegrunnlaget er utformet av en arbeidsgruppe av tre personer som er ansatt i Innovasjon Norge. Det er ikke mottatt bistand fra andre.

Klagenemndas vurdering:

(30) Klager har deltatt i anbudskonkurransen, og har saklig klageinteresse, jf. forskrift om klagenemnd om offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig.

Terskelverdi

(31) Det følger av forskriftens § 2-2 (1) at forskriftens del II gjelder kontrakter der den anslåtte verdi for tjenestene overstiger kr. 1.800.000 eks. mva. Forskriftens § 2-2 (4) gir Nærings- og handelsdepartementet hjemmel til å endre terskelverdiene fastsatt i forskriften. Av rundskriv datert 10. februar 2004, lagt ut på departementenes hjemmeside "Odin", fremgår det av en fotnote at for forsknings- og utviklingstjenester som nevnt i § 2-4 kategori 8, er terskelverdien kr. 1.500.000.

(32) Prosjektet ble kunngjort under CPV-klassifisering 73 22 00 00 hvilket står for "Konsulentvirksomhet i forbindelse med utvikling". Grunnet fokuset på

"utvikling" i CVP-klassifiseringen kan tjenesten synes å falle inn under CPC nummer 85 og kategori (8) i forskrift om offentlige anskaffelser § 2-4. Henvisningen til CPV-klassifiseringen innebærer imidlertid ikke i seg selv at innklagede må anses å ha tilkjennegitt at tjenestene omfattes av kategori 8 i forskriften og de særreglene som følger av denne kategorien. Hvilken kategori anskaffelsen faller inn under, må da vurderes på grunnlag av innholdet av tjenestene som skulle anskaffes. På bakgrunn av de fremlagte opplysninger finner ikke klagenemnda at anskaffelsen gjelder forsknings- og utviklingstjenester etter kategori 8, men heller "rådgivning i ledelse og administrasjon" som omfattet av kategori 11. Klagenemnda finner etter dette ikke grunn til å tilsidesette innklagedes vurdering av at anskaffelsen faller inn under kategori 11. Det er følgelig forskrift om offentlige anskaffelser del III som regulerer anskaffelsen.

Bruk av rådgivere ved utarbeidelse av konkurransegrunnlaget

(33) Forskrift om offentlige anskaffelser § 3-6 setter grenser for oppdragsgivers adgang til å bruke rådgivere under en anskaffelsesprosess. Oppdragsgiveren har ikke adgang til å søke eller motta råd som kan bli benyttet under utarbeidelsen av spesifikasjoner for en bestemt anskaffelse fra noen som kan ha økonomisk interesse i anskaffelsen når dette skjer på en måte som vil kunne medføre risiko for konkurranseforvridning av betydning i favør av vedkommende rådgiver, jf. KOFA sak 2003/36.

(34) Innklagede har mottatt et notat fra Frost som inneholdt konkrete anbefalinger for tilbudsinnhentingen, og hele konkurransegrunnlagets beskrivelse av oppdragets formål er sitert fra notatet fra Frost. Innklagede har imidlertid anført at de formuleringene som ble benyttet fra Frosts notat innholdsmessig finnes igjen i innklagedes egen marine strategi og i fylkeskommunens regionale utviklingsplan. Dette legger klagenemnda til grunn. Klagenemnda finner ikke at utarbeidelsen av notatet var egnet til å medføre risiko for konkurranseforvridning av betydning i favør av Frost. Saken kan sammenliknes med KOFA sak 2003/74, der klagenemnda kom til samme resultat vedrørende et utarbeidet skisseprosjekt i en arkitektkonkurranse.

(35) Lovens § 5 oppstiller et generelt forbud mot forskjellsbehandling. Kravet til likebehandling kan innebære at oppdragsgiver har en plikt for å utjevne eventuelle fordeler en leverandør har som følge av tidligere oppdrag for oppdragsgiver, slik at leverandørene stilles mest mulig på lik linje i konkurransen, jf. KOFA sak 2004/46.

(36) Klagenemnda legger til grunn at Frost, som følge av diskusjonen rundt Frosts notat i april/mai, satt inne med en kunnskap om oppdragsgivers preferanser. Spørsmålet om Frost satt på kunnskap utover det som kunne utledes av konkurransegrunnlaget, egner seg ikke for skriftlig nemndsbehandling. Fordelen Frost hadde ved sitt tidligere arbeide i forbindelse med prosjektet kunne utjevnes ved å gi samtlige leverandører tilstrekkelig tid til å utarbeide sine tilbud og eventuelt stille spørsmål til konkurransegrunnlaget.

(37) Av forskriftens § 14-1 (2) fremgår det at tilbudsfristen skal settes slik at leverandørene får tilstrekkelig tid til å foreta de nødvendige undersøkelser og beregninger. Ved denne vurderingen måtte innklagede ta hensyn til at de øvrige leverandørene kunne ha behov for ekstra tid for å kompensere for den fordel Frost måtte ha hatt gjennom sitt tidligere arbeide med prosjektet. Behovet for en romslig frist forsterkes for så vidt ved at perioden leverandørene hadde til rådighet falt sammen med ferieavvikling, jf. at innklagede kunngjorde konkurransen 12. juli, med tilbudsfrist 10. august. Klagenemnda har imidlertid ikke tilstrekkelig grunnlag til å foreta en vurdering av om tilbudsfristen var lang nok til å utjevne den fordelen Frost hadde ved å kjenne til prosjektet fra før, og kan således ikke konstatere brudd på regelverket på dette punktet.

Tildelingskriteriene

(38) Ved valg av leverandør basert på hvilket tilbud som er det økonomisk mest fordelaktige, plikter oppdragsgiver å opplyse i kunngjøringen eller i konkurransegrunnlaget om alle tildelingskriteriene som vil bli lagt til grunn for valget, jf. forskrift om offentlige anskaffelser § 17-2(2).

(39) Klagenemnda vil peke på at det er uheldig at innklagede har benyttet et annet sett begreper i evalueringsprotokollen og tildelingsbrevet enn de begrepene som er benyttet i konkurransegrunnlagets tildelingskriterier. Begrepsbruken gjør evalueringen lite gjennomiktig, slik at det i mindre grad er etterprøvbart om innklagede har foretatt evalueringen forskriftsmessig.

(40) For at tildelingskriteriene skal være egnet til å identifiserte det økonomisk mest fordelaktige tilbudet må de blant annet være knyttet til kontraktens gjenstand, og de kan ikke være så vage at de i realiteten gir oppdragsgiveren et ubetinget fritt valg, jf. KOFA sak 2003/59.

(41) Når innklagede har benyttet så vage tildelingskriterier som i den aktuelle saken, skjerpes kravene til begrunnelsen for at det skal være mulig å etterprøve bruken av tildelingskriteriene. Da klager ikke har hatt innsigelser mot tildelingskriteriene, finner imidlertid klagenemnda ikke å kunne gå nærmere inn på denne problemstilling.

Begrunnelsen

(42) Forskrift om offentlige anskaffelser § 17-3 (2) pålegger oppdragsgiver å begrunne valg av tilbud og å gi en frist for å klage over beslutningen. Innholdet i begrunnelsen etter § 17-3 må inneholde tilstrekkelig informasjon til at leverandøren kan vurdere om oppdragsgivers valg av tilbud har vært saklig og forsvarlig, basert på et korrekt faktisk grunnlag, og i samsvar med de angitte tildelingskriterier. Klager vil ellers ikke ha tilstrekkelig informasjon til å kunne vurdere om det er grunnlag for å begjære midlertidig forføyning før kontrakt inngås, jf. KOFA sak 2003/49.

(43) Tildelingsbrevet datert 26. august 2004 inneholder ingen opplysninger om egenskapene til den valgte leverandørens tilbud, og begrunner ikke hvorfor denne leverandøren ble valgt. Klager ble således ikke gitt noen reell mulighet til vurdere om det var grunnlag for å klage. Innklagede har dermed brutt kravet til begrunnelse i forskriftens § 17-3 (2).

Sammenblanding av tildelingskriterier og kvalifikasjonskrav

(44) Ut fra anskaffelsens art, har innklagede ikke brutt regelverket ved å legge vekt på leverandørens dokumenterte erfaring i evalueringen av tildelingskriteriene.

Konklusjon:

Innovasjon Norge Finnmark har brutt forskrift om offentlige anskaffelser § 17-3 (3) ved å gi mangelfull begrunnelse for valg av leverandør.

For klagenemnda, Oslo 12. oktober 2004

Andreas Wahl



Forsiden
Nemndsmedlemmer
Saksbehandling
Regelverk
Innkomne saker
Statistikk
Årsrapporter
Dommer
Søk i avgjorte saker
Avgjorte saker:
[2003](#) [2004](#) [2005](#)

Besøksadresse
H. Heyerdalsgate 1
0033 Oslo

Postadresse
Postboks 8132 Dep
0033 Oslo

Tlf.: 22 33 70 10

Faks: 22 33 70 12

E-post:
postmottak@kofa.no

Avgjorte saker

Klagenemnda kom til at innklagede hadde brutt kunngjøringsplikten ved å ikke la det fremgå at Sametinget var en av oppdragsgiverne som skulle tildele kontrakt i den kunngjorte anbudskonkurransen.

Klagenemndas avgjørelse 12. oktober 2004 i sak 2004/220

Klager: Almmuheaddji AS

Innklaget: Sametinget

Klagenemndas medlemmer: Kai Krüger, Siri Teigum, Andreas Wahl

Saken gjelder: Manglende kunngjøring

Sakens bakgrunn:

(1) Møre- og Romsdal, Nord- og Sør Trøndelag, Nordland, Troms og Finnmark, kalt "Fylkeskommunene Nord" (heretter kalt FKN) kunngjorde 19. mars 2004 en åpen anbudskonkurransen om annonseformidling, lay-out m.v.

(2) Av kunngjøringen fremgikk det ikke at Sametinget var en av oppdragsgiverne i konkurransen.

(3) Av konkurransegrunnlaget fremgikk blant annet følgende av punkt 1.1:

"Møre- og Romsdal, Sør - og Nord-Trøndelag, Nordland, Troms og Finnmark, i det videre kalt Fylkeskommunene Nord (FKN), har et samarbeide, og på en del områder og også felles innkjøpsavtaler. I tillegg kommer de kommuner og statlige etater/institusjoner som samarbeider med fylkene. Alle de som inngår i samarbeidet forplikter seg til å benytte seg av de avtalene som inngås"

(4) Under overskriften "Adresseliste og oversikt over fylkeskommunale institusjoner tilhørende Finnmark fylkeskommune" fulgte deloverskriften "Fylkeskulturinstitusjoner" der blant annet Sametinget i Karasjok, Kautokeino, Nesseby, Troms, Tysfjord og Snåsa var opplistet.

(5) Almmuheaddji AS (heretter kalt klager) var den eksisterende leverandøren av annonseformidling m.v. til Sametinget (heretter kalt

innklagede). Klager hørte at oppdraget hadde vært gjenstand for en anbudskonkurranse, men fant det ikke på Doffin.

Klager har i det vesentlige anført:

(6) Klager har en kontrakt med innklagede som ikke er oppsagt.

(7) Sametinget er det folkevalgte parlamentet for samene i Norge. Sametinget kan derfor ikke sees på som en etat, eller avdeling under Finnmark fylkeskommune. Utlysningen er ikke gyldig, da det ikke kommer frem i utlysningsteksten at Sametinget er omfattet av anbudskonkurransen.

Innklagede har i det vesentlige anført:

(8) Innklagede bestrider å ha brutt regelverket om offentlige anskaffelser.

(9) Sametinget inngikk 25. mars 2003 en samarbeidsavtale med Finnmark Fylkeskommune om innkjøps- og "FKN-avtaler" (avtaler inngått i regi av Fylkekommunene Nord -samarbeidet).

(10) Sametinget er ikke nevnt i utlysningsteksten på Doffin, men er nevnt i konkurransegrunnlaget under adresseliste over fylkeskommunale institusjoner tilhørende Finnmark fylkeskommune.

Klagenemndas vurdering:

(11) Klager har ønsket å delta i anbudskonkurransen, og har saklig klageinteresse, jf. forskrift om klagenemnd om offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig.

(12) Det følger av forskrift om offentlige anskaffelser § 2-3 (1) at anskaffelsens verdi beregnes på grunnlag av den samlede verdi av de kontrakter som utgjør anskaffelsen på kunngjøringstidspunktet. Avtalen mellom Sametinget og Finnmark Fylkeskommune ble inngått 25. mars 2003, slik at på kunngjøringstidspunktet 19. mars 2004 var det klart at kontrakten også skulle omfatte Sametinget.

(13) Den aktuelle anskaffelsen er en tjenestekontrakt. Årlig verdi eks. m.v.a. er anslått til kr. 650.000,-. Kontrakten er treårig, med opsjon på ytterligere ett år. Anslått verdi skulle da være kr 2.600.000, jf. forskrift om offentlige anskaffelser § 2-3 (8) b og (9), slik at forskriftens del II får anvendelse, jf. KOFA sak 2004/188.

(14) Forskriftens § 6-2 bestemmer at "*oppdragsgiver som ønsker å tildele en kontrakt ved åpen eller begrenset anbudskonkurranse eller ved konkurranse med forhandling, jf. § 4-1 (...) skal gjøre dette kjent i en kunngjøring i samsvar med § 6-4 (...).*"

(15) Sametinget er ikke en institusjon under Finnmark fylkeskommune, men er et eget landsomfattende ting jf. sameloven av 1987 nr 56.

(16) Det fremgikk ikke av kunngjøringen at Sametinget var en av oppdragsgiverne som skulle tildele kontrakt i den aktuelle anbudskonkurransen. Avtalen mellom Sametinget og Finnmark fylkeskommune kan ikke avhjelpe den manglende kunngjøringen. Sametinget har således brutt kunngjøringsplikten etter forskrift om offentlige anskaffelser § 6-2.

Konklusjon:

Sametinget har brutt forskrift om offentlige anskaffelser § 6-2 ved ikke å

kunngjøre anskaffelsen av annonseformidling, lay-out m.v.

For klagenemnda, Oslo 12. oktober 2004

Andreas Wahl



Forsiden
Nemndsmedlemmer
Saksbehandling
Regelverk
Innkomne saker
Statistikk
Årsrapporter
Dommer
Søk i avgjorte saker

Avgjorte saker:

[2003](#) [2004](#) [2005](#)

Besøksadresse

H. Heyerdalsgate 1
0033 Oslo

Postadresse

Postboks 8132 Dep
0033 Oslo

Tlf.: 22 33 70 10

Faks: 22 33 70 12

E-post:

postmottak@kofa.no

Avgjorte saker

Innklagede avviste klagers tilbud som for sent innkommet uten å vise at tilbudet ikke var blitt innlevert før fristutløp til innklagedes postkasse, som var oppgitt som innklagedes postadresse i konkurransegrunnlaget. Dette var et brudd på forskriftens § 15-10 (1) bokstav a).

Klagenemndas avgjørelse 12. oktober 2004 i sak 2004/223.

Klager: Mjøs-Kirurgene AS

Innklaget: Rikstrygdeverket

Klagenemndas medlemmer: Kai Krüger, Siri Teigum, Andreas Wahl

Saken gjelder: Tilbudsfrist. Avvisning.

Bakgrunn:

(1) Rikstrygdeverket (heretter kalt innklagede) kunngjorde 7. juli 2004 en konkurranse med forhandling for spesialisthelsetjenester. I konkurransegrunnlaget stod følgende om innlevering av tilbud:

”

4.3 Krav til innlevering av tilbud

Innleveringsfrist: 23. august 2004 kl. 13:00

Innleveringssted: Rikstrygdeverket

Kontoradresse: Sannergata 2

0426 Oslo

Postadresse: Postboks 5200 Nydalen

0426 Oslo

[...]

Tilbud er avgitt til rett tid dersom tilbudet er kommet mottaker i hende innen leveringsfristens utløp. Dette gjelder også for tilbud som er sendt pr. post.”

(2) Innklagede henter ikke selv posten på postkontoret, men får den brakt ut av Posten. I henhold til avtalen mellom innklagede og Posten, blir post levert til innklagede hver arbeidsdag mellom kl 0800 og kl 0820. Posten blir ikke stemplet inn på postkontoret i Nydalen, men først når den er kommet frem til innklagedes kontoradresse. Innklagede undersøkte ikke postboksen kl 1300.

(3) Mjøs-Kirurgene AS (heretter kalt klager) sendte tilbud per post fredag 20. august 2004. Klagers brev ble levert til innklagedes kontoradresse 24. august 2004, der det ble stemplet kl 0800.

Anførsler:

(4) Klager anfører at tilbudet er levert innen tilbudsfristen. Innklagede anfører at tilbudet kom inn etter tilbudsfristens utløp, og at innklagede derfor var forpliktet til å avvise det.

Klagenemndas vurdering:

(5) Klager har deltatt i konkurransen og har saklig klageinteresse, jf forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. I henhold til forskrift om offentlige anskaffelser § 2-5 er helse- og sosialtjenester uprioriterte tjenester, og anskaffelsen er derfor underlagt reglene i forskriftens del III, jf. § 2-1 (3).

(6) Spørsmålet i saken er om klagers tilbud var kommet innklagede i hende innen utløpet av tilbudsfristen, dvs. 23. august 2004 kl 1300. Når innklagedes postboks er oppgitt som alternativ postadresse ved siden av innklagedes kontoradresse, er et tilbud ”i hende” når det er kommet frem til postboksen. Det relevante spørsmålet er derfor om klagers tilbud var kommet frem til innklagedes postboks ved Nydalen postkontor innen fristens utløp.

(7) Innklagede har gitt klagerens konvolutt som påtegning ”mottatt 24.08.04” med tilføysen ”for sent”. Men dette henspiller på den tid da posten ankom kontoradressen ved utkjøring om morgenen tirsdag 24.8. Klagenemnda har ingen forutsetninger for selv å fastslå om klagers tilbud nådde postboksen i Nydalen før eller etter fristen, men mener at det i et tilfelle som dette må bli innklagedes sak å vise at tilbudet ikke hadde nådd – eller kunnet nå - postboksen i tiden senere enn den postutkjøring som fant sted om morgenen, flere timer før tilbudsfristens utløp kl 13.00. Hvis tilbud rekker frem til postkontoret i Nydalen før kl 1300, men senere enn utkjøring, er fristen overholdt. Innklagede har etter dette ikke vist at klagerens tilbud var for sent innkommet og har ved dette brutt forskriftens ved å avvise tilbudet uten å kunne vise at vilkårene etter forskriftens § 15-10 (1) bokstav a)forelå.

Konklusjon:

Rikstrygdeverket har brutt forskrift om offentlige anskaffelser ved å avvise klagerens tilbud uten at vilkårene for dette forelå etter forskriftens § 15-10 (1) bokstav a).

For klagenemnda,

12. oktober 2004

Kai Krüger



Forsiden
Nemndsmedlemmer
Saksbehandling
Regelverk
Innkomne saker
Statistikk
Årsrapporter
Dommer
Søk i avgjorte saker

Avgjorte saker:
[2003](#) [2004](#) [2005](#)

Besøksadresse
H. Heyerdalsgate 1
0033 Oslo

Postadresse
Postboks 8132 Dep
0033 Oslo

Tlf.: 22 33 70 10

Faks: 22 33 70 12

E-post:
postmottak@kofa.no

Avgjorte saker

Saken gjelder en åpen anbudskonkurranse for levering av renholdsmidler, rekvisita, plast og papir til kommunene Stavanger, Sola, Randaberg og Sandnes. Klagenemnda kom til at innklagedes begrunnelse for valg av tilbud ikke tilfredsstilte kravene i forskriften § 10-3. Kravet til etterprøvnbarhet, jf lov om offentlige anskaffelser § 5 tredje ledd, var brutt ved at innklagede ikke hadde redegjort for hvordan tilbudte rabatter var vektlagt i evalueringen av tilbudene. Innklagede hadde heller ikke påvist at det i dette tilfellet var anledning til å vektlegge leverandørenes økonomiske situasjon i tildelingsfasen.

Klagenemndas avgjørelse 29. september 2004 i sak 2003/230

Klager: S-Gruppen ASA

Innklagede: Stavanger kommune med flere

Klagenemndas medlemmer: Inger Roll-Matthiesen, Inger Marie Dons Jensen, Jens Bugge

Saken gjelder: krav til begrunnelsen, krav til etterprøvnbarhet, krav til likebehandling, tildelingskriteriene, evaluering av tilbud

Sakens bakgrunn:

(1) Stavanger kommune kunngjorde 17. desember 2002 en åpen anbudskonkurranse for levering av renholdsmidler, rekvisita, plast og papir til kommunene Stavanger, Sola, Randaberg og Sandnes (heretter innklagede). Av konkurransegrunnlagets punkt 3 gikk det frem at kontrakt ville bli tildelt det økonomisk mest fordelaktige tilbudet vurdert på grunnlag av følgende tildelingskriterier, i ikke-prioritert rekkefølge:

- ”3.1 Prisbetingelser
- 3.2 Prisjusteringer
- 3.3 Kvalitet/mangler/reklamasjon
- 3.4 Leveringssikkerhet og –betingelser
- 3.5 Betalings- og faktureringsbetingelser
- 3.6 Miljøbeskyttelse
- 3.7 Service, opplæring og teknisk bistand
- 3.8 Lønnsomhet for kommunen
- 3.9 Elektronisk handel.”

(2) Innholdet av de respektive tildelingskriteriene var presisert i konkurransegrunnlaget. I beskrivelsen av kriteriet *Leveringssikkerhet og –betingelser* ble det blant annet opplyst følgende:

"Den økonomiske situasjonen til leverandøren vil bli vurdert med hensyn til leveringssikkerhet. Leverandør bes vedlegge tre års revisorgodkjent regnskap og årsberetning."

(3) Innholdet av tildelingskriteriet *Miljøbeskyttelse* ble beskrevet slik:

"Kommunene ønsker å benytte produkter og tjenester som er miljøvennlige og krever derfor at leverandørens produkter og tjenester skal være ledende på dette området. Leverandøren skal sørge for at alle produkter og tjenester som er omfattet av denne avtale, er tilstrekkelig merket slik at kommunene er i stand til å vurdere om hensynene bak dette punktet ivaretas."

Leverandørene ble videre bedt om å besvare en rekke spørsmål.

(4) Under kriteriet *Lønnsomhet for kommunene* ble det opplyst at følgende ville bli vurdert:

"Kommunene vil ut fra erfaringer, referanser samt data oppgitt fra leverandør vurdere lønnsomheten ved bruk av de enkelte produkter. Lønnsomhet vil bli vurdert ut fra nødvendig arbeidsinnsats ved bruk av produktene og de ansattes arbeidsmiljø."

Ved tilbud på konsentrerte produkter som forutsetter eget doseringsutstyr for økonomisk dosering, og for tilbud på tørkepapir, toalettpapir, håndsåpe osv som ikke kan brukes i eksisterende holdere, skal leverandøren beskrive hvilket utstyret som må anskaffes, antall og hvor det skal monteres. Alle kostnader med dette oppgis, så som pris på utstyret, kostnader ved montering, kostnader med fjerning av eventuelt eksisterende utstyr osv. Det skal oppgis om utstyret er spesialtilpasset eller om det kan benyttes til produkter fra andre leverandører."

Kommunene ønsker gjennom samarbeid med leverandør å redusere sine anskaffelsesomkostninger. Forslag til konkrete tiltak for å oppnå dette vil bli vektlagt ved evaluering av tilbudet."

(5) I konkurransegrunnlagets punkt 1.2 ga innklagede følgende opplysninger om kontraktens *omfang* og *kontraktsverdi*:

"Rammeavtalen skal omfatte produkter i henhold til krav i konkurransegrunnlaget. Videre ønsker kommunene rabatt på beslektede produkter utover produkter opplistet i tilbudsskjema."

Det antas at rammeavtalen har en samlet verdi (inkludert mulighet på forlengelse) på ca 24 mill kroner for alle fire kommunene. Beløpene er veiledende og oppgitt inkludert merverdiavgift. Beløpene skal ikke medføre noen forpliktelse for kommunene eller rettigheter for leverandøren. Det tas forbehold om endringer i volum som følge av kommunal aktivitet og økonomiske rammevilkår."

	Stavanger	Sandnes (2001-tall)	Sola	Randaberg	Tc år
<i>Renholdsmidler</i>	620.000	343.560	180.000	200.000	1.!
Renholdsrekvisita	880.000	704.120	320.000	70.000	1.!
<i>Plast og papir</i>	1.500.000	668.020	400.000	110.000	2.!
Sum pr. år	3.000.000	1.715.700	900.000	380.000	5.! "

(6) Under overskriften *Anmerkninger* oppga konkurransegrunnlaget

følgende:

” Stipulert volum per produktgruppe, Jfr Vedlegg 3 - Prisskjema. Det er ikke oppgitt mengde kjøp av det enkelte produkt/produktgruppe. I vedleggene 4-5-6 og 7 gis det informasjon vedr. antall bygg i henhold til adresseliste fra kommunene, og nedenfor er oppgitt samlet vaskeareal (gulv) som omfattes av denne konkurransen.

	Samlet vaskeareal (gulv)ca m2
Stavanger	350.000
Sandnes	170.000
Sola	48.000
Randaberg	30.000 ”

(7) Sju kvalifiserte leverandører leverte tilbud i konkurransen. En av disse var S-Gruppen ASA (heretter klager).

(8) Som et ledd i vurderingen av hvilket tilbud som var økonomisk mest fordelaktig, satte innklagede opp en sammenstilling av de konkurrerende tilbudene. Hva angår tildelingskriteriet ”Miljøbeskyttelse”, var sammenstillingen som følger:

”

Spørsmål/krav	S-Gruppen	Vitopan
3.6 Miljøbeskyttelse – miljøpolitikk	Ok	Nei
3.6 - regelmessig miljørapport	Nei	Nei
3.6 - miljøledelsessystem	Nei, henviser til HMS standarder	Nei
3.6 - EMAS/ISO sertifisering av produksjonsbedrifter	ok	Ok
3.6 - andre miljøtiltak	ok	Ok
3.6 - distribusjonssystem	Egne lastebiler	Egne lastebiler
3.6 - Medlem av materialretur AS	Ja, bevis vedlagt	Ja, Skovly Engros
3.6 - Svanemerkede produkter?	Ok - merket i prisskjema	Nei
3.6 - annen off. merkeordning	Ok – merket i prisskjema	Nei ”

(9) Vitopan Engros AS, som senere ble tildelt kontrakten, hadde opplyst i sitt tilbud at de fulgte Kimberly-Clarks miljøpolitikk og produksjon. I vurderingen av tildelingskriteriet ”Miljøbeskyttelse” ble både klager og Vitopan Engros AS vurdert som miljøvennlige. Under behandling av saken for klagenemnda, oppdaget innklagede at klagers registreringsbevis for svanemerking gikk ut før tilbudsfristen. De registreringsbevis klager hadde lagt ved sitt tilbud, var følgelig ikke gyldige.

(10) I brev datert 11. april 2003 meddelte innklagede leverandørene at kontrakt ville bli inngått med Vitopan Engros AS. Følgende begrunnelse ble gitt for valg av leverandør:

”Begrunnelsen er at dette tilbudet er gunstigst ut fra kriteriene i konkurransegrunnlaget og særlig når det gjelder pris/kostnad. På plast og papir

har majoriteten av Vitopan sine produkter en større forpakning enn de andre tilbyderne. Dette er en økonomisk fordel mht tidsbesparelsen ved sjeldnere skift."

(11) Klager kontaktet innklagede, og 24. april ble det avholdt et møte hos klager. Etter dette møtet sendte klager 25. april brev med følgende ordlyd til innklagede:

"I møte med Dem i går demonstrerte S-Gruppen ASA for Dem at den oppgitte begrunnelse er uriktig. De fastholdt likevel at Vitopan Engros AS hadde gitt det mest fordelaktige tilbudet uten at De var istand til å begrunne dette utover generelle henvisninger til "totalvurderinger" og lignende. Det er sikker rett at slike løse begrunnelser er rettsstridige.

S-Gruppen ASA er av den klare oppfatning at vurdering av systemløsninger, kompetansehevingstiltak, riktig metode og produkter er avgjørende når en skal finne frem til hvilket tilbud som er mest fordelaktig for kommunen. Utfra den oppgitte begrunnelse er dette åpenbart ikke i tilstrekkelig grad vurdert."

(12) Samme dag skrev innklagede følgende til klager:

"Det presiseres at tilbudet fra Vitopan var det gunstigste ut fra tildelingskriteriene i konkurransegrunnlaget, og da særlig når det gjelder pris.

Som vi ga uttrykk for på møte, er ikke forpakkingsstørrelse på plast og papir avgjørende i valg av leverandør."

(13) I brev av 9. mai utdypet innklagede sitt valg av tilbud:

"Ved prissammenlikninger av tilbudene har den valgte leverandør lavest pris både om man sammenligner samlede enhetspriser pr produkt, og sammenholdt med volum. Ved sammenlikning av enhetspriser pr produkt er S-Gruppen på tredjeplass for hhv rengjøringsmidler og plast og papir, og på fjerdeplass for rengjøringsartikler; på samlede enhetspriser pr produkt er S-Gruppen på tredjeplass."

(14) Kontrakt ble inngått med Vitopan Engros AS primo juni 2003.

Klager har i det vesentligste anført:

(15) Innklagede har brutt regelverket for offentlige anskaffelser.

Ulovlige tildelingskriterier

(16) Innklagede hadde ikke anledning til å vurdere leverandørenes økonomiske situasjon under tildelingskriteriet *Leveringssikkerhet og – betingelser*. Vurderinger av økonomiske forhold hos leverandørene hører hjemme i kvalifikasjonsfasen.

(17) Det er ikke anledning til å premiere forslag til konkrete tiltak for å redusere oppdragsgivers anskaffelsesomkostninger slik innklagede har gjort under tildelingskriteriet *Lønnsomhet for kommunene*. Forslag kan ikke tillegges betydning i vurderingen av hvilket tilbud som er det økonomisk mest fordelaktige.

Kravet til etterprøvbarehet

(18) Kravet til etterprøvbarehet er brutt siden innklagede ikke har vært i stand til å redegjøre for hvordan tildelingskriteriene er bedømt.

Bedømmelsen av tildelingskriteriene

(19) Innklagede har ikke foretatt en forsvarlig bedømmelse av priskriteriet.

Ved å vurdere enhetspriser isolert uten å ta hensyn til hvert produkts forbruk, har innklagede sett bort fra at høyt prisede produkter kan ha et lavt forbruk, mens lavt prisede produkter kan ha et høyt forbruk.

(20) Vurderingen av tilbudte rabatter har vært vilkårlig. For å kunne ta stilling til hvilken rabatt som er den gunstigste, må man ta utgangspunkt i leverandørens bruttopriser som er grunnlaget for rabattsatsen. En ren sammenlikning av rabattens prosentsats uten å holde denne opp mot beløpet rabatten beregnes på grunnlag av, blir vilkårlig.

(21) Heller ikke kriteriet *Lønnsomhet for kommunen* er vurdert forsvarlig. Innklagede har sett bort fra utgifter forbundet med vedlikehold, skifting og oppgradering av dispensere for papir og såpe. Isolert fokus på enhetspriser vil gi et ufullstendig bilde av kommunenes reelle kostnader og mulighet for besparelser ved et bedre dispensersystem.

(22) Videre har ikke innklagede vurdert *Lønnsomhet for kommunene* i forhold til de tilbudte løsningenes forbruksmønster og eventuelle besparelser ved å konvertere til en mer kostnadsbesparende løsning. Klager har tilbudt dispensersystemer basert på arkpapir. Det er alminnelig kjent i bransjen at et slikt system har 20-30% lavere forbruk enn systemer med senterruller. Selv om enhetsprisen pr papir er høyere, vil dermed bruk av arkpapir i de fleste tilfeller være langt mer lønnsomt enn bruk av senterrull.

(23) Siden fordelene forbundet med bruk av arkpapir er allment kjent i bransjen, var innklagede forpliktet til å hensynta fordelene uavhengig av om besparelsene kom eksplisitt til uttrykk i klagers tilbud. Forhandlingsforbudet i forskriften § 9-1 (1) er ikke til hinder for å ta hensyn til fortrinnene ved bruk av arkpapir. I høyden er det her snakk om en avklaring av tilbudet i tråd med § 9-1 (2).

(24) Det eneste innklagede har vektlagt i vurderingen av *Lønnsomhet for kommunene*, er størrelsen på forpakningene. Viktigere enn at store forpakninger gir sjeldne skift, er at moderne beholdere gjør det lettere å oppdage at beholderen er i ferd med å gå tom. Arkbeholdere kan også fylles på selv om beholderen ikke er tom. Ved å se bort fra disse viktige forholdene blir vurderingen vilkårlig.

(25) Evalueringen av tildelingskriteriet *Miljøbeskyttelse* har ikke vært forsvarlig. Klagers tilbudte løsning med bruk av arkpapir burde blitt premiert siden det reduserte forbruket samtidig gir mindre avfall. I tillegg skulle valgte leverandørs manglende miljøprofil ført til en dårligere uttelling på kriteriet. Henvisningen til Kimberly-Clarks miljøpolitikk kan ikke endre på dette siden Kimberly-Clark leverer produkter med varierende miljøprofil. Den generelle beskrivelsen gir derfor ingen indikasjon på miljøprofilen til de produkter som valgte leverandør har benyttet. At klagers registreringsbevis ikke var gyldige, har ingen betydning ettersom produktene de facto er miljømerkede.

Kravet til likebehandling

(26) Ved å unnlate å oppgi forventet forbruksmønster har innklagede gitt valgte leverandør, som kjente til tidligere forbruksmønster, et konkurransefortrinn i strid med kravet til likebehandling.

Krav til begrunnelsens innhold

(27) Innklagede har ikke gitt en tilfredsstillende begrunnelse for beslutningen om tildeling, jf forskriften § 10-3. En ren henvisning til en totalvurdering er ikke tilstrekkelig til å oppfylle kravet til etterprøvnbarhet, jf lov om offentlige anskaffelser § 5. Det er heller ikke gitt en nærmere begrunnelse i tråd med kravene i forskriften § 3-8 (4). Trass i anmodning fra klager, har innklagede ikke redegjort for hvordan tildelingskriteriene er vurdert.

Innklagede har i det vesentligste anført:

(28) Innklagede erkjenner at kravet til etterprøvnbarhet, jf loven § 5 tredje ledd, er brutt ved at anskaffelsesprosessen ikke er tilstrekkelig dokumentert. For øvrig bestrider innklagede å ha brutt regelverket for offentlige anskaffelser.

Ulovlige tildelingskriterier

(29) Klagers anførsler om at innklagede har benyttet ulovlige tildelingskriterier, er ubegrunnede, og det er ikke gjort forsøk på å bevise at eventuelle lovbrudd har hatt betydning i vurderingen av hvilket tilbud som er det økonomisk mest fordelaktige.

Bedømmelsen av tildelingskriteriene

(30) Priskriteriet er bedømt forsvarlig. Tilbudte enhetspriser er sammenholdt med forventet volum.

(31) Leverandørens tilbudte rabatter er vurdert forsvarlig. Rabatt er uansett et forhold som ikke har hatt betydning for rangeringen av tilbudene.

(32) Innklagede har vurdert samtlige av de opplysninger som fremkommer av klagers tilbud. Etter tilbudsfristens utløp har klager kommet med enkelte nye opplysninger som innklagede ikke har kunnet ta i betraktning på grunn av forhandlingsforbudet i § 9-1 (1).

(33) Tildelingskriteriet *Miljøbeskyttelse* har vært vurdert forsvarlig. Konkurranses grunnlaget oppstiller ikke krav om miljømerking. Selv om valgte leverandør ikke tilbød svanemerkeproduserte produkter, er leverandørens produkter vurdert som miljøvennlige. Slik innklagede ser det, hadde ikke den manglende svanemerkingen noen betydning for tilbudets uttelling på kriteriet. Klagers vedlagte bekreftelse på svanemerking var utgått på dato uten at innklagede la vekt på dette forhold. I ettertid har derfor innklagede kommet til at det var klager som fikk bedre uttelling på kriteriet enn det var grunnlag for. Under enhver omstendighet har miljøkriteriet blitt tillagt liten vekt i den totale evalueringen.

Kravet til likebehandling

(34) Konkurranses grunnlaget ga leverandørene opplysninger om kommunenes respektive forbruk. Innklagede har på denne måten gjort sitt for å utjevne eventuelle fordeler eksisterende leverandør har som følge av kunnskaper om leveransen.

Krav til begrunnelsens innhold

(35) Den opprinnelige begrunnelsen tilfredsstilte kravene i forskriften § 10-3. Innklagede har senere utdypet denne begrunnelsen både skriftlig og muntlig, slik at klager har fått navn på hvem som ble tildelt kontrakten samt opplysninger om det valgte tilbudets egenskaper og dets relative fordeler. Innklagede har dermed gitt en nærmere begrunnelse i tråd med kravene i § 3-8 (4).

(36) Under enhver omstendighet har ikke innklagede plikt til å gi en nærmere begrunnelse før leverandøren *skriftlig* har anmodet om dette, jf § 3-8 (4). En slik skriftlig anmodning er ikke fremsatt i denne saken.

Klagenemndas vurdering:

(37) Klager har deltatt i konkurransen og har saklig klageinteresse, jf forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig.

Anskaffelsesprosessen reguleres av reglene i forskrift om offentlige anskaffelser del II.

Ulovlige tildelingskriterier

(38) For at et tildelingskriterium skal kunne benyttes i vurderingen av hvilket tilbud som er det økonomisk mest fordelaktige, må kriteriet blant annet være knyttet til leveransen og representere en verdi for oppdragsgiver.

(39) Forskrift om offentlige anskaffelser skiller mellom kvalifikasjonskrav som vedrører leverandørens kvalifikasjoner, og tildelingskriterier som er knyttet til tilbudets egenskaper. I konkurransegrunnlaget ble det stilt krav til leverandørens økonomiske stilling i kvalifikasjonsfasen, men det ble samtidig sagt i punkt 3.4 at leverandørens økonomiske situasjon ville bli vektlagt under bedømmelsen av tildelingskriteriet *Leveringssikkerhet og – betingelser*.

Spørsmålet blir om innklagede kunne ta stilling til leverandørens økonomiske situasjon som en del av vurderingen av tilbudet. Tatt i betraktning at det her er snakk om kurante vareleveranser som formidles fra grossist, kan klagenemnda ikke se at det representerte en verdi for innklagede å vurdere leverandørens økonomiske situasjon i tildelingsfasen. I dette tilfellet er dermed en vurdering av leverandørens økonomiske situasjon i tildelingsfasen et brudd på regelverket.

(40) Innklagede har i konkurransegrunnlaget gitt uttrykk for at forslag til besparelser ble vektlagt i bedømmelsen av tildelingskriteriet *Lønnsomhet for kommunen*. EF-domstolen har i en tidligere avgjørelse, sak C-87/94 De Wallonske busser, vist til at det er tilbudet som skal vurderes i tildelingsfasen, ikke uforpliktende "forslag" til besparelser.

(41) I denne konkurransen var imidlertid "forslag om besparelser" angitt som en del av innholdet i kriteriet *Lønnsomhet for kommunen*. Slik klagenemnda ser det, har hensikten vært å oppfordre leverandørene til å tilby økonomisk gunstige løsninger. Forstås kriteriet på denne måten, foreligger den nødvendige tilknytning samtidig som kriteriet representerer en verdi for oppdragsgiver. Klagenemnda kan derfor ikke se at kriteriet *Lønnsomhet for kommunen* i dette tilfellet er i strid med regelverket.

Bedømmelsen av tildelingskriteriene

(42) Klagenemndas kompetanse til å prøve innklagedes innkjøpsfaglige vurderinger begrenser seg til å avgjøre om det grunnleggende kravet til forsvarlig saksbehandling er overholdt, om vurderingene bygger på et korrekt faktum, og om de er vilkårlige eller sterkt urimelige. Flere av klagers anførsler omhandler spørsmål som naturlig faller inn under innklagedes innkjøpsfaglige skjønn. Da klagenemnda ikke kan se at det har vært utøvet et skjønn som er vilkårlig eller sterkt urimelig, finner klagenemnda ikke grunn til å komme nærmere inn på alle de anførte feilene ved skjønnsutøvelsen.

(43) Når det gjelder vurderingen av rabatter, er utgangspunktet at rabattene bare kan tillegges vekt i evalueringen av tilbudene når rabattens betydning for tilbudt pris kan beregnes. Dette følger av det generelle kravet til gjennomsiktighet og likebehandling. En ren sammenlikning av rabattens prosentsats uten at denne holdes opp mot prisen rabatten beregnes på grunnlag av, er dermed ikke tilstrekkelig. Innklagede har under klagenemndas behandling av saken ikke redegjort for hvordan de tilbudte rabattene ble vurdert. Det er imidlertid opplyst at de ikke har hatt betydning for rangeringen. Klagenemnda har ikke grunnlag for å ta stilling til om rabattene er forsvarlig vurdert. Den manglende redegjørelsen for vurderingene innebærer imidlertid et brudd på kravet til etterprøvbarehet, jf lov om offentlige anskaffelser § 5 tredje ledd.

(44) I sammenstillingen som er lagt til grunn for vurderingen av tildelingskriteriet *Miljøbeskyttelse*, er klager gitt foreløpig vurdering "ok", mens valgte leverandør har fått "nei". Til tross for denne forskjellen er det opplyst at

begge leverandørene har blitt ansett som miljøvennlige. Saken er dårlig opplyst hva angår bakgrunnen for bedømmelsen av tildelingskriteriet, og klagenemnda har derfor ikke grunnlag for å avgjøre om innklagedes saksbehandling har vært uforsvarlig på dette punkt.

Kravet til likebehandling

(45) Kravet til likebehandling skal hindre usaklig forskjellsbehandling av leverandørene. Det at valgte leverandør hadde mer kunnskap om innklagedes forbruksmønster, og således hadde et visst konkurransefortrinn i anskaffelsen, var i seg selv ikke i strid med regelverket.

(46) Klagenemnda forstår imidlertid kravet til likebehandling slik at oppdragsgiver har en aktivitetsplikt for å utjevne eventuelle fordeler eksisterende leverandør måtte ha, slik at alle leverandørene stilles mest mulig på lik linje i konkurransen. I denne saken ble det i konkurransegrunnlaget opplyst om kommunenes tidligere utgifter på de etterspurte produktene og om stipulert volum per produktgruppe. Når leverandørene således er gitt muligheten til å beregne innklagedes forventede forbruk, kan klagenemnda ikke se at kravet til likebehandling er brutt i konkurransen.

Krav til begrunnelsens innhold

(47) I følge forskrift om offentlige anskaffelser § 10-3 (2) skal oppdragsgiver ved skriftlig meddelelse om hvem som skal tildeles kontrakt, begrunne valg av tilbud uoppfordret i rimelig tid før kontrakt inngås. Dersom en leverandør skriftlig anmoder om det, skal det i tillegg gis en "nærmere begrunnelse" etter forskriften § 3-8 (4) innen 15 dager fra slik anmodning. Begrunnelsen etter § 10-3 (2) skal omtale det valgte tilbudets egenskaper, mens begrunnelsen etter § 3-8 (4) samlet sett skal gi leverandøren tilstrekkelig informasjon om hvorfor hans tilbud ikke nådde frem, samt gi grunnlag for å vurdere om klageadgangen skal benyttes.

(48) Klagenemnda har i tidligere saker behandlet spørsmål om kravene som stilles til innholdet av begrunnelsen etter § 10-3. Det er i disse sakene konstatert at en ren henvisning til tildelingskriteriene med en kommentar om at det økonomisk mest fordelaktige tilbud er valgt, ikke er tilstrekkelig. Begrunnelsen skal inneholde tilstrekkelig informasjon til at leverandøren kan vurdere om oppdragsgivers valg av tilbud har vært saklig og forsvarlig, basert på et korrekt faktisk grunnlag, og i samsvar med de angitte tildelingskriterier. Innklagedes begrunnelse for tildelingen i brev av 11. april 2003 er ikke tilstrekkelig til å tilfredsstillende disse kravene. Dette må gjelde desto mer når innklagede i senere korrespondanse har skapt tvil om betydningen av de vurderinger som er trukket fram i begrunnelsen.

(49) Innklagede hevder at han ikke har mottatt noen skriftlig anmodning om nærmere begrunnelse. I brev datert 25. april 2003 ga klager uttrykk for at innklagede ikke hadde begrunnet valg av tilbud på en tilfredsstillende måte. Slik klagenemnda ser det, er det mest naturlig å forstå dette som en anmodning om en nærmere begrunnelse. For klagenemnda er det imidlertid uansett tilstrekkelig å konstatere at innklagede ikke har gitt en begrunnelse som oppfyller kravene i § 10-3.

Konklusjon:

Innklagede har ikke påvist at det i dette tilfellet var anledning til å vektlegge leverandørens økonomiske situasjon i forbindelse med tildeling av kontrakt.

Innklagede har brutt lov om offentlige anskaffelser § 5 tredje ledd ved ikke å ha redegjort for hvordan tilbudte rabatter er vektlagt i evalueringen av innkomne tilbud.

Innklagede har brutt forskrift om offentlige anskaffelser ved ikke å gi klager en

begrunnelse for valg av tilbud som tilfredsstillter kravene i § 10-3.

For klagenemnda,

29. september 2004

Inger Roll-Matthiesen



Forsiden
Nemndsmedlemmer
Saksbehandling
Regelverk
Innkomne saker
Statistikk
Årsrapporter
Dommer
Søk i avgjorte saker

Avgjorte saker:

[2003](#) [2004](#) [2005](#)

Besøksadresse

H. Heyerdalsgate 1
0033 Oslo

Postadresse

Postboks 8132 Dep
0033 Oslo

Tlf.: 22 33 70 10

Faks: 22 33 70 12

E-post:

postmottak@kofa.no

Avgjorte saker

I en begrenset anbudskonkurranse var det stilt krav om bankgaranti. Den valgte leverandøren hadde tilbudt en garanti som var betinget av kausjon fra innklagede, som var leverandørens morselskap. Klagenemnda fant at denne leverandøren skulle vært avvist.

Klagenemndas avgjørelse 29. september 2004 i sak 2003/259

Klager: SB Transport AS

Innklaget: Reno-Vest IKS

Klagenemndas medlemmer: Jens Bugge, Inger Marie Dons Jensen, Inger Roll-Matthiesen

Saken gjelder: Avvisning. Krav til dokumentasjon. Inhabilitet.

Bakgrunn:

(1) Den 3. september 2003 kunngjorde Reno-Vest IKS en begrenset anbudskonkurranse, hastetilfelle, for innsamling, transport og levering av husholdningsavfall. Reno-Vest er eid av kommunene Andøy, Bø, Hadsel, Lødingen, Sortland og Øksnes kommuner, og oppdraget gjaldt for alle de nevnte kommunene.

(2) I prekvalifiseringsgrunnlaget het det i punkt 3.2.1:

"Vurdering og godkjenning av anbydere vil gjøres av en arbeidsgruppe bestående av følgende:

Vesteråls-Revisjon AS – Wiggo K. Nilsen

Advokat Enoksen AS – Oddmund Enoksen

Siv.ing Arve Pedersen AS – Arve Pedersen

Reno-Vest IKS – Espen With-Hanssen"

(3) Krav til skriftlig dokumentasjon var satt opp i punkt 3.1 og omfattet blant annet "egne erklæringer fra bank på at krav om bankgaranti på NOK 1.500.000 kan stilles".

(4) Fire leverandører innleverte dokumenter for prekvalifisering. Det ble holdt dokumentåpning 22. september 2003. Tilstede var Wiggo Nilsen, Espen With-Hanssen og Arve Pedersen, og protokollen ble underskrevet av disse. I protokollen het det:

"Dokumentene vil bli kontrollert opp mot krav i innbydelsens pkt. 3. Kontroll gjennomføres av statsautorisert revisor Wiggo Nilsen i samarbeid med siv.ing. Arve Pedersen."

(5) I sluttnotatet av 29. september 2003 ble det konkludert med at alle de fire interesserte var prekvalifisert. Notatet var undertegnet av Wiggo Nilsen og Arve Pedersen.

(6) Leverandørene fikk så tilsendt konkurransegrunnlag. I henhold til konkurransegrunnlaget skulle anbudsåpning og anbudsvurdering foretas av en gruppe bestående av de fire personene nevnt i prekvalifiseringsgrunnlaget.

(7) Under konkurransegrunnlagets punkt 3.9 "Sikkerhetsstillelse, garanti" het det:

"Sikkerhetsstillelse i form av en bankgaranti på NOK kr 1.500.000,- skal stilles for hele kontraktperioden.

Ved bruk av garantierklæring skal dette fremlegges ved kontraktsinngåelse. Ved forlengelse av kontraktperioden (utover 4 år) skal garantien forlenges."

(8) Tre leverandører innga tilbud, blant disse Miljøtransport Nord AS (heretter kalt Miljøtransport) og SB Transport AS (heretter kalt klager). Anbudsåpning var 30. oktober 2003.

(9) Miljøtransport vedla i tilbudet et forhåndstilsagn om garanti fra Nordlandsbanken, utstedt 19. september 2003. I garantibrevet het det blant annet:

"Garantien forutsettes sikret med kausjon fra Deres morselskap, eventuelt pantsettelse av bankinnskudd."

(10) Miljøtransport Nord AS er et heleid datterselskap av Reno-Vest. Espen With-Hanssen er administrerende direktør både i Reno-Vest og i Miljøtransport.

(11) I protokollen fra anbudsåpningen stod følgende:

”

*Tilstede: Siv.ing. Arve Pedersen AS v/Arve Pedersen, Reno-Vest IKS
v/Espen With-Hansen og Vesteråls-revisjon AS v/Wiggo K. Nilsen.*

Antall anbud levert: 3 stk.

Anbud nr. 1: Miljøtransport Nord AS

kr 6.632.636 pr. år.

Anbud nr 2: Østbø AS

kr 8.277.541 pr. år.

Anbud nr 3: SB. Transport AS

kr 7.975.226 pr. år.

Prisene kan være gjenstand for endringer basert på ulike forutsetninger fra anbyderne. Nødvendig gjennomgang av de tre anbudene m.h.t. gjennomførbarhet, pris/ kalkyler m.v. må foretas.

**Dette arbeidet foretas av siv.ing.
Arve Pedersen AS v/Arve Pedersen,
Sortland”**

(12) Dokumentet var undertegnet Arve Pedersen, Espen With-Hanssen og Wiggo K. Nilsen.

(13) Arve Pedersen fremla innstilling av 13. november 2003. I innstillingens punkt 9 het det:

”I anbudet er det forutsatt at det firma som tildeles kontrakten stiller garanti på kr 1,5 mill. som skal sikre Reno-Vest mot tap i tilfelle firmaet ikke oppfyller kontrakten.

Alle firma har fremlagt tilsagn om slik garanti.

Spesielt for Miljøtransport er at banken forutsetter at garantien sikres mot kausjon fra morselskapet Reno-Vest.”

(14) Tilbudssummene var korrigeret noe, men Miljøtransport hadde fortsatt lavest pris. Arve Pedersen konkluderte med at Miljøtransport hadde det

økonomisk mest fordelaktige tilbudet.

(15) På bakgrunn av notatet innstilte Arve Pedersen og Oddmund Enoksen på at Miljøtransport skulle få kontrakten. Innstillingen ble vedtatt i styremøte 24. november 2003. Fire faste medlemmer var til stede. I tillegg var Espen With-Hanssen oppført i protokollen under rubrikken "andre tilstede". Vedtaket om å gi styreleder Gunnar Hanssen fullmakt til å inngå kontraktsforhandlinger med Miljøtransport ble underskrevet av de fire tilstedeværende styremedlemmene.

(16) Innklagede og Miljøtransport avholdt et forhandlingsmøte 28. november 2003. Fra møtereferatet gjengis følgende:

”

3. Kunngjøring/protester

Reno-Vest IKS mottok 17. november brev fra SB Transport datert 14.11.03 med innsigelser mot anbudsprosessen.

I brev datert 24.11.03 underrettet Reno-Vest anbyderne om at kontrakt ville bli tildelt Miljøtransport Nord AS. Frist for klage på beslutningen ble satt til fredag 28.11.03 kl 1500.

Ved fristens utløp var det innkommet brev datert 26.11.03 fra SB Transport AS som underrettet om at klage på avgjørelsen er oversendt KOFA (klagenemnda for offentlige anskaffelser). Kopi av klage er ikke vedlagt. SB Transport ber om at kontraktstildeling utsettes inntil saken er ferdigbehandlet av KOFA.

4. Behandling av klage

Styreleder Gunnar Hanssen i Reno-Vest finner ikke å ville imøtegå klage fra SB Transport eller gi denne utsettende virkning.

5. Kontraktsforhandlinger

(...)

B. Bankgaranti

Miljøtransport forutsetter i sitt anbud at morselskapet Reno-Vest stiller kausjon for bankgaranti på kr 1.500.000 i favør av Reno-Vest. Slik garanti har styret i Reno-Vest gitt fullmakt til å utstede. Av praktiske/økonomiske årsaker vil Reno-Vest vurdere nødvendigheten av en slik garanti mellom mor-/datterselskap. Dersom slik garanti ikke utstedes, skal garantikostnadene på kr 40.000 pr år trekkes fra anbudet, jf skjema 5.12.”

Anførsler:

Klagers anførsler:

(17) Innklagede har brutt regelverket for offentlige anskaffelser.

(18) Espen With-Hanssen, administrerende direktør i Miljøtransport, deltok i utarbeidelsen av anbudsdokumentene og i avgjørelsen om å tildele Miljøtransport kontrakten. For det første har dette gitt Miljøtransport en fordel som strider mot likebehandlingskravet. For det andre var With-Hanssen inhabil ved deltakelse i innklagedes arbeidsgruppe.

(19) Reno-Vest godtok Miljøtransports garanti, som forutsatte at Reno-Vest som morselskap skulle stille kausjon. Dette strider mot kravet til likebehandling av leverandørene.

(20) Klagenemnda finner ikke grunn til å referere øvrige anførsler, da de ikke får betydning for klagenemndas avgjørelse.

Innklagedes anførsler:

(21) Innklagede bestrider å ha brutt regelverket for offentlige anskaffelser.

(22) Espen With-Hanssen deltok ikke under utarbeidelsen av anbudsdokumentene og deltok verken i evalueringen av tilbudene eller i beslutningen om å tildele Miljøtransport kontrakt. Når With-Hanssen stod oppført som deltaker i arbeidsgruppen, var det før innklagede var klar over at Miljøtransport kom til å delta i konkurransen.

Klagenemndas vurdering:

(23) Klager har deltatt i konkurransen og har saklig klageinteresse, jf forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Anskaffelsen følger etter sin verdi del II i forskrift om offentlige anskaffelser, jf § 2-2.

(24) Klagenemnda finner at Miljøtransports garanti ikke tilfredsstilte de krav som var stilt i konkurransegrunnlaget.

(25) Konkurransegrunnlaget stilte i punkt 3.9 krav om sikkerhetsstillelse i form av bankgaranti på kr 1.500.000 gjeldende for helekontraksperioden, jf. anskaffelsesforskriftens § 5-10 (1) bokstav a). Formålet var – som det angis i Arve Pedersens innstilling av 13. november 2003 – å sikre oppdragsgiver mot tap som følge av at leverandøren ikke oppfylder kontrakten. Den bankgaranti som Miljøtransport tilbød, var forutsatt kontragarantert av Reno-Vest og var følgelig uegnet til å sikre Reno-Vest mot tap som nevnt. Tilbudet fra Miljøtransport skulle derfor vært avvist, jf. forskriften § 8-12 (1) bokstav a).

(26) Etter anskaffelsesforskriften § 3-4 gjelder reglene om habilitet i forvaltningsloven §§ 6 til 10 og kommuneloven § 40 nr. 3 tilsvarende ved behandlingen av saker som omfattes av forskriften. Etter forvaltningsloven § 6 er en offentlig tjenestemann inhabil til å tilrettelegge grunnlaget for en avgjørelse eller treffe avgjørelse i en forvaltningssak dersom særegne forhold er egnet til å svekke tilliten til hans upartiskhet. Etter § 10 gjelder bestemmelsen likedan for enhver annen som utfører tjeneste eller arbeid for et forvaltningsorgan.

(27) Espen With-Hanssen er som nevnt administrerende direktør både i Reno-Vest og i datterselskapet Miljøtransport, og har følgelig vært klart inhabil til å treffe avgjørelse om anskaffelsen til fordel for Miljøtransport og/eller tilrettelegge grunnlaget for den. Innklagede hevder at With-Hanssen ikke har deltatt i beslutningen om å tildele oppdraget til Miljøtransport, og klagenemnda må for så vidt bygge på dette. Det vises imidlertid til det som er opplyst om With-Hanssens medvirkning for øvrig under saksbehandlingen, jf. premiss (2), (4), (6), (11) og (15). Klagenemnda finner dette åpenbart uheldig og vanskelig forenlig med regelverket.

(28) Ettersom det allerede er konkludert med at Miljøtransports tilbud skulle vært avvist, behøver klagenemnda ikke å behandle klagers øvrige anførsler.

Konklusjon:

Reno-Vest IKS har brutt forskrift om offentlige anskaffelser § 8-12 (1) bokstav a, da Miljøtransport Nord AS ikke ble avvist til tross for at firmaet ikke oppfylte kravet i konkurransegrunnlaget om sikkerhetsstillelse (bankgaranti).

For klagenemnda,

29. september 2004

Jens Bugge



[Forsiden](#)
[Nemndsmedlemmer](#)
[Saksbehandling](#)
[Regelverk](#)
[Innkomne saker](#)
[Statistikk](#)
[Årsrapporter](#)
[Dommer](#)
[Søk i avgjorte saker](#)

Avgjorte saker:
[2003](#) [2004](#) [2005](#)

Besøksadresse
 H. Heyerdalsgate 1
 0033 Oslo

Postadresse
 Postboks 8132 Dep
 0033 Oslo

Tlf.: 22 33 70 10

Faks: 22 33 70 12

E-post:

postmottak@kofa.no

Avgjorte saker

Sogn og Fjordane fylkeskommune arrangerte høsten 2003 en anbudskonkurranse for leasing av biler. Etter kontraktsinngåelse ble det oppdaget at valgte leverandør hadde feiltolket konkurransegrunnlaget slik at tilbudt pris ble uriktig. Innklagede tillot en justering av prisen. Klagenemnda kom til at innklagede ikke hadde hatt en avtalerettslig plikt til å endre kontrakten, jf Rt 2003 side 1531 og forskrift om offentlige anskaffelser § 9-1. Den foretatte endringen var så vesentlig at det i realiteten var inngått en ny avtale mellom partene. Innklagede hadde dermed brutt det generelle konkurransekravet i lov om offentlige anskaffelser § 5 og forskrift om offentlige anskaffelser § 3-1 (1).

Klagenemndas avgjørelse 29. september 2004 i sak 2004/14

Klager: ANI bil AS

Innklagede: Sogn og Fjordane fylkeskommune

Klagenemndas medlemmer: Jens Bugge, Inger Marie Dons Jensen, Inger Roll-Matthiesen

Saken gjelder: retting av feil i tilbud, reforhandling av kontrakt

Sakens bakgrunn:

(1) Sogn og Fjordane fylkeskommune (heretter kalt innklagede) kunngjorde 3. september 2003 en anbudskonkurranse for leasing, leie og kjøp av biler. I konkurransegrunnlaget var det oppstilt følgende matrise for opplysninger om tilbudt pris ved leasing av biler:

Bilmerke	Leasingsum per måned 30.000 km/år	Leasingsum per måned 40.000 km/år	Restverdi etter 3 år
			30.000 km 40.000 km
Sum:			

(2) Innen tilbudsfristens utløp 3. november 2003, hadde sju leverandører levert tilbud. En av disse var ANI bil AS (heretter kalt klager).

(3) Under evalueringen av tilbudene registrerte innklagede at en av leverandørene, Berge & Co, hadde levert et tilbud med påfallende lave priser på leasingavtalen. Innklagede tok derfor kontakt med nevnte leverandør og ba om en forklaring på hvorfor prisene var så lave. Fra Berge & Co sin side ble det da opplyst at man hadde presset prisene så langt ned som mulig. Det ble videre

presisert at de tilbudte prisene var korrekte.

(4) I konkurransen om leasing av biler kom innklagede til at tilbudet fra Berge & Co var det økonomisk mest fordelaktige. Klagers tilbud ble vurdert som nest best. I innklagedes begrunnelse for tildelingen kommer det fram at prisforskjellen mellom de to tilbudene hadde vært avgjørende for utfallet av konkurransen.

(5) Innklagede inngikk kontrakt med Berge & Co med virkning fra 1. januar 2004.

(6) Da innklagede skulle lease to biler fra Berge & Co 13. januar 2004, ble det avdekket en uenighet omkring størrelsen på den månedlige leasingavgiften. Uenigheten skyldtes at Berge & Co hadde priset leasingsum pr måned ut fra 10.000 kjørte km pr år istedenfor 30.000 km pr år som fulgte direkte av ordlyden i konkurransegrunnlaget. Det ble fra Berge & Co's side anført at konkurransegrunnlaget var tvetydig siden innklagede lot til å be om restverdi etter tre år på 30.000 og 40.000 km, ikke 90.000 og 120.000 km. Det er opplyst av innklagede at ingen andre leverandører hadde forstått konkurransegrunnlaget på samme måte.

(7) I brev av 13. januar leverte Berge & Co nye priser på leasing i tråd med innklagedes forutsetninger om beregning av leasingsum på grunnlag av 30.000 km pr år. Det ble opplyst at grunnlaget for beregningen av prisen ikke var endret i forhold til opprinnelig tilbud. Berge & Co ga i brev av 16. januar beskjed om at de aktet å trekke seg fra avtalen dersom kontraktens opprinnelige priser ble lagt til grunn.

(8) De justerte leasingssummene fra Berge & Co var lavere enn øvrige leverandørers priser, og innklagede valgte å legge den justerte prisen til grunn og opprettholde avtalen med Berge & Co.

Klager har i det vesentligste anført:

(9) Innklagede har brutt regelverket for offentlige anskaffelser.

(10) Det var ikke anledning til å la Berge & Co få justere opp sin leasingsum etter kontraktsinngåelsen. Selv om konkurransegrunnlaget kan ha vært noe uklart, må man kunne forvente at en profesjonell aktør forstår innholdet. Berge & Co var den eneste leverandøren som hadde misforstått konkurransegrunnlaget på denne måten.

(11) Justeringen av prisen så kort tid etter kontraktsinngåelse, er i realiteten en endring av tilbudet i strid med forhandlingsforbudet i forskrift om offentlige anskaffelser § 9-1 (1). Det var ikke åpenbart hvordan man skulle rette den uriktige feilprisingen.

Innklagede har i det vesentligste anført:

(12) Innklagede bestrider å ha brutt regelverket for offentlige anskaffelser.

(13) Justeringen av prisen var en tillatt avklaring. Kontrakt var på justeringstidspunktet allerede inngått, og konkurransegrunnlaget var uklart. Feilprisingen ville ikke skjedd om konkurransegrunnlaget hadde vært tilstrekkelig klart utformet. Siden det var mulig å regne seg til hva den justerte prisen ville bli, har det ikke funnet sted ulovlige forhandlinger. Justert pris fra Berge & Co er lavere enn øvrige leverandørers tilbudte pris.

Klagenemndas vurdering:

(14) Klager har deltatt i konkurransen og har saklig klageinteresse, jf

forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Klagenemnda legger til grunn at forskriften del II kommer til anvendelse.

(15) Både innklagede og valgte leverandør er enige om at det valgte tilbudet var beheftet med feil. Selv om konkurransegrunnlaget kunne ha vært klarere utformet, kan ikke klagenemnda se at valgte leverandørs forståelse kan forankres i konkurransegrunnlagets ordlyd. Feilen som ble begått, skyldes følgelig valgte leverandørs forhold.

(16) Endring av kontrakt inngått etter forutgående anbudskonkurranse reguleres ikke direkte av lov om offentlige anskaffelser med forskrifter. I Feilprisings-dommen, inntatt i Rt 2003 side 1531, som gjaldt spørsmål om endring av kontrakt inngått etter forutgående anbudskonkurranse, kom Høyesterett til at de avtalerettslige ugyldighetsreglene måtte harmoniseres med de anbudsrettslige reglene om avtaleinngåelsen. Leverandøren kunne derfor ikke ha et mer vidtgående krav på å få avtalen – og dermed anbudet – endret eller rettet etter at kontrakten var inngått, enn det han hadde på anbudsstadiet. Selv om Høyesterett i denne saken behandler kontrakt inngått etter forutgående konkurranse i henhold til NS 3400, finner klagenemnda at Høyesteretts standpunkt må legges til grunn også i den foreliggende saken.

(17) Adgangen til å rette feil i tilbudene følger av forskriften § 9-1 (3) som lyder slik:

"Dersom oppdragsgiver blir oppmerksom på åpenbare feil i tilbudet, skal disse rettes dersom det er utvilsomt hvordan feilen skal rettes. Andre åpenbare feil vurderes etter regelen i § 8-10 (avvisning på grunn av forhold ved tilbudet)."

(18) Det følger av denne bestemmelsen at oppdragsgiver har en plikt til å rette "åpenbare feil" som han blir oppmerksom på, i de tilfellene det er "utvilsomt hvordan feilen skal rettes". Avviket mellom valgte leverandørs leasingsum og de øvrige leverandørenes tilbudte leasingsum er såpass stort at feilprisen kan tenkes å utgjøre en åpenbar feil. Klagenemnda finner imidlertid ikke grunn til å komme nærmere inn på dette spørsmålet siden det ikke er gitt at tilbudt leasingsum fra Berge & Co måtte justeres proporsjonalt med antall kjørte kilometer pr måned. Slik klagenemnda ser det, har det dermed under enhver omstendighet ikke fremstått som utvilsomt hvordan feilen skulle ha vært rettet.

(19) Klagenemnda finner videre grunn til å trekke fram at Berge & Co på spørsmål fra innklagede, selv presiserte at de tilbudte prisene var korrekte. Innklagede hadde følgelig ingen plikt til å rette feilen i valgte leverandørs tilbud og da heller ikke i den inngåtte kontrakten.

(20) Månedlig leasingsum i den reforhandlede kontrakten mellom innklagede og Berge & Co er vesentlig høyere enn etter den opprinnelige kontrakten. Slik klagenemnda ser det, innebærer denne endringen at det i realiteten er inngått en ny avtale mellom partene.

(21) Endringen skal således anses for å være en "tildeling av kontrakt", jf forskriften § 1-3 (1). Denne tildeling av kontrakt har skjedd uten konkurranse, og innklagede har dermed brutt det generelle konkurransekravet i lovens § 5 og forskriftens § 3-1 (1).

Konklusjon:

Sogn og Fjordane fylkeskommune har brutt lov om offentlige anskaffelser § 5 og forskrift om offentlige anskaffelser § 3-1 (1) ved å forhandle frem en ny kontrakt med Berge & Co.

For klagenemnda,

29. september 2004

Inger Marie Dons Jensen



Forsiden
Nemndsmedlemmer
Saksbehandling
Regelverk
Innkomne saker
Statistikk
Årsrapporter
Dommer
Søk i avgjorte saker

Avgjorte saker:

[2003](#) [2004](#) [2005](#)

Besøksadresse

H. Heyerdalsgate 1
0033 Oslo

Postadresse

Postboks 8132 Dep
0033 Oslo

Tlf.: 22 33 70 10

Faks: 22 33 70 12

E-post:

postmottak@kofa.no

Avgjorte saker

Etter tilbudsfristens utløp ba innklagede om presiseringer av prisene og tillegg til tilbudene som innebar endringer. Dette var et brudd på forhandlingsforbudet i forskriftens § 9-1 (1).

Klagenemndas avgjørelse 29. september 2004 i sak 2004/177

Klager: Nanset Standard AS

Innklaget: Larvik kommune

Klagenemndas medlemmer: Jens Bugge, Inger Marie Dons Jensen, Inger Roll-Matthiesen

Saken gjelder: Forhandlingsforbudet. Evaluering av tilbud.

Bakgrunn:

(1) Larvik kommune (heretter kalt innklagede) kunngjorde 3. februar 2004 en åpen anbudskonkurranse for leie av biler til hjemmehjelpstjenesten, nattjenesten og ambulerende vaktmestere.

(2) I henhold til konkurransegrunnlaget skulle innklagede leie:

”

73 varebiler til hjemmetjenesten

18 personbiler til hjemmetjenesten

4 kassevogner el til ambulerende vaktmestere

5 varevogner/stasjonsvogner til nattjenesten”

(3) Det kunne inngis tilbud på hele eller deler av forespørselen. Kontrakten skulle ha en varighet på tre år, med mulighet for forlengelse i ett år, alternativt utkjøp etter tre år.

(4) Kontrakten skulle tildeles leverandøren med det økonomisk mest fordelaktige tilbudet. I kunngjøringen var følgende tildelingskriterier satt opp, i uprioritert rekkefølge:

”

Økonomi

Bilenes egnethet

Ergonomi og bruk av bilene

Utstyr

Service

Miljø”

(5) Pris skulle oppgis på leie av bilen, finansiert både med flytende og fast rente, service og dekkskift. For leie skulle det gis pris for henholdsvis 10.000 km og 15.000 km kjøring per år. I tillegg skulle leverandørene oppgi eventuell rabatt for underkjørte kilometer og eventuelt påslag for overkjørte kilometer i forhold til det som var avtalt.

(6) Ti leverandører innga tilbud, blant dem Nanset Standard (heretter kalt klager), Solum Bil AS og Suzuki/Gjermundsen.

(7) Klagen gjelder tildeling av kontrakt for varebilene og personbilene til hjemmetjenesten. Når det gjelder personbilene, har innklagede innrømmet overfor klagenemnda at evalueringen har vært utilstrekkelig, og at det må foretas en ny evaluering av denne delen av tilbudet. Når det nedenfor redegjøres for tilbudene og evalueringen, gjelder dette derfor varebilene.

(8) Klager tilbød leie av forskjellige Toyota-typer, herunder varebil av typen Yaris Verso med dieselmotor. Det var oppgitt leiepris per måned for fast og flytende rente på 10.000 og 15.000 km per år. Klager oppførte ikke påslag/fratrekk for over- og underkjørte kilometer. Service, henting og bringing ved service, erstatningsbil ved service og ved skadereparasjon var inkludert. Årsavgift var inkludert i prisen. Tilbudet inkluderte garanti på tre år/100.000 kilometer. Pakkeprisen inkluderte også et administrasjonsgebyr på kr 75.

(9) Solum Bil tilbød leie av Citroën med bensinmotor. I klassen varebil ble det tilbudt en Citroën Berlingo varebil. Gjennomgående var månedsleien lavere enn i klagers tilbud. I motsetning til klagers tilbud var det oppgitt tillegg for overkjørte og fratrukk for underkjørte kilometer. Service var ikke inkludert i prisen, heller ikke henting og bringing ved service eller erstatningsbil. Erstatningsbil ved reparasjon av skade var derimot inkludert. Ellers tilbød klager og Solum det samme ekstrautstyret inkludert i prisen, bortsett fra at klager var alene om å inkludere kupévarmer. Årsavgift var ikke inkludert i prisen.

(10) Klager hadde oppgitt lavere drivstofforbruk på de tilbudte Toyota-modellene enn Solum bil hadde på sine Citroën-modeller.

(11) Innklagede nedsatte et brukerutvalg for å vurdere ergonomi og bruk av bilene. Utvalget var sammensatt av fire personer fra kommunens pleie- og omsorgstjeneste, én fra HMS-tjenesten og innkjøpslederen.

(12) Varebilene ble testet på forskjellige punkter når det gjaldt komfort, funksjonalitet og kjøreegenskaper gjennom prøvekjøring av brukerutvalget. Innklagede var misfornøyd med Solums Citroën Berlingo varebil etter prøvekjøringen, da denne ikke har vinduer i lasterommet. På bakgrunn av dette ble Solum spurt hva det ville koste å sette inn vinduer. Solum tilbød en annen modell, Citroën Berlingo Multispas, som ligner en personbil uten bakseter og har vinduer i lasterommet. Solum opplyste at det ville påløpe en tilleggs kostnad per måned på kr 82 for denne modellen.

(13) Innklagede foretok så en prøvekjøring av denne bilen. I evalueringen av prøvekjøringen oppnådde klagers bil 123 poeng, mens Solums Citroën Berlingo Multispas ble gitt 130 poeng.

(14) Innklagede la i sin evaluering av prisen til grunn at det ville bli inngått avtale basert på forventet kjøring på 10.000 km i året.

(15) I brev av 6. juni 2004 meddelte innklagede leverandørene at klager var tildelt kontrakten for leie av biler til ambulerende vaktmestere, Solum Bil for biler til hjemmetjenesten og Suzuki/Gjermundsen for biler til nattjenesten.

(16) Den 15. juni 2004 hadde klager og innklagede et møte, hovedsakelig for å belyse om innklagede hadde lagt riktig faktum til grunn ved beregningen av prisen på tilbudene. Ifølge klagers notater ble det avdekket at innklagede hadde lagt til grunn klagers pris for varebil basert på fast rente, mens de andre tilbudene ble vurdert ut fra prisen for leie med flytende rente. Det ble også påpekt enkelte andre regnefeil, og klager regnet ut at prisforskjellen per måned på de tilbudte varebilene var kr 41 i favør av Solum Bil ved 10.000 km i året og kr 81 i favør av klager ved 15.000 km i året, når drivstoffkostnadene ble tatt i betraktning.

(17) Som følge av møtet sendte innklagede samme dag ut en e-post til alle leverandørene. Innklagede skrev:

"Det vises til vår "case" på leie av biler og til utsendt brev. Med bakgrunn i dette har vi mottatt en klage på vår avgjørelse. Derfor vil vi gjennomgå de mottatte tilbud på nytt. For å kvalitetssikre at vi har oppfattet hva som framkommer i de enkelte tilbud, viser vi til vedlagte matriser som gjelder varebil og personbil.

Vi ber dere kontrollere at opplysningene er riktig ihht sendt tilbud og evt. korrigere det som ikke er riktig. Samtidig ber vi dere bekrefte om tilbudet står ved lag i og med at vi har overskredet vedståelsesfristen."

(18) Vedlagt fulgte en matrise som skulle fylles ut av leverandørene. Der leverandørene skulle fylle ut drivstoff, var det opplyst at utregningen ville baseres på 83,3 mil/mnd og 125 mil/mnd.

(19) Innklagede ba også de leverandørene som hadde tilbudt biler uten vinduer i bagasjedelen, opplyse hva det ville koste å sette inn vinduer.

(20) I sin utfylling av skjemaet la klager ved en utregning der opplysningene tilsvarte det som var oppgitt i det opprinnelige tilbudet. Siden klager nå hadde delt opp tilbudet i sine enkelte komponenter, var kr 75 i administrasjonsgebyr for pakketilbud fratrukket.

Anførsler:

Klagers anførsler:

(21) Klager anfører at innklagede har brutt regelverket for offentlige anskaffelser.

(22) I konkurransegrunnlaget ble det spurt om pris på "leie" av biler. Leiebegrepet innebærer at alle kostnader forbundet med bilholdet, inkludert årsavgift, service, vedlikehold og administrasjonskostnader, er inkludert i den månedlige prisen. Når Solum Bil ikke hadde inkludert disse kostnadene, var tilbudet ikke i samsvar med forespørselen.

(23) Innklagede gjorde ingen egen vurdering av personbilene, men

baserte valget på resultatene av evalueringen av varebilene. Det ble konkludert med at det økonomisk mest fordelaktige var å velge samme leverandør for de to biltypene. Det er vanskelig å forstå at tildelingen av så mange som 18 personbiler skal baseres på evalueringen av varebilene.

(24) Innklagede har beregnet kostnadene feil. Det var opplyst at det ville bli lagt til grunn kjøring i 10.000 og 15.000 km i året. I strid med det som ble opplyst, har innklagede beregnet pris bare ut fra at det vil bli inngått avtaler om 10.000 km kjøring i året. Dette favoriserer Solum bil, da deres biler har høyere drivstoffkostnader. Kommunen har heller ikke vektlagt pris for under-/overkjørte kilometer. Når klager ikke tar ekstra betalt for overkjørte kilometer, mens Solum gjør det, er ikke leverandørene blitt behandlet likt på dette punkt. Innklagede har heller ikke tatt hensyn til erstatningsbil ved service. I tillegg har innklagede lagt til grunn høyere årsavgift for klagers biler enn for Solums.

(25) Når det gjelder kriteriet "miljø", har innklagede konkludert med at forskjellen i utslipp mellom valgte varebil og klagers varebil er uvesentlig. I brosjyren fra Statens vegvesen som er sendt innklagede, er det imidlertid konkludert med at den valgte bilens CO2-utslipp er 33,6% høyere enn klagers ved blandet kjøring. Den valgte bilen har også et langt høyere støynivå enn den klager tilbyr.

(26) Solum bil fikk erstatte sine tilbudte varebiler med en annen type etter at tilbudsfristen gikk ut.

Innklagedes anførsler:

(27) Innklagede bestrider å ha brutt regelverket for offentlige anskaffelser.

(28) Når det gjelder personbilene, innrømmer innklagede at det er gjort en for dårlig jobb med evalueringen, og at det må foretas en ny evaluering.

(29) Det ble bedt om alternative tilbud på 10.000 km og 15.000 km fordi innklagede ønsket å se differansen. Erfaringen med nåværende biler, er at de fleste vil holde seg innenfor 10.000 km per år.

(30) Innklagede bestrider å ha beregnet prisen feil. Når det gjelder årsavgiften, har innklagede lagt til grunn den summen leverandørene har oppgitt.

(31) Innklagede bestrider også at det ikke er tatt hensyn til miljø.

Klagenemndas vurdering:

(32) Klager har deltatt i konkurransen og har saklig klageinteresse, jf forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig.

(33) Klagenemnda kan ikke se at det skal gjøre noen forskjell om pris på leie av bil er oppgitt som én pakke, der alle utgifter er inkludert i prisen, eller om prisen er oppgitt for hver komponent i tilbudet. At bare førstnevnte skal være omfattet av begrepet leie, slik klager hevder, stemmer etter klagenemndas syn ikke med den vanlige forståelsen av dette ordet. Klagenemnda legger til grunn at begge leverandørene hadde inngitt tilbud på leie som forutsatt i konkurransegrunnlaget.

(34) Innklagede har erkjent at evalueringen av personbilene har vært mangelfull, og klagenemnda legger dette til grunn. Slik klagenemnda ser det, kan feilen bare rettes ved å foreta en ny evaluering av de opprinnelige tilbudene.

(35) Etter forskriftens § 9-1 (1) er det i en åpen eller begrenset

anbudskonkurranse ikke tillatt å endre eller forsøke å endre tilbud etter at fristen er utløpt. Når Solum ble gitt anledning til å erstatte de varebilene som opprinnelig var tilbudt, med en annen type, innebar dette en endring av Solums tilbud.

(36) Videre innebar den presiseringen av tilbudene som leverandørene fikk anledning til å inngi i medhold av e-posten av 15. juni 2004, en endring for klagers vedkommende. Klagers tilbud ble endret ved at en del poster i tilbudet ble priset separat, mens det opprinnelige tilbudet bare hadde oppgitt en pakkepris. I tillegg ble administrasjonsgebyret på kr 75 fjernet.

(37) Når innklagede ga leverandørene anledning til å foreta endringer i tilbudene etter fristens utløp, for så å bruke endringene i evalueringen, har innklagede brutt forbudet mot forhandlinger i anbudskonkurranser i forskriftens § 9-1 (1).

(38) Innklagede har derfor brutt regelverket for offentlige anskaffelser også ved evalueringen av tilbudene på varebil. Feilen kan rettes ved at innklagede foretar en ny evaluering av de opprinnelige tilbudene. De utfylte skjemaene som innklagede mottok som følge av e-posten 15. juni 2004, plikter innklagede å se bort fra i den utstrekning de har medført en endring av tilbudets innhold.

(39) På bakgrunn av at innklagede må foreta evalueringen på nytt, finner klagenemnda ikke grunn til å gå inn på om de opprinnelige evalueringene inneholder feil.

Konklusjon:

Larvik kommune har brutt forhandlingsforbudet i forskrift om offentlige anskaffelser § 9-1 (1) ved at leverandørene fikk endre tilbudene etter tilbudsfristens utløp.

For klagenemnda,

29. september 2004

Inger Marie Dons Jensen



Forsiden
Nemndsmedlemmer
Saksbehandling
Regelverk
Innkommne saker
Statistikk
Årsrapporter
Dommer
Søk i avgjorte saker

Avgjorte saker:

[2003](#) [2004](#) [2005](#)

Besøksadresse

H. Heyerdalsgate 1
0033 Oslo

Postadresse

Postboks 8132 Dep
0033 Oslo

Tlf.: 22 33 70 10

Faks: 22 33 70 12

E-post:

postmottak@kofa.no

Avgjorte saker

Innklagede har gjennomført en åpen anbudskonkurranse om kjøp av rekvisita innen renhold/papir/plast. Ved at innklagede etter tilbudsfristens utløp henvendte seg til klager for å få supplert klagers tilbud, brøt innklagede forhandlingsforbudet i anbudskonkurranser. Dette var imidlertid til gunst for klager, og da en lignende henvendelse ikke ble gjort til den valgte leverandøren, kan bruddet ikke ha hatt betydning for tildelingen av kontrakt. Klagenemnda fant for øvrig at anskaffelsesprosessen hadde vært i samsvar med regelverket for offentlige anskaffelser.

Klagenemndas avgjørelse 29. september 2004 i sak 2004/180

Klager: Norengros AS

Innklaget: Helse Sør RHF

Klagenemndas medlemmer: Jens Bugge, Inger Marie Dons Jensen, Inger Roll-Matthiesen

Saken gjelder: Evaluering av tildelingskriterier. Forhandlingsforbudet. Begrunnelse.

Bakgrunn:

(1) På vegne av Helse Sør RHF kunngjorde Sykehuset Buskerud HF 22. januar 2004 en åpen anbudskonkurranse for kjøp av rekvisita innen renhold/plast/papir. De to er i det følgende benevnt innklagede.

(2) Det er tale om en rammeavtale med to års varighet, med opsjon på to års forlengelse. Anslått verdi er kr 25 millioner pr. år. Det kunne inngis tilbud på hele eller deler av forespørselen.

(3) I henhold til konkurransegrunnlaget skulle kontrakt tildeles det økonomisk mest fordelaktige tilbudet vurdert etter følgende kriterier, i uprioritert rekkefølge:

”

Pris og totalkostnader

Betingelser øvrig produktvalg

Økonomisk fundament/soliditet

Kvalitetssikring/sertifisering

Produktkvalitet/produktegenskaper og anvendelsesområde

Produktvalg, bredde og dybde

Leveringstid

Opplæring og brukerinformasjon

Service

Egne erfaringer med produktene

I hvilken grad anbudet samsvarer med anbudsinnbydelsen

Eksisterende utstyrspark ved helseforetaket"

(4) Videre het det:

"Det vil bli inngått avtale med den/de leverandører som får sine tilbud antatt. Helse Sør forbeholder seg retten til å inngå det nødvendige antall avtaler som gir den mest økonomisk fordelaktige løsningen."

(5) I alt 11 leverandører innga tilbud, blant dem Norengros AS (heretter kalt klager).

(6) Den 30. april 2004 ble klager kontaktet pr. e-post av innklagede. Innklagede skrev:

"Som sagt på telefon i dag, ønsker brukerguppen å få pris på deres varenr. 4932 – Risikoavfallssekk gul 1001 70my. Denne sekken er på rull!?? I deres tilbud er det satt opp risikoavfallspose 60x90 – varenr. 4630. Finnes det tilsvarende pose i 60x60? Er posen på rull, med eller uten hylse? I tillegg ønskes å få priset SCA håndtørkepapir og toalettpapir – alle varianter."

(7) Når det gjaldt vurderingen av tilbudene, tok denne utgangspunkt i ulike krav til de aktuelle varene, utformet av en brukerguppe bestående av åtte personer fra henholdsvis Ringerike sykehus, Radiumhospitalet, Rikshospitalet, Sykehuset i Vestfold og Sykehuset Buskerud.

(8) Etter å ha gjennomgått tilbudene satt brukerguppen igjen med to aktuelle hovedleverandører, klager og S-gruppen. De to tilbudene ble sammenlignet i en oppsummering av 24. mai 2004. Skjematisk ble evalueringen fremstilt på følgende måte:

	S-Gruppen	Norengros
Leveringstid		1-2 dager. Ved

	1-2 dager		hasteordre,
			kun noen timer fra lokalt lager
Leveringsbetingelse	Fraktfri levering		Fraktfri levering
Betalingsbetingelse	Fri lev.mnd + 30 dager		Fri lev.mnd + 30 dager
Servicegrad	97%		98% (mål for A-varer)
Opplæring/kurs	Ja, gratis		Ja, gratis
Fast kontaktperson	Ja, 6 personer tilgjengelig		Ja, personer fra lokale lagre/kontor tilgjengelig
Betjener andel av region	Dekker hele regionen fra 1 lager i Oslo/Vinterbro (+ har samarbeidspartner i Agder)	Dekker hele regionen fra tot. 5 lokale lagre	
Rabattmatrise			
	<u>Kjøp</u> for:	<u>Rabatt i kr</u>	<u>Kjøp</u> for:
	1-2 mill 0,2%	2.000-4.000	1-2 mill 0%
	2-3 mill 0,4%	8.000-12.000	2-3 mill 0%
	3-4 mill 0,6%	18.000-24.000	3-4 mill 0%
	4-6 mill 1%	40.000-60.000	4-6 mill 0%
	6-10 mill 1,5%	90.000-150.000	6-10 mill 0%
	10 mill 2%	200.000 ->	10-20 mill 1% 100.000-200.000
			over 20 2% 400.000 -> mill
			+ rabatt fra Lilleborg
	<u>Kjøp</u> (9)	(10)	
	for:	<u>Rabatt i kr</u>	
	4-6 mill (11)	(12)	
	1%	40.000-60.000	
	6-10 mill (13)	(14)	
	3%	180.000-300.000	
	10 mill (15)	(16)	
	-> 0,6%	500.000 ->	
Bytte dos.anl./dispensere	Gratis		Gratis

(17) I tilknytning til skjemaet hadde innklagede sammenlignet og redegjort grundig for de to aktuelle leverandørenes priser innenfor de ulike produktkategoriene.

(18) I brev av 4. juni 2004 ble leverandørene meddelt at det ville bli inngått kontrakter med S-gruppen, Puls og Arcus, med S-gruppen som hovedleverandør. Innklagede begrunnet valget slik:

"I henhold til konkurransegrunnlaget er det økonomisk mest fordelaktige tilbud valgt. Mange av tildelingskriteriene var besvart svært likt, slik at det avgjørende kriteriet for valg av leverandør ble pris."

(19) I e-post av 11. juni 2004 ba klager om en nærmere begrunnelse etter forskrift om offentlige anskaffelser § 3-8 (4). Det ble spurt særskilt etter redegjørelse for prissammenligningen.

(20) I innklagedes svar av 15. juni ble valget nærmere begrunnet slik:

"I konkurransegrunnlaget stod det oppført hvilke tildelingskriterier vi ville legge til grunn for vårt valg, bl.a. pris, kvalitet, service, opplæring, leveringsbetingelser.

Ved en gjennomgang av tilbudene viste det seg at de merkantile kriteriene var stort sett like for alle leverandørene. Alle opererte med 1-2 dagers leveringstid, fraktfri levering, fri leveringsmåned + 30 dagers betalingsbetingelse. Videre hadde leverandørene opplegg for opplæring/kurs, sykehusene ville få en egen kontaktperson. Så de kriteriene vi kunne bruke for å skille de ulike tilbudene var da pris og kvalitet.

Kvaliteten er spesielt viktig på papir-delen av anbudet. Her hadde hygiesykepleierne gode innspill, og vi ble enige om at vi skulle ha et papir som var godt nok, men ikke nødvendigvis det beste. Ut fra de ulike papir-typene vi fikk tilbud på, ble SCA Tork valgt, og da Tork Xpress plus. Det er snakk om små prisdifferanser pr. ark eller pakke i favør S-Gruppen ASA, men når vi trekker inn volum utgjør det en forskjell for f.eks. Sykehuset Buskerud og Sykehuset i Vestfold på ca. kr. 50.000 pr. år.

For plast-delen av anbudet vurderte vi også kvaliteten på de ulike avfallsposene. Her ble det konkludert med at HD-kvalitet på hvite avfallsposer skulle være god nok kvalitet. Også på dette området var det kun små prisdifferanser, men i favør S-Gruppen. (På LD-kvalitet var Norengros rimeligst på poser 60x90, ellers lå også her S-Gruppen best an) På gule og sorte avfallsposer/sekker var det delt mellom Norengros og S-Gruppen hvem som lå best an prismessig. Men når vi tok i betraktning forbruket, var S-Gruppen hakket bedre totalt sett.

Når det gjelder renholdsproduktene, valgte brukerguppen å gå for Lilleborg-produkter. Også på dette området lå S-Gruppen de få kronene bedre an prismessig.

I tillegg ba vi om at leverandørene fylte ut en rabattmatrise, som ville gi sykehusene ekstra rabatt/ "bonus" ved et visst kjøpsnivå. Norengros ga oss 1% rabatt ved 10 mill. og 2% ved 20 mill, ellers ingenting.

Her har S-Gruppen gitt oss rabatt allerede ved 1 mill. I tillegg har S-Gruppen levert en egen rabattmatrise for Lilleborg-produkter.

Alle disse elementene gjør at vi (sykehusene) ved å velge S-Gruppen vil komme best ut økonomisk."

(21) Klager sendte et brev datert 16. juni 2004, der det ble bedt om svar på en rekke konkrete spørsmål i forbindelse med anskaffelsen. Klagers

henvendelse ble besvart i brev av 23. juni 2004. Innklagede skrev:

"I en slik anbudsrunde er det mange elementer som det må tas hensyn til. For å oppnå bedre priser ønsker Helse Sør RHF å redusere antall leverandører. Derfor foregår det en prosess for å standardisere produkter/produktgrupper innen regionen. Det er samtidig et mål at vi skal få produkter som tilfredsstillende krav både til miljø, HMS og brukervennlighet, samt at produktene oppfyller krav til funksjon (f.eks. at rengjøringsmidlene vasker helt rent).

(...)

I regnearket som fulgte med som vedlegg til konkurransegrunnlaget, ba vi om priser på produkter innen renhold, papir og plast. Vi benyttet generisk artikkelregister (GAR) som et hjelpemiddel for å liste opp de ulike produktene/-gruppene uten å angi merkenavn e.l. I tilbudene som kom inn, fikk vi priser på produkter fra flere ulike produsenter innen hvert produktområde. Enkelte leverandører hadde også oppgitt flere alternativer innen hvert produktområde. Utgangspunktet for evalueringen har vært produktenes kvalitative egenskaper, og alle produkter/produsenter har vært gjenstand for evaluering.

Etter brukergruppens første møte, og første gjennomgang av tilbudene, dukket det imidlertid opp spørsmål vedr. tilbudet fra NorEngros som brukergruppen ønsket å få avklart.

Det var en risikoavfallssekk som enkelte av sykehusene bruker i dag som det ikke var gitt pris på. Brukergruppen ønsket å få vite om dette produktet var gått ut av sortimentet, eller om det var mulig å få en pris også på dette. Dette gjelder kun ett produkt av den totale mengde varer NorEngros ga pris på, og ville ikke hatt avgjørende betydning for vårt endelige valg. Videre var det et produkt (risikoavfallspose 60x9a) som var priset i tilbudet. Brukergruppen ønsket å få vite om tilsvarende produkt også var tilgjengelig i andre størrelser (f.eks. 60x60).

I forskriftens § 9-1, punkt 2a gis det adgang for oppdragsgiver å innhente nærmere opplysninger i den hensikt å få avklart deler av tilbud.

I dette første møtet, ble også produktgruppen papir evaluert. Som skrevet i e-post 15/6-04, ble SCA's Tork valgt. I informasjonen som vi fikk tilsendt fra SCA, ble vi henvist til å vurdere prisene inngitt av grossistene. Det sto listet opp hvilke grossister SCA samarbeider med, bl.a. NorEngros. Da vi i tilbudet fra NorEngros fikk priser på kun noen av SCA's produkter, ba vi om å få tilsendt priser på flere varianter.

I brev av 15/6-04 bes det om redegjørelse for denne henvendelsen til NorEngros. Vår hensikt var å få hentet inn nødvendige ekstra opplysninger for å kunne utføre en rettfærdig sammenligning av tilbudene.

(...)

Det stilles også spørsmål til vårt valg av Lilleborg-produkter innen renhold, da det i konkurransegrunnlaget er bedt om priser på generiske produkter.

Etter brukergruppens mening, er det absolutt en fordel å benytte seg av

serieprodukter innen de ulike delene av renhold. Dette er basert på en faglig vurdering av kvalitetskriteriet. Eksempelvis vil det innenfor gulvpleie gi best resultat dersom grunner, polish fjerner, toppstrøk og vedlikeholdsprodukter er av samme serie. Også innenfor områdene desinfeksjon/dekontaminering, maskinoppvask og tøyvask vil serieprodukter gi det beste resultatet. Derfor har det innenfor hvert renholdsområde vært brukergruppens ønske å kunne bruke serieprodukter.

Innenfor renhold vil, i tillegg til produktenes kvaliteter og egenskaper, også vannkvalitet spille inn. Av erfaring vet vi at det er forskjeller i f.eks. vannets hardhet for de ulike sykehusene.

Det har tidligere vært utført utprøvinger av ulike produkter på sykehusene, og etter disse har vi erfart hvilke produkter som ikke er godt nok egnet. I e-post sendt 15/6-04 kunne vi ha vært noe mer presise enn bare å si at vi har valgt Lilleborg-produkter innen renhold. Vi har også valgt dekontaminatorvæske fra Puls og Ecolab i tillegg til produkter fra Lilleborg, da med begrunnelse i vannkvalitetens innvirkning på resultatet av rengjøringen.

Når det gjelder desinfeksjon, har brukergruppen i tillegg til Antibac, også valgt produktene Virkon og Perasafe fra Puls. Disse midlene har til sammen det nødvendige, brede virkespekteret sykehusene har behov for.

Vi har også sett på serieprodukter fra andre produsenter blant tilbudene vi fikk. Vi har foretatt en særlig sammenligning av prisene på produktene NorEngros ga i sitt tilbud. Der det er gitt inn priser på samme produkt fra både NorEngros og S-Gruppen, ligger S-Gruppen lavest i pris. I tillegg til en generell rabatt har S-Gruppen i sitt tilbud lagt inn en egen rabattmatrise som gjelder Lilleborg-produktene. Dette har også vært med på å påvirke vårt valg.

Et av tildelingskriteriene som sto oppført i konkurransegrunnlaget var også "eksisterende utstyrspark ved helseforetakene". Selv om sykehusene bruker et bestemt type rengjøringsmiddel med tilhørende doseringsanlegg i dag, er det ikke gitt at vi av den grunn skal fortsette med dette middelet. (Faktisk er det en del av sykehusene som må skifte doseringsanlegg som resultat av brukergruppens valg av produkter.) Dette kriteriet er derfor ikke tillagt stor vekt.

NorEngros ber også om en redegjørelse for hvordan kvalitetssammenligningen har blitt gjennomført. Dette er dels gjort ved at vi har mottatt vareprøver, og dels gjort ved å benytte erfaringer fra tidligere utprøvinger av produktene. Vi har også sett på produktenes sammensetning. Produktene som er valgt er miljømessig, materialmessig og i forhold til mennesker (HMS-aspekter), relativt skånsomme.

Produktene, uavhengig av produsent og merke, er fra før godt kjent blant brukerne.

Men, som det tidligere er påpekt i vår telefonsamtale 18/6-04, kan vi ikke velge ett produkt foran et annet dersom de funksjonsmessig er like gode, selv om sykehusene bruker kun det ene i dag. Dette er hensyntatt av brukergruppen.

For evalueringen av papir, har vi også vurdert papirets sugeevne, grad av mykhet samt grad av partikkelslipp.

Generelt kan vi si at brukergruppen har vært opptatt av å velge "gode nok" produkter, uten å være avhengig av å ha "de beste".

(22) Etter nok en henvendelse fra klager, utdypet innklagede begrunnelsen ytterligere i e-post av 28. juni 2004, der det blant annet het:

" SCA ga oss ikke priser direkte, men henviste til priser angitt av deres hovedforhandlere. Imidlertid skriver SCA at de kan tilby en årsbonus på 5%, uavhengig av grossistvalg. Når brukergruppen fant at papir fra produsenten Katrin ikke var kvalitetsmessig godt nok, sto valget mellom papir fra SCA og Kimberly-Clark. Prisene for papir fra SCA lå i utgangspunktet under prisene for papir fra Kimberly-Clark, uavhengig av grossist. Men når den ekstra bonusen du viser til kom i tillegg, var dette avgjørende. Grunnen til at dette ikke ble nevnt i vårt brev av 23/6, var at vi der svarte på spørsmålene du stilte i brev av 16/6. Og her var ikke papir nevnt overhodet.

Prisene vi fikk fra Norengros på papir fra SCA, var høyere enn prisene på tilsvarende produkt fra S-Gruppen. Selv om bonusordningen fra SCA ville slått likt ut uavhengig av leverandør, utgjorde forskjellen i tilbudspris i favør S-Gruppen at denne leverandøren ble valgt framfor Norengros. Tilsvarende gjelder også rengjøringsprodukter. Som vi skrev i brev av 23/6-04, ble det foretatt en særlig sammenligning av prisene på produkter som Norengros ga i sitt tilbud. Der det er gitt inn priser på samme produkt både fra Norengros og S-Gruppen, ligger Norengros høyest i pris. Dette, i tillegg til en særskilt rabattmatrise for Lilleborg-produkter som S-Gruppen har gitt i sitt tilbud, gjør at vi ved å velge S-Gruppen kommer totaløkonomisk best ut."

Anførsler:

Klagers anførsler:

(23) Innklagede har brutt regelverket for offentlige anskaffelser.

(24) Innklagede ba om priser på spesifikke produkter etter at tilbudsfristen var gått ut. Dette innebærer et brudd på forhandlingsforbudet i anbudskonkurranser.

(25) I konkurransegrunnlaget hadde innklagede forbeholdt seg retten til å inngå flere avtaler og skulle derfor sammenlignet tilbudene vareligning for vareligning og ikke sett tilbudene under ett. Dermed har ikke innklagede valgt det økonomisk mest fordelaktige tilbudet.

(26) Innklagede har vektlagt årsbonus fra underleverandøren SCA. Dette strider mot kravet til prinsippene om gjennomsiktighet, forutberegnelighet og etterprøvnbarhet.

(27) I evalueringen har innklagede benyttet seg av kriteriet "egne erfaringer med produktene". Formuleringen av kriteriet er i strid med kravene til forutberegnelighet, gjennomsiktighet og etterprøvnbarhet.

(28) Videre har ikke innklagede evaluert alle varene i henhold til tildelingskriteriene. Først har innklagede bestemt seg for hvilke produsenter/merkevarer som ønskes, deretter er de øvrige tildelingskriteriene anvendt for bare disse produktene. I tillegg har innklagede vektlagt "serieprodukter". Dette var ikke angitt i tildelingskriteriene, og det var derfor ikke tillatt å vektlegge at produktene kom fra samme produsent.

(29) Innklagede har dessuten lagt uventet stor vekt på kriteriet kvalitet. Først plukket innklagede ut de produktene som var ønsket, deretter evaluerte man de leverandørene som kunne levere disse produktene. Vektleggingen av

kvalitet var dermed i strid med kravet til forutberegnelighet.

(30) Klager kan uansett ikke se at alle tildelingskriteriene er blitt vurdert.

(31) Endelig har innklagede brutt kravene til gjennomsiktighet og etterprøvnbarhet ved ikke å gi klager innsyn i interne evalueringer og de valgte leverandørenes tilbud.

Innklagedes anførsler:

(32) Innklagede bestrider å ha brutt regelverket for offentlige anskaffelser.

(33) Innklagede har ikke endret konkurransegrunnlaget etter tilbudsfristens utløp. Forespørselen i e-post av 30. mars 2004 gjaldt to forhold: For det første ønsket innklagede mer detaljerte opplysninger vedrørende avfallsemballasjen klager hadde tilbudt, for det annet spørres det om pris på SCA tørke- og toalettpapir, varer som inngikk i konkurransegrunnlaget. Klager hadde tilbudt varer både fra SCA og Katrin, og innklagede ønsket å få oppgitt prisene på SCA-produktene.

(34) Kriteriet "*egne erfaringer med produktene*" ble strøket i e-post av 3. mars 2004 og ble følgelig ikke vektlagt under evalueringen.

(35) Årsbonus fra SCA gjaldt både klagers og S-gruppens tilbud og har ikke hatt betydning for evalueringen av disse to tilbudene. Uavhengig av bonus var S-gruppens tilbud det mest prisgunstige.

(36) Evalueringen av tilbudene ble foretatt på bakgrunn av alle tildelingskriteriene. Selv om innklagede hadde valgt rimeligere produkter som Norengros hadde tilbudt, ville S-gruppen vært rimeligere også på disse produktene. S-gruppen ville blitt valgt uansett hvilke produkter innklagede hadde bestemt seg for.

Klagenemndas vurdering:

(37) Klager har deltatt i konkurransen og har saklig klageinteresse, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Den aktuelle anskaffelsesprosedyre er underlagt reglene i forskrift om offentlige anskaffelser del II.

(38) Klagenemnda behandler først spørsmålet om innklagede hadde adgang til å vektlegge tilbudt bonus fra SCA.

(39) SCA er underleverandør til både klager og S-gruppen. Overfor innklagede tilbød SCA en fast årlig årsbonus som prosentsats, uavhengig av hvilken av de nevnte grossistene som ble valgt. Den innebar således ikke noe brudd på likebehandlingen av de to leverandørene. Klagenemnda kjenner ikke til om leverandørene var kjent med den tilbudte bonus. På bakgrunn av at bonusen var fast, er dette uansett underordnet. Klagenemnda kan derfor ikke se at det foreligger brudd på kravet til gjennomsiktighet

(40) Klagenemnda behandler så spørsmål knyttet til tildelingskriteriene.

(41) Etter forskrift om offentlige anskaffelser § 5-4 (1) har oppdragsgiver innen tilbudsfristens utløp rett til å foreta rettelser, suppleringer og endringer av konkurransegrunnlaget som ikke er vesentlige. Etter klagenemndas mening er det ikke en vesentlig endring å stryke tildelingskriteriet "*egne erfaringer med produktene*" som selvstendig tildelingskriterium, da dette kriteriet neppe er egnet til å påvirke leverandørenes utforming av tilbudet.

(42) Dersom oppdragsgiver skal foreta endringer av

konkurransesgrunnlaget, må melding om endringen komme frem til alle leverandørene som har mottatt dette. Forskriften stiller imidlertid ikke krav om at innklagede har plikt til å kontrollere at meldingen er kommet frem. Klagenemnda registrerer at partene er uenige om klager ble meddelt at konkurransesgrunnlaget ble endret eller ikke. Dette er et bevissspørsmål som klagenemnda på grunn av skriftlig saksbehandling ikke har forutsetninger for å ta stilling til.

(43) Det følger av forskriftens § 10-2 (2) at dersom tildelingen av kontrakten skjer på grunnlag av det økonomisk mest fordelaktige tilbud, skal evalueringen skje på grunnlag av kriterier oppgitt i kunngjøringen eller konkurransesgrunnlaget. Tilbudene skal vurderes i henhold til alle de oppgitte kriteriene. Tildelingskriteriene må være tilknyttet kontraktens gjenstand, jf. EF-domstolens sak C-523/99 (Concordia Bus Finland) premiss 59, og egnet til å identifisere det økonomisk mest fordelaktige tilbudet, jf. blant annet EF-domstolens dom i sak C-31/87 (Beentjes) premiss 19. Videre stilles det krav til klarhet ved utformingen av kriteriet, jf. kravet til forutberegnelighet i lovens § 5. Kravet til etterprøvnbarhet i lovens § 5 tilsier at oppdragsgiver må kunne påvise konkret hvordan tildelingskriteriene er evaluert, jf. klagenemndas avgjørelse i sak 2003/178.

(44) Klager har ikke spesifisert hvilke kriterier som ikke skal ha vært evaluert, og klagenemnda finner ikke grunn til å gjennomgå alle tildelingskriteriene, da innklagede uansett synes å ha foretatt en forsvarlig evaluering av tilbudene i forhold til de oppstilte tildelingskriteriene.

(45) Klagenemnda ser så på klagers anførsel om at innklagede bestemte seg for hvilken kvalitet som var ønsket uten å ta i betraktning de andre tildelingskriteriene, hvilket skal ha ført til at det ikke ble foretatt en helhetlig vurdering av alle kriteriene.

(46) Klagenemnda oppfatter evalueringen slik at innklagede etter å ha sett tilbudene, bestemte seg for hvilket kvalitetsnivå som var ønsket, etter en vurdering av kvalitet opp mot pris. Når innklagede skriver at "vi ble enige om at vi skulle ha et papir som var godt nok, men ikke nødvendigvis det beste", tyder det på at kvalitet ble vurdert relativt til pris.

(47) Dersom innklagede på forhånd hadde bestemt seg for en ønsket minstestandard, ville det følge av kravet til forutberegnelighet og gjennomsiktighet at denne skulle oppgis. Klagenemnda kan imidlertid ikke se at dette var tilfellet. At innklagede, på bakgrunn av brukergruppens ønskede funksjonskrav, først vurderte tilbudenes produktkvalitet, for så å vurdere hvilken leverandør som tilbyr de beste betingelsene for denne kvaliteten, innebærer intet brudd på plikten til å forta en helhetlig vurdering av alle tildelingskriteriene. Det synes heller ikke å være sannsynliggjort at kriteriene kvalitet og pris er vektet uventet høyt. De er riktignok vurdert særskilt, men dette skyldes at tilbudene ble vurdert som tilnærmedesvis like i forhold til de øvrige fastsatte tildelingskriteriene.

(48) Uavhengig av om kriteriet "*egne erfaringer med produktene*" ble strøket, hevder klager at innklagede faktisk la vekt på egne erfaringer ved evalueringen av kriteriet produktkvalitet.

(49) I brev til klager av 23. juni 2003 forklarer innklagede at evalueringen av kvalitet er skjedd på bakgrunn av mottatte vareprøver og sykehusenes erfaringer med produktene fra tidligere, og klagenemnda legger dette til grunn.

(50) Etter klagenemndas syn kan en vektlegging av egne erfaringer ved vurderingen av varekvalitet bryte med likebehandlingskravet dersom oppdragsgiver vektlegger positiv erfaring med ett produkt, uten å ha eller skaffe seg tilsvarende kunnskap om den andre leverandørens produkt. Når innklagedes brukergruppe satt med erfaringer om produktkvalitet fra alle de tilbudte produktene, bryter det ikke med likebehandlingskravet å trekke erfaringene inn i evalueringen.

(51) Vurderingen av kvalitet hører inn under oppdragsgivers innkjøpsfaglige skjønn, som bare i begrenset grad kan overprøves rettslig. Det relevante spørsmålet er hvilken kvalitet innklagede med rimelighet vurderer som best. At det i denne vurderingen blant annet bygges på tidligere erfaringer, blir verken mindre forutberegnelig, gjennomiktig eller etterprøvbart enn om vurderingen bare foretas ut fra innklagedes utprøving av produktteksempler som blir sendt inn sammen med tilbudet. Klagenemnda kommer derfor til at det verken var et utenforliggende hensyn eller i strid med kravene til forutberegnelighet, gjennomsiktighet og etterprøvbarehet i lovens § 5 at innklagede hensyntok tidligere erfaringer ved vurderingen av kriteriet produktkvalitet.

(52) Når det gjelder vurderingen av serieprodukter, har innklagede forklart at det er fordelaktig for kvaliteten om for eksempel vaskemidler som skal brukes sammen, kommer fra samme produsent. Etter klagenemndas mening faller dette naturlig inn under kriteriet produktkvalitet. Så lenge alle produktene er blitt evaluert, har klagenemnda ingenting å utsette på at det ble vurdert som fordelaktig om varer innen én produktgruppe kom fra samme produsent.

(53) Innklagede hadde i konkurransegrunnlaget forbeholdt seg retten til å inngå kontrakt med én eller flere leverandører. Det avgjørende må være hva som totalt sett er den økonomisk mest fordelaktige løsningen for innklagede. I evaluering dokumentene er klagers og S-gruppens priser blitt sammenlignet varelkje mot varelkje. Når klagers og S-gruppens tilbud scoret tilnærmedesvis likt på alle kriterier utenom pris, og pristorskjellen mellom de to på de fleste varegruppene var liten, men jevnt over i favør av S-gruppen, har klagenemnda ingen kommentar til at innklagede har vurdert det som fordelaktig å kontrahere med én hovedleverandør. Det vises i denne forbindelse til at produktvalg er ett av tildelingskriteriene. Til dette kommer at S-gruppens rabattordning, i likhet med klagers, gir bedre uttelling dersom innklagede vil holde seg til én leverandør.

(54) Klagenemnda behandler så anførselen om brudd på forhandlingsforbudet.

(55) Etter forskrift om offentlige anskaffelser § 9-1 (1) er det ikke tillatt å endre eller å forsøke å endre tilbudene etter at tilbudsfristen er utløpt. Visse avklaringer er imidlertid tillatt, jf andre ledd. Når klager i e-posten av 30. april 2004 ble bedt om å tilby og prise produkter som ikke var med i tilbudet, innebar dette et forsøk fra innklagedes side på å få klager til å supplere dette. Ved denne forespørselen brøt dermed innklagede forbudet mot forhandlinger i § 9-1 (1). Det vises i denne forbindelse til klagenemndas avgjørelse i sak 2004/10 premiss 26.

(56) Etersom S-gruppen ikke ble spurt om å foreta slike endringer, var det imidlertid bare klager som fikk mulighet til å forbedre tilbudet. Klagenemnda kan derfor ikke se at denne feilen kan ha hatt betydning for tildelingen av kontrakt.

(57) Endelig behandler klagenemnda anførselen om at det strider med kravene til etterprøvbarehet og gjennomsiktighet at klager ikke har fått innsyn i den interne evalueringen og leverandørenes tilbud.

(58) Forskriftens § 3-2 (1) gir offentlighetsloven anvendelse for innsyn i anskaffelsesprotokollen og leverandørenes tilbud. I medhold av andre ledd kan imidlertid innsynet begrenses etter forskrift av 14. februar 1986 nr. 351. Denne forskriftens pkt. V nr. 12 gir forvaltningen adgang til å unnta anskaffelsesprotokoll og tilbud. Klager har derfor ikke noe krav på å få innsyn i sakens dokumenter i medhold av offentlighetsloven. Det følger imidlertid av offentlighetsloven § 2 (3) at innklagede etter begjæring om innsyn plikter å vurdere meroffentlighet. Klagenemnda oppfatter imidlertid ikke klagers spørsmål om begrunnelse i e-post av 11. juni og brev av 16. juni 2004 som en begjæring om innsyn etter

offentlighetsloven. For øvrig synes klager å ha fått innsyn i alle relevante dokumenter i prosessen for klagenemnda, så langt disse ikke inneholder forretningshemmeligheter.

(59) Klagenemnda finner også at innklagedes begrunnelse innebærer en tilfredsstillende redegjørelse for hva innklagede har vektlagt, og hvordan de to tilbudene ble vurdert i forhold til hverandre. Innklagede har dermed overholdt kravet til begrunnelse og etterprøvbarehet.

Konklusjon:

Helse Sør RHF har brutt forhandlingsforbudet i forskrift om offentlige anskaffelser § 9-1 (1) ved at klager etter tilbudsfristens utløp ble kontaktet for å supplere tilbudet. Dette har imidlertid ikke hatt betydning for tildelingen.

For øvrig har Helse Sør ikke brutt regelverket for offentlige anskaffelser.

For klagenemnda,

29. september 2004

Inger Roll-Matthiesen



Forsiden
Nemndsmedlemmer
Saksbehandling
Regelverk
Innkomne saker
Statistikk
Årsrapporter
Dommer
Søk i avgjorte saker

Avgjorte saker:

[2003](#) [2004](#) [2005](#)

Besøksadresse

H. Heyerdalsgate 1
0033 Oslo

Postadresse

Postboks 8132 Dep
0033 Oslo

Tlf.: 22 33 70 10

Faks: 22 33 70 12

E-post:

postmottak@kofa.no

Avgjorte saker

Innklagede gjennomførte en åpen anbudskonkurranse om annonseformidling, lay-out m.v. Klagenemnda fant ikke at det forelå brudd på regelverket for offentlige anskaffelser. Det ble imidlertid pekt på at dersom innklagede hadde lagt til grunn at klager tok høyere pris for fellesannonser enn for enkeltannonser, og dette hadde slått ut ved prisvurderingen, måtte innklagede rette feilen og foreta en ny evaluering.

Klagenemndas avgjørelse 29. september 2004 i sak 2004/188

Klager: Cicero annonsebyrå AS

Innklaget: Fylkeskommunene Nord

Klagenemndas medlemmer: Jens Bugge, Inger Marie Dons Jensen, Inger Roll-Mathiesen

Saken gjelder: Utforming og evaluering av kvalifikasjonskrav og tildelingskriterier.

Sakens bakgrunn:

(1) Møre- og Romsdal, Nord- og Sør Trøndelag, Nordland, Troms og Finnmark, kalt "Fylkeskommunene Nord FKN" (heretter kalt innklagede) kunngjorde 19. mars 2004 en åpen anbudskonkurranse om annonseformidling, lay-out m.v.

(2) I konkurransegrunnlaget sto det blant annet under "**Konkurransebestemmelser**":

"3.4 Kriterier for å delta i konkurransen

For deltakelsen i konkurransen kreves følgende:

- *skatteattester som viser at leverandøren er à jour med skatter og avgifter*
- *hms- og egenerklæring*
- *miljø se punkt 3.6"*

3.5 Kriterier for valg

FKN vil foreta valg av leverandør etter følgende kriterier:

- *prismessige betingelser*
- *service/oppfølging*

Kriteriene er likeverdige når vi velger leverandør.

Ad prismessige betingelser

Det vises til punkt 6, og vi ønsker dette skjemaet fylt ut. Hvis det er andre ting som leverandørene har under punktet "tilleggstjenester", og som har betydning for en mer optimal bruk av ressursene, ber [vi] om at dette blir tatt med.

Ad service/oppfølging

Det vises til punkt 4, og de krav som er satt opp. Hvis det er ting utover disse krav som leverandørene kan tilby, ber vi om en oversikt over disse.

3.6 Miljø

FKN ønsker å føre en miljøvennlig innkjøpspolitikk. Målsetningen er blant annet at miljøvennlige varer og tjenester skal foretrekkes, i den hensikt å oppnå mindre forurensning / avfall og økt gjenvinning og resirkulering. Det bes derfor i tilbudet dokumentert / beskrevet hvilke tiltak selskapet har gjort for å oppnå mindre forurensning, og eventuelt de sertifikater / godkjenninger som foreliggr.

4. Krav til tjenesten

4.1 Tjenester

Leverandøren skal påta seg å formidle all stillingsannonsering for kunden til aviser/fagpresse/ukepresse og andre skrifter/publikasjoner i inn- og utland. Dette kan omfatte også annonsering på Internett, og også andre typer annonser enn stillingsannonser.

Leverandøren skal yte:

- *profesjonell medieveiledning*
- *distribuere utgivelsesdata m/frister*

- *besørge innrykk*
- *utføre lay-out/sats ifølge retningslinjer som er gitt i samarbeide med den enkelte oppdragsgiver*
- *kontroll av innrykk/gjengivelse*
- *betale media/ stille garanti*
- *sende regning til hver enkelt rekvirent*
- *ta hånd om reklamasjoner ovenfor media*

(...)

Vi ønsker også at tilbud kan omfatte annonsering på Internett. Det bes opplyst hvilke tjenester som vil omfattes av Internett-tilbudet, og hvilke samarbeidspartnere som er aktuelle.

(...)

5. Kontraktsbestemmelser

5.1 Prisendringer

Prisendringer skal begrunnes skriftlig minst 2 mndr. før ikrafttredelse. (...) Dersom leverandøren får en prisstigning som etter kundens vurdering går ut over naturlig sammenlignbare konkurrenters, gir dette grunnlag for reforhandling, eventuelt oppsigelse av avtalen.

(...)

6. Prisutfyllingsskjema

1. Produksjon	<i>Pris pr. spaltemillimeter</i>	<i>kr.</i>
2. Originaler	<i>pris pr. avis</i>	<i>”</i>
3. Formidling	<i>pris pr. avis</i>	<i>”</i>
4. Fellesannonser	<i>pris pr. avis</i>	<i>”</i>
5. Formidling av annonse på Internett	<i>pris pr. annonse</i>	<i>”</i>
6. Oversetting til samisk	<i>pris pr. anslag</i>	<i>”</i>
7. Oversetting til nynorsk	<i>pris pr. anslag</i>	<i>”</i>

Tilleggstjenester

Vi ønsker også pris på tilleggstjenester slike som :

- illustrasjoner
- innskanning av foto
- logoer/brosjyrer
- produksjon av annonser med utenlandsk tekst
- ekspressendinger
- stopping av utsendt annonse
- korrigerings av utsendt annonse

Vi ønsker også opplyst om det er andre tjenester som byrået kan levere.”

(3) Tre leverandører leverte inn tilbud, herunder Cicero annonsebyrå AS (heretter kalt klager) og Frantz annonseservice.

(4) Den 19. juli avholdt innklagede et møte med Frantz annonseservice. På telefon fra klager informerte innklagede om møtet. Klager ba om et tilsvarende møte som ble holdt 20. juli. I møtet ble forhold rundt konkurransen gjennomgått, og det ble opplyst at valg av leverandør var foretatt.

(5) Samme dag skrev innklagede protokoll. Av denne fremgikk det blant annet:

”3. VALG AV LEVERANDØRER

Valgkriteriene er likeverdige – og er som følger:

- prismessige betingelser
- service/oppfølging

1. Prismessige betingelser

Tilbyderne har litt forskjellige måter å prise sine tjenester på. Hvis vi tar utgangspunkt i de to største utgiftspostene for oss, dreier det seg om produksjon og formidling. Dette utgjorde for året 2003 over 90% av utgiftene til leverandøren. Med bakgrunn i året 2003 kan følgende oversikt gis for de tre tilbyderne:

Anbyder nr. 1	kr. 1.339.513
Anbyder nr. 2	” 601.826
Anbyder nr. 3	” 533.601

Anbyder nr. 1 er klart dyrest, mens det mellom anbyder nr. 2 og 3 skiller 12,7%. Hvis vi da ser på forskjeller mellom tilbyder nr. 2 og 3 tar tilbyder nr. 2 kr. 45,- pr.

avis for fellesannonser, mens tilbyder nr. 3 gjør det uten ekstra kostnader.

Formidling av Internett tar anbyder nr. 2 kr.45,- for, mens anbyder nr. 3 gjør det gratis hvis annonsebestilleren i sitt medievalg har bestilt annonsen i noen av A-pressens eller Orklas media aviser. Hvis annonser kun skal på Zett og ikke i avis, er prisen kr.350,- pr. stilling.

Tilbyder nr. 3 tilbyr også en ekstrarabatt på 4% i Media Nor, Avis Nordland og Nordlys.

2. Service/oppfølging

Anbyder nr. 1: Har en annonsebank på Internett som forenkler prosessen med bestilling av annonser, og samtidig lagrer gamle.

Anbyder nr. 2: De forvalter stillingsbasen Jobbnord. De har også et system for elektronisk søknads- behandling - JobbAdmin.

Anbyder nr. 3: De har en samarbeidsavtale med internettportaler Zett, og er partner av Finn Jobb. De tilbyr elektronisk søknadsbehandling - Recruiter.

4. KONKLUSON

De to valgkriteriene vektet vi likt, og på pris kommer tilbyder nr. 3 best ut, og tilbyder nr. 1 klart dårligst.

Tilbyder nr. 3 gir en 4% ekstrarabatt i enkelte aviser. Vi er usikker på hvordan denne rabatten skal behandles, da det er en rabatt som vi ikke har bedt om i konkurransegrunnlaget. Vi har derfor valgt i denne vurderingen å se bort fra denne rabatten. Når det gjelder service/oppfølging er det ikke mye som skiller de tre tilbyderne. Tilbyder nr. 1 har en annonsebank, mens nr. 2 og 3 har system for elektronisk søknadsbehandling. Dagens leverandør har vi god erfaring med på service/oppfølging, mens dette også synes ivaretatt av de to øvrige tilbyderne.

Tilbyder nr. 1 blir av prismessige grunner ikke antatt. Valget står mellom tilbyder nr. 2 og 3, og det er små marginer som skiller disse to tilbyderne. De vurderes likt på service/oppfølging, mens på pris vurderes tilbyder nr. 3 som best.

Ut fra dette velges tilbyder nr. 3 Frantz annonseservice som avtaleleverandør til Fylkeskommunene Nord."

(6) Den 21. juli 2004 sendte innklagede et brev der det fremgikk at Frantz annonseservice var valgt som leverandør og at kontrakt ville bli inngått i uke 33. Det fremkom ingen opplysninger om klagerett eller klagefrist.

Klager har i det vesentlige anført:

Manglende begrunnelse

(7) Melding om valg av leverandør inneholdt ikke opplysninger om klagerett, klagefrist m.v og heller ikke tilstrekkelig begrunnelse.

Ulovlig forhandlingsmøte

(8) Innklagede har brutt regelverket ved å innkalle den valgte leverandøren til et møte om forhold omfattet av kvalifikasjons- og tildelingskriteriene, herunder gjennomføringsevne.

Feil ved valg og evaluering av kvalifikasjonskriterier og tildelingskriterier

(9) Leverandørens evne til å gjennomføre oppdraget burde vært tillagt større vekt både i kvalifiseringen og ved evalueringen av tilbudene.

Verken faglig kompetanse, effektivitet, erfaring, pålitelighet eller finansiell og økonomisk stilling er blitt vektlagt. Den valgte leverandørens forbehold om å skaffe kvalifisert personell på 3 personer står ikke i forhold til tjenesten som skal ytes. Oppdragsgiver må kreve dokumentasjon på alle løfter og påstander i kvalifikasjonsvurderingen av en leverandør.

(10) Slik konkurransegrunnlaget er utformet, er det vanskelig å skille mellom hva som er kvalifikasjonskrav og hva som er tildelingskriterier, ettersom bemanning, kompetanse og økonomisk stilling utvilsomt vil være knyttet til service og oppfølging.

(11) Tildelingskriteriene er så vage og upresise at de ikke sikrer en entydig oppfattelse av hva som forespørres. Kriteriet service/oppfølging blir meningsløst når det kan bortforklares med at kriteriet er vanskelig å måle, og at innklagede må tro på de påstander og løfter som er fremsatt i tilbudet.

(12) Det fremgår av evalueringsprotokollen og innklagedes tilsvarende svar at internettannonsering og elektronisk søknadsbehandling er mindre forhold uten nevneverdig betydning for vurdering av prisen. Imidlertid er det disse tjenestene som er trukket frem i evalueringsrapporten under vurderingen av tildelingskriteriet service/oppfølging. Det er inkonsekvent å vektlegge disse forholdene uten å hensynte dem under evalueringen av kriteriet prismessige betingelser.

Feil faktum i prisvurderingen

(13) Innklagede har lagt til grunn at klager beregner ekstrakostnader ved fellesannonser. Dette er ikke korrekt, da klager har presisert i tilbudet at *"produksjons og formidlingspris for fellesannonser er den samme som for enkeltannonser."*

(14) Innklagede har lagt til grunn at den valgte leverandør formidler gratis til internett. Det fremgår av protokollen at den valgte leverandør har opplyst at dette gjelder der annonse bestilles i noen av A-pressens eller Orklas media aviser. Dette er imidlertid ikke formidling til internett. Annonnene som bestilles i A-pressen/Orklas aviser, får automatisk gratis utlegging på Zett. Dette er også gratis for klager. Videre fremgår det av protokollen at valgt leverandør har oppgitt pris på annonser som bare skal på Zett (ikke i avis) til kr 350. Dette er i så fall et alvorlig brudd mot konkurranselovens forbud mot utnyttelse av dominerende stilling/ samarbeid som begrenser konkurransen. Zett har gitt klager en minstepris på kr. 3.000.

Innklagede har i det vesentlige anført:

(15) Innklagede bestrider å ha brutt regelverket om offentlige anskaffelser.

Begrunnelsen for valget

(16) I brevet datert 21. juli angir dato for signering av kontrakt implisitt frist for klage. Den manglende opplysningen om klageadgang har ellers ikke hatt betydning, all den tid klage er fremsatt innen fristen. Det fremgår av anbudsprotokollen at samtlige tildelingskriterier er vurdert.

Møte med valgte leverandør

(17) Innklagede bestrider å ha brutt regelverket ved å avholde møte med den valgte leverandøren 19. juli.

Kvalifikasjonskrav og tildelingskriterier

(18) Den valgte leverandør tilfredsstilte kvalifikasjonskravene. Klager har anført en rekke forhold som ikke var angitt som kvalifikasjonskriterier.

(19) Det fremgår tydelig av konkurransegrunnlaget hva som er kvalifikasjonskrav, og hva som er tildelingskriterier.

(20) Antall ansatte hos leverandørene har ikke vært avgjørende for innklagedes valg. Innklagede har vurdert den valgte leverandørs beskrivelse slik at tilbudet oppfyller de kravene som ble satt i punkt 4 i konkurransegrunnlaget. Verken kapasitet eller kvalitet er imidlertid vurdert som noe tildelingskriterium.

(21) Produksjon og formidling utgjør 93 % av utgiftene og det er prisen på disse tjenestene som er vurdert opp mot hverandre i evalueringsrapporten. Tilleggstjenestene er mindre forhold som ikke har gitt seg utslag i prisen.

Feil faktum

(22) Innklagede har lagt leverandørenes opplysninger til grunn.

Klagenemndas vurdering:

(23) Klager har deltatt i anbudskonkurransen og har saklig klageinteresse, jf. forskrift om klagenemnd om offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig.

(24) Den aktuelle anskaffelsen er en tjenestekontrakt. Årlig verdi eks. m.v.a. er anslått til kr. 650.000,-. Kontrakten er treårig, med opsjon på ytterligere ett år. Verdien skulle da være kr 2.600.000, jf. forskrift om offentlige anskaffelser § 2-3 (8) b og (9), slik at forskriftens del II får anvendelse.

Begrunnelsen for valget

(25) Begrunnelsen for valg av leverandør datert 21. juli 2004 tilfredsstilte ikke kravene i forskriftens § 10-3 (2). Feilen synes imidlertid ikke å ha fått noen konsekvenser for klager, siden avgjørelsen er påklaget før innklagede har inngått kontrakt.

Møtet med valgte leverandør

(26) Klager og innklagede er uenige om hva som ble diskutert med den valgte leverandør i møtet 19. juli. Da saksbehandlingen for klagenemnda er skriftlig, kan nemnda ikke ta stilling til om innklagede har ført ulovlige forhandlinger i møtet.

Kvalifikasjonskrav og tildelingskriterier

(27) Etter forskriften § 5-5 kan oppdragsgiver stille krav til leverandørene for å sikre at de er egnet til å kunne oppfylle kontraktsforpliktelsene. Klagenemnda finner ikke grunn til å underkjenne innklagedes skjønn i valg av kvalifikasjonskrav.

(28) Verken kunngjøringen eller konkurransegrunnlaget fastsatte at faglig kompetanse, kapasitet, gjennomføringsevne, effektivitet, erfaring, pålitelighet, finansiell og økonomisk stilling eller antall ansatte skulle være kvalifikasjonskrav. Det var derfor riktig av innklagede ikke å vektlegge eller kreve dokumentasjon for disse forholdene ved kvalifikasjonsvurderingen.

(29) Det er ikke uklart hvilke kriterier som gjelder leverandørenes kvalifikasjoner, og hvilke som gjelder tildelingen. Kvalifikasjonskravene fremgår av konkurransegrunnlaget punkt 3.4 med henvisninger, mens tildelingskriteriene fremgår av punkt 3.5 med henvisninger. Tildelingskriteriet " *Service/oppfølging*" er tilstrekkelig klart angitt gjennom henvisning til punkt 4.

(30) Det fremgår av evalueringsprotokollen at prismessige betingelser og service/oppfølging er vektet likt. I evalueringen av tildelingskriteriet "service/oppfølging" har innklagede trukket frem enkelte tilleggstenester, hvor leverandørene har tilbudt ulike løsninger, uten at disse er vektlagt ved prisvurderingen. Etter det opplyste er tilleggstenestene mindre forhold uten nevneverdig betydning for vurdering av prisen. Klagenemnda legger dette til grunn. Etter det opplyste er leverandørene vurdert likeverdige i forhold til service/oppfølging, slik dette er beskrevet i punkt 4 i konkurransegrunnlaget. Klagenemnda kan ikke se at denne evalueringen er i strid med regelverket.

Feil faktum

(31) Så vidt klagenemnda kan se, har både valgte leverandør og klager tilbudt samme produksjonspris og samme formidlingspris for fellesannonser som for enkeltannonser. Klager har lest protokollen slik at innklagede har trodd at klager tar ekstra betalt for fellesannonser. Innklagede har ikke bidratt til oppklaring. Dersom klager har rett, og feilen slår ut ved prisvurderingen, jf. at produksjon og formidling utgjør 93 % av kontraktsverdien, må innklagede rette feilen og foreta en ny evaluering.

(32) Når det gjelder annonsering på internett, har innklagede lagt til grunn de opplysninger som er gitt av leverandørene. Dette kan ikke klagenemnda overprøve.

(33) Klagenemnda har ikke referert klagers øvrige anførsler da de enten ikke kan føre fram eller er uegnet for vurdering av nemnda.

Konklusjon:

Klagenemnda finner ikke at fylkeskommunene Nord FKN har brutt regelverket for offentlige anskaffelser.

Nemnda vil imidlertid peke på at dersom innklagede har lagt til grunn at klager tar høyere pris for fellesannonser enn for enkeltannonser, og dette har slått ut ved prisvurderingen, må innklagede rette feilen og foreta en ny evaluering.

For klagenemnda, Oslo 29. september 2004

Inger Marie Dons Jensen



Forsiden
Nemndsmedlemmer
Saksbehandling
Regelverk
Innkomne saker
Statistikk
Årsrapporter
Dommer
Søk i avgjorte saker

Avgjorte saker:

[2003](#) [2004](#) [2005](#)

Besøksadresse

H. Heyerdalsgate 1
0033 Oslo

Postadresse

Postboks 8132 Dep
0033 Oslo

Tlf.: 22 33 70 10

Faks: 22 33 70 12

E-post:

postmottak@kofa.no

Avgjorte saker

Innklagede mottok et tilbud og anså det åpenbart at det forelå en feil i prisingen, uten at det var klart for innklagede hvordan feilen skulle rettes. Innklagede kontaktet derfor leverandøren for å få rettet feilen. Klagenemnda kom til at det ikke var tillatt å kontakte leverandøren, og at leverandørens tilbud skulle vært avvist ettersom feilen kunne medføre tvil om hvordan tilbudet skulle bedømmes i forhold til de øvrige tilbudene. Klagenemnda kom også til at innklagede hadde lagt feil faktum til grunn i evalueringen av klagers tilbud. Klagenemnda utelukket ikke at klager hadde krav på erstatning for den negative kontraktsinteressen.

Klagenemndas avgjørelse 13. september i sak 2003/292

Klager: NCC Construction AS

Innklaget: Oslo kommune

Klagenemndas medlemmer: Per Christiansen, Svein Dahl, Morten Goller

Saken gjelder: Retting av åpenbare feil. Avvisning. Feil faktum. Erstatning for den negative kontraktsinteresse.

Sakens bakgrunn:

(1) Oslo kommune (heretter "innklagede") kunngjorde 7. mars 2003 en åpen anbudskonkurranse om drifts- og vedlikeholdstjenester av veinettet.

(2) Tildeling skulle skje til det økonomisk mest fordelaktige tilbudet. Tildelingskriteriene ble i kunngjøringen oppgitt til følgende, i uprioritert rekkefølge:

"Leverandørens arbeidsopplegg og ressurstildeling for utførelse av tjenestene, Oppgitte priser og kostnader for leveransen, Leveringssikkerhet, Forståelse av oppdragets omfang, Kapasitet."

(3) I konkurransegrunnlaget ble følgende tildelingskriteriene oppgitt i uprioritert rekkefølge:

" Kvalitet

Oppgitte priser og kostnader

Kapasitet

Leveringssikkerhet"

(4) Konkurransegrunnlagets punkt H1 Renhold av holdeplasser med leskur lød:

"H1.1 1 gang per uke, 1-20 holdeplasser. Pris utført arbeid per holdeplass.

H1.2 1 gang per uke, 20-50 holdeplasser. Pris utført arbeid per holdeplass.

H1.3 1 gang per 2. uke, 1-20 holdeplasser. Pris utført arbeid per holdeplass.

H1.4 1 gang per 2. uke, 20-50 holdeplasser. Pris utført arbeid per holdeplass.

H1.5 1 gang per 4. uke, 10-20 holdeplasser. Pris utført arbeid per holdeplass.

H1.6 1 gang per 4. uke, 20-50 holdeplasser. Pris utført arbeid per holdeplass."

(5) Det ble avholdt tilbudskonferanse 26. mars 2003. Seks leverandører leverte inn tilbud innen fristen 28. april 2003, herunder NCC Construction AS (heretter "klager") og Mesta AS.

(6) Den 19. mai sendte innklagede en e-post til Mesta AS (heretter "Mesta") der de skrev:

"Ved gjennomgang av deres pristilbud er det oppdaget en opplagt feil ved prisingen av H Renhold: Punktene H1.1 – H1.6. Renhold av holdeplass er priset meget høyt. Samferdselsetaten ber om en bekreftelse vedrørende ovennevnte, og om at korrekt pris blir opplyst."

(7) Den 20. mai besvarte Mesta henvendelsen, og oppga nye priser. Korreksjonen utgjorde en prisendring i Mestas tilbud på kr. 4 391 870, slik at de nye prisene ble kr. 18 110 617 for alternativ 1 og kr. 20 010 617 for alternativ 2.

(8) I brev av 26. juni 2003 orienterte innklagede leverandørene om at

oppdraget ville bli tildelt Mesta.

(9) I innklagedes evalueringsrapport uttalte innklagede om Mestas tilbud at antall brøyteenheter *"ligger over det som var forventet sammenlignet med tidligere utførelse av tjenesten"*.

(10) I brev datert 04. juli klaget klager på tildelingen, og ba om nærmere begrunnelse. Klager mottok svar samme dag. Kontrakt ble inngått med Mesta den 5. august 2003. Den 15. oktober 2003 ble det avholdt et møte mellom klager og innklagede der bakgrunn og synspunkter i forbindelse med evaluering og tildeling ble diskutert.

Klager har i det vesentlige anført:

Brudd på forhandlingsforbudet

(11) Innklagede har urettmessig foretatt korreksjoner i Mestas tilbud vedrørende prising av "aktivitet Renhold". Det kan ikke ha vært mulig for innklagede å fastslå årsaken til den unormalt høye prisen i Mestas tilbud uten kommunikasjon med Mesta. Det kunne ikke utelukkes at årsaken til den høye prisen skyldes taktisk prising eller "plantet" feil. Det var ikke åpenbart hvordan feilene skulle rettes, da dette ikke lar seg lese ut av tilbudet. Det kan ikke legges til grunn at enhetsprisen for renholdsposten skulle divideres med en bestemt mengde for å eliminere feilen.

(12) En avklaring av Mestas pristilbud vil nødvendigvis ha ført til en endring av forhold som har betydning for konkurranseforholdet mellom leverandørene.

Avvisning

(13) Mestas tilbud skulle vært avvist som følge av at innklagede ikke kunne bygge på oppgitt pris for Renholdsposten.

Feil ved evalueringen: Uforsvarlig, urimelig eller vilkårlig skjønnsutøvelse

a. Valg av tildelingskriterier

(14) Alle tildelingskriteriene foruten pris bør gis en økonomisk implikasjon, ettersom lovens formål er samfunnsmessig effektiv ressursbruk gjennom forretningsmessig optimale anskaffelser. Den økonomiske verdien av tildelingskriteriene i denne anskaffelsen, foruten pris, er ikke dokumentert og fremstår som vilkårlige.

b. vekting av tildelingskriterier

(15) Det var urimelig, usakelig eller vilkårlig av innklagede å la tildelingskriteriene kvalitet, kapasitet og leveringssikkerhet telle så mye at Mestas tilbud ble ansett som det økonomisk mest fordelaktige, til tross for at Mestas pris var betydelig høyere enn klagers pris. Dette gjelder både om evalueringen foretas med Mestas opprinnelig oppgitte priser, og med de korrigerede prisene.

c. antall enheter og arbeidsopplegg

(16) At Mesta har oppgitt et høyere antall brøyteenheter enn klager, beviser ikke at klagers bedømming av behovet var feil. Når innklagede i evalueringsrapporten uttaler at Mestas antall tilbudte brøyteenheter *"ligger over det som var forventet sammenlignet med tidligere utførelse av tjenesten"*, er dette et utsagn som vanskelig kan forenes med kravet til samfunnsøkonomisk optimal ressursbruk.

d. feil faktum

(17) Innklagde la feil faktum til grunn ved å legge vekt på alternativ 2 i Mestas tilbud vedrørende antall brøyteenheter, uten å sammenligne dette med klagers alternativ 2.

(18) Innklagede la feil faktum til grunn med hensyn til antall tilbudte brøyteenheter både i alternativ 1 og alternativ 2. Innklagede har bare tatt hensyn til enhetene under overskriften "Vinterdrift alt. 1" og ikke de enhetene som fulgte under underpunktet "reserveenheter (vinterdrift)". Reserveenheterne var selvsagt forutsatt benyttet til brøyting i store snefall og under andre ekstraordinære forhold.

e. brudd på proporsjonalitetsprinsippet

(19) Innklagede må ta stilling til behovet for antall enheter i forhold til oppdragets art for i sin tur se om og i hvilket omfang tilbudene møter dette behovet. Antall enheter som valgte leverandør beskrev synes uforholdsmessig høyt, slik at det foreligger brudd på det anbudsrettslige proporsjonalitetsprinsipp når de har vektlagt dette som utslagsgivende på bekostning av prisdifferansen mellom klager og Mesta. Forretningsmessig optimalitet er ikke tilgodesett ved vektleggingen av antall brøyteenheter

(20) Innklagedes utøvelse av det innkjøpsfaglige skjønn er uforsvarlig, urimelig og vilkårlig.

Tildelingskriteriene - ikke kontraktskrav

(21) Tildelingskriteriene er ikke å oppfatte som kontraktskrav, og det vil være enkelt å angi et stort antall enheter uten at dette skulle forplikte den aktuelle leverandør til å benytte de ressursene som er beskrevet. Til tross for at Mesta i tilbudet anga at oppdraget i hovedsak ville bli utført i egenregi, og dette ble vektlagt positivt av innklagede, har de valgt å benytte underleverandører.

Referanser og tidligere driftserfaring

(22) Referanser og tidligere driftserfaring er tildelingskriterier, men ble ikke vektlagt i særlig grad.

Vektlegging av andre hensyn enn de tillatte

(23) Flere leverandører med samme kapasitet og dermed trolig samme leveringssikkerhet skårer forskjellig på tildelingskriteriene kvalitet, kapasitet og leveringssikkerhet. Begrunnelsene fremstår som ulogiske og det synes som det er vektlagt andre hensyn enn de tillatte.

Erstatning

(24) Klagenemnda bes ta stilling til om vilkårene for erstatning for den positive kontraktsinteresse anses oppfylt, subsidiært for den negative kontraktsinteresse.

Innklagede har i det vesentlige anført:

(25) Innklagede bestrider å ha brutt regelverket om offentlige anskaffelser.

Brudd på forhandlingsforbudet

(26) Det fremkom av måten aktiviteten "renhold" var priset på at det forelå en summeringsfeil i Mestas tilbud. De hadde tolket beskrivelsen som en funksjonsbeskrivelse. Prisene ble derfor ikke oppgitt som enhetspriser, slik som forutsatt. I og med at det forelå en åpenbar feil i tilbudet til Mesta, var innklagede forpliktet til å rette feilen i henhold til forskrift om offentlige anskaffelser § 9-1 (3). Det var ikke åpenbart hvordan feilen skulle rettes. Rettingen ble foretatt av Mesta.

(27) Under enhver omstendighet hadde innklagede hjemmel i forskriftens § 9-1 (2) a) til å avklare feilprisingen med Mesta, siden det ikke var tale om en uklarhet av en slik art at den innebar grunnlag for avvisning i henhold til forskriftens § 8-10.

Avvisning

(28) Den uklarheten det var tale om var ikke av en slik karakter at tilbudet ble så ufullstendig eller uklart at det ikke kunne sammenlignes med de andre tilbudene. Feilprisingen lot seg enkelt rette etter en avklaring med Mesta.

Feil ved evalueringen: Uforsvarlig, urimelig eller vilkårlig skjønnsutøvelse

a. Begrepet det økonomisk mest fordelaktige tilbudet

(29) Det er ikke krav om at oppdragsgivere må påvise en ren økonomisk verdi i hvert enkelt tildelingskriterium. Oppdragsgiver skal imidlertid ut fra en konkret forretningsmessig vurdering søke å oppnå det optimale tilbudet; dvs det økonomisk mest fordelaktige tilbudet.

b. konkret om innklagedes evaluering

(30) Tilbudet til Mesta inneholdt en meget god og grundig beskrivelse av arbeidsopplegget og hvordan de hadde forstått oppdraget. De skåret blant annet av den grunn høyt på tildelingskriteriene kvalitet og leveringssikkerhet.

(31) Prisforskjellen mellom Mesta og klager var i klagers favør, men den var ikke tilstrekkelig stor til å veie opp for klagers forholdsvis dårlige skår på de øvrige tildelingskriteriene. Klagers tilbud hadde, i motsetning til Mestas, ikke en grundig beskrivelse av arbeidsopplegget og hvordan de hadde forstått oppdraget.

(32) Mestas tilbudte antall brøyteenheter ble vurdert som fordelaktig med tanke på kontraktens kvalitetskrav og tidsfrister. Med mindre enn 30 brøyteenheter stiller innklagede i en sårbar situasjon ved store snøfall, i forhold til ansvaret som veiholder. Klager hadde tilbudt 27 enheter, og dette ble vurdert til å være i det minste laget. Klager skåret derfor til dels dårlig på tildelingskriteriet kapasitet. At klager er av en annen oppfatning enn innklagede vedrørende antall brøyteenheter som gir god kapasitet, må stå for deres regning.

(33) Evalueringsrapporten viser at både alternativ 1 og alternativ 2 gjennomgående er vurdert både for pris og antall enheter. Ettersom det i evalueringsrapporten ikke var avgjort hvilket alternativ som skulle vektlegges, var det interessant å sammenligne tilbudene ved å se begge tilbudte alternativer under ett for hvert tilbud.

c. feil faktum

(34) Innklagede har vurdert de enheter klager mente var nødvendig for utførelse av driftstjenestene. Konkurranses grunnlaget la ikke opp til at det skulle skilles mellom tilbudte enheter og reserveenheter. De tilbudte enheter var interessante fordi antall enheter som ble tilbudt viste hva leverandøren mente var tilstrekkelig for å gjennomføre kontrakten og dermed angi hvilken forståelse

leverandøren hadde av tjenestens omfang. Utvist forståelse av tjenestens omfang var relevant i forhold til vurderingen av kvalitet. Klager opplyste at de kunne skaffe flere maskiner via en annen leverandør. Disse ble imidlertid ikke medtatt i oversikten over hvilket antall enheter som ble tilbudt av klager.

d. brudd på proporsjonalitetsprinsippet

(35) Det har en kostnadsside når ressursbruken må økes internt for å sikre at kontraktens krav til standard og tidsfrister innfris. Antall enheter som ble tilbudt samt hvordan leverandørene hadde beskrevet sitt arbeidsopplegg og hvordan de hadde forstått oppdraget fikk direkte utslag på tilbudenes skår på tildelingskriteriene kvalitet, leveringssikkerhet og kapasitet. Vektleggingen var saklig og forretningsmessig for dette konkrete oppdraget.

Tildelingskriteriene - ikke kontraktskrav

(36) Det er grunnløst å anføre at leverandørene ikke er forpliktet til å benytte de ressurser som er beskrevet i tilbudene. Det er riktig at innklagede vurderte det som positivt at Mesta skulle utføre alle aktivitetene utenom vinterdrift i egenregi. Dette var imidlertid ikke utslagsgivende i evalueringen.

Referanser og tidligere driftserfaring

(37) Referanser og tidligere driftserfaring er ikke tildelingskriterier, men var viktige utvelgelseskriterier i forbindelse med kvalifikasjonsvurderingen av leverandørene.

Vektlegging av andre hensyn enn de tillatte

(38) Klager legger feil faktum til grunn ettersom Oslo Vei, som fikk bedre skår enn klager, hadde tilbudt et høyere antall brøyteenheter enn klager. Oslo Vei skåret også bra på arbeidsopplegget og hvordan de hadde forstått opplegget. Innklagedes evaluering var konsekvent, forutberegnelig og det ble ikke vektlagt andre hensyn enn de tillatte.

Klagenemndas vurdering:

(39) Klager har deltatt i anbudskonkurransen, og har saklig klageinteresse, jf. forskrift om klagenemnd om offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Det er forskriftens del II som regulerer anskaffelsen.

Brudd på forhandlingsforbudet / Avvisning

(40) For å kunne rette en åpenbar feil i et tilbud er det et vilkår i forskrift om offentlige anskaffelser § 9-1 (3) at det er "utvilsomt hvordan feilene skal rettes". Det var ikke utvilsomt hvordan feilen skulle rettes, og innklagede var nødt til å kontakte leverandøren for å få dette gjort. Innklagede hadde således ikke hjemmel i forskrift om offentlige anskaffelser § 9-1 (3) for å rette feilen.

(41) Forskrift om offentlige anskaffelser § 8-10 (1) bokstav d) bestemmer at et tilbud skal avvises når det på grunn av "feil, uklarheter, ufullstendigheter eller lignende i en åpen eller begrenset anbudskonkurranse kan medføre tvil om hvordan tilbudet skal bedømmes i forhold til de øvrige tilbudene".

(42) Uten priskorreksjon ville Mestas tilbud vært det nest dyreste i pris av de 6 leverandørene som leverte inn tilbud. Etter priskorreksjonen ble de nest billigst. Feilen kan derfor ha medført tvil om hvordan tilbudet skal bedømmes i forhold til de øvrige tilbudene, og tilbudet skulle vært avvist med hjemmel i forskriftens § 8-10 (1) bokstav d).

Feil i evalueringen

(43) Tildelingskriteriet "leveringssikkerhet" kan etter sin ordlyd skape tvil om det i realiteten relaterer seg til et kvalifikasjonskrav vedrørende leverandørens godhet, eller om det er et tildelingskriterium som knytter seg til kontraktens gjenstand og leverandørens konkrete tilbud. Av evalueringsrapporten fremgår det at innklagede har tolket "leveringssikkerhet" som "evne til å levere anskaffelsen i henhold til kontraktens tidsfrister", og at det således er knyttet til selve tilbudet med nær sammenheng til kriteriet "kapasitet". Klagenemnda finner at samtlige tildelingskriterier er knyttet til kontraktens gjenstand, og har økonomisk verdi for innklagede.

(44) I vurderingen av tildelingskriteriene har innklagede et vidt innkjøpsfaglig skjønn som klagenemnda ikke overprøver med mindre det er usaklig, sterkt urimelig eller vilkårlig. Klagenemnda finner ikke at innklagede la uventet liten vekt på tildelingskriteriet "pris". Hvorvidt dette også ville vært resultatet dersom Mestas opprinnelige pris hadde vært lagt til grunn med samme resultat, finner klagenemnda ikke grunn til å kommentere, da anførselen har et hypotetisk preg.

(45) Klager har anført at Mestas tilbudte antall brøyteenheter var uforholdsmessig høyt, og at det var ulovlig å gi det høye antallet så stor uttelling som innklagede gjorde. Av EF-domstolens sak C-448/01 (Wienstrom), som gjaldt leveranse av "grønn strøm", fremgår det at fellesskapsbestemmelsene er til hinder for et tildelingskriterium som:

"pålegger de bydende, at de angiver, hvilken elektrisitetsmengde, der er produsert på grunnlag af vedvarende energikilder, de vil kunne levere til en ikke nærmere bestemt kundekrets, og tildeler maksimumspoint til den bydende, der angiver den største mængde, og hvorved der kun tages hensyn til den mængde, der overstiger det forventede forbrug inden for rammene av udbudet"

(46) Det følger av dommen at hvor stor mengde av en vare en leverandør kan tilby utover det oppdragsgiver selv forventer å benytte seg av, ikke vil påvirke leveransens kvalitet, og at den ikke har den nødvendige tilknytningen til kontraktens gjenstand. I foreliggende sak gjelder anskaffelsen imidlertid en tjenesteanskaffelse, der antall tilbudte brøyteenheter vil påvirke tjenestens kvalitet, herunder om tjenesten antas å kunne utføres innen tidskravene. Antall brøyteenheter har således tilknytning til kontraktens gjenstand.

(47) Også i tjenestekontrakter vil det gå en grense for når det er relevant å gi positiv uttelling for tilbudt antall, nemlig når et høyere tilbudt antall ikke lenger vil kunne påvirke kvaliteten på den tilbudte tjenesten. Innklagede har et vidt innkjøpsfaglig skjønn i vurderingen av hvor denne grensen går. Klagenemnda finner ikke grunn til å overprøve innklagedes skjønnsutøvelse i denne vurderingen, herunder om det var saklig å gi Mestas tilbudte 46 enheter et høyere skår enn den leverandøren som tilbød 31 enheter, hvilket innklagede vurderte som det nest høyeste tilbudt antall enheter. Klagenemnda finner ikke at innklagede har gitt uforholdsmessig stor uttelling for Mestas høye tilbudte antall brøyteenheter.

(48) Klagenemnda finner ikke holdepunkter i faktum for klagers anførsel om at innklagede ikke har sammenliknet Mestas alternativ 1 mot klagers alternativ 1, og alternativ 2 mot alternativ 2, og finner således ikke at innklagede har lagt feil faktum til grunn på dette punkt.

(49) Det fremgår av protokollen at innklagede har lagt vekt på antall brøyteenheter under kriteriet "kapasitet", og at de enhetene som er tilbudt av klager under underpunktet "reserveenheter" ikke er tatt i betraktning i denne vurderingen.

(50) Ut fra den fremlagte dokumentasjon finner klagenemnda at også reserveenhetene kunne disponeres av innklagede. Det vises blant annet til at samtlige enheter, inkludert reserveenhetene, følger under hovedpunktet "Hovedmaskiner og viktig teknisk utstyr som disponeres for utførelse av

arbeidet, inkl planlagte nyanskaffelser”, og videre ”i tilbudsfasen er det beregnet følgende maskiner og teknisk utstyr for å utføre de respektive drifts-, vedlikeholdstjenestene som inngår i prosjektet: (...)” hvoretter listen fremgår. Klager har forpliktet seg til å la innklagede disponere utstyret, inkludert reserveenhetene. Innklagede har således lagt feil faktum til grunn i evalueringen av ”kapasitet” når reserveenhetene ikke er hensyntatt.

Tildelingskriteriene - ikke kontraktskrav

(51) Dersom den valgte leverandør ikke har levert det de har forpliktet seg til i tilbudet, er dette et spørsmål om etterfølgende avtalebrudd, hvilket faller utenfor klagenemndas myndighetsområde å vurdere.

Referanser og tidligere driftserfaring

(52) Referanser og tidligere driftserfaring var ikke tildelingskriterier i konkurransen.

Vektlegging av andre hensyn enn de tillatte

(53) Klagers anførsel om at andre hensyn enn de tillatte er vektlagt, er for generell til at klagenemnda kan ta stilling til spørsmålet.

Erstatning

(54) Klagenemnda anser feilen ved ikke å avvise den valgte leverandørens tilbud som vesentlig, i det den gjelder grunnleggende anbudsrettslige prinsipper, og utelukker ikke at klager kan ha krav på erstatning for den negative kontraktsinteressen.

Konklusjon:

Oslo kommune har brutt forskrift om offentlige anskaffelser § 8-10 (1) bokstav d, ved ikke å avvise den valgte leverandørens tilbud til tross for at det forelå uklarheter som kunne medføre tvil om rangeringen av tilbudene.

Oslo kommune har brutt reglen i forskrift om offentlige anskaffelser § 3-1 (2) om krav til forsvarlig saksbehandling ved å legge feil faktum til grunn i vurderingen av antall tilbudte brøyteenheter i klagers tilbud.

For klagenemnda, Oslo 13. september 2004

Svein Dahl



Forsiden
Nemndsmedlemmer
Saksbehandling
Regelverk
Innkomne saker
Statistikk
Årsrapporter
Dommer
Søk i avgjorte saker

Avgjorte saker:

[2003](#) [2004](#) [2005](#)

Besøksadresse

H. Heyerdalsgate 1
0033 Oslo

Postadresse

Postboks 8132 Dep
0033 Oslo

Tlf.: 22 33 70 10

Faks: 22 33 70 12

E-post:

postmottak@kofa.no

Avgjorte saker

I perioden mellom kunngjøringen av en åpen anbudskonkurranse og beslutningen om valg av leverandør i byrådet, var det kommunevalg som resulterte i politisk skifte. Det nye byrådet besluttet å avlyse anbudskonkurransen av politiske og økonomiske grunner. Klagenemnda kom til at det ikke forelå brudd på forskriftens § 17-1 (1).

Klagenemndas avgjørelse 13. september 2004 i sak 2004/11

Klager: Norlandia Omsorg AS

Innklaget: Moss kommune

Klagenemndas medlemmer: Per Christiansen, Svein Dahl, Morten Goller

Saken gjelder: Saklig grunn til avlysning. Politiske hensyn.

Sakens bakgrunn:

(1) Moss kommune (heretter "innklagede") kunngjorde 8. august 2003 en åpen anbudskonkurranse om drift av Orkerød sykehjem.

(2) Frist for innlevering av tilbud ble satt til 8. oktober 2003, men ble på anmodning fra en av leverandørene forlenget til den 17. oktober 2003. I konkurransegrunnlagets punkt 1.14.5 sto det bl.a.:

"Forutsatt at det foreligger saklig grunn, kan oppdragsgiver avlyse konkurransen med øyeblikkelig virkning dersom:

1. *Det oppstår uforutsette forhold som endrer forutsetningene for anbudskonkurransen*

2. *Ingen av leverandørene tilfredsstillter kravene"*

(3) Den 13. september 2003 ble det avholdt kommunevalg, og de borgerlige partene mistet flertallet.

(4) Fire leverandører innga tilbud innen fristen 17. oktober, hvorav Orkerød sykehjem som leverte tilbud på egenregi og Norlandia Omsorg AS (heretter "klager").

(5) I saksutredning datert 11. november 2003 fra rådmannen i Moss kommune fremgår det at rådmannen gir sin anbefaling til tilbudet fra klager. Videre fremgikk det at:

"Ved budsjettforhandlingen i desember 2003 (feilskrift for 2002) ble det lagt inn en besparelse fra 2004 ved Orkerød sykehjem på kr. 4,5 mill. i forhold til inneværende års driftsbudsjett. Denne besparelsen var forutsatt oppnådd ved konkurranseutsetting av driften. (...) Sammenlignet med vedtatt økonomiplan for 2004, så ligger lavest anbud nå ca. kr. 2,3 under inneværende års driftsbudsjett og dermed ca. kr. 2,2 mill. over budsjettrammen for 2004. Siden vurdering av bud først har blitt ferdig etter at rådmannen la fram sitt budsjettforslag, så er ikke dette hensyntatt i dette."

(6) Da det nye bystyret skulle behandle saken i desember, var det ikke lenger politisk flertall for rådmannens tidligere forslag om at klager skulle drifte Orkerød sykehjem. Det nye politiske flertallet avlyste konkurransen med øyeblikkelig virkning, og bestemte at kommunen selv skulle drifte sykehjemmet. Bystyrets vedtak 9. desember 2003 lød:

"1. Det vises til pkt. 1.14.5 i anbudsgrunnlaget om avlysning av anbudskonkurransen. Konkurransen avlyses. Forutsetningen for anbudskonkurransen er ikke lenger til stede. Kommunen har fått nytt politisk flertall. Dette flertallet har gjennom hele valgkampen konsekvent avvist konkurranseutsetting som virkemiddel både lokalt og nasjonalt. Alle tilbydere har kjent denne risikoen.

2. Kommunen har heller ikke oppnådd den innsparingen som var forutsatt. Det økonomiske målet kan best oppnås med kommunal drift."

Klager har i det vesentlige anført:

(7) Et politisk skifte er ikke å anse som en "saklig grunn" etter regelverket. Innklagede har derfor avlyst konkurransen uten saklig grunn.

(8) Et politisk skifte vil ikke under noen omstendighet utgjøre et "uforutsett forhold" som berettiger øyeblikkelig avlysning. Moss kommune var klar over at et politisk valg ville finne sted i kommunen kort tid etter konkurransen var kunngjort, og var klar over at det kunne bli et politisk skifte. Det forelå her en usikkerhet som var fortiet for leverandørene. Anbudskonkurransen var fiktiv.

(9) Det er klanderverdig av innklagede å sende rådmannens innstilling til klager to måneder etter det politiske skiftet, ettersom innklagede på dette tidspunktet må ha vært klar over at det politiske skiftet ville stanse konkurransen.

(10) Dersom et politisk skifte anses for å være saklig grunn, skulle innklagede tatt inn informasjon i konkurransegrunnlaget om at et politisk skifte kunne stoppe anbudskonkurransen.

(11) Forrige kommunestyres beslutninger kan ikke automatisk avsluttes av et nytt kommunestyre når den første beslutningen administrativt er iverksatt.

(12) Det kan virke som en av begrunnelsene for at klagers tilbud ikke ble valgt, også skyldtes at det var for tungvint for innklagede å rasjonalisere bort egne konsernkostnader. Anbudskonkurransen synes også å ha blitt avlyst på dette grunnlag. Dette var ikke et utvelgelseskriterium som ble gjort kjent under anbudsprosessen.

(13) Klagenemnda bes om å uttale seg om det foreligger grunnlag for positive og negative kontraktsinteresse.

Innklagede har i det vesentlige anført:

(14) Innklagede bestrider å ha brutt regelverket om offentlige anskaffelser.

(15) Det var allment kjent at det var kommunevalg i september 2003, og i valgkampen var spørsmålet om konkurranseutsetting av kommunale tjenester et sentralt tema både på landsbasis og lokalt. At innklagede har fortiet noe som var et sentralt tema i valgkampen virker som en urimelig påstand.

(16) Etter tilbudsfristens utløp arbeidet administrasjonen med evalueringen av tilbudene. Det var ikke klart at styringsflertallet ville avlyse den aktuelle konkurransen før den formelle behandlingen av denne saken. Det er således feil å hevde at konkurransen har vært fiktiv.

(17) Det fremgikk av konkurransegrunnlaget at det var bystyret i Moss som endelig skulle behandle valg av tilbud, og at saken ble fremmet via helse- og sosialutvalget til bystyret i første mulige møte etter tilbudsfristen.

(18) Før tilbudsfristens utløp rettet en direktør fra klager en telefonhenvendelse til rådmannen. Rådmannen redegjorde for saksbehandlingen og understreket at det knyttet seg usikkerhet til hva bystyret ville vedta dersom det kom et nytt flertall.

(19) I bystyrets begrunnelse for avvisningen punkt 2 ga bystyret uttrykk for en oppfatning om at kostnadsbesparelser best oppnås ved drift i egen regi. Dette kan heller ikke sees uavhengig av siste setning i punkt 1 i vedtaket. En av begrunnelsene for å avvise konkurranseutsetting av denne type tjenester har nettopp vært at gevinster kan oppnås best ved kommunal drift og at det på sikt dermed ikke vil være noe å spare på konkurranseutsetting når dette også skal sees i forhold til kvalitet på tjenester.

(20) I den konkrete saken var det ikke samsvar mellom laveste bud og budsjett. Fra bystyrets side gis det uttrykk for at drift i egen regi vil medføre større fleksibilitet og dermed større mulighet for å få til nødvendige besparelser.

(21) For at det skulle være lik konkurranse mellom eksterne og interne bud, og at det skulle opereres med sammenlignbare tall, ble det i tilbudet fra Orkerød sykehjem innarbeidet konsernkostnader. Konsernkostnader er kostnader på tjenester som sykehjemmet i dag får fra kommunen sentralt (personal, økonomi, IT m.m.) og som eksterne leverandører selv ville måtte utføre. Dersom konsernkostnadene ikke hadde vært lagt til, ville budet fra Orkerød sykehjem vært lavest i pris. Dersom valg av klagers tilbud skulle være økonomisk mest lønnsomt for kommunen, ville det vært nødvendig å hente ut besparelser sentralt i kommunen basert på at Norlandia ville overta oppgaver. Det ville være ulike synspunkter på om det ville være mulig å gjøre det i et slikt omfang.

Klagenemndas vurdering:

(22) Klager har deltatt i anbudskonkurransen, og har saklig klageinteresse, jf. forskrift om klagenemnd om offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig.

(23) Forskrift om offentlige anskaffelser § 17-1 (1) bestemmer at:

"Oppdragsgiver kan avlyse konkurransen med øyeblikkelig virkning dersom det foreligger en saklig grunn."

(24) Concord-kjennelsen i Rt. 2001 s. 473 utelukker ikke at andre hensyn enn økonomiske og forretningsmessige kan være relevante i saklighetsvurderingen, forutsatt at oppdragsgiver foretar en fullt ut forsvarlig vurdering.

(25) Anbudskonkurransen gjaldt drift av sykehjem. Det foreligger ingen rettslig forpliktelse til å konkurranseutsette slik virksomhet. Det kan være ulike syn på hvorvidt det er ønskelig å benytte muligheten til å konkurranseutsette denne type virksomhet. I den foreliggende sak var anbudskonkurransen satt i gang før kommunevalget, men avsluttet etter. Valget endret den politiske sammensetning av bystyret og det nye flertall besluttet å avlyse konkurransen. Spørsmålet er om dette kan regnes som en saklig grunn for avlysning etter anskaffelsesreglene.

(26) Endringen av holdningen til konkurranseutsetting var ikke et resultat av f. eks. administrative endringer, men av den demokratiske prosess gjennom et lokalvalg. Klagenemnda mener at hensynet til lokaldemokratiet må veie tungt. Det kunne virke støtende om det nye politiske flertall måtte anses bundet til å gjennomføre konkurranseutsettingen i strid med flertallets politiske overbevisning. På den annen side har leverandørene forholdt seg til en konkurranse som kommunen har iverksatt. Dette kan ha pådratt dem kostnader som det i denne situasjon kan virke urimelig at de må bære. Klagenemnda har etter en samlet vurdering kommet til at et endret politisk standpunkt til bruken av konkurranseutsetting i en kommune som følge av et kommunevalg utgjør en saklig grunn for avlysning av en anbudskonkurranse som var satt i gang, men ikke avsluttet, før kommunevalget.

(27) Klagenemnda finner etter dette ikke grunn til å vurdere om bystyrets andre begrunnelse, da innklagede uansett hadde saklig grunn til avvisningen.

(28) Klagenemnda har ikke tilstrekkelig grunnlag for å ta stilling til om klager har krav på erstatning for den negative kontraktsinteresse som en følge av avlysningen. Dette er imidlertid ikke utelukket, selv om innklagede har avlyst konkurranse på et saklig grunnlag. At konkurranseutsetting som et virkemiddel hadde vært et tema i kommunevalgkampen kan ikke ses som relevant for hva slags informasjon leverandørene har fått i forhold til den aktuelle anbudskonkurranse.

Konklusjon:

Moss kommune hadde saklig grunn for avlysning av konkurransen, og har derfor ikke brutt forskrift om offentlige anskaffelser § 17-1 (1).

For klagenemnda, Oslo 13. september 2004

Per Christiansen



Forsiden
Nemndsmedlemmer
Saksbehandling
Regelverk
Innkomne saker
Statistikk
Årsrapporter
Dommer
Søk i avgjorte saker

Avgjorte saker:
[2003](#) [2004](#) [2005](#)

Besøksadresse
H. Heyerdalsgate 1
0033 Oslo

Postadresse
Postboks 8132 Dep
0033 Oslo

Tlf.: 22 33 70 10

Faks: 22 33 70 12

E-post:
postmottak@kofa.no

Avgjorte saker

Saken gjaldt konkurranse for innsamling og behandling av farlig avfall. Klagenemnda kom til at innklagedes nærmere begrunnelse ikke tilfredsstilte kravene i forskriften § 3-8 (4). Det var ikke uriktig av innklagede å se bort fra mulige innsparinger relatert til andre kontraktsforhold med klager.

Klagenemndas avgjørelse 13. september 2004 i sak 2004/183

Klager: Lindum Ressurs og Gjenvinning AS

Innklagede: Renovasjonsselskapet for Drammensregionen IKS

Klagenemndas medlemmer: Per Christiansen, Svein Dahl, Morten Goller

Saken gjelder: klargjøring av tilbud, krav til begrunnelsen, tildelingskriteriene, likebehandling.

Sakens bakgrunn:

(1) Renovasjonsselskapet for Drammensregionen IKS (heretter "innklagede") kunngjorde 13. april 2004 en åpen anbudskonkurranse for innsamling og behandling av farlig avfall i Drammensregionen. Det ble konkurrert om å levere det økonomisk mest fordelaktige tilbudet, og i konkurransegrunlaget ble følgende tildelingskriterier oppgitt:

- "- totalpris for oppdragsgiver
- kvalitet på ytelser, fleksibilitet, organisering, rutiner
- kjøretøy og teknisk utrustning
- kompetanse, erfaring og referanser
- forbehold
- kvalitetssystem og internkontrollsystem."

(2) Tildelingskriteriene var ikke rangert etter prioritet.

(3) Lindum Ressurs og Gjenvinning AS (heretter "klager") var én av fire leverandører som deltok i konkurransen. I brev av 30. juni meddelte innklagede at tilbudet fra Renor ble ansett for å være det økonomisk mest fordelaktige og at kontrakt ville bli inngått med nevnte leverandør. Det ble ikke gitt noen begrunnelse for valg av tilbud ut over at tilbudet fra Renor fremsto som det økonomisk mest fordelaktige.

(4) Etter anmodning fra klager ga innklagede følgende nærmere begrunnelse i brev datert 2. juli:

"Det er i anbudsgrunnlaget listet opp 6 tildelingskriterier og tildeling skal skje til den anbyder som etter en helhetsvurdering er økonomisk mest fordelaktig for RfD. I vårt brev av 30.06.04 er det kort gjort rede for at for 5 av disse kriteriene var de 4 tilbyderne vurdert som likeverdige. Det forelå derfor ikke individuelle forskjeller som totalt sett ga en tilbyder fortrinn fremfor en annen.

Det 6. kriteriet var pris, og dette kriteriet ble avgjørende for tildeling.

Det er vurdert:

1. *totalpris for ordinær innsamling*
2. *innsamling, rød boks*
3. *behandling*
4. *ekstrainnsamling*
5. *opsjoner*
6. *øvrige tjenester som leie av container og personell*

Følgende sammenstilling kan gjøres for årlig kostnad av innsamling og behandling:

Anbyder	Lindum	2	3	4
Tot.sum	1.625.408	1.886.020	1.579.207	1.873.718

(5) Under saksforberedelsen er klagenemnda gitt innsyn i innklagedes evaluering og innstilling. Klager ble tilsendt en sladdet utgave av denne.

(6) Kontrakt ble inngått med Renor 6. august 2004.

Klager har i det vesentligste anført:

(7) Innklagede har brutt regelverket for offentlige anskaffelser.

(8) Siden innklagede holdt oppklarende møte med en av leverandørene, skulle også klager vært innkalt til et slikt møte.

(9) Det er kun den tilbudte prisen som er vurdert. Kravet om at tilbudene skal bedømmes opp mot samtlige tildelingskriterier, er dermed ikke overholdt.

(10) Begrunnelsen som er gitt, er ikke tilstrekkelig. Det er ikke mulig for klager å se hvordan de ulike tildelingskriteriene er vurdert, ikke engang hva gjelder bedømmelsen av klagers eget tilbud. Heller ikke den sladdede versjonen av innklagedes evaluering og innstilling tilfredsstillende kravene til forskriftsmessig begrunnelse.

(11) Bedømmelsen av tilbudenes pris er mangelfull. Klager klarer å definere nær 100 % av spilloljen som refunderbar, noe som gir innklagede svært god uttelling økonomisk. Den andre aktøren klassifiserer derimot en større del av oljen som ikke-refunderbar. Innklagede har ikke tatt tilstrekkelig hensyn til de prismessige konsekvensene av denne forskjellen i bedømmelsen.

(12) Klager heller det farlige avfallet fra små oljekanner over på stor tank. En annen leverandør må levere avfallet som småkolli, og dette tilsvarer en merutgift på ca 100.000 kr. Dette forhold er heller ikke trukket inn i innklagedes vurdering av tilbudenes pris.

(13) Ved å velge en annen aktør enn klager vil innklagede få økte kostnader andre steder i sitt system. Disse kostnadene er ikke vektlagt i vurderingen av hvilket tilbud som var det økonomisk mest fordelaktige.

Innklagede har i det vesentligste anført:

(14) Innklagede bestrider å ha brutt regelverket for offentlige anskaffelser, dog erkjennes at innklagedes opprinnelige begrunnelse ikke var tilstrekkelig.

(15) Det ble foretatt en skriftlig avklaring av ett uklart forhold i klagers tilbud. For øvrig var det ingen uklarheter i klagers tilbud som skulle tilsi et avklarende møte.

(16) Som det går frem av innklagedes brev av 2. juli, er tilbudene evaluert opp mot samtlige tildelingskriterier. Tilbudene ble vurdert som likeverdige i forhold til fem av disse kriteriene. Det forelå selvsagt visse enkeltvis forskjeller, men ingen av disse ble ansett for å være så tungtveiende at dette kunne være utslagsgivende i forhold til differansen i tilbudt pris.

(17) Begrunnelsen som er gitt i brev 2. juli, tilfredsstillt kravene i forskriften § 3-8 (4). Klager kan ikke gis noen nærmere begrunnelse uten at innklagede røper forretningshemmeligheter.

(18) Den tilbudte pris er bedømt på et tilstrekkelig og korrekt grunnlag. Det er den enkelte aktør som har ansvaret for deklareringsen av refunderbar og ikke-refunderbar innsamlet spillolje. Innklagede er ikke enig i at klager skulle godskrives med at de klarer å definere spilloljen som 100 % refunderbar. Beregning av Renors historiske tall viser en andel på ca 85 % som refunderbar spillolje. Dette ligger innenfor de erfaringstall andre aktører kan vise til, og andelen refunderbar spillolje er høyere enn erfaringstall fra Statens Forurensningstilsyn. En eventuell forskjell i mengden refunderbar spillolje har derfor ikke gitt uttelling i evalueringen. Andelen refunderbar spillolje har uansett ingen betydning for rangeringen av tilbudene.

(19) Klagers tilbud ga ingen opplysninger om at småkolli ville helles over på fat.

(20) Klager er kontraktsforpliktet til å behandle farlig avfall på gjenvinningsstasjonene. Denne kontrakten faller ikke bort som følge av den arrangerte anbudskonkurransen. Hensynet til de øvrige leverandørene er til hinder for å legge vekt på at klager allerede drifter denne delen av opsjonsdelen i konkurransegrunnlaget og de økonomiske konsekvenser av dette.

(21) Økte kostnader uten direkte tilknytning til den aktuelle anskaffelsen er uten betydning i vurderingen av hvilket tilbud som er det økonomisk mest fordelaktige.

Klagenemndas vurdering:

(22) Klager har deltatt i konkurransen og har saklig klageinteresse, jf forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig.

Bruken av oppklarende møte

(23) Forhandlingsforbudet i anbudskonkurranser er kommet til uttrykk i forskriften § 9-1 (1) der det heter at det ikke er "...tillatt å endre tilbudene eller forsøke å endre dem gjennom forhandlinger". I § 9-1 (2) bokstav a gis imidlertid oppdragsgiver anledning til å

"...innhente nærmere opplysninger hos leverandørene for å få klarlagt uklarheter i tilbudene, såfremt uklarhetene ikke er slike at tilbudene skal avvises i henhold til § 8-10 (avvisning på grunn av forhold ved tilbudet)."

(24) Som det følger av § 9-1 (2) bokstav a lest i sammenheng med forhandlingsforbudet i § 9-1 (1), er kontakten mellom oppdragsgiver og leverandør begrenset til klargjøring av uklarheter i tilbudet. Så lenge tilbudenes innhold er brakt på det rene, kan klagenemnda ikke se at fremgangsmåten ved klargjøringen har betydning for konkurranseforholdet leverandørene imellom. Forskriften § 9-1 (2) bokstav a er følgelig ikke krenket ved at innklagede holdt avklaringsmøte med én leverandør uten å holde tilsvarende møte med klager.

Kravene til begrunnelsens innhold

(25) I følge § 3-8 (4) skal innklagede, dersom en leverandør skriftlig anmoder om det, gi "en nærmere begrunnelse" for hvorfor klagers tilbud ikke ble valgt. Som et utgangspunkt skal denne nærmere begrunnelsen samlet sett gi leverandøren tilstrekkelig informasjon om hvorfor hans tilbud ikke nådde frem, og gi grunnlag for å vurdere om klageadgangen skal benyttes.

(26) For å sikre en reell klageadgang finner klagenemnda at den nærmere begrunnelsen skal opplyse om det valgte tilbudets egenskaper og relative fordeler. Dette må gjelde også i de tilfeller hvor kontrakt ikke er inngått. Eventuelle konkrete spørsmål leverandøren har bedt om svar på i sin skriftlige anmodning, kan også være av betydning for kravene som stilles til begrunnelsens innhold og omfang.

(27) I den nærmere begrunnelsen konstaterte innklagede at leverandørene hadde fått lik uttelling på fem av seks tildelingskriterier. En ren henvisning til at kriteriene ble vurdert likt, uten en nærmere begrunnelse for vurderingen, vil slik klagenemnda ser det, ikke gi leverandøren tilstrekkelig grunnlag for å ta stilling til om det reelt sett kunne være grunn til å skille tilbudene. Innklagedes nærmere begrunnelse var dermed for snau til å sikre en reell klageadgang, og følgelig ikke tilstrekkelig til å tilfredsstillte kravene i forskriften § 3-8 (4).

Evalueringen av klagers tilbud

(28) Klagenemndas kompetanse til å prøve de innkjøpsfaglige vurderinger begrenser seg til å avgjøre om vurderingene bygger på et korrekt faktum, og om de er vilkårlige eller sterkt urimelige. Sett hen til at den enkelte aktør selv har ansvaret for deklareringsen av andelen refunderbar olje, og at både klager og valgte leverandør har oppgitt en høyere andel enn erfaringstall fra Statens Forurensningstilsyn, kan ikke klagenemnda se at vurderingen har vært i strid med regelverket.

(29) Klagenemnda kan heller ikke se at innklagede var forpliktet til å legge vekt på fordeler med å helle småkolli over på fat all den tid disse opplysningene ikke kom frem av klagers tilbud.

(30) Kravet til likebehandling skal hindre en usaklig forskjellsbehandling av leverandørene. En vektlegging av økonomiske konsekvenser knyttet til andre kontraktsforpliktelser ville gitt klager konkurransefortrinn uten direkte betydning for anskaffelsen. I lys av kravet til likebehandling kan klagenemnda derfor ikke se at det var uriktig av innklagede å se bort fra mulige innsparinger relatert til

andre kontraktsforhold med klager.

Konklusjon:

(31) _____ Innklagede har brutt kravene til begrunnelse etter forskrift om offentlige anskaffelser § 3-8 (4).

For klagenemnda,

13. september 2004

Morten Goller



Forsiden
Nemndsmedlemmer
Saksbehandling
Regelverk
Innkommne saker
Statistikk
Årsrapporter
Dommer
Søk i avgjorte saker

Avgjorte saker:

[2003](#) [2004](#) [2005](#)

Besøksadresse

H. Heyerdalsgate 1
0033 Oslo

Postadresse

Postboks 8132 Dep
0033 Oslo

Tlf.: 22 33 70 10

Faks: 22 33 70 12

E-post:

postmottak@kofa.no

Avgjorte saker

Innklagede gjennomførte en anbudskonkurranse for nærmere angitte legemidler som skal kjøpes av pasienter på ethvert apotek, men refunderes av Rikstrygdeverket gjennom blåreseptordningen. Produsenter og importører er aktuelle som leverandører. Klagenemnda kom til at forholdet var en offentlig anskaffelse. Prisen på produktene var avhengig av grossistenes og apotekenes avanse, noe verken leverandørene eller oppdragsgiver kan kontrollere. Så lenge prisen delvis beror på ytre forhold, kom klagenemnda til at det avgjørende var om innklagede hadde utvist forsvarlig saksbehandling ved å legge til grunn at grossistene og apotekene ville ta maksimal tillatt avanse. På bakgrunn av innklagedes undersøkelser kom klagenemnda til at saksbehandlingen var forsvarlig, og at beregningen av pris dermed ikke var vilkårlig.

Klagenemndas avgjørelse 13. september 2004 i sak 2004/184

Klager: Legemiddelindustriforeningen

Innklaget: Rikstrygdeverket/Legemiddelinnkjøpssamarbeid

Klagenemndas medlemmer: Per Christiansen, Svein Dahl, Morten Goller

Saken gjelder: Regelverkets virkeområde. Beregning av pris. Forsvarlig saksbehandling.

Bakgrunn:

(1) På vegne av Rikstrygdverket kunngjorde LIS (Legemiddelinnkjøpssamarbeid) 3. juni 2004 en åpen anbudskonkurranse vedrørende farmasøytiske spesialpreparater. De to er i det følgende benevnt "innklagede".

(2) Kontrakten skulle være en rammeavtale med varighet fra 1. november 2004 til 31. desember 2005. I konkurransegrunnlaget var de farmasøytiske produktene nærmere angitt ved sine generiske betegnelser (virkestoff), de produktene som er godkjent i Norge innen hvert virkestoff (i dag 23 produkter). Produktene kan fås i forskjellig type (eksempelvis både tabletter

og injeksjonsdoser), dosering og pakningsstørrelse. Kjøp av produktene skal dels finansieres av folketrygden (blåreseptordningen), dels gjennom sykehusenes legemiddelbudsjetter (såkalte gråsonepreparater).

(3) Alle legemidler som selges i Norge må være godkjent av Statens legemiddelverk. Den videre omsetningen av legemiddelet er også regulert. En produsent eller importør distribuerer sine legemidler gjennom en godkjent grossist. En grossist plikter å kunne levere alle godkjente legemidler som tilbys i Norge til landets apoteker. Leverandørene som er aktuelle til å inngi tilbud er produsentene og importørene. Selv om det bare er ett produkt på markedet som inneholder det oppgitte virkestoffet, kan det være flere importører av dette produktet. Dermed blir det konkurranse mellom importørene selv om produsenten i realiteten har monopol.

(4) Det er tre fullsortimentsgrossister i Norge. Prisene på legemidler disse selger videre til apotekene betegnes AIP (apotekenes innkjøpspris). Statens legemiddelverk fastsetter maksimal AIP. Pris til kjøper betegnes AUP (apotekenes utsalgspris). For apotekene er det fastsatt en maksimal avanse i prosent av AIP, slik at det indirekte eksisterer en maksimal AUP. Endelig tillegges merverdiavgift.

(5) De etterspurte produktene skal skrives ut av sykehusleger. Kjøper er pasient eller tidligere pasient, og vedkommende kjøper den foreskrevne medisinen ved et hvilket som helst apotek. Legemiddelkomiteen ved helseforetakene godkjenner produkter som skal foreskrives ved deres sykehus. Konkurransen går i realiteten ut på å bli antatt på helseforetakenes lister over medisiner som kan foreskrives av leger ansatt ved sykehusene.

(6) Ved kjøp av preparatet på apoteket betaler pasienten full pris, men får utgiften refundert fra innklagede, med unntak av en eventuell egenandel.

(7) I henhold til konkurransegrunnlaget skulle kontrakten tildeles det økonomisk mest fordelaktige tilbud etter følgende kriterier:

”

pris

kvalitet

funksjonsmessige egenskaper og pakninger

produktspekter

terapitradisjon

service”

(8) Kriteriene var ikke angitt i prioritert rekkefølge.

(9) I det opprinnelige konkurransegrunnlaget het det om prising:

”Prisene eksklusive merverdiavgift skal være apotekernes innkjøpspris (AIP). Dette forutsetter at leverandørene på forhånd inngår avtaler med legemiddelgrossistene for å komme fram til tilbuds-AIP. Det skal bare gis en tilbudspris, uavhengig av hvilken grossist apotekene velger.

Prisene skal oppgis per varenummer.”

(10) Om oppgjørsordningen het det:

"Apoteket kjøper inn avtalepreparater fra legemiddelgrossistene til ordinær AIP. Når apotek selger avtalepreparater forskrevet av lege på sykehus, dekker folketrygden avtalepris tillagt apotekavanse. Apoteket dokumenterer antall solgte preparater til avtalepris, for eksempel ved utgangen av hver måned. Prisdifferansen mellom ordinær AIP og avtalepris faktureres deretter de aktuelle leverandørene. I den grad det er ønskelig av administrative årsaker, kan apotekets hovedgrossist, basert på dokumentasjon fra apoteket, fakturere/avregne produsentene og deretter kreditere apoteket for det aktuelle beløp."

(11) Legemiddelindustriforeningen mottok en ekstern utredning, datert 11. juni 2004, der det ble konkludert med at en angivelse av pris i AIP kunne være i strid med konkurranseloven § 10, med den begrunnelse at legemiddelprodusenten ville måtte fastsette grossistens avanse og at det måtte gis én tilbudspris uavhengig av hvilken grossist apoteket ville velge.

(12) På bakgrunn av konklusjonen i utredningen avlyste innklagede konkurransen i brev til leverandørene av 23. juli 2004. I brevet varslet innklagede at det ville bli utarbeidet et nytt konkurransegrunnlag. Dette ble sendt ut som vedlegg til brev av 2. juli 2004. I oversendelsesbrevet het det blant annet:

"Største forandringen fra det tidligere anbudet er at leverandørene nå skal tilby en fast rabatt i NOK per produkt, og det må på forhånd opplyses om eventuell regulering av prisen i tilfelle det skjer endring av maksimal AIP."

(13) I konkurransegrunnlaget het det blant annet følgende om hvordan tilbudet skulle utformes:

"Tilbud skal gis per virkestoff. Tilbud kan gis på hele eller deler av virkestoffets sortiment.

Tilbud kan ikke betinges av samtidig aksept av tilbud på andre virkestoffer.

Enkelte virkestoffer kan bli vurdert som likeverdige. Tilbyder kan således gi tilbud på annet virkestoff når tilbyder mener dette er terapeutisk likeverdig. Det skal opplyses hvilke(t) virkestoff(er) tilbudet vurderes likeverdig med. Denne opplysning skal være spesifisert på 5.-nivå ATC-kode.

(...)

Tilbud uten kronerabatt vil ikke bli vurdert."

(14) Pris skulle være oppgitt som en fast rabatt i NOK per produkt (varenummer), eksklusiv mva. Tildelingskriteriene var uendret fra det opprinnelige konkurransegrunnlaget.

(15) Oppgjørsordningen var beskrevet slik:

"Alle innkjøp og oppgjør mellom produsent, grossist, apotek og trygdeetaten skjer som i dag, men med følgende tillegg:

Apoteket merker alle ekspedisjoner som skjer til avtalevilkår i sitt datasystem, Farmapro. Oppgjørskravene som apotek sender Rikstrygdeverket gjennom trygdeetatens kontrollprogram APOK vil dermed inneholde opplysninger om alle ekspedisjoner som har skjedd til avtalevilkår (opplysninger på varenummernivå). Det genereres rapporter per definert periode (for eksempel per måned) over antall solgte pakninger per varenummer. Rapportene danner grunnlaget for å fakturere leverandørene for avtalt rabatt.”

(16) Oppgjør skulle skje til apoteket på ordinær måte, og leverandørene skulle så ettergi den avtalte rabatten på bakgrunn av oppgjørskravene fra innklagede.

Partenes anførsler:

Klagers anførsler:

(17) Klager anfører at forholdet mellom innklagede og produsentene er en offentlig anskaffelse. Leverandøren er forpliktet til å levere avtaleproduktet til avtalt pris. Selv om leverandøren ikke kan garanteres et bestemt volum eller en enerett til salg av et bestemt preparat, på grunn av pasientens rett til generisk bytte på apoteket etter apoteklovens § 6-6, har kontrakten en klar økonomisk verdi for leverandørene. EF-domstolen uttalte i sak C-399/98 (Scala) premiss 52 at direktivene må fortolkes slik at deres effektive virkning sikres.

(18) Klager anfører at innklagede har brutt regelverket for offentlige anskaffelser.

(19) Innklagede er ikke i stand til å identifisere det økonomisk mest fordelaktige tilbudet. Prisen på produktene avhenger ikke bare av leverandørene, men også av avansen til grossistene og apotekene. Apotekene kan ta forskjellige priser for to produkter som kommer fra forskjellig produsent, men som ellers er identiske, og som har samme maksimale AIP. I tillegg kommer at forskjellige apotek kan ha forskjellig pris på samme produkt, slik at innklagede ikke vil ha fullstendig oversikt over prisen på produktet. Tilbudene blir derfor ikke sammenlignbare.

(20) Innklagede har i dag ikke full oversikt over apotekenes utsalgspriser for de forskjellige produktene. Kravet til etterprøvbarehet medfører at innklagede må kunne dokumentere at utsalgsprisen fra apotekene er kjent, når dette er en faktisk forutsetning for å kunne sammenligne tilbudene.

(21) Uansett kan apotekene senke sine priser på enkelte produkter i løpet av kontraktperioden. Dette kan medføre at det økonomisk mest fordelaktige tilbudet på et gitt produkt forrykkes fra én leverandør til en annen.

(22) Innklagede kan alternativt gjennomføre en anbudskonkurranse der man i tillegg til å be om rabatt fra produsentene setter ut grossistenes distribusjon. Når apotekenes avanse i stor grad er fastsatt, vil dette gjøre prisene sammenlignbare.

Innklagedes anførsler:

(23) Innklagede anfører at forholdet ikke er en offentlig anskaffelse, og at klagenemnda derfor må avvise saken.

(24) En offentlig anskaffelse kjennetegnes ved at det foreligger en gjensidig bebyrdende avtale. Konkurransen vil riktignok resultere i avtaler som forplikter produsentene til å gi oppgitt rabatt på kjøp over blåreseptordningen. Innklagedes plikt til å refundere pasientens utlegg er derimot pålagt etter folketrygdloven §§ 5-14 og 5-22, og betalingen til produsenten beror derfor på lov, ikke på avtale. Det vil derfor ikke foreligge noen gjensidig bindende avtale mellom leverandører og innklagede.

(25) Videre er ikke pasientene forpliktet til å kjøpe det preparatet som er foreskrevet, jf retten til generisk bytte etter apotekloven. Preparatene som foreskrives er derfor i realiteten bare en anbefaling fra legen.

(26) Dersom klagenemnda skulle konkludere med at forholdet omfattes av regelverket for offentlige anskaffelser, bestrider innklagede å ha brutt dette regelverket.

(27) Innklagede anfører at Rikstrygdeverket i dag betaler maksimal pris for alle de etterspurte produktene fra alle landets apoteker. Innklagede har derfor full oversikt over prisene, og leverandørenes tilbud blir sammenlignbare.

(28) Erfaring viser at både grossistene og apotekene tar maksimal tillatt avanse for produktene. At noen apoteker i løpet av kontraktperioden skulle senke prisene på enkelte produkter er derfor helt upraktisk. Uansett ville dette ikke være egnet til å endre det økonomisk mest fordelaktige tilbudet for et gitt produkt, da den store avansen ligger hos produsentene, mens grossistene og apotekene har langt mindre marginer. Om apotekene eller grossistene skulle velge å senke sin avanse for et gitt produkt, ville dette ha liten betydning for utsalgsprisen, og dermed være lite egnet til å endre hvilken leverandør som har det økonomisk mest fordelaktige tilbudet.

(29) Dersom innklagede skal kunne konkurranseutsette kjøp av legemidler gjennom blåresept-ordningen på produsentnivå, er dette eneste måten å gjennomføre det på.

Klagenemndas vurdering:

(30) Klager er en bransjeorganisasjon som representerer deltakere i konkurransen og har saklig klageinteresse, jf forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6.

Klagen er rettidig.

(31) Innklagede er statlige organer og dermed omfattet av lov og forskrift om offentlige anskaffelser, jf lovens § 2 bokstav a) og forskriftens § 1-2 (1).

(32) Lov om offentlige anskaffelser gjelder "*anskaffelser*" som foretas av det offentlige, jf § 3, uten at begrepet "*anskaffelser*" er nærmere presisert. Etter forskrift om offentlige anskaffelser § 1-4 bokstav a), jf § 1-3 (1) omfatter denne "*gjensidig bebyrdende avtaler som inngås skriftlig mellom en oppdragsgiver og en leverandør*". Klagenemnda antar at lovens virkeområde er det samme som forskriftens, iallfall så lenge det ikke er holdepunkter for noe annet.

(33) Spørsmålet er om forholdet der innklagede erstatter pasienters utlegg for blåreseptpreparater, for så å få refundert noe av utgiften fra produsenten, er en anskaffelse.

(34) Konkurransen skal resultere i kontrakter med flere leverandører som forplikter seg til å refundere et bestemt beløp ved kjøp av deres produkter. Kontraktene forplikter imidlertid ikke innklagede til å kjøpe nærmere angitte produkter direkte fra leverandørene. Det enkelte helseforetak fører de økonomisk mest fordelaktige produktene opp på en liste over medikamenter som legene ved helseforetakets sykehus kan foreskrive for gitte lidelser. Innklagedes motytelse er oppføring av produktene på denne listen. Legene ved det enkelte helseforetak er ikke forpliktet til å følge denne listen, men innklagede har forklart overfor klagenemnda at det forventes at legene vil følge den listen som er gitt, med mindre det er medisinske grunner for noe annet.

(35) Selv om pasienten kan velge et alternativt produkt fra apoteket, slik at det foreskrevne preparat bare er en anbefaling fra legen, representerer en plass på helseforetakenes lister en økonomisk verdi for innklagede. De eneste

tilfellene der pasienten har noen interesse i å velge et annet produkt enn det legen har foreskrevet, er dersom det alternative produktet vil være rimeligere, og dette vil slå ut på egenandelen. Ettersom innklagedes undersøkelser gjengitt nedenfor viser at produkter sjelden blir solgt til lavere pris enn maksimal AUP, legger klagenemnda til grunn at retten til generisk bytte benyttes relativt sjelden. At man er sikret en enerett eller en omsetning av et bestemt volum, er uansett ingen forutsetning for at forholdet skal være en anskaffelse.

(36) Etter klagenemndas vurdering er derfor innklagedes oppføring av de valgte produktene på deres foreskrivningsliste en motytelse som medfører at kontrakten blir gjensidig bebyrdende. Klagenemnda kommer etter dette til at forholdet er en offentlig anskaffelse.

(37) Anskaffelsen gjelder nærmere bestemte medisiner som skal kjøpes på et hvilket som helst apotek etter at resept er skrevet ut av en sykehuslege. Innklagede erstatter pasientens utlegg, med unntak av en eventuell egenandel. Prisen bestemmes av apotekets utsalgspris, fratrukket en oppgitt rabatt som skal tilbakebetales fra produsenten.

(38) For å kunne sammenligne leverandørenes priser, må innklagede kjenne apotekenes utsalgspris. Så lenge prisen avhenger av faktorer verken innklagede eller klager kan kontrollere, nemlig grossistenes og apotekenes avanse, må innklagede legge til grunn en beregnet avanse ved evalueringen av prisene. Innklagede vil ved evalueringen ta utgangspunkt i apotekenes maksimale utsalgspris (maksimal AUP), som er en kjent størrelse, og så trekke fra den tilbudte rabatten.

(39) Det første spørsmålet er om regelverket for offentlige anskaffelser er til hinder for at det gjennomføres en konkurranse der oppdragsgiver ikke har oversikt over alle forhold av betydning for å avgjøre hvilket tilbud som er det økonomisk mest fordelaktige.

(40) Spørsmålet om prisberegning der prisen ville avhenge av faktiske forhold som ikke var kjent ved kontraktstildelingen ble behandlet av EF-domstolen i sak C-19/00 (SIAC Construction). Domstolen slo i premiss 36 og 37 fast at et tildelingskriterium (for eksempel pris) må være egnet til å identifisere det økonomisk mest fordelaktige tilbudet, og at evalueringen av kriteriet ikke må gi oppdragsgiver et ubetinget fritt valg ved tildeling av kontrakt. Domstolen uttalte i premiss 38:

" Alene den omstændighed, at et kriterium for tildeling hviler på en oplysning, der først bliver kendt med sikkerhed efter kontraktstildelingen, kan ikke antages at give den ordregivende myndighed et sådant ubetinget frit valg."

(41) Videre uttalte domstolen i premiss 44:

" Endelig skal kriterierne for tildeling i forbindelse med vurderingen af buddene anvendes på en objektiv og ensartet måde over for alle bydende. Det forhold, at en ordregivende myndighed anvender en ekspertudtalelse til at vurdere en oplysning, der først bliver kendt med sikkerhed i fremtiden, er som udgangspunkt egnet til at sikre overholdelsen af denne betingelse."

(42) At vurderingen av hvilket tilbud som er det økonomisk mest fordelaktige beror på forhold som oppdragsgiver ikke har kontroll over, er altså ikke til hinder for at det gjennomføres en konkurranse, såfremt oppdragsgiver har gjort en forsvarlig vurdering av disse forholdene.

(43) Neste spørsmål er derfor om innklagede har utvist forsvarlig saksbehandling ved å legge til grunn at apotekenes faktiske utsalgspris er lik maksimal AUP.

(44) Innklagede foretok den 28. juni og 1. juli 2004 stikkprøvekontroller i

Oslo og Vestfold. Kontrollen i Oslo omfattet to kjedeapoteker og ett privat apotek (ett i Apotek 1-kjeden og ett i Vitus-kjeden), og det ble sett etter pris for alle de 23 produktene konkurransen omfatter. Det ble imidlertid bare funnet ekspedisjoner av 13 av disse produktene. Undersøkelsen viste at faktisk AUP ikke avvek fra maksimal AUP for noen av de 13 varene.

(45) I Vestfold ble det undersøkt varer fra forskjellige kjedeapotek, ett sykehusapotek og ett privat apotek. Det ble funnet priser for 17 av de 23 produktene. For noen av produktene var det hentet priser for flere alternativer (type, dosering, pakningsstørrelse). Det ble funnet ett produkt der AUP avvek fra maksimal AUP i kjedeapotekene, ett (annet) produkt der AUP var under det maksimale i det private apoteket og fem produkter som var priset under maksimal AUP i sykehusapoteket. Største avvik var på omtrent 12,10% fra maksimal AUP.

(46) Det vil være vanskelig eller umulig å kjenne utsalgsprisen på de etterspurte produktene i alle landets apoteker. Av praktiske årsaker er derfor innklagede nødt til å foreta en vurdering av hva som er gjengs pris for hvert enkelt produkt. Selv om innklagedes undersøkelser begrenser seg til noen få apoteker i to fylker, og ikke omfatter alle preparatene, tyder den på at preparatene jevnt over blir solgt til maksimal AUP eller bare marginalt rimeligere. Klagenemnda kommer derfor til at innklagede har utvist forsvarlig saksbehandling ved å legge til grunn for beregningen av pris at alle de tilbudte produktene blir solgt til maksimal AUP.

(47) Innklagedes undersøkelser tyder også på at prisene i utgangspunktet jevnt over vil holde seg stabile gjennom avtaleperioden. Riktignok kan gjennomføringen av en slik konkurranse medføre at leverandører som ikke blir valgt senker prisene for å opprettholde sin markedsandel. En slik utvikling er imidlertid utenfor innklagedes kontroll og det er umulig å forutse hvor stor prisreduksjon dette eventuelt vil medføre.

(48) Klagenemnda vil legge til at innklagedes valg av preparater etter gjennomført konkurranse vil skje på samme måte som det har skjedd tidligere, nemlig ved en vurdering av hvilke preparater som er de økonomisk mest fordelaktige. Beregningen vil skje ut fra maksimal AUP. Eneste forskjell er om innklagede også vil ta i betraktning en rabatt. Gjennomføringen av konkurransen gjør derfor ikke innklagedes vurdering av prisen de forskjellige preparatene mindre sikker enn dersom konkurranse ikke blir gjennomført.

(49) Klagenemnda registrerer at partene er uenige om anskaffelsesprosessen kan gjennomføres på en måte som gjør beregningen av prisen sikrere. Slik klagenemnda ser det, er det iallfall ikke åpenbart hvordan dette alternativt skulle skjedd i tråd med anskaffelsesregelverket. Klagenemnda finner derfor at innklagede har utvist forsvarlig saksbehandling både ved valg av metode for prissetting og ved vurderingen av det faktiske grunnlaget når det gjelder evalueringen av prisene.

(50) Ettersom innklagede har utvist forsvarlig skjønnsutøvelse ved å legge til grunn at produktene blir solgt til maksimal AUP, finner klagenemnda at beregningen av pris ikke er vilkårlig. Selv om det er på det rene at noen produkter i enkelte apoteker blir solgt rimeligere enn det innklagede beregner ut fra, skyldes dette forskjellig avanse hos grossist og apotek. Innklagedes beregning favoriserer i utgangspunktet ingen av leverandørene, og prisberegningen bryter derfor ikke med kravet til likebehandling i lovens § 5.

(51) Etter klagenemndas mening er beregningen av pris gjort gjennomiktig og forutberegnelig ved at innklagede har gjort rede for hvordan evalueringen vil skje. Kravet til etterprøvnbarhet i anskaffelsesprosessen, jf lovens § 5, medfører at innklagede i ettertid kan dokumentere hvordan de enkelte deler av anskaffelsesprosessen er blitt gjennomført og hvilke vurderinger som er gjort, og har ingen betydning for denne saken.

Konklusjon:

Rikstrygdeverket/Legemiddelinnkjøpssamarbeid har ikke brutt regelverket for offentlige anskaffelser ved gjennomføringen av åpen konkurranse for farmasøytiske spesialpreparater.

For klagenemnda,

13. september 2004

Morten Goller



Forsiden
Nemndsmedlemmer
Saksbehandling
Regelverk
Innkømne saker
Statistikk
Årsrapporter
Dommer
Søk i avgjorte saker
Avgjorte saker:
[2003](#) [2004](#) [2005](#)

Besøksadresse
H. Heyerdalsgate 1
0033 Oslo

Postadresse
Postboks 8132 Dep
0033 Oslo

Tlf.: 22 33 70 10

Faks: 22 33 70 12

E-post:
postmottak@kofa.no

Avgjorte saker

Saken gjelder konkurranse for oppføring av omsorgsboliger. Klagenemnda kom til at innklagede hadde brutt kravet til likebehandling ved å benytte tildelingskriteriet "Oppdragsgivers erfaring med tilbyder". Tildelingskriteriet "Øvrige økonomiske forhold" ble ikke ansett egnet til å identifisere det økonomisk mest fordelaktige tilbudet.

Klagenemndas avgjørelse 13. september 2004 i sak 2004/203

Klager: Bygg i Nord AS

Innklagede: Bardu kommune

Klagenemndas medlemmer: Per Christiansen, Svein Dahl, Morten Goller

Saken gjelder: krav til begrunnelsen, tildelingskriterier

Sakens bakgrunn:

(1) Bardu kommune (heretter kalt "innklagede") kunngjorde 24. mars 2004 en anbudskonkurranse for oppføring av omsorgsboliger i Bardu. Før kunngjøringen ble det 23. mars 2004 gjennomført et orienteringsmøte med interesserte leverandører. Bygg i Nord AS (heretter kalt "klager") var en av flere leverandører som deltok på dette orienteringsmøtet.

(2) Det ble konkurrert om å levere det økonomisk mest fordelaktige tilbudet. I konkurransegrunnlaget ble følgende angitt under overskriften "Byggherren legger vekt på følgende ved valg av tilbyder":

"1. Det tilbudte produktet (arkitektonisk utforming, funksjonalitet, kvalitet, tilpassing til tomt og eksisterende bebyggelse etc.)

2. Pris

3. Leveringsdyktighet

4. Kompetanse og erfaring fra tilsvarende prosjekter

5. Oppdragsgivers tidligere erfaring med tilbyder

6. Øvrige økonomiske forhold

7. Eventuelle forbehold".

(3) Klager var én av fem leverandører som leverte tilbud, og klagers tilbud hadde den laveste nominelle prisen, 3.172.843 kr inkl mva.

(4) Den 24. mai ga innklagede klager telefonisk beskjed om at tilbudet fra Nordbohus AS ble ansett som det økonomisk mest fordelaktige. Klager ba samme dag kommunen om en begrunnelse for innstillingen. Innklagede sendte

ut sin begrunnelse i brev datert 25. mai, og det ble samtidig gitt en klagefrist på ti dager.

(5) Klager fant ikke begrunnelsen tilfredsstillende og ba om en nærmere begrunnelse for innklagedes valg av leverandør. En mer utfyllende begrunnelse ble gitt av innklagede 2. juni. Innklagede fremhever her det valgte tilbudets fortrinn på følgende områder:

” Estetisk, arkitektoniske utformingen: Mest lik Menighetshuset i stil og utforming.

Planløsning: Alle soverommene vender ut mot ’stille’ rom i forhold til naboileiligheten, kjøkken er godt integrert mot stue, med spisebord som en del av

stuen. Også god planløsning med tanke på pleie- og rehabiliteringsarbeider.

Bygningens plassering på tomta: Nordbohus har klart å plassere bygningene på en

genial måte, både med tanke på skjerming, snørydding og plassering av garasje med

tilhørende gjesteparkering.”

(6) I begrunnelsen konkluderer innklagede med at:

”Valgte leverandør har totalt sett en løsning som tilfredsstiller de krav som plankomiteen har lagt til grunn i konkurransegrunnlaget, kostnadsmessig ligger dette planforslaget kr 295 933, - over laveste prisforslag. I tilbudsgrunnlaget/kravspesifikasjonen var det lagt mest vekt på planløsning og tomteløsning fremfor pris. I dette tilfellet var prisforskjellen så liten at det likevel var kostnadsmessig fordelaktig, hadde prisforskjellen vært vesentlig større hadde nok utfallet blitt noe annet.

Plankomiteen har vært av den oppfatning at her skulle en satse på gode løsninger som tilfredsstilte beboerne, ansatte, tomt og omkringliggende bygningsmasse. Derfor ble det lagt mye arbeider i forkant av tilbudskonkurransen, bla. Orienteringsmøte med interesserte tilbydere/leverandører. Tilbudsgrunnlaget har vært likt for alle, men dessverre så var ikke beste planløsning ’billigst’. Når en leverandør har meldt sin interesse på de premissene som her lå til grunn uten at det ble gitt noen signaler ved orienteringsmøtet, da har en samtidig ’godtatt’ at beste planløsning ble rangert før pris.”

(7) Klager valgte å klage på innklagedes valg av tilbud. Denne klagen ble ikke tatt til følge av innklagede som ga følgende begrunnelse for sin beslutning:

”Noen av de viktigste poengene i denne sammenhengen, som ikke er nevnt tidligere, er at alle leilighetene i Nordbohus sitt forslag er like i utforming. Brukerne av disse leilighetene er personer som er avhengig av ’faste rammer’ å forholde seg til når de omgås hverandre. Dvs. at de skal kunne’ kjenne seg igjen’ selv om de går inn i naboileiligheten.

Når dere argumenterer med at det er lydkrav til vegg mellom leiligheter, så vet vi av erfaring at leietakere med denne brukergruppen bla. liker musikk. Det spilles høyt og det spilles til ’alle’ døgnets tider, derfor vil en ’ buffersone’ bestående av bad og bod være den beste lydisoleringen i tillegg til vegg med krav til lydisolering.”

(8) Innklagede har avventet kontraktsinngåelse for å se resultatet av klagenemndas behandling.

Klager har i det vesentligste anført:

(9) Innklagede har brutt regelverket for offentlige anskaffelser.

(10) Bruken av orienteringsmøte er i strid med kravene til likebehandling og konkurranse. Selv om klager selv deltok på møtet, ønskes en avgjørelse fra klagenemnda på dette punkt.

(11) Den opprinnelige begrunnelsen for valg av tilbud oppfyller ikke kravene i forskriften § 17-3. Innklagedes nærmere begrunnelse ble bare sendt til klager og ikke til de øvrige leverandørene. Dette er i strid med samtidighetskravet i § 17-3 (2) jf § 17-3 (1).

(12) Heller ikke den nærmere begrunnelsen tilfredsstillende de innholdsmessige kravene i § 17-3. Klager må gis mulighet til å vurdere om innklagede har truffet sin avgjørelse på korrekt faktum, og at avgjørelsen ikke er vilkårlig eller grovt urimelig. Begrunnelsen må derfor redegjøre for hvilket faktum som er lagt til grunn, og hvorfor det valgte tilbudet anses bedre enn de øvrige tilbudene.

(13) Innklagede har gjennom klageprosessen forandret sin begrunnelse flere ganger. Dette indikerer at begrunnelsen er fabrikkert i ettertid, og vurderingen er ikke truffet på grunnlag av forsvarlig saksbehandling, jf forskriften § 3-1.

(14) Tildelingskriteriene som er anvendt, er angitt så vagt at de åpner for en for stor grad av skjønnsutøvelse. Utformingen av tildelingskriteriene strider følgelig mot kravene til forutberegnelighet, gjennomsiktighet og etterprøvnbarhet.

(15) Innklagede har under overskriften "Byggherren legger vekt på følgende ved valg av tilbyder" blandet sammen tildelingskriterier og kvalifikasjonskrav. Kvalifikasjonskrav er således urettmessig tillagt vekt i valg av tilbud.

Innklagede har i det vesentligste anført:

(16) Innklagede bestrider å ha brutt regelverket for offentlige anskaffelser.

(17) Klager deltok selv på orienteringsmøte og har derfor ikke saklig interesse i å få behandlet anførselen knyttet til bruken av slikt møte.

(18) Den opprinnelige begrunnelsen var muligens knapp i forhold til kravene i forskriftens § 17-3. Et eventuelt brudd her er uansett reparert gjennom innklagedes nærmere begrunnelse. Klager har ikke saklig interesse i å få behandlet spørsmålet om også øvrige leverandører skulle fått den nærmere begrunnelsen tilsendt. Ingen andre leverandører har klaget på innklagedes tildelingsbeslutning.

(19) Begrunnelsen er ikke endret, men utdypet i løpet av klageprosessen for å gi klager tilstrekkelig informasjon.

(20) Tildelingskriteriene tilfredsstillende krav til objektivitet og presisjon. Enkelte tildelingskriterier er etter sin art slik at de må bedømmes på grunnlag av et visst skjønn. Tilbudene er vurdert av kompetente personer hva gjelder design og utforming.

(21) Konkurranses grunnlagets punkt om "valg av tilbyder" er ikke uklart. Samtlige sju punkter som er opplistet, er tildelingskriterier.

Klagenemndas vurdering:

(22) Klager har deltatt i konkurransen og har i utgangspunktet saklig klageinteresse, jf forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig.

(23) Enkelte av klagers anførsler relaterer seg til innklagedes forpliktelser overfor øvrige leverandører i konkurransen. Siden disse anførselene ikke berører klagers rettsposisjon, finner klagenemnda ikke grunn til å komme nærmere inn på anførselene. Klagenemnda vil følgelig bare ta stilling til spørsmålene om

lovligheten av de anvendte tildelingskriteriene, om innklagedes begrunnelse for valg av tilbud oppfyller de innholdsmessige kravene i forskriften § 17-3, og om kravet til forsvarlig saksbehandling er overholdt.

Lovligheten av de anvendte tildelingskriteriene

(24) Tre av de opplistede tildelingskriteriene - *Kompetanse og erfaring fra tilsvarende prosjekter, Oppdragsgivers tidligere erfaring med tilbyder og Øvrige økonomiske forhold* - viser til en vurdering av forhold ved leverandøren. Selv om utgangspunktet er at leverandørens egenskaper skal vurderes i kvalifikasjonsfasen, åpnes det for å vurdere forhold ved leverandøren gjennom tildelingskriterier dersom kriteriene er tilknyttet kontraktens gjenstand og representerer en verdi for oppdragsgiver.

(25) Oppdraget det ble konkurrert om, består av en innsatsforpliktelse, og klagenemnda finner derfor at en vurdering av leverandørens *kompetanse og erfaring* kan ha vært relevant i vurderingen av hvilket tilbud som er det økonomisk mest fordelaktige.

(26) Annerledes stiller det seg med kriteriet *Øvrige økonomiske forhold*. Det følger av forskriften § 12-5 at leverandørens finansielle og økonomiske stilling kan vurderes i kvalifikasjonsfasen. Klagenemnda kan ikke se at en ytterligere vurdering av leverandørens økonomiske stilling kan ha hatt nevneverdig verdi for innklagede. Tildelingskriteriet er derfor i strid med forskriften § 17-2 (2).

(27) Heller ikke tildelingskriteriet *Oppdragsgivers erfaring med tilbyder* er i tråd med regelverket. Når tildelingskriteriet utelukkende premierer leverandører oppdragsgiver har hatt erfaring med, innebærer dette en usaklig forskjellsbehandling mellom disse leverandørene og leverandører uten tidligere oppdrag for oppdragsgiveren. Anvendelsen av kriteriet er derfor i strid med kravet om likebehandling i loven § 5.

(28) For å tilfredsstillere regelverkets krav må tildelingskriteriene utformes objektivt slik at de ikke gir oppdragsgiveren et ubegrenset skjønn i vurderingen. To av tildelingskriteriene som er anvendt i konkurransen, *Det tilbudte produktet* og *leveringsdyktighet*, legger opp til en kvalitativ vurdering av tilbudene. Selv om slike kvalitative vurderinger til en viss grad er overlatt til oppdragsgivers skjønn, må tildelingskriterier av denne art anses tillatt så lenge kriteriene kan evalueres objektivt og ensartet. Begge de nevnte tildelingskriteriene har vært vurdert på grunnlag av objektivt konstaterbare faktum, og klagenemnda kan derfor ikke se at tildelingskriteriene har gitt innklagede et ubegrenset skjønn i vurderingen.

Kravene til begrunnelsens innhold

(29) I følge § 3-8 (4) skal innklagede, dersom en leverandør skriftlig anmoder om det, gi "en nærmere begrunnelse" for hvorfor klagers tilbud ikke ble valgt. Som et utgangspunkt skal denne nærmere begrunnelsen samlet sett gi leverandøren tilstrekkelig informasjon om hvorfor hans tilbud ikke nådde frem, og gi grunnlag for å vurdere om klageadgangen skal benyttes.

(30) For å sikre en reell klageadgang finner klagenemnda at den nærmere begrunnelsen skal opplyse om det valgte tilbudets egenskaper og relative fordeler. Dette må gjelde også i de tilfeller hvor kontrakt ikke er inngått. Eventuelle spørsmål leverandøren har bedt om svar på i sin skriftlige anmodning, kan også være av betydning for kravene som stilles til begrunnelsens innhold og omfang.

(31) Selv om innklagedes nærmere begrunnelse kunne ha vært fyldigere, finner klagenemnda etter en konkret vurdering, at begrunnelsen er tilstrekkelig til å tilfredsstillere kravene i forskriften § 3-8 (4).

(32) Klagenemnda kan ikke se at innklagedes begrunnelse indikerer at

kravet til forsvarlig saksbehandling er brutt ved valg av tilbud.

Konklusjon:

(33) Bardu kommune har brutt forskrift om offentlige anskaffelser § 17-2 (2) ved å benytte *Øvrige økonomiske forhold* som tildelingskriterium siden kriteriet ikke er egnet til å identifisere det økonomisk mest fordelaktige tilbud.

(34) Bardu kommune har brutt kravet til likebehandling i lov om offentlige anskaffelser § 5 ved å benytte *Oppdragsgivers erfaring med tilbydere* som tildelingskriterium.

For klagenemnda,

13. september 2004

Svein Dahl



Forsiden
Nemndsmedlemmer
Saksbehandling
Regelverk
Innkomne saker
Statistikk
Årsrapporter
Dommer
Søk i avgjorte saker

Avgjorte saker:
[2003](#) [2004](#) [2005](#)

Besøksadresse
H. Heyerdalsgate 1
0033 Oslo

Postadresse
Postboks 8132 Dep
0033 Oslo

Tlf.: 22 33 70 10

Faks: 22 33 70 12

E-post:

postmottak@kofa.no

Avgjorte saker

Klager deltok i en konkurranse med forhandling om formidlingsrettede tjenester til arbeidssøkende med ventelønn, men ble ikke invitert til forhandlinger begrunnet ut fra at han ikke hadde reell mulighet til å få kontrakten. Klagenemnda kom til det ikke forelå brudd på regelverket.

Klagenemndas avgjørelse 23. august 2004 i sak 2003/262

Klager: Ressurs Partner AS

Innklaget: Aetat Halden

Klagenemndas medlemmer: Kai Krüger, Siri Teigum, Andreas Wahl

Saken gjelder: Kvalifikasjonskrav og tildelingskriterier. Utvelgelse av leverandører til konkurranse med forhandling. Reell mulighet.

Sakens bakgrunn:

(1) Aetat Halden (heretter "innklagede") kunngjorde 18.06.2003 en konkurranse med forhandling for anskaffelse av formidlingsrettede tjenester til arbeidssøkende med ventelønn. Konkurransen ble gjennomført som en konkurranse med forhandling etter forskrift om offentlige anskaffelser del III.

(2) I konkurransegrunnlaget ble kvalifikasjonskravene oppgitt slik:

”

- *Skatteattester*

Tilbudet skal inneholde 2 stk skatteattester (RF-1244) som ikke er eldre enn 6 måneder. Den ene gjelder direkte skatter (fås hos kemnerkontoret) og den andre gjelder merverdiavgift (fås hos skattefogden).

- *Helse-, miljø- og sikkerhetserklæring (HMS-erklæring)*

Tilbudet skal inneholde undertegnet HMS-erklæring (skjema følger vedlagt)

- *Referanser*

Tilbudet skal inneholde opplysninger om referanser, med navn på kontaktpersoner. Aetat kan ta kontakt med kontaktpersonene etter behov.

- *Årsregnskap*

Tilbudet skal inneholde selskapets årsregnskap eller utdrag fra det, sammen med revisorbekreftelse.

- *Organisasjon*

Tilbudet skal inneholde en kort beskrivelse av leverandørens organisasjon/ virksomhet, samt presentasjon av eventuelle underleverandører."

(3) I konkurransegrunnlaget ble tildelingskriteriene oppgitt slik, i prioritert rekkefølge:

"

- *Kvalitet, herunder faglig innhold, tilbyders dokumenterte kompetanse og oppfyllelse av konkurransegrunnlagets forutsetninger for øvrig.*

- *Grunnpris*

- *Planer for gjennomføringen, herunder mulighet for snarlig oppstart*

- *Aksept av kontraktsvilkår"*

(4) Videre sto det i konkurransegrunnlaget:

"Anskaffelsesprosedyren er konkurranse med forhandling etter forskriftens del II."

(5) Frist for forespørsel om konkurransegrunnlaget var satt til 20. august 2003. I kunngjøringen ble det varslet om at det ville bli avholdt et informasjonsmøte den 5. august. På dette møtet ble det opplyst at det kunne være aktuelt å inngå kontrakt med flere enn én leverandør.

(6) I alt 7 leverandører leverte inn tilbud, herunder Ressurs Partner AS (heretter "klager"). Innklagede anså alle for å tilfredsstillende kravene for deltagelse i konkurransen, og ingen ble avvist. Innklagede valgte ut fire leverandører til forhandlinger, og inngikk kontrakt med tre. Klager ble ikke innkalt til forhandlinger, og ble ikke valgt som leverandør.

Klager har i det vesentlige anført:

(7) Det er ikke skillet tilstrekkelig klart mellom kvalifikasjonskrav og tildelingskriterier.

(8) Innklagede har bundet seg til forskriftens del II ved å henvise til denne delen i konkurransegrunnlaget. Tjenestene er ikke prioriterte, men kommer inn under kategori 11 – rådgivningstjenester – personalspørsmål. Oppdraget har en verdi på ca kr 4,5 millioner, terskelverdiene er således overskredet.

(9) Det var ikke anledning til å benytte konkurranse med forhandling.

(10) Alle leverandørene skulle vært innkalt til forhandlinger.

(11) I begrunnelsen fra innklagede er det ikke samsvar mellom kriteriene for valg av leverandør og tildelingskriteriene som er oppgitt i konkurransegrunnlaget.

(12) Innklagede kan ikke benytte andre kvalifikasjons eller tildelingskriterier enn de som er oppgitt i konkurransegrunnlaget.

(13) Innklagede har oppgitt "tidligere erfaring" som hovedgrunn for tildeling. Dette er diskriminerende.

(14) Klager er et enmannsfirma, som arbeider i et nettverk med medlemmer som har erfaring fra forskjellige områder. Dersom klager hadde blitt kalt inn til forhandlinger ville det vært fullt mulig å engasjere personer i nettverket som har erfaring fra formidling av arbeidssøkere og som kunne vise til meget gode resultater.

(15) Det er et nært historisk forhold mellom innklagede og de tre bedriftene som er tildelt kontrakt. Dette kan stride mot regelen i § 3-1 om virkelig konkurranse.

(16) Klagenemnda bes uttale seg om det er grunnlag for erstatning.

Innklagede har i det vesentlige anført:

(17) Innklagede bestrider å ha brutt regelverket om offentlige anskaffelser.

(18) *Ikke tilstrekkelig klart skille mellom kvalifikasjonskrav og tildelingskriterier*

Vurderinger knyttet til kvalifikasjonskravene og tildelingskriteriene for denne type tjenester kan ofte være basert på samme type informasjon. Det vil i intellektuelle tjenester være en nær sammenheng mellom oppfyllelse av enkelte kvalifikasjonskrav og tilbudets kvalitet.

(19) *Konkurranse med forhandling*

Kjøp av formidlingsrettede tjenester er en uprioritert tjeneste i henhold til forskriftens § 2-5 kategori 22, eventuelt 24 (pga tjenestens innhold kan grensen til undervisning være glidende), slik at anskaffelsen skal følge forskriftens del III uansett verdi. Innklagede hadde således hjemmel til å velge konkurranse med forhandlinger.

(20) Det ble ved en feiltagelse henvist til forskriftens del II i konkurransegrunnlaget. Feilen har imidlertid ikke hatt noen betydning for muligheten til å velge konkurranseform, eller for gjennomføringen av anskaffelsen for øvrig.

(21) *Alle leverandører skulle vært innkalt til forhandling*

Konkurransen er gjennomført som en ettrinnsprosess. De leverandørene som best oppfylte de kravene som fulgte av konkurransegrunnlagets punkt 4.3 og kunngjøringens III.2, og som hadde en reell mulighet til å få tildelt kontrakten, ble valgt ut til forhandlinger. I vurderingen av "reell mulighet" er tilbudenes innhold, knyttet til oppfyllelse av alle konkurransegrunnlagets forutsetninger vurdert. Leverandørens tidligere erfaringer med denne type tjenester, basert på dokumentasjon i tilbudet, samt hvor gjennomarbeidet tilbudene har vært, var det avgjørende for utvelgelsen til forhandlinger.

(22) Leverandører som ikke kan dokumentere kompetanse på linje med andre aktuelle leverandører, vil sannsynligvis ikke ha en "reell mulighet" til å få tildelt kontrakt. Forhandlinger vil vanskelig kunne føre til en kompetanseheving av leverandøren på dette området.

(23) Klager ble ikke innkalt til forhandlinger. En fullstendig evaluering av klagers tilbud opp i mot de andre tilbudene finnes derfor ikke. Vedrørende utvelgelsen til forhandlinger finnes dokumentet "Utvelgelse til forhandlinger og valg av tilbyder". Her fremgår en vurdering og rangering av de leverandører som ble valgt ut til forhandlinger. At klager ikke er blant de utvalgte og begrunnelsen for dette, følger indirekte av dette dokumentet.

(24) Klager hadde ikke den samme erfaringen som de leverandørene som ble valgt ut til forhandlinger. Tilbudet var mindre gjennomarbeidet og mindre i tråd med den kravsspesifikasjonen som skulle besvares sammenliknet med de andre tilbudene. Klager ble av denne grunn ikke ansett som så godt kvalifisert som de utvalgte leverandørene. I tillegg ble tilbudet ikke ansett å ha noen reell mulighet til å få tildelt kontrakt. Klager ble dermed ikke valgt ut til forhandlinger. Innklagede ser at en slik særlig begrunnelse for hvorfor klager ikke ble tatt med i forhandlingene, ville vært klargjørende.

(25) *Manglende samsvar mellom tildelingskriteriene i konkurransegrunnlaget og de som er oppgitt i begrunnelsen*

Kvaliteten på de tilbudte tjenestene er oppgitt som det viktigste tildelingskriteriet, og var det avgjørende kriteriet for valg av leverandør. De øvrige tildelingskriteriene har vært vurdert og vektlagt, men har vist seg ikke å være avgjørende i dette tilfellet. Dette burde imidlertid kommet klarere frem overfor leverandørene.

(26) Kriteriet "kvalitet" er særlig presisert, men ikke begrenset til, å omfatte "tilbyders dokumenterte kompetanse og oppfyllelse av konkurransegrunnlagets forutsetninger for øvrig". De oppgitte begrunnelser ligger innenfor disse begrepene.

(27) Begrunnelsen for utvelgelsen (godt faglig og strukturert gjennomarbeidet tilbud) sikter til tilbudenes faglige innhold, dvs elementer i kvalitetsvurderingen.

(28) *Vektlegging av "tidligere erfaring"*

Dokumentert kompetanse, som omfatter "tidligere erfaring", er helt avgjørende for kvaliteten på tjenesten. Prosjektets formål og at prisene i stor grad var fastsatt på forhånd, tilsier at det må legges vesentlig vekt på kvaliteten ved helhetsvurderingen ved tildeling av kontrakt. Det er leverandørens egne erfaringer med denne type tjenester som har vært det sentrale, ikke Aetats erfaringer.

Klagenemndas vurdering:

(29) Klager har deltatt i anbudskonkurransen, og har saklig klageinteresse

i spørsmålet om utvelgelse til forhandling, jf. forskrift om klagenemnd om offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig.

Selv om det kanskje kan være litt usikker hvilken tjenestekategori anskaffelsen hører inn under, omfattes den ikke av forskriftens oppregning av prioriterte tjenester i § 2-4. Det er derfor tale om en uprioritert tjeneste, slik at det er forskriftens del III som i utgangspunktet regulerer anskaffelsen, jf. anskaffelsesforskriften § 2-5 kategoriene 22 om "Utvelgelse og rekruttering av personell" og 27 "Andre tjenester".

(30) Forskriftens § 11-1 (1) lyder:

"Anskaffelsen skal foretas ved åpen eller begrenset anbudskonkurranse eller ved konkurranse med forhandlinger."

Innklagede hadde således hjemmel til å benytte konkurranse med forhandling.

(31) Av konkurransegrunnlaget følger imidlertid at reglene i forskriftens del II er gjort anvendelige på konkurransen. Innklagede har ved dette uten å være forpliktet allikevel bundet seg til å følge reglene i del II, dog slik at det er tatt uttrykkelig forbehold om bruk av konkurranse med forhandling. Selv om dette kan virke forvirrende, er klagenemnda kommet til at innklagedes bruk av kjøp etter forhandlinger ikke er i strid med anskaffelsesreglene eller konkurransegrunnlaget.

(32) Det følger av forskriftens § 10-2 at:

"Dersom tildelingen av kontrakten skjer på grunnlag av det økonomisk mest fordelaktige tilbud, skal alle kriterier som vil bli lagt til grunn oppgis enten i konkurransegrunnlaget eller i kunngjøringen. Kriteriene skal om mulig angis i prioritert rekkefølge. Det kan benyttes slike kriterier som pris, kvalitet, teknisk verdi, estetiske og funksjonsmessige egenskaper, service og teknisk bistand, oppfyllelsestid mv."

(33) Bestemmelsen er ikke uttømmende. Etter regelverket skal tildelingskriteriene knytte seg til leveransens egenskaper og ikke leverandørens. Ved tjenesteanskaffelser av en viss kompleksitet, kan leverandørens dokumenterte erfaring imidlertid gi en indikasjon på hvilken kvalitet oppdragsgiver kan forvente med hensyn til leveransen. Klagenemnda kan ikke se at innklagede har brutt regelverket ut fra klagers generelle anførsel om manglende skille mellom kvalifikasjonskrav og tildelingskriterier.

(34) Det fremgår av konkurransegrunnlaget at innklagede ville benytte konkurranse med forhandling, og at dette skulle skje uten forutgående prekvalifisering. Konkurransegrunnlagets uttrykkelige bestemmelse om dette går foran den generelle henvisning i konkurransegrunnlaget til forskriftens del II, og innklagede har ikke handlet i strid med anskaffelsesforskriften eller konkurransegrunnlaget ved å ikke foreta en prekvalifisering av leverandørene.

(35) Konkurransegrunnlagets henvisning til forskriftens del II må forstås slik at det er forskriftens § 9-3 (3) og ikke § 16-3 som regulerer hvem som må inviteres til forhandlinger. Forskriftens § 9-3 (3) bestemmer at det skal forhandles med alle som har "reell mulighet" for å få kontrakten. Vurderingen må være forsvarlig og ta høyde for at et tilbud kan gjennomgå relativt store endringer i løpet av forhandlingsprosessen. Innklagede må imidlertid i vurderingen av "reell mulighet" kunne legge til grunn at selve kjernen av tilbudet forblir uendret, samt foreta en vurdering av hvor sannsynlig det er at konkrete negative forhold vil kunne endres under forhandlingene.

(36) Klagenemnda oppfatter sakens faktum slik at det er den tilbudte kvalitet som har dannet grunnlag for beslutningen om at klager ikke hadde reell mulighet til å få kontrakten, herunder at klager hadde tilbudt personell med mindre relevant erfaring fra formidling av arbeidssøkere enn de tilbydere som ble invitert til forhandlinger. I dette tilfellet må innklagede kunne forutsette at klager hadde gitt tilbud på sitt best kvalifiserte kjernepersonell. Dette gjelder i hvert fall når tilbudet ikke ga noen indikasjon på at man kunne tilby annet personale. Klagenemnda legger etter dette til grunn at innklagedes vurdering av om klager hadde en reell mulighet til å få kontrakten, var forsvarlig.

Konklusjon:

Aetat Halden har ikke brutt forskrift om offentlige anskaffelser.

For klagenemnda, Oslo 23. august 2004

Andreas Wahl



Forsiden
Nemndsmedlemmer
Saksbehandling
Regelverk
Innkømne saker
Statistikk
Årsrapporter
Dommer
Søk i avgjorte saker

Avgjorte saker:

[2003](#) [2004](#) [2005](#)

Besøksadresse

H. Heyerdalsgate 1
0033 Oslo

Postadresse

Postboks 8132 Dep
0033 Oslo

Tlf.: 22 33 70 10

Faks: 22 33 70 12

E-post:

postmottak@kofa.no

Avgjorte saker

Klager deltok i en konkurranse med forhandling om entreprenørtjenester. Klagenemnda kom til at innklagede i evalueringsprosessen brøt kravene til forutberegnelighet, etterprøvbarhet, ikke-diskriminering og likebehandling.

Klagenemndas avgjørelse 23. august 2004 i sak 2003/289

Klager: Nupas Trondheim AS

Innklaget: Avinor

Klagenemndas medlemmer: Morten Goller, Kai Krüger, Siri Teigum

Saken gjelder: Krav til forutberegnelighet, etterprøvbarhet, ikke-diskriminering og likebehandling.

Sakens bakgrunn:

(1) Avinor (heretter "innklagede") kunngjorde 13. juni 2003 en prekvalifisering for konkurranse med forhandling. Anskaffelsen gjaldt entreprenørtjenester for byggearbeider på Alta lufthavn. Det fremgikk av kunngjøringen at entreprenørene kunne be om prekvalifisering for ett eller flere fag.

(2) NUPAS AS (heretter "klager") og T. Johansen Entreprenør AS var de eneste leverandørene som anmodet om prekvalifisering, og begge ble ansett å oppfylle kravene og fikk tilsendt konkurransegrunnlaget.

(3) Konkurransegrunnlaget anga tildelingskriteriene slik:

"3.2. Tildelingskriterier

Gjennom prekvalifiseringen har tilbyderne dokumentert tilfredsstillende tekniske, administrative og økonomiske krav, og disse forhold vil ikke bli tillagt vekt for utvelgelse og tildeling av kontrakt for prosjekteringen.

Tilbudsevalueringene gjennomføres etter vekting med de vektall som fremgår nedenfor.

<u>Gjennomføring</u>	Vekttall 30
<ul style="list-style-type: none"> Tilbyders redegjørelse for oppgaveforståelse, inklusiv vurdering av arbeidsomfang, organisering, arbeidsledelse, kommunikasjon, egenkontroll og kvalitetssikring etc. 	
Fremdrift	Vekttall 40
<ul style="list-style-type: none"> Tilbyders forståelse av / kommentarer til fremdriftsplan, eventuelt tilbyders egen fremdriftsplan Tilbyders ressurstilgang Tilbyders evne til å ferdigstille arbeidene innen tidsfristen, Tilbyders evne til å håndtere eventuelle uforutsette tilleggsarbeider som viser seg nødvendige for å oppfylle EU-forskriften 	
Pris	Vekttall 30
<ul style="list-style-type: none"> Tilbudets pris korrigert for eventuelle forbehold, rater for tilleggsarbeid etc. slik at forventet sluttkostnad for oppdragsgiver legges til grunn 	

Følgende vil bli evaluert og lagt til grunn ved evalueringen:

Tilbyders redegjørelse mhp prosjektgjennomføring	Dokumentasjon
Hvordan oppgaven er forstått, hvordan prosjektet foreslås gjennomført og firmaets kapasitet i forhold til oppgaven (inkl. vurdering av pågående oppdrag). Firmaer som gir tilbud på flere fag må beskrive hvorledes tverrfaglig koordinering skal skje.	Kort beskrivelse
Vurdering av en mest mulig rasjonell fremdrift, tilpasset (bagasje-) leverandørens og andre entreprenørers behov. Evne til å arbeide ubekvem arbeidstid (kveld, helg, natt) for arbeider som krever gjennomføring utenom flyplassens åpningstider.	Beskrives supplert med enkelt utkast til fremdriftsplan eller kommentar til vedlagt plan.
Generell faglig bakgrunn for tilbudt nøkkelpersonell (arbeidsledere). Erfaring fra ombygginger av bygg i drift / flyplassbygg og –ombygginger. Erfaring fra tverrfaglig prosjektledelse i de tilfelle tilbyder tilbyr flere fag.	CV for nøkkelpersoner med kortfattet beskrivelse av formell bakgrunn, generell praksis og spesiell kompetanse for dette prosjektet
Tilbyders underleverandører	Kort beskrivelse
Tid for mobilisering (tid fra	Kort beskrivelse

<i>kontraktstildeling til start på byggeplass). Uforstyrret og kontinuerlig bemanning og ressurstilgang, ressurstilgang i ferier, sykdom, andre uforutsette forhold.</i>	
<i>Håndtering av grensesnitt, planlegging og tverrfaglig kontroll</i>	<i>Kort beskrivelse</i>
<i>Andre forhold som tilbyder finner vesentlig</i>	<i>Kort beskrivelse</i>

(4) Den 11. august ble det sendt ut tilleggsspørsmål til begge leverandører pr e-post vedrørende fremdriften. Et av spørsmålene var om leverandøren var "villig til å forplikte seg til 15. oktober i form av dagbot/bonus".

(5) Den 12. august ble innstillingen av T. Johansen meddelt klager pr. e-post. Klager ba om utskrift av evalueringen flere ganger, og mottok en forenklet utgave av evalueringsskjemaet pr. e-post 18. august. Klager klaget på avgjørelsen 19. august, men mottok ikke svar på denne henvendelsen. Kontrakt ble signert 20. og 22. august med T. Johansen.

Klager har i det vesentlige anført:

(6) Innklagede har ikke begrunnet eller fremlagt dokumentasjon for sitt valg av entreprenør basert på tildelingskriteriene.

(7) Begrunnelsen "I evalueringen har vi lagt prosjektets behov til grunn og forutsatt stort omfang endringer og tilpasninger underveis innenfor en stram tidsplan" er ikke i henhold til tildelingskriteriene og heller ikke et konkurransemoment.

(8) Det er uforståelig at klager oppnådde så lav score på gjennomføringsdelen. Innklagedes avgjørelse er basert på en feilvurdering. Det er ikke sammenheng med klagers score og uttalelsen fra innklagede "Kvaliteten på de innkomne tilbud var generelt svært tilfredsstillende".

(9) Innklagede kan ikke i evalueringen av tildelingskriteriet "pris" legge til 25 % tilleggsarbeider. Tilleggsarbeid er vanligvis ikke et konkurransemoment, og innklagede har først etter tilbudsfristens utløp fastsatt hvilket omfang som skal legges til grunn ved vurdering av tilleggsarbeidene.

(10) Klager var best på pris, og skulle derfor fått score 6 og ikke score 5.

(11) Det er ikke likebehandling når klager ikke får positiv uttelling for å godta innklagedes krav om dagbot, mens den valgte leverandør ikke gjorde dette, men derimot fikk endret disse forutsetningene.

(12) Innklagede har tatt et utenforliggende hensyn ved å legge negativ vekt på bruk av underleverandører.

(13) Innklagede har tatt et utenforliggende hensyn ved å legge vekt på at klager vil styre sin eventuelle leveranse fra Trondheim.

(14) Innklagede har i tildelingskriteriene sagt at de skulle vektlegge "kommunikasjon, egenkontroll og kvalitetssikring" uten at dette ble gjort.

(15) Klager har bedt om en nærmere begrunnelse for valg av leverandør, uten å ha mottatt dette.

Innklagede har i det vesentlige anført:

(16) Tilbudene ble kontrollregnet. Evalueringen la til grunn tilbudenes priser inklusive ca 25 % tilleggsarbeider, som ble priset med gjennomsnittlige enhetspriser for tilleggsarbeid som angitt av hver leverandør i tilbudene.

(17) Innklagede anså ingen av tilbudene å være spesielt opplysende mht. etterspurt informasjon om fremdrift. Den valgte leverandøren ble vurdert å ha noe bedre evne til å takle endringer innenfor gitte rammer til fremdrift, hovedsakelig på grunn av at de disponerte større ressurser og flere fag innenfor eget selskap.

(18) Den valgte leverandøren hadde i sitt tilbud ikke akseptert dagbot på den viktigste milepælen 15. november. I evalueringsprosessen kom oppdragsgiver til at på grunn av den store usikkerheten i arbeidsomfang ville dagbotbelagte milepæler (som oppgitt i kontraktsforslag) være lite verdt som tvangsmiddel overfor entreprenørene fordi endringer alltid vil kunne brukes av entreprenøren som argument for forsinkelser. Alternativt til dagmulkt ble derfor vurdert og en intervensjonsrett ble vurdert som mer hensiktsmessig i dette tilfellet der oppdragsgiver allikevel måtte stå for det meste av fremdriftskoordineringen. Innstillingen ble avgitt under forutsetning av at dette punktet ble avklart før arbeidene startet.

(19) Den største forskjellen mellom leverandørene på tildelingskriteriet "gjennomføring" ble vurdert til å være selve organiseringen av gjennomføringen. Den valgte leverandøren benyttet i stor grad eget personell med underleverandører i spesielle fag, mens klagers tilbud var basert på tilnærmet 100 % bruk av underleverandører. Det var ikke noe galt med underleverandørene, men denne arbeidsformen ble på generell basis vurdert å ha svakheter i forhold til å takle endringer innenfor en stram fremdrift. Den valgte leverandør ble vurdert å ha en gjennomføringsmodell og -forståelse som ville gi større robusthet mot forventede endringer.

Klagenemndas vurdering:

(20) Klager har deltatt i anbudskonkurransen, og har saklig klageinteresse, jf. forskrift om klagenemnd om offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Anskaffelsen er en bygg- og anleggskontrakt på forsyningssektoren, og dens verdi ble anslått til 3-5 mill. kr. eks. mva. Anskaffelsens verdi faller under terskelverdiene i forsyningsforskriften, og det er således lov om offentlige anskaffelser som regulerer anskaffelsen.

(21) Det forhold at innklagede i evalueringen har "*lagt prosjektets behov til grunn og forutsatt et stort omfang endringer og tilpasninger underveis*" referer seg til faktiske forutsetninger for evalueringen, og er ikke en selvstendig begrunnelse for valg av tilbud. Det er ikke i strid med konkurransegrunnlaget at disse forutsetningene er lagt til grunn ved evalueringen.

(22) Innklagedes opplisting av tildelingskriterier i konkurransegrunnlaget er lite tilgjengelig. Evalueringsprotokollen viser videre at innklagede har benyttet andre underpunkter ved evaluering av tildelingskriteriene gjennomføring, fremdrift og pris, enn de som fremgikk av konkurransegrunnlaget. Sett under ett er dette uheldig ettersom uklarheten og inkonsekvensen svekker etterprøvbareheten. Sett opp mot konkurransegrunnlaget er det uklart om innklagede faktisk har evaluert de samme underpunktene som oppført i konkurransegrunnlaget. Under enhver omstendighet har innklagede evaluert "ressurstilgang" som et underpunkt til tildelingskriteriet "gjennomføring" til tross for at dette i konkurransegrunnlaget var et underpunkt under tildelingskriteriet "fremdrift". Tilsvarende ble underpunktene "tilpasning bagasje o.a." og "evne til forsering / ubekvem arb. tid" evaluert under tildelingskriteriet "fremdrift" til tross for at dette i konkurransegrunnlaget var et underpunkt under tildelingskriteriet "gjennomføring". Ettersom tildelingskriteriene "gjennomføring" og "fremdrift" var gitt ulike vektall i konkurransegrunnlaget, vil omplasseringene av underpunktene medføre en endring i kriterienes vekt. En slik endring utgjør et brudd på lovens § 5 krav til forutberegnelighet.

(23) Innklagede har ikke dokumentert at punktene "kommunikasjon, egenkontroll og kvalitetssikring" under tildelingskriteriet "gjennomføring" ble vektlagt ved evalueringen. Dette utgjør et brudd på lovens § 5 krav til

etterprøvbarhet.

(24) Under klagebehandling har innklagede forklart at det er gjort følgende vurderinger av prosjektet og av klagers tilbud: *"Tilbudsinntasjonen inneholder flere holdepunkter for at det var forventet endringer og uforutsette situasjoner og at det ville settes krav til entreprenørens fleksibilitet mht tilpasning av byggeprosessen til flyplassens daglige drift. Klagers gjennomføringsmodell, med utstrakt bruk av underleverandører, ble på generell basis vurdert å ha svakheter i forhold til disse kravene.*

Betydelig bruk av underleverandører er en ulempe i gjennomføringen av et prosjekt som gjennomgår store endringer underveis. Kommunikasjon må gå gjennom flere ledd med fare for misforståelser."

(25) Videre har innklagede for klagenemnda opplyst: *"Den største forskjellen mellom tilbyderne ble vurdert å være selve organiseringen av gjennomføringen. Mens T. Johansen i stor grad benyttet eget personell med underleverandører i spesielle fag, var NUPA's tilbud basert på tilnærmet 100 % bruk av underleverandører. Det var ikke noe galt med underleverandørene, men denne arbeidsformen (tilnærmet "contract management" modell) ble vurdert å ha svakheter i forhold til å takle endringer innenfor en stram fremdrift som den andre tilbyderen ikke hadde i tilsvarende grad".*

(26) Klagenemnda forstår det slik at innklagede med utgangspunkt i sin vurdering av prosjektets art har lagt til grunn at utstrakt bruk av underleverandører ville være uheldig. Det må anses på det rene at innklagede ikke har funnet noen konkrete negative forhold mellom klager og dennes underleverandører, herunder for eksempel mangelfull kommunikasjon. Det er utelukkende organiseringsmodellen i forhold til det konkrete prosjektet som har trukket ned.

(27) At innklagede i evalueringen har uttalt som negativt at klager "styrer" fra Trondheim må forstås på denne bakgrunn. Det er etter klagenemndas syn ikke det forhold at klager er lokalisert i en annen region som er funnet negativt, men kombinasjonen hovedkontor utenfor regionen og utstrakt bruk av underleverandører. Det er med andre ord organiseringsmodellen som er funnet uheldig i forhold til det konkrete prosjektet. Dette vil i seg selv ikke kunne anses for usaklig diskriminering på grunnlag av geografisk lokalisering etter lovens § 5, forutsatt at det er tillatt å legge vekt på klagers organiseringsmodell i forhold til det konkrete prosjektet.

(28) Klagenemnda har tidligere lagt til grunn at leverandører ikke kan avvises som følge av at de ikke oppfyller krav til godkjenninger eller andre minstekrav, forutsatt at leverandøren kan godtgjøre at han reelt disponerer over ressursene, jf. klagenemndas avgjørelser i sakene 2003/9 og 2003/204. Videre er det av EF-domstolen lagt til grunn at *"ingen kan udelukkes fra at delta i en udbudsprocedure vedrørende en offentlig tjenesteydelseskontrakt alene med den begrunnelse, at han ved aftalens oppfyllelse agter å benytte ressurser, som han ikke selv er i besiddelse af, men som tilhører en eller flere andre juridiske personer"* jf. EF-domstolens sak C-176/98.

(29) Den foreliggende tvisten gjelder ikke spørsmålet om klager er kvalifisert eller ikke, men hvilken økonomisk verdi tilbudene representerer. Ingen av avgjørelsene er derfor direkte overførbare til den foreliggende sak.

(30) EF-domstolens praksis viser at det etter omstendighetene vil kunne være forenlig med regelverket å hensynta bruk av underleverandører også under vurdering av tildelingskriteriene i enkelte tilfeller. Dette kom til uttrykk i C-314/01 Arge (18 mars 2004). Spørsmålet var om oppdragsgiver i konkurransegrunnlaget kunne forby bruk av underleverandører for mer enn 30% av arbeidene. Domstolen uttalte i premiss 45: *"Direktiv 92/50 er ikke [...] til hinder for et forbud eller en begrensning i brugen av underentreprise for oppfyllelse av de avgjørende dele af en kontrakt, når den ordregivende*

myndighet netop ikke har været i stand til at efterprøve underentreprenørernes tekniske og økonomiske formåen i forbindelse med vurderingen af buddene og udvælgelsen af det bedste bud".

(31) På bakgrunn av de opplysninger som har fremkommet i saksforberedelsen for klagenemnda, kan klagenemnda ikke se at innklagede har søkt å gjøre en konkret vurdering av disse aspekter i klagers tilbud. Innklagede har generelt uttalt seg negativt om utstrakt bruk av underleverandører i prosjekter som styres av en oppdragsgiver i annen landsdel når slike prosjekter medfører omfattende endringer under fremdriften. Dette leser klagenemnda som en generell skepsis til denne slags organisasjonsmodeller. Det er ikke dokumentert at man har gjort en konkret vurdering av klagerens tilbud slik det ble fremsatt. Det er organisasjonsmodellen generelt som synes å ha vært utslagsgivende. Det kan ikke anses i samsvar med § 5.

(32) Det er et alminnelig krav om at tildelingskriterier skal være tilknyttet kontraktens gjenstand. Dette tilknytningskravet forutsetter etter klagenemndas mening at det avdekkes konkrete forhold i selve organiseringen, for eksempel i kommunikasjon eller samarbeid mellom leverandørene, før dette kan trekkes inn i evalueringen av tilbudene.

(33) Slik konkurransegrunnlaget var utformet fremgikk det klart at innklagede ville vektlegge både fastpris og regningsarbeid i prisvurderingen. Det kan stilles spørsmål til om innklagede hadde plikt til å opplyse hvor mye tilleggsarbeider som ville bli lagt til grunn ved prisvurderingen.^[1] Klagenemnda kan imidlertid ikke se at en slik angivelse ville fått betydning for utfallet i saken.

(34) Konkurransen er kunngjort som en konkurranse med forhandlinger, slik at innklagede har anledning til å endre kontraktsvilkårene, så fremt alle leverandørene blir likestilt. I denne saken har innklagede gitt leverandørene lik mulighet til å ikke godta kontraktsvilkår med dagbot, ved sin e-post til leverandørene datert 11. august. Det foreligger således ikke et brudd på kravet til likebehandling.

(35) Klagenemnda har ikke grunnlag til å overprøve innklagedes skjønn med hensyn til den konkrete poenggivningen.

(36) Konklusjon:

Avinor har brutt lov om offentlige anskaffelser § 5 krav til forutberegnelighet ved å endre vektingen av tildelingskriteriene.

Avinor har brutt lov om offentlige anskaffelser § 5 krav til etterprøvbarhet ved å ikke kunne dokumentere at de har vurdert tilbudene opp mot alle tildelingskriteriene som fulgte av konkurransegrunnlaget.

Avinor har brutt lov om offentlige anskaffelser § 5 forbud mot forskjellsbehandling ved å legge negativ vekt på bruk av underleverandører på generelt grunnlag.

For klagenemnda, Oslo 23. august 2004

Siri Teigum



Forsiden
Nemndsmedlemmer
Saksbehandling
Regelverk
Innkomne saker
Statistikk
Årsrapporter
Dommer
Søk i avgjorte saker

Avgjorte saker:

[2003](#) [2004](#) [2005](#)

Besøksadresse

H. Heyerdalsgate 1
0033 Oslo

Postadresse

Postboks 8132 Dep
0033 Oslo

Tlf.: 22 33 70 10

Faks: 22 33 70 12

E-post:

postmottak@kofa.no

Avgjorte saker

Klager deltok i en konkurranse angående forprosjektering for nytt Ulefoss Vannverk. Konkurranses grunnlagets opplysninger om tildelingskriterier var uklare ved henvisninger til regelverk anbefalt av en bransjeorganisasjon. I evalueringen av tilbudene la innklagede blant annet vekt på tildelingskriterier, "Oppdragsgivers erfaring med rådgiveren" og "Nærhet". Disse tildelingskriteriene var ikke angitt i konkurransegrunnlaget og var dessuten ikke i overensstemmelse med regelverkets krav til likhet og forutberegnelighet. Tildelingskriteriet "Ytelser og pris" var ikke tillagt for liten vekt i vurderingen, men innklagedes håndtering av tildelingen var i strid med kravet til etterprøvnbarhet. Innklagede hadde dessuten foretatt en uhjemlet rettelse i klagerens pristilbud.

Klagenemndas avgjørelse 23. august 2004 i sak 2004/189

Klager: Hjeltnes COWI AS

Innklagede: Nome kommune

Klagenemndas medlemmer: Kai Krüger, Siri Teigum og Andreas Wahl

Saken gjelder: Oppdrag under terskelverdiene på forsyningssektorene. Krav til forutberegnelighet, likebehandling og etterprøvnbarhet, vektning av tildelingskriteriene, endringer i tilbudt pris.

Sakens bakgrunn:

(1) Nome kommune (heretter "innklagede") kunngjorde 3. juni 2004 en åpen anbudskonkurranse angående forprosjektering for nytt Ulefoss Vannverk. Konkurransen ble utlyst med henvisning til det økonomisk mest fordelaktige tilbud som tildelingskriterium. I konkurransegrunnlaget var tildelingskriteriene angitt på følgende måte:

"Ved valg av konsulent, vil vi benytte de vurderingskriterier som Rådgivende Ingeniørers Forening (RIF) anbefaler med noen endringer. I dette inngår kompetanse, sikkerhet, kapasitet, prosjektgjennomføring, ytelser og pris nærmere spesifisert og detaljert. Det er lagt vekt på følgende punkter: Kompetanse, benyttelse av eget personell, leveringstid og fremdrift samt pris og referanser på pris."

(2) I RIFs (Rådgivende Ingeniørers Forening) skjema, som konkurransegrunnlaget viste til, inngår 7 hovedpunkter med 3 underpunkter for hvert hovedpunkt. Hovedpunktene var Kompetanse, Sikkerhet, Kapasitet, Nærhet, Prosjektgjennomføring, Oppdragsgivers erfaring med rådgiveren, Ytelser og Pris. Ved bruk av matriser basert på dette skjemaet ble det i skjemaet ført kolonner for Vekttall, Karakter (skala 1-5) med 5 som beste karakter) summert ut som "Sum". Dette oppsettet er ikke en del av RIF-

matrisen, men ble opprettet og anvendt av innklagde i tilbudsevalueringen. Vekttall og karakterer i matrisen var ikke tilgjengelig for tilbyderne, men har vært tilgjengelig for klagenemnda med sikte på eventuell sak .

(3) I likhet med seks andre leverandører leverte Hjøllnes COWI AS (heretter "klager") inn tilbud. Tilbudet satte en total honorarramme på 233.700. Med tillegg for kopiutgifter og kjøreutgifter var totalbeløpet eks. mva på 239.700. Klagers tilbud var etter anbudsåpning dermed det laveste i sum, men klager nådde likevel ikke fram i konkurransen. I rubrikken "Kompetanse" (vekttall 2 i skala fra 1-4) oppnådde klager og den tilbyder som ble valgt den samme – og høyeste - poengsum. I rubrikken "Nærhet" varierte klagers karakterer mellom 2 og 3. Under rubrikken "Oppdragsgivers erfaring med rådgiveren var ført som karakter 0.

(4) I klagers tilbud ble det varslet at man ville supplere egen kompetanse på VA-teknikk/prosess med ressurser fra SINTEF. I tilbudets kapittel 2.5. for honorarer var det ført to kolonner for henholdsvis timetall og beløp. Innklagede etterspurte spesifikasjoner i 12 grupper av ytelser, og i gruppen "Valg av renseprosess" hadde klager ført opp i rubrikken for timer "40 + Sintef" med honorar i sum 63.000. Summert med de øvrige grupper fremkom tilbudssummen på i alt 239.700, som også ble referert av innklagde som anbudssum etter åpning. Nest laveste tilbyder SWECO Grøner, som vant konkurransen, hadde som tilbudssum 249.000.

(5) Innklagede tolket klagerens tilbud slik at det i referansen til Sintef var tatt forbehold om et ukjent antall timer. I en håndskrevet påtegning bemerkes det

"NB pris på spesialkompetanse (Sintef) er ikke med her. Det vil her ikke være usannsynlig med et tillegg på 10-20.000 for Sintef."

(6) I matrisen ble karakterene på punktene 1-6 samt punkt 7.3 satt ut fra en skala fra 0-5 der 5 var beste karakter. Karakterer på punkt 7.1 og 7.2 ble gitt ved å multiplisere maksimumskarakteren, 5, med laveste pris delt på maksimal pris.

(7) Totalt ble klagers tilbud tildelt 102,3 poeng mens konkurrerende anbyder SWECO Grøner fikk 101,77 poeng. Utrekningen av klagers poengsum ble imidlertid gjort med forbehold om at prisen kunne bli 10-20.000 kr dyrere.

(8) Klager nådde ikke opp i siste runde i konkurransen, og innklagede valgte SWECO Grøner for oppdraget. Innklagedes begrunnelse for valget i brev til klager 21.7. refererer 4 punkter: spesialkompetanse, erfaring med ozonering og biofiltrering, referanseoppdrag for annet vannverk samt nest laveste pris. Innklagede anså SWECO Grøner for å ha levert det økonomisk mest fordelaktige tilbudet.

(9) I innklagedes senere tilsvaer til klagenemnda 13.8..2004 begrunnelsen for tildelingen til SWECO Grøner utdypet slik av avdelingssjefen for Teknisk etat:

"Prisen har hatt betydning for valget. Samtlige andre tilbud er estimert med en øvre antatt ramme for kostnadene. I tilbudet til Hjøllnes COWI var det ikke estimert en pris på eksternt innleie av spesialkompetanse (her SINTEF). Det står her at det estimeres en sum + timene til SINTEF uten at det gjøres rede for hvilke beløp dette kan utgjøre. Etter min mening kunne det vært aktuelt, dog satt litt på spissen, å avvise tilbudet som ikke fullstendig da det ble spurt etter en antatt øvre ramme. Prisen fra Hjøllnes COWI inneholder et ukjent tillegg... Hadde den oppgitte prisen inkludert et estimert antall timer til SINTEF ville nok valget vært Hjøllnes COWI og ikke SWECO Grøner."

(10) Innklagede har avventet kontraktsinngåelse for å se resultatet av klagenemndas behandling.

Klager har i det vesentligste anført:

(11) Innklagede har brutt regelverket for offentlige anskaffelser.

(12) *Kravet til forutberegnelighet:*

Tildelingskriteriene *Oppdragsgivers erfaring med rådgiveren* og *Nærhet* er ikke angitt i konkurransegrunnlaget. Kravet til forutberegnelighet er dermed til hinder for at innklagede legger vekt på nevnte kriterier i vurderingen av tilbudene.

(13) *Kravet til likebehandling:*

Når innklagede har gitt klager 0 poeng på kriteriet *Oppdragsgivers erfaring med rådgiveren*, er dette i strid med kravet til likebehandling. Kravet til likebehandling er også til hinder for at innklagede legger vekt på *Nærhet*, særlig ettersom reisetid og reiseomkostninger inngår i tilbudssummen.

(14) *Vektlegging av tildelingskriteriet "Ytelser og pris":*

Den vurderingsmetoden som var fastsatt i forhold til priskriteriet, førte til at et tilbud med 10 % høyere pris enn den laveste, ble tildelt 4,5 poeng i motsetning til laveste pris som fikk 5 poeng. Ved å evaluere priskriteriet på denne måten blir prisen tillagt for liten vekt i den totale bedømmelsen.

(15) *Bedømmelsen av tildelingskriteriet "Ytelser og pris":*

Årsaken til den valgte angivelse av timer er at Sintefs tilbud er gitt som en rund sum, ikke som en timebasert ytelse. I kolonnen for "Honorar" står det en eneste sum, kr 63.000, uten noen form for reservasjon. Dette inkluderer selvfølgelig Sintefs honorar og er ført til sum. Det er dessuten gitt på samme side at høyeste timerate for eventuelle tilleggsarbeider er kr 630,-. 40 timer à kr 630 blir kr 25.200. Resten av summen er Sintefs honorar som altså er inkludert i summen. Tilbudt pris kommer følgelig klart frem av tilbudet, og innklagede har ikke foretatt en forsvarlig bedømmelse av tildelingskriteriet *Ytelser og pris*.

Innklagede har i det vesentligste anført:

(16) Innklagede bestrider å ha brutt regelverket for offentlige anskaffelser.

(17) *Kravet til forutberegnelighet:*

Konkurransegrunnlaget opplyste om at det sett av tildelingskriterier som er utarbeidet av RIF, skulle benyttes med noen endringer. Leverandørene ble dermed gitt beskjed om at innklagede aktet å behandle deltakerne i konkurransen etter samme oppsett, og dette er gjort. For å få en så rettferdig konkurranse som mulig ble det opplyst om de tildelingskriteriene som ble ansett viktigst.

(18) *Kravet til likebehandling:*

Klager ble gitt karakter 0 på *Oppdragsgivers erfaring med rådgiver* fordi en ny rådgiver vil mangle kunnskap om kommunens organisasjon og lokaliseringen av forskjellige installasjoner som omfattes av tilbudet. Siden kommunens personale må gi relevante opplysninger, vil de påføres en økt belastning.

(19) *Nærhet* er vektlagt fordi ekstrabefaringer vil bli rimeligere jo nærmere leverandøren er lokalisert. Klager er lokalisert i Oslo og har samarbeidspartner i Trondheim. For øvrig er tildelingskriteriet *Nærhet* nesten ikke vektlagt i evalueringen.

(20) *Vektlegging av tildelingskriteriet "Ytelser og pris":*

Prisen er gitt tilstrekkelig vekt i vurderingen.

(21) *Bedømmelsen av tildelingskriteriet "Ytelser og pris":*

Innklagede oppfattet tilbudet, slik det er formulert, som at det inneholdt et ukjent

tillegg. Dette måtte få betydning for evalueringen av priskriteriet.

Klagenemndas vurdering:

(22) Klager har deltatt i konkurransen og har saklig klageinteresse, jf forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig.

(23) Etter sin art er anskaffelsen omfattet av forskrift om innkjøpsregler for oppdragsgivere innen vann- og energiforsyning, transport og telekommunikasjon (forsyningssektorene) 5. desember 2003 nr. 1424. Siden kontraktens anslåtte verdi er under terskelverdiene, kommer nevnte forskrift imidlertid ikke til anvendelse, jf forskriftens § 11. Innklagede er likevel forpliktet til å overholde de grunnleggende krav i lov om offentlige anskaffelser § 5, og det er ut fra disse klagenemnda foretar sin vurdering. Når innklagede dertil velger å utlyse oppdraget som åpen anbudskonkurranse med henvisning til et foreliggende konkurransegrunnlag, må dette forstås slik at innklagede i utgangspunktet har fastsatt spilleregler for konkurransen svarende til dem som ville fått anvendelse ved en påbudt anbudskonkurranse på de punkter som er aktuelle i denne saken.

(24) Kravet til forutberegnelighet – lovens § 5 tredje ledd

Det følger av lovens § 5 tredje ledd at innklagede er forpliktet til å sikre hensynet til forutberegnelighet gjennom hele anskaffelsesprosessen. Dette vil også gjelde selv om forskriften ikke kommer til anvendelse. Når tildelingskriteriene, som her, er angitt i konkurransegrunnlaget, oppstår det uklarheter når innklagede samtidig har forutsatt at en bransjeorganisasjons (RIF) matriser for evaluering skal anvendes uten å sitere hvilket forhold som skal bestå mellom det som er uttrykkelig nevnt i konkurransegrunnlaget og matrisen som det henvises til.

(25) Innklagede valgte ikke å kunngjøre vektall og prosedyrer for karaktersetting – og har varslet om dette i konkurransegrunnlaget. Ved dette var det tilsiktet en noe større fleksibilitet enn det som ellers ville gjelddt om vektungskriteriene og karakterskalaen var blitt gjort tilgjengelig i kunngjøringen eller konkurransegrunnlaget. Klagenemnda har i sin praksis tolket regelverket slik at det formelt ikke kan stilles krav om at annet enn tildelingskriteriene blir gjort kjent i forkant av konkurransen. Dette må gjelde hva enten det er tale om påbudt anbudskonkurranse eller anbudskonkurranse som et fritt valg for anskaffelsesmyndigheten, men da slik at anskaffelsesmyndigheten i siste tilfelle har større herredømme over prosedyren. Forutsetningen om at prioriteringen av delkriterier "om mulig" skal oppgis (forskriftens § 10-2 (2) og 17-2 (2)) er i nemndas praksis tolkes i overensstemmelse med EF-domstolens sak C-470/99 (Universale-Bau). Dommen fastslår at hvis anskaffelsesmyndigheten anvender forhåndsfastsatte standard normer for vektning og karaktersetting av tilbudene, skal slike kunngjøres. I dette tilfellet var markedet gjort kjent med innklagedes generelle momenter for vektlegning og med at man i tillegg ville anvende bransjeforeningen RIFs 7 punkter med ulike presiseringer. Men verken de vektall eller den karakterskala innklagede anvendte var tilkjennegett i forveien. Hvorvidt det her var tale om vektningstall fastsatt i forveien er etter sakens opplysninger uklart. Til det kommer at rekkevidden av EF-domstolens avgjørelse kan diskuteres når det gjelder et tilfelle som dette, der det ikke gjelder påbudt anbudskonkurranse etter forskriftens Del II. Nemnda anser det etter dette ikke dokumentert at innklagede har brutt de krav som kan bygges på lovens § 5.

(26) Klagenemnda finner at tildelingskriteriene *Oppdragsgivers erfaring med rådgiver*, slik de er anvendt i denne konkurransen, må antas å være i strid med kravet til likebehandling, jf loven § 5 første ledd. Som klageren påpeker, vil en preferanse for oppdragstagere innklagede kjenner fra før, være i strid med likhetsprinsippet i § 5 første ledd. Også kravet til "Nærhet" er i strid med kravet til likebehandling så langt det ikke er tale om saklige krav til responstid og konkret befatning med oppdraget ut over det som kan ordnes fra oppdragstagers lokalisering i annen landsdel.

(27) *Vektlegging av tildelingskriteriet "Ytelser og pris":*

Konkurranses grunnlaget opplyste ikke om noen prioritering av tildelingskriteriene. Innklagedes skjønnsutøvelse ved evalueringen av tilbudene må likevel foretas innenfor visse rammer. En helt uventet vektlegging av enkelte tildelingskriterier kan fremstå som usaklig eller vilkårlig. Kriteriene kan heller ikke gis en bestemt vekt i den hensikt å favorisere en bestemt leverandør. I en konkurranse som den foreliggende, der elementet av innsatsforpliktelse er betydelig, kan det ikke komme uventet at også andre kriterier enn pris er tungtveiende i vurderingen. Slik klagenemnda ser det, kan derfor ikke innklagedes vektlegging av tildelingskriteriet *Ytelser og pris* fremstå som usaklig eller vilkårlig.

(28) Klagers tilbud var formelt sett det laveste i konkurransen, jfr. at "ytelser og pris" er uttrykkelig nevnt i konkurransegrunnlaget. Klagenemnda bemerker at klagers punktvis prising av ytelsene ikke er helt utvetydig siden det opereres med et antall timer med tillegg "+ Sintef", som innklagede har tolket dit hen at beløpet for denne rubrikken 63.000 ikke er den endelige sum. Klagenemnda mener likevel at usikkerheten er så vidt liten at den naturlige forståelse av klagerens tilbud er å oppfatte både denne summen og sluttsammen 239.700 som et bindende tilbud. Når beløpet er ført til sum, kan klagenemnda ikke se at det er rom for uklarheter omkring den tilbudte pris. Innklagede har derfor foretatt en endring i klagerens tilbud i strid med prinsippene nedfelt i forskriftens § 9-1 (1) og § 16-1 (1). Her er det tale om grunnleggende prinsipper for all anbudskonkurranse som derfor får anvendelse også i den foreliggende sak. Separate kolonner for timetall og pris er ikke en del av konkurransegrunnlaget, og det fremstår som lite tvilsomt at tilbyder ville hatt risikoen for den uklarhet som kunne knytte seg til at enhetspriser er koblet til timetall. Dermed er klageren lavest i pris, og ville etter innklagedes eget matriser-system kommet ut med høyeste poengsum, slik innklagede også har lagt til grunn før påplussingen for Sintef-timene ble foretatt. Klager har således brutt regelverket ved å endre klagers tilbud.

(29) *Krav til etterprøvnbarhet – lovens § 5 tredje ledd.*

Klagenemnda viser til at innklagedes begrunnelse for valget av SWECO Grøner skjedde i en situasjon der klageren etter konkurransegrunnlagets matriser kom ut med høyest poengsum. På de 3 punkter der den konkurrerende tilbyder SWECO Grøner vant (spesialkompetanse og erfaring) kom også klageren ut med samme topp score i poengtall. Preferansen for SWECO Grøner anser klagenemnda derfor som tvilsom. Det rimer ikke med dette at innklagede i sin første begrunnelse og i sin senere utdypning for klagenemnda har anført at klageren likevel ikke nådde opp, ikke en gang i siste runde før tildeling, til tross for klageren nettopp på de avgjørende punkter hadde samme poengsum som SWECO Grøner. Siden forskjellen mellom laveste (klagers) og nest laveste tilbud (SWECO Grøner) bare var på ca 10.000, kunne man ut fra innklagedes – uriktig vektlagte - forutsetninger argumentert med at Sintef-tillegg vippet i klagers disfavør. Men det er ikke dette innklagede har anført overfor klagenemnda. Ved dette gir saken et inntrykk av at det under den interne saksbehandling er gjort vilkårlige vurderinger, noe klagenemnda må kunne vurdere selv om innklagede overfor markedet har holdt sitt karaktersystem for seg selv. Klagenemnda viser til sin drøftelse ovenfor og mener at innklagedes saksbehandling er i strid med kravet til etterprøvnbarhet i lovens § 5.

Konklusjon:

(30) Innklagede har brutt kravene til forutberegnelighet i lovens § 5 tredje ledd ved ikke å gi tilstrekkelig klare opplysninger om hvilke tildelingskriterier som ville bli anvendt og hvordan evalueringen av tilbudene ville bli gjennomført i lys av dette.

(31) Innklagede har brutt kravene til forutberegnelighet og likebehandling ved å kunngjøre og senere legge vekt på tildelingskriteriene *Nærhet og Oppdragsgivers erfaring med rådgiveren* i bedømmelsen av tilbudene.

(32) Innklagede har foretatt uhjemlede endringer i klagerens pristilbud på en måte som kan ha påvirket utfallet av anbudskonkurransen, jf prinsippene i forskriftens § 9-1 (1) og § 16-1 (2) som gjelder for anbudskonkurranser generelt.

(33) Innklagede har brutt kravet til etterprøvnbarhet ved å gi en begrunnelse for sitt valg av tilbyder som fremstår som vilkårlig og dermed ikke var i samsvar med det system for evaluering av tilbudene som innklagede selv har lagt til grunn.

For klagenemnda,

23. august 2004

Kai Krüger



Forsiden
Nemndsmedlemmer
Saksbehandling
Regelverk
Innkommne saker
Statistikk
Årsrapporter
Dommer
Søk i avgjorte saker

Avgjorte saker:

[2003](#) [2004](#) [2005](#)

Besøksadresse

H. Heyerdalsgate 1
0033 Oslo

Postadresse

Postboks 8132 Dep
0033 Oslo

Tlf.: 22 33 70 10

Faks: 22 33 70 12

E-post:

postmottak@kofa.no

Avgjorte saker

Innklagede kunngjorde en konkurranse med forhandling for en vareanskaffelse av datakommunikasjonsutstyr. Anskaffelsen inneholdt i virkeligheten et betydelig tjenesteelement, og klagenemnda kom til at innklagede brøt kravet til kunngjøring når det gjaldt denne delen av anskaffelsen. Innklagede hadde dermed forhindre klager fra å inngi tilbud selv om innklagede var blitt gjort oppmerksom på feilen mens det ennå var anledning til å rette den.

Klagenemndas avgjørelse 9. august 2004 i sak 2003/277

Klager: Catch Communications AS

Innklaget: Oslo kommune

Klagenemndas medlemmer: Jens Bugge, Inger Marie Dons Jensen, Bjørg Ven

Saken gjelder: Krav til kunngjøring.

Bakgrunn:

(1) Oslo kommune (heretter kalt "innklagede") kunngjorde 17. februar 2003 en konkurranse med forhandling for kjøp av datakommunikasjonsutstyr. Anskaffelsen ble betegnet som et varekjøp og nærmere beskrevet slik i kunngjøringens punkt 3 b):

"CPV: 32 58 10 00. Datakommunikasjonsutstyr med tilhørende management-løsning for nytt konsernnettverk til Oslo kommune. Bestående av stamnett og aksessnett for å tilknytte opptil 1400 tjenestesteder.

Opsjoner: Tilbud kan leveres på datakommunikasjonsutstyr samlet eller delt på følgende elementer:

1. *Ethernet kjernesvitsjer*
2. *Ethernet LAN-utstyr*
3. *Brannmurer*

4. *VPN kontrollere*
5. *DSLAM/DSL modem*
6. *CWDM utstyr*
7. *Catching*
8. *Rutere*

(2) Tilbud kunne gis på én, flere eller alle deler av forespørselen. CPV-koden 32 58 10 00 betegner datakommunikasjonsutstyr.

(3) I konkurransegrunnlaget het det under punkt 1.1:

"Det tas sikte på å inngå følgende kontraktstyper med en eller flere Leverandører:

Avtale om kjøp og implementering, og drift av en eller flere av deelementene i garantiperioden

Opsjon for ytterligere kjøp av deelementer

Rammekontrakt for senere anskaffelser

Avtale om vedlikehold og support"

(4) Frist for søknad om deltakelse var 24. mars 2003. Den 5. september besluttet innklagede å velge Ementor AS som kontraktspart. Catch Communications AS (heretter kalt "klager") gikk så til sak med krav om midlertidig forføyning for å få stoppet kontraktsinngåelsen, jf lov om offentlige anskaffelser § 8. Klager hadde ikke levert tilbud og hevdet at dette skyldtes mangelfull beskrivelse i kunngjøringen. Dersom kunngjøringen hadde nevnt at avtalen også skulle omfatte tjenester, som konkurransegrunnlaget gjorde, ville klager ha levert tilbud.

(5) Rettsmøte ble holdt 12. september 2003. Namsretten fant at klager hadde rettslig interesse. I behandlingen av det materielle spørsmålet kom retten til at anskaffelsen hadde vært mangelfullt kunngjort, og at innklagede feilaktig hadde brukt prosedyren konkurranse med forhandling. Retten kom til at det var sannsynlig at den mangelfulle kunngjøringen hadde avholdt saksøker fra å delta i konkurransen. Begjæringen om midlertidig forføyning ble imidlertid ikke tatt til følge med den begrunnelse at sikringsgrunn manglet, og at klagers interesse i å få stoppet kontraktsinngåelse stod i et misforhold til den ulempe forføyningen ville påføre kommunen.

(6) Kjennelsen ble avsagt 15. september. Innklagede ble da muntlig orientert om at kjennelsen ville bli påkjært. Den 17. september ble kjennelsen påkjært til Borgarting lagmannsrett. Innklagede inngikk så kontrakt med Ementor. Som følge av at midlertidig forføyning ikke lenger kunne besluttes, nedla klager endret påstand om tilkjennelse av saksomkostninger. Kravet ble imidlertid ikke tatt til følge, og klager måtte betale innklagedes saksomkostninger for lagmannsretten.

(7) Innklagede har beregnet kontraktsverdien av varedelen til rundt 20,5 millioner kr og tjenestedelen til omtrent 4,2 millioner kr.

Anførsler:

Klagers anførsler:

(8) Innklagede har brutt regelverket for offentlige anskaffelser, og klager har saklig klageinteresse. Også potensielle leverandører har klageinteresse, jf klagenemndas uttalelse i sak 2003/151. Innklagede tar feil når det antas at klager ikke ville hatt mulighet til å delta i konkurransen. For det første er klagers produktspekter bredere enn innklagede påstår, for det annet var det anledning til å levere tilbud bare på deler av anskaffelsen, for det tredje kunne klager inngitt tilbud på hele anskaffelsen i samarbeid med en annen leverandør.

(9) I kunngjøringen er anskaffelsen betegnet som vareanskaffelse av datakommunikasjonsutstyr, med tilhørende CVP-kode. Når det ut fra konkurranse-grunnlaget fremgår at det samtidig skal anskaffes betydelige tjenesteytelser, innebærer kunngjøringen et brudd på forskriftens § 6-4. Selv om vareelementet utgjør hoveddelen av anskaffelsens verdi, hadde innklagede plikt til å kunngjøre tjenesteanskaffelsen i tillegg, jf kunngjøringsblanketten fra Norsk lysningsblad, der det fremgår at man skal angi CPV-koden både for hovedobjekt og tilleggsobjekt.

(10) På grunn av manglende kunngjøring har innklagede foretatt en ulovlig direkte anskaffelse hva angår kjøp av tjenester.

(11) Anskaffelsen hører etter sin verdi og art under del II i forskriften. Det er dermed ikke tillatt å bruke prosedyren konkurranse med forhandling. Forskriftens § 4-2 bokstav c) gjelder for tjenesteanskaffelser og kan ikke gis analogisk anvendelse på vareanskaffelser. Tvert om er det sikker praksis fra EF-domstolen at unntak skal tolkes restriktivt og innskrenkende.

Innklagedes anførsler:

(12) Klager mangler saklig klageinteresse i å få saken behandlet av klagenemnda. For det første er det helt usannsynlig at klager kunne deltatt i konkurransen, da klager etter eget utsagn bare leverer bredbåndsløsninger som tjeneste. For det andre er saken brakt inn for EFTAs overvåkningsorgan. Når det samme forhold behandles av ESA, bør klagen avvises som uhensiktsmessig for behandling i klagenemnda, jf klagenemndeforskriften § 9.

(13) Når det gjelder spørsmålet om konkurranseform, har klager iallfall ikke saklig klage-interesse. Konkurranseformen kan ha betydning for hvem som blir tildelt kontrakt av leverandørene som deltar i konkurransen, mens det relevante spørsmålet i denne saken er om det er begått en feil som har medført at klager ikke har deltatt i konkurransen. Valg av konkurranseform kan ikke ha hatt betydning for klager.

(14) Dersom klagenemnda likevel ikke avviser saken på formelt grunnlag, bestrider innklagede å ha brutt regelverket for offentlige anskaffelser.

(15) Kunngjøringen var ikke mangelfull. Innklagede ønsket å kjøpe datakommunikasjons-utstyr med tilhørende drift og service i en garantiperiode, samt nødvendig normal drift til alle faser i prosjektet var ferdig med garantiperioden. Tjenstedelen av prosjektet er rent aksessorisk til varekontrakten, og det vil ikke være realistisk å kjøpe utstyr fra én leverandør og tjenester fra en annen. Tjenesteanskaffelsen skjer bare for garantitiden, og dersom innklagede kjøpte tjenester fra en annen leverandør enn vedkommende som leverte varene, ville det satt innklagede i en vanskeligere situasjon når det gjaldt å få utbedret feil og mangler. Det var derfor med hensikt at driftstjenester ikke ble forespurt separat, og at CPV-kode for driftstjenester ikke er tatt med i kunngjøringen.

(16) Innklagedes beregninger tilsa at verdien av vareandelen med klar margin ville overstige verdien av tjenesteandelen av kontrakten. I henhold til forskriftens § 2-6 skal anskaffelsen da klassifiseres som en vareanskaffelse. I

en periode over 27 måneder, dvs lengden på inngått kontrakt, er fordelingen anslagsvis 83/17, mens fordelingen i et 48-måneders perspektiv er 70/30.

(17) Når det gjelder valg av prosedyre, er det innklagedes oppfatning at forskriftens § 4-2 bokstav c) gir anledning til å velge konkurranse med forhandling til tross for at det dreier seg om en vareanskaffelse. Det er akseptert at dette unntaket kan brukes på intellektuelle tjenester. Deler av den aktuelle anskaffelsen omfatter intellektuelle innsatsfaktorer, og dette elementet er større enn for mange av de tjenestekjøp hvor det er akseptert at konkurranse med forhandling kan benyttes. Forslaget til nye EU-direktiver aksepterer i større grad prosedyreformen konkurranse med forhandling, da dette kan være nødvendig i slike tilfeller. Forslaget er ikke begrenset til tjenestekjøp.

(18) Uansett har klagenemnda ikke grunnlag for å uttale seg om erstatningsspørsmålet.

Klagenemndas vurdering:

(19) Klagenemnda behandler først spørsmålet om klager har saklig klageinteresse etter forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Bestemmelsen omfatter ikke bare leverandører som har deltatt i den aktuelle konkurransen, men også potensielle deltakere. Dette gjelder så langt det anføres at det er begått en feil som har gjort at vedkommende ikke har deltatt, slik at klager potensielt kunne fått kontrakten dersom det ikke hadde vært begått en feil. I vurderingen av dette spørsmålet må klagers pretensjoner normalt legges til grunn.

(20) I den aktuelle saken synes klager og innklagede å være enige om at klager iallfall var i stand til å tilby en del tjenester av den art som var etterspurt. Så lenge det var adgang til å inngi tilbud bare på deler av forespørselen, og klager dessuten kunne levert tilbud på hele forespørselen i samarbeid med en eller flere andre leverandører, kan det ikke utelukkes at klager ville deltatt og blitt tildelt kontrakten.

(21) Klager har imidlertid bare saklig klageinteresse i å få prøvet om det er begått feil som kan ha ført til at vedkommende valgte å ikke delta. Så vidt klagenemnda kan se, kan valget av konkurranseform i denne saken ikke ha hatt noen betydning for klagers deltakelse i konkurransen eller mulighet for å bli tildelt kontrakt, og dette er heller ikke anført.

(22) Klagenemnda kommer derfor til at klagers saklige klageinteresse begrenses til å få prøvet om konkurransen ble kunngjort feil.

(23) Etter forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 9 kan saker avvises dersom de er "uhensiktsmessige" for behandling i klagenemnda. At samme forhold er klaget inn for EFTAs overvåkningsorgan (ESA), gjør ikke at det er uhensiktsmessig å behandle saken i klagenemnda. ESA behandler spørsmålet om Norge har brutt noen av sine forpliktelser etter EØS-avtalen, mens klagenemnda behandler spørsmål om brudd på den norske lov om offentlige anskaffelser med forskrifter.

(24) Partene er enige om at forskrift om offentlige anskaffelser del II kommer til anvendelse, og klagenemnda legger dette til grunn.

(25) Etter forskriftens § 6-2 skal en anskaffelse gjøres kjent i en kunngjøring i samsvar med § 6-4. I denne saken omfatter kontrakten både en vareanskaffelse og en tjenesteanskaffelse. Riktignok skal anskaffelsen anses som en varekontrakt etter forskriftens § 2-6 (1), da verdien av varene som skal anskaffes overstiger verdien av tjenestene. Dette har imidlertid etter klagenemndas syn, ikke betydning for plikten til å kunngjøre alle deler av anskaffelsen. Ettersom tjenesteanskaffelsen ikke ble kunngjort, brøt innklagede forskriftens § 6-2.

(26) Verdien av tjenesteanskaffelsen ble beregnet til kr 4,1 millioner. Den var dermed underlagt kravene til anskaffelsesprosedyre i § 4-1 og kravene til kunngjøring i § 6-2. Sett hen til viktigheten av at konkurranser kunngjøres forskriftsmessig og anskaffelsens relativt betydelige omfang, anser klagenemnda feilen for vesentlig. Klager hadde dessuten gjort kommunen oppmerksom på forholdet før kommunen inngikk kontrakten.

(27) Klagenemnda finner ikke grunnlag for å uttale seg om erstatningsspørsmålet.

Konklusjon:

Oslo kommune har brutt forskrift om offentlige anskaffelser §§ 4-1 og 6-2 ved at tjenstedelen av kontrakten ikke ble kunngjort.

For klagenemnda,

9. august 2004

Björg Ven



Forsiden
Nemndsmedlemmer
Saksbehandling
Regelverk
Innkomne saker
Statistikk
Årsrapporter
Dommer
Søk i avgjorte saker

Avgjorte saker:

[2003](#) [2004](#) [2005](#)

Besøksadresse

H. Heyerdalsgate 1
0033 Oslo

Postadresse

Postboks 8132 Dep
0033 Oslo

Tlf.: 22 33 70 10

Faks: 22 33 70 12

E-post:

postmottak@kofa.no

Avgjorte saker

Forskrift om offentlige anskaffelser § 16-3 (3). I en konkurranse med forhandling ble klager ikke invitert til forhandlinger på grunn av for høy pris. Klagers tilbud var 10% høyere enn det valgte tilbudet. Klagenemnda kom til at en slik prisforskjell i denne saken ikke kunne medføre at klager ikke hadde reell mulighet til å få kontrakten.

Klagenemndas avgjørelse 9. august 2004 i sak 2004/2

Klager: Xtra personell AS

Innklaget: Skattedirektoratet

Klagenemndas medlemmer: Jens Bugge, Inger Marie Dons Jensen, Inger Roll-Matthiesen

Saken gjelder: Utvelgelse til forhandling. Reelle muligheter til å få kontrakten.

Bakgrunn:

(1) Skattedirektoratet (heretter kalt "innklagede") kunngjorde 8. oktober 2003 en konkurranse med forhandling for kjøp av vikartjenester. Vikarene skulle utføre oppdrag i forbindelse med registrering og arkivering av mottatte likningsoppgaver.

(2) Om prising av tilbudet sto det i konkurransegrunnlagets punkt 5.2 blant annet:

"Tilbyderens pris skal ved denne anskaffelsen gis per time.

Tilbyderens inngitte pris ved denne anskaffelsen skal være en fast pris som tilbyder må vedstå gjennom hele kontraktsperioden.

Tilbyderens totalpris skal omfatte alle kostnader forbundet med anskaffelsen slik denne er definert i dette konkurransegrunnlaget."

(3) Om evaluering og valg av tilbud het det:

"Kriteriene for tildeling av kontrakten er som følger i prioritert rekkefølge:

pris

vikarens erfaring og kvalifikasjoner

Det kreves at tilbyder dokumenterer/kommenterer alle ovennevnte kriterier,

Ved evaluering og valg av tilbud vil Skattedirektoratet legge til grunn prinsippet om "det økonomisk mest fordelaktige kjøp for staten".

(4) Om "forhandlinger" het det:

"Skattedirektoratet vil ved denne anskaffelsen kunne gå i forhandlinger med en eller flere tilbydere om alle elementer ved tilbudene etter at disse er levert inn.

Såfremt det finnes tilstrekkelig egnede deltagere og disse har en reell mulighet til å få tildelt kontrakten, vil Skattedirektoratet gå i forhandlinger med minst tre tilbydere."

(5) Ti leverandører ble funnet kvalifisert, blant dem Xtra personell AS (heretter kalt "klager") og Adecco Norge AS. Av leverandørene ble bare Adecco innkalt til forhandlinger.

(6) Den 19. november meddelte innklagede klager at det var besluttet å inngå kontrakt med Adecco. Innklagede skrev blant annet:

"Etter vår vurdering har Adecco Norge AS levert det økonomisk og kvalitetsmessig mest fordelaktige tilbudet. Beslutningen er basert på en samlet vurdering ut i fra kriteriene som er angitt i konkurransegrunnlaget:

- pris

- erfaring og kvalifikasjoner

Xtra personell as sitt tilbud var rangert som nummer 2 prismessig, og var ca 10 prosent høyere enn prisen til valgt leverandør. Kriteriene erfaring og kvalifikasjoner var så vidt like fra leverandør til leverandør at tilbyder med lavest pris i dette tilfellet ble valgt."

(7) Den 20. november ba klager om en redegjørelse for hvorfor det ikke ble gjennomført forhandlinger med minst tre leverandører. Dagen etter svarte innklagede at klager "på grunn av den store prisforskjellen (...) ikke hadde en reell mulighet til å oppnå kontrakt (...)".

(8) I brev av 2. desember påklaget klager innstillingen og viste til at regelverket for offentlige anskaffelser ikke var fulgt. Innklagede svarte følgende i

brev datert 11. desember:

"I brevet henvises det til § 16-3 hvor det står at oppdragsgiver skal gjennomføre forhandlinger med minst 3 leverandører. Vi har i denne saken gjennomført forhandlinger med alle de som inngikk tilbud.

Nærings og Handelsdepartementet har presisert overfor Skattedirektoratet at forhandlingene starter med innsending av tilbud, med andre ord har alle som har levert inn tilbud i realiteten forhandlet. Ved å sende inn tilbud har Xtra personell as dermed juridisk sett vært i forhandlinger med Skattedirektoratet.

Skattedirektoratet har vurdert prisforskjellen til å være for stor til å kunne elimineres bort i forbindelse med en forhandling. Derfor anså vi det for ikke tjenelig å forhandle videre med Deres firma. Lovverket krever at vi kun forhandler med de tilbydere som har en reell mulighet til å oppnå kontrakt."

(9) I brev datert 15. januar 2004 meddelte innklagede at avtale ble inngått 17. desember 2003.

Anførsler:

Klagers anførsler:

(10) Innklagede har brutt regelverket for offentlige anskaffelser ved ikke å gjennomføre forhandlinger med klager.

(11) Innklagede gjennomførte forhandlinger med bare én leverandør, til tross for at oppdragsgiver etter § 16-3 (3) skal invitere minst tre leverandører til forhandlinger. Prisforskjellen på klagers og Adeccos tilbud var på knappe ti prosent. Denne forskjellen er så liten at den kan elimineres gjennom forhandlinger, og klager hadde derfor reell mulighet til å få kontrakten.

Innklagedes anførsler:

(12) Innklagede bestrider å ha brutt regelverket for offentlige anskaffelser.

(13) Oppdragsgiver hadde i denne konkrete saken ikke plikt til å forhandle med tre leverandører. Av ressursøkonomiske hensyn kan oppdragsgiver unnlate å forhandle med leverandører som ikke har reell mulighet til å få kontrakten, for eksempel dersom vedkommendes tilbud er vesentlig dårligere enn det beste, jf Nærings- og handelsdepartementets fortolkningsuttalelse av 17. mars 2003 vedrørende § 16-3 (3):

"I utgangspunktet må oppdragsgiver forhandle med alle leverandører, men av ressursøkonomiske hensyn har oppdragsgiver en skjønnsmessig adgang til ikke å forhandle med de leverandører som ikke har reell mulighet til å få tildelt kontrakten (jf NOU 1997:21)

Ressursøkonomiske hensyn gjør seg gjeldende både for oppdragsgiver og leverandører. Vi kan tenke oss at ett tilbud framstår som vesentlig dårligere enn de andre på flere sentrale tildelingskriterier, og at det derfor er svært lite sannsynlig at forhandlinger med leverandøren vil føre fram. I tillegg til at oppdragsgiver bruker mer ressurser på å inngå en avtale enn nødvendig, binder forhandlingene opp ressurser hos den aktuelle bedriften som den kunne brukt til andre oppgaver. Også vinneren av konkurransen vil tape på det dersom

prosessen trekker unødig ut i tid. På den andre siden kan oppdragsgiver ikke bare se hen til effektivitetshensyn ved avgjørelsen av hvem som skal inviteres til forhandlinger.”

(14) I konkurransegrunnlaget var det bare oppgitt to tildelingskriterier: ”Pris” og ”vikarens erfaring og kvalifikasjoner”, hvorav pris hadde høyest prioritet. Leverandørene fikk med andre ord en klar oppfordring om å være konkurransedyktige på pris allerede i sitt opprinnelige tilbud. Oppdragsgiver hadde derfor liten grunn til å tro at annet enn mindre prisforskjeller ville kunne utjevnes gjennom forhandlinger.

(15) Vurderingen av om leverandøren vil ha en reell mulighet til å få kontrakten hører i utgangspunktet inn under innklagedes innkjøpsfaglige skjønn.

Klagenemndas vurdering:

(16) Klager har deltatt i den aktuelle anskaffelsesprosessen og har saklig klageinteresse, jf forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Etter innklagedes beregning er kontraktens verdi under terskelverdiene i forskrift om offentlige anskaffelser § 2-2. Dette er ikke bestridt av klager, og klagenemnda legger til grunn at forskriftens del III får anvendelse på anskaffelsen.

(17) Etter forskriftens § 16-3 (2) skal utvelgelse til forhandlinger skje på grunnlag av den foreliggende informasjon om leverandørens stilling og tekniske, økonomiske og finansielle kapasitet. Ettersom pris verken gjelder leverandørens stilling eller kapasitet, kan tilbudt pris i forhold til forskriftens § 16-3 (2) ikke vektlegges ved utvelgelsen, jf klagenemndas uttalelse i sakene 2003/38 og 2004/76 premissene 26 og 27.

(18) Etter § 16-3 (3) skal minst tre leverandører inviteres til forhandlinger, forutsatt at et tilstrekkelig antall er egnet. Oppdragsgiver skal likevel bare forhandle med leverandører som har reell mulighet til å få tildelt kontrakten. Ved denne vurderingen vil pris kunne være relevant.

(19) Spørsmålet er etter dette om en prisforskjell på rundt ti prosent gjorde at klager ikke ville hatt reelle muligheter til å få kontrakten i en situasjon hvor pris etter konkurransegrunnlaget og oppdragsgivers vurdering var det avgjørende tildelingskriteriet. Etter § 16-3 (4) kan alle sider av tilbudene endres gjennom forhandlinger, herunder prisen. Ved konkurranse med forhandlinger vil tilbudene forutsetningsvis kunne forbedres i løpet av forhandlingsprosessen, og rangeringen av tilbudene kan som følge av dette bli endret. Klagenemnda finner det ikke godtgjort at en prisforskjell på ti prosent skal gi grunnlag for å konkludere med at klager i denne saken ikke ville hatt reell mulighet til å få tildelt kontrakten etter gjennomførte forhandlinger, jf klagenemndas uttalelse i sak 2004/76 premiss 28, der det samme ble sagt om en prisforskjell på 18%.

(20) Foranlediget av innklagedes anførsel i brev av 11. desember 2003 bemerker klagenemnda at plikten etter forskriftens § 16-3 (3) til å gjennomføre forhandlinger ikke kan anses oppfylt ved at interesserte leverandører har inngitt tilbud.

Konklusjon:

Skattedirektoratet har brutt forskrift om offentlige anskaffelser § 16-3 (3) ved at klager ikke ble invitert til forhandlinger.

For klagenemnda,

9. august 2004

Jens Bugge



Forsiden
Nemndsmedlemmer
Saksbehandling
Regelverk
Innkomne saker
Statistikk
Årsrapporter
Dommer
Søk i avgjorte saker

Avgjorte saker:

[2003](#) [2004](#) [2005](#)

Besøksadresse

H. Heyerdalsgate 1
0033 Oslo

Postadresse

Postboks 8132 Dep
0033 Oslo

Tlf.: 22 33 70 10

Faks: 22 33 70 12

E-post:

postmottak@kofa.no

Avgjorte saker

Klager deltok i en konkurranse med forhandling for anskaffelse av spesialisthelsetjenester, men ble ikke invitert til forhandlingene. Klagenemnda fant det ikke godtgjort at utvelgelsen til forhandlinger var truffet på grunnlag av forsvarlig saksbehandling, blant annet var et av kvalifikasjonskravene anvendt i strid med kravet til likebehandling.

Klagenemndas avgjørelse 9. august 2004 i sak 2004/126

Klager: Trondheim Spesialistlegesenter AS

Innklagede: Helse Midt-Norge RHF

Klagenemndas medlemmer: Jens Bugge, Inger Marie Dons Jensen, Inger Roll-Matthiesen

Saken gjelder: Utvelgelse til forhandlinger, vurdering av leverandørens kvalifikasjoner, krav til forsvarlig saksbehandling og likebehandling

Sakens bakgrunn:

(1) Helse Midt-Norge RHF (heretter kalt "innklagede") kunngjorde 30. april 2004 en konkurranse med forhandling for anskaffelse av spesialisthelsetjenester. Det ble angitt at mellom tre og åtte leverandører skulle inviteres til forhandlinger. 14 leverandører leverte tilbud, og etter at to av disse ble avvist, sto man igjen med 12 kvalifiserte leverandører. Trondheim Spesialistlegesenter AS (heretter kalt "klager") var en av seks leverandører som ikke ble invitert til forhandlinger.

(2) I kunngjøringens punkt VI.4 YTTERLIGERE OPPLYSNINGER var fremgangsmåten for utvelgelse av leverandører til forhandlinger beskrevet slik:

"Utvelgelsen av tilbydere til konkurransen vil skje i en såkalt "ettrinnsprosess". Det betyr at alle tilbydere som ønsker å delta i konkurransen vil inviteres til å inngi tilbud, men det vil skje en utvelgelse til å delta i de videre forhandlingene basert på kvalifikasjonskravene angitt i denne kunngjøringen og konkurransegrunnlaget. Dokumentasjon på kvalifikasjonene sendes inn sammen med tilbudet før tilbudsfristen den 18.05.04 kl. 12.00. ..."

(3) Under overskriften KVALIFIKASJONSKRAV ble følgende angitt i punkt III.2 i kunngjøringen:

*"III.2.1 Opplysninger knyttet til leverandørens personlige stilling samt opplysninger
og formaliteter nødvendig for å kunne evaluere minimumskrav knyttet
til*

juridisk , økonomisk-, finansiell og teknisk kapasitet:
* Se konkurransegrunnlaget
* Attester, ikke eldre enn 6 måneder, utstedt av den kompetente myndighet,
som bekrefter at tilbyderen har oppfylt sine forpliktelser med hensyn til betaling av skatter, trygdeavgifter og MVA. Skatteattestene skrives ut av skatteoppkreverkontoret i den kommunen hvor leverandøren har sitt hovedkontor og av skattefogden i tilsvarende fylke.
* HMS-egenerklæring.
* Oversikt over teknisk personell eller tekniske avdelinger som tilbyder de disponerer over, enten de tilhører foretaket selv eller ikke, samt over utstyr som har ansvaret for kvalitetskontrollen.
* Beskrivelse av utstyr, maskinpark eller annet tilgjengelig teknisk med relevans for utførelse av denne kontrakt."

(4) I konkurransegrunnlaget var det stilt ytterligere krav til leverandørene i punktet *Krav til tilbyder*.

"1. Godkjenninger:

For de tjenestene som omfatter innleggelse skal tilbyder være privat sykehus som er offentlig godkjent og inngå i ordningen med innsatsstyrt finansiering (ISF). For tjenester som omfatter dagkirurgi kan disse leveres av godkjente private legespesialister, eller private sykehus som er offentlig godkjent og som inngår i ISF-ordningen. Dokumentasjon på det ovenstående skal legges ved tilbudet.

2. Internkontrollsystem:

Tilbyder skal ha etablert og vedlikeholdt internkontrollsystem i henhold til Forskrift om internkontroll i sosial- og helsetjenesten, og skal bekrefte dette i tilbudet. Valgt(e) leverandør(er) skal gi oppdragsgiver mulighet til annenpartsrevisjon av leverandørens internkontrollsystem.

3. Organisering:

-

Tilbyder skal opplyse om ansettelsesforhold for utførende helsepersonell, herunder eventuell annen arbeidsgiver. Dette gjelder både hel- og deltidsansatte og innleid arbeidskraft.

Tilbyder skal sørge for at egne ansatte og innleid arbeidskraft har tilstrekkelig ansvarsforsikringer.

Ut fra pasienthensyn tillates det ikke at valgt(e) leverandør(er) utfører tjenester basert på henvisninger fra personell som eventuelt også arbeider i helseforetakene i Helse Midt-Norge eller som har avtalepraksis som legespesialist.

Tilbyder skal beskrive hvilken kapasitet som kan tilbys for praksisundervisning til sykepleiere i grunnutdanning og i videreutdanning (operasjon og anestesi).

4. Tilgjengelighet:

Tilbyder skal ha fysisk tilrettelagt lokaler slik at det ikke begrenser tilgangen til tjenestene for funksjonshemmede. Tilbyder bes beskrive dette forholdet.

5. Innrapporteringer:

Tilbyder skal rapportere til medisinske og administrative registre på linje med de offentlige tjenestene, herunder rapporteringskrav til kvalitetsindikatorer. Tilbyder har informasjonsplikt til nasjonalt nettsted for ventetider og Informasjonskontoret for fritt sykehusvalg. Tilbyder skal også levere nødvendige data om tjenesten og produksjonen som oppdragsgiver har behov for å oppfylle "sørge-for ansvaret". Leverandør skal etter nærmere avtale kunne levere data i det format oppdragsgiver krever.

For øvrige krav til tilbyder og dokumentasjon av dette vises det til kunngjøringen."

(5) På forespørsel fra klager begrunnet innklagede utvelgelsen av leverandører til forhandlinger på denne måten:

"De kvalifikasjonskrav som ble vurdert var av objektiv karakter, det vil si at helseforetakets skjønn ikke ble trukket inn på dette stadium av konkurransen. Kravene som ble vurdert var knyttet til rapportering og utdanning. Det ble i den sammenheng foretatt en gradering ut fra det som fremkom i tilbudene og de funn som er gjort i forbindelse med den rapportering som har funnet sted hos de aktører som man i dag har avtale med. For ordens skyld skal opplyses at de aktører som man ikke har erfaring med, ble vurdert verken positivt eller negativt i nevnte rangering."

(6) I tilsvaret har innklagede beskrevet vurderingen av kravet til innrapportering slik:

"I forhold til kravet om innrapportering ble de tilbydere man hadde positiv eller ingen erfaring med vurdert likt og som "bra", mens de tilbydere man fra eksisterende kontraktsforhold har negativ erfaring med ble vurdert som "dårlig". Klager ble her sammen med en annen tilbyder fra samme region og som oppdragsgiver har avtale med, vurdert som "dårlig". Denne vurderingen bygger på oppdragsgivers egne erfaringer med klager og tilbakemelding fra SINTEF Helse – Norsk Pasientregister (NPR)."

(7) Innklagede har avventet kontraktsinngåelse for å se resultatet av klagenemndas behandling.

Klager har i det vesentligste anført:

(8) Innklagede har brutt regelverket for offentlige anskaffelser.

(9) Kravet til forutberegnelighet er brutt siden avgjørelsen av hvem som skal inviteres til forhandlinger, er gjort ved en rangering av to av flere kvalifikasjonskrav. Innklagede hadde plikt til å gradere leverandørene også ut fra de øvrige kvalifikasjonskravene. Konsekvensen av innklagedes fremgangsmåte er at kvalifikasjonskravene med minst betydning for den aktuelle leveransen ble utslagsgivende for hvilke leverandører som ble invitert til forhandlingene.

(10) Vektleggingen av leverandørenes innrapporteringsystem ved utvelgelsen er i strid med regelverket. Det kom ikke frem av konkurransegrunnlaget at det som et ledd i prøvingen av leverandørenes kvalifikasjoner ville bli stilt krav til kvaliteten på deres rapporteringssystem. Konkurransegrunnlaget stiller krav om at innrapporteringsystemet skal være på plass først ved levering av ytelsen. Dersom rapportering i de fire månedene forut for tilbudsavgivelse var relevant, burde dette ha vært angitt, slik at klager hadde en reell mulighet til å kommentere forholdet.

(11) Vurderingen av klagers kvalifikasjoner har vært vilkårlig og ensidig negativ.

(12) Selv om kvaliteten på innrapporteringsystemene skulle være en del av kvalifikasjonsvurderingen, har bedømmelsen av forholdet vært i strid med kravet til likebehandling, jf lov om offentlige anskaffelser § 5 første ledd. Ved at leverandører innklagede ikke har erfaring med, verken blir bedømt positivt eller negativt, må innklagedes tidligere kontraktsparter være bedre enn de øvrige leverandører for å bli tatt i betraktning.

Innklagede har i det vesentligste anført:

(13) Innklagede bestrider å ha brutt regelverket for offentlige anskaffelser.

(14) Utvelgelsesbeslutningen ble fattet på grunnlag av en vurdering av samtlige kvalifikasjonskrav. Flere av kvalifikasjonskravene var imidlertid ikke egnet til å rangere leverandørene. Av denne grunn ble tilbudt utdanningskapasitet og kvaliteten på innrapporteringsrutiner utslagsgivende for hvilke leverandører som ble invitert til forhandlinger.

(15) Vurderingen av klagers kvalifikasjoner bygger på forsvarlig saksbehandling.

(16) Det følger av konkurransegrunnlaget at kvaliteten på innrapporteringsystemet inngikk i vurderingen av leverandørenes kvalifikasjoner. Selv om innklagede eventuelt er forhindret fra å vurdere leverandørenes innrapporteringsystem, vil ikke klager bli invitert til å delta i forhandlingene siden klager er uten reell mulighet til å få tildelt kontrakten, jf forskriften § 16-3 (3) annet punktum.

(17) Kravet til likebehandling er ikke til hinder for at negative erfaringer med en leverandør blir tillagt vekt i vurderingen, slik det er gjort i denne konkurransen.

Klagenemndas vurdering:

(18) Klager har deltatt i konkurransen og har saklig klageinteresse, jf forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig.

(19) Fremgangsmåten for utvelgelse til konkurranse med forhandling er

gitt i forskriften § 16-3 (2). Det følger av denne bestemmelsen at utvelgelsen skal skje

"...på grunnlag av den foreliggende informasjon om leverandørenes stilling og tekniske, økonomiske og finansielle kapasitet, jf § 12-5 (kvalifikasjonskrav)".

(20) I den foreliggende saken var det 12 leverandører som oppfylte kvalifikasjonskravene. Innklagede valgte å invitere de leverandørene som best oppfylte kravene til kvalifikasjoner, til forhandlinger. Utvelgelsen må basere seg på et korrekt faktum, være forsvarlig og etterprøvbart samt overholde kravet til likebehandling.

(21) Det er ikke fra innklagedes side fremlagt noen dokumentasjon for hvorledes kvalifikasjonskravene i kunngjøringen og konkurransegrunnlaget har vært vurdert i utvelgelsesprosessen. Innklagede har anført at det ikke var mulig å rangere leverandørene på annet enn to av kravene, nemlig utdanningskapasitet og rapporteringsrutiner. Klagenemnda finner det vanskelig å legge dette til grunn uten videre og finner det etter det opplyste ikke godtgjort at saksbehandlingen har vært tilfredsstillende.

(22) Krav til rapporteringssystem og utdanning er plassert sammen med øvrige "krav til tilbyder" og er derfor relevante i rangeringen av leverandører etter deres kvalifikasjoner. Klagenemnda finner imidlertid at saken er så dårlig opplyst at det ikke er mulig å se om rangeringen i disse to henseender er forsvarlig. Ved at egne erfaringer med enkelte leverandørers rapporteringssystem er vektlagt uten at dette kvalifikasjonskriteriet synes å være vurdert konkret i relasjon til alle leverandører, har innklagede under enhver omstendighet behandlet leverandørene forskjellig uten at klagenemnda kan se at det var saklig grunnlag for dette. Innklagede har dermed brutt kravet til likebehandling.

(23) På denne bakgrunn må innklagede foreta en ny utvelgelse til forhandlinger. Dersom innklagede mener at enkelte kvalifikasjonskrav etter sin art er uegnet til å rangere leverandørene, må dette godtgjøres. I tillegg må innklagede kunne dokumentere at det ikke er relevante forskjeller mellom leverandørene på øvrige kvalifikasjonskrav som utelates fra vurderingen.

Konklusjon:

(24) Klagenemnda finner det ikke godtgjort at innklagede ved utvelgelsen til forhandlinger har foretatt en forsvarlig vurdering av alle de krav til tilbyderne som fremgikk av kunngjøringen og konkurransegrunnlaget. Innklagede anses etter dette for å ha brutt kravene til forsvarlig saksbehandling og likebehandling i forskriften § 3-1 (2).

For klagenemnda,

9. august 2004

Inger Marie Dons Jensen



Forsiden
Nemndsmedlemmer
Saksbehandling
Regelverk
Innkomne saker
Statistikk
Årsrapporter
Dommer
Søk i avgjorte saker

Avgjorte saker:

[2003](#) [2004](#) [2005](#)

Besøksadresse

H. Heyerdalsgate 1
0033 Oslo

Postadresse

Postboks 8132 Dep
0033 Oslo

Tlf.: 22 33 70 10

Faks: 22 33 70 12

E-post:

postmottak@kofa.no

Avgjorte saker

Innklagede gjennomførte en plan- og designkonkurranse der etterfølgende tjenestekontrakt skulle tildeles vinneren av konkurransen. Juryen kåret en vinner, men konkurranse ble avlyst med den begrunnelse at realisering av prosjektet ville medføre budsjettoverskridelser. Klagenemnda kom til at det var usaklig av innklagede å avlyse konkurransen før forhandlinger var gjennomført. Videre fant klagenemnda at innklagede brøt kravet til forutberegnelighet ved at det ikke ble opplyst om prosjektets budsjetttramme, til tross for at denne var fastlagt før tilbudsfristen. Klagenemnda antok at vilkårene var til stede for å få erstattet den negative kontraktsinteressen.

Klagenemndas avgjørelse 15. juli 2004 i sak 2004/71

Klager: Ottar arkitekter AS

Innklaget: Helse Stavanger HF

Klagenemndas medlemmer: Jens Bugge, Inger Roll-Matthiesen, Andreas Wahl

Saken gjelder: Plan- og designkonkurranse. Avlysning. Forutberegnelighet. Erstatning for negativ kontraktsinteresse.

Bakgrunn:

(1) Ottar Arkitekter AS (heretter kalt "klager") deltok sommeren og høsten 2002 i en konkurranse for prosjektering av et nybygg for barne- og ungdomsavdelingen på Rogaland psykiatriske sjukehus, samt utredning av forslag til en skole for disse avdelingene på samme tomt. I kunngjøringen brukte innklagede betegnelsen "prosjektkonkurranse", mens det i konkurransegrunnlaget het følgende om prosedyren:

"Helse Stavanger HF innbyr herved til begrenset prosjektkonkurranse for RPS - Barne- og ungdomspsykiatrisk avd. nybygg (BPA, UPA). Konkurransen gjennomføres som begrenset anbudskonkurranse."

(2) Det var i forkant blitt gjennomført en prekvalifisering. Som resultat ble klager og fire andre leverandører invitert til å inngi tilbud. Alle fem leverte tilbud til fristen 27. januar 2003.

(3) Innklagede hadde nedsatt en jury bestående av ni personer, fem ansatt hos innklagede, herunder styreformannen, og fire eksterne. Tre av de eksterne jurymedlemmene var sivilarkitekter, mens én var sivilingeniør ansatt i Helse Vest RHF.

(4) Om juryens evaluering het det i konkurransegrunnlaget:

"Tildelingen skjer på basis av hvilket tilbud som er det mest økonomisk fordelaktige. Juryen skal under juryeringen vurdere besvarelsen ut fra følgende kriterier:

1. Arkitektoniske kvaliteter
2. Funksjonsmessige egenskaper
3. Økonomi og livsløp
4. Byggetekniske kvaliteter
5. Drifts- og vedlikeholdsmessige vurderinger
6. Honorarkrav

Kriteriene er satt i ikke-prioritert rekkefølge.

Juryen skal først vurdere besvarelsene ut fra punktene 1-5. Før endelig avgjørelse fattes åpnes honorarkrav."

(5) Innklagede hadde utarbeidet en omfattende kravspesifikasjon, med detaljert beskrivelse av alle enhetene og avdelingene, beskrivelse av alle rom mht. størrelse og funksjon, kulvert mellom byggene, parkeringsplasser og tilkjørselsvei.

(6) I henhold til kunngjøringens punkt 9 var juryens innstilling bindende for innklagede. Vinneren av konkurransen skulle få delta videre i prosjekteringen. I konkurransegrunnlagets punkt 8.1 var det oppgitt følgende om hva dette skulle innebære:

"

- 1, Revidert skisseprosjekt
- 2, Bebyggelsesplan
- 3, Forprosjekt
- 4, Detaljprosjektering

5, *Oppfølging i byggetiden*

6, *Reklamasjonstiden*”

(7) På bakgrunn av dette skulle leverandørene utarbeide sine honorarkrav.

(8) Om kontrahering for videre prosjektjenester het det i konkurransegrunnlagets punkt 1.15:

”For videre prosjekt tas det forbehold om godkjenning i styret for Helse Stavanger HF. For honorartilbud legges det til grunn en tidsplan på 1 ½ år fra start forprosjekt til anbud er innlevert.”

(9) I juryens rapport sendt ut 28. mai 2003, ble klagers tilbud ”Albatross” kåret til vinner. Juryen anbefalte innklagede å gå i forhandlinger med klager og deretter eventuelt nummer to og tre, dersom forhandlingene ikke skulle føre frem. Juryen skrev blant annet:

”Dagens situasjon for BPA/UPA er svært presset, og det har derfor vært ønskelig å fremme utkast som kan la seg realisere innenfor en forsvarlig økonomisk ramme. Arealeffektive utkast, som juryen har ansett brukervennlig, er derfor kreditert.

(...)

Arealer og økonomi

Juryen har besørget arealkontroll av konkurranseforslagene, og det har vist seg at enkelte prosjekter ligger over netto romprogram, mens det mest arealeffektive forslaget (Florence) ligger noe under. Det er av juryens oppfatning at arealene i prosjektet Albatross og Sinn Sano vil kunne reduseres betydelig uten tap av funksjonalitet og arkitektonisk idé.

For å kunne realisere prosjektet er det av stor betydning at det ligger innenfor en tilfredsstillende økonomisk ramme. Det har derfor vært en viktig del av diskusjonen om de prosjekter som juryen har hatt særlig interesse for, har vært av en slik karakter at de kan bearbeides til et nivå der økonomien kan overholdes.

Endelig vinnerprosjekt må bearbeides slik at det kommer ned på et økonomisk nivå som er akseptabelt for Helse Stavanger HF.

Innstilling/konklusjon

(...)

Juryen vil anbefale en omfattende dialog og utviklingsprosess mellom oppdragsgiver og bruker på den ene side, og forfatteren bak Albatross på den andre siden, som første fase i det videre arbeidet med prosjektet. Målet med den videre bearbeidelsen må være å bringe prosjektet ned i et akseptabelt nivå.

Dersom forhandlinger med forfatteren av Albatross ikke fører frem på de anviste premisser vil juryen anbefale oppdragsgiver å innlede forhandlinger med forfatteren av utkastet Florence. På samme måte bør en gå videre til utkastet Sinn Sano dersom forhandlinger med forfatteren bak Florence ikke fører fram.”

(10) Total kostnad på realisering av klagers forslag (hele prosjektet frem til bygget er klart til å overtas av bruker) ble beregnet til kr 289 millioner, mot 244 for leverandør nummer to og 298 for nummer 3.

(11) Innklagede inngikk ikke kontrakt og forhandlet ikke med vinnerne av konkurransen. Den 3. september 2003 hadde styret hos innklagede møte, der det ble vedtatt å ikke godkjenne noen av de innleverte forslagene. Styret henviste til investeringsrammen på kr 170-180 millioner, forutsatt i forelegget til styret av adm. dir. til styremøte av 6. desember 2002, og besluttet å gjennomføre en ny konkurranse.

Anførsler:

Klagers anførsler:

(12) Innklagede har brutt regelverket for offentlige anskaffelser.

(13) Prosjektet ble kunngjort og gjennomført som en plan- og designkonkurranse, tidligere kalt prosjektkonkurranse. Systemet er da at innklagede innleder forhandlinger med den eller de leverandørene som juryen innstiller. Klager ble innstilt som nummer én av juryen. Forhandlinger skulle derfor vært ført med klager i den hensikt å få klagers forslag tilpasset innklagedes budsjett.

(14) Redusert budsjett ble vedtatt av styret under konkurranseperioden, i god tid før tilbudsfristen utløp. Innklagede skulle uansett ha opplyst om hvilke økonomiske realiteter leverandørene måtte forholde seg til.

(15) Klager har krav på erstatning for positiv, subsidiært negativ, kontraktsinteresse.

Innklagedes anførsler:

(16) Innklagede bestrider å ha brutt regelverket for offentlige anskaffelser.

(17) Konkurransen ble gjennomført som en begrenset anbudskonkurranse. Det er da ikke tillatt å gå inn i forhandlinger. Skulle klagenemnda likevel komme til at det var en plan- og designkonkurranse, forelå det en forhandlingsrett etter § 4-3 bokstav g, men ingen plikt til å gå i forhandlinger, og under ingen omstendighet noen kontraheringsplikt. Styrets behandling av saken var avgjørende for om prosjektet skulle realiseres, slik det fremgår av konkurransegrunnlagets punkt 1.15.

(18) Det var saklig grunn til å avlyse konkurransen etter forskriftens § 10-1, da en gjennomføring ville medføre store budsjettoverskridelser. Budsjettmessige skranker er alltid å regne som "saklig grunn".

Klagenemndas vurdering:

(19) Klager har deltatt i konkurransen og har saklig klageinteresse, jf forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig.

(20) Konkurransen ble kunngjort som en "prosjektkonkurranse". Betegnelsen prosjektkonkurranse ble benyttet i forskrift av 1. juli 1994 om

tildeling av kontrakter for offentlig tjenestekjøp § 11. Bestemmelsen er videreført i dagens forskrifts § 18-1, jf § 1-4 bokstav l), kalt plan- og designkonkurranse. En plan- og designkonkurranse i tråd med forskriftens § 18-1 ble beskrevet i kunngjøringen og konkurransegrunnlaget, og slik ble konkurransen også gjennomført. Selv om konkurransegrunnlaget er uklart på dette punkt, fordi det også angir konkurranseformen begrenset anbudskonkurranse, legger klagenemnda til grunn at reglene om designkonkurranse får anvendelse, jf anskaffelsesforskriften § 18-1, jf § 1-4 bokstav l).

(21) Plan- og designkonkurranser kan gjennomføres enten med sikt på å fremskaffe en idéskisse, for så å kunngjøre en ny konkurranse for gjennomføringen, eller slik at vinneren eller en av vinnerne av plan- og designkonkurranse skal utføre tjenester i forbindelse med realisering av prosjektet. I sistnevnte fall må det fremgå av kunngjøringen. Det er tilfellet i denne saken. Oppdragsgiver kan da gå direkte i forhandlinger med vinneren eller vinnerne av konkurransen med sikte på kontrahering for de videre arbeidene i medhold av forskriftens § 4-3 bokstav g), dog slik at forskriften ikke prinsipielt er til hinder for at oppdragsgiver kontraherer direkte med vinneren av konkurransen uten å forhandle. Klagenemnda kan ikke se at innklagede har avskåret seg fra å føre forhandlinger i den foreliggende sak.

(22) Ettersom det fremgikk av kunngjøringen og konkurransegrunnlaget at det var innklagedes hensikt å skaffe en leverandør til de etterfølgende prosjekteringstjenestene, og at juryens innstilling skulle være bindende, var innklagede som utgangspunkt forpliktet til å følge opp konkurransegrunnlagets uttalte målsetting om tildeling av kontrakt ved å gjennomføre forhandlinger med klager.

(23) Spørsmålet er etter dette om innklagede hadde lov til å avlyse konkurransen uten å gjennomføre forhandlinger.

(24) Etter forskriftens § 10-1 (1) kan en oppdragsgiver avlyse en konkurranse dersom det foreligger en saklig grunn. Det er på det rene at økonomiske forhold kan tas i betraktning ved vurderingen av om det er saklig grunn til å forkaste alle tilbud med den følge at konkurransen blir avlyst, jf klagenemndas uttalelse i sak 2004/65. Når innklagedes budsjetttramme ikke dekket kostnadene ved å realisere klagers forslag, er spørsmålet om forslaget gjennom forhandlinger kunne endres slik at prosjektet ville overholde budsjettet. Ettersom juryen i begrunnelsen for avgjørelsen sterkt betonte at vinnernes prosjekter kunne bearbeides til et nivå som var tilpasset innklagedes økonomi, finner klagenemnda at innklagede ikke hadde saklig grunn til å avlyse konkurransen før det var forsøkt å endre prosjektet til innklagedes økonomiske ramme. På bakgrunn av juryens uttalelser og det faktum at styreformannen satt i juryen, legger klagenemnda til grunn at juryen var kjent med budsjetttrammen.

(25) Forbeholdet om styregodkjenning av prosjektet fritar ikke innklagede fra plikten til å gjennomføre forhandlinger med klager, slik konkurransegrunnlaget ellers er utformet

(26) Innklagede brøt derfor forskriftens § 10-1 (1) ved å avlyse konkurransen før forhandlinger var gjennomført.

(27) Ettersom budsjetttrammen for realisering av prosjektet var kjent under styremøtet 6. desember 2002, mens innleveringsfrist for forslag og honorartilbud var 27. januar 2003, hadde innklagede adgang til å informere deltakerne om budsjettet.

(28) Innklagedes budsjett skulle dekke alle utgiftene i forbindelse med realiseringen av det valgte prosjektet, og det var derfor av avgjørende betydning for leverandørene å kjenne denne rammen ved utarbeidelsen av forslagene. Særlig gjelder dette når budsjetttrammen later til å ha vært uventet lav på bakgrunn av innklagedes omfattende krav til utforming av bygget med tilhørende fasiliteter. Det vises i denne forbindelse til opplysninger fra

innklagede om at det er planlagt en ny konkurranse med en mindre omfattende kravspesifikasjon, slik at tilbudene skal holde seg innenfor budsjettammene.

(29) Klagenemnda finner derfor at innklagede brøt kravet til forutberegnelighet i lovens § 5 ved at leverandørene ikke ble gjort kjent med innklagedes budsjettamme for realisering av prosjektet.

(30) Det er begått to vesentlige feil i saken. Klagenemnda antar at vilkårene for å få erstattet den negative kontraktsinteressen foreligger.

Konklusjon:

Helse Stavanger HF har brutt forskrift om offentlige anskaffelser § 10-1 (1) ved å avlyse konkurransen uten å ha gjennomført forhandlinger med klager.

Helse Stavanger HF har brutt kravet til forutberegnelighet i lov om offentlige anskaffelser § 5, da det ikke ble opplyst om prosjektets budsjettamme, selv om denne var kjent før tilbudsfristen og det var av avgjørende betydning for leverandørene å kjenne denne rammen ved utarbeidelsen av tilbudene.

For klagenemnda,

15. juli 2004

Andreas Wahl



Forsiden
Nemndsmedlemmer
Saksbehandling
Regelverk
Innkomne saker
Statistikk
Årsrapporter
Dommer
Søk i avgjorte saker

Avgjorte saker:

[2003](#) [2004](#) [2005](#)

Besøksadresse

H. Heyerdalsgate 1
0033 Oslo

Postadresse

Postboks 8132 Dep
0033 Oslo

Tlf.: 22 33 70 10

Faks: 22 33 70 12

E-post:

postmottak@kofa.no

Avgjorte saker

Røyken kommune skulle foreta en anskaffelse som saklig lå under forsyningsforskriften, men fordi anskaffelsen lå under terskelverdiene, var det kun loven som kom til anvendelse. Kommunen hadde spesifisert at det i leveransen skulle være komponenter av et bestemt fabrikat, noe klagenemnda fant var i strid med lovens § 5 femte ledd bokstav b). Videre var det foretatt endringer med hensyn til krav til ytelsen, og det var uklart hvilke hensyn som ville bli tillagt vekt ved valg av tilbud. Klagenemnda fant at disse uklarhetene var i strid med kravene til forutberegnelighet og etterprøvbarhet i lovens § 5 tredje ledd.

Klagenemndas avgjørelse 15. juli 2004 i sak 2004/129

Klager: ITT Flygt AS

Innklaget: Røyken kommune

Klagenemndas medlemmer: Jens Bugge, Inger Roll-Matthiesen, Andreas Wahl.

Saken gjelder: Brudd på lovens § 5 femte ledd bokstav b) og § 5 tredje ledd.

Sakens bakgrunn:

(1) Røyken kommune (heretter "innklagede") inviterte 1. mars 2004 tre leverandører til konkurranse om levering av prefabrikkert avløpspumpestasjon for pumping av avløpsvann.

(2) Av konkurransegrunnlagets punkt 2.2 fremgikk det at det skulle leveres pumper med omdreiningstall på 1450 o/ minutt. Videre fremgikk det av komponentlisten at 2 stk mykstartere skulle være av fabrikatet Telemec.

(3) Det ble ikke beskrevet nærmere hvilke regler som skulle gjelde for konkurransen, utover angivelse av tilbudsfrist og at det "*Ved tilnærmet like priser vil rask levering kunne bli tillagt avgjørende vekt*".

(4) Alle tre leverandørene, herunder ITT Flygt (heretter "klager") leverte inn tilbud. ABS pumper AS leverte tilbudet med laveste pris, mens klagers tilbud var nest lavest.

(5) Den 7. mai 2004 sendte innklagede en faks der det fremgikk at "*etter en totalvurdering av tilbudene har ABS pumper det økonomisk mest fordelaktige tilbud for Røyken kommune*".

(6) Klager ba om en nærmere begrunnelse for valget, hvilket ble gitt. I begrunnelsen fremgikk det blant annet:

"Følgende punkter nådde ikke ITT Flygt AS opp i konkurransen med ABS Pumper AS:

- Post 3.2. var prisen til ITT Flygt AS vesentlig høyere. Turtall på 2900 o/min ble tatt

opp med og vurdert sammen med de øvrige spesifikasjonene til ABS Pumper.

Konklusjonen ble at Røyken kommune har ikke større driftsomkostninger på ABS

Pumper enn sammenlignbare pumpeleverandører, samt at ABS Pumper AS har de

spesifikasjonene Røyken kommune krever.

- Post 3.41 var prisen til Flygt AS høyere. ABS Pumper har levert i henhold til teknisk

beskrivelse."

(7) Klager påklaget deretter beslutningen om valg av tilbud under henvisning til at omdreiningstallene på pumpene avvek fra kravet om 1450 o/min. Videre skrev klager at "*Pumper med et høyere omdreiningstall er dessuten billigere enn pumper med lavere omdreiningstall. ABS Pumper har dermed fått en konkurransefordel i forhold til øvrige tilbydere....*".

(8) Innklagede sendte 14. mai ut telefaks til alle tre leverandørene, der det ble opplyst at:

"Etter at Røyken kommune har gjennomgått tilbudsgrunnlaget på nytt er følgende konklusjon trukket:

ABS Pumper AS og Grunnfos AS har beskrevet pumper med et høyere omdreiningstall, dette er ikke i henhold til tilbudsgrunnlaget.

Videre har ITT Flygt AS beskrevet mykstarter type IP 20 Siemens. Dette er heller ikke i etter tilbudsgrunnlaget.

Tilbudsgrunnlaget beskriver mykstartere type Telemec se nederst på komponentlisteside.

Da ingen av de mottatte tilbud er i samsvar med de krav som Røyken kommune har stilt i tilbudet velger Røyken kommune å innkalle alle tre tilbydere til forhandlinger."

(9) Klager påklaget avgjørelsen med begrunnelse at det var i strid med regelverket om offentlige anskaffelser å ikke akseptere mykstartere av type IP 20 Siemens, ettersom dette merket var likeverdig med Telemec. Innklagede var derfor forpliktet til å inngå kontrakt med klager.

(10) I telefaks fra innklagede datert 19. mai fra innklagede ble det i svar til klager opplyst at:

"Røyken kommune må velge det tilbud som har det økonomisk mest fordelaktige tilbud for Røyken kommune. Etter samråd med driftsavdelingen i Røyken kommune er Telemec det beste alternativ både pris- og kvalitetsmessig, ikke minst på lang sikt.

Konklusjonen er at Røyken kommune ikke er forpliktet til å tildele leveransen til ITT Flygt AS."

(11) I samme telefaks opplyste innklagede om de kommende forhandlingene blant annet at:

"Post 3.2:

Pumpene leveres med så lavt omdreiningstall som mulig, (krav om omdreiningstall på 1450 o/min utgår)...."

(12) Leverandørene leverte etter dette inn reviderte tilbud. Klager tilbød fortsatt pumper med 1450 o/min., men skiftet ut Siemens mykstartere med Telemec, uten at dette medførte noen prisendring. Det ble gjort også noen andre, mindre endringer. ABS Pumper AS gjorde også noen mindre endringer, men baserte seg fortsatt på pumper med 2900 o/min.

(13) Etter dette opplyste innklagede i nytt brev at *"Røyken kommune må velge det tilbud som er det økonomisk og teknisk mest fordelaktig tilbud, og etter samråd med driftsavdelingen i Røyken kommune har ABS Pumper AS fortsatt det beste tilbud."*

Klager har i det vesentlige anført:

(14) Innklagede har ikke adgang til å favorisere enkelte produkter fremfor

andre så lenge fabrikatene er tilsvarende og kan benyttes om hverandre. Dette er regulert i forskrift om offentlige anskaffelser § 5-2 (2), men prinsippet følger allerede av likebehandlingsprinsippet og kravet til konkurranse i lovens § 5 (1) og (2) samt (5) bokstav b).

(15) Klager har gitt tilbud på mykstarter type IP 20 Siemens i stedet for type Telemec. Siemens- fabrikatet har de samme funksjoner og tilfredsstillende de samme tekniske spesifikasjonene, og benyttes om hverandre i bransjen. Innklagede har ikke dokumentert at Siemens ikke er av samme kvalitet som Telemec. Innklagede er forpliktet til å godta IP 20 Siemens i stedet for Telemec mykstarter.

(16) Klager benytter vanligvis følgende leverandører av mykstartere i sine tilbud: ABB, Carlo Gavazzi, Siemens og Telemecanikk. Dette er likeverdige leverandører i henhold til kvalitet og service.

(17) Klager var den eneste av de tre leverandørene som tilfredsstilte konkurransegrunnlaget. Siden de to andre tilbudene skulle vært avvist, er innklagede forpliktet til å tildele leveransen til klager.

(18) Innklagede har ved å gå bort i fra kravet til omdreiningstall på 1450 o/minuttet foretatt en vesentlig endring av konkurransegrunnlaget. Pumper med et høyere omdreiningstall er billigere enn pumper med et lavere omdreiningstall. Realiteten i endringen av forutsetningene er at innklagede ber om en annen ytelse enn opprinnelig. Endringen er av en slik karakter at den faktisk påvirker potensielle leverandørers lyst og evne til å delta i konkurransen. Klager er konkurransedyktig på pumper med omdreiningstall på 1450 o/minuttet, og valgte derfor å bruke tid og ressurser på å utarbeide tilbud i konkurransen. Endringen er av en slik karakter at markedet generelt sett må anses å reagere annerledes på en konkurranse hvor omdreiningstallet ikke er spesifisert enn hvor omdreiningstallet er på 1450 o/minuttet. Det er i forhandlingsmøtet 27. mai erkjent av innklagede at endringen av konkurransegrunnlaget virker konkurransevridende.

(19) Det foreligger ingen saklig grunn til å endre kravsspesifikasjonen. Det må innfortolkes et krav til saklig grunn i § 5 for å kunne foreta endringer under konkurransens gang. Det foreligger ingen nye forhold som tilsier at kravet til omdreining pr. minutt endres.

(20) Ettersom pris og leveringstid var de eneste lovlige tildelingskriteriene, var det ikke anledning til å vurdere pris opp mot kvalitet på pumpene. Pumpens omdreiningstall har stor betydning for prisen. En pumpe med omdreiningstall på 2900 o/minuttet er et annet produkt enn en pumpe på 1450 o/minuttet. Når det ikke er anledning til å vektlegge annet enn pris i tildelingen, vil det være umulig å sammenligne tilbudene etter at kommunen åpnet for tilbud på pumper med annet omdreiningstall enn 1450 o/minuttet som først etterspurt.

(21) I tilsvaret til klagenemnda skriver innklagede at de har lagt vekt på vedlikehold og beredskapshensyn. Det fremgår ikke av konkurransegrunnlaget at dette er forhold som vil bli vektlagt ved tildelingen. Innklagede har ikke oppgitt i konkurransegrunnlaget at tildeling skal skje til det økonomisk mest fordelaktige tilbudet, men har kun angitt at "*ved tilnærmet like priser vil rask levering kunne bli tillagt avgjørende vekt*". Det er i strid med lovens § 5 og kravet til forutberegnelighet å vektlegge økonomiske og tekniske forhold som vedlikehold og beredsskapside.

(22) Dersom innklagede hadde skrevet i konkurransegrunnlaget at det var behov for service og delelager på mykstarterene innen en times responstid, ville klager benyttet den leverandøren som kunne overholdt dette, eventuelt ville klager selv ha lagt de aktuelle delene på lager i Oslo. Klager har selv 24 timers servicevakt i Oslo. Leveransene til kommunale pumpestasjoner består dessuten alltid av dobbelt sett med pumper og mykstartere, slik at det ikke skal være behov for umiddelbar tilgang på deler. Kommunene har altså allerede ved

innkjøp 100% back-up.

(23) Klagenemnda bes vurdere om vilkårene for erstatning for henholdsvis den negative og den positive kontraktsinteresse er til stede.

Innklagede har i det vesentlige anført:

(24) Innklagede bestrider å ha brutt regelverket om offentlige anskaffelser.

(25) Ingen av leverandørene hadde fulgt konkurransegrunnlagets spesifikasjoner, men søkt å tilby løsninger så nær opp til konkurransegrunnlaget som de fant formålstjenlig.

(26) For at forhandlingene skulle være mest mulig reelle samt at leverandørene skulle gis like muligheter til å komme med reviderte tilbud, ble leverandørene forelagt en møteplan med klargjøringer av konkurransegrunnlaget. De postene som leverandørene ikke hadde fulgt i konkurransegrunnlaget, fikk en klargjøring med mindre endringer så det ikke var rom for feilprising og misforståelser. Klargjøringen med de mindre endringene la forholdene til rette for at de aktuelle leverandørene kunne revidere sine tilbud både på pris, kvalitet, fremdrift mv.

(27) Leverandørene må tilby løsninger som innklagede er tjent med økonomisk og teknisk, særlig gjelder dette på vedlikehold og beredskapssiden.

(28) Innklagede har måttet bytte ut samtlige mykstartere av fabrikat Siemens, det er feil hvis klager påstår noe annet.

(29) Det er avgjørende at leverandører av mykstartere har et godt utbygd serviceapparat med lett tilgang på servicedeler pga fare for overløp i kloakk- og dermed forurensning. Telemec har et delelager/servicefolk ca. 1 times kjøring fra Røyken kommune. Siemens har ikke noe delelager/servicefolk lett tilgjengelig i Norge. Røyken kommune har gjort undersøkelser på følgende mykstarter vedr service og kvalitet: Siemens, Damfoss, Telemec. Av disse tre er det ingen som kan måle seg med Telemec vedrørende kvalitet og service. Det vil si innen en time kan servicemann utarbeide /skifte deler. Dette er helt avgjørende i en krisesituasjon. Telemec har også en bedre kvalitet og er mer driftsvennlig mot ledningsanlegget. Dokumentasjonen baserer seg på flere års "drifting" av pumpekummer, og signaler fra sammenlignbare kommuner.

(30) Innklagede kan foreta en spesifisering, når kontraktsgjenstanden berettiger det, jf forskrift om offentlige anskaffelser § 12-2. Dette er av tekniske og økonomiske grunner oppfylt i denne saken.

(31) Etter forhandlinger hadde ABS Pumper AS det laveste tilbudet.

Klagenemndas vurdering:

(32) Klager har deltatt i anbudskonkurransen, og har saklig klageinteresse, jf. forskrift om klagenemnd om offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig.

(33) Saken gjelder anskaffelse av avløpspumpestasjon for kloakk, og faller etter sin art inn under forskrift om innkjøpsregler for oppdragsgivere innen vann- og energiforsyning, transport og telekommunikasjon (forsyningssektoren) 5. desember 2003 nr. 1424. Anskaffelsens verdi ligger under terskelverdiene for varekontrakter i forskriftens § 11, slik at det er lov om offentlig anskaffelse som regulerer anskaffelsen.

(34) Det følger av lovens § 5 femte ledd, bokstav b) at oppdragsgiver ikke skal bruke standarder og tekniske spesifikasjoner som et virkemiddel for å hindre konkurranse. Innklagede har ikke fremlagt tilstrekkelig dokumentasjon på

at det var nødvendig å kreve mykstartere av merket Telemec, og klagenemnda finner derfor at avvisningen av klagers tilbud var i strid med lovens bestemmelse.

(35) Klagenemnda kan ikke se at det var i strid med forutsetningene i konkurransegrunnlaget eller lov om offentlige anskaffelser å innlede forhandlinger med leverandørene etter den første tilbudsrunder. At innklagede frafalt kravet til 1450 o/min, og erstattet dette med at omdreininger i minuttet skulle "være så lavt som mulig", medførte imidlertid uklarhet om hvilke omdreiningstall som ville bli godtatt, og hvilke som ville medføre avvisning av tilbudet, eventuelt om omdreiningstallene var noe som ville bli vektlagt som tildelingskriterium. Klagenemnda anser denne uklarheten for å være i strid med kravene til forutberegnelighet, gjennomsiktighet og etterprøvnbarhet i lovens § 5.

(36) Slik saken foreligger, legger klagenemnda etter dette til grunn at inngåelse av kontrakt basert på de foreliggende tilbud vil være i strid med lovens § 5. Siden kontrakt ikke er tildelt, og innklagede i dette tilfellet står fritt til å forhandle, antar imidlertid klagenemnda at de feil som er begått kan rettes ved at innklagede klargjør konkurransegrunnlaget med hensyn til tekniske minstekrav og tildelingskriterier, og gir leverandørene anledning til å levere inn et revidert tilbud.

(37) Av innklagedes tilsvare fremgår at kommunen har lagt vesentlig vekt på at leverandøren av mykstartere har et godt utbygd serviceapparat og kan ivareta beredskapshensyn. Klagenemnda kan ikke se at dette hensynet er gjort til noe tildelingskriterium i konkurransegrunnlaget, og det synes også uklart hvorledes dette kravet fra kommunens side har vært presentert overfor klager i forhandlingsrunder, slik at klager fikk anledning til å redegjøre for de servicefasiliteter som Siemens kan tilby.

(38) Klagenemnda finner at disse uklarhetene er i strid med kravene i lovens § 5 om forutberegnelighet og etterprøvnbarhet.

Konklusjon:

Røyken kommune har brutt lov om offentlige anskaffelser § 5 femte ledd bokstav b) ved å stille spesifikt krav om Telemec mykstartere.

Røyken kommune har brutt kravet til forutberegnelighet og etterprøvnbarhet i lov om offentlige anskaffelser § 5 tredje ledd ved i flere henseender å ha endret tildelingskriterier og krav til ytelse, uten at dette var formidlet ved klare endringer i konkurransegrunnlaget.

For klagenemnda, 15.7.2004

Jens Bugge



Forsiden
Nemndsmedlemmer
Saksbehandling
Regelverk
Innkomne saker
Statistikk
Årsrapporter
Dommer
Søk i avgjorte saker

Avgjorte saker:

[2003](#) [2004](#) [2005](#)

Besøksadresse

H. Heyerdalsgate 1
0033 Oslo

Postadresse

Postboks 8132 Dep
0033 Oslo

Tlf.: 22 33 70 10

Faks: 22 33 70 12

E-post:

postmottak@kofa.no

Avgjorte saker

Innklagede omgjorde beslutningen om valg av tilbud etter at meddelelse i henhold til § 17-3 (1) var gitt til leverandørene. Klagenemnda kom til at omgjøringen var i strid med § 17-3 (3), da det ikke heftet noen feil eller mangler ved tildelingsbeslutningen. I strid med § 17-3 (2) ble det heller ikke gitt noen begrunnelse for valg av leverandør etter omgjøringen.

Klagenemndas avgjørelse 15. juli 2004 i sak 2004/155

Klager: Edda Interbok

Innklaget: Molde kommune

Klagenemndas medlemmer: Jens Bugge, Inger Roll-Matthiesen, Andreas Wahl

Saken gjelder: Omgjøring av valg av tilbud. Begrunnelse.

Bakgrunn:

(1) Molde kommune (heretter kalt "innklagede") kunngjorde 23. april 2004 en konkurranse med forhandling for kjøp av lærebøker og annen litteratur til skolene i kommunen. Kontrakten var en rammeavtale over 12 måneder, med en anslått verdi på 1,1 million kroner.

(2) I henhold til konkurransegrunnlaget skulle kontrakten tildeles den leverandøren med det økonomisk mest fordelaktige tilbudet. Tildelingskriteriene var:

”

- *Vareutvalg/Sortimentsbredde*
- *Leveringstid/Leveringspresisjon*
- *Pris/Rabatt*
- *Service/Oppfølging/Oplæring*

· *Øvrige produkter/tjenester*

(3) Kriteriene var oppgitt i uprioritert rekkefølge.

(4) Innklagede mottok tre tilbud, hvorav ett fra Edda Interbok (heretter kalt "klager") og ett fra Ark Dahl (heretter kalt Ark).

(5) Den 13. mai 2004 gjennomførte innklagede forhandlingsmøter med leverandørene. Tilbudene ble så evaluert med de endringene som var gjort i forhandlingene. Forhandlingene og evalueringen av tilbudene ble foretatt av et brukerutvalg, bestående av ansatte i kommunen med særlig produktfaglig og innkjøpsfaglig kompetanse. Brukerutvalget var sammensatt av fire representanter fra skolene i kommunen, to rektorer og to inspektører, én fra skoleavdelingen i kommunen og innkjøpssjefen.

(6) Klagers pris var kr 1.096.500, mens Arks pris var 1.091.800. På bakgrunn av den marginale prisforskjellen sidestilte innklagede de to leverandørene med hensyn til dette kriteriet. Om kriteriet "*Vareutvalg/Sortimentsbredde*" konkluderte innklagede med at begge leverandørene hadde godt vareutvalg og at det ikke var mulig å skille i vesentlig grad mellom dem. Også med hensyn til leveringstid og leveringspresisjon ble konklusjonen at det ikke var grunnlag for å skille vesentlig, selv om Ark gjennomgående tilbød noe raskere levering.

(7) I vurderingen av "*Service/Oppfølging/Opplæring*" konkluderte imidlertid innklagede med at klager "*totalt sett trolig har det beste opplegget*". Det ble blant annet vektlagt at klager kunne tilby større bredde i kurs/seminarer. Når det gjaldt "*Øvrige produkter/tjenester*", ble det konkludert med at klagers tilbud var best, med flest tilbudte produkter og tjenester, i tillegg til fordelene med et e-handelssystem. Innklagedes brukerutvalg konkluderte derfor med at klagers tilbud var det økonomisk mest fordelaktige.

(8) Den 19. mai 2004 ble det meddelt at innklagede hadde valgt klager som leverandør. Valget var utførlig begrunnet, og det ble oppgitt en klagefrist.

(9) Avgjørelsen ble påklaget av Ark i brev av 27. mai 2004. Rådmannen gjennomgikk klagen, men fant ikke grunn til å endre beslutningen om valg av leverandør. I sin inntilling til Drifts- og forvaltningsstyret anbefalte rådmannen derfor at valget ble opprettholdt. Drifts- og forvaltningsstyret er ett av kommunens to politiske styrever med ansvar for bestemte saksfelter, herunder innkjøp. Styret er sammensatt av et utvalg politikere fra kommunestyret.

(10) Drifts- og forvaltningsstyret avholdt møte 14. juni 2004. Styret konkluderte med at klagen fra Ark skulle tas til følge. Det ble ikke gitt noen begrunnelse for vedtaket ut over at Arks tilbud var det økonomisk mest fordelaktige.

(11) I tilsvaret til klagenemnda ble omgjøringen begrunnet med at Drifts- og forvaltningsstyret hadde kommet til et annet resultat enn rådmannen etter gjennomgang av de to tilbudene opp mot tildelingskriteriene. Det het blant annet:

"DF har ved sin realitetsgjennomgang av saken i stor grad vektlagt de samme momenter som brukerutvalg og rådmann har gjort. Imidlertid har DF tillagt en del av vurderingselementene en annen innbyrdes vekt, for det vesentlige basert på den ekspertise/erfaringsbakgrunn som en rekke medlemmer i DF er i besittelse av. Det kan her bl.a nevnes at DF's leder er mangeårig rektor ved en av kommunens største ungdomsskoler og flere av medlemmene har bred erfaring fra næringsliv/offentlig virksomhet."

(12) Når det gjaldt pris, ble det konkludert med at Ark hadde det beste tilbudet, ettersom det var ca kr 4.000 billigere enn klagers tilbud. De to

leverandørene ble imidlertid likestilt på kriteriet "Vareutvalg/Sortimentsbredde". Videre vurderte Drifts- og forvaltningsstyret Arks tilbud som noe bedre på "Leveringstid/Leveringspresisjon" og "Service/Oppfølging/Opplæring", sistnevnte på grunn av at Ark tilbød skolebesøk. Styret var uenig med brukerutvalget og rådmannen i at klagers elektroniske bestillingsløsning var noe vesentlig fortrinn og konkluderte med at det ikke kunne skille vesentlig mellom de to tilbudene på kriteriet "Øvrige produkter/tjenester".

Anførsler:

Klagers anførsler:

(13) Innklagede brøt regelverket for offentlige anskaffelser ved å omgjøre vedtaket om tildeling av kontrakt. Det var ikke gjort feil i den opprinnelige evalueringen.

(14) Videre var det feil av innklagede at det ikke ble gitt begrunnelse for omgjøringen.

Innklagedes anførsler:

(15) Drifts- og forhandlingsutvalget kom, etter en grundig gjennomgang av saken, til en annen konklusjon enn brukerutvalget og rådmannen, og tok klagen til følge for å kunne velge det økonomisk mest fordelaktige tilbudet.

Klagenemndas vurdering:

(16) Klager har deltatt i konkurransen og har saklig klageinteresse, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Anskaffelsen følger etter sin verdi del III i forskrift om offentlige anskaffelser, jf. § 2-2.

(17) Spørsmålet i saken er om innklagede hadde adgang til å omgjøre beslutningen om valg av tilbud etter at meddelelse om valg av tilbud var gitt leverandørene i henhold til § 17-3 (1).

(18) I henhold til § 17-3 (3) kan oppdragsgiver, mellom tidspunktet for meddelelse om valg av tilbud til leverandørene og tidspunktet for kontraktinngåelse, omgjøre beslutningen om tildelingen av kontrakt dersom tildelingen "ikke er i samsvar med § 17-2". Kontrakten anses inngått når den er undertegnet av begge parter, jf. § 17-3 (1).

(19) Omgjøring av valg av tilbud ble behandlet av klagenemnda i sak 2003/183. Spørsmålet gjaldt forskriftens § 10-3 (3), som gjelder for kontrakter som hører under forskriftens del II, men som har en identisk ordlyd. Klagenemnda uttalte:

"Bestemmelsen gir ikke oppdragsgiver en fri adgang til å omgjøre en beslutning om valg av tilbud. Utgangspunktet må være at det foreligger en feil eller mangel ved beslutningen som kan ha påvirket valget av tilbud. Beslutningen må være i strid med forskriftens § 10-2."

(20) Spørsmålet blir dermed om den opprinnelige beslutningen om valg av tilbud var beheftet med en feil eller mangel som kan ha påvirket utfallet. Etter en gjennomgang av begrunnelsen for valg av tilbud, kan klagenemnda ikke se at denne inneholder noen feil eller mangel. Dette er heller ikke anført av innklagede. Grunnen til at innklagede kom til et annet resultat ved klagebehandlingen, var at Drifts- og forvaltningsstyret ved sin evaluering vektla enkelte forhold ved tilbudene noe annerledes enn brukerutvalget, ikke at brukerutvalgets skjønnsutøvelse hadde vært feilaktig eller mangelfull. Innklagede har dermed brutt forskriftens § 17-3 (3) ved å omgjøre valg av tilbud når den første tildelingen var i samsvar med § 17-2.

(21) Begrunnelsesplikten etter § 17-3 (2) gjelder også for meddelelsen om tildeling av kontrakt etter omgjøring. Innklagede brøt derfor § 17-3 (2), da klager ikke ble gitt noen begrunnelse ved meddelelsen om at beslutningen om valg av tilbud var omgjort.

Konklusjon:

Molde kommune har brutt forskrift om offentlige anskaffelser § 17-3 (3) ved å omgjøre en tildelingsbeslutning som det ikke heftet noen feil eller mangler ved og som var meddelt klager.

Molde kommune har brutt kravet til begrunnelse i § 17-3 (2), da det ikke ble gitt begrunnelse for omgjøringen av valget av tilbud.

For klagenemnda,

15. juli 2004

Inger Roll-Matthiesen



Forsiden
Nemndsmedlemmer
Saksbehandling
Regelverk
Innkomne saker
Statistikk
Årsrapporter
Dommer
Søk i avgjorte saker

Avgjorte saker:

[2003](#) [2004](#) [2005](#)

Besøksadresse

H. Heyerdalsgate 1
0033 Oslo

Postadresse

Postboks 8132 Dep
0033 Oslo

Tlf.: 22 33 70 10

Faks: 22 33 70 12

E-post:

postmottak@kofa.no

Avgjorte saker

Innklagede gjennomførte en konkurranse om levering av kurs for arbeidssøkende i kommunikasjon. Det ble angitt fem kriterier for valg av tilbud. Innklagede valgte et tilbud som lå fire til fem ganger over de andre tilbudene i pris, uten at det er gitt en begrunnelse for dette som tilfredsstillende kravene i forskriftens § 17-3 (2). Innklagede har heller ikke under klagebehandlingen vært i stand til å gi noen tilfredsstillende forklaring på valg av tilbud. Klagenemnda konkluderte derfor med at skjønnsutøvelsen har vært vilkårlig, og at valg av tilbud var i strid med kravet til forutberegnelighet, gjennomsiktighet og etterprøvnbarhet i lovens § 5. Klagenemnda kom til at det var begått slike feil at det kunne være grunnlag for erstatning for den negative kontraktsinteressen.

Klagenemndas avgjørelse 14. juni 2004 i sak 2003/ 247

Klager: Kompetansefabrikken AS

Innklaget: Aetat Tiltak

Klagenemndas medlemmer: Per Christiansen, Svein Dahl, Morten Goller

Saken gjelder: Krav til etterprøvnbarhet. Klagefrist. Begrunnelse for valg av tilbud. Krav til skjønnsutøvelsen ved valg av tilbud. Negativ kontraktsinteresse.

Bakgrunn:

(1) Aetat Tiltak (heretter kalt "innklagede") kunngjorde 3. september 2003 en konkurranse med forhandling for levering av kurs i "rasjonell og effektiv kommunikasjon". Det fremgikk av kunngjøringen at:

"Aetat ønsker å kjøpe et åtteukers kurs i kommunikasjon. Kurset omhandler skriveteknikk, møtetearbeid, muntlig fremstilling, presentasjonsteknikk, transaksjonsanalyse og lytteteknikk. Kurset skal holdes i Oslo og ha 20 deltagere. Kurset skal starte 131003".

(2) Det ble i konkurransegrunnlaget oppstilt krav til dokumentasjon av leverandørenes kvalifikasjoner, herunder i form av årsregnskap, beskrivelse av organisasjon og referanser. Videre skulle det som del av tilbudene leveres inn en beskrivelse av kursene. Kriterier for valg av tilbud, angitt i ikke-prioritert rekkefølge var:

*"Pris**Faglige kvalifikasjoner**Kursperiode**Kvalitet**Aksept av kontraktsvilkår"*

(3) Det ble levert inn fem tilbud, herunder fra Kompetansefabrikken AS (heretter kalt "klager"). Klagers tilbud var på kr 359.150, og var nest høyest i pris. Innklagede valgte å inngå kontrakt med leverandøren som leverte tilbudet med høyeste pris, nemlig på kr 1.159.257.

(4) I protokollen fremgår det om valg av tilbud at:

"Vi har valgt Nivåmetoden som kursarrangør. De hadde det beste faglige innholdet, meget gode referanser fra tidligere kurs og det best økonomisk fordelaktige tilbudet for vår målgruppe".

(5) Tilsvarende formulering ble benyttet som begrunnelse for valg av tilbud i etterfølgende brev til klager.

(6) I tilsvar til klagenemnda under klagebehandlingen opplyser innklagede at:

"Med hensyn til vektlegging av de forskjellige kriteriene ved valg av leverandør, vil det prosentvise anslaget se omtrent slik ut:

<i>Kvalitet (vurdering av innholdet i tilbudet)</i>	<i>40 %</i>
<i>Faglige kvalifikasjoner (lærekrefter)</i>	<i>30 %</i>
<i>Jobbmuligheter for deltakerne etter avsluttet kurs/</i>	
<i>leverandørens bruk av eget nettverk</i>	<i>20 %</i>
<i>Pris</i>	<i>10 %"</i>

Klager har i det vesentlige anført**Manglende forhandlinger**

(7) Det ble ikke gjennomført forhandlinger med klager. Til tross for en rekke telefoniske henvendelser lyktes ikke klager å komme i kontakt med ansvarlig person hos Aetat Tiltak før den 15. oktober 2003 – etter at kurset hadde startet. Det har ikke vært annen kontakt mellom klager og innklagede før dette, og det er ikke gitt noen mulighet til å levere inn revidert tilbud.

Mangelfull meddelelse om valg av tilbud

(8) Meddelelse om valg av tilbud ble først gitt den 20. oktober, syv dager etter at kurset hadde startet og kontrakt var inngått. Meddelelsen inneholdt ikke tilstrekkelig begrunnelse for valg av tilbud.

(9) Brevet som innklagede hevder er sendt den 6. oktober 2003, synes å være opprettet først den 20. oktober 2003.

Nye kriterier for valg av tilbud

(10) I tilsvaret fra innklagede fremkommer det at kriteriene "kursperiode" og "aksept av kontraktsvilkår" ikke lenger vektlegges. I stedet er det kommet et nytt kriterium, nemlig "Jobbmuligheter for deltakerne etter avsluttet kurs/leverandørens bruk av eget nettverk".

Erstatning

(11) Det kreves erstatning for utgifter ved å ha deltatt i konkurransen.

Innklagede har i det vesentlige anført

(12) Det ble gjennomført innledende forhandlinger med samtlige leverandører og deretter mer omfattende forhandlinger med de tre leverandørene som ble ansett for å være mest aktuelle. Klager var ikke en av disse tre.

(13) Det foreligger ingen notater fra forhandlingene, og det kan derfor ikke redegjøres eksakt når de fant sted. Saksbehandler mener å huske at to andre leverandører ble innkalt til forhandlinger, i tillegg til den valgte leverandøren. Hun tok muntlig kontakt med klager for å orientere om hva det ville bli lagt vekt på ved valg av leverandør og hva klager burde foreta av endringer i forhold til sitt opprinnelige tilbud. Klager ble samtidig gitt en frist med mulighet til å levere en revidert versjon av tilbudet. Klager kom ikke med noe revidert eller spesifisert tilbud på bakgrunn av dette.

(14) Det ble innhentet referanse fra Aetat Arbeidsdirektoratet for tilsvarende type kurs som ble avholdt der, i tillegg til at valgte leverandør kunne vise til kurs for 39 ulike offentlige institusjoner og private bedrifter. Dette tilsier at leverandøren har erfaring og gjennomføringsevne. Det ble bare foretatt kontroll av referanser for de tre tilbudene som ble ansett for å være mest aktuelle etter de innledende forhandlingsrundene.

(15) Klagers presentasjon av kurset var for enkel og det var lagt for lite vekt på at kurset skulle føre til at deltakerne skulle tilegne seg ferdigheter som gjør at man bruker mindre skrivetid og lesetid på dokumenter, samtidig som dokumentene får en kort, konsis og lettfattelig fremstilling slik at budskapet kan oppfattes hurtig. I tillegg bar tilbudet lite preg av at jobbsøking ville stå sentralt og at nettverket til kursarrangøren ville bli benyttet under gjennomføringen av kurset.

(16) Brev om valg av leverandør ble sendt ut til leverandørene en uke før avtalen ville bli undertegnet. Brev om valg av leverandør ble sendt samtlige leverandører 6. oktober, mens avtalen skulle undertegnes 13. oktober. Brev om valg av tilbud ble ettersendt til klager den 20. oktober, da klager påpekte at brevet ikke var mottatt. Avtalen med den valgte leverandøren ble undertegnet i midten av november.

(17) Det var uheldig at klagefristen ble satt til en dato etter at avtalen skulle vært signert. I praksis var dette likevel ikke problematisk, ettersom avtalen først ble undertegnet etter at klagefristen hadde løpt ut.

Klagenemndas vurdering

(18) Klager har deltatt i konkurransen og har saklig klageinteresse, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Anskaffelsen følger reglene i forskrift om offentlige anskaffelser del III.

(19) Skriftlig saksbehandling gir klagenemnda ikke tilstrekkelig grunnlag for å fastslå hvilket faktum som må legges til grunn med hensyn til om det er gjennomført forhandlinger med klager eller ikke. At det ikke finnes notater om eventuelle forhandlinger, og om tidspunkt for den anførte kontakten, er imidlertid i strid med kravet til etterprøvnbarhet i lovens § 5.

(20) Forskriftens § 17-3 første og andre ledd lyder:

(1) Oppdragsgivers beslutning om hvem som skal tildeles kontrakt skal skriftlig meddeles samtidig til alle deltakerne i rimelig tid før kontrakt inngås. Med "kontrakt er inngått" menes tidspunktet for undertegning av kontrakt av begge parter.

(2) Meddelelsen skal inneholde en begrunnelse for valget og angi frist for leverandører til å klage over beslutningen.

(21) Bestemmelsen forutsetter at leverandørene skal ha reelle muligheter til å klage over beslutning om valg av tilbud. Dersom en irreversibel ytelse leveres helt eller delvis før kontrakt undertegnes av begge parter, vil leverandørens klagemuligheter bli illusorisk. Klagenemnda finner derfor at innklagede har brutt forskriftens § 17-3 (1) ved å sette klagefristen til etter at kurset var påbegynt.

(22) Klagenemnda kan ikke se at den begrunnelse som ble gitt tilfredsstillende kravene til begrunnelse i forskriftens § 17-3 (2). Den valgte leverandøren hadde en tilbudspris som lå fire til fem ganger over de øvrige tilbudene. En så markant prisforskjell krever en særlig god begrunnelse for å velge leverandøren med den høyeste prisen. Valget som er gjort er så vidt spesielt at bl a totalprisen på det valgte tilbudet burde ha fremgått av begrunnelsen, og i sær utfyllende opplysninger om hvilke sider ved det valgte tilbudet som mer enn oppveide prisforskjellen til de øvrige leverandørene. Slik begrunnelse er ikke gitt.

(23) Innklagede har i sitt første tilsvaret til klagenemnda opplyst at det ble lagt 20 % vekt på "Jobbmuligheter for deltakerne etter avsluttet kurs/ leverandørens bruk av eget nettverk". At det er lagt vekt på "leverandørens bruk av eget nettverk" fremkommer også andre steder i tilsvaret.

(24) Etter at klager på dette grunnlaget anførte at kriterier for valg av tilbud i så fall har blitt endret, skrev innklagede at: "...vi kom i skade for å sitere tildelingskriterier hentet fra konkurransegrunnlaget i en annen konkurranse..." I denne saken anfører innklagede således at det ved en feil skal ha tatt blitt sitert en tildelingskriterium benyttet i en annen konkurranse. Dette til tross for at kriteriet i tilsvaret omtales flere ganger, og at det til og med angis hvilken vekt kriteriet ble tillagt i evalueringen.

(25) De vansker innklagede har med å begrunne valg av tilbud – selv i ettertid -, gjør at klagenemnda legger til grunn at innklagedes skjønnsutøvelse ved valg av tilbud kan betegnes som vilkårlig. Innklagede har således ved valg av tilbud brutt kravene til forutberegnelighet, gjennomsiktighet og etterprøvnbarhet i lovens § 5.

(26) Klagenemnda mener at det er begått slike feil i gjennomføringen av konkurransen at klager kan ha krav på erstatning for utgifter ved å ha deltatt i konkurransen (negativ kontraktsinteresse).

Konklusjon:

Aetat Tiltak har brutt krav til etterprøvbarhet i lovens § 5 ved ikke å føre referat fra påståtte forhandlingsmøter.

Aetat Tiltak har brutt forskriftens § 17-3 (1) ved ikke å gi meddelelse om valg av tilbud i "rimelig tid" før kontrakt er inngått.

Aetat Tiltak har brutt forskriftens § 17-3 (2) ved ikke å gi tilstrekkelig begrunnelse for valg av tilbud.

Aetat Tiltak har brutt kravene til forutberegnelighet, gjennomsiktighet og etterprøvbarhet i lovens § 5 ved valg av tilbud.

Klagenemnda vil etter forskriften § 12 be opplyst innen 8. juli 2004 hva som vil bli gjort for å unngå tilsvarende feil i fremtiden,

For klagenemnda, 14. juni 2004

Per Christiansen



Forsiden
Nemndsmedlemmer
Saksbehandling
Regelverk
Innkommne saker
Statistikk
Årsrapporter
Dommer
Søk i avgjorte saker

Avgjorte saker:

[2003](#) [2004](#) [2005](#)

Besøksadresse

H. Heyerdalsgate 1
0033 Oslo

Postadresse

Postboks 8132 Dep
0033 Oslo

Tlf.: 22 33 70 10

Faks: 22 33 70 12

E-post:

postmottak@kofa.no

Avgjorte saker

I en anskaffelsesprosess for syke transport forkastet innklagede klagers tilbud som økonomisk uakseptable. Resultatet var at det ikke ble inngått kontrakter om kjøring i en rekke av kommunene i Nordland fylke, og at innklagede fortsatte å foreta direkteanskaffelser etter maksimalprisforskriftens satser. Klagenemnda hadde ikke grunnlag for å ta endelig stilling til om det forelå saklig grunn for å forkaste tilbudene, men fant uansett at innklagedes praksis med direkteanskaffelser var i strid med regelverket.

Klagenemndas avgjørelse 14. juni 2004 i sak 2004/65

Klager: Nordland Taxi AS

Innklaget: Helse Nord RHF

Klagenemndas medlemmer: Per Christiansen, Svein Dahl, Morten Goller

Saken gjelder: Forkastelse av tilbud. Avlysning. Direkte anskaffelse.

Bakgrunn:

(1) Fylkestrygdekontoret i Nordland kunngjorde 28. oktober 2003 en åpen anbudskonkurranse for syke transport. Da ansvaret for syke transport ved årsskiftet ble overført til helseforetakene, ble konkurransen sluttført av Helse Nord RHF (heretter kalt "innklagede"). Anskaffelsen skulle gjennomføres som en ren priskonkurranse, jf forskriftens § 10-2 (1) annet alternativ.

(2) Leverandørene ble invitert til å gi tilbud på to transportkategorier for hver kommune i fylket. Transportkategori én var "turer innenfor kommunen og utenom den organiserte samordningen av kjørekontoret (turer under 25 km)", mens transportkategori to var "turer ut av kommunen/fylket, og med samordning gjennom kjørekontoret (turer over 25 km)". Tilbud kunne gis på hele eller deler av fylket og på én eller begge transportkategorier. Fylket har 45 kommuner. Ettersom det er to transportkategorier i hver kommune, blir det totale antall kontrakter 90.

(3) Pris skulle oppgis som kilometergodtgjørelse. Innen hver transportkategori kunne leverandørene oppføre kilometerpris for fem-seters bil og turvogn/maxitaxi tilpasset rullestolbrukere, minstepris for korte turer og pris per minutt ventetid pålagt av kjørekontoret.

(4) Nordland Taxi AS (heretter kalt "klager") la inn tilbud på kjøring i 30 kommuner. Klager tilbød med fem-seters bil for alle de 30 kommunene og med maxi-taxi/turvogn for de fleste av disse. Klagers priser varierte mellom kr 8,24 til kr 11,33 per kilometer for fem-seters bil og kr 8,24 og kr 13,90 per kilometer for turvogn/maxitaxi for transportkategori 1. For transportkategori 2 varierte prisene fra kr 7,21 til kr 9,78 for fem-seters bil og fra kr 8,18 til kr 12,87 for turvogn/maxitaxi.

(5) Til sammenligning er gjeldende maksimalpriser kr. 7.10 per kilometer, jf forskrift om maksimalpriser for kjøring med drosjebil av 25. februar 2004 § 3. Det beregnes tillegg på 21 - 35% for kjøring utenom tidsrommet 0600 – 1900 på hverdager, jf § 4.

(6) Den 12. februar 2004 ble klager meddelt resultatet av konkurransen. For 33 av de i alt 90 kontraktene ble samtlige tilbud forkastet, med den begrunnelse at de ikke var økonomisk akseptable. I flere av disse kommunene deltok klager som eneste leverandør. For de resterende kommunene gikk kontraktene til andre leverandører enn klager.

Anførsler:

Klagers anførsler:

(7) Klager anfører at innklagede ikke hadde lov til å forkaste tilbudene i de aktuelle kommunene.

(8) Innklagedes vurdering av tilbudene som ikke økonomisk akseptable kan ikke aksepteres. Tilsvarende og høyere priser er blitt akseptert av andre helseforetak. Videre er resultatet blitt at bevillingshavere på stedet inntil videre kjører etter Konkurransetilsynets maksimalprisforskrift, dvs. en høyere pris enn klagers tilbud.

Innklagedes anførsler:

(9) Innklagede anfører at det var saklig grunn til å forkaste klagers tilbud og avlyse konkurransen hva angår de aktuelle kommunene. Resultatet er blitt at det bestilles turer som kjøres etter maksimalprisforskriften. Dette blir rimeligere for innklagede.

Klagenemndas vurdering:

(10) Klager har deltatt i konkurransen og har saklig klageinteresse, jf forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig.

(11) Klagenemnda finner det hensiktsmessig å avgrense mot de tilfellene der klager ikke hadde det beste tilbudet. Dermed behandles bare de tilfellene der klagers tilbud var det rimeligste eller eneste, i alt 33 kontrakter.

(12) Etter forskrift om offentlige anskaffelser § 10-1 (2) kan oppdragsgiver forkaste alle tilbud dersom resultatet av konkurransen gir saklig grunn for det. Det faktum at det bare er én leverandør som inngir tilbud kan etter omstendighetene i seg selv være grunn for å avlyse konkurransen etter § 10-1 (1), jf klagenemndas uttalelse i sak 2003/75. Innklagedes evalueringsdokumenter viser imidlertid at grunnen til avlysning ikke var at det bare forelå ett tilbud, men at klagers tilbud ble forkastet som økonomisk uakseptabelt. Konkurransen ble dermed avlyst hva angår en del av kontraktene i medhold av § 10-1 (2). Klagenemnda vil tilføye at saklighetskravet uansett er det samme etter første og annet ledd.

(13) Spørsmålet er om innklagede hadde saklig grunn til å forkaste klagers tilbud som økonomisk uakseptable. Saklighetskravet ble behandlet av Høyesteretts kjæremålsutvalg i Rt 2001 s 473, der utvalget siterte og sluttet seg

til følgende tolkning fra lagmannsretten:

"Lagmannsretten finner at det ikke i seg selv kan anses som en usaklig grunn for avlysningen at en annen løsning enn det som var beskrevet i innbydelsen, oppfattes å være økonomisk gunstigere. Økonomiske og andre forretningsmessige hensyn må generelt anses som legitime. I hvert fall må dette som utgangspunkt være en grunn som ikke gir grunnlag for å sette avlysningen til side."

(14) Det følger av dette at tilbudene kan forkastes etter § 10-1 (2) dersom de er uakseptabelt høye. Klagenemnda har ikke et tilstrekkelig faktisk grunnlag for å kunne ta endelig stilling til dette spørsmålet. For ordens skyld skal det bemerkes at hvis det er riktig slik klager hevder, at kostnadene ved fortsatt å foreta direkte anskaffelser overstiger kostnadene forbundet med deres tilbud, vil det i hvert fall være vanskelig å se at det var saklig å forkaste tilbudene.

(15) Uansett er det klart at ikke innklagede som følge av konkurransens utfall kan fortsette med direkte anskaffelser, men enten må benytte de muligheter regelverket gir til å gå over til konkurranse med forhandling, eller utlyse en ny konkurranse. I dette tilfellet har resultatet av avlysningen vært at innklagede har fortsatt å bruke direkte anskaffelser, der kjøring skjer etter maksimalprisforskriften.

(16) For kontrakter som inngås regelmessig skal kontraktens verdi beregnes over tolv måneder, jf § 2-3 (8). Innklagede har anslått at ett års syketransport med drosje i Nordland fylke har en verdi av omkring 80 millioner kroner. Ved å inngå direkte anskaffelser, selv om dette ikke gjelder på alle ruter, bryter dermed innklagede forskriftens § 4-1, jf § 2-2.

Konklusjon:

Helse Nord RHF har brutt forskrift om offentlige anskaffelser § 4-1 ved å foreta direkte anskaffelser.



Forsiden
Nemndsmedlemmer
Saksbehandling
Regelverk
Innkomne saker
Statistikk
Årsrapporter
Dommer
Søk i avgjorte saker

Avgjorte saker:

[2003](#) [2004](#) [2005](#)

Besøksadresse

H. Heyerdalsgate 1
0033 Oslo

Postadresse

Postboks 8132 Dep
0033 Oslo

Tlf.: 22 33 70 10

Faks: 22 33 70 12

E-post:

postmottak@kofa.no

Avgjorte saker

Innklagede har gjennomført en konkurranse med forhandling om kjøp av barneverntjenester. Som ett av tildelingskriteriene ble det opplyst at det ville bli innhentet en uttalelse fra fylkesmennene på antall pålegg og merknader siste år, i tillegg til en "totalvurdering" av tiltakene. Flere fylkesmenn ønsket imidlertid ikke å gi noen totalvurdering, og for flere av leverandørene var det ikke gjennomført noe tilsyn siste år. For leverandørene dette gjaldt valgte oppdragsgiver å gi de 0 poeng. Klagenemnda kom til at dette var i strid med kravet til likebehandling. Et annet tildelingskriterium forutsatte at det skulle gjennomføres en befarings, og at det som følge av denne ville bli gitt poeng for ulike sider ved tiltakene. Innklagede valgte ikke å gjennomføre befarings, siden en befarings måtte gjennomføres på et senere tidspunkt i forbindelse med godkjenning av tiltakene. Innklagede ga derfor alle leverandørene 9 poeng på kriteriet. Klagenemnda la til grunn at dette var vilkårlig skjønnsutøvelse. Ved utvelgelsen av hvilke leverandører som skulle inviteres til forhandlinger la innklagede vekt på pris i tilbudene. Klagenemnda la til grunn at dette var i strid med forskriftens § 16-3 (2).

Klagenemndas avgjørelse i sak 2004/76 den 14. juni.2004

Klager: Tiltaksgruppen AS

Innklaget: Statens barnevern og familievern

Klagenemndas medlemmer: Per Christiansen, Svein Dahl og Morten Goller

Saken gjelder: Tildelingskriterier. Utvelgelse til forhandlinger. Krav om at forutsetninger i konkurransegrunnlaget må følges.

Bakgrunn

(1) Barne- og familiedepartementet kunngjorde på vegne av på vegne av Statens barnevern og familievern ved Region Vest (heretter kalt "innklagede") en konkurranse med forhandling om kjøp av barneverntjenester den 16. september 2003. I kunngjøringen ble anskaffelsen beskrevet som følger:

"Statens Barnevern og familievern ved Region Vest ber om tilbud på langtidsplasser for ungdom med alvorlige atferdsvansker. Leverandør må kunne gi et tilbud som inneholder omsorg og behandling i samsvar med kravene i konkurransegrunnlaget og ivaretagelse av retten og plikten til skole/opplæring for ungdom plassert etter §§ 4-24, 2. ledd og 4-26 i lov av 17. juli 1999, nr. 100 Lov om Barneverntjenester."

(2) I konkurransegrunnlaget fremgikk det at:

"Oppdragsgiver har valgt å gjennomføre denne anskaffelsen som en konkurranse med forhandling, jfr. FOA § 16-3. Alle leverandører som ønsker det vil få tilsendt konkurransegrunnlag, og får anledning til å levere inn tilbud. Oppdragsgiver vil på grunnlag av leverandørens tilbud ta stilling til hvilke leverandører man ønsker å inngå kontrakt med".

(3) Tildelingskriteriene ble nærmere beskrevet som følger, i prioritert rekkefølge:

"Kvalitet

Sekkebegrepet kvalitet vil i denne konkurransen omfatte fire kategorier: faglig arbeid, kompetanse, referanse og befaring.

Ad faglig arbeid:

<i>Bruk av behandlingsprogrammer</i>	<i>Familiearbeid</i>	<i>Oppfølging</i>	<i>Proses</i>
--	----------------------	-------------------	---------------

Ad kompetanse:

<i>Sammensetting av faglig kompetanse</i>	<i>Erfaring fra relevant arbeide</i>	<i>Bruk av ekstern veiledning</i>	<i>D n</i>
---	--	---------------------------------------	----------------

Ad referanse:

Oppdragsgiver vil innhente en uttalelse fra aktuelle fylkesmenn, der det bes om et resymé av tilsynsrapportene siste 365 dager. Her bes Fylkesmannen om å uttale seg om de eventuelle merknader/kommentarer som har vært avgitt vedrørende tiltaket det siste året. Konkret vises det til § 11 i FOR 1993-01-09 nr 550: Forskrift om tilsyn i barneverninstitusjoner for omsorg og behandling. Oppdragsgiver vil be om en oversikt over antall pålegg, klager og merknader som Fylkesmannen har registrert vedrørende hver enkelt tilbyder. I tillegg vil det bli bedt om en totalvurdering av tiltaket, der Fylkesmannen bes gi en vurdering av institusjonens ivaretagelse av brukernes rettssikkerhet.

Ad befaring:

Oppdragsgiver vil gjennomføre en befaring ved tiltakene. Oppdragsgiver vil vektlegge fysiske forhold ved institusjonen, så som renhold, ryddighet og vedlikehold. Sett i forhold til institusjonens målgruppe og målsetting skal institusjonen ha:

Tilstrekkelige fellesarealer

Lokaler som er egnet til fritidsaktiviteter

Lokaler som er egnet til opplæring, jf. opplæringsloven § 13 annet ledd

Egnede utearealer

Tilstrekkelig leke- og fritidsmateriell

Tilfredsstillende vedlikehold og hygienisk standard

Totalkostnad

*Pris på tjenesten skal gis i henhold til bestemmelsene i punkt 5
Omfang – prising, samt bestemmelsene i Del 3: kontraktsutkast. Se
for øvrig det følgende punktet 4.2 evaluering.*

4.2. Evaluering

Kvalitet: Alle de ovenstående komponentene vil bli tillagt vekt og vil samlet telle mot en totalvurdering av de enkelte tilbudene. Hver komponent vil bli gitt en karakter som siden vektas og summeres i en total karakter for hver tilbyder.

Totalkostnad: Leverandørens tilbud vil bli justert på basis av de overvåkingskostnader Statens Barnevern og Familievern vil ha i forbindelse med de inngåtte kontraktene. Disse kostnadene utgjøres dels av lønnskostnader slik som overtidsbetaling og sært tillegg, dels av utgifter til å dekke opphold eller kost, og til sist av utgifter knyttet til reising. Oppdragsgiver vil beregne sine overvåkingskostnader og legge dette til det inngitte tilbudet. Tilbudene vil så bli sortert og delt inn i ti statistisk like store grupper. Hver av disse gruppene vil bli gitt en karakter der den dyreste gruppen får karakteren 0 og den rimeligste gruppen får karakteren 9.

De to kriteriene vektas slik:

Kvalitet: 65 vekttall

Pris: 35 vekttall

Leverandørens tilbud vil bli evaluert etter disse kriteriene og rangert:

<i>Kriterium: Faglig arbeid</i>	<i>Karakter:</i>	<i>Delvekt:</i>	<i>Sum:</i>	<i>Totalvekt</i>
<i>Bruk av behandlingsprogrammer:</i>		50		25
<i>Familiearbeid:</i>		20		
<i>Oppfølging:</i>		20		
<i>Prosedyrebeskrivelser:</i>		10		

Kriterium: Kompetanse	Karakter:	Delvekt:	Sum:	Totalv
Sammensetning av faglig kompetanse		30		25
Erfaring fra relevant arbeid:		30		
Bruk av eksterne veiledere:		20		
Deltakelse i faglig nettverk:		20		

Kriterium: Referanse	Karakter:	Delvekt:	Sum:	Totalvekt:
Antall pålegg:		40		10
Antall merknader:		30		
Helhetsinntrykk:		30		

Kriterium: Befaring	Karakter:	Delvekt:	Sum:	Totalvekt:
Fysiske forhold:		100		5

Døgnpris	Overvåkingskostnader	Totalkostnad	Karakter	Totalv
.....			35
.....	+	=		
.....			

Basert på det ovenstående og forutsetningene i pkt. 5.1 Omfang vil Oppdragsgiver velge ut 3-10 leverandører som går videre til forhandlinger (se nedenstående punkt om omfang).”

(4) Innklagede mottok 32 tilbud. Alle ble vurdert som kvalifisert, men en av leverandørene gikk konkurs under evalueringsperioden. Det var derfor 31 leverandører som fikk sine tilbud evaluert. En av disse var Tiltaksgruppen AS, heretter kalt ”klager”.

(5) Innklagede sendte 7.1.2004 ut brev til fylkesmennene. I brevet fremgikk det at:

”Statens barnevern og familievern er nå i gang med kjøp av private barnevernsplasser. Innkjøpet skjer via konkurranse med forhandlinger. I

konkurransesgrunnlaget går det fram at en vil be om en uttalelse fra aktuelle fylkesmenn i form av et resymé av tilsynsrapporter siste 365 dager. En ber derfor om en oversikt over antall pålegg, klager og merknader vedr. hver tilbyder, som fylkesmennene har registrert i ovennevnte periode. I tillegg bes det om en konklusjon om hvorvidt fylkesmannen vil anbefale videre bruk av tiltaket eller ikke.”

(6) I protokollen ble innklagedes evaluering beskrevet nærmere:

”På vurdering av behandlingsprogrammer har vi valgt å sette 0 ved beskrivelse av

generell miljøterapi når de ikke beskriver spesielle behandlingsprogrammer. Der

behandlingsprogrammer er beskrevet er det gitt karakteren 9...

Der fylkesmannen ikke har vært på besøk siste år er det gitt 0 på alle delkarakterer

under referanse pkt. pålegg og merknader. Det samme gjelder for institusjoner som

er ukjent for fylkesmannen. Det er også satt 0 på helhetsinntrykk på alle da det er

ulik praksis fra fylkesmennene på om de gir anbefaling eller ikke.”

(7) Det ble deretter regnet ut en poengsum for hvert av tilbudene, der klagers tilbud ble rangert som nummer elleve. Innklagede inviterte imidlertid bare de åtte leverandørene med høyeste poengsum til forhandlinger.

(8) I brev 17.3.2004 ble klager meddelt at det var gjennomført forhandlinger med et utvalg av leverandørene, og at det ville bli inngått avtale med syv av disse. Det ble opplyst at:

”Deres tilbud ble vurdert i forhold til kvalitet og pris. Tilbudet synes å gi uttrykk for barneverntjenester av god kvalitet. Beregningen av totalkostnader ved bruk av deres tjenester har likevel ført til beslutningen om å se bort fra kontraktsinngåelse med dem i denne anskaffelsesrunden”.

Klager har i det vesentlige anført:

(9) Klager har fremmet flere anførsler om forhold knyttet til overtidarbeid hos de valgte leverandørene.

(10) Klager hadde reell mulighet til å få kontrakten, og skulle derfor vært invitert til å forhandle. Klagers pris kunne blitt redusert gjennom forhandlingene.

(11) Det var ikke adgang til å la være å gjennomføre en befaring. Befaring fremgikk som et tildelingskriterium. Forholdene mellom tidligere befaringer og den planlagte befaringen, beskrevet i konkurransesgrunnlaget, kan ha endret seg og det er ikke sikkert at fokus ved befaringene ville være det

samme.

(12) Alle virksomheter som var godkjent fikk karakter 9 på kriteriet beforing. Ordningen med poenggivning fra 0 til 9 krever en individuelle vurdering som ikke er foretatt ved den automatiske poenggivningen. Det er forskjell på endelig og midlertidig godkjente virksomheter, og midlertidig godkjente virksomheter kan under enhver omstendighet ikke gi 9 poeng.

(13) Kriteriet "Helhetsinntrykk" er ikke objektivt, og kan derfor ikke benyttes. Når det først ble oppstilt som kriterium, var det imidlertid heller ikke adgang til å bare se bort fra kriteriet. Det var da i strid med regelverket å bare se bort fra kriteriet.

(14) Det kan ikke benyttes kriteriene "Helhetsinntrykk", "Pålegg" og "Merknader" ved siden av hverandre.

(15) Under kriteriene pålegg/merknader kan det ikke legges til grunn 0 poeng på alle delkarakterene der fylkesmannen ikke har vært på besøk. At han ikke har vært på besøk innebærer ikke at det foreligger mangler ved virksomheten som ville utløse merknader eller pålegg.

(16) Begrunnelsen som ble gitt for valg av tilbud er ikke tilstrekkelig konkret.

(17) Det er grunnlag for erstatning.

Innklagede har i det vesentlige anført

(18) I forbindelse med behandling om søknader om godkjenning må de aktuelle institusjoner som samtidig var tilbydere i konkurransen også befares av statlig regional barnevernmyndighet. Det var overflødig å foreta to befaringer på de samme tiltakene fra samme instans tilnærmet samtidig. Det ble lagt inn som en forutsetning at de tiltakene man skulle gjennomføre forhandlinger med var godkjent i henhold til kvalitets- og godkjennelsesforskriften, slik at alle leverandørene i utgangspunktet ble gitt karakteren 9 på dette punkt. Konklusjonen ble at de tiltakene som ble godkjent eller midlertidig godkjent skulle gå videre i prosessen. Regionene foretok så befaringene i forbindelse med gjennomføring av godkjenningsforskriften.

(19) Det var i samsvar med regelverket å velge ut bare de åtte leverandørene som fikk høyest poengsum på evalueringen til forhandlinger. Når så mange leverer tilbud kan ikke alle regne med å få komme til forhandlinger. Prising er alltid en problemstilling når man leverer inn tilbud i en konkurranse med forhandling. Leverandørene må ikke levere inn så høy pris at de ikke kommer med i forhandlingene. Dette er en avveining. Klagers måtte ha kommet med lavere pris for å få nok poeng til å komme med i forhandlingene.

(20) Differansen fra klagers pris til prisene i de valgte tilbudene var i overkant av 18 %. Dette må i tilfelle anses som et uvanlig høyt forhandlingsmonn.

(21) Klagers anførsel om at "helhetsinntrykk" er et ulovlig tildelingskriterium er ikke relevant, da dette ikke har hatt betydning for valg av leverandør. Det var flere fylkesmenn som av ulike årsaker ikke ønsket å gi en vurdering av leverandørens helhetsinntrykk. Det var da ikke mulig å gi karakter på dette kriteriet, og dette ble løst ved å gi alle 0 poeng.

(22) Begrunnelsen for valg av tilbud er tilstrekkelig. Det kom klart frem at det ikke var noe å utsette på kvaliteten i tilbudet, og at det var pris per døgn som ga negativt utslag ved vektingen.

(23) Det er ikke grunnlag for å kreve erstatning.

Klagenemndas vurdering

(24) Klager har deltatt i konkurransen, og har saklig klageinteresse, jf forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Anskaffelsen gjelder uprioriterte tjenester, og følger derfor reglene i forskriftens del III, jf forskriftens § 2-1 (3).

(25) Klagenemnda finner det ikke hensiktsmessig å gå inn på klagers anførsler knyttet til de valgte leverandørenes forhold til arbeidsmiljølovgivningen.

(26) Oppdragsgiver skal velge ut hvem som skal inviteres til forhandlinger blant leverandører som tilfredsstillter kravene for deltakelse i konkurransen, jf forskrift om offentlige anskaffelser § 16-3 (1). Utvelgelsen skal skje på grunnlag av den foreliggende informasjon om leverandørenes stilling og tekniske, økonomiske og finansielle kapasitet, jf § 16-3 (2) som etter sin ordlyd ikke gir adgang til å legge vekt på andre forhold.

(27) Tilbudenes priser vedrører verken leverandørenes stilling eller tekniske, økonomiske og finansielle kapasitet. Klagenemnda kan på denne bakgrunn ikke se at saksbehandlingen har vært i samsvar med forskriftens § 16-3 (2) når tilbudt pris har dannet grunnlag for vurderingen av hvem som skal velges ut til forhandlingene. Det vises her til klagenemndas avgjørelse i sak 2003/38. Klagenemnda vil tilføye at det kan reises spørsmål ved hensiktsmessigheten av at det alltid skal være utelukket å kunne tillegge andre forhold – herunder pris – ved utvelgelsen av de leverandører det skal forhandles med.

(28) Klagenemnda kan for øvrig ikke se at det i den foreliggende sak, hvor klager i tilbudet bare lå ca 18 % over det valgte tilbud, ville være grunnlag for innklagede å legge til grunn at klager som følge av sin tilbudte pris ikke ville ha reell mulighet i dette tilfelle for å få tildelt kontrakt, jf forskriftens § 16-3 (3) andre punktum. Ved konkurranse med forhandlinger vil tilbudene forutsetningsvis forbedres i løpet av forhandlingsprosessen, og rangeringen av tilbudene kan som følge av dette bli endret.

(29) Når befaring, definert som fysiske forhold ved institusjonen, slik som renhold, ryddighet og vedlikehold var oppstilt som tildelingskriterium, innebærer dette at innklagede skal foreta en rangering av tilbudene. Videre var forutsetningene i konkurransegrunnlaget at innklagede skulle foreta en befaring som skulle danne grunnlag for en slik rangering.

(30) Innklagede har ikke holdt seg til sine egne forutsetninger i konkurransegrunnlaget på dette punktet, og har således opptrådt i strid med kravet til forutberegnelighet i lovens § 5. Videre var det vilkårlig skjønnsutøvelse av innklagede å uten videre gi samtlige leverandører 9 poeng på det aktuelle kriteriet, uten noen nærmere vurdering. Evalueringen var således også i strid med forskriftens § 17-2 (1).

(31) Klagenemnda antar at det ikke er i strid med regelverket å knytte ett av tildelingskriteriene opp mot en etterfølgende uttalelse fra fylkesmennene. Innklagede forutsatte imidlertid i konkurransegrunnlaget at det forelå tilsynsrapporter siste 365 dager, og at fylkesmennene ville gi de nødvendige vurderinger av tiltakene. Når det i konkurransegrunnlaget ikke var tatt hensyn til muligheten for at slike tilsynsrapporter ikke forelå, og når flere fylkesmenn ikke ville gi de nødvendige vurderinger, kan klagenemnda vanskelig se at den oppståtte situasjonen kunne håndteres på noen forsvarlig måte. Å gi de leverandørene det gjaldt 0 poeng på kriteriet, fremstår som vilkårlig og i strid med kravet til likebehandling i lovens § 5.

(32) Slik konkurransen har utviklet seg, både med hensyn til manglende befarings, et sviktende konkurransegrunnlag i forhold til ett av tildelingskriteriene og at utvelgelsen ble basert på ulovlige hensyn, kan klagenemnda vanskelig se at innklagede kan rette feilene på annen måte enn å gjennomføre konkurransen på ny.

Konklusjon:

Statens barnevern og familievern har brutt forskrift om offentlige anskaffelser § 16-3 (2) ved å legge vekt på tilbudspris ved utvelgelse av hvilke leverandører som skulle inviteres til forhandlinger.

Statens barnevern og familievern har brutt kravet til forutberegnelighet i lovens § 5 ved å la være å gjennomføre en befarings som beskrevet i konkurransegrunnlaget.

Statens barnevern og familievern har brutt forskriftens § 17-2 (1) ved vilkårlig å gi alle leverandørene 9 poeng på tildelingskriteriet "befarings", uten at nødvendig befarings ble gjennomført.

Statens Barnevern og familievern har brutt kravet til likebehandling i lov om offentlige anskaffelser § 5 ved å gi 0 poeng til leverandører der fylkesmennene ikke hadde gjennomført tilsyn siste året, eller der fylkesmennene ikke ville gi noen vurdering av tiltakene.

For klagenemnda, 14. juni 2004

Svein Dahl



Forsiden
Nemndsmedlemmer
Saksbehandling
Regelverk
Innkomne saker
Statistikk
Årsrapporter
Dommer
Søk i avgjorte saker

Avgjorte saker:

[2003](#) [2004](#) [2005](#)

Besøksadresse

H. Heyerdalsgate 1
0033 Oslo

Postadresse

Postboks 8132 Dep
0033 Oslo

Tlf.: 22 33 70 10

Faks: 22 33 70 12

E-post:

postmottak@kofa.no

Avgjorte saker

Innklagede inngikk en kontrakt med et boligbyggelag der boligbyggelaget påtok seg å opprette et borettslag for omsorgsboliger, drifte borettslaget under byggeprosessen og selge boligene m m. For forretningsførsel og salg skulle boligbyggelaget få et honorar på kr 750.000 av borettslaget. Klagenemnda kom til at kontrakten mellom innklagede og boligbyggelaget var gjensidig bebyrdende, og at den var underlagt regelverket for offentlige anskaffelser. Det dreide seg om anskaffelse av tjenester i regi av kommunen, og selv om borettslaget skulle betale vederlaget, var det kommunen som fastsatte vederlagets størrelse, og som hadde full styring og kontroll med borettslaget i den perioden det var snakk om. Reglene om offentlige anskaffelser skulle derfor vært fulgt.

Klagenemndas avgjørelse 1. juni 2004 i sak 2003/226

Klager: Nedre Eiker Boligbyggelag

Innklaget: Nedre Eiker kommune

Klagenemndas medlemmer: Inger Marie Dons Jensen, Kai Krüger, Bjørg Ven

Saken gjelder: Regelverkets virkeområde. Gjensidig bebyrdende kontrakt. Tjenestekonsesjon. Krav til konkurranse.

Bakgrunn:

(1) Nedre Eiker kommune (heretter kalt "innklagede") vedtok i kommunestyremøte den 24. september 2003 bygging av Bråta bo- og aktivitetssenter. Senteret skulle bestå av institusjonsplasser, omsorgsboliger og et aktivitetssenter. Det ble vedtatt at både bygging og salg av omsorgsboligene skulle gjennomføres av et boligbyggelag på vegne av et borettslag under stiftelse.

(2) Nedre Eiker Boligbyggelag (heretter kalt "klager") var i forkant av vedtaket blitt kontaktet av innklagede. Klager og innklagede avholdt to møter,

henholdsvis 18. juli og 15. august 2003. Innklagede hadde i løpet av samme tidsrom vært i kontakt med to andre boligbyggelag: Lier Boligbyggelag (heretter kalt "LBBL") og Tønsberg Boligbyggelag. På forespørsel innga LBBL pristilbud på forretningsførsel og salg

(3) I et tilleggsnotat fra rådmannen utarbeidet i anledning kommunestyremøtet 24. september 2004 ble det opplyst at det var fremforhandlet en avtale mellom kommunen og LBBL.

(4) I henhold til avtalen skulle LBBL etablere borettslaget, drive forretningsførsel under byggeprosessen og deretter gjennomføre salg av boligene. For dette skulle LBBL få et vederlag fra borettslaget på kr 250.000 for forretningsførsel og 500.000 for salgsprosessen, totalt kr 750.000. I tillegg skulle direkte kostnader forbundet med salg av boligene faktureres borettslaget særskilt, og dokumentbehandling tilknyttet hver enkelt boenhet skulle faktureres andelseieren/kjøperen.

(5) Borettslaget skulle overta som byggherre, gå inn i kontrakten med den entreprenøren kommunen hadde valgt, og kjøpe tomte fra daværende eier samt prosjektmaterialet fra kommunen. Alle kostnader forbundet med prosjektet skulle borettslaget betale. Beboerne av hver leilighet skulle betale et engangsinnskudd på kr 183.000 til borettslaget. Kommunen skulle gi en garanti, begrenset til kr 10.000.000. For hver solgte leilighet skulle garantien trappes ned med kr 185.000. Byggelederne for borettslaget, som byggherre for omsorgsboliger, og innklagede, som byggherre for sykehjem og aktivitetssenter, skulle "samarbeide om felles fremdrift av de totale byggearbeidene".

(6) LBBL skulle fungere som generalforsamling for borettslaget under stiftelsen og oppnevne et byggestyre for borettslaget. Etter bygge- og salgsprosessen skulle byggestyret erstattes av et styre valgt etter borettslagslovens regler. Byggestyret skulle velges av generalforsamlingen "etter forutgående samtale med kommunen".

(7) Borettslaget ble stiftet 13. november 2003. Kommunens rådmann hadde fått fullmakt fra kommunestyret til å utpeke to representanter til byggestyret, mens hovedutvalget skulle utpeke en tredje representant. Generalforsamlingen i LBBL valgte byggestyret, bestående av de tre personene kommunen hadde foreslått.

(8) Den 21. januar 2004 holdt formannskapet i kommunen møte, der det ble vedtatt at innklagede skulle anbefale for LBBL som generalforsamling at bare ett av tre medlemmer i byggestyret skulle utpekes av innklagede. Bakgrunnen for dette var usikkerhet rundt spørsmålet om borettslaget ville omfattes av regelverket for offentlige anskaffelser. I notatet fra møtet het det blant annet:

"Etter at Arne Ivar Flaten tiltrådte styret for borettslaget, ba han i en henvendelse til rådmannen om en avklaring av styrets og Nedre Eiker kommunes rolle i forhold til lov og forskrifter om offentlige anskaffelser. I sin henvendelse viste Flaten bl. annet til at kommunen har oppnevnt alle tre representantene til byggestyret og dermed har en bestemmende innflytelse over organet eller virksomheten. Videre at kommunen har oppnevnt mer enn halvparten av medlemmene av organets eller virksomhetens styrende organer. Ut fra dette og andre kriterier kunne resultatet etter Flatens oppfatning bli at lov og forskrifter om offentlige anskaffelser også gjelder for borettslaget.

Rådmannen ba etter dette om en juridisk vurdering av forholdet. En delkonklusjon fra advokat Torstein Arendt, Kluge Advokatfirma DA, av 12.01.04 er:

I og med at det er noe usikkert om omsorgsboligene tjener allmennhetens behov, vil jeg råde kommunen til ikke å oppnevne mer enn halvparten av styremedlemmene eller på annen måte ha kontroll med borettslagets forvaltning (utover det som står i vedtektene) eller finansiere hoveddelen av omsorgsboligene.”

Anførsler:*Klagers anførsler:*

(9) Klager anfører at innklagede har brutt regelverket for offentlige anskaffelser.

(10) Anskaffelsens verdi overstiger klart kr 200.000. Når innklagede ikke har gjennomført en anskaffelsesprosess, foreligger det en ulovlig direkteanskaffelse.

(11) Kontrakten mellom innklagede og LBBL er ingen tjenestekonsesjon. Innklagede stiller med en garanti på opptil 10 millioner og har dermed den økonomiske risikoen. Videre skal innklagede samarbeide med LBBL om fremdriften og utpeke medlemmer til styret i borettslaget. Innklagede har dermed stor grad av kontroll med prosjektet. I tillegg har innklagede opsjon på kjøp av halvparten av de ferdige boligene. Når hendelsesforløpet vurderes helhetlig, er det klart at vi står overfor en anskaffelse etter regelverkets forstand.

Innklagedes anførsler:

(12) Forholdet mellom innklagede og LBBL omfattes ikke av lov om offentlige anskaffelser med forskrifter. Klagenemnda har følgelig ikke kompetanse til å behandle saken og må avvise den.

(13) LBBLs ytelser er til borettslaget, og honoraret er betalt av borettslaget. Styret er valgt av LBBL, og borettslaget har den kommersielle risikoen. Garantien fra kommunen er begrenset til kr 10 millioner, mens totale byggekostnader er på rundt kr 69 millioner.

(14) Selv om klagenemnda skulle komme til at den opprinnelige avtalen er gjensidig bebyrdende, vil avtalen likevel ikke falle inn under virkeområdet for regelverket, da det vil være tale om en konsesjonskontrakt.

Klagenemndas vurdering:

(15) Klager er potensiell leverandør og har saklig klageinteresse, jf forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Kontrakten hører etter sin verdi under del III i forskrift om offentlige anskaffelser, dersom den etter sin art er omfattet.

(16) Spørsmålet er om kontrakten som pålegger LBBL å etablere borettslaget, drive forretningsførsel for borettslaget under byggeprosessen og selge boligene, omfattes av regelverket for offentlige anskaffelser.

(17) Forskrift om offentlige anskaffelser får anvendelse ved tildeling av offentlige vare-, tjeneste- og bygge- og anleggskontrakter, jf § 1-3 (1). Med kontrakt menes en gjensidig bebyrdende avtale som inngås skriftlig mellom en oppdragsgiver og en leverandør, jf § 1-4 bokstav a). Forretningsførsel og salg av boliger vil være en tjeneste som omfattes av dette.

(18) Klagenemnda konstaterer innledningsvis at det her ikke dreier seg om et initiativ fra boligbyggelaget selv om utbygging av omsorgsboliger i egen regi. Det gjelder et prosjekt som kommunen har initiert, hvor man ønsker at omsorgsboliger skal bygges ut i regi av et boligbyggelag/borettslag.

(19) Avtalen mellom innklagede og LBBL ble inngått på en tid da borettslaget ennå ikke var opprettet, og borettslaget dermed ikke kunne pådra seg forpliktelser. Det er kommunen som etter kontrakten betinger seg spesifikt angitte tjenester fra LBBL, nemlig stiftelse av borettslaget, forretningsførsel for dette i byggeperioden og salg av borettslagets andelsleiligheter. Vederlaget for tjenestene er fastsatt i avtalen mellom LBBL og kommunen. Borettslaget skal betale vederlaget til LBBL, men kommunen må antas å ha påtatt seg en forpliktelse ved kontraktsinngåelsen til å sørge for at dette skjer. Etter det valgte opplegget har kommunen - gjennom byggestyret - kontroll med borettslaget i den aktuelle periode og kan sørge for at vederlaget blir betalt.

(20) Klagenemnda kommer derfor til at selv om honoraret skal belastes borettslagets regnskap, er det innklagede som både formelt og reelt er LBBLs kontraktspart i denne første fase som gjelder betaling for forretningsførsel og salg av boliger. Ved at kommunen forplikter det fremtidige borettslaget, må kontrakten sees som en gjensidig bebyrdende kontrakt og omfattes av regelverket for offentlige anskaffelser. Klagenemnda har derfor kompetanse etter lovens § 7a, og avvísingspåstanden tas ikke til følge.

(21) Innklagede har etter dette brutt regelverket for offentlige anskaffelser ved at anskaffelsen ikke er kunngjort som en konkurranse, jf lovens § 5 annet ledd, og ved at prosessen ikke har vært ført etter de prosedyrer regelverket foreskriver, jf forskriften § 11-1.

(22) Klagenemnda konstaterer at det både etter gjeldende og etter ny lov om borettslag av 6. juni 2003 nr 39, med ikrafttredelse etter lovens § 14-1 ventet 1. januar 2005, er mulig å etablere frittstående borettslag, slik at det kan være konkurranse mellom boligbyggelagene og private aktører om forretningsførsel for omsorgsboliger når slike organiseres som borettslag uavhengig av tilknytning. En begrensning ved å stille krav om at bare boligbyggelag kan yte slike tjenester, ville på dette område undergrave lovens konkurranseprinsipp, siden man ikke kan utelukke at også private aktører ville kunne utføre oppgaver av den art som denne saken dreier seg om. At etablerte boligbyggelag ofte vil ha et faktisk og rettslig konkurransefortrinn ved utlysning av denne slags boligprosjekter, er en annen sak.

(23) Det spørsmål som senere ble tatt opp av formannen i det nystiftede borettslaget, om borettslaget med et flertall av styremedlemmer utpekt av kommunen vil være underlagt regelverket om offentlige anskaffelse, har ingen betydning for spørsmålet i nærværende sak, som gjelder kommunens innledende innkjøp av tjenester for å få prosjektet igangsatt.

(24) Innklagedes subsidiære anførsel om at forholdet er en tjenestekonsesjon, kan ikke føre frem. LBBL mottar et fast honorar for en på forhånd definert tjeneste. Det kan ikke sees at LBBL påtar seg noen risiko eller mulighet for ytterligere fortjeneste ved det begrensede oppdrag som omhandles i avtalen. At avtalen regulerer hvordan utgiftene senere skal belastes, endrer ikke på dette. Det er således ikke snakk om noen konsesjonskontrakt.

Konklusjon:

Innklagedes påstand om at saken skal avvíses fra behandling i klagenemnda, tas ikke til følge.

Nedre Eiker kommune har brutt lovens § 5 annet ledd samt forskrift om offentlige anskaffelser § 11-1 ved å gjennomføre en anskaffelse uten kunngjøring av en konkurranse.

For klagenemnda,

Oslo 1. juni 2004

Björg Ven



Forsiden
Nemndsmedlemmer
Saksbehandling
Regelverk
Innkomne saker
Statistikk
Årsrapporter
Dommer
Søk i avgjorte saker

Avgjorte saker:
[2003](#) [2004](#) [2005](#)

Besøksadresse
H. Heyerdalsgate 1
0033 Oslo

Postadresse
Postboks 8132 Dep
0033 Oslo

Tlf.: 22 33 70 10

Faks: 22 33 70 12

E-post:

postmottak@kofa.no

Avgjorte saker

Klagenemnda la til grunn at flere tildelingskriterier relaterte seg til leverandørenes kvalifikasjoner, og derfor ikke var egnet til å identifisere det økonomisk mest fordelaktige tilbudet. Videre ble det oppstilt kriterier som var i strid med likebehandlingsprinsippet og forbudet mot diskriminering på grunnlag av nasjonal eller lokal tilhørighet. Klager åpnet for at leverandørene kunne levere inn tilbud basert på fastpris og tilbud basert på regningsarbeid, men med et øvre tak. I evalueringen baserte innklagede seg på en sammenligning av fastprisen med det øvre taket. Dette medførte at det uten nærmere begrunnelse ble lagt til grunn at klager ville benytte 430 flere timer på arbeidet enn den valgte leverandør. Klagenemnda fant at denne skjønnsutøvelsen var vilkårlig.

Klagenemndas avgjørelse den 1. juni 2004 i sak 2004/67

Klager: Fagtakst AS

Innklaget: Harstad kommune

Klagenemndas medlemmer: Inger Marie Dons Jensen, Kai Krüger, Bjørg Ven

Stikkord: Krav om at tildelingskriteriene skal være egnet til å identifisere det økonomisk mest fordelaktige tilbud. Plikt til å avlyse konkurransen. Diskriminering på grunnlag av nasjonal eller lokal tilhørighet. Krav til likebehandling.

Bakgrunn:

(1) Harstad kommune (heretter kalt "innklagede") kunngjorde 19.1.2004 en åpen anbudskonkurranse for anskaffelse av byggeledelse. I e-post der konkurransegrunnlaget ble sendt ut til leverandørene som ønsket å delta, fremgikk det at:

" Arbeidsopplegget for oppdraget skal beskrives. Pristilbudet kan gis som fastpristilbud, eller som øvre ramme. Timepris og antatt timeforbruk skal

oppgis”.

(2) I konkurransegrunnlagets punkt 1.5. fremgikk det at ved valg av tilbud ville følgende bli vektlagt:

”

Kompetanse (generell kompetanse, spesialkompetanse, referanser, samarbeidende parter og prosjektorganisering, etc).

Sikkerhet (kvalitetssikring, ansvarsforsikring, økonomisk soliditet, personalforhold, eierforhold etc).

Kapasitet (eget personell, samarbeidende parter, instrumenter og utstyr, EDB-utstyr og programvare, omsetning etc).

Nærhet (hovedkontorets beliggenhet, lokalisering av saksbearbeidere, lokalisering av samarbeidspartnere, annet ovenfor oppdragsgiver, annet ovenfor øvrige etc).

Prosjektgjennomføringen (løsningsmetode, ressursanvendelse, leveringstid og framdrift etc).

Oppdragsgivers erfaring med rådgiveren (firmakompetanse, firmasikkerhet, firmasamarbeid, andre forhold etc).

Pris”

(3) Det ble ikke opplyst om kriteriene var angitt i prioritert rekkefølge eller ikke.

(4) Innklagede mottok seks tilbud, herunder fra Fagtakst AS (heretter kalt ”klager”). Tilbudene anslo antall arbeidstimer som ville gå med til mellom 1.650 timer og 2.900 timer.

(5) Klagers tilbud var basert på en timepris på kr. 450,-, og med en øvre ramme på kr. 742.500 eks. mva. Timepris for eventuelle tilleggsytelser var kr. 500,-. Det fremgikk av tilbudet at klager kalkulerte arbeidet til 1.650 timer. ”Sikkerhet” og ”Kapasitet” var særskilt omtalt.

(6) Innklagede valgte et tilbud fra Norconsult AS. Dette tilbudet hadde fastpris på kr. 684.500,- eks. mva. For eventuelle tilleggsarbeider som ikke var omfattet av fastprisen, var timesatsen kr. 570,- eks. mva. Det ble opplyst i tilbudet at det var lagt til grunn et totalt ressurs forbruk på 1.220 timer. Samtlige kriterier, med unntak av ”Oppdragsgivers erfaring med rådgiveren”, ble særskilt omtalt.

(7) Klager ble ikke gitt noen begrunnelse for valget av tilbud.

Klager har i det vesentlige anført:

Det økonomisk mest fordelaktige tilbud

(8) Klagers tilbud var det økonomisk mest fordelaktige. Klager tilbød et timeforbruk på 1.650 timer, mens den valgte leverandøren tilbød 1.220 timer. Dette er en forskjell på 430 timer. Den valgte leverandørens pris er tilsynelatende kr. 58.000,- lavere enn klagers tilbud. Dersom den valgte leverandøren skal utføre like mange arbeidstimer som klager, innebærer dette imidlertid et tillegg i pris på kr. 241.230,-. Et timeforbruk på 1.650 er et minimum av hva som er forsvarlig i denne byggeprosessen.

(9) Dersom 1.220 timer var "noenlunde i samsvar med påregnet forbruk av tid", må det reises spørsmål ved hvorfor dette ikke ble opplyst i konkurransegrunnlaget. Samtlige av de øvrige leverandørene har vurdert tidsforbruket annerledes. Dersom tidsforbruket hadde blitt opplyst på forhånd, ville tilbudene således også blitt vesentlig lavere.

Forhandlinger vedrørende ressursanvendelsen

(10) Det har vært avholdt et møte mellom innklagede og den valgte leverandøren etter anbudsåpning. I dette møtet ble det foretatt ulovlige forhandlinger. Det vises til at den valgte leverandøren på forespørsel fra innklagede opplyste at det ikke ville bli fakturert for ressursanvendelse utover estimert timeforbruk på 1.220 timer. Leverandøren kjente på dette tidspunktet de øvrige tilbudene, og visste derfor at de hadde tilbudt vesentlig større ressursanvendelse, og at dette hadde betydning for vurderingen av tilbudene. At spørsmålet ble stilt av innklagede, er i seg selv en bekreftelse på at kommunen hadde forventet at timeforbruket ville bli høyere enn det Norconsult AS hadde oppgitt.

Ulovlige tildelingskriterier

(11) Årsaken til uenigheten om hvilket tilbud som var lavest i pris, skyldes at det var adgang både til å levere inn tilbud basert på regningsarbeid med en øvre ramme og tilbud basert på en fastpris. Tilbud basert på fastpris vil ikke kunne sammenlignes med tilbud basert på regningsarbeid uten at det i evalueringen legges til grunn et estimat over hvor mange timer som sannsynligvis vil medgå. I evalueringen er dette ikke gjort. Derimot er leverandørens øvre tak i tilbudene lagt til grunn, noe som ikke uten videre kan anses som det mest sannsynlige utfallet. Det vises her til klagenemndas avgjørelse i sak 2003/190.

(12) Tildelingskriteriet "Sikkerhet" ble i konkurransegrunnlaget definert gjennom underkriteriene "økonomisk soliditet" og "eierforhold". Klagenemnda har i flere tidligere avgjørelser lagt til grunn at økonomisk soliditet er et kvalifikasjonskrav og ikke et tildelingskriterium. Tildelingskriteriet er derfor ulovlig.

(13) Tilsvarende gjelder i forhold til kriteriet "Kapasitet", som er definert blant annet gjennom underkriteriet "omsetning".

(14) Tildelingskriteriet "Nærhet" er i strid med forbudet mot forskjellsbehandling av leverandører basert på geografisk tilhørighet, jf forskrift om offentlige anskaffelser § 3-1 (3).

(15) "Oppdragsgivers erfaring med rådgiveren" har klagenemnda i tidligere avgjørelser lagt til grunn er et ulovlig tildelingskriterium, siden kriteriet usaklig forskjellsbehandler leverandører som ikke har tidligere erfaring med oppdragsgiver, jf lov om offentlige anskaffelser § 5.

(16) For samtlige kriterier, med unntak av pris, er det i definisjonen av kriteriene benyttet "etc" som underkriterium, noe som indikerer at underkriteriene ikke er uttømmende. Dette må anses i strid med forskriftens § 17-2 (2), der det fremgår at samtlige kriterier som vil bli benyttet, skal angis i kunngjøringen eller i konkurransegrunnlaget.

Avlysning av konkurransen

(17) Konkurransen må avlyses og gjennomføres på nytt som følge av de feil som er begått.

Innklagede har i det vesentlige anført:

Det økonomisk mest fordelaktige tilbud

(18) Forskjellen i ressursanvendelsen er ikke tillagt særlig vekt. Dette skyldes at den oppgitte ressursanvendelsen fra den valgte leverandøren (1.220 timer) er noenlunde i samsvar med påregnet forbruk av tid til byggeledelse i det aktuelle prosjektet.

(19) Det er ikke tatt forbehold om ekstragodtgjørelse for arbeid som ikke omfattes av den valgte leverandørens tilbud.

(20) Den valgte leverandøren har ved tidligere oppdrag for kommunen vist seg å være seriøs og utfører oppdrag på en utmerket måte. Dette tilsier at leverandørens tidsforbruk ikke er vurderingstema i denne saken. Ressursanvendelsen kan ikke vurderes på lik linje med anbudssummen. I så fall ville leverandørene kunne "blåse opp" forbruk av timer uten at dette fullt ut hensyntas når anbudssummen beregnes.

Forhandlinger vedrørende ressursanvendelsen

(21) Det bestrides at det har vært ført forhandlinger.

Ulovlige tildelingskriterier

(22) Ingen av leverandørene synes å ha ansett det som problematisk at det var adgang til både å gi tilbud på fastpris og øvre ramme. Dersom det ikke blir gjort endringer i oppdraget, vil det enten være "fastpris" eller "øvre ramme" som vil være den pris som skal gjøres opp med leverandøren. Skjer det derimot endringer ved for eksempel tilleggsarbeider, vil oppgjøret for disse arbeidene skje etter oppgitt timepris.

(23) Den valgte leverandøren skal ha kr. 570,- pr. time eks. mva., mens klager skal ha kr. 500,- pr. time. Det ble ikke opplyst om prisen var med eller uten mva. Uansett vil en forskjell i timesatsen for tilleggsarbeider ikke tilsi at klagers tilbud vil kunne utligne prisforskjellen mellom tilbudene. Formuleringen som innklagede benyttet, kunne imidlertid med fordel ha vært klarere.

(24) Kriteriene "Sikkerhet", "Kapasitet" og "Nærhet" er kvalifikasjonskrav. Det viktige er at ingen av disse kriteriene har spilt noen rolle i utvelgelsen av anbyder, fordi samtlige anbydere antas å ha både sikkerhet og kapasitet for en jobb som dette.

(25) Når det gjelder kriteriet "Nærhet", kjenner innklagede ikke til at noen firmaer har latt være å inngi tilbud på grunn av dette kriteriet. At innklagede har god erfaring med den valgte leverandøren, ble ikke brukt som selvstendig tildelingskriterium, men som utfyllende faktaopplysning vedrørende estimatet over forventet forbruk av tid.

Avlysning av konkurransen

(26) Den valgte leverandøren har utvilsomt gitt det laveste tilbudet. Det vil derfor være uriktig å gjennomføre en ny anbudsrunde. Dette også fordi klager antagelig nå har fått innsyn i tilbudet fra den valgte leverandøren. Dessuten vil en ny anbudsrunde medføre en betydelig forsinkelse av et viktig prosjekt for kommunen.

Klagenemndas vurdering

(27) Klager har deltatt i konkurransen og har saklig klageinteresse, jf forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Klagen følger etter sin verdi reglene i forskriftens del III.

Ulovlige tildelingskriterier

Kriteriene "Sikkerhet" og "Kapasitet"

(28) Oppdragsgiver kan oppstille kvalifikasjonskrav knyttet til leverandørenes økonomiske og tekniske kvalifikasjoner, jf forskriftens § 12-5. Dersom leverandørene etter denne vurderingen anses kvalifisert for arbeidet, skal de kunngjorte tildelingskriterier evalueres ved valg av det økonomisk mest fordelaktige tilbudet. Kvalifikasjonskrav skal ikke telle som tildelingskriterier.

(29) Kriteriene "Sikkerhet" og "Kapasitet" er definert med henvisning til blant annet "økonomisk soliditet", "eierforhold" og "omsetning". Dette er forhold som relaterer seg til leverandørens kvalifikasjoner. Hvilken omsetning eller økonomisk soliditet leverandørene har, utover det som er nødvendig for å utføre oppdraget, har ingen økonomisk verdi for oppdragsgiver og er derfor ikke egnet til å identifisere det økonomisk mest fordelaktige tilbudet. Kriteriene er derfor i strid med forskriftens § 17-2 (2).

Kriteriet "Nærhet"

(30) Det fremgår av forskriftens § 3-1 (3) at oppdragsgiver ikke skal diskriminere leverandørene på grunn av nasjonalitet eller lokal tilhørighet. Når "Nærhet" er oppgitt som tildelingskriterium med henvisning til blant annet beliggenhet for leverandørens hovedkontor, er dette i strid med forskriften.

Kriteriet "Oppdragsgivers erfaring med rådgiveren"

(31) Vektlegging av gode erfaringer med den enkelte leverandør innebærer en usaklig forskjellsbehandling i forhold til leverandører som ikke allerede har utført oppdrag for oppdragsgiveren. Kriteriet var således i strid med forbudet mot forskjellsbehandling av leverandørene, jf lovens § 5.

Evalueringen – fastpriskontrakt / regningsarbeid

(32) "Pris" er angitt som det siste av 7 kriterier for "valg av anbud", uten at det i konkurransegrunnlaget fremgår hvordan kriteriet vil bli evaluert. I en e-post som er sendt til leverandører som meldte sin interesse for oppdraget, er det imidlertid sagt at det kan tilbys fastpris eller regningsarbeid med en øvre ramme.

(33) Klagenemnda konstaterer at nærmere presiseringer vedrørende prissetting av oppdraget ikke fremkommer i konkurransegrunnlaget, slik det burde, men i en e-post som er sendt til leverandører som meldte interesse for oppdraget. Tolkningen av e-posten kom til å bli avgjørende både for hvordan tilbudene ble utformet, og for evalueringen.

(34) Klagenemnda mener at innklagede ikke har håndtert

prissammenligningen mellom tilbyderne på rett måte.

(35) Innklagede har argumentert for at et tilbud basert på regningsarbeid med en øvre ramme er det samme som et fastpristilbud. Klagenemnda er ikke enig i dette. Klagerens tilbud er spesifisert som timepriser med en øvre ramme 1.650 timer basert på konkurransegrunnlaget. Dersom klageren var blitt valgt, og det hadde gått med færre timer enn forutsatt, ville dette komme oppdragsgiver til gode i form av lavere sluttpris. Klagerens timepris eks mva er dokumentert lavere enn den tilsvarende timepris for Norconsult.

(36) En vurdering av klagers tilbud og tilbudet fra Norconsult må skje på et grunnlag som er økonomisk sammenlignbart. Norconsult har presisert at deres tilbud var en fast pris basert på en forutsetning om ressursforbruk 1.220 timer fordelt på 15 måneders byggetid. For å kunne sammenligne en fastpris med pris på regningsarbeid må det derfor oppstilles forutsetninger om hvor mange timer som vil gå med til regningsarbeidet. Det har innklagede ikke gjort.

(37) Innklagede har tvert i mot gjennom e-posten skapt betydelig forvirring og har i realiteten umuliggjort en pålitelig prissammenligning. En sammenligning av priser må skje ut fra faste størrelser, enten som fast pris - eller som timepris med gitte rammetall for oppdraget. Klagenemnda viser til sak 2003/192 om denne slags problemer ved uklart konkurransegrunnlag for prisberegning innen bygg og anlegg, og dessuten til sak 2004/79. I den foreliggende sak er utslagene begrenset ved at Norconsults tilbud er blitt ansett som en fast pris, uten at en tilsvarende beregning er gjort med utgangspunkt i klagerens timesatser.

(38) Klager har ikke gitt fast pris på oppdraget og skulle derfor vært vurdert ut fra sine timepriser basert på samme timetall som Norconsult. Innklagede har ikke gitt noen forklaring på hvorfor Norconsult skulle kunne utføre arbeidet på færre timer enn klager.

(39) Klagenemnda må etter dette legge til grunn at evalueringen av kriteriet pris fremstår som vilkårlig ved at det uten nærmere begrunnelse er antatt at klager vil bruke 430 timer mer i utførelsen av arbeidet enn den valgte leverandøren. Innklagede har således brutt forskriftens § 17-2 (1).

Øvrige forhold

(40) Det ble ikke gitt noen begrunnelse for valg av tilbud, noe som er i strid med forskriftens § 17-3, jf § 3-8.

(41) Klagen gjelder også brudd på forhandlingsforbudet ved anbudskonkurranser i forskriftens § 16-1. Når Norconsults tilbud er et fastpristilbud, har klagenemnda ikke holdepunkter for å anta at presiseringen av dette i møtereferatet innebærer noe avvik fra det tilbud som ble levert ved anbudsfristens utløp. Påstanden om ulovlige forhandlinger er dermed ikke dokumentert i saksopplysningene.

Spørsmål om erstatning

(42) Klagenemnda skal etter forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 12 uttale seg om regelverket for offentlige anskaffelser er brutt. Som det fremgår, mener klagenemnda at så er tilfelle.

(43) Klagenemnda kan videre velge å uttale seg om erstatningsspørsmålet, dersom den finner grunn til det. Etter gjennomgangen foran er det bare kriteriet "Pris" som står igjen som tildelingskriterium. En sammenligning på like vilkår og forutsetninger (timetall) måtte etter alt å dømme gitt som resultat at klagers tilbud ville vært lavere i pris enn Norconsults tilbud.

(44) Feilene består derfor i angivelse av ulovlige tildelingskriterier, i uklart og tvetydig konkurransegrunnlag og mangelfull prissammenligning av tilbudene. Klagenemnda mener at det her er tale om vesentlige feil. Dersom innklagede velger ikke å omgjøre beslutningen, antar klagenemnda at tildeling av kontrakt til Norconsult kan medføre erstatningsansvar for såkalt "positiv kontraktsinteresse". Klagenemnda viser til her til Høyesteretts dom i "Nucleus"-saken Rt. 2001 s. 1062.

Konklusjon:

Harstad kommune har i anskaffelse av byggeledelse brutt forskrift om offentlige anskaffelser § 17-2 ved å benytte "Sikkerhet" og "Kapasitet" som tildelingskriterier, siden kriteriene ikke var egnet til å identifisere det økonomisk mest fordelaktige tilbud.

Harstad kommune har brutt forbudet mot diskriminering på grunnlag av nasjonal eller lokal tilhørighet i forskrift om offentlige anskaffelser § 3-1 ved å benytte "Nærhet" som tildelingskriterium.

Harstad kommune har brutt forskriftens § 17-2 og kravet til likebehandling i lov om offentlige anskaffelser § 5 ved å benytte "Oppdragsivers erfaring med rådgiveren" som tildelingskriterium.

Harstad kommune har brutt forskriftens § 17-2 (1) ved ikke å foreta en korrekt prissammenligning av tilbudene.

For klagenemnda, 1. juni 2004

Kai Krüger



Forsiden
Nemndsmedlemmer
Saksbehandling
Regelverk
Innkommne saker
Statistikk
Årsrapporter
Dommer
Søk i avgjorte saker
Avgjorte saker:
[2003](#) [2004](#) [2005](#)

Besøksadresse
H. Heyerdalsgate 1
0033 Oslo

Postadresse
Postboks 8132 Dep
0033 Oslo

Tlf.: 22 33 70 10

Faks: 22 33 70 12

E-post:

postmottak@kofa.no

Avgjorte saker

Innklagede kunngjorde en åpen anbudskonkurranse om snøbrøyting av 7 roder. Leverandørene kunne gi tilbud på en, flere eller alle rodene, og prisen kunne oppgis på tre alternative måter. Det ble ikke oppgitt noen tildelingskriterier, så tildeling skulle skje etter laveste pris. Innklagede hadde ikke foretatt noen estimater som gjorde det mulig å sammenligne de forskjellige prismodellene. Innklagede lot den eneste leverandøren som hadde gitt tilbud på samtlige roder, endre sitt tilbud etter tilbudsfristens utløp. Denne leverandøren ble valgt uten at innklagede foretok noen prissammenligning med tilbudene fra øvrige leverandører. Klagenemnda kom til at innklagede hadde brutt grunnleggende regler i forskrift om offentlige anskaffelser.

Klagenemndas avgjørelse 1 juni 2004 i sak 2004/79

Klager: Johan Isaksen AS

Innklaget: Porsanger kommune

Klagenemndas medlemmer: Inger Marie Dons Jensen, Kai Krüger og Bjørg Ven.

Saken gjelder: Regler for kunngjøring, plikt til forsvarlig vurdering av kvalifikasjoner, ulovlig endring av tilbud, god anbudsskikk og begrunnelse.

Sakens bakgrunn:

(1) Porsanger kommune (heretter "innklagede") kunngjorde 11 juni 2003 en åpen anbudskonkurranse i DOFFIN-databasen. Konkurransen gjaldt snøbrøyting / snørydding av 7 forskjellige roder, og skulle etter kunngjøringen følge reglene i forskrift om offentlige anskaffelser del III.

(2) Konkurransen var allerede kunngjort i to lokalaviser 27 mai 2003, der interesserte ble bedt om å kontakte innklagede for å få utlevert "tilbudsdokumenter".

(3) I kunngjøringen i DOFFIN-databasen var et av kvalifikasjonskravene oppgitt å være "beskrivelse av utstyr, maskinpark eller annet tilgjengelig teknisk utstyr med relevans for utførelse av denne kontrakt". Det ble ikke opplyst hvilke tildelingskriterier som ville bli lagt til grunn ved evalueringen.

(4) I konkurransegrunnlaget sto det at innklagede ønsket tilbud for "vintersesongen 2003/04 til og med 2007/08", og at "hver brøytesesong gjelder fra 1. november til og med 15. april". Videre sto det:

"Pristilbudet oppgis som timepris eller fast pris pr. måned alternativt fastgodtgjørelse pr. måned m/km.brøytesats.

Pristilbud med kopi av vognkort, sertifikat for teknisk kontroll av maskin/lastebil det siste året, forside/innholdsfortegnelse av egen internkontrollsystem, og eventuelle attester på lignende arbeider, skal være Porsanger kommune ihende innen 20.juni 2003. Eventuelle planer om nyanskaffelse av brøytemaskin/bil skal oppgis sammen med pristilbudet. Det må da fremlegges kjøpekontrakt, finansiering med tekniske data, årsmodell og brøyteutstyr m.v.

VIKTIG! Det må opplyses hvilke rode tilbudet gjelder!

(5) I alt 14 leverandører leverte inn tilbud, herunder Johan Isaksen AS (heretter "klager") og Mesta AS. Det var bare Mesta AS som leverte tilbud på samtlige roder, de andre leverandørene ga tilbud på en eller flere av rodene.

(6) Den 02 juli 2003 sendte innklagede ut et brev til alle leverandørene der det fremgikk at alle måtte levere skatteattest, og det ble gitt tilleggsfrist for dette.

(7) Den 18 august 2003 satte innklagede opp en oversikt der tilbudene ble gjennomgått blant annet mht hvor komplette de var. Åtte leverandører fikk kommentaren "Ingen merknader" mens Mesta AS' tilbud fikk kommentaren "Tilbudet mangler materialliste. For øvrig OK."

(8) Innklagede tok kontakt med Mesta AS i uke 35 for å avklare en del forutsetninger i tilbudet. Innklagede ønsket særlig en redegjørelse for hvilket tidsrom Mesta AS' tilbud nr 2 skulle gjelde, da det var oppgitt fast pris per år og ikke spesifikt for perioden 01 november - 15 april. Møtet ble holdt 20 august 2003. I møtet ble Mesta AS bedt om å dokumentere liste over brøytemateriell som selskapet ville benytte. Frist for å levere listen ble satt til 08 september 2003. Videre fikk Mesta AS anledning til å legge frem en presisering av sitt

tilbud, der det fremgikk at prisen på tilbudets alternativ 2 var regnet fra oktober til og med april. Mesta AS hadde spesifisert kostnad per måned i denne perioden, der oktober og april var priset lavere enn øvrige måneder. Totalt per år var prisen kr 1.880.030. I protokollen som ble skrevet 25 august 2003, ble Mesta AS' tilbud priset til kr 1.750.000 per sesong.

(9) Den 08 september 2003 leverte Mesta AS en ressursoversikt til innklagede. Samtidig opplyste Mesta om at de delvis kom til å bruke underleverandører på rodene 1,-3,-4,-5,-6 og -7 under forutsetning av at de ble valgt som leverandør. De opplyste videre at ressursoversikten skulle brukes på rode 2 og delvis på de andre rodene.

(10) Møte med Mesta ble holdt 10 september 2003. I brev av 11 september 2003 til klager skrev innklagede:

"Porsanger kommune har hatt forhandlinger med Mesta AS, onsdag 10.sept. 2003 om snøbrøyting av totalroden , dvs rodene 1 til og med 7 i Porsanger kommune. På bakgrunn av gitt tilbud og medfølgende forhandlinger så ligger Mesta AS an til å få brøytetilslaget for totalroden. Begrunnelse for dette er:

Etter en vurdering har kommunen kommet frem til at Mesta AS for en fast pris pr. brøytesesong på kr 1,75 mill. for rodene 1 til og med 7, er det økonomisk mest fordelaktige for kommunen, mht. pris, forutsigbarhet økonomisk, kvalitet og kompetanse..."

(11) Leverandørene ble i samme brev gitt en frist til å klage til 25 september 2003, men ingen leverandører klaget. Den 06 oktober 2003 hadde innklagede et nytt møte med Mesta AS. En ny ressursoversikt ble overlevert innklagede like før dette. I møtet informerte innklagede om nødvendige tilleggsarbeider, herunder behov for utvidet brøytesesong som følge av tidlig snøfall og brøyting av uteglemt vegstrekning.

(12) Den 28 oktober 2003 skrev innklagede en kontrakt med Mesta AS for brøytesesongen 2003/04 for samtlige roder, med opsjoner til og med 2007/08. I kontrakten skulle Mesta AS få betalt for månedene november til april. Månedsbeløpet for april var et annet enn det som fulgte av Mesta AS' presisering av 20 august 2003. Totalprisen for et år var kr 1.749.995. Den 7 november 2003 ble kontrakten revidert slik at Mesta AS skulle få betalt for månedene oktober til og med april. Totalprisen i den reviderte utgaven ble satt til kr 1.903.340 pr år.

(13) I forbindelse med behandlingen for klagenemnda ble innklagede bedt om en redegjørelse for på hvilken måte Porsanger kommune kom frem til at Mesta AS' tilbud var billigere enn kombinasjonen av andre leverandører. Innklagede besvarte spørsmålet slik i faks datert 24 mai 2004:

" Som det framkommer av bilag 5, dokument nr 3 har oppdragsgiver den 18.08.03 nedskrevet en del merknader til tilbudene som er gitt. Dokumentet er et internt dokument og er derfor ikke offentliggjort. Som følge av at en del tilbud ikke er komplette har det vært vanskelig for oppdragsgiver å sammenligne tilbudene. Oppdragsgiver har ikke estimert antall timer pr. rode eller estimert utkjørte kilometer pr. rode. I konkurransegrunnlaget har ikke oppdragsgiver estimert noe volum for tjenesten mht. timer. I konkurransegrunnlaget er det imidlertid oppgitt antall kilometer og arealstørrelse av parkeringsplasser som skal brøytes."

(14) På spørsmål om innklagede hadde foretatt seg noe for å kontrollere kvaliteten på det materiellet som ble presentert, før Mesta ble innstilt som leverandør, og eventuelt hva som ble foretatt, og når dette ble gjort, svarte innklagede at Mesta først hadde levert inn en ressursoversikt 08 september

2003, og at denne senere ble supplert i forkant av forhandlingsmøtet med innklagede 6 oktober 2003, etter at det var inngått avtaler med underleverandører.

Klager har i det vesentlige anført:

Endret tidsrom

(15) Innklagede har endret vilkårene i konkurransen etter kunngjøringen. Kontrakten med den valgte leverandør gjelder for tidsrommet 01 oktober – 30 april i stedet for 01 november – 15 april, dessuten begrenser kontrakten seg til sesongen 2003/04 i stedet for å vare til og med sesongen 2007/08. Omfanget av anskaffelsen er derfor usikkert.

Kvalifikasjonskrav

(16) Den valgte leverandør hadde ikke dokumentert materielliste slik det var krav om, innen fristen satt i konkurransegrunnlaget. Dette tilbudet skulle derfor vært avvist. Dersom konkurransegrunnlaget ikke kunne forstås slik at det var stilt opp et absolutt krav om materielliste innen fristens utløp, skulle slik dokumentasjon vært ettersendt snarest, og senest innen en fastsatt frist. Først når slik nødvendig dokumentasjon er oversendt oppdragsgiver, har denne anledning til å vurdere tilbudet. Fristen ble satt til 8 september 2003. Innen denne fristen innleverte den valgte leverandøren bare en oversikt over sine egne, begrensede ressurser, ikke en oversikt over alle tekniske ressurser som var tilgjengelig slik som forutsatt. Først i tidsrommet 21-28 oktober fikk innklagede en tilstrekkelig materielliste fra Mesta AS. Innklagede har uprøvd lagt til grunn at Mesta AS klarer å skaffe nødvendige tekniske ressurser til å oppfylle kontrakten i kraft av å være et statlig aksjeselskap, utgått av Statens Vegvesen. Dette er et brudd på likhetsprinsippet.

Manglende pris i kontrakten

(17) Kontraksprisen står ikke oppført i kontrakten innklagede har inngått med Mesta AS.

Tildelingskriterier

(18) Innklagede har benyttet tildelingskriteriene "*forutsigbarhet økonomisk, kvalitet og kompetanse*" uten å oppgi disse i kunngjøring eller konkurransegrunnlag.

Uklar kunngjøring

(19) I DOFFIN-databasen ble anskaffelsen kunngjort som en åpen anbudskonkurranse, mens det i lokalavisene ble kunngjort som en "tilbudsinnbydelse". Til klager ble det muntlig opplyst fra innklagede at det "ikke var et anbud i vanlig forstand, men en tilbudsinnbydelse", uten at det ble redegjort for forskjellen. I ettertid viser det seg at innklagede har forhandlet med en leverandør, uten at det verken i kunngjøring eller konkurransegrunnlaget ble opplyst at det skulle føres forhandlinger.

Fristene

(20) Fristene er ikke i henhold til regelverket om offentlige anskaffelser.

Kunngjøring i TED-databasen

(21) Konkurransen skulle vært kunngjort i TED-databasen, da terskelverdiene for slik kunngjøring er overskredet i denne anskaffelsen.

Leverandør nr 6

(22) Leverandør nr 6 skulle vært avvist med hjemmel i forskrift om offentlige anskaffelser § 3-5.

Mangelfull protokoll

(23) Måten innklagede har bedt om priser på, gjør det vanskelig å sette tilbudene opp mot hverandre, og de relative fordelene og egenskapene ved tilbudene fremkommer heller ikke på annen måte av protokollen.

Henvisning til DOFFIN-databasen

(24) Innklagede skulle ha tatt inn en henvisning til kunngjøringen i DOFFIN-databasen da de satte inn en kunngjøring i lokalavisen, ettersom krav om skatteattest fremgikk av kunngjøringen i DOFFIN-databasen, men ikke i lokalavisen.

Mangelfull skjønnsutøvelse

(25) Den valgte leverandøren samt en av dennes underleverandører er oppført med merknader i Creditinform. Innklagedes begrunnelse i brev av 11 september 2003 er derfor vanskelig å forstå.

Ikke valgt laveste pris på rode 2

(26) Innklagede har ikke valgt det rimeligste tilbudet på rode 2. Dersom klager hadde fått tilbud på ett-års kontrakt slik som Mesta AS har fått, ville prisen blitt kr 302.500 med tillegg for variable kostnader på ca kr 100.000. Etter dette ville klagers tilbud vært ca kr 70.000 rimeligere enn den valgte leverandørs.

Mangelfull meddelelse om valg av leverandør

(27) Innklagede har ikke sendt melding om valg av leverandør.

Forhandlinger

(28) Mesta AS har fått anledning til å endre tilbudet fra kr 1.880.000 til kr1.750.000.

Innklagede har i det vesentlige anført:

Innklagede bestrider å ha brutt regelverket om offentlige anskaffelser.

Uklar kunngjøring

(29) Det er riktig at innklagede har brukt begge begrepene "tilbudsinnbydelse" og "åpen anbudskonkurranse". Dette har imidlertid ikke noen betydning for den videre saksbehandlingen. Det er dokumentet "tilbudsinnbydelse" av 27 mai 2003 som er å betrakte som konkurransegrunnlaget.

Tilbudsfrist

(30) Fra kunngjøring i lokalavisen 27 mai 2003 til tilbudsfrist 20 juni 2003 var det tilstrekkelig tid til at leverandørene kunne gjøre nødvendige undersøkelser og beregninger.

Kunngjøring i TED-databasen

(31) Innklagede ser at konkurransen skulle ha vært kunngjort i TED-databasen, men mener at dette ikke har hatt betydning for klageren.

Leverandør nr 6

(32) Leverandør nr 6 er verken avvist eller valgt leverandør. Leverandøren er ansatt i Porsanger kommune, organisatorisk underlagt samme avdeling som administrerer brøytejenestene, men driver egen virksomhet i tillegg.

Henvisning til DOFFIN-databasen

(33) Alle leverandører fikk anledning til å ettersende skatteattest innen 01 august 2003. Ingen tilbud ble vurdert før tilleggsfristen var utløpt, og alle leverandørene leverte inn skatteattest innen tilleggsfristens utløp.

Avvisning av valgte leverandør

(34) I konkurransegrunnlaget var det ikke oppstilt et krav om fullstendig materielliste.

(35) Innklagede har ikke vurdert forhold ved underleverandørene til Mesta AS, ettersom dette er et forhold mellom Mesta AS og underentreprenørene.

Forhandlinger

(36) Det ble ikke forhandlet om økonomiske betingelser for levering av tjenesten i forhandlingsmøtet med Mesta AS 10 september 2003.

Tildelingskriterier

(37) Valg av leverandør ble gjort kun ut fra kriteriet "pris". De andre kriteriene som ble nevnt i brevet av 11 september 2003, skulle ikke vært omtalt. I brev til Mesta AS datert 23 oktober 2003 ble valget av leverandør kun begrunnet med at de hadde tilbudt lavest pris.

Endret tidsrom

(38) Begrunnelsen for å inngå kontrakt utover konkurransegrunnlagets brøyteperiode var at en opplevde tidlig snøfall allerede i første del av oktober 2003, og at en veistrekning var uteglemt i konkurransegrunnlaget. Utvidelsen skulle vært innarbeidet i konkurransegrunnlaget da det ble utarbeidet.

Manglende pris i kontrakten

(39) I kontrakten vises det til en vedlagt betalingsplan, som er en del av kontrakten. Betalingsplanen datert 28 oktober 2003 er senere erstattet med en ny datert 07 november 2003 som følge av tilleggsarbeidene.

Mangelfull protokoll

(40) Innklagede er enig med klager i at det ikke er utarbeidet en protokoll etter forskriftens § 15-1. Det meste av de opplysningene som skal gjengis i protokollen, finnes imidlertid i ulike dokumenter i saken.

Mangelfull meddelelse om valg av leverandør

(41) Melding om endelig kontraktstildeling er ikke sendt leverandørene. Brevet datert 11 september 2003 tilfredsstilte imidlertid forskriftens krav til meddelelse om valg av leverandør.

Antatt dyrere tilbud på rode 2

(42) En har ikke grunnlag for å sammenligne tilbudene slik klager mener, ettersom Mesta AS ga tilbud på alle rodene, mens klager bare ga tilbud på rode 2, og Mesta AS ikke hadde foretatt en oppsplitting av sitt tilbud på den enkelte rode.

Klagenemndas vurdering:

(43) Klager har deltatt i anbudskonkurransen og har saklig klageinteresse, jf. forskrift om klagenemnd om offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig.

Kunngjøring

(44) Anskaffelsens verdi ligger over terskelverdiene i forskriftens § 2-3 (1). Snørydding er klassifisert med CPC-ref. nr. 9403, og er en prioritert tjeneste etter forskriftens § 2-4 (16). Det er derfor forskriftens del II som regulerer anskaffelsen, jf § 2-1. Partene er enige om at konkurransen skulle vært kunngjort i TED-databasen, jf § 6-4.

(45) Etter forskriften § 7-1 (1) er hovedregelen ved åpen anbudskonkurranse at fristen for mottak av tilbud skal settes minst 52 dager etter at kunngjøring ble sendt til TED-databasen. Det gikk kun 9 dager fra den aktuelle konkurransen ble kunngjort i DOFFIN-databasen til fristen for mottak av tilbud utløp. Så kort frist er det ikke anledning til å sette i åpne anbudskonkurranser etter forskriftens del II, selv ikke etter unntaksbestemmelsene om forkortede frister. Innklagede har brutt forskriften § 7-1 ved å sette for kort frist for innlevering av tilbud.

(46) Det fremgikk klart av kunngjøring i DOFFIN-databasen at innklagede hadde stilt krav om skatteattest. Klagers anførsel om manglende informasjon om skatteattest kan derfor ikke føre frem.

Konkurransesform

(47) Konkurransen er kunngjort som en åpen anbudskonkurranse, og det er ingenting i konkurransegrunnlaget, herunder anvendelsen av begrepet "tilbudsinnbydelse", som tyder på at innklagede mente å endre konkurranseform. Begrepet "tilbudsinnbydelse" forekommer ikke i forskrift om offentlige anskaffelser, og forskriften knytter ingen rettsvirkninger til dette begrepet. Klagenemnda finner det uheldig at innklagede opererer med en annen begrepsbruk enn forskriften. Oppdragsgivere må ved sin orientering til markedet sørge for at det ikke hersker tvil om hvilken anskaffelsesprosedyre som er valgt. Klageren hevder at det ble gitt motstridende opplysninger fra innklagede på dette punkt. Innklagedes håndtering av tilbyderer MESTA AS kan tyde på at man ikke hatt klart for seg at anbudskonkurranse utelukker forhandlinger. Klagenemnda nøyer seg derfor med å vise til drøftelsen nedenfor om dette.

Avvisning av Mesta AS

(48) Det følger av forskriftens § 8-12 (2) bokstav g) at oppdragsgiver "kan avvise leverandører som (...) har unnlatt å gi opplysninger i henhold til det som kreves etter (...) §5-7 til 5-16". Kunngjøringens krav til "beskrivelse av utstyr, maskinpark eller annet tilgjengelig teknisk utstyr med relevans for utførelse av denne kontrakt" har hjemmel i forskriftens § 5-11 (1) bokstav e) nummer 2. Innklagede har verken i kunngjøringen eller i konkurransegrunnlaget varslet at leverandører som ikke leverer inn ovennevnte dokumentasjon, vil bli avvist. Innklagede hadde dermed ikke en ubetinget plikt til å avvise Mesta AS pga manglende materielliste.

(49) I sakene 2003/57 og 2003/218 har klagenemnda lagt til grunn at oppdragsgiver også ved manglende formell dokumentasjon plikter å foreta en forsvarlig vurdering av om leverandøren oppfyller de aktuelle kvalifikasjonskrav som er satt i konkurransegrunnlaget, før det tas standpunkt til spørsmålet om avvisning, jf her forskriftens § 8-2 med henvisning til bl a § 5-5.

(50) Innklagede har ikke mottatt eller sørget for å innhente "kopi av vognkort og sertifikat for teknisk kontroll av maskin/lastebil det siste året" fra Mesta AS, slik som var krevet i konkurransegrunnlaget. Innklagede har heller ikke på klagenemndas oppfordring vist at det senere i prosessen, før tildeling, er gjort noen annen vurdering av om Mesta AS' oppgitte materiell holdt tilfredsstillende kvalitet. Mestas egne maskinressurser ble listet opp 8 september 2003. Underleverandørenes utstyr ble ikke spesifisert før det gikk mot kontraktsinngåelse i forbindelse med møtet som ble holdt 6 oktober 2003. Det er først i en e-post datert 26 mai 2004 at innklagede opplyser at begge ressursoversiktene faktisk er funnet å være akseptable. En kvalitetsvurdering som begrenser seg til å vurdere en liste over diverse kjøretøy med oppgitt årsmodell, der kjøretøyene er opp til 16 år gamle, tilfredsstillende ikke de kravsspesifikasjoner som ble varslet i konkurransegrunnlaget. Innklagede kan på denne bakgrunn ikke anses for å ha foretatt en forsvarlig vurdering av kvalifikasjonskravene til utstyret som ledd i prosessen frem mot valg av leverandør. Innklagede har således brutt forskriftens § 8-2-, jf § 3-1 om forsvarlig og lik behandling av leverandørene.

Avvisning av leverandør nr 6

(51) Klager har ikke saklig interesse i å få prøvd spørsmålet om "leverandør nr 6" skulle vært avvist. Denne leverandøren er ikke valgt og har dessuten levert inn tilbud på en annen rode enn klager.

Ulovlige forhandlinger

(52) Det følger av forskriftens § 9-1 (1) at det ved anbudskonkurranse "ikke er tillatt å endre tilbudene eller forsøke å endre dem gjennom forhandlinger". Da Mesta AS i møtet 20 august 2003 fikk anledning til å legge frem en presisering av tilbudet sitt, slik at prisen for brøytesesongen innklagede hadde bedt om tilbud på, ble redusert fra kr 1.880.000 til kr 1.750.000, var dette en endring av tilbudet og således i strid med forskriftens § 9-1 (1). Klagenemnda kan ikke se at noen av unntakene i forskriftens § 9-1 (2) kommer til anvendelse.

Usammenlignbare prismodeller

(53) Dersom oppdragsgiver ikke oppgir noen tildelingskriterier, verken i kunngjøringen eller i konkurransegrunnlaget, forutsettes tildelingen å skje utelukkende på basis av hvilket tilbud som har lavest pris. Det er likevel uheldig dersom det ikke klargjøres hvilken tildelingsmodell som vil bli anvendt. Forsømmes dette, skapes en usikkerhet som etter omstendighetene kan bryte med kravet til forutsigbarhet satt i lovens § 5 (3).

(54) Tildeling basert på pris forutsetter at konkurransegrunnlaget oppstiller klare og utvetydige prinsipper for prising av det aktuelle oppdraget slik at konkurrerende pristilbud kan sammenlignes. Klagenemnda har i sakene 2003/192 og 2004/67, slått ned på uklarheter om prissetting som har hindret en etterprøvd prissammenligning. I konkurransegrunnlaget i foreliggende sak står det at priser kan oppgis enten som "timepris", "fast pris pr. måned" eller "fastgodtgjørelse pr. måned m/km.brøytesats". Slike prismodeller er ikke umiddelbart sammenlignbare. Uten estimert timetall per rode kan innklagede ikke sammenligne to tilbud på samme rode der ett er gitt med timepris og ett med fastpris. Tilsvarende må en kjenne antall kilometer som forventes kjørt per rode i løpet av en måned, for å kunne sammenligne et tilbud gitt med "fastgodtgjørelse pr. måned m/km.brøytesats" med et tilbud gitt med fastpris.

(55) Før tilbudsfristens utløp kunne innklagede ha endret konkurransegrunnlaget slik at prisene skulle oppgis på én bestemt måte som gjorde dem sammenlignbare, jf forskriftens § 5-4. Etter tilbudsfristens utløp ville det ikke vært adgang til å foreta noen avklaringer på dette punkt, ettersom en slik avklaring nødvendigvis må lede til justering enten av prisforutsetningene eller de tilbudte prisene. Slik prisforutsetningene ble gitt i konkurransegrunnlaget i foreliggende sak, kan ikke klagenemnda se at innklagede kunne gjort annet enn å avlyse konkurransen.

(56) Ved å åpne for at leverandørene kan gi tilbud basert på ikke-sammenlignbare prismodeller, har innklagede brutt kravet til forutsigbarhet og etterprøvnbarhet, jf lovens § 5 (3), samt kravet til god anbudsskikk, jf forskriftens § 3-1 (2).

Mangelfull skjønnsutøvelse

(57) Ved å skrive i brev av 11 september 2003 at Mesta AS var "det økonomisk mest fordelaktige for kommunen, mht. pris, forutsigbarhet økonomisk, kvalitet og kompetanse" gir innklagede uttrykk for at de har vektlagt andre kriterier enn pris. Klagenemnda registrerer at innklagede i ettertid hevder at tildeling kun ble gjort ut fra kriteriet pris. Ettersom klagenemnda baserer seg på en skriftlig bevisvurdering, legges dette til grunn, men nemnda viser til at begrunnelsen dermed blir misvisende, jf nedenfor.

(58) Innklagede har vist til "bilag 5, dokument nr 3" som det dokumentet der det fremgår hvilke tilbud som ikke var komplette, og som derfor har gjort det vanskelig å sammenligne tilbudene. I dette dokumentet har klagenemnda funnet åtte leverandører som fikk kommentaren "ingen merknader", og som i kombinasjon kunne dekket alle syv rodene, Mesta AS' tilbud var altså ikke det eneste alternativet for å få dekket samtlige roder. Det er vilkårlig når innklagede ikke har vurdert om en kombinasjon av flere leverandører vil være billigere enn tilbudet fra Mesta AS. Innklagede har brutt forskriftens § 10-2(1).

Mangelfull begrunnelse

(59) Begrunnelsen for valg av leverandør i brevet datert 11 september 2003 er misvisende, når innklagede hevder at de i realiteten kun har lagt vekt på pris. Begrunnelsen tilfredsstillter således ikke kravene i forskriftens § 10-3 (1).

Konklusjon:

Porsanger kommune har brutt forskriftens § 6-4 ved å ikke å kunngjøre anskaffelsen i TED-databasen.

Porsanger kommune har brutt forskriften § 7-1 ved å sette for kort frist for innlevering av tilbud.

Porsanger kommune har brutt forskriftens § 3-1 om forsvarlig og lik behandling av leverandørene, samt § 8-2 ved ikke å ha foretatt en forsvarlig vurdering av om Mesta AS har tilfredsstillt kvalifikasjonskravet "beskrivelse av utstyr, maskinpark eller annet tilgjengelig teknisk utstyr med relevans for utførelse av denne kontrakt.

Porsanger kommune har brutt forskriftens § 9-1 (1) ved å la Mesta AS endre sitt tilbud etter anbudsfristens utløp.

Porsanger kommune har brutt kravet til etterprøvnbarhet og god anbudsskikk i lovens § 5, jf forskriftens § 3-1, ved ikke å klargjøre forsvarlige og nødvendige forutsetninger som kunne gjøre det mulig å foreta en dokumenterbar sammenligning av prisene.

Porsanger kommune har brutt forskriftens § 10-2 (1) ved ikke å foreta en

vurdering av om en kombinasjon av flere leverandører vil være billigere enn tilbudet fra Mesta AS.

Porsanger kommune har brutt forskriftens § 10-3 (1) ved å gi en misvisende begrunnelse for valg av leverandør.

For klagenemnda, Oslo 1. juni 2004

Kai Krüger



Forsiden
Nemndsmedlemmer
Saksbehandling
Regelverk
Innkomne saker
Statistikk
Årsrapporter
Dommer
Søk i avgjorte saker

Avgjorte saker:

[2003](#) [2004](#) [2005](#)

Besøksadresse

H. Heyerdalsgate 1
0033 Oslo

Postadresse

Postboks 8132 Dep
0033 Oslo

Tlf.: 22 33 70 10

Faks: 22 33 70 12

E-post:

postmottak@kofa.no

Avgjorte saker

Innklagede gjennomførte en anbudskonkurranse for kjøp av ”maskiner for dokumenthåndtering”. Forutberegnelighetskravet i lovens § 5 ble brutt ved at innklagede ikke oppga noe volum for anskaffelsen. Innklagede evaluerte også tildelingskriteriene feil ved at ”kvalitet” bare ble behandlet som et minstekrav, og ved at man tok i betraktning pris på printer, som ikke var oppgitt som tildelingskriterium, men som én blant flere mulige tilleggsfunksjoner, jf forskriften § 10-2 (2) og 8-2. . Videre brøt innklagede kravet til likebehandling av leverandørene i lovens § 5 ved å legge vekt på at tidligere leverandører skulle beholdes dersom det ikke var grunn til noe annet.

Klagenemndas avgjørelse 01.06 2004 i sak 2004/77

Klager: TK KontorConsult AS

Innklaget: Nordland fylkeskommune

Klagenemndas medlemmer: Inger Marie Dons Jensen, Kai Krüger, Bjørg Ven

Saken gjelder: Beregning av pris. Evaluering av tildelingskriterier. Forutberegnelighet. Likebehandling.

Bakgrunn:

(1) Den 17. november 2003 kunngjorde Nordland fylkeskommune (heretter kalt "innklagede") en begrenset anbudskonkurranse for kjøp av kontortekniske produkter. TK KontorConsult (heretter kalt "klager") innga forespørsel og fikk utlevert konkurransegrunnlag 23. desember 2003.

(2) Kontrakten skulle være en rammeavtale med tre års varighet, med mulighet for forlengelse i ytterligere ett år. Følgende tildelingskriterier var oppført:

"

Pris, herunder drifts- og servicekostnader

Service

Kvalitet

(3) Kriteriene var ikke prioritert.

(4) Tilbudet skulle gjelde alle etater/institusjoner som var tilknyttet fylkeskommunens innkjøpsordning. Leverandørene kunne inngi tilbud for hele eller deler av fylket og for hele eller deler av varespekteret.

(5) En av de etterspurte varene var maskiner for dokumenthåndtering, også kalt multifunksjonelle maskiner. Dette er maskiner med flere bruksområder, for eksempel både kopi- og printerfunksjon. I konkurransegrunnlaget var antatt forbruk for ca ett år på maskiner for dokumenthåndtering beregnet til kr 7.000.000.

(6) Med konkurransegrunnlaget fulgte en prisdiskett hvor leverandørene skulle føre inn maskinene de tilbød, hvilke funksjoner de hadde, og antall kopier/utskrifter per minutt. Videre skulle prisene på maskinene, på tilleggsfunksjonene og på service føres inn. Serviceprisen skulle oppgis som ørepris per kopi.

(7) Både klager og de andre leverandørene ga i tillegg tilbud på finansiering gjennom en klikk-pris, slik at oppdragsgiver ikke skulle betale noen kjøpesum, men nedbetale kostnadene gjennom bruk. Klikk-prisen skulle da dekke både finansiering og service.

(8) Klager var en av seks leverandører som leverte tilbud på multifunksjonelle maskiner.

(9) For å sammenligne de forskjellige produktene tok innklagede utgangspunkt i salgspris på maskiner med tre forskjellige hastigheter: 25, 40 og 60 kopier per minutt. I tillegg ble det lagt til pris for printerfunksjon. Salgsprisen for disse tre maskinene ble så lagt sammen. Utrekningen ga følgende priser:

"

1. X-Partner kr 122.513

2. Ricoh " 126.070

- 3. Copy Center " 134.355
- 4. TK kontor " 150.478
- 5. Høysæter " 157.389
- 6. Cannon " 179.389"

(10) Innklagede konkluderte slik:

"Rent økonomisk synes det som om det er 3 firmaer som peker seg ut som best. Hvis vi kompenserer for 5-6 kopier som X-Partner har mindre hastighet for enn Ricoh og Copy Center, og også ser på serviceprisene, ligger de 3 nokså likt."

(11) Innklagede la til grunn at de fleste etater/institusjoner ville velge kjøp, og trakk derfor ikke inn leieprisene.

(12) Det ble nedsatt en brukergruppe som skulle levere innstilling til valg av leverandør. Ved oversendelse av tilbudene til brukergruppen skrev innklagede følgende:

"Dagens avtale:

I dag har vi avtaler som følger:

Ytre Helgeland: Copy Center, Cannon og Ricoh. Det er Copy Center i Brønnøysundområdet, og Cannon/Ricoh i Sandnessjøen.

Vefsn: Copy Center og Ricoh

Rana: Copy Center og Ricoh

Salten: Copy Center og Ricoh

Ofoten: Minolta

Vesterålen: Minolta og Ricoh

Lofoten: Cannon og Ricoh. I Lofoten har det vært dårlig dekning av teknisk service, og det har i hovedsak vært Cannon som har gitt den beste servicen.

Momenter for en avgjørelse:

Denne oppstillingen er gjort for at brukergruppen lettere kan få noen momenter for å komme med en innstilling.

Vi hører ofte fra våre brukere at vi skifter leverandører for ofte. Vi synes ikke det, men det er likevel greit å ha det med i vurderingen at skal vi skifte leverandør, så må vi kunne fortelle våre brukere hvorfor vi gjorde det.

Det bør også vurderes om vi har hatt for mange leverandører – eller om det er greit å ha to å velge i. Det som er viktig sett fra et brukersynspunkt er at det finnes service i de forskjellige områdene.”

(13) Brukergruppen besto av fire personer, henholdsvis fra Melbu videregående skole, Vefsn kommune, Vågan kommune og Nordlandssykehuset. Gruppen innstilte på innklagedes forslag, der leverandørene Ricoh, Copy Center og X-Partner fikk kontrakten..

(14) Den 19. mars 2004 fikk klager meddelelse om valg av tilbud. Innklagede skrev blant annet:

”For varegruppen maskiner for dokumenthåndtering har vi valgt følgende som leverandører i våre regioner:

- Ytre Helgeland	- Brønnøysundområdet	Copy Center
- Sandnessjøen	Cannon og Ricoh	
- Vefsn	- Copy Center og Ricoh	
- Rana	- Copy Center og Ricoh	
- Salten	- Copy Center og Ricoh	
- Ofoten	- Rank Xerox	
- Vesterålen	- Rank Xerox og Ricoh	
- Lofoten	- Cannon	

Alle tilbyderne fylte de krav som var stillet til kvalitet. Det ble da pris og service som ble avgjørende for valg av leverandører.

I service ligger også den servicedekning som den enkelte leverandør har i de forskjellige regionene i fylket.”

(15) Rank Xerox er samme selskap som X-Partner.

Anførsler:

Klagers anførsler:

(16) Innklagede har brutt regelverket for offentlige anskaffelser.

(17) På grunn av mangelfullt konkurransegrunnlag har innklagede gjort det umulig å sammenligne tilbudene. Det var ikke oppgitt noe volum leverandørene skulle ta utgangspunkt i for beregning av servicepris. Servicepris vil selvsagt være rimeligere jo større volum som skal behandles. Videre er det ikke oppgitt hvilken varighet kontrakten skal ha, eller hvilket ekstrautstyr som skal være med. Dette er også faktorer som får betydning for beregningen av pris.

(18) Innklagede hadde ikke lov til å vektlegge pris på printer. Hadde det vært oppgitt i konkurransegrunnlaget at pris på printer ville blitt trukket inn i evalueringen, ville klager gitt en pakkepris som ville vært rimeligere enn prisen

på kopimaskin pluss prisen på printer.

(19) Produktenes kvalitet er ikke vurdert, til tross for at kvalitet er oppført som tildelingskriterium.

(20) Innklagede har videre lagt vekt på å beholde eksisterende leverandører fremfor å velge det beste tilbudet.

(21) Brukergruppen som ble satt ned for å evaluere tilbudene, besto av bare fire personer og er ikke representativ for de brukerne som skal ha produktene.

Innklagedes anførsler:

(22) Innklagede bestrider å ha brutt regelverket for offentlige anskaffelser.

(23) Ved evaluering av tilbudene har innklagede tatt utgangspunkt i innkjøpsprisen, trukket fra rabatter, lagt til servicepris og pris for oppkobling til nettverk (printer). Det ble tatt utgangspunkt i tre forskjellige maskiner. For de leverandørene som ikke kunne tilby maskiner med disse hastighetene, er det for sammenligningens skyld tatt utgangspunkt i den maskinen som var nærmest i hastighet, og kompensert for avvikende hastighet. Dette har gitt en god oversikt over de prismessige forhold rundt anskaffelsen.

Klagenemndas vurdering:

(24) Klager har deltatt i konkurransen og har saklig klageinteresse, jf forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Anskaffelsen gjelder varekjøp og følger etter sin verdi reglene i forskrift om offentlige anskaffelser del II, jf § 2-2.

(25) Leverandørene har lagt inn priser på finansiering som skulle betales gjennom bruk (klikkpris). Dette fremgår ikke av anbudsdokumentene, og en evaluering av tilbud på finansiering gjennom klikkpris er heller ikke gjort. Klagenemnda konsentrerer seg derfor om kjøp av maskiner for dokumenthåndtering.

Evaluering av kriteriet pris

(26) Når løpende serviceavtale skal betales med pris per kopi, vil prisen normalt være avhengig av kopivolum, slik at leverandørene vil ta mindre betalt per kopi dess flere kopier som tas over en viss periode. Forventet volum var dermed en forutsetning for å kunne gi servicepris og skulle fremgått av konkurransegrunnlaget. Hva angår prissetting av serviceavtale, kommer derfor klagenemnda til at innklagede utformet konkurransegrunnlaget i strid med kravet til forutberegnelighet i lov om offentlige anskaffelser § 5. På grunn av de små prisutslagene serviceprisen ga i forhold til innkjøpsprisen, ser det imidlertid ikke ut til at denne feilen har hatt betydning for tildelingen av kontrakt.

(27) Leverandørene skulle oppgi pris på en grunnmodell av kopimaskinene og prise eventuelle andre funksjoner i tillegg. Det var ikke stilt krav om printerfunksjon, og tilbudt printer kunne heller ikke vektlegges i medhold av tildelingskriteriene. Innklagede har derfor brutt forskrift om offentlige anskaffelser § 10-2 (2) jf § 8-2 ved å trekke inn printer i prisevalueringen.

Evaluering av kriteriet kvalitet

(28) Så lenge kvalitet er oppført som tildelingskriterium, plikter innklagede å vurdere kvaliteten på de tilbudte maskinene og rangere dem i forhold til hverandre. Når innklagede skriver at "*alle tilbyderne fylte de krav som var stillet til kvalitet*", tyder dette på at en viss kvalitet har vært betraktet som et

minstekrav, og at det ikke er gitt noen uttelling for kvalitet som overstiger dette minstekravet. Innklagedes evalueringsdokumenter støtter også denne antagelsen. Innklagedes manglende evaluering av kriteriet kvalitet strider mot forskriften § 10-2 (2) jf § 8-2.

Likebehandling

(29) Når innklagede i oversendelsesbrevet til brukerutvalget listet opp alle nåværende leverandører for deretter å kommentere at *"skal vi skifte leverandør, så må vi kunne fortelle våre brukere hvorfor vi gjorde det"*, gis det et inntrykk av at dagens leverandører bør beholdes dersom det ikke er grunn til å skifte dem ut. Når fokus blir satt på eksisterende leverandører i stedet for på hvilke leverandører som har det beste tilbudet, gir dette dagens leverandører en fordel. Dette støttes av det faktum at innklagede med få unntak har valgt å gi oppdraget til tidligere leverandører. Innklagede har dermed brutt kravet til likebehandling av leverandørene i lov om offentlige anskaffelser § 5.

(30) Klagenemnda har ikke grunnlag for å kritisere sammensetningen av brukergruppen.

(31) Ettersom kontrakt ikke er inngått, kan feilene ennå rettes opp ved å gjennomføre en ny anskaffelsesprosess.

Konklusjon:

Nordland fylkeskommune har brutt kravet til forutberegnelighet i lov om offentlige anskaffelser § 5 ved at det ikke ble oppgitt noe volum som utgangspunkt for prissetting av serviceavtalen.

Nordland fylkeskommune har brutt forskrift om offentlige anskaffelser § 10-2 (2) jf § 8-2 ved å trekke inn tillegg for printere under evalueringen av prisen.

Nordland fylkeskommune har brutt forskriften § 10-2 (2) jf § 8-2 ved at maskinenes kvalitet ikke ble tilstrekkelig evaluert.

Nordland fylkeskommune har brutt kravet til likebehandling av leverandørene i lovens § 5 ved overfor brukergruppen å legge vekt på at eksisterende leverandører skulle beholdes dersom det ikke var grunn til noe annet.

For klagenemnda,

1. juni 2004

Inger Marie Dons Jensen



Forsiden
Nemndsmedlemmer
Saksbehandling
Regelverk
Innkømne saker
Statistikk
Årsrapporter
Dommer
Søk i avgjorte saker

Avgjorte saker:
[2003](#) [2004](#) [2005](#)

Besøksadresse
H. Heyerdalsgate 1
0033 Oslo

Postadresse
Postboks 8132 Dep
0033 Oslo

Tlf.: 22 33 70 10

Faks: 22 33 70 12

E-post:

postmottak@kofa.no

Avgjorte saker

Kommunens administrasjon hadde i forbindelse med valg av bredbåndsleverandør fått gjennomført en evaluering av hvilket tilbud som var det økonomisk mest fordelaktige. Kommunestyret valgte imidlertid leverandør i strid med administrasjonens anbefaling. Klager fikk ingen begrunnelse for valget av leverandør, men i forbindelse med klagesaken ble det fremlagt enkelte referater og skriftlige forklaringer om hvilke forhold som ble vektlagt av kommunestyret. Klagenemnda fant at kommunestyret hadde brutt kravene til forutberegnelighet og etterprøvnbarhet i lovens § 5 ved å fravike administrasjonens innstilling uten å sikre at beslutningsgrunnlaget var i samsvar med konkurransegrunnlaget. Kommunestyret hadde dessuten brutt forskriftens § 3-1 (3) ved å legge vekt på lokal tilhørighet ved valg av leverandør. Det var ellers uklart om det var lagt vekt på forhold som ikke relaterte seg til de angitte tildelingskriteriene, og om alle tildelingskriteriene var vurdert.

Klagenemndas avgjørelse den 19.5.2004 i sak 2003/234

Klager: Telenor Business Solutions AS

Innklaget: Sund kommune

Stikkord: Krav til forutberegnelighet og etterprøvnbarhet. Lokal tilhørighet. Evaluering av tildelingskriteriene.

Klagenemndas medlemmer: Jens Bugge, Inger Marie Dons Jensen og Andreas Wahl

Bakgrunn:

(1) Sund kommune (heretter kalt "innklagede") kunngjorde 28.2.2003 konkurranse med forhandling om bredbåndstjenester til kommunen. Konkurransen omfattet levering av infrastruktur for bredbånd til administrasjonen ved kommunens skoler og (eventuelt) barnehager.

(2) I konkurransegrunnlaget ble det oppgitt følgende tildelingskriterier, i ikke-prioritert rekkefølge:

"

Teknisk løysing og kapasitet

Pris og totaløkonomi

Kvalitet

Leveringsvilkår

Leveringstid

Leverandør inkl. referansar"

(3) Innklagede mottok tre tilbud, hvorav ett fra Telenor Business Solutions AS (heretter kalt "klager") og ett fra BKK.

(4) Innklagede nedsatte en prosjektgruppe for å evaluere tilbudene. Det fremgår av prosjektgruppens anbefaling at:

" Telenor har levert det klart gunstigste tilbudet, både mht investering og drift. Telenors etableringskostnader er 300.000 lavere enn de andre tilbydernes, og månedspris er også noe lavere enn konkurrentenes.

Tilbudet fra Telenor inkluderer bredbånds-infrastruktur til kommuneadministrasjon og skoler. I tillegg er det oppgitt priser på bredbånd til flere kommunale lokasjoner. Telenor har som del av tilbudet også gitt Sund kommune telefoni-betingelsene i Bergensavtalen, noe som gir kommunen en vesentlig økonomisk gevinst ift dagens situasjon.

Telenor har også et alternativt forslag som baserer seg på xDSL, som har begrenset båndbredde pt. Dersom Høykom aksepterer båndbredden som er tilbudt her kan Sund kommune spare ytterligere ved å ta i bruk SDSL til en del av lokasjonene. I løpet av 1-2 år vil Telenors SDSL støtte 5 mb/s, som tilfredsstillter Høykom-kravene.

SDSL-tilbudet forutsetter også at kommunen går inn på Telenors opplegg med "kundeinitiert utbygging" av xDSL, der kommunen garanterer økonomisk for det antall kunder som Telenor mener trengs for å forsvare utbyggingen. En slik utbygging vil gi et meget godt bredbåndstilbud til innbyggere og næringsliv i Sund kommune.

Dersom Telenor ikke kan velges pga krav fra Høykom er BKK det beste alternativet. BKK har levert et totaltilbud på datakommunikasjon til kommunen

og en opsjon på IP-basert telefoni. En forutsetning for det foreliggende pristilbudet fra BKK er at også Fjell kommune velger BKK som bredbåndslleverandør.

Kontraktstiden er viktig for å oppnå best mulig pris. Vi anbefaler at kommunen går inn på en langsiktig avtale med den valgte leverandøren. Dersom Telenor velges som leverandør anbefaler vi en kontraktstid på fem år.

...

Tabellen viser sist mottatte priser fra hver leverandør. BKKs nye pristilbud er kun med priser for 10 års avtale og er altså det laveste tilbudet totalt sett. Telenor har levert priser for 3 og 5 år.”

(5) Videre fremgikk det av prosjektgruppens anbefaling at:

”

- *Telenor er klart lavest i total pris.*
- *BKK er nest lavest dersom Fjell kommune også velger BKK.*
- *Både BKK og Nera/AKnetts tilbud er totalt sett gunstige, men krever en større investering for å få ut det økonomiske potensialet i flere lokasjoner og telefoni.*
- *Jo lengre avtaleperiode jo lavere månedspris.*

En samlet vurdering av ytelse og pris gir dermed følgende rangering av tilbudene:

1. *Telenor*
2. *BKK*
3. *Nera/AKnett”*

(6) Kommunens administrasjon var enig i prosjektgruppens anbefalinger, og utarbeidet innstilling for formannskap og kommunestyre. I innstillingen fremgikk det blant annet:

”Prosjektgruppa har gått igjennom alt materiale og kjem med følgende tilråding til vedtak:

Sund kommune vel Telenor som leverandør til breibandsutbygging i kommunen.

Kommunen vurderer dette som det beste tilbudet totalt sett, basert på pris, felles

kommunal videreutvikling og løysningar for dei som bur i kommunen.

Sund kommune går inn i tingingar med Telenor om kundeinitiert utbygging av xDSL. Dette gir kommunen innsparingar i forhold til å få breiband til fleire kommunale lokasjoner, og inneber at det blir etablert et godt breibandstilbod til innbyggjarar og næringsliv i kommunen. Før kommunen inngår avtale vert saka lagt fram for saksgruppe Næring og utvikling."

(7) Formannskapet og kommunestyret valgte imidlertid å inngå avtale med BKK, uten at det i vedtaket ble gitt noen nærmere begrunnelse for valget.

(8) Under klageprosessen har klagenemnda bedt innklagede om begrunnelse for valg av tilbud. Administrasjonen deltar imidlertid ikke på politiske gruppemøter forut for kommunestyremøtene, og vedtakene er ikke grunnlagt. Administrasjonen har derfor innhentet skriftlige forklaringer fra aktuelle politikere i forbindelse med klagesaken.

(9) Fra Sund Arbeiderparti er det opplyst at politikerne i forkant av gruppemøtet kontaktet dataansvarlig for kommunens skoler, og at dataansvarlig overfor partiet hadde anbefalt å inngå kontrakt med BKK. I samtale med politikerne la han stor vekt "på dette med IP- telefoni som kan føra til store innsparingar for kommunen og med mindre investeringar også for innbyggjarane. Det vart også peika på kva muligheiter kommunen ville få til "gratis"/billege telefonsamtaler med alle knytt til samme nett". Partiet har opplyst at dette ble vektlagt, i tillegg til at "løysinga var framtidretta".

(10) Fra Sund Frp er det opplyst at det ble invitert til et møte der alle politiske partier ble innkalt. Representanter fra Høyre, AP, Frp og Krf var til stede. Bakgrunnen for møtet var misnøye med konsulentrapporten, som blant annet ikke inneholdt noe om telefonutgifter. Partiet hadde innkalt en privat konsulent til å redegjøre for forskjellen på tilbudene fra BKK og klager. Det er fra partiet opplyst at "Det vart peika på at kommunen måtte satsa på en framtidretta løysing der også utgiftene til telefoni måtte takast omsyn til (nye samband opnar for at kommunen kan spara store kostnader til telefoni)".

(11) Av synspunkter som var fremme i kommunestyremøtet, er det gitt stikkordsmessige referat i form av:

"

Det er ynskjeleg med ei teknisk løysing som er tilpassa framtida.

Kostnader med IP-telefoni er ikkje vurdert. Her ligg innsparingar ved overgang til IP-telefoni. Dette har med totale kostnader på kort og lang sikt å gjera.

Sund vidaragående skule (fylkeskommunal) som ligg i Skogsvåg krins nyttar BKK når det gjeld breiband. Fjell kommune har også vald BKK. Interkommunalt samarbeid er viktig.

BKK sitt tilbod er meir moderne, sikkert og framtidretta.

Telenor reduserer i Bergensområdet men BKK er stasjonert i området.

Telenor sine løysingar kan krevja nye investeringar om nokre år."

Klager har i det vesentlige anført:

(12) Innklagede har tilsidesatt tildelingskriteriene. Ut fra tildelingskriteriene var det klagers tilbud som fremsto som det økonomisk mest fordelaktige.

(13) Innklagede har brutt kravet om å gi begrunnelse og klagefrist i meddelelsen om valg av tilbud, jf forskriftens § 10-3 (2).

(14) Innklagede har ikke gitt noen nærmere begrunnelse for valg av tilbud, jf forskriftens § 3-8 (4).

(15) Innklagede har begått vesentlige brudd på regelverket, og dersom reglene hadde blitt fulgt, ville klager fått kontrakten. Vilåårene for erstatning for positiv kontraktsinteresse er derfor oppfylt.

Innklagede har i det vesentlige anført:

(16) Innklagede beklager å ikke ha gitt tilstrekkelig meddelelse om valg av tilbud. Ut over dette er det ikke fremsatt anførsler, men vist til den politiske behandlingen av tilbudene. Klagenemnda forstår dette slik at klagers øvrige anførsler bestrides.

Klagenemndas vurdering:

(17) Innklagede har deltatt i konkurransen, og har saklig klageinteresse, jf forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig.

(18) Klagen gjelder anskaffelse av bredbånd, og klagenemnda antar at kontrakten er en tjenestekontrakt om prioriterte tjenester, jf forskriftens § 2-4 kategori (5), med henvisning til CPC-referanse 75231 (Data network services). Ved beregning av terskelverdiene skal månedlige kostnader multipliseres med 48, jf forskriftens § 2-3 (7), og deretter legges sammen med etableringskostnadene, jf forskriftens § 2-3 (1). Anskaffelsen følger således etter sin verdi reglene i forskriftens del II.

(19) Innklagede har i konkurransegrunnlaget angitt kriterier for valg av det økonomisk mest fordelaktige tilbudet, og plikter da å evaluere samtlige kriterier på en saklig og forsvarlig måte. Videre kan innklagede ikke legge vekt på andre forhold enn de som er angitt som tildelingskriterier.

(20) Så langt klagenemnda kan se av det fremlagte materiale, var ikke kostnader ved IP-telefoni gjort til noe tema i konkurransegrunnlaget. Det kan derfor være i strid med forutsetningene for konkurransen å trekke inn dette ved valg av tilbud, slik kommunestyret gjorde. Partenes anførsler og sakens opplysning om dette er imidlertid så sparsomme at klagenemnda ikke har tilstrekkelig grunnlag til å ta endelig stilling til dette spørsmålet.

(21) Det fremstår samtidig som uklart om kommunestyret har vurdert alle tildelingskriteriene kommunen hadde angitt på forhånd. Det er ikke dokumentert at kriteriene leveringsvilkår, leverandør inkl. referanser og leveringstid er evaluert. Her kan det være tale om brudd på forskriftens § 10-2 (2). Under enhver omstendighet er kravet til etterprøvbarhet i lovens § 5 tilsidesatt.

(22) I den foreliggende sak har prosjektgruppen foretatt en grundig evaluering av de innkomne tilbud, og gitt anbefaling om valg av leverandør. Dette er ikke til hinder for at kommunestyret i sin beslutning kommer til et annet resultat. Administrasjonen har ikke forut for kommunestyremøtet gitt leverandørene meddelelse om valg av tilbud, slik at en beslutning i strid med administrasjonens anbefaling ikke var avhengig av at det i den forutgående evalueringen var gjort en feil som kunne hatt innvirkning på resultatet, jf klagenemndas avgjørelse i sak 2003/183.

(23) Ved sin vurdering har prosjektgruppen lagt faglige kriterier til grunn, og kriteriene har vært vurdert av fagekspertise på områdene. Dette må få betydning for kravene til saksbehandling og begrunnelse når et overordnet organ omgjør innstilling om valg av tilbud, jf klagenemndas avgjørelse i sak 2003/68.

(24) Det kan ikke rettes innvendinger mot at de politiske partier innhenter annen fagekspertise til å foreta en ny evaluering. Klagenemnda mener imidlertid at ut fra krav til god forvaltningsskikk skulle kommunestyret, slik denne saken lå an, konsultert administrasjonen med de nye opplysningene for å sikre at beslutningsgrunnlaget var korrekt i forhold til konkurransegrunnlaget. Slik kommunestyrets vedtak foreligger, lar dette seg vanskelig forene med regelverkets krav til forutberegnelighet og etterprøvnbarhet.

(25) Det fremgår videre at det er lagt vekt på at BKK var stasjonert i området, mens klager angivelig reduserte i Bergensområdet. Å trekke inn dette i evalueringen er i strid med forbudet mot diskriminering på grunnlag av lokal tilhørighet, jf forskriftens § 3-1 (3).

Konklusjon:

Sund kommune har brutt kravet til forutberegnelighet og etterprøvbarhet i lov om offentlige anskaffelser § 5, ved å fravike administrasjonens innstilling uten å sikre at beslutningsgrunnlaget var i samsvar med konkurransegrunnlaget.

Sund kommune har brutt forskrift om offentlige anskaffelser § 3-1 (3) ved å legge vekt på lokal tilhørighet ved valg av leverandør.

For klagenemnda, 19.5.2004

Inger Marie Dons Jensen



Forsiden
Nemndsmedlemmer
Saksbehandling
Regelverk
Innkommne saker
Statistikk
Årsrapporter
Dommer
Søk i avgjorte saker
Avgjorte saker:
[2003](#) [2004](#) [2005](#)

Besøksadresse

H. Heyerdalsgate 1
0033 Oslo

Postadresse

Postboks 8132 Dep
0033 Oslo

Tlf.: 22 33 70 10

Faks: 22 33 70 12

E-post:

postmottak@kofa.no

Avgjorte saker

Innklagede kunngjorde en begrenset anbudskonkurranse vedrørende byggeledelse for rehabilitering av et kaianlegg. Klagenemnda slo ned på flere vesentlige feil, blant annet motstrid mellom kunngjøringen og konkurransegrunnlaget mht. anskaffelsesprosedyre, mangler ved prekvalifisering og kontraktstildeling, som brøt med kravene til likebehandling, forutsigbarhet og etterprøvnbarhet i lovens § 5. Feilene kunne ikke rettes uten gjennomføring av ny konkurranse.

Klagenemndas avgjørelse 19.05 2004 i sak 2004/53

Klager: Ishavstjenester AS

Innklaget: Nordkapp Havn KF

Klagenemndas medlemmer: Jens Bugge, Inger Marie Dons Jensen, Andreas Wahl

Saken gjelder: Begrenset anbudskonkurranse. Avvisning. Likebehandling. Forutberegnelighet. Meddelelse om valg av tilbud.

Bakgrunn:

- (1) Nordkapp Havn KF (heretter kalt "innklagede") kunngjorde 6. januar 2004 en begrenset anbudskonkurranse (prekvalifisering) vedrørende byggeledelse for rehabilitering av Honningsvåg havn. Frist for å levere inn forespørsel om deltakelse var 19. januar 2004.
- (2) Ishavstjenester AS (heretter kalt "klager") leverte inn forespørsel om deltakelse innen fristen.
- (3) Ved innlevert forespørsel fikk leverandørene utdelt konkurransegrunnlag for utforming av tilbud. Tildelingskriteriene var "pris", "erfaring", "kapasitet" og "organisasjon", i uprioritert rekkefølge. Prisen skulle oppgis som timehonorar.
- (4) Konkurransegrunnlaget hadde ingen opplysninger om anskaffelsesprosedyre. I punkt 4.5 "Forhandlinger, avklaringer mv. (§ 16-1)" het

det imidlertid:

"På bakgrunn av mottatte tilbud kan det forhandles med minst 3 leverandører, men bare med leverandører som har reell mulighet til å få tildelt kontrakt. Det er adgang til å forhandle om endring eller suppleringer av alle sider ved tilbudene, så som forretningsmessige vilkår, pris og tekniske spesifikasjoner."

(5) I tilbudet skulle det oppgis hvilken kandidat som skulle stille som byggeleder. Det var også en tom linje der leverandørene skulle oppgi stedfortreder. Over linjen var følgende ledetekst inntatt:

"Følgende kandidat er tiltenkt som stedfortreder for byggeleder:"

(6) Leverandørene skulle også vedlegge CV for *"de aktuelle kandidater"*.

(7) Frist for innlevering av tilbud ble satt til 2. februar 2004. Den 30. januar hadde klager ennå ikke hørt noe om resultatet av prekvalifiseringen og kontaktet derfor innklagede. Innklagede opplyste i telefonsamtalen at det ennå ikke var foretatt noen prekvalifisering, og at klager burde levere inn tilbud uansett. Ved levering av tilbud den 2. februar fikk klager opplyst at fristen sannsynligvis ville bli forlenget. Det ble senere på dagen gitt beskjed om at fristen var satt til 23. februar 2004.

(8) Den 16. februar holdt innklagede tilbudsåpning. Fem leverandører hadde levert forespørsel om deltakelse, og av disse hadde fire levert inn tilbud. På dette tidspunkt hadde innklagede fortsatt ikke meddelt leverandørene resultatet av prekvalifiseringen.

(9) Den 2. mars vedtok havnestyret å inntille Roald Bjørn Abrahamsen til kontrakten. Styret hadde ikke deltatt i gjennomføringen av prosessen før dette, og hadde heller ikke sett konkurransegrunnlaget før i møtet. I referatet fra møtet het det:

"Styret i Nordkapp Havn KF innstiller Roald Bjørn Abrahamsen til byggeleder vedr. Rehabilitering av kaier. Dette under forutsetning av at Abrahamsen kan stille med stedfortreder for byggeleder."

Som nr. 2 innstilles firma:

Finnmark Teknisk AS, Lakselv

Havnestyrets leder gis fullmakt til å underskrive kontrakt med valgte firma."

(10) Valgte leverandør hadde levert inn tilbud som privatperson.

(11) Den 3. mars ringte klager innklagede for å høre hvordan saken lå an. Det ble da opplyst om avgjørelsen som ble truffet i møtet dagen før. Kopi av referatet ble tilsendt leverandørene i brev samme dag. Det ble ikke gitt noen begrunnelse eller klagefrist. Klager påklaget likevel avgjørelsen i brev av 5. mars. Den 11. mars ble klagen besvart. Innklagede skrev:

"Begrunnelsen for valgte rekkefølge:

Nr. 1 *Ble det lagt til grunn laveste pris, samt lang erfaring.*

Nr. 2 *Der ble en samlet vurdering av alle 4 kriterier lagt til grunn.*

Da prisforskjellen mellom Dem og Finnmark Teknikk AS var liten i forhold til praksis/erfaring, ble erfaring vektlagt.

(henviser for øvrig til deres e-mail der du skriver at du ikke har vært direkte knyttet til bransjen de siste 3 år.)"

(12) Kopi av anbudsprotokollen var vedlagt. I protokollen er de fire leverandørene og deres timepris oppført. Roald Bjørn Abrahamsen hadde det billigste tilbudet med kr 325 per time, deretter kom klager med kr 385 og som nummer tre Finnmark Teknikk AS med en pris på kr 440.

Anførsler:

Klagers anførsler:

(13) Innklagede har brutt regelverket for offentlige anskaffelser.

(14) Innklagede har ikke gjennomført noen prekvalifisering. Ved å sette en frist for forespørsel om deltakelse har innklagede påført leverandørene unødvendige utgifter i forbindelse med utforming av slik søknad og fremskaffelse av dokumentasjon.

(15) Innklagede hadde ikke lov til å forlenge tilbudsfristen samme dag som den skulle gått ut. Da vet markedet hvem som deltar i konkurransen, og kan prise sitt eget tilbud deretter.

(16) Leverandøren som er innstilt som nr 1, skulle vært avvist. For det første har ikke vedkommende stedfortreder, en forutsetning for å kunne utføre oppdraget. For det andre kan ikke vedkommende ha sendt inn all etterspurt dokumentasjon.

(17) Innklagede har ikke evaluert alle tildelingskriteriene.

(18) Innklagede har heller ikke gitt meddelelse om valg av tilbud i samsvar med § 17-3. Både begrunnelse og klagefrist manglet.

Innklagedes anførsler:

(19) Innklagede bestrider å ha brutt regelverket for offentlige anskaffelser.

(20) Bare de som hadde levert inn søknad om prekvalifisering, fikk anledning til å inngi tilbud. At fristforlengelsen ble unødvendig lang, skyldes at havnefogden, som hadde ansvar for saken, sluttet. Havnestyrets leder måtte ta over og trengte tid til å sette seg inn i saken. Ingen som meldte sin interesse, ble orientert om andres tilbud i denne perioden.

(21) Samtlige søkere fikk anledning til å legge inn tilbud, da alle ble funnet kvalifisert.

(22) Valgte leverandør er per i dag privatperson, men må på lik linje med de andre oppfylle både krav etter lov om merverdiavgift og lov om firmaregistrering før kontrakten inngås. Regelverket inneholder imidlertid ingen krav om at leverandøren skal være et aksjeselskap.

(23) Klager ble gitt tilfredsstillende tilbakemelding om valg av leverandør.

Klagenemndas vurdering:

(24) Klager har deltatt i konkurransen og har saklig klageinteresse, jf forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig.

(25) Kontrakten gjelder byggeledelse for rehabilitering av en havn og hører dermed etter sin art under virkeområdet til forsyningsforskriften (forskrift av 5. desember 2003). Det er ikke oppgitt noen anslått verdi, men samlet verdi vil uansett ikke nå opp til terskelverdiene etter forsyningsforskriften § 11. Dermed kommer verken forsyningsforskriften eller anskaffelsesforskriften til anvendelse.

(26) Lov om offentlige anskaffelser gjelder også for kontrakter med lavere verdi enn terskelverdiene. Anskaffelsen er kunngjort som en "*begrenset anbuds konkurranse*". Kunngjøringen må forstås slik at det ikke er lagt opp til en prosedyre med forhandlinger. Når innklagede i konkurransegrunnlaget nettopp legger opp til forhandlinger, er dette en vesentlig endring i forhold til kunngjøringen. Denne endringen er i strid med kravene til forutsigbarhet, gjennomsiktighet og likebehandling, jf anskaffelsesloven § 5.

(27) Feilen kan ha hatt innflytelse på leverandørenes tilbud og kan ikke rettes uten gjennomføring av ny konkurranse, evt med ny kunngjøring, slik at det blir samsvar mellom kunngjøring og konkurransegrunnlag. Det er etter dette ikke nødvendig å gå inn på de øvrige anførsler i detalj.

(28) Klagenemnda finner av hensyn til klager likevel grunn til å påpeke enkelte andre forhold som er i strid med anskaffelsesloven § 5.

a. Innklagedes vurdering av leverandørene etter de oppsatte krav og kriterier til kvalifikasjoner kan ikke etterprøves.

b. Ved å forlenge fristen for innlevering av tilbudene samme dag som den opprinnelig skulle gått ut, og å foreta tilbudsåpning før den utsatte fristen gikk ut, har innklagede skapt en uklarhet rundt muligheten for å endre tilbud og en tilsynelatende fare for at nye leverandører fikk levere inn tilbud etter å ha fått greie på hvem som hadde levert.

c. Det er uklart om innklagede har vurdert alle tildelingskriteriene.

d. Innklagede har ikke begrunnet sitt valg av tilbud på en måte som er etterprøvbart.

(29) Klagenemnda har med dette ikke gitt uttrykk for at konkurransen for øvrig var i overensstemmelse med anskaffelsesreglene.

(30) Ovennevnte feil alene gjør at hele konkurransen fremstår som lite tilfredsstillende.

(31) Kontrakt i saken er ikke inngått, slik at det skulle være mulig å avlyse konkurransen og gjennomføre en ny anskaffelsesprosess.

Konklusjon:

Nordkapp Havn KF har brutt kravet til likebehandling og forutberegnelighet i lov om offentlige anskaffelser § 5 ved å endre konkurranseform etter kunngjøring av konkurransen.

Nordkapp Havn KF har gjennomført konkurransen på en måte som i flere henseender ikke oppfyller lovens krav til etterprøvbarhet og som gir grunn til tvil om skjønnsutøvelsen er forsvarlig.

For klagenemnda,

19. mai 2004

Andreas Wahl



Forsiden
Nemndsmedlemmer
Saksbehandling
Regelverk
Innkomne saker
Statistikk
Årsrapporter
Dommer
Søk i avgjorte saker

Avgjorte saker:

[2003](#) [2004](#) [2005](#)

Besøksadresse

H. Heyerdalsgate 1
0033 Oslo

Postadresse

Postboks 8132 Dep
0033 Oslo

Tlf.: 22 33 70 10

Faks: 22 33 70 12

E-post:

postmottak@kofa.no

Avgjorte saker

Klager ble avvist som ikke-kvalifisert pga manglende HMS-egenerklæring fra en av "OPS-aktørene". ("OPS" står for Offentlig Privat Samarbeid). Klagenemnda kom til at innklagede hadde skapt tvil om det skulle leveres HMS-egenerklæring for alle "OPS-aktørene" og således brutt lov om offentlige anskaffelser § 5 om forutberegnelighet. Videre hadde innklagede brutt kravet til god anbuds- og forretningskikk i forskriftens § 3-1 (2) ved å avvise klager uten å gi en kort tilleggsfrist for ettersendelse av HMS-egenerklæring.

Klagenemndas avgjørelse 19.05.2004 i sak 2004/81

Klager: AF Ragnar Evensen AS

Innklaget: Bærum kommune

Klagenemndas medlemmer: Jens Bugge, Inger Marie Dons Jensen, Andreas Wahl

Saken gjelder: Forutberegnelighet, god anbudsskikk.

Sakens bakgrunn:

(1) Bærum kommune (heretter "innklagede") kunngjorde 21.01.2004 en "Begrenset anbudskonkurranse Offentlig Privat samarbeide" der leverandørene skulle gi tilbud på planlegging, prosjektering, bygging, finansiering, forvaltning, drift og vedlikehold av en ny ungdomsskole på Vøyenenga.

(2) I alt 20 leverandører ba om å få tilsendt invitasjon til prekvalifisering (heretter "konkurransegrunnlaget"), herunder AF Ragnar Evensen AS (heretter "klager"). Av konkurransegrunnlaget fremgikk det at det var tale om en konkurranse med forhandling. Det fremgikk videre:

"3 Krav til besvarelse

(...)

3.2 Tilbudsbrev prekvalifisering

I et søknadsbrev oppsummeres prekvalifiseringssøknadens hovedpunkter. Brevet skal være signert av OPS-operatørens ansvarlige part.

3.3 Vedlegg

(...)

Vedlegg E: Sikkerhet

Eierforhold: Selskapsform og eierstruktur for OPS-aktørene.

Økonomi: Kopi av siste års regnskap samt siste tre års oversikt over total omsetning for den enkelte OPS-aktøren for den typen tjenester som gjelder for denne avtalen.

Finansiering: Bekreftelse på selskapenes etablerte finansieringsordninger vedlegges.

Kvalitetssikring: Kvalitetssystem og metoder for kvalitetssikring beskrives.

Attester: Det skal leveres to skatteattester:

Attest utsendt av kemner/kommunekasserer der OPS-aktørene har sitt hovedkontor (skatt, forskuddstrekk, påleggstrekk, arbeidsgiveravgift)

Attest fra skattefogden i vedkommende fylke (merverdiavgift)

Begge attester skal være av typen RF-1244, fastsatt av skattedirektoratet. Attestene skal ikke være eldre enn 6 mnd.

Det skal også vedlegges en egen HMS-egenerklæring."

(3) Åtte leverandører leverte inn forespørsel om deltakelse i konkurransen, herunder klager. Fire forespørsler manglet imidlertid ulike attester som det var stilt krav om i konkurransegrunnlaget. I klagers søknad ble det lagt ved HMS-egenerklæring for AF Ragnar Evensen AS, som sto som den ansvarlige part overfor oppdragsgiver. For de øvrige selskapene som var del av klagers tilbud, ble HMS-egenerklæring levert for CF Møller, men ikke for Hammersborg Næringsforvaltning.

(4) Innklagede avviste klager som ikke kvalifisert og begrunnet avvisningen med manglende HMS-egenerklæring fra Hammersborg Næringsforvaltning.

Klagers anførsler:

(5) Kravet til HMS-egenerklæring fremkommer som siste punkt i konkurransegrunnlagets kapittel 3 "krav til besvarelsene". Det er ikke sagt noe uttrykkelig i konkurransegrunnlaget om at "hver enkelt deltaker i samarbeidet" skal levere inn attester og erklæringer.

(6) Det er ikke en unaturlig forståelse at kravet om HMS-egenerklæring bare gjaldt OPS-operatørens ansvarlige part. Etter klagers syn gir det ikke god mening at "en egen" skulle innebære et krav om fremleggelse av flere HMS-egenerklæringer.

(7) Ut fra sammenhengen forsto klager det slik at kravet om HMS-egenerklæring kun gjaldt OPS-operatørens ansvarlige part, dvs i dette tilfellet AF Ragnar Evensen AS som har signert søknadsbrevet. Det forhold at det ved søknaden også ligger HMS-egenerklæring fra CF Møller, skaper i seg selv ikke plikt til å legge fram tilsvarende erklæring fra andre OPS-aktører.

(8) Av § 5-16 følger riktignok en plikt for entreprenøren ved bygge og anleggskontrakter til å kreve HMS-erklæring fra sine underentreprenører. Det er imidlertid ikke noe krav om at slike erklæringer skal vedlegges entreprenørens søknad om prekvalifisering eller tilbudet.

(9) Det er for øvrig ikke sagt noe i konkurransegrunnlaget om at manglende HMS-egenerklæring automatisk skal medføre avvisning, jf forskrift om offentlige anskaffelser § 8-12 (2) bokstav g. I et tilfelle som dette, hvor innklagedes krav til HMS-egenerklæringen ikke er kommet til uttrykk på en klar måte, er det klagers oppfatning at det heller ikke er adgang til avvisning, men at oppdragsgiver plikter å benytte seg av muligheten til å be om ettersendelse, jf forskriftens § 5-16 (3). Noe annet ville virke vilkårlig og være i strid med anskaffelsesregelverkets krav til konkurransegrunnlaget, herunder krav om forutberegnelighet og gjennomsiktighet samt kravet om god anbudsskikk.

(10) Konkurransegrunnlaget var uklart formulert. Risikoen for slike uklarheter ligger på innklagede, slik at en avvisning uten å gi klager tilleggsfrist er urimelig og i strid med anskaffelsesregelverket og klagenemndas praksis.

(11) Innklagede har ikke satt noen tilbudsfrist. Dette er i strid med anskaffelsesregelverket, jf forskriftens § 5-1 (1) bokstav b nr 2.

Innklagedes anførsler:

(12) Innklagede bestrider å ha brutt regelverket om offentlige anskaffelser.

(13) Med "OPS-operatør" har innklagede ment det selskap eller firma som fronter saken på leverandørsiden. Med "OPS-aktør" er ment det enkelte medvirkende selskap eller firma på samme side.

(14) Konkurransegrunnlagets punkt 3.3 "vedlegg E: Sikkerhet" sett i sammenheng kan ikke forstås på annen måte enn at kravet til HMS-egenerklæring gjaldt alle "OPS-aktørene". Ordet "en" i siste setning kan ut fra vanlig språkforståelse ikke oppfattes som et tallord, men derimot som en ubestemt artikkel.

(15) Ved evaluering av de innkomne søknader ble besvarelsene kontrollert mot kravene i punkt 3.3. De fire ikke-prekvalifiserte leverandørene leverte HMS-egenerklæring for noen av sine "OPS-aktører". Det er naturlig å tolke dette slik at man faktisk oppfattet at kravet ikke bare gjaldt hovedaktøren (operatøren). På bakgrunn av ovennevnte, og i henhold til forskriftens §8-12, ble det derfor besluttet at bare de søkerne som leverte komplett dokumentasjon, skulle anses som prekvalifiserte.

(16) Forskriftens § 5-15 (5) og § 5-16 (4) kommer bare til anvendelse i entrepriseforhold, og ikke i OPS-kontrakter, slik at det er første ledd i begge paragrafer som gjelder i denne saken.

(17) Innklagede har hele tiden ment at avvisningsplikten ved manglende HMSerklæring - eventuelt etter tilleggsfrist - er absolutt. Kan-adgangen etter § 8-12(2) gjelder når HMS-erklæring i og for seg er fremlagt, men uten at den inneholder alle nødvendige opplysninger.

Klagenemndas vurdering:

(18) Klager har deltatt i anbudskonkurransen, og har saklig klageinteresse,

jf. forskrift om klagenemnd om offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig.

(19) Det følger av forskriftens § 5-16 (1) at det er innklagede som skal kreve leverandørene for HMS-egenerklæring. Innklagede må gjøre dette på en så tydelig måte at en vanlig leverandør forstår hva som kreves.

(20) Utgangspunktet er at kravet til HMS-egenerklæring skal fremgå allerede av kunngjøringen, gjennom avkrysning i rubrikk for dette i Norsk lysingsblads standardiserte skjemaer. Dette har innklagede ikke gjort. Innklagede har istedet valgt å opplyse om kravet til HMS-egenerklæring i konkurransegrunnlaget, men da uten å presisere om kravet retter seg mot det innklagede selv har betegnet som "OPS-operatør", eller også mot "OPS-aktørene". Det forhold at fire av åtte "OPS-operatører" manglet attester fra en eller flere "OPS-aktører", illustrerer at konkurransegrunnlaget var uklart på dette punktet.

(21) Den uklarheten innklagede har skapt, medfører et brudd på kravet til forutberegnelighet i lovens § 5.

(22) På avvisningstidspunktet hadde innklagede ennå ikke vurdert noen tilbud i den aktuelle anskaffelsen. Innklagede hadde da anledning etter forskriftens § 5-16 (3) til å gi de leverandører som ikke hadde levert inn HMS-egenerklæring, en kort tilleggsfrist for ettersendelse.

(23) Når uklarheten er skapt av innklagede selv, og klagers tolkning av konkurransegrunnlaget for klagenemnda fremstår som forsvarlig, blir innklagedes beslutning om ikke å gi klager en tilleggsfrist urimelig. Innklagede må i et slikt tilfelle antas å ha en plikt til å gi tilleggsfrist ut fra kravet til god anbuds- og forretningsskikk i forskriftens § 3-1.

(24) Innklagede har opplyst at tilbudsfrist nå er satt til 2 august klokken 12. Klagenemnda går derfor ikke inn på klagers anførsel om at det ikke er satt tilbudsfrist.

Konklusjon:

Bærum kommune har brutt kravet til forutberegnelighet i lov om offentlige anskaffelser § 5 ved å skape tvil om hvem som skulle levere inn HMS-egenerklæring.

Bærum kommune har brutt kravet til god anbuds- og forretningsskikk i forskriftens § 3-1 (2) ved ikke å gi klager tilleggsfrist for ettersendelse av HMS-erklæring for en av "OPS-aktørene".

For klagenemnda, Oslo 19 mai 2004

Inger Marie Dons Jensen



Forsiden
Nemndsmedlemmer
Saksbehandling
Regelverk
Innkomne saker
Statistikk
Årsrapporter
Dommer
Søk i avgjorte saker

Avgjorte saker:

[2003](#) [2004](#) [2005](#)

Besøksadresse

H. Heyerdalsgate 1
0033 Oslo

Postadresse

Postboks 8132 Dep
0033 Oslo

Tlf.: 22 33 70 10

Faks: 22 33 70 12

E-post:

postmottak@kofa.no

Avgjorte saker

Nordre Land kirkelige fellesråd inviterte tre orgelbyggere til å gi tilbud på bygging av kirkeorgel. Klagenemnda avviste at unntaket for direkte anskaffelser der det bare finnes en leverandør i markedet, kunne komme til anvendelse.

Klagenemndas avgjørelse den 19.5.2004 i sak 2004/90

Klager: H. Brinck Hansen Orgelbyggeri

Innklaget: Nordre Land kirkelige fellesråd

Klagenemndas medlemmer: Jens Bugge, Inger Marie Dons Jensen, Andreas Wahl

Stikkord: Adgangen til direkte anskaffelser der det bare finnes en leverandør i markedet.

Bakgrunn:

(1) Nordre Land kirkelige fellesråd skal anskaffe et pipeorgel. Orgelet må spesialtilpasses til kirkerommet, både med hensyn til lyd, klang og utseende. Menigheten skal investere 2,5 millioner kroner i orgelet, og har nedsatt en komite til å gjennomføre anskaffelsen. Innklagede har benyttet kirkens kontor og en ekstern domorganist som rådgivere.

(2) Innklagede inviterte tre orgelbyggere til å levere inn tilbud på orgelbyggingen. De inviterte ble valgt ut av innklagedes rådgivere, med

bakgrunn i leverandørens erfaring med bygging av orgler med ønskede egenskaper. Anskaffelsen ble ikke kunngjort i Norsk lysingsblads elektroniske database DOFFIN, men det ble avholdt en lukket anbudskonkurranse der H. Brinck Hansen Orgelbyggeri (heretter kalt "klager") ikke ble invitert til å delta.

Klager har i det vesentlige anført:

- (3) Konkurransen skulle vært kunngjort i DOFFIN-databasen.
- (4) Den eksterne rådgiveren har i 20 år kun anbefalt den valgte leverandøren som orgelbygger, og må betraktes som en selger for denne. Rådgiveren er ikke en uhildet konsulent.
- (5) En av de inviterte leverandørene trakk seg fra konkurransen, og den valgte leverandøren hadde laveste pris i forhold til de to gjenværende tilbudene. Dette tyder på et ulovlig prissamarbeid, siden den valgte leverandøren bestandig har vært dyrest i markedet.
- (6) Den valgte leverandør har ikke gyldig svennebevis, men er kun dyktig forretningsmann. Det er opprettet en ny forening for orgelbyggere i Norge, og det er her et minstekrav for å få tittel at lederen av orgelbyggeriet har svennerbev.
- (7) Det er ikke tatt hensyn til lokal tilknytning ved utvelgelsen av hvem som skulle inviteres til å levere inn tilbud.

Innklagede har i det vesentlige anført:

- (8) Av kunstneriske grunner forelå det adgang til å benytte konkurranse med forhandling uten forutgående kunngjøring, jf forskrift om offentlige anskaffelser § 4-3 bokstav c).
- (9) Den valgte orgelbyggeren har svært lang referanseliste (opusliste), som holder god kvalitet. Det er stor forskjell på prestasjonene i opuslistene til klager og den valgte leverandøren.
- (10) Praksis har vært at to til fire orgelbyggere er blitt invitert til lukket anbudskonkurranse, uten forutgående kunngjøring. Prosedyren i den foreliggende sak var derfor i samsvar med praksis.
- (11) Det vises til Nærings- og handelsdepartementets tolkningsuttalelse om regelverkets forhold til anskaffelse av orgelbygging. Det fremgår her at når anskaffelsens egenskaper er så knyttet opp til den aktuelle kunstner at man vanskelig kan si at det finnes "tilsvarende arbeid", egner anskaffelsen seg dårlig for ordinær anbudskonkurranse.
- (12) Innklagedes rådgivere er utøvende kunstnere, og det er derfor naturlig at de utvikler preferanser for enkelte instrumenter. Det er likevel helt urimelig å betrakte den eksterne rådgiveren som selger for den valgte leverandør. Den eksterne rådgiveren anbefalte alle de tre leverandører som ble invitert til å inngi tilbud, og laveste pris ble derfor utslagsgivende for valget.
- (13) Prisforskjellen var på 6 %, og det er vanskelig å tro at den valgte leverandøren ville blitt valgt som leverandør for så mange prosjekter dersom ikke prisene og kvaliteten hadde vært konkurransedyktig.
- (14) Det eksisterer ingen tittel som orgelbyggemester, og det kan ikke være en plikt til å kreve at bygging av kirkeorgler kun kan utføres av firmaer med mestertittel.
- (15) Det kan ikke vektlegges lokal tilknytning ved utvelgelsen av

leverandører.

Klagenemndas vurdering:

(16) Klager er potensiell leverandør til anskaffelsen, og har således saklig klagerett, jf forskrift om offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig.

(17) Innklagede er en offentlig oppdragsgiver omfattet av regelverket, jf lov om offentlige anskaffelser § 2. Innklagedes anskaffelser av vare-, tjeneste- og bygge- og anleggskontrakter skal derfor følge de prosedyrer og regler som er nedfelt i forskrift om offentlige anskaffelser.

(18) Klagenemnda antar at den foreliggende kontrakt skal anses som en bygge- og anleggskontrakt, og viser her til Nærings- og handelsdepartementets vurdering av spørsmålet i brev av 26.5.2003 til Foreningen av Norske Orgelbyggere. Anskaffelsen følger derfor etter sin verdi reglene i forskriftens del III.

(19) Innklagede plikter å kunngjøre anskaffelser i Norsk lysingsblads elektroniske database, med mindre unntakene for direkte anskaffelse etter forskriftens § 11-2 (1) kommer til anvendelse. I den foreliggende sak er spørsmålet om "anskaffelsen bare kan skje hos en leverandør i markedet", jf forskriftens § 11-2 (1) bokstav b). Bestemmelsen må anses å inkludere tilfeller der det av kunstneriske grunner bare finnes en leverandør, jf forskriftens § 4-3 bokstav c) for anskaffelser over terskelverdiene.

(20) Klagenemnda kan imidlertid ikke se at det av kunstneriske eller andre grunner bare finnes en leverandør i markedet. Tvert om har innklagede selv ansett tre leverandører for fullt ut kvalifiserte, i tillegg til at klager har meldt sin interesse. Vilkårene for direkte anskaffelse er således åpenbart ikke oppfylt.

(21) Klagenemnda kan ikke se at feilen kan rettes på annen måte enn ved at det kunngjøres en ny konkurranse i samsvar med forskriftens § 13-1. Klagenemnda vil imidlertid bemerke at det innklagede ville sikre seg ved gjennomføringen av anskaffelsen, synes å kunne vært oppnådd ved en begrenset anbuds konkurranse eller konkurranse med forhandling i tråd med regelverket. Oppdragsgiver kan ved utvelgelsen av hvilke leverandører som skal delta i konkurransen blant annet legge vekt på tidligere leveranser og faglige kvalifikasjoner. Ved valg av tilbud kunne innklagede i det foreliggende tilfellet lagt vekt på blant annet referanser for tidligere arbeider, design og klang.

(22) Videre vil klagenemnda bemerke at det etter regelverket ikke er anledning til å legge vekt på leverandørenes geografiske beliggenhet slik som anført av klager. Det er heller ikke anledning til å kreve at leverandørene skal være medlem av noen orgelbyggerforening. Påstander om eventuelt prissamarbeid fremstår som udokumentert, og ligger uansett utenfor klagenemndas kompetanse å ta stilling til.

Konklusjon:

Nordre Land kirkelige fellesråd har brutt forskrift om offentlige anskaffelser § 13-1 ved ikke å kunngjøre konkurranse om anskaffelse av orgelbyggekontrakt.

For klagenemnda, 19.5.2004

Andreas Wahl



Forsiden
Nemndsmedlemmer
Saksbehandling
Regelverk
Innkomne saker
Statistikk
Årsrapporter
Dommer
Søk i avgjorte saker

Avgjorte saker:
[2003](#) [2004](#) [2005](#)

Besøksadresse
H. Heyerdalsgate 1
0033 Oslo

Postadresse
Postboks 8132 Dep
0033 Oslo

Tlf.: 22 33 70 10

Faks: 22 33 70 12

E-post:

postmottak@kofa.no

Avgjorte saker

Klager deltok i en åpen anbudskonkurranse for blant annet legging av brosten i to sentrumsgater i Oslo. I kunngjøringen ble det bedt om liste over tidligere utført arbeid, og det fremgikk av konkurransegrunnlaget at det var krav om at leverandørene hadde erfaring fra "tilsvarende arbeid". Klager ble avvist fordi han manglet erfaring med arbeid i "tilsvarende gater", det vil si travle sentrumsgater. Klagenemnda la til grunn at den forståelsen innklagede la til grunn ikke kom frem tilstrekkelig klart og tydelig av verken kunngjøringen eller konkurransegrunnlaget. Kravet kunne da ikke danne grunnlag for avvisning av klager.

Klagenemndas avgjørelse i sak 2003 /209 den 3. mai 2004

Klager: Mesta AS

Innklaget: Oslo kommune

Klagenemndas medlemmer: Per Christiansen, Svein Dahl, Morten Goller.

Saken gjelder: Plikt til å opplyse om særskilte kvalifikasjonskrav

Bakgrunn:

(1) Samferdselsetaten i Oslo kommune (heretter kalt "innklagede") kunngjorde 25.4.2003 en åpen anbudskonkurranse for bygningstekniske arbeider i forbindelse med rehabilitering av Øvre og Nedre Slottsgate. Arbeidene gjaldt riving av eksisterende belegg og gatevarmeanlegg, samt etablering av nytt gatevarmeanlegg og gate med belegg av granittheller og gatestein.

(2) I kunngjøringen fremgikk ingen kvalifikasjonskrav, men leverandørene måtte levere inn:

"Liste over de viktigste tjenesteytelsene/leveransene de siste tre år, herunder deres verdi og tidspunkt for offentlige eller private mottakere.

...

Liste over de arbeider som er utført de siste fem år. En slik skal vedlegges bevis for god utførelse av de viktigste arbeidene. Dette beviset skal angi arbeidets verdi, tid og sted for utførelsen, samt om arbeidet har vært fullt fagmessig utført og er blitt behørig avsluttet."

(3) Det ble avholdt befarings- og en tilbudskonferanse, og referat fra

tilbudskonferansen ble sendt ut til leverandørene som hadde mottatt konkurransegrunnlaget.

(4) I konkurransegrunnlaget fremgikk det blant annet at:

"Vi ønsker tilbud fra entreprenører med det faglige, tekniske og økonomiske grunnlag som er nødvendig for oppfyllelse av kontrakten og med erfaring fra tilsvarende arbeid".

(5) Det var videre krav til fagbrev for beleggslarbeidene, og ADK 1 sertifikat eller tilsvarende for vann- og avløpsarbeid.

(6) Innklagede mottok tilbud fra elleve leverandører, men avviste åtte av disse som ikke kvalifiserte for oppdraget. Dette gjaldt også Mesta AS (heretter kalt "klager"), som hadde levert inn et tilbud, blant annet med vedlagt oversikt over tidligere oppdrag siste fem år.

(7) I brev 12.6.2003 ble klager orientert om at avvisningen. Beslutningen ble begrunnet med at det i den aktuelle anskaffelsen var svært viktig at leverandørene hadde erfaring fra tilsvarende leveranser. Det ble vist til krav om fremleggelse av referanser fra tilsvarende arbeider, beskrevet i konkurransegrunnlaget, og konkludert med at klager ikke hadde levert inn liste over referanser.

(8) Etter anmodning, ble avvisningen ytterligere begrunnet i brev 25.6.2003. Innklagede vedgikk nå at det ble gitt anledning til ettersendelse av blant annet referanseliste, og at klager hadde gjort dette. Avvisningen ble likevel opprettholdt. I brevet het det:

"Av den dokumentasjon Samferdselsetaten har mottatt fremkommer at de krav som er stilt for deltakelse i konkurransen ikke er tilfredsstillt jfr. §12-5.

Øvre og Nedre Slottsgate er gågater med forretninger på begge sider av gaten og med stor fotgjengertrafikk og transport av varer. Det er i forespørselen satt krav til at dette må tas hensyn til ved at handlende og næringsdrivende skal benytte gaten samtidig med at rehabiliteringen av gaten pågår. Dette ble også presisert på anbudskonferansen. Ut fra disse forhold er det satt krav til at entreprenøren skal ha erfaring med tilsvarende gater.

Av anskaffelsesforskriften § 15-12 (1) a følger det at oppdragsgivere skal avvise leverandører som ikke oppfyller krav som er satt for leverandørens deltakelse i konkurransen".

Klager har i det vesentlige anført:

1. Kunngjøringens kvalifikasjonskrav

(9) Klager oppfylte kravene til dokumentasjon som fremgikk av kunngjøringens punkt 6. Det kan av kravene til dokumentasjon ikke innfortolkes krav om erfaring fra en spesiell type prosjekt.

(10) Innklagede kunne ikke oppstille ytterligere krav til leverandørens kvalifikasjoner, utover det som fremgikk av kunngjøringen.

2. Konkurransegrunnlagets kvalifikasjonskrav

(11) Det er uansett naturlig å forstå kvalifikasjonskravet til å omfatte erfaring med "arbeidene" slik de er beskrevet i anbudsgrunnlagets pkt. 1.

(12) Det er i anbudsgrunnlaget ikke oppgitt at kvalifikasjonskravene også inkluderer erfaring med tilsvarende omgivelser som i Øvre og Nedre Slottsgate.

Det er riktig nok opplyst at gatene er travle handlegater, men dette er ikke medtatt som et kvalifikasjonskrav.

(13) Innklagedes krav, slik det fremgår i den etterfølgende korrespondanse - at leverandøren kan dokumentere erfaring med arbeider der "handlende og næringsdrivende skal benytte gaten samtidig med at rehabiliteringen av gaten pågår" - må antas å ha vært sentralt og avgjørende for innklagede under hele konkurransen. Kriteriet skulle derfor vært uttrykt eksplisitt i kunngjøringen som et særskilt kvalifikasjonskrav, Dette er ikke gjort. Innklagede har således uansett ikke anledning til å avvise klagers anbud.

(14) Det mest sentrale spørsmålet er hva som kan innfortolkes i begrepet "tilsvarende arbeider/installasjoner". Når innklagede har unnlatt å presisere kravet nærmere, er det naturlig å forstå dette som at leverandørene må ha den tilstrekkelige faglige og tekniske bakgrunn for å kunne levere den ytelse som er beskrevet i konkurransegrunnlaget.

(15) Innklagede viser i tilsvaret til en rekke vedlegg til konkurransegrunnlaget, der oppdraget er nærmere beskrevet. Innklagede synes å mene at det springer særskilte kvalifikasjonskrav ut av alle disse vedleggene, som innklagede kan ta hensyn til utvelgelsen. Dette er uriktig. Forskriftens § 12-6 (1) bestemmer at kvalifikasjonskravene i hovedtrekk skal angis i kunngjøringen.

3. Hvilke kvalifikasjonskrav som er anvendt

(16) Det er i realiteten stilt krav om erfaring fra "en spesiell type prosjekt" gjennom avvisning av klager, og disse kravene er ikke varslet på forhånd. Det vises her til evalueringsrapporten s. 11, der det heter at klager "har noe erfaring fra tilsvarende arbeider, men ikke i sentrumsgater". I konklusjonen heter det at klager avvises fordi selskapet ikke kan vise til tilsvarende arbeider. Det fremgår at innklagede i tillegg opererer med et krav om at erfaringen skal gjelde "sentrumsgater". Kravet om at erfaringen må gjelde sentrumsgater spesielt er ikke angitt i kunngjøringen eller i konkurransegrunnlaget.

4. Klagers kvalifikasjoner: Erfaring med travle gater

(17) Uansett viser de oversendte referanselister god nok dokumentasjon på at selskapet og dets underleverandører tilfredsstillter kravene.

(18) Klager har vist til en rekke referanseprosjekt med tilvarende utfordringer, både i anbudet, og de ettersendte dokumentene vedlagt brev av 27.05.03 og 27.06.03. Dette gjelder arbeider i tilsvarende sentrumsområder med samme eller høyere brukertetthet. Klagers utvalgte underentreprenører for prosjektet har også kunnet vise til omfattende erfaring.

(19) For samtlige referanser som gjelder arbeider med vei, opphøyde gangfelt, rundkjøringer, fortau etc, gjelder at gatene ikke ble avstengt under arbeidet.

(20) Riktig nok gjelder ikke alle steinlegging. Dette må ha mindre betydning, ettersom kravet om erfaring fra sentrumsgater først og fremst synes å knytte seg til evnen til å organisere arbeidene slik at man sikrer tilgjengelighet og sikkerhet for trafikanter og næringsdrivende, uten at dette går på bekostning av fremdriften i prosjektet. Dette har vært en velkjent problemstilling i hoveddelen av alle sentrumsprosjektene klager har utført.

(21) Referanseliste for underentreprenører ble forespurt særskilt, og ettersendt i tide. Innklagede har dessuten godkjent klagers oppfyllelse av krav om fagbrev for steinarbeider, som ble fremlagt fra en av klagers underentreprenører. Det fremgår av evalueringsprotokollen at underentreprenørens erfaring og kvalifikasjoner har vært vurdert inngående, og

synes å ha veid tungt ved vurderingen.

Innklagede har i det vesentlige anført:

1. Generelt om fastsettelse av minstekrav til deltakelse i konkurransen

(22) Kravene til deltakelse i konkurransen fremgår av kunngjøringen og konkurransegrunnlaget. Ut fra innlevert dokumentasjon vedrørende klagers faglige og tekniske kompetanse, var klager ikke kvalifisert til deltakelse i konkurransen. Avvisningen av klager var rettmessig.

(23) Hvor strenge krav det stilles leverandørens deltakelse i konkurransen er innenfor oppdragsgivers frie skjønn. De kravene som stilles til deltakelse i konkurransen må ses sammenheng med anskaffelsens art, mengde og leveringstid. Innklagede har ved denne anskaffelsen stilt strenge minstekrav til leverandørens kvalifikasjoner for deltakelse i konkurransen. Dette skyldes de høye kravene til kvaliteten på arbeidet som standard "DS 1136" forutsetter. Videre skyldes de strenge kvalifikasjonskravene prosjektets stramme tidsrammer og omgivelsene der arbeidet skal utføres.

2. Kunngjøringen av kvalifikasjonskravene

(24) Klager har anført at kvalifikasjonskravene ikke er angitt i kunngjøringen. Innklagede har i kunngjøringen anvendt Norsk lysningsblads kunngjøringsskjema, som er det obligatoriske dokumentet ved kunngjøring av offentlige anskaffelser. Det er i kunngjøringsskjemaet beskrevet hvilke arbeid som skal utføres, tid og sted for utførelsen og hvilken dokumentasjon som skal innleveres. Vilkåret i anskaffelsesforskriften § 12-6 (2) er at kvalifikasjonskravene skal i hovedtrekk angis i kunngjøringen. Det er altså ikke krav om at man i detalj angir hvilke kvalifikasjonskrav som stilles.

(25) Det fremgår av kunngjøringen at det i vurderingen av tilbyderens tekniske kompetanse skal vedlegges "Liste over de viktigste tjenesteytelsene/leveransene de siste tre år..." og "Liste over de arbeider som er utført de siste fem år...". Ser man dette i sammenheng med blant annet kunngjøringens beskrivelse av arbeidet, dens angivelse av tid og sted arbeidet skal utføres, har man oppfylt vilkåret i anskaffelsesforskriften § 12-6 (1), om at kravene til leverandørens tekniske kvalifikasjoner i hovedtrekk skal angis i kunngjøringen.

(26) Tilbydernes tekniske kompetanse er vurdert på bakgrunn av den dokumentasjon det er bedt om i kunngjøringen, i forhold til det konkrete arbeidet som skal utføres i Øvre og Nedre Slottsgate. Det er ikke riktig at innklagede har stilt krav om erfaring fra "en spesiell type prosjekt" slik klager anfører.

3. Konkurransegrunnlagets kvalifikasjonskrav

(27) Konkurransegrunnlagets kapittel "INFORMASJON FOR KONKURRANSEN" pkt. 4 angir hvilke krav det stilles til deltakelse i konkurransen. Her står det at "Vi ønsker tilbud fra entreprenører med det faglige, tekniske og økonomiske grunnlaget som er nødvendig til oppfyllelse av kontrakten og med erfaring fra tilsvarende arbeider/installasjoner....". Dette skal dokumenteres med referanseprosjekter. Dette fremgår under pkt. 4 på side 5, hvor det står at man ønsker en "Oversikt over tilsvarende arbeider som er utført de tre siste år, anført med arbeidets verdi samt tid og sted for utførelsen og referanseperson for oppdraget.

(28) Teksten gir kun en generell beskrivelse av arbeidet. For å få et fullstendig bilde av hva anskaffelsen omfatter må konkurransegrunnlaget ses i en helhet. Det er derfor for snevert å kun legge teksten i konkurransegrunnlagets pkt. 1 under kapittelet "INFORMASJON FOR KONKURRANSEN" til grunn, når man skal tolke begrepet "tilsvarende

arbeider".

(29) Anskaffelsens art, mengde og leveringstid er nærmere beskrevet i konkurransegrunnlaget. Det inkluderer forholdene og omgivelsene hvor arbeidet skal pågå og hvilke standard arbeidet skal utføres i henhold til. Det henvises her til:

- informasjon for konkurransen pkt. 1. og pkt. 4
- kontraktsdokumentet pkt. 10.1 og 15.7.
- byggherrens plan for helse miljø og sikkerhet pkt. 3 og pkt. 4.
- prosjektinformasjon og oppdragsomfang, se spesielt pkt. 4 og pkt. 5
- mengdeoppsettet hvor det fremgår at arbeidet skal utføres i henhold til standarden "DS 1136"

(30) Hva som ligger i kravet "tilsvarende arbeider" må ses på bakgrunn av dette.

(31) I forbindelse med tilbudskonferansen presiserte innklagede hvilke utfordringer rehabiliteringen av Øvre og Nedre Slottsgate ville innebære, og at det ville bli stilt høye krav til deltakelse i konkurransen.

(32) På grunnlag av det ovennevnte tilbakeviser innklagede klagers anførsel om at konkurransens kvalifikasjonskrav ikke i tilstrekkelig grad var angitt i konkurransegrunnlaget.

4. Evaluering av klagers kvalifikasjoner

(33) Utgangspunktet er at det er kun den dokumentasjon som var vedlagt tilbudet som det kan tas hensyn til under evalueringen av tilbydernes kvalifikasjoner. Innklagede ga imidlertid samtlige tilbydere en mulighet til å ettersende dokumentasjon som manglet. Tilleggsfristen ble satt til den 30.05.2003. Klager hadde ikke vedlagt i sitt tilbud dokumentasjon på fagbrev for steinleggere. Dette ble ettersendt fra klager innen tilleggsfristens utløp.

(34) Etter fristen for ettersendelse av dokumentasjon var utløpt, startet evalueringen av tilbydernes kvalifikasjoner. Det forelå på dette tidspunktet ikke dokumentasjon fra klager som viste at de hadde erfaring med tilsvarende arbeid som rehabiliteringen av Øvre og Nedre Slottsgate. De referanseprosjektene klager viste til, var ikke travle sentrumsgater med alminnelig ferdsel i området hvor arbeidet ble utført. Videre gjaldt de vedlagte referanseprosjektene arbeid med kryssutbedring, opphøyde gangfelt og rundkjøringer, og kan derfor ikke sammenlignes med arbeidet i Øvre og Nedre Slottsgate, som innebærer komplett manuell steinlegging i hele gater. Kravet om "erfaring fra tilsvarende arbeider/installasjoner" var av den grunn ikke oppfylt. Innklagede måtte etter dette avvise klager, fordi de krav som var satt til deltakelse i konkurransen ikke var oppfylt, jf anskaffelsesforskriften § 15-12 (1) a.

(35) Tilbyderne må selv bære risikoen for at det i tilbudet vedlegges relevante referanseprosjekt til evaluering av firmaets kvalifikasjoner. Klager har ved brev datert 27.06.2003 (bilag 8) ettersendt dokumentasjon på ytterligere referanseprosjekt. Disse referanseprosjektene har ikke vært inkludert i evalueringen av klager sine kvalifikasjoner, i og med disse ikke var vedlagt tilbudet etter ettersendt innen tilleggsfristens utløp. Det ville innebære brudd på anskaffelsesregelverket, hvis disse referanseprosjektene skulle vært gjenstand for evaluering etter utløpet av tilbudsfristen og den gitte tilleggsfrist.

(36) Klager har vist til et prosjekt i Lillestrøm. Dette prosjektet var ikke vedlagt som referanseprosjekt i klagers tilbud, og kan derfor ikke ha relevans som bevis for at klager må anses for å være kvalifisert.

(37) Det bestrides at kvalifikasjonskravene var uklart/mangelfullt angitt. Hvilke krav det er stilt til deltakelse i konkurransen fremgår både av kunngjøringen og konkurransegrunnlaget.

(38) Når det gjelder dokumentasjon på underentreprenørers erfaring, er ikke disse vurdert som relevante i kvalifikasjonsvurderingen. Dette skyldes at kravet om erfaring fra tilsvarende arbeider retter seg mot det firmaet som leverer tilbud til innklagede og eventuelt kan bli kontraktspartner.

Klagenemndas vurdering

(39) Klager har deltatt i konkurransen, og har saklig klageinteresse, jf forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Anskaffelsen gjelder bygge- og anleggsarbeider som etter sin verdi følger reglene i forskrift om offentlige anskaffelser del III.

(40) Krav til leverandørenes kvalifikasjoner skal i hovedtrekk angis i kunngjøringen, jf forskriftens § 12-6 (1). Kunngjøringen skal også angi krav til dokumentasjon av at kravene til leverandøren er oppfylt. Slik innklagede anfører, vil oppdragsgiveren ha en betydelig skjønnsfrihet ved fastsettelsen av hvor strenge krav det stilles til deltakelse i konkurransen. Det ligger imidlertid en begrensning i at kravene skal sikre at leverandørene er egnet til å kunne oppfylle kontraktsforpliktelsen, og står i forhold til den ytelse som skal leveres, jf forskriftens § 12-5 (2).

(41) I den foreliggende sak hadde innklagede i kunngjøringen bedt om dokumentasjon av de viktigste leveranser de siste tre år. Videre var det i konkurransegrunnlaget presisert at en ønsket tilbud fra entreprenører "med erfaring fra tilsvarende arbeider/installasjoner".

(42) Det fremgår imidlertid av avvisningsbrevet datert 12.6.2003 at leverandørene måtte ha "erfaring med tilsvarende gater" for å kunne anses kvalifisert for arbeidet. Dette må regnes som et sentralt og avgjørende krav til leverandørenes kvalifikasjoner, og skulle således fremgått allerede av kunngjøringen, jf forskriftens § 12-6 (1). En naturlig forståelse av kunngjøringen og konkurransegrunnlaget var at innklagede ønsket dokumentasjon for kompetanse knyttet til den aktuelle typen arbeid, mer enn at slikt arbeid var utført i en identisk arbeidssituasjon.

(43) I klagenemndas avgjørelse i sak 2003/130 hadde oppdragsgiver operert med et krav om tidligere erfaring med drift av parkeringsanlegg. Klagenemnda la til grunn at dette kravet ikke fremgikk tilstrekkelig klart av kunngjøringen, selv om det der ble stilt krav om at leverandørene måtte levere inn en liste over de viktigste tjenesteytelser/leveranser de siste tre år.

(44) Klagenemnda kan ikke se at forholdet kan stille seg annerledes i den foreliggende sak. At innklagede stilte krav om at leverandørene skulle levere inn liste over tidligere leveranser, og en referanseliste, er ikke en tilstrekkelig klar og tydelig opplysning om at leverandørene skal ha slik erfaring som innklagede innfortolker i konkurransegrunnlaget.

(45) Selv om det riktig nok var beskrevet nærmere hvilke krav som ble stilt til gjennomføringen av kontrakten, herunder de særlige hensyn som måtte tas til næringsdrivende i området, kan heller ikke dette anses som en tilstrekkelig klar og tydelig opplysning om de nevnte særskilte kvalifikasjonskrav.

(46) Ved at innklagede har anvendt et sentralt og avgjørende krav til leverandørenes kvalifikasjoner som det ikke var opplyst om på forhånd, var

avvisningen av klager på dette grunnlaget urettmessig.

(47) Klagenemnda vil bemerke at å stille opp et krav om at leverandørene skal ha erfaring fra arbeid i "tilsvarende gater" i seg selv ikke er uforenlig med regelverket. Dersom kravet hadde blitt opplyst på forhånd, kunne klagenemnda således ikke underkjennt dette i den foreliggende sak.

Konklusjon:

Oslo kommune har anvendt et krav om at leverandørene skulle ha erfaring fra arbeider i en tilsvarende arbeidssituasjon i en konkurranse om bygge- og anleggsarbeider i Øvre og Nedre Slottsgate, uten å opplyse tilstrekkelig klart om dette på forhånd. Beslutningen om å avvise klager på dette grunnlaget, er i strid med forskrift om offentlige anskaffelser § 12-5.

For klagenemnda, 3.5.2004

Morten Goller



Forsiden
Nemndsmedlemmer
Saksbehandling
Regelverk
Innkommne saker
Statistikk
Årsrapporter
Dommer
Søk i avgjorte saker

Avgjorte saker:

[2003](#) [2004](#) [2005](#)

Besøksadresse

H. Heyerdalsgate 1
0033 Oslo

Postadresse

Postboks 8132 Dep
0033 Oslo

Tlf.: 22 33 70 10

Faks: 22 33 70 12

E-post:

postmottak@kofa.no

Avgjorte saker

I oppklaringsmøter ba innklagede leverandørene prise noen produkter de ikke opprinnelig hadde tilbudt. Dette var i strid med forhandlingsforbudet i § 9-1. Klagenemnda hadde ikke grunnlag for å ta stilling til klagers anførsel om at det valgte tilbudet skulle vært avvist.

Klagenemndas avgjørelse 03.05. 2004 i sak 2004/10

Klager: NorEngros Johs. Olsen AS

Innklaget: Kommunene Vestre Toten, Østre Toten, Gjøvik, Nordre Land og Søndre Land

Klagenemndas medlemmer: Per Christiansen, Svein Dahl, Morten Goller

Saken gjelder: Avvisning. Forhandlingsforbudet.

Bakgrunn:

(1) Kommunene Vestre Toten, Østre Toten, Gjøvik, Søndre Land og Nordre Land v/Vestre Toten kommune (heretter kalt "innklagede") kunngjorde 1. august 2003 en åpen anbudskonkurranse for levering av renholdsprodukter. Kontrakten var en rammeavtale med fire års varighet.

(2) Under konkurransegrunnlagets punkt 3.4 "Tildelingskriterier" het det:

"Ved tildeling av kontrakt vil kommunen velge det totaløkonomisk mest fordelaktige tilbudet/tilbudene. Følgende kriterier vil bli vektlagt (i prioritert rekkefølge);

Pris og prisstabilitet i avtaleperioden:

lavest mulig pris på beskrevet (riktig) kvalitet.

prisstabilitet i henhold til konkurransegrunnlagets pkt. 5.7 Prisregulering.

Produktkvalitet:

at det tilbudte produktet holder den kvalitet som kommunen har beskrevet.

at det ikke leveres tilbud på typiske "anbudsprodukter", dvs. billige produkter med en lavere kvalitet enn den kommunen har beskrevet og benytter p.t.

Opplæring/kompetanseutvikling:

leverandørens evne (ressurser/kompetanse) til å betjene kommunen, jfr. konkurransegrunnlagets pkt 4.2 Service/oppfølging/produktinformasjon (siste avsnitt).

Logistikk løsning:

hvor stor andel av kommunens behov (produkter med riktig kvalitet) som leverandøren kan tilby/levere.

bestillings- og leveringstider

tilgjengelighet og fleksibilitet ved bestilling og behov for nærmere kontakt/produktinformasjon

Vi ber leverandørene dokumentere eller beskrive disse forholdene."

(3) Under punkt 4.1 "Leveringsomfang/volum" het det blant annet:

"For de produkter der det er relevant (spes. innen renholdsmidler – kjemikalier) skal leverandøren vedlegge konverteringsliste i forhold til sammenlignbare produkter, slik at det er enkelt for kommunen å sammenligne kvaliteten på de ulike produktene.

Tilbudsskjemaet er inndelt i følgende produktgrupper:

Produktgruppe 1: Bordmiljø, kantine, engangsservise

Produktgruppe 2: Renholdsrekvisita

Produktgruppe 3: Renholdsmidler – kjemikalier

Produktgruppe 4: Tørkesystemer – papir, hygiene, såpe

Produktgruppe 5: Avfallshåndtering"

(4) Leverandørene kunne inngi tilbud på hele eller deler av forespørselen.

(5) To tilbud pekte seg ut som de beste, nemlig klagers tilbud og tilbudet til S-Gruppen ASA. Innklagede avholdt to møter med hver av de to leverandørene. Oppklaringsmøter ble arrangert 27. november 2003, og møter med produktgjennomgang 3. desember 2003.

(6) Hva angår noen av varelinjene i produktgruppe nr 3 (renholdsmidler – kjemikalier) ba innklagede leverandørene prise andre produkter enn de allerede tilbudte. Nærmere bestemt ønsket innklagede priset de produktene

som var brukt av innklagde som produktksempler i konkurransegrunnlaget. For klagers vedkommende dreide dette seg om i alt fem varelinjer, der klager opprinnelig hadde tilbudt andre produkter enn de som var satt opp som eksempler.

(7) I e-post av 1. desember sendte klager en prisliste over de fem etterspurte produktene. I tillegg ble klager bedt om å levere dokumentasjon på én av varene i det opprinnelige tilbudet. Dokumentasjonen ble levert av klager i produktgjennomgangsmøtet.

(8) I brev av 4. desember meddelte innklagede at S-Guppen var innstilt til å få kontrakten. Innklagede skrev:

"S-Gruppen leverte totalt sett det laveste pristilbudet på produktgruppene. Sammen med god produktkvalitet innehar leverandøren ressurser og kompetanse til å betjene kommunen på en tilfredsstillende måte. Leverandøren dekker kommunens totale produktbehov.

(...)

Etter en samlet vurdering av de prioriterte tildelingskriteriene ble totalpris og prisdifferanse i hovedsak avgjørende for at deres tilbud ikke ble valgt. NorEngros Johs Olsen har levert et solid tilbud, og det er relativt små forskjeller mellom tilbudene i forhold til de øvrige tildelingskriteriene."

(9) S-Gruppens tilbud hadde en totalpris på kr 2.486.001 eksklusive mva, mens tilbudet til NorEngros var på kr 2.939.352.

(10) I innklagedes evalueringsdokumenter ble tilbudenes produktkvalitet vurdert slik:

"Vurdering

NorEngros Johs Olsen

Har lagt inn produkter av samme kvalitet som kommunen har beskrevet. Bytte av event. dispensere gjøres vederlagsfritt. (såpe, toa- og håndtørk)

S-Gruppen

Hovedsakelig lagt inn produkter av samme kvalitet som kommunen har beskrevet. S-Gruppen har ikke tilgang på Katrin-systemet (jfr. tilbudsskjema produktgruppe nr. 4) Leverandøren tilbyr SCA's Tork system, som er av tilfredsstillende kvalitet. S-Gruppen tilbyr gratis dispensere og montering. (såpe, toa- og håndtørk)

Konklusjonen er at begge leverandører har stort sett samme produktvalg og av tilfredsstillende kvalitet. Stort sett tilgang på produkter fra samme underleverandører (Ecolab/Lilleborg m.fl.)

Det gir ikke grunnlag for å skille leverandørene."

(11) Prisen ble vurdert slik:

"Vurdering:

<i>Prisoversikt etter kontrollregning</i>		<i>Eks. mva</i>	<i>Inkl. mva</i>
<i>Prissammendrag</i>	<i>1. S-Guppen</i>	<i>2.470.337</i>	<i>3.063.268</i>
<i>2. Norengros</i>	<i>2.939.352</i>	<i>3.644.796</i>	

Prissammendrag (sammenlignbare produkter):

	<i>Eks. mva</i>	<i>Inkl. mva</i>
<i>1. S-Gruppen</i>	<i>2.607.321</i>	<i>3.233.078</i>
<i>2. Norengros</i>	<i>2.909.749</i>	<i>3.608.089</i>

Pris som over – minus tørkesystemer:

		<i>Eks. mva</i>	<i>Inkl. mva</i>
<i>1. S-Gruppen</i>	<i>1.704.692</i>	<i>2.113.819</i>	
<i>2. Norengros</i>	<i>1.897.359</i>	<i>2.352.725</i>	

Leverandørene bekrefter prisstabilitet i hht konkurransegrunnlagets pkt. 5.7.

Konklusjonen er at S-Gruppen prismessig totalt sett (uavh. av sammenstilling) er lavest og rangeres som nr. 1, og Norengros som nr. 2."

Anførsler:

Klagers anførsler:

(12) Innklagede har brutt regelverket for offentlige anskaffelser.

(13) I produktgruppe 4 (tørkesystemer – papir, hygiene, såpe) har S-Gruppen tilbudt produkter med lavere kvalitet enn det som ble etterspurt i konkurransegrunnlaget. Dette innebar et avvik fra konkurransegrunnlaget, jf forskriftens § 8-6 annet ledd. Tilbudet skulle derfor vært avvist i medhold av § 8-10 første ledd bokstav c).

(14) Når konkurransegrunnlaget har produkt eksempeler under overskriften "eksempel på produkt/kvalitet eller tilsvarende", må dette forstås som en teknisk beskrivelse av produktet som setter minstekrav for kvaliteten. Under kriteriene "pris" og "produktkvalitet" har kommunen gjort det klart at det ønskes tilbud på produkter med den kvaliteten kommunen har etterspurt.

(15) Blandingsprodukter er klart rimeligere enn nyfiberprodukter, opp til

30-40%. Når S-Gruppen tilbyr blandingsprodukter på store varegrupper gir det utslag på prisen totalt sett.

(16) Videre brøt innklagede forhandlingsforbudet, jf forskriftens § 9-1. Leverandørene ble gitt adgang til å endre tilbudene og levere dokumentasjon etter at tilbudsfristen var utløpt. Bakgrunnen var at innklagede ønsket å foreta en sammenligning av tilbudene når det ble lagt inn produkter av samme kvalitet og samme produsent.

Innklagedes anførsler:

(17) Innklagede bestrider å ha brutt regelverket for offentlige anskaffelser.

(18) S-Gruppens tilbud avvek ikke fra de oppstilte krav i konkurransegrunnlaget. På de varelinjene klager hevder at S-Gruppens tilbud ikke svarer til det som ble etterspurt, har S-Gruppen tilbudt nyfiberbaserte produkter med en kvalitet tilnærmet lik de rene nyfiberproduktene.

(19) Disse produktene begrenser seg til ti av i alt 152 varelinjer i produktgruppe 4. Selv om klagenemnda skulle komme til at hvert enkelt av de ti produktene avvek fra det som var etterspurt, innebærer ikke tilbudet totalt sett noe avvik.

(20) Klager tar videre feil når det hevdes at leverandørene fikk anledning til å endre tilbudene. Riktignok ba innklagede leverandørene prisen på noen produkter i produktgruppe 3 i tillegg til de tilbudte, men de nye produktene ble ikke tatt med i evalueringen. Det var de opprinnelige tilbudene som ble evaluert, jf anbudsprotokollen og meddelelsen om valg av tilbud.

Klagenemndas vurdering:

(21) Klager har deltatt i konkurransen og har saklig klageinteresse, jf forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Anskaffelsens verdi overstiger terskelverdiene i forskrift om offentlige anskaffelser § 2-2. Forskriftens del II kommer derfor til anvendelse.

(22) Klagenemnda behandler først spørsmålet om S-Gruppens tilbud under produktgruppe 4 avvek fra de krav som ble stilt i konkurransegrunnlaget, på en slik måte at tilbudet skulle vært avvist.

(23) I kravspesifikasjonen er produktksemplene ledsaget av formuleringen "*eksempel på produkt/kvalitet eller tilsvarende*". I konkurransegrunnlaget er produktkvalitet oppgitt som tildelingskriterium, med den presisering at beskrevet kvalitet ville bli vektlagt og tilsvarende at det ville bli vektlagt dersom leverandørene leverte tilbud på typiske "*anbudsprodukter*". Dette skaper et inntrykk av at produktksemplene bare beskriver ønsket kvalitet, slik at en noe dårligere kvalitet ikke innebærer et avvik som kan føre til at tilbudet avvises, men må resultere i dårligere uttelling i evalueringen. Klagenemnda mener dessuten at ordlyden i overskriften ikke mest naturlig kan leses som et kvalitetsminstekrav.

(24) Partene er uenige om S-Gruppens tilbød produkter av dårligere kvalitet enn klager på de aktuelle varelinjene. Klagenemnda finner det vanskelig å overprøve innklagedes vurdering av produktkvalitet under evalueringen av tilbudene.

(25) Det neste spørsmålet er om innklagede har brutt forhandlingsforbudet ved å be leverandørene prisen på noen andre produkter enn de hadde tilbudt på noen varelinjer under produktgruppe 3.

(26) Etter forskriftens § 9-1 gjelder det ved anbuds konkurranser et forbud mot å endre tilbudene eller forsøke å endre tilbudene gjennom forhandlinger.

Når innklagede ba leverandørene prise enkelte produkter som erstatning for eller i tillegg til dem som allerede var tilbudt, har klagenemnda kommet til at dette var i strid med § 9-1 (1) fordi det medførte en endring i tilbudet. Det er lagt vekt på at forhandlingsforbudet bør tolkes strengt.

(27) Endringen dreide seg imidlertid om få produkter i en stor anskaffelse, og med en minimal prisvirkning for tilbudet. Dessuten ble det ikke lagt noen vekt på endringen ved evalueringen. Prisforskjellen mellom de to tilbudene var dessuten så stor at klagenemnda ikke kan se at forhandlingene uansett kan ha hatt betydning for utfallet av konkurransen.

Konklusjon:

Kommunene Vestre Toten, Østre Toten, Gjøvik, Nordre Land og Søndre Land har brutt forskrift om offentlige anskaffelser § 9-1 ved at leverandørene ble bedt om å prise alternative produkter.

Feilen antas ikke å ha hatt betydning for utfallet av konkurransen.

For klagenemnda,

3. mai 2004

Per Christiansen



Forsiden
Nemndsmedlemmer
Saksbehandling
Regelverk
Innkomne saker
Statistikk
Årsrapporter
Dommer
Søk i avgjorte saker
Avgjorte saker:
[2003](#) [2004](#) [2005](#)

Besøksadresse
H. Heyerdalsgate 1
0033 Oslo

Postadresse
Postboks 8132 Dep
0033 Oslo

Tlf.: 22 33 70 10

Faks: 22 33 70 12

E-post:
postmottak@kofa.no

Avgjorte saker

Ved evalueringen av klagers tilbud så innklagede bort fra relevant dokumentasjon som belyste et av tildelingskriteriene. Innklagede begrunnet at klagers tilbud ikke ble valgt, bl a ut i fra at tilbudet var mangelfullt dokumentert nettopp i forhold til dette tildelingskriteriet. Klagenemnda kom til at å se bort i fra denne relevante dokumentasjonen medførte et brudd på lovens krav til forutberegnelighet.

Klagenemndas avgjørelse 03.05.2004 i sak 2004/50

Klager: Ottar arkitekter AS

Innklaget: Helse Stavanger HF

Klagenemndas medlemmer: Per Christensen, Svein Dahl og Bjørg Ven

Saken gjelder:

Forutberegnelighet

Sakens bakgrunn:

(1) Innklagede kunngjorde den 20.06.03 en åpen anbudskonkurranse i Norsk lysningsblads elektroniske database ("DOFFIN") om prosjektering av utbygging av sykehuset på Våland. Anskaffelsen ble kunngjort etter reglene i forskift fastsatt ved kgl. res. 15 juni 2001 om offentlige anskaffelser del II. I

konkurransesgrunnlaget ble tildelingskriteriene angitt på følgende måte:

”3.9.3 Tildelingskriterier

Byggherren vil tildele kontrakten til den tilbyder som etter en samlet vurdering har gitt det økonomisk mest fordelaktige tilbudet.

I vurderingen vil byggherren vektlegge:

- Pris (honorar, reiser og øvrige kostnader)
- Tilbyders beskrivelse av hvordan oppdraget tenkes gjennomført i hver av fasene skisseprosjekt, forprosjekt og detaljprosjekt.
- Bemanningsplan for de ulike faser med angivelse av antall og kategori medarbeidere i de ulike faser.
- Oppdragsorganisasjon for de ulike faser, med navngivelse av ansvarlige for ulike fag og deloppgaver. Ved vurderingen vil det bli lagt vekt på at nøkkelfunksjoner er bemannet med personale med god kompetanse på den type prosjekteringsoppdrag det gjelder, og at tilbyders organisasjon kan virke effektivt fra oppdragstart.
- Forbehold (som ikke medfører utelukkelse).

Ved beregning av pris som grunnlag for tildeling benyttes følgende oppsett:

Honorar for nytt akuttmottak, observasjonsenhet mv., ca 5.000 kvm netto:

Fase	Gjennomsnittlig timehonorar iht. tilbud	Byggherrens timeanslag	Anslått honorar
Skisseprosjekt		2.500	
Forprosjekt		5.000	
Detaljprosjekt		17.000	
Kontrahering		1.000	
Oppfølging bygging		7.000	
Sum		32.500	

Reiser for samme:

Fase	Anslått reiseutgift iht. tilbud	Byggherrens anslag antall reiser	Anslått reiseutgift
Skisseprosjekt		15	
Forprosjekt		25	
Detaljprosjekt		35	
Kontrahering		5	
Oppfølging bygging		20	
Sum		100	

(2) Som del av konkurransegrunnlaget fikk alle leverandørene et prisskjema i form av en rekke regneark.

(3) For 13 prosjekteringsgrupper skulle følgende prisskjema fylles ut:

Fase	Tilbudt timepris eks.mva. kr/t	Skisseprosjekt		Forprosjekt		Det
[navn prosjekterings- gruppe]		Anslått antall timer	Honorar Kostnad kr	Anslått antall timer	Honorar Kostnad kr	Ans ant: time
Kategori						
Oppdragsansvarlig	0	0	0	0	0	0
Senior rådgiver > 10 år erfaring	0	0	0	0	0	0
Rådgiver < 3 år erfaring	0	0	0	0	0	0
Teknisk tegner	0	0	0	0	0	0
Sekretær	0	0	0	0	0	0
Sum timer og sum honorar		0	0	0	0	0
Gjennomsnittlig timepris	0					
Anslått kostnad til reise og opphold			0		0	
Anslått andre kostnader			0		0	
Sum kostnad			0		0	
Sum honorar og kostnad eks. mva.			0		0	

(4) Feltene som her inneholder tallet "0" skulle leverandørene fylle ut med sine tall.

(5) I et separat prisskjema ble tallene fra "Sum timer og sum honorar" samt "Gjennomsnittlig timepris" lagt inn for alle prosjekteringsgruppene. Det ble så regnet ut totalsummer for antall timer og honorarkostnad for hver fase, hvilket utgjorde grunnlaget for utregningen av "Gjennomsnittlig timepris" for hele tilbudet, som var den gjennomsnittlige timeprisen som oppdragsgiver senere skulle legge inn i det oppsettet som fremkom under tildelingskriteriene.

Saksbehandling:

(6) I alt 11 leverandører deltok i konkurransen, herunder gruppen prosjekteringsgruppen Ottar arkitekter AS og Scandiaconsult (heretter "klager") og gruppen Leiv Nes Arkitekter AS, Multiconsult AS, Theoralis AS og Mjelde og Johannessen. Innklagede valgte tilbudet til sistnevnte gruppe.

(7) Valg av leverandør ble klaget inn for klagenemnda som sak 2003/236.

(8) I innklagedes tilsvaer til klagenemnda i sak 2003/236 skrev innklagede bl a:

"Det fremkommer av klagers tilbud, jf bl.a. utfylt prisskjema, at klager har en bemanningsplan som innebærer at han vil benytte 30.660 timer på oppdraget. Av bemanningsplanen for det valgte tilbud, fremgår det at det er planlagt å benytte 26.453 timer, altså 4.207 færre timer. Dette innebærer at

oppgaveforståelsen og bemanningsplanen i det valgte tilbud gir mulighet for en mer effektiv og økonomisk sett bedre gjennomføring av oppdraget enn om vi legger klagers tilbud til grunn.

Basert på tilbyders timepriser, oppgaveforståelse og dermed bemanningsbehov, anslår vi å kunne spare i størrelsesorden 1,75 mill. kroner ved å benytte det innstilte tilbud fremfor klagers tilbud, reisekostnader inkludert."

(9) Klagenemnda kom til at innklagede hadde brutt kravet til forutberegnlighet i lov om offentlige anskaffelser § 5 (3), ved å vektlegge den enkelte leverandørs anslåtte totale timeantall i vurderingen av tildelingskriteriet "bemanningsplanen".

(10) På bakgrunn av klagenemndas avgjørelse besluttet innklagede å foreta en ny evaluering. I et internt notat datert 20.02.2004 skrev innklagede følgende i forbindelse med tildelingskriteriet "bemanningsplan for de ulike faser med angivelse av antall og kategori medarbeidere i de ulike faser":

"Ved denne reviderte evalueringen er det presisert at vurdering av bemanningsplan ikke kan skje på grunnlag av informasjon fra tilbudenes "Tilbud prosjektering –prisskjema".

(11) Videre skrev innklagede om klagers tilbud:

"Dette tilbudet har en pris som er ca. 2% lavere enn tilbyder nr. 8 [den valgte leverandør]. Tilbudet har en litt dårligere beskrivelse av oppdragets gjennomføring og bemanningsplanen er mangelfullt dokumentert. Den tilbudte organisasjon anses kompetansemessig god og på høyde med tilbud 8."

Klagers anførsler:

(12) Klagers bemanningsplan fremkom som en integrert del av tilbudets pris/bemanningskjemaer. Det var galt av innklagede ikke å legge vekt på tilbudets pris/bemanningskjemaer ved vurderingen av bemanningsplanen.

(13) KOFAs avgjørelse i sak 2003/236 fastslo kun at det var galt av innklagede å vektlegge leverandørenes anslåtte totale timetall. Klager kan ikke se at KOFAs avgjørelse kan danne grunnlag for å velge bort den informasjonen klager har gitt i sine pris/bemanningskjemaer.

(14) I henhold til konkurransegrunnlaget var det totale antallet timer fastlagt. En del av konkurransen besto i å prise det oppgitte timetall. Enkelte leverandører, herunder klagers prosjekteringsgruppe, forholdt seg til timetallet og priset dette i tråd med konkurransegrunnlagets anvisninger. Andre prosjekteringsgrupper fravek det totale oppgitte timetallet.

(15) Klagers totale oppgitte antall timer er så godt som identisk med oppdragsgivers totale anslåtte timer. Tilbudsskjemaet inneholdt i tillegg til prisene en rekke annen informasjon knyttet til gjennomføringsplanen for prosjektet. Integrert i skjemaet ble det gitt detaljopplysninger om samtlige medarbeidere definert i forhold til faggruppe, kategori medarbeider og prosjekteringsfase med angivelse av anslått medgått tid summert for hver enkelt faggruppe og for samtlige fag.

(16) Denne informasjonen er gitt helt i tråd med tilbudsgrunnlagets punkt 3.7.1 hvor det bes om "*Bemanningsplan for de ulike faser med angivelse av antall og kategorier medarbeidere i de ulike faser*". Det medfører således ikke riktighet når Helse Stavanger HF hevder i sitt tilsvar 01.04.04 at "*I klagerens tilbud finner vi ingen annen klar dokumentasjon på bemanningsplan for de ulike faser med angivelse av antall og kategorier medarbeidere i de ulike faser, slik*

tilbudsgrunnlaget ber om "

(17) Det at andre leverandører har valgt å operere med alternative totale timetall, kan ikke benyttes til å diskreditere informasjon gitt av konkurrenter som har valgt å følge konkurransegrunnlagets forutsetninger.

(18) Klager har i innklagedes evalueringsskjema fått 18 poeng og er rangert etter den valgte leverandør som fikk 19 poeng. Rangeringen er et resultat av at innklagede feilaktig har sett vekk fra opplysningene fra prisskjemaet.

Innklagedes anførsler:

(19) Innklagede bestrider å ha brutt regelverket om offentlige anskaffelser.

(20) Innklagede har benyttet tildelingskriteriet "bemanningsplanen" i tråd med KOFAs fortolkning, og har derfor måttet se bort fra opplysningene leverandørene har gitt i prisskjemaene i vurderingen av bemanningsplanen.

(21) Klagers tilbud inneholder da ingen annen klar dokumentasjon på bemanningsplanen for de ulike faser med angivelse av antall og kategori medarbeidere i de ulike faser, slik konkurransegrunnlaget ber om. Tilbudet inneholder derimot et organisasjonskart med en rekke navngitte medarbeidere for tre av prosjektets faser. Disse er oppført under tildelingskriteriet "oppdragsorganisasjon", slik at tilbudet ikke kan anses å ha noen vedlegg som viser bemanningsplanen. Klagers tilbud ble derfor ansett mangelfullt dokumentert.

Klagenemndas vurdering:

(22) Klager har deltatt i anbudskonkurransen, og har saklig klageinteresse, jf. forskrift om klagenemnd om offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig.

(23) I KOFAs sak 2003/236 ble det slått fast at innklagede hadde brutt regelverket om offentlige anskaffelser ved å legge vekt på leverandørens anslåtte totale timetall ved evalueringen av tildelingskriteriet "bemanningsplan for de ulike faser med angivelse av antall og kategori medarbeidere i de ulike faser". Begrunnelsen var at dette var i strid med kravet til forutberegnelighet, i det leverandørene ikke på tilstrekkelig klar måte var varslet om at det anslåtte totale timeantall var et vurderingstema ved tildelingen. Spørsmålet om øvrig informasjon fra prisskjemaene - slik som angivelsen av antall og kategori medarbeidere i de ulike faser - kunne/skulle legges til grunn i evalueringen var imidlertid ikke oppe til behandling i ovennevnte sak og ble heller ikke kommentert av klagenemnda.

(24) Det er ikke bestridt at prisskjemaene inneholdt relevant informasjon om klagers "bemanningsplan for de ulike faser med angivelse av antall og kategori medarbeidere i de ulike faser". Klager måtte kunne forvente at denne informasjonen ble lagt til grunn ved evalueringen av nevnte tildelingskriterium, selv om det i dette tilfellet ikke var adgang til å legge vekt på det anslåtte totale timeantallet fordi det ikke var angitt som et tildelingskriterium. Innklagede handlet således i strid med lovens § 5 om forutberegnelighet ved å bort i fra klagers prisskjemaer som dokumentasjon på klagers bemanningsplan.

Konklusjon:

Helse Stavanger HF har brutt lov om offentlige anskaffelser § 5 om forutberegnelighet ved å se bort i fra relevant dokumentasjon i klagers tilbud.

For klagenemnda, Oslo 3. mai 2004

Bjørg Ven



Forsiden
Nemndsmedlemmer
Saksbehandling
Regelverk
Innkomne saker
Statistikk
Årsrapporter
Dommer
Søk i avgjorte saker

Avgjorte saker:
[2003](#) [2004](#) [2005](#)

Besøksadresse
H. Heyerdalsgate 1
0033 Oslo

Postadresse
Postboks 8132 Dep
0033 Oslo

Tlf.: 22 33 70 10

Faks: 22 33 70 12

E-post:

postmottak@kofa.no

Avgjorte saker

Innklagede kunngjorde en åpen anbudskonkurranse for prosjektledelse for utbygging av et vannverk. Anskaffelsens verdi oversteg ikke terskelverdiene, slik at det var lov om offentlige anskaffelser som regulerte forholdet. Klagenemnda kom til at innklagede brøt lovens krav til likebehandling ved ikke å avvise et tilbud som vesentlig avvek fra kravsspesifikasjonen.

Klagenemndas avgjørelse i sak 2003/167 den 19.4.2004

Klager: Polarplan AS

Innklaget: Nesseby kommune

Klagenemndas medlemmer: Kai Krüger, Siri Teigum og Andreas Wahl.

Saken gjelder:

Krav til likebehandling.

Bakgrunn:

(1) Nesseby kommune kunngjorde 15.5.2003 en åpen anbudskonkurranse for prosjektledelse for utbygging av Karlebotn vannverk. I

kunngjøringen ble det opplyst at det var tale om en rammeavtale, og at varigheten på kontrakten var 18 måneder.

(2) I konkurransegrunnlaget fremgikk det ikke om det var tale om en rammeavtale. Når det gjaldt omfattede arbeidsoppgaver, ble det opplyst:

“

- *Byggeplassbesøk 3 dager i uka. Byggeplass besøk utenom faste dager blir etter behov og spesielle tilfeller.*
- *Følge opp HMS på anleggsplass. I henhold til byggherreforskriften delegeres ansvaret til prosjektleder å følge opp at HMS planen blir fulgt.*
- *Se til at oppsatt fremdriftsplan følges. Godkjenne eventuelle forandringer i oppsatt fremdriftsplan.*
- *Justering av mengdebeskrivelse basert på byggetegninger og forhandling med entreprenør om evt spesielle løsninger. Generelt skal alle forandringer i henhold til gitt anbudsbeskrivelse gjøres i samråd med byggherre og prosjekterende konsulent.*
- *Kontroll av omfyllingsmasser. Av erfaring er det viktig at det taes prøver av omfyllingsmasser. Det skal følges med at det brukes beskrevet og godkjente omfyllingsmasser.*
- *Arrangere og innkalle til faste og ekstraordinære byggemøter. Prosjektleder skal være møterefarent.*
- *Økonomistyring av prosjekt.*

Dette innebærer: Sørge for at avdragsnotaene er i henhold til utført arbeid og gitt anbudspris.

Klargjøre regninger for anvisning.

Føre prosjektrekningskap underveis og ved avslutning av prosjektet.

- *Generelle arbeidsoppgaver.*

det skal skrives ukentlige rapporter angående fremdrift/utført arbeid, byggeplassbesøk og HMS (evt avvik.) Prosjektleder velger selv hvordan oppsettet til rapporten skal være. Prosjektleder skal være et bindeledd mellom entreprenør og byggherre/konsulent. Alt av henvendelser fra entreprenør bør gå gjennom prosjektleder.”

(3) Videre ble det lagt til grunn at valg av tilbud ville baseres på:

”

1 Kompetanse og erfaring (tilbudt personell og referanser) 50 %

2 Økonomiske forhold (tilbudssum, timepris og lignende) 30 %

3 Administrative forhold (HMS, KS, soliditet og lignende) 20 %”.

(4) Det fremgikk også et eget punkt om forhandlinger:

”Kontraktsforhandlingene vil bli ledet av kommunens prosjektleder. Fordi

tilbudskonkurransen blir avgjort ved politisk vedtak, har ikke vedkommende anledning til å binde kommunen. Det forutsettes imidlertid at tilbyders representant i forhandlingene har fullmakt til å binde tilbyderen. Endelig avtale vil først foreligge ved bestillingsbrev eller undertegning av avtaledokument.”

(5) NS 8402 (alminnelige kontraktsbestemmelser for rådgivningsoppdrag honorert etter medgått tid) var forutsatt benyttet, og leverandørene skulle som del av tilbudet utarbeide ”et budsjett for honorar og utgiftsdekninger over kontraktperioden. Dette skal knyttes direkte til tilbyders spesifiserte forslag til gjennomføring”.

(6) Innklagede mottok fire tilbud, herunder fra Polarplan AS (heretter kalt ”klager”) med høyeste tilbudssum, kr. 1.371.720,-. Laveste tilbyder var Paulsen RI med kr. 360.000,-. Byggebistand AS leverte tilbud på kr. 432.000,-, mens Barlindhaug leverte tilbud på kr. 736.000,-.

(7) I saksfremlegget for kommunen fremgikk det at ”De to rimeligste tilbud er vurdert”. Det ble deretter inngått kontrakt med laveste tilbyder, Paulsen RI, i tråd med saksfremlegget og anbefalingen i denne.

(8) I klagers tilbud fremgikk det:

”Honorarbudsjettet er basert på tilbudsforespørselen og er basert på et opplegg med 3 besøk på byggeplass pr. uke.

Det er videre lagt opp til oppstart på arbeidene senest pr. 1. juli 2003. (Måned 1)

Det er forutsatt avslutning av prosjektet pr. 1. juli 2005. (Måned 24)

Vi har forutsatt til sammen 4 uker med ferie/ inaktivitet i prosjektet over prosjektperioden.”

(9) I den valgte leverandørens tilbud ble det derimot lagt til grunn at:

”Tilbudet er basert på gjennomsnittlig 3 befaringer pr uke, for 15 uker i 2003 og 15 uker i 2004. Skulle det etter avtale i det enkelte tilfelle, være behov for ytterligere befaringer, dekkes merkostnadene med kr. 1.000,- pr tur i reiseutgifter, pluss timehonorert tid som går med utenom kjøretida.”

(10) Timeprisen i klagers tilbud var kr. 600,-, mens timeprisene i det valgte tilbudet varierte fra kr. 515,- til kr. 795,- for de forskjellige nøkkelpersonene.

Klager har i det vesentlige anført:

(11) Konkurranses grunnlaget samsvarer ikke med kunngjøringen. Dette gjelder punkt II.1.4, II.1.6 og III.3.2.

(12) I konkurransegrunnlagets punkt 2.7 er det forutsatt å benytte forhandlinger. Dette er ikke i henhold til kunngjøringen i DOFFIN, der konkurransen ble kunngjort som en åpen anbudskonkurranse.

(13) Tildelingskriteriene er ikke fulgt ved vurdering av tilbudene. Kun to av tilbudene er vurdert, og da kun ut fra kriterium knyttet til økonomi, som i dette tilfellet bare skulle telle 30 %.

(14) Tilbudet fra Byggebistand AS skulle vært forkastet da firmaet ikke tilfredsstilte kravene for deltakelse i konkurransen.

(15) Tilbudet fra Paulsen RI skulle vært avvist da dette er unormalt lavt i forhold til de ytelser som skal utføres over kontraktperioden angitt i

konkurransesgrunnlaget.

(16) Innklagede evaluerte ikke alle tilbudene før kontrakt ble tildelt.

(17) Det valgte tilbudet skulle vært avvist da det er begrenset til å gjelde perioder av 15 uker i året, og ikke over 2 år slik som forutsatt i konkurransesgrunnlaget. Når det ikke er gitt informasjon om slikt redusert omfang av arbeidet, skal konkurransesgrunnlagets omfang legges til grunn, dvs. to år med arbeid hver uke med normalt fradrag for ferie etc.

Innklagede har i det vesentlige anført:

(18) Det er gjort et korrekt valg av leverandør. Paulsen RI ble valgt på bakgrunn av god kompetanse, gode referanseprosjekt, laveste pris og gode administrative forhold.

(19) Det er beklagelig at det i konkurransesgrunnlaget ble opplyst at det skulle holdes kontraktsforhandlinger med valgt leverandør. Etter at leverandør ble valgt, ble det inngått avtale i henhold til Norsk standard uten endringer i pris eller ytelse.

(20) I Norsk standard står det at unormalt lave tilbud kan forkastes hvis man mener at anbyder ikke kan utføre arbeidet til den prisen, og ikke har god nok økonomi til å kunne gå med underskudd på prosjektet. Innklagede anser seg ikke forpliktet til å påse at leverandørene går med overskudd.

(21) Klager kan ikke kreve at noen av tilbudene skulle vært avvist, siden det i konkurransesgrunnlaget sto at "byggherren forbeholder seg retten til å godta hvilket som helst av de innkomne anbud helt eller delvis, eller forkaste samtlige".

Klagenemndas vurdering

(22) Klager har deltatt i konkurransen, og har saklig klageinteresse, jf forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig.

(23) Klagen gjelder utbygging av vannverk, og faller derfor etter sin art inn under forskrift om innkjøpsregler for oppdragsgivere innen vann- og energiforsyning, transport og telekommunikasjon (forsyningssektoren), jf forskriftens § 4 nr 1 bokstav a). Anskaffelsen gjelder en tjenesteanskaffelse, men overstiger ikke terskelverdiene for forskriftens anvendelse, jf forskriftens § 12 nr 1 bokstav a). Anskaffelsen reguleres således av de mer generelle krav i lov om offentlige anskaffelser § 5.

(24) Klagenemnda finner ikke grunn til å komme inn på ulikhetene mellom kunngjøringen og konkurransesgrunnlaget.

(25) Slik klagenemnda ser saken, er det vesentlige spørsmålet om det valgte tilbudet skulle vært avvist eller ikke. Innklagedes generelle anførsel om at det ikke kan foreligge noen plikt til å avvise tilbud når det i konkurransesgrunnlaget er tatt forbehold om å kunne godta hvilket som helst av de innkomne tilbud, eller forkaste samtlige kan ikke føre frem. Lovens generelle krav til oppdragsgiver, jf blant annet kravet til forutberegnelighet og likebehandling i lovens § 5, er ufravikelige, og disse kravene kan etter omstendighetene medføre plikt til avvisning.

(26) Motsatt har ikke innklagede noen generell plikt til å avvise unormalt lave tilbud, og klagers anførsler på dette punktet kan derfor ikke føre frem.

(27) Klager har anført at tilbudet som ble innstilt som nummer to fra Byggebistand AS skulle vært avvist som følge av at det ikke oppfylte kompetansekravene som var stilt i kunngjøringen eller i konkurransegrunnlaget. Innklagede har verken bestridt eller på annen måte kommentert anførselen overfor klagenemnda, og klagenemnda legger til grunn at innklagede aksepterer klagers anførsel på dette punkt.

(28) Klager har også anført at det valgte tilbudet skulle vært avvist fordi tilbudet ikke oppfylte kravene i konkurransegrunnlaget.

(29) Det kan utledes av lov om offentlige anskaffelser § 5 om likebehandling at tilbud med vesentlige avvik fra kravsspesifikasjonen må avvises, jf klagenemndas avgjørelser i sakene 2003/146 og 2003/219. Ettersom kravet utledes av loven, får det anvendelse på denne anskaffelsen selv om den ikke overstiger forsyningsforskriftens terskelverdier.

(30) I konkurransegrunnlaget fremgikk det at byggearbeidene ville vare i to år, og at byggeplassbesøk var forutsatt tre ganger hver uke. Når ikke annet var sagt, finner klagenemnda det naturlig å legge til grunn at byggeplassbesøk da var forutsatt i hele kontraktperioden.

(31) Når det valgte tilbudet uttrykkelig baserte seg på en forutsetning om byggeplassbesøk i kun 15 uker i året, er dette et vesentlig avvik fra kravsspesifikasjonen. Det valgte tilbudet skulle derfor vært avvist.

Konklusjon:

Nesseby kommune har brutt kravet til likebehandling i lov om offentlige anskaffelser § 5 ved ikke å avvise et tilbud på byggeledertjenester som inneholdt et vesentlig avvik fra kravsspesifikasjonen med hensyn til omfang.

For klagenemnda, Oslo 19 april 2004

Andreas Wahl



Forsiden
Nemndsmedlemmer
Saksbehandling
Regelverk
Innkomne saker
Statistikk
Årsrapporter
Dommer
Søk i avgjorte saker

Avgjorte saker:
[2003](#) [2004](#) [2005](#)

Besøksadresse
H. Heyerdalsgate 1
0033 Oslo

Postadresse
Postboks 8132 Dep
0033 Oslo

Tlf.: 22 33 70 10

Faks: 22 33 70 12

E-post:

postmottak@kofa.no

Avgjorte saker

Valget av leverandør i en anbudskonkurranse ble omgjort av innklagede etter en klage, med den begrunnelse at leverandøren skulle vært avvist som følge av et avvik fra kravspesifikasjonen. På grunn av motstrid mellom kunngjøringen og konkurransegrunnlaget var det imidlertid uklart om leverandørens tilbud inneholdt et slikt avvik. Klagenemnda fant at motstriden mellom kunngjøringen og konkurransegrunnlaget var i strid med kravet til forutberegnelighet i lovens § 5. Ettersom leverandørene hadde inngitt tilbud basert på ulike forutsetninger, pliktet innklagede å avlyse konkurransen.

Klagenemndas avgjørelse 19.04 2004 i sak 2003/190

Klager: Steinar Levernes AS

Innklaget: Rakkestad kommune

Klagenemndas medlemmer: Kai Krüger, Siri Teigum, Andreas Wahl

Saken gjelder: Omgjøring av valg av leverandør. Avvik. Avlysning. Forutberegnelighet.

Bakgrunn

(1) Rakkestad kommune (heretter kalt "innklagede") kunngjorde 2.6.2003 en begrenset anbudskonkurranse for diverse bygge- og anleggsarbeider. Under punktet om varighet av kontrakt eller frist for utførelse i kunngjøringen, ble det av innklagede opplyst "6 måneder".

(2) Det fremgikk av kunngjøringen at det økonomisk mest fordelaktige tilbud ville bli valgt, og at kriterier for valg av tilbud var angitt i konkurransegrunnlaget. I konkurransegrunnlaget fremgikk det imidlertid bare at valg av tilbud ville skje ut fra "beste tilbudsprinsippet", uten at det var angitt noen tildelingskriterier.

(3) I konkurransegrunnlaget het det om byggetid: "Tidspunkt for igangsettelse og overtagelse: Snaest etter kontrakt. Entreprenøren angir nødvendig byggetid."

(4) Det kom inn åtte tilbud, herunder fra Steinar Levernes AS (heretter kalt "klager"). Klager hadde laveste pris med kr. 2.241.450,- eks. mva. I klagers tilbud var post 04.00 "TIDSRISTER" utfylt med at arbeidet kunne påbegynnes 14 dager etter kontraktsinngåelsen, og felt med ordlyden "kan utføres på.... arbeidsuker" var av klager påtegnet "etter avtale".

(5) Innklagede har opplyst at klager muntlig etter tilbudsfristens utløp, oppga 24. desember 2003 som ferdigstillingsdato for arbeidene. Det er ikke gitt nærmere opplysninger om tidspunkt eller omstendighetene rundt dette. Opplysningene er ikke bestridt av klager.

(6) Det ble gjennomført et møte med klager den 16.7.2003, der tema blant annet var oppstartstidspunkt, utarbeidelse av fremdriftsplan, tidspunkt for oppstartsmøte og faktureringsrutiner. Partene ble enige om prising av en post, samtidig som det ble lagt til en ny post. I møtet var det enighet om at klager skulle utarbeide kontrakt for underskrift av partene i begynnelsen av august 2003.

(7) Som følge av det avholdte møtet inngikk klager kontrakter med underleverandører for oppstart av arbeidene.

(8) Den 28.7.2003 sendte kommunen brev til deltakerne i konkurransen med meddelelse om at klagers tilbud var valgt, og at klagefrist var 7.8.2003. Innklagede mottok en rettidig klage, og i brev 20.8.2003 til leverandørene meddelte innklagede at alle tilbud som ikke var korrekt utfylt, dvs. ikke hadde oppgitt byggetid, ville avvises. Dette gjaldt også tilbudet fra klager.

(9) Deretter innstilte innklagede på valg av Mortensen Entreprenør AS, med den begrunnelse at denne hadde fylt ut sitt tilbud korrekt og hadde laveste pris blant leverandørene som ikke ble avvist.

Partenes anførsler

Klager har i det vesentlige anført

(10) Innklagede hadde ikke adgang til å avvise tilbudet fra klager. Forskriftens § 15-10 (1) bokstav d) gir kun adgang til å avvise tilbud når uklarhetene ved tilbudet er av betydning for vurdering av tildelingskriteriene. I den foreliggende sak var det uklarhet om gjennomføringstiden, og dette var ikke satt opp som et tildelingskriterium. Det er bare ved saklig tvil at det kan skje en avvisning. Teoretisk kan nesten alle sider ved et tilbudet problematiseres på at en slik måte at det kan oppstå tvil om rangeringen. Teoretisk tvil kan ikke anses som avvisningsgrunn. For at tvilen skal være saklig begrunnet, må tvilen ha praktisk betydning i den konkrete sak.

(11) Innklagede bestemte selv at byggetiden skulle skje innenfor rammen av en 6 mnd. periode, hvor oppstart skulle skje snarest etter kontraktsinngåelse. Det er ingen opplysninger i saken som underbygger at innklagede hadde noen bestemt tanke med å be leverandørene angi hvilken byggetid leverandørene faktisk ville bruke. Det er heller ikke opplysninger som underbygger at det var avgjørende for innklagede hvilken byggetid leverandørene faktisk ville bruke innenfor den tidsramme innklagede hadde satt opp. Det faktum at innklagede også inngikk avtale med klager, vel vitende om at byggetiden var angitt med "etter avtale", viser at det ikke spilte noen praktisk rolle for innklagede at klager opplyste byggetiden "etter avtale". Det eneste som var viktig for innklagede var at arbeidene var ferdige innenfor den tidsramme innklagede hadde satt opp.

(12) Det er for så vidt riktig at det ikke var mulig å sammenligne tilbudene hva angikk byggetiden. Dette var imidlertid uten praktisk betydning/interesse. Denne tvilen kan derfor ikke sies å være saklig og kan ikke begrunne en avvisning etter aktuelle bestemmelse.

(13) Det har ikke fremkommet opplysninger som tyder på at de øvrige tilbydere som valgte å skrive byggetid "etter avtale" er avvist.

(14) Eneste kriterium var laveste pris, og siden klager hadde laveste pris hadde han rettmessig krav på å få kontrakten. Forutsetningen for å legge vekt på annet enn pris, er at kriteriene for dette er opplyst i kunngjøringen eller konkurransegrunnlaget. Tildelingskriteriene skal være formulert slik at det er mulig for alle rimelig opplyste og normalt påpasselige leverandører å tolke tildelingskriteriene på samme måte.

(15) Det bes om at klagenemnda tar stilling til eventuelt krav på erstatning.

(16) Andre uklarheter skal være gjenstand for avklaringer, ikke avvisning.

(17) Forskriftens § 15-10 (1) bokstav b) er ikke anvendelig, fordi innklagede ikke på en tilstrekkelig tydelig måte tilkjennega at byggetiden måtte angis i form av x antall uker. Det vises til at kontraktsperioden var angitt i kunngjøringen og oppstartstidspunktet var angitt i konkurransegrunnlaget, og at 3 av 8 leverandører la til grunn at det var tilstrekkelig og riktig å tilby byggetid "etter avtale", noe som også er vanlig i bransjen.

(18) Påtegningen om byggetid "etter avtale" kan ikke anses som et forbehold. Et forbehold foreligger når leverandøren ønsker avvikende kontraktsvilkår i forhold til de kontraktsvilkår oppdragsgiver har betinget seg. I den foreliggende sak har oppdragsgiver angitt en tidsramme (6 mnd), og det var innenfor denne tidsrammen opp til leverandørene å angi tidsbruken. Klager har ikke krevd avvik fra kommunens tidsramme. Tilbudet kunne derfor ikke vært avvist etter forskriftens § 15-6 (3). I den grad det var uklarhet om dette, hadde innklagede plikt til å avklare uklarheten, jf forvaltningslovens § 17 og forskrift om offentlige anskaffelser § 16-1. En slik avklaring ville vist at klager ville utføre de aktuelle arbeidene innenfor den fastsatte tidsramme.

(19) Forskriftens § 15-10 (1) bokstav c) er ikke anvendelig. Vilkårene for å avvise tilbudet etter bestemmelsen er ikke oppfylt, idet klagers tilbud var fullstendig utfylt. Også på dette punkt er det mulig å problematisere klagers utforming av tilbudet på et teoretisk grunnlag. Det må imidlertid oppstilles et saklighetskrav, og klagers tilbud var utfylt fullstendig i forhold til alle praktiske hensyn som innklagede ønsket tilgodesett. Det faktum at innklagede valgte å inngå avtale med klager til tross for at byggetiden var angitt med "etter avtale", viser at innklagede oppfattet tilbudet fra klager som fullstendig. Det innrømmes imidlertid at det ikke er avgjørende hvordan innklagede ser på dette spørsmålet, men innklagedes umiddelbare oppfatning må tillegges vekt.

(20) Det har formodningen mot seg at leverandører bevisst leverer tilbud som de oppfatter som så ufullstendige at tilbudet må avvises. I tillegg til klager, var det to andre leverandører som oppga byggetid "etter avtale". Dette er vanlig i bransjen, noe innklagede ikke bestrider. Det legges derfor til grunn at også leverandørene oppfattet tilbudet som tilstrekkelig fullstendig.

(21) Leverandørenes oppfatning må tillegges betydelig vekt. Tilbudet er levert inn i samsvar med de krav som var satt til tilbudet. Det er ikke grunnlag for å si at angivelsen av byggetid "etter avtale" innebærer et vesentlig forbehold mot kontraktsvilkårene.

(22) Under enhver omstendighet anføres at kommunen ble avtalerettslig forpliktet til å gi klager kontrakten når kommunen gjennomførte forhandlinger med klager. Forhandlingene resulterte i endringer i tilbudet og ga klager en rettmessig forventning om at klager hadde fått jobben. Forskriftens § 17-3 gir ikke innklagede rett til ensidig å gå bort fra en gjensidig bindende avtale. Både klager og innklagede var av den oppfatning at bindende avtale var inngått selv om det ikke var skrevet noen kontrakt. Avtaler kan inngås ved konkludent adferd. Dette gjelder også anskaffelser der det offentlige er oppdragsgiver. Forskriftens § 17-3 endrer ikke dette forhold.

(23) Omgjøringsadgangen er uansett begrenset til tilfeller der feil eller mangler ved beslutningen om valg av tilbud kan ha påvirket resultatet. I denne saken var det ikke slike feil.

Innklagede har i det vesentlige anført

(24) Det fremgikk av kunngjøringen og konkurransegrunnlaget at det økonomisk mest fordelaktige tilbud ville bli valgt. Laveste pris kan da ikke legges til grunn alene. Innklagede skal velge det økonomisk mest fordelaktige tilbud ut fra en helhetsvurdering.

(25) Klagers tilbud er ikke uklart, men klager har bevisst unnlatt å utfylle konkurransegrunnlaget på korrekt måte. Det fremgår av punkt 02.04 at leverandørene skal angi nødvendig byggetid, og av ordlyden fremgår det at det skal fylles ut et antall arbeidsuker. Klager har fylt ut det tomme feltet med ordene "etter avtale". Tilbudet er derfor ufullstendig, og innklagede kan ikke sammenligne tilbudene når man ikke vet byggetiden. Klager har etter frist for innlevering av tilbud oppgitt antall arbeidsuker, men dette er en opplysning som ikke kan vektlegges som følge av forhandlingsforbudet ved anbudskonkurranser og kravet til likebehandling.

(26) Innklagede kan bare innhente nærmere opplysninger hos leverandørene "for å få klarlagt uklarheter i tilbudene, såfremt uklarhetene ikke er slike at tilbudene skal avvises i henhold til § 15-10". Det er i denne saken ikke tale om uklarheter, men en bevisst ufullstendig utfylling. Dersom leverandørene hadde unnlatt å besvare konkurransegrunnlaget, kunne ikke innklagede fylle ut tilbudene i ettertid. Klager har stilt seg slik at han etter tilbudsfristens utløp kan tilpasse leveringstiden i forhold til kommunens behov, og det er i strid med regelverket å tillate en etterfølgende tilpasning til fortrenghet for andre leverandører. Det følger klart av konkurransegrunnlaget at byggetid ikke var et forhold som kunne avtales i ettertid.

(27) At innklagede tillot at klager oppga 24.12.2003 som leveringstidspunkt etter tilbudsfristens utløp var en saksbehandlingsfeil. Denne ble rettet opp gjennom annulleringen av beslutningen om valg av tilbud.

(28) Ufullstendigheten medførte tvil om hvordan tilbudet skulle vurderes, jf forskriftens § 15-10 (1) bokstav d).

(29) Selv om laveste pris skulle legges til grunn, var innklagede forpliktet til å avvise tilbudet, fordi det var ufullstendig utfyllt. Uten angivelse av byggetid ville det ikke være mulig for kommunen å forholde seg til den oppgitte prisen.

(30) Det er ikke relevant at 3 av 8 leverandører har misforstått at byggetiden skal angis i form av antall uker, eller at "etter avtale" er vanlig i bransjen.

(31) Subsidiært måtte innklagede avvise tilbudet etter forskriftens § 15-10 (1) bokstav c). Etter forskriftens § 15-6 (3), som bestemmelsen viser til, kunne leverandøren ikke ta vesentlige forbehold mot kontraktsvilkårene. Utfyllingen av byggetiden må ses på som et forbehold, og innklagede kan ikke uten videre legge til grunn at arbeidene ville utføres innen seks måneder slik som anført i utlysningsteksten.

(32) Det er ikke gjennomført forhandlinger med klager. Tilbudet ble ikke endret før etter valg av leverandør. Det kan ikke være noen vesentlig saksbehandlingsfeil at de aktuelle postene ble avklart før kontraktsinngåelsen, men etter tildelingstidspunktet. Det følger av § 17-3 at kontrakt først er inngått når kontrakt er undertegnet av begge parter.

(33) Klager har under enhver omstendighet ikke krav på erstatning.

Klagenemndas vurdering

(34) Klager har deltatt i konkurransen, og har saklig klageinteresse, jf forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig.

(35) Det kan reises spørsmål ved om anskaffelsen følger reglene i forsyningsforskriften eller forskrift om offentlige anskaffelser. Begge parter er imidlertid enige om at det er reglene i forskrift om offentlige anskaffelser som kommer til anvendelse, og klagenemnda legger dette til grunn.

(36) Anskaffelsen gjelder bygge- og anleggsarbeider, og følger etter sin verdi reglene i forskriftens del III, jf forskriftens § 2-1 flg.

(37) I den foreliggende konkurransen ble det i strid med forskriftens § 17-2 (2) ikke angitt kriterier for valg av tilbud. Innklagede pliktet da å velge tilbudet med laveste pris, jf klagenemndas avgjørelse i sak 2003/11. Byggetid var derfor ikke et lovlig tildelingskriterium ved valg av tilbud.

(38) I kunngjøringen ble det satt en seks måneders frist for gjennomføring av arbeidene. Når byggetid ikke var tildelingskriterium, hadde det ingen hensikt å anmode om å få oppgitt forventet byggetid dersom fristen på seks måneder var ment å gjelde.

(39) Innklagede hadde dermed skapt tvil om den fristen som var satt i kunngjøringen var ment å gjelde. Det vises i denne forbindelse til at tre av de åtte leverandørene i sine tilbud ikke hadde oppgitt et bestemt antall uker. Ved at kunngjøringen og konkurransegrunnlaget var motstridende på dette punkt, brøt innklagede kravet til forutberegnelighet i forskrift om offentlige anskaffelser § 5.

(40) Når innklagede hadde gjort en feil som resulterte i at leverandørene innga tilbud basert på ulike forutsetninger, var avlysning av konkurransen innklagedes eneste mulighet til å rette opp feilen etter at tilbudsfristen var utløpt og konkurransegrunnlaget ikke lenger kunne endres.

(41) Ettersom innklagede pliktet å avlyse konkurransen da innklagede ble oppmerksom på forholdet, behandler ikke klagenemnda avvisningsspørsmålet.

(42) Klagenemnda har ikke tilstrekkelig grunnlag for å vurdere spørsmålet om erstatning.

Konklusjon

Rakkestad kommune brøt kravet til forutberegnelighet i lov om offentlige anskaffelser § 5 ved at motstrid mellom kunngjøringen og konkurransegrunnlaget gjorde det uklart for leverandørene hvilke regler som gjaldt for konkurransen.

For klagenemnda,

19. april 2004

Siri Teigum



[Forsiden](#)
[Nemndsmedlemmer](#)
[Saksbehandling](#)
[Regelverk](#)
[Innkomne saker](#)
[Statistikk](#)
[Årsrapporter](#)
[Dommer](#)
Søk i avgjorte saker
Avgjorte saker:
[2003](#) [2004](#) [2005](#)

Besøksadresse
 H. Heyerdalsgate 1
 0033 Oslo

Postadresse
 Postboks 8132 Dep
 0033 Oslo

Tlf.: 22 33 70 10

Faks: 22 33 70 12

E-post:

postmottak@kofa.no

Avgjorte saker

Innklagede gjennomførte en åpen anbudskonkurranse for rørtekniske arbeider. Tilbudene skulle basere seg på fremtidig prisregulering etter Statistisk sentralbyrås byggekostnadsindeks for boligblokk. Samtidig ga konkurransegrunnlaget adgang for de av leverandørene som ønsket det, til å gi opsjon på fastpris uten fremtidig prisregulering. Klagenemnda fant at dette måtte resultere i usammenlignbare tilbud, og at innklagede derfor hadde brutt kravet til god anbudsskikk i forskriftens § 3-1. Videre hadde innklagede i evalueringen av tilbudene lagt negativ vekt på manglende informasjon, i strid med forskriftens § 10-2.

Klagenemndas avgjørelse 19.4.2004 i sak 2003/192

Klager: Borge Rør AS

Innklaget: Statsbygg

Saken gjelder: God anbudsskikk. Krav til forutberegnelighet, gjennomsiktighet og etterprøvnbarhet. Håndtering av manglende dokumentasjon. Uklart konkurransegrunnlag.

Klagenemndas medlemmer: Kai Krüger, Siri Teigum, Andreas Wahl

Bakgrunn

(1) Statsbygg (heretter kalt "innklagede") kunngjorde 17.2.2003 en åpen anbudskonkurranse for rørtekniske arbeider til Høgskolen i Østfold. Det ble utarbeidet et eget konkurransegrunnlag. I tillegg til tegninger, avtaleutkast mv., besto konkurransegrunnlaget av "Innbydelse til anbudskonkurranse" og "Statsbyggs konkurranseregler og kontraktsbestemmelser for entrepriser". Sistnevnte inneholder standardiserte konkurranseregler utarbeidet av innklagede, og benevnes i det følgende som "Blåboka".

(2) I "Innbydelse til anbudskonkurranse" fremgikk det under punkt 4 "UTVELGELSE- OG TILDELINGSKRITERIER" krav til leverandørens kvalifikasjoner og dokumentasjon på at kvalifikasjonene var oppfylt. Dette ble benevnt som "utvelgelseskriterier". Videre var det angitt som "tildelingskriterier":

Kriterier	Dokumentasjon
Tilbudssum	Anbudsskjema/Anbudsbrev
Kvalitet	Tilbud utstyr (produkt informasjon)
Kapasitet og bemanning	Beskrivelse av hvordan byggeplassen tenkes bemannet i ulike perioder av prosjektet

Organisering av byggeplass	<p>Beskrivelse av hvordan administrasjon av byggeplassen er tenkt oppbygget i ulike perioder i prosjektet.</p> <p>CVer med opplysning om utdanning og relevant erfaring for personer tilknyttet byggeplassadministrasjon og hvilken rolle de skal ha i dette prosjektet</p>
----------------------------	---

(3) I den vedlagte "Blåboka" fremgikk det derimot at det ved valg av tilbud ville bli lagt vekt på, i uprioritert rekkefølge, pris, kvalitet, forbehold, miljømessige forhold og funksjonalitet/løsning. Kriteriene ble etterfulgt av opplysning om at "Presisering og supplering av kriteriene vil fremgå av innbydelsen".

(4) Videre ble det opplyst i "Blåboken", punkt 3.2.9 at:

"På oppgitt plass i tilbudsskjemaet kan entreprenøren tilby et eget fastpristillegg som kompensasjon for å påta seg risikoen for svingninger i lønninger, priser og sosiale utgifter fra tilbudsdato til avtalt ferdigstillelse. Byggherren forbeholder seg likevel retten til å velge en regulering etter reglene i NS 3430 pkt. 23.1."

(5) I tilbudsskjemaet leverandørene skulle benytte ved innsendelsen av tilbudene, fremgikk det at:

"I tillegg til tilbudssummen vil de øvrige opplysningene i tilbudsskjemaet inngå i vurderingen av hva som er det økonomisk mest fordelaktige tilbudet."

2. KOSTNADSFORDELINGSOPPGAVE

...

3. REGULERING AV KONTRAKTSSUMMEN

Kontraktssummen reguleres etter indeks, jfr. pkt. 3.1, med mindre byggherren velger å benytte en eventuell opsjon på fastpristillegg, jfr. pkt. 3.2.

3.1. Regulering etter indeks.

Kontraktssummen reguleres etter reglene i NS 3405...

Ved reguleringen benyttes Statistisk sentralbyrås byggekostnadsindeks for boligblokk,

Tabell C3.

Basisdato er tilbudsmånedes indeks

3.2. Opsjon på fastpristillegg

Dersom tilbyder ønsker det kan han gi Statsbygg opsjon på fastpristillegg. Dette innebærer at tilbyderen påtar seg risikoen for svingninger i lønninger, priser, sosiale utgifter m.v. fra tilbudsdato til avtalt ferdigstillelse for en fast pris.

Fastpristillegg eks. mva. kr.

4. REGNINGSARBEIDER

...

5. PÅSLAGSPROSENTER FOR ADMINISTRASJON OG TILTRANSPORT

..."

(6) Innklagede mottok fire tilbud, herunder fra Borge Rør AS (heretter kalt "klager"). Korrigert for regnefeil, fremgikk det at klagers tilbud var lavest i pris med kr. 36.142.946,-. ORAS AS var nest lavest i pris med kr. 36.530.629,-.

(7) Tilbudene ble evaluert av innklagedes rådgiver, som innstilte på at tilbudet fra ORAS AS ble valgt. Innklagede inngikk i tråd med dette kontrakt med ORAS AS. I evalueringen la innklagede til grunn de tildelingskriterier som fremgikk av "Innbydelse til anbudskonkurranse". Når det gjelder tilbudet fra klager, fremgår det av den interne evalueringen at:

"Øvrige tildelingskriterier:

Det er levert mangelfull liste over tilbudt utstyr. Forholdet antas ingen priskonsekvens.

Organisering av byggeplass er ikke besvart. Forholdet antas ingen priskonsekvens.

Det er ikke vedlagt dokumentasjon på KS system. Forholdet antas ingen priskonsekvens.

For ovennevnte forhold er det nødvendig med ytterligere dokumentasjon før en eventuell kontrahering.

...

Borge Rør AS har ikke gitt fastpristilbud. Dette forholdet vil gi endring i rangeringen. Med en byggetid på ca. 3 år, 50 % tyngdepunkt og anslått prisstigning på 5% pr. år får vi antatt LPS på kr. 2.700.000,- eks. mva.

Nullstilt tilbudssum inkl LPS blir kr. 39.172.946,- eks. mva”.

(8) Vedrørende den valgte leverandøren fremgikk det av evalueringen at:

”ORAS AS har levert ett komplett tilbud...

...

- Alle tildelingskriterier er godt besvart, og de gir en god dokumentasjon på gjennomføringsevne, kompetanse, kvalitet, etc.

...

ORAS AS har gitt ett fastpristilbud på kr. 690.000,- eks. mva. Dette er ett svært fordelaktig tilbud jfr beregninger for tilbyder nr. 2.

Nullstilt tilbudssum inkl. LPS kr. 37.220.629,- eks. mva.”

(9) Etter dette ble tilbudene sammenlignet som følger:

”Ut i fra ovennevnte får vi følgende rangering på de to laveste (nullstilt).

Tilbyder nr 3 ORAS AS Kr 37.220.629,00

Tilbyder nr 2 Borge Rør AS Kr 39.172.946,00

ORAS AS som er lavest, har levert et komplett tilbud og vi vil innstille på kontrahering av dette firmaet. Nullstilt tilbud inkl. mva. blir på kr. 46.153.580,-".

(10) Klager hadde i sitt tilbud ikke fylt ut tilbudsskjemaets punkt 3.2. om opsjon på fastpristillegg. Den valgte leverandøren hadde derimot fylt ut dette punktet med kr. 690.000,- eks. mva. Det fremgår av den interne evalueringen at innklagede har valgt å benytte seg av dette tilbudet om fastpristillegg.

Klager har i det vesentlige anført:

1. Valg av tilbud

(11) Beslutningen om å velge Oras AS som leverandør, er ikke forenlig med tildelingskriteriene i forskriftens § 17-2. Klager har inngitt det utvilsomt beste tilbud vurdert ut fra de nevnte kriterier. Med hensyn til kvalitet, kapasitet, bemanning og organisering på byggeplass, er det vanskelig å se at det skulle foreligge forskjeller av betydning mellom Oras AS og klager. I den utstrekning det kunne være forskjeller, vil det være at Borge Rør AS har en fordel med sin lokale forankring.

1.1. Tolkning av klagers tilbud

(12) Klager leverte det rimeligste tilbudet. Klager var villig til å påta seg en fastpriskontrakt uten pristillegg.

1.2. Evaluering av tilbudene

(13) Subsidiært gjøres det gjeldende at klagers tilbud ut fra en helhetsvurdering fremstår som det rimeligste også om det skulle skje prisregulering i samsvar med prinsippet angitt i tilbudsskjemaets punkt 3.1.

1.3. Skjønnsutøvelsen

(14) Innklagede har, som det fremgår, "skjønnsmessig" lagt til grunn en byggetid på tre år, 50 % tyngdepunkt og en anslått prisstigning på 5 % pr. år. Borge Rør AS stiller seg uforstående til grunnlaget for skjønnet. Det vises til at det valgte tilbudets fastprisopsjon på kr 690 000,- representerer en samlet prisstigning på ca 1,9 % eller basert på de gitte forutsetninger, i overkant av 1 % årlig prisstigning.

(15) Innklagede har anført at man har foretatt en vurdering og beregning av hvilken økonomisk betydning prisregulering etter bestemmelsen i tilbudsskjemaets punkt 3.1 ville ha. Innklagede har imidlertid ikke på noen måte besvart de spørsmål som er reist tilfredsstillende. Det fremgår således ikke noe som helst om hvorledes innklagede har vurdert den fremtidige prisutvikling. Man har erfaring for at ulike faktorer i betydelig grad påvirker prisutviklingen. I denne forbindelse skal særlig nevnes markedsutviklingen både for tjenester og materiell.

(16) Dersom innklagede skulle ha foretatt en beregning som angitt, måtte dette ha skjedd på en åpen og kontrollerbar måte. Den prisstigningsberegning som innklagede hevder å ha foretatt, fremstår således som helt ukontrollerbar. Innklagedes beregning og argumentasjon er således ikke bare i fundamental motstrid med de regler man finner i det aktuelle regelverk, men også de helt sentrale og grunnleggende hensyn som regelverket er forankret i. Regelverket skal nettopp sikre en fair konkurranse og de involverte aktører skal ha mulighet for å kontrollere at det skjer en slik fair konkurranse. Statsbyggs prisstigningsberegning fremstår i realiteten som en påstand som ikke har noen forankring verken i regelverket eller tilgjengelig dokumentasjon.

1.4. Tolkning av konkurransegrunnlaget

(17) Konkurransegrunnlaget klargjør ikke i tilstrekkelig grad at det ville bli lagt vekt på opsjonsprisene for fastpristillegg.

1.5. Manglende avklaring med klager

(18) Det er begått saksbehandlingsfeil ved at man ikke sørget for avklaring med klager, dersom man var i tvil om selskapet var villig til å inngå fastprisavtale uten fastpristillegg.

(19) Fastprisspørsmålet må også sees i sammenheng med at Statsbygg fant grunn til å gjennomføre et avklaringsmøte med Oras. Med det syn Statsbygg har hatt på prisstigningsspørsmålet og fastprisønsket, hadde det vært desto større grunn til å gjennomføre tilsvarende avklaringsmøte med Borge Rør AS. Referatet fra avklaringsmøtet som er fremlagt som bilag til Statsbyggs skriv av 26.09.2003, viser også at utgangspunktet om fastprisavtale har en rekke unntak og modifikasjoner. For å illustrere dette vises som eksempler til møtereferatet pkt. 1.3.2, 1.3.3, 1.3.5, 2. avsnitt, 1.3.10, 1.4.7 samt 1.4.9.

2. Priskonsekvens av forbehold

(20) I evalueringsnotatet er det i pkt. 4.2.1 gitt uttrykk for at forbeholdet vedrørende uforutsette slag m.m. som ikke fremkommer på tegningen, vil komme som tillegg, at dette vil ha stor priskonsekvens og at priskonsekvensen er beregnet til kr 330 000,- eks. m.v.a. Det er grunn til å understreke at denne priskonsekvensen er uavhengig av om det tas uttrykkelig forbehold eller ikke. Selv uten forbehold vil jo entreprenøren være berettiget til pristillegg dersom det på et senere tidspunkt skjer endringer eller tillegg i forhold til det materiell som forelå på tilbudstidspunktet.

3. Angivelsen av tildelingskriteriene

(21) Tildelingskriteriene var ikke angitt tilstrekkelig klart, siden det er operert med ulike tildelingskriterier.

4. Mangler ved klagers tilbud

(22) Klager leverte ikke inn CV i ordets mer snevre betydning. Det ble derimot sendt inn en referanseliste for sammenlignbare prosjekter, idet denne referanselisten dokumenterte klagers faglige, organisatoriske og øvrige forutsetninger for å gjennomføre prosjektet. Konkurransegrunnlaget var ikke klart med hensyn til at det skulle leveres inn en beskrivelse for hvordan oppdraget ville bli utført. Klager valgte ved innlevering av tilbudet å holde seg til de tegninger og spesifikasjoner over arbeidet som var utarbeidet av innklagedes konsulent.

Innklagede har i det vesentlige anført

1. Valg av tilbud

(23) Den valgte leverandøren hadde tilfredsstillende dokumentasjon i forhold til alle tildelingskriterier, og var så vidt innklagede kunne vurdere lavest i pris.

(24) Klager anfører at de hadde levert det klart beste tilbudet, og viser blant annet til sin lokale forankring. Dette er det åpenbart ikke anledning til å legge vekt på uten å bryte det alminnelige diskrimineringsforbudet i anbudskonkurranser vedrørende offentlige anskaffelser.

1.1. Tolkning av klagers tilbud

(25) I og med at klager ikke hadde fylt ut rubrikken for fastprisopsjon, måtte det legges til grunn at klager ikke ønsket å gi noe tilbud på fast pris. Dersom klager ønsket å gi et tilbud på fastpris på 0, måtte det vært ført "0" i denne rubrikken. Det at det ikke sto noe, kan ikke anses som en uklarhet innklagede hadde foranledning til å undersøke nærmere, da det kun var snakk om en opsjon, som klager øyensynlig ikke ønsket å benytte. Dersom innklagede hadde tatt kontakt for å avklare dette, ville det vært et klart brudd på forhandlingsforbudet i anbudskonkurranser.

(26) Det var ikke snakk om en post i tilbudet som kan anses innkalkulert i øvrige poster, men om en opsjon. Det vil si en mulighet til å gi et selvstendig tilbud på å overta risikoen for svingninger i kontraktens priser (poster).

1.2. Evaluering av tilbudene

(27) Ved sammenligningen med klagers tilbud, måtte det legges til grunn at klager ønsket at tilbudssummen skulle reguleres etter tilbudsskjemaet pkt. 3.1, dvs. byggekostindeks. Klager tok ikke forbehold mot bruk av denne indeksen. I og med at denne ikke var kjent for byggeperioden da tilbudene ble sammenlignet, måtte vurderingen nødvendigvis bli skjønnsmessig. Vi bemerker at den valgte leverandørens tilbud på fast pris var svært godt. Selv om den regulering innklagede la til grunn for tilbudet hadde blitt satt lavere, ville således det valgte tilbud fremdeles ha vært billigere.

1.3. Skjønnsutøvelsen

(28) Klagers tilbudssum ble ved evalueringen gitt et tillegg på kr 2 700 000,- eks. mva. for å gjøre tilbudet sammenlignbart med det valgte tilbudet.

(29) Ved vurdering av tilbudet til klager er det gitt et tillegg i tilbudssummen på kr 690.000, eks. mva. som tilsvarer størrelsen på fastpristillegget.

1.4. Tolkning av konkurransegrunnlaget

(30) Evaluering av tilbudene skulle skje på bakgrunn av tilbudsprisene, slik at man tok hensyn til eventuell opsjonen på fastpris. Ved vurdering av tilbudene mht. kriteriet "tilbudssum" er også dette gjort.

(31) En naturlig forståelse av konkurransegrunnlaget tilsier at opsjonsprisen på fastpristilbudet skulle inn i vurderingen av tilbudene. Det fremgår av konkurransegrunnlaget – tilbudsskjemaet s. 6, første avsnitt – at opplysningene i tilbudsskjemaet (herunder pkt. 3.2. opsjon på fastpristillegg) vil inngå i vurderingen av tilbudene.

(32) Hvorvidt vurderingen av summen på fastpristillegget skjer i forhold til kriteriet "tilbudssum" eller i vurdering av hvilket tilbud som anses det økonomisk mest fordelaktige, kan ikke ha noen betydning så lenge det er det tilbudet som fremsto som det beste totalt sett, vurdert på bakgrunn av alle kriteriene, som ble valgt.

1.5. Manglende avklaring med klager

(33) Det forelå ingen uklarheter ved klagers tilbud som forutsatte avklaringer. Selv om det skulle anses som en uklarhet at klager ikke hadde utfyllt fastpris-rubrikken, ville avklaring av dette være i strid med forhandlingsforbudet ved offentlige anbudskonkurranser.

(34) Det ble gjennomført avklaringsmøte som ble gjennomført etter at det var besluttet at den valgte leverandøren skulle tildeles kontrakten. På møtet er det ikke avtalt noe med prismessig konsekvens. De punkter det er vist til fra klagers side, dreier seg om konstateringer av kontraktens omfang, noe som vil

være nyttig i forbindelse med eventuelle krav som følge av endringer under gjennomføring av kontrakten. Videre ble det avklart forbehold. Det ble på møtet ikke diskutert eller gjort noen endringer i tilbudet i forhold til de kriterier som gjaldt for den foregående anbudskonkurransen.

2. Priskonsekvens av forbehold

(35) Det ble lagt til kr. 330.000,- eks. mva. for å kostnadsberegne et forbehold i klagers tilbud vedrørende uforutsette slag m.m. Bakgrunnen var at klager hadde tatt et uttrykkelig forbehold i sitt tilbud. Lignende forbehold var ikke tatt av andre tilbydere. Dette var et avvik fra konkurransegrunnlaget, som måtte prises.

(36) Eventuelle endringer ved gjennomføringen av kontrakten vil kunne medføre at enhver entreprenør har rett til pristillegg. Det er imidlertid ikke gitt at uforutsette slag vil gi grunnlag for krav om endring. Dette må avgjøres konkret på grunnlag av en sammenligning av arbeidet som skal utføres og den foreliggende avtalen. Sagt på en annen måte forelå det her en risiko som klager, i motsetning til øvrige tilbydere, uttrykkelig overførte på innklagede. Denne risikoen måtte prises, og ble etter beste skjønn satt til kr. 330.000,-. Dersom det ikke kunne gis et slikt tillegg, måtte tilbudet fra klager anses å inneholde et forbehold som medførte tvil om hvordan det skulle vurderes i forhold til øvrige tilbydere. Klagers tilbud skulle i så fall vært avvist.

3. Angivelsen av tildelingskriteriene

(37) Ved evaluering av tilbudene i denne konkurransen er det tildelingskriteriene som er listet opp i innbydelsen, ikke i kriteriene i Blåboka som er lagt til grunn. Det er også i forhold til disse kriteriene at vi har bedt om dokumentasjon.

(38) Det er uheldig at det kan synes som om det er operert med to ulike sett tildelingskriterier i denne konkurransen. En naturlig forståelse av konkurransegrunnlaget tilsier at det er de tildelingskriteriene som er spesielt angitt for den aktuelle konkurransen som skal legges til grunn, og ikke den mer generelle oppstillingen av tildelingskriteriene i Blåboka. Dette har ikke ført til misforståelse blant de leverandørene som har deltatt i konkurransen,

4. Mangler ved klagers tilbud

(39) Det manglet etterspurt dokumentasjon i klagers tilbud. Sett i ettertid ville det trolig vært korrekt å avvise tilbudet, siden noen av de opplysningene som var relevante for evalueringen av tilbudet manglet.

(40) Når det gjelder hva som skulle vært levert av dokumentasjon som en del av tilbudet, fremkommer dette klart av innbydelsen pkt. 6. Under oppstillingen i dette punktet fremgår blant annet at etterspurt dokumentasjon i tabellen. for tildeling (jf pkt 4 i innbydelsen) skal leveres.

Klagenemndas vurdering

(41) Klager har deltatt i den aktuelle konkurransen, og har saklig klageinteresse, jf forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Anskaffelsen gjelder bygge- og anleggsarbeider, og følger etter sin verdi reglene i forskrift om offentlige anskaffelser del III.

Negativ evaluering av etterspurte opplysninger som mangler i tilbudet

(42) Klagenemnda vil bemerke at tilbud som mangler informasjon det er bedt om, skal avvises dersom mangelen på informasjon gir tvil om rangeringen av tilbudene, jf forskriftens § 15-10 (1) bokstav d). Hjemmelen for avklaring etter forskriftens § 9-1 (2) kan og bør brukes dersom man enkelt kan etterspørre det

som mangler – når det som mangler ikke i seg selv tilsier avvisning. Opplysningsmangler skal under ingen omstendighet trekkes inn ved evaluering av tilbudenes kvalitet etter kriteriet økonomisk mest fordelaktig.

(43) Innklagede synes ikke å ha vært kjent med dette grunnleggende utgangspunktet for evaluering av tilbud, i det innklagede i stedet har trukket manglende informasjon inn i sin evaluering av tilbudene. Dette er i strid med forskriftens § 10-2.

Konkurranses grunnlagets bruk av tildelingskriterier

(44) Dersom tildeling av kontrakt baseres på det økonomisk mest fordelaktige tilbud, skal alle de kriterier som vil bli lagt til grunn for valget angis i konkurransegrunnlaget eller i kunngjøringen, jf forskrift om offentlige anskaffelser § 17-2 (2). Angivelsen av kriterier skal være så klar og entydig at de kan forstås på samme måte av leverandørene.

(45) Innklagede har i "Blåboka" listet fem generelle, uprioriterte kriterier for vurdering av økonomisk mest fordelaktig tilbud, sitert ovenfor. Konkurranses grunnlaget (anbudsinndelingen) konkretiserer kriterier "som gjelder spesielt for dette prosjektet". Oppstillingen er ikke helt samsvarende med oppsettet i "Blåboka". Det kunne vært uttrykt klarere at innbydelsen erstatter hele beskrivelsen i "Blåboka", men Klagenemnda mener allikevel at det er rimelig klargjort at tildeling i dette tilfelle ville skje utelukkende etter de kriterier som konkurransegrunnlaget spesifiserer.

Tolkning av klagers tilbud

(46) Klager har ikke fremsatt tilbud om fastpristillegg i tilbudsskjemaets pkt 3.2. ("Opsjon på fastpristillegg"). Rubrikken for slik tillegg er for øvrig ikke utfyllt. Klager anfører at hans pris var ment som pris med 0 fastpristillegg, det vil si tilbudssum uten tillegg for lønns- og prisstigning. Innklagede har derimot basert seg på at når rubrikken for fastpristillegg ikke var utfyllt, måtte dette ses som et tilbud knyttet til normalordningen i NS 3430 (NS 3405) om vanlig kompensasjon for lønns- og prisstigning.

(47) Hvis konkurransegrunnlaget utvetydig anga bruk av NS 3430 (NS 3405), ville dette vært tydelig nok. Men klagenemnda viser til at innklagede i dette tilfellet selv har skapt en uklarhet som gjør tolkningen av klagers tilbud ikke gir seg selv. Innklagede har nemlig ikke forutsatt bruk av malen i NS 3430 (NS 3405) uten videre, men har etter sin egen uttrykksmåte forbeholdt seg retten til å "velge en regulering etter reglene i NS 3430 pkt. 23.1".

(48) Hvordan dette skal forstås av leverandørene er langt fra klart. Klagenemnda vil derfor ikke uten videre avvise den forståelse at klageren faktisk har ment å tilby en pris uten lønns- og prisstigning (eventuelt fastpristillegg = 0), altså et tilbud som ikke er ment å være gjenstand for regulering. Dette gjelder selv om det også kan virke plausibelt å tolke tilbudet som en generell aksept av normalordningen i NS 3430 (NS 3405).

(49) Uansett, ved dette oppstår en grunnleggende uklarhet ved tolkningen av konkurransegrunnlaget, og uklarheten har slått ut både ved at klagerens tilbud kan tolkes på to måter – og ved at innklagede har valgt å tolke klagerens tilbud på den ene måten uten at den andre kan utelukkes.

(50) Klagenemnda finner det derfor ikke nødvendig å ta standpunkt til hvordan klagerens tilbud egentlig skal tolkes, bortsett fra å minne om at uklarheter og tvetydigheter i konkurransegrunnlaget ved misforståelser og feiltolkning normalt leder til en tolkning i disfavør av den part som burde uttrykt seg klarere – den såkalte "klarhetsregelen".

(51) Men dette er et synspunkt kommer først til anvendelse når

leverandøren er antatt til oppdragets utførelse; synspunktet kan ikke avhjelpe den mangel at konkurransegrunnlaget blir tvetydig.

(52) Det er derfor tale om et brudd på kravet til forutberegnelighet etter lovens § 5 tredje ledd fordi konkurransegrunnlaget ikke tilkjenner hvordan tilbyderne skal oppgi de opplysninger om prisberegning som forutsettes brukt ved en sammenligning av tilbudene.

Lønns- og prisstigning - bruk av opsjon på fastpristillegg som kriterium for valg av tilbud

(53) Velger anskaffelsesmyndigheten å vise til NS 3430, følger malen for lønns- og prisstigning henvisningen i standardens pkt 23.1., dvs. at justering av kontraktssummen skjer etter NS 3405 "Bestemmelser om reguleringen av kontraktssum for bygg og anlegg på grunn av endringer i lønninger, priser, sosiale utgifter m.v.". Denne viser igjen til Statistisk sentralbyrås byggekostnadsindeks for boligblokk.

(54) Det er ikke gitt på forhånd å kunne fastslå størrelsen på denne prisstigningen uten kjennskap til byggetidens lengde og uten et minimum av holdepunkter for hvilken prisstigning som konkret kan forventes i denne perioden – og som oppdragsgiver vil anvende ved evalueringen av tilbudene.

(55) Dersom NS 3430-løsningen var gjort ubetinget anvendelig, ville samtlige tilbud ha en usikkerhet knyttet til den endelige kontraktssummen. Så lenge samtlige tilbud baserer seg på den samme usikkerheten gir ikke dette problemer ved evalueringen.

(56) Det forekommer i praksis at leverandørene innen bygg og anlegg tilbyr arbeidene utført uten prisregulering. Dette er fortsatt uproblematisk dersom et slik tilbud ligger lavere enn konkurrentenes priser. Gir leverandøren tilbud på fast pris uten tillegg med et beløp som ligger høyere andre pristilbud som har vanlig tillegg om prisjustering, må oppdragsgiver gjøre en forsvarlig økonomisk vurdering ved evalueringen av anbudssummene, for å avgjøre hvilket som anses for å være det økonomisk mest fordelaktige.

(57) Dette forutsetter en rimelig grad av sikkerhet m h t byggetid, men uten at elementer av skjønn helt kan holdes utenfor vurderingen. Hvor langt oppdragsgiver i et slikt tilfelle bør klargjøre på forhånd sine antagelser om forventet prisstigning, behøver klagenemnda ikke gå nærmere inn på i dette tilfellet.

(58) Innklagede har nemlig i vår sak for det første brakt inn en ytterligere uklarhet med vilkåret om man forbeholder seg å "velge" prisstigning etter NS 3430 pkt 23.1. uten at det er klargjort om tilbyderne ved sine beregninger faktisk skal basere seg på om dette ville bli gjort.

(59) Dessuten har man i konkurransegrunnlaget overlatt leverandørene selv velge mellom (a) intet tillegg for lønns- og prisstigning (slik klageren hevder å ha forholdt seg til), (b) fastpristillegg spesifisert i tilbudsskjema (slik den valgte tilbyder gjorde) – eller (c) prisstigning etter NS 3405 etter henvisningen i NS 3430 pkt 23.1.

(60) Ved dette blir det tilnærmet ugjørlig å gjennomføre en forutsigelig og etterprøvbart sammenligning mellom tilbud, alt etter hvilke forutsetninger som er lagt til grunn.

(61) Hvilket tilbud som rangeres som det økonomisk mest fordelaktige, vil kunne avhenge ikke bare av anslag over fremtidig prisstigning, men også av hvilken kontraktspreferanse innklagede velger å anvende – vilkår med eller uten bruk av NS 3405.

(62) Som følge av denne grunnleggende usikkerhet, finner klagenemnda at kriteriet i den foreliggende sak måtte resultere i usammenlignbare tilbud, og dermed grunnleggende og ikke-etterprøvbar rangering av tilbudene. Det dilemmaet som oppstår kan ikke løses ved avvisning etter forskriftens § 15-10 (1) bokstav d) siden uklarheten knytter seg til innklagedes egne forutsetninger for anbudsvurderingen, ikke til valg som tilbyderne har gjort.

(63) Når kunngjøring og konkurransegrunnlag umuliggjør en pålitelig sammenligning av tilbud som bygger på ulike forutsetninger og som knytter an til om en varslet opsjon vil bli brukt av oppdragsgiver, er eneste mulighet å avlyse anbudskonkurransen og starte på nytt med mer presise retningslinjer for prising arbeidene. Dette kan for eksempel skje ved klar angivelse av om man forutsetter NS 3430 brukt med tillegget om NS 3405, eventuelt med indikasjoner på byggetid m v som gjøre det mulig å sammenligne en pris etter NS 3405 med en pris der tilbyder enten ikke har gitt fastpristillegg – eller der slikt tillegg er innarbeidet.

(64) Klagenemnda viser til sak 2003/67 om et lignende spørsmål vedrørende en anbudskonkurranse som ble søkt avholdt med forskjellige anbudsfrister for deltagerne, og der klagenemnda fastslo at problemet ikke kunne løses på annen måte enn ved avlysning.

(65) Innklagede anses etter dette å ha brutt prinsippet om forutberegnelighet, gjennomsiktighet og etterprøvbarhet i lovens § 5 tredje ledd, samt forskriftens § 3-1 (2) om at konkurransen skal gjennomføres i samsvar med god anbudsskikk, ved å anvende tildelingskriterier som er tvetydige og uklare og gjenstand for innbyrdes motstridende tolkninger.

Konklusjon:

Innklagede har brutt forskriftens § 10-2 ved å ha trukket manglende informasjon fra tilbyderne inn i sin evaluering av tilbudene.

Innklagede har brutt prinsippet om forutberegnelighet, gjennomsiktighet og etterprøvbarhet i lovens § 5 tredje ledd samt forskriftens § 3-1 (2) om forsvarlig gjennomføring etter god anbudsskikk, ved å anvende tildelingskriterier og omtale muligheten for forbehold på en måte som er tvetydig og uklar og som derfor leder til innbyrdes motstridende tolkning av tilbudene ved vurdering av hvilket av tilbudene som er mest økonomisk fordelaktig, uten å ha avlyst konkurransen.

For klagenemnda

Kai Krüger 26.4.2004



Forsiden
Nemndsmedlemmer
Saksbehandling
Regelverk
Innkomne saker
Statistikk
Årsrapporter
Dommer
Søk i avgjorte saker

Avgjorte saker:

[2003](#) [2004](#) [2005](#)

Besøksadresse

H. Heyerdalsgate 1
0033 Oslo

Postadresse

Postboks 8132 Dep
0033 Oslo

Tlf.: 22 33 70 10

Faks: 22 33 70 12

E-post:

postmottak@kofa.no

Avgjorte saker

Innklagede utlyste en konkurranse med forhandling for anskaffelse av en IT-tjeneste. Innklagede gjorde en rekke vesentlige brudd på grunnleggende anskaffelsesregler.

Klagenemndas avgjørelse 19.4.2004 i sak 2003/214

Klager: Computas AS

Innklaget: Luftfartstilsynet

Klagenemndas medlemmer: Kai Krüger, Siri Teigum og Andreas Wahl.

Saken gjelder:

(1) Prekvalifisering, tidspunkt for utlevering av konkurransegrunnlag, kvalifikasjonskrav, tildelingskriterier, begrunnelsesplikt og erstatning for negativ kontraktsinteresse.

Bakgrunn:

(2) Luftfartstilsynet (heretter kalt "innklagede") kunngjorde 9.5.2003 en konkurranse med forhandling for anskaffelse og utvikling av en portalløsning (IT-tjeneste). I kunngjøringen ble det ikke opplyst om noen kvalifikasjonskrav eller krav til dokumentasjon på leverandørenes kvalifikasjoner. Det ble imidlertid gitt en generell henvisning til konkurransegrunnlaget. Tildeling av kontrakt skulle skje på grunnlag av det økonomisk mest fordelaktige tilbud, ut fra kriterier som angitt i konkurransegrunnlaget.

(3) I konkurransegrunnlaget ble det vist til standardkontrakten PS 2000, som skulle danne grunnlag for de kontraktsrettslige reguleringer mellom leverandør og oppdragsgiver. Videre var det angitt konkrete tekniske krav til den endelige løsningen. I et eget punkt "A 3 Grovt løsningsforslag" fremgikk det "Her utdypes Leverandørenes svar på og kommentarer til Kundens krav og behov i kapittel 0 i form av et grovt løsningsforslag". Det var også vedlagt et kontraktsdokument for beskrivelsen av endelig vederlag, fordelt på blant annet faste priser og timebasert arbeid.

(4) Vedlagt konkurransegrunnlaget fulgte et dokument kalt "PS2000 veiledning". I dennes punkt 3.7. vises det kort til enkelte hovedregler i lov om offentlige anskaffelser med forskrifter.

(5) Computas AS (heretter kalt "klager") rettet 1. juli 2003 en henvendelse til innklagede, der det ble anmodet om en presisering av hvilke

kriterier som ville bli vektlagt ved prekvalifiseringen, "eventuelt en bekreftelse på at det kun er minstekravene i punkt 53 i bilag A 2.4 som skal leveres i søknad om deltagelse i konkurransen...".

(6) I e-post 19.8.2003 opplyste innklagede at:

"Vi har mottatt en henvendelse fra en av interessentene der lovligheten av å be om tilbud basert på konkurransegrunnlaget bestrides. Det hevdes at vi ved gjennomføring av konkurranse med forhandlinger er forpliktet til å kjøpe en prekvalifisering som baserer seg kun på kvalifikasjonskravene."

(7) Innklagede opplyste videre i e-posten at dette ikke medførte riktighet, og viste til forskriftens § 16-3. Deretter fremgikk det at innklagede ønsket:

"...tilbud basert på konkurransegrunnlaget som ledd i prekvalifiseringen. Begrunnelsen for å kreve dette er at vi ønsker et bredest mulig grunnlag for å foreta selekteringen av de som skal være med i forhandlingsrunden"

(8) Videre ble det opplyst at:

"Når det gjelder de nærmere kriteriene for utvelgelsen av leverandører som skal få delta i forhandlingsrunden, viser vi til de krav som er oppstilt i konkurransegrunnlaget + pris, se hovedsakelig bilag III. Luftfartstilsynet har foretatt en vektning av de krav som er oppstilt i konkurransegrunnlaget, men denne vil ikke bli gjort tilgjengelig på det nåværende tidspunkt"

(9) Klager leverte etter dette inn et tilbud, sammen med forespørsel om deltakelse i konkurransen. Det ble kort redegjort for klagers kompetanse, sammen med pristilbudet. Til sammen leverte ni leverandører inn forespørsel om deltakelse/tilbud.

(10) I brev 15. august 2003 orienterte innklagede om at klager ikke ville bli invitert til forhandlinger. Det fremgikk av brevet:

"Beslutningen er tatt ut fra en vurdering av tilbudene opp mot de krav som var stilt i anbudsgrunnlaget, samt de økonomiske rammene som var angitt i tilbudene. Samtlige av tilbyderne oppfylte kvalifikasjonskravene.

Vi har på bakgrunn av denne evalueringen, valgt å invitere fire tilbydere til forhandlinger ut fra at disse tilbudene totalt sett er de økonomisk mest fordelaktige tilbudene. Samtlige av disse tilbudene har en kontraktspris på under 6,2 millioner kroner inklusiv mva.

Luftfartstilsynet har vurdert det dit hen at det kun er disse fire som har reelle muligheter til å få tildelt kontrakten, hensett til Luftfartstilsynets rammevilkår, jf. Forskrift om offentlige anskaffelser § 16-3 fjerde ledd."

(11) Kontrakt ble tildelt Ergo Ephorma AS, og i brev 15. september 2003 ble det opplyst at:

"Valget er tatt ut fra at tilbudet fra ErgoEphorma er det økonomisk gunstigste

tilbudet hensett til oppfyllelse av funksjons- og tekniske krav, samt kontraktspris."

(12) Som følge av en henvendelse fra klager ble det 28. august 2003 muntlig gitt en nærmere begrunnelse på hvorfor klager ikke fikk være med i forhandlingene.

Klager har i det vesentlige anført:

1. Ulovlig anskaffelsesprosedyre

(13) Det er tale om en prioritert tjeneste over terskelverdiene som skal følge forskriftens del II. Anskaffelsen var også kunngjort i henhold til forskriftens del II. Konkurransen fulgte derfor reglene i forskriftens § 9-3, ikke § 16-3. Forskriftens § 9-3 gir ikke anledning til å benytte konkurranse med forhandling som en ett-trinnsprosedyre. Innklagede har derfor forholdt seg til feil regler.

(14) Det fremgikk ikke av kunngjøringen at det skulle gjennomføres forhandlinger som en ett-trinnsprosedyre. Klager ventet derfor med å be om konkurransegrunnlaget, da en kvalifisering krever vesentlig mindre tid og arbeid enn et komplett tilbud.

2. Ulik tid til å utarbeide tilbud

(15) Forskriftens § 9-3 pålegger oppdragsgiver å sende ut invitasjon til å levere inn tilbud og konkurransegrunnlag samtidig til alle de utvalgte leverandørene. Det anføres at konkurransegrunnlaget er sendt ut til interesserte tilbydere etter hvert som disse har bedt om få tilsendt dokumentasjon. Konsekvensen er i så fall at leverandørene har fått ulik tid på seg til å utarbeide tilbud.

3. Manglende angivelse av kvalifikasjonskrav

(16) Konkurransegrunnlaget inneholder ingen kvalifikasjonskriterier, og forespørselen fra klager om avklaring av kriteriene bidro ikke til noen avklaring av dette. Manglende angivelse av kvalifikasjonskriterier er et brudd på forskriftens § 5-6 første ledd. I tillegg er det brudd på de grunnleggende krav om foruberegnelighet, gjennomsiktighet og etterprøvbarehet i lovens § 5.

4. Manglende angivelse av tildelingskriterier

(17) Det ble ikke oppgitt tildelingskriterier, verken i kunngjøringen eller i konkurransegrunnlaget. I e-post er det vist til bilag III. Bilaget inneholder ikke noe som direkte eller indirekte kan anses som tildelingskriterier.

(18) Manglende angivelse av tildelingskriterier innebærer et brudd på forskriftens § 10-2 og kravet til forutberegnelighet, gjennomsiktighet og etterprøvbarehet i lovens § 5.

(19) Det er i e-post fra innklagede datert 04.07.2004 vist til at det er foretatt en vektning av kravene i konkurransegrunnlaget, og at vektningen "vil ikke bli gjort tilgjengelig på det nåværende tidspunkt". Det er uklart hvilke krav i konkurransegrunnlaget det her vises til. Innklagede har imidlertid med dette godtgjort at de har brutt kravet om at vektning av tildelingskriterier som er gjort før tilbudsfristens utløp skal gjøres kjent for leverandørene.

(20) I brevet fra innklagede synes pris å ha vært avgjørende moment i utvelgelsen av leverandører. Portalen er en meget komplisert leveranse som kan løses på mange ulike måter. I mangel av andre holdepunkter valgte klager ved fremstillingen av tilbudet å fokusere på at de kunne levere løsninger på alle punktene i kravspesifikasjonen, og på å vise hvor gode løsninger som kunne

leveres i henhold til disse. Innklagede kunne så velge hvilke deler av leveransen de ville benytte seg av og hvor omfattende leveransen skulle være i første omgang. Hadde klager visst at pris var avgjørende, ville klager utformet et annerledes tilbud, valgt enklere løsninger, foreslått å ta flere ting ut av leveransen i første omgang og hatt større fokus på pris.

(21) Det ble i møte den 28. august 2003 opplyst at det ble lagt vekt på for eksempel gjennomføringsmetodikk og hvorvidt leverandørene ville gjennomføre hele leveransen fremfor å benytte underleverandører. Dersom klager hadde kjent til disse kriteriene på forhånd, ville dette blitt hensyntatt i tilbudsutarbeidelsen.

(22) Når det gjelder innklagedes anførsler om at klager ikke hadde reell mulighet til å bli tildelt kontrakten, vises det til dokumenter vedlagt tilsvaret, der det fremgår at klager ble rangert som nummer to når det gjaldt tilfredsstillende av tekniske og funksjonelle krav. Videre ble klager rangert som nummer tre når det gjaldt pris samt vedlikehold av systemet over en fem års periode. Dette var en bedre rangering enn selskapet som ble tildelt kontrakten hadde. Dersom det var prisen første år som var avgjørende for innklagede, var dette noe som enkelt kunne vært ordnet under forhandlingene.

(23) Klager har ikke mulighet til å få oversikt over innklagedes budsjettssituasjon ved å se på årsmelding og historisk regnskap, slik innklagede anfører.

5. Manglende begrunnelse

(24) Det er ikke gitt en nærmere begrunnelse etter forskriftens § 3-8 (4). Informasjonen i møtet den 28. august 2003 tilfredsstiller ikke kravene i bestemmelsen, og klager har krav på en skriftlig begrunnelse. Dette følger av kravet til etterprøvbarehet i lovens § 5.

6. Erstatning

(25) Klager ville ikke deltatt i konkurransen dersom klager hadde visst at ni leverandører ville levere inn tilbud, og at innklagede ville legge avgjørende vekt på pris fremfor for eksempel kompletthet og kvalitet i forhold til kravspesifikasjonene, samt legge vekt på kriterier som det overhode ikke var mulig å forutse ut fra konkurransegrunnlaget (gjennomføringsmetodikk og bruk av underleverandører). Det er således grunnlag for å kreve erstattet den negative kontraktsinteressen.

Innklagede har i det vesentlige anført:

1. Ulovlig anskaffelsesprosedyre

(26) Anslått anskaffelsesverdi for tjenesten er NOK 4-5.000.000. Dette er over den terskelverdien som er angitt i forskriftens § 2-2, jf. § 2-1. Anskaffelsen skal derfor følge reglene i forskriftens del II, jf. §§ 2-1 og 2-2.

(27) Den gjennomførte prosedyren må oppfattes som en konkurranse med forhandling etter forutgående kunngjøring. Dette fremgår også av tildelingskunngjøringen.

(28) Når en anskaffelse faller inn under forskriftens del II, kan konkurranse med forhandling etter forutgående kunngjøring kun benyttes innenfor rammen av forskriftens § 4-2, jf. § 4-1 annet ledd. I dette tilfellet er det kun § 4-2 litra c som i så fall kan hjemle en slik konkurranseform.

(29) Innklagede innrømmer at § 4-2 litra c) må tolkes strengt. Det må likevel legges vekt på to forhold: For det første er kontrakter om utvikling av programvare et komplisert område hvor forhandlinger ofte vil være nødvendig for å komme frem til gode løsninger. For det andre benytter man seg som hovedregel av kontraktsstandarden PS 2000 ved utviklingskontrakter av denne typen. Denne legger opp til at det benyttes konkurranse med forhandlinger uavhengig av terskelbeløpet. Bruk av slike standardkontrakter er med på å fremme like konkurransevilkår, og Klagenemnda for offentlige anskaffelser (KOFA) oppfordrer til bruk av standardkontrakter ved offentlige anskaffelser. Den prosedyren som er fulgt er forutberegnelig, gjennomsiktig og etterprøvable. Forskriftens § 4-2 litra c) kan følgelig anvendes i dette tilfellet.

2. Ulik tid til å utarbeide tilbud

(30) Det avgjørende er at samtidighet oppnås gjennom kunngjøringen. At ikke konkurransegrunnlaget sendes ut samtidig, er kun en praktisk måte å innrette forsendelsen på, slik at man unngår å sende ut konkurransegrunnlag til leverandører som likevel ikke skulle være interessert. Siden det her er benyttet en ettrinnsprosess, ville dessuten en oversendelse av konkurransegrunnlaget i praksis vært umulig å gjennomføre. Leverandøren må selv bære ansvaret for at utvalgte leverandører nøler med å be om konkurransegrunnlaget. Prosessen sikret både formell og reell likebehandling av leverandørene, og er dermed i samsvar med lov om offentlige anskaffelser § 5 første ledd. Samtidig sparer prosessen det offentlige for store forsendelsesutgifter og unødvendig administrasjon.

3. Manglende angivelse av kvalifikasjonskriterier

(31) Prinsipalt anføres at kvalifikasjonskriteriene er angitt i kunngjøringen med en henvisning til konkurransegrunnlaget. I konkurransegrunnlaget fremgår kvalifikasjonskriteriene av Del III bilag A pkt 2.4, krav nr. 53.

(32) Subsidiært anføres at det ikke er noe krav om bruk av kvalifikasjonskriterier. Dette fremgår av forskriftens § 5-5 første ledd. Kravet i § 5-6 første ledd om at kvalifikasjonskrav "skal i hovedtrekk angis i kunngjøringen" må derfor leses i lys av § 5-5 første ledd. Forskriftens § 5-5 første ledd gir oppdragsgiver en rett til å benytte seg av kvalifikasjonskrav, men oppstiller ingen plikt.

(33) Innklagede er enig i at lovens prinsipper kan komme til anvendelse og regulere forhold som ikke fanges opp av forskriften. I dette tilfellet er derimot oppdragsgivers valgfrihet med hensyn til bruk av kvalifikasjonskrav så eksplisitt regulert i forskriftens § 5-5 første ledd, at det har formodningen mot seg at prinsippene her får slik anvendelse som klager hevder. Manglende angivelse av kvalifikasjonskrav må dermed antas å være i samsvar med de grunnleggende prinsipper som fremgår av lovens § 5 tredje ledd.

(34) Det bemerkes også at klager - i likhet med alle tilbyderne - uansett oppfylte kvalifikasjonskriteriene. Innklagede ser dermed ikke hvilken relevans manglende angivelse av kvalifikasjonskriterier kan ha for klager.

4. Manglende angivelse av tildelingskriterier.

4.1. Manglende tildelingskriterier i konkurransegrunnlaget

(35) Konkurransegrunnlag er basert på PS 2000, en standardkontrakt for leveranse av programvare m.m. I del III, og særlig bilag A, fremgår de tildelingskriterier som gjaldt for konkurransen. Det er etter det innklagede kjenner til svært utbredt å utforme konkurransegrunnlag på denne måten ved utvikling av programvare m.m., og må nærmest anses som standard fremgangsmåte. Klager må som programutvikler kjenne til at dette er måten tildelingskriterier angis på. Kontrakten og konkurransegrunnlaget er på denne

måten integrert. Etter innklagedes mening er dette den mest hensiktsmessige måten å angi tildelingskriterier på ved utvikling av denne typer programmer.

4.2. Manglende opplysning om forhåndsbestemt vekting.

(36) Innklagede hadde på tidspunktet for tilbudsfristens utløp kun i noen grad bestemt seg for vekting av tildelingskriteriene. Denne vektingen fremgår imidlertid av Bilag A pkt. 2.4., som angir viktigheten av de enkelte deler av leveransen i en A-, B- og C-prioritet. Utover dette hadde innklagede ikke bestemt seg for vektingen av tildelingskriteriene. Gjennomsiktighetskravet og kravet til likebehandling er dermed ivaretatt, jf. bl.a. Universale-Bau AG m.fl. mot EBS (C-470/99) p. 99.

4.3. Avgjørende vekt på pris

(37) Vektingen av tilbudene er i samsvar med tildelingskriteriene slik disse fremgår av kunngjøringen. Dette fremgår etter innklagedes mening av de matriser som er oppstilt for å vurdere de ulike tilbud. Matrisene viser at tildelingskriteriene er vektet i samsvar med bilag A pkt. 2.4. slik at man har valgt ut de tilbud som er de "økonomisk mest fordelaktige tilbud vurdert på grunnlag av kriterier som oppgitt i konkurransegrunnlaget". Pris er dermed ikke isolert sett det avgjørende momentet. Prisen er veid opp mot øvrige kriterier for finne det økonomisk mest fordelaktige tilbudet.

(38) Innklagede vil i denne sammenhengen bemerke at klagers tilbud lå langt utenfor rammen av det budsjettet innklagede hadde til rådighet for anskaffelse av virksomhetsportalen. I e-post datert 4. juni 2003 opplyser innklagede bl.a. klager om årsmelding med regnskap. Klager burde dermed ha skjönt at de med sitt tilbud lå langt over hva innklagede budsjetter tillot.

4.5. Uriktig å legge vekt på gjennomføringsmetodikk og bruk av underleverandør som tildelingskriterier.

(39) Innklagede viser til at gjennomføringsmetodikk er et av de opplyste tildelingskriteriene, jf. del III vedlegg A pkt. 2.4, krav nr. 49. I samsvar med det som tidligere er sagt om tildelingskriteriene på generelt grunnlag, er det dermed ingenting i veien for å vektlegge gjennomføringsmetodikk ved tildelingen. Kriteriet er listet opp med A-prioritet.

(40) Bruk av underleverandører er - i tillegg til å være et kvalifikasjonskrav - et av de opplyste tildelingskriteriene (dette fremgår av del III vedlegg A pkt. 2.4, krav nr. 37, 39 og 49). Bruk av underleverandører tillegges likevel en annen betydning når det benyttes som tildelingskriterium enn når det benyttes som kvalifikasjonskrav. Som tildelingskriterium er det avgjørende om bruken av underleverandører har en kvalitativ innvirkning på ytelsen. Som kvalifikasjonskrav er det derimot bare av betydning for kvalifiseringen at tilbyder fremlegger en erklæring på hvor stor del av kontrakten som skal leveres gjennom underleverandør, jf. del III vedlegg A pkt. 2.4, krav nr. 53.

5. Manglende begrunnelse

5.1. Generelt krav om skriftlig begrunnelse

(41) Det må tillegges vekt at det ikke er oppstilt et skriftlighetskrav i forskriftens § 3-8 fjerde ledd. Det har formodningen mot seg at et generelt skriftlighetskrav ikke er eksplisitt regulert. Lovens § 5 tredje ledd er ikke tilstrekkelig grunnlag for å innfortolke et generelt krav om skriftlig begrunnelse i forskriftens § 3-8 fjerde ledd.

5.2. Spesielt krav om skriftlig begrunnelse

(42) De konkrete omstendigheter i et gitt tilfelle kan tilsi at lovens § 5 tredje

ledd oppstiller et krav om at begrunnelsen etter forskriftens § 3-8 skal være skriftlig. I så fall bør de konkrete omstendighetene i saken i det minste tilsi at etterprøvbarehet er umulig eller vanskeliggjort som følge av at begrunnelsen ikke er gitt skriftlig. Innklagede mener at de konkrete omstendighetene i den foreliggende saken ikke er til hinder for etterprøvbareheten i en slik grad at en skriftlighetsplikt inntreffer. Innklagede støtter dette på at etterprøvbareheten er ivaretatt gjennom anskaffelsesprotokoll og tildelingsmatriser. Disse dokumentene viser i tilstrekkelig grad om innklagedes vurderinger har vært lovmessige eller ikke. Etterprøvbareheten er dermed sikret.

5.3. Generelt om begrunnelsen på møtet.

(43) Innklagede ønsker å bemerke at klager i nevnte møte uttrykte at møtet tilfredstilte kravene til begrunnelse. Klager ba på møtet om at innklagede sendte dem et brev, slik at klager kunne bekrefte at tilstrekkelig begrunnelse ble gitt. Dette var årsaken til innklagedes brev datert 1. september 2003 (begrunnelse for manglende invitasjon til forhandlinger). Innklagede stiller derfor spørsmål ved klagers opptreden i denne sammenhengen, hvor en prosess klager selv har oppfordret til senere holdes mot innklagede.

6. Erstatning

6.1. Ansvarsgrunnlag

(44) Det foreligger ikke ansvarsgrunnlag.

(45) Skulle KOFA komme til at innklagede har brutt med anskaffelsesreglene, erkjenner innklagede at brudd på forskrifter av det offentlige som hovedregel er tilstrekkelig til å konstatere skyld.

6.2. Årsakssammenheng

(46) Innklagede bestrider at det foreligger årsakssammenheng.

6.3. Økonomisk tap

(47) Dette vil ikke behandles, all den tid KOFA ikke tar stilling til beregningen, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 12 annet ledd.

Klagenemndas vurdering

(48) Klager har deltatt i konkurransen og har saklig klageinteresse, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Klagen gjelder anskaffelse av prioriterte tjenester og følger reglene i forskriftens del II.

1. Prosedyre

(49) Klagenemnda konstaterer at tildelingen er etablert på reglene om konkurranse med forhandling. Klager har ikke bestridt at det var anledning til dette. Klagenemnda tar derfor ikke stilling til om det var grunnlag for å benytte konkurranse med forhandling etter forskriftens §§ 4-2 eller 4-3. Spørsmålet som står sentralt i denne saken, er om denne konkurransen med forhandling er gjennomført på korrekt måte iht regelverket som gjelder for slike konkurranser.

(50) Innklagede har bedt om at leverandører som ønsker å delta i forhandlingene skal levere inn tilbud sammen med forespørsel om å delta i konkurransen.

(51) Forskriftens § 9-3 (1) bestemmer at oppdragsgiver "skal velge ut hvem som skal inviteres til å forhandle blant leverandørene som tilfredsstillter kravene for deltakelse i konkurransen. Utvelgelsen skal skje før invitasjon til å levere inn tilbud sendes ut."

(52) Det fremgår således klart av forskriften at oppdragsgiver først skal vurdere om leverandørene har tilstrekkelige kvalifikasjoner, deretter skal det skje en utvelgelse blant de kvalifiserte om hvem som skal inviteres til å forhandle, og først etter dette er gjort skal invitasjon til å levere inn tilbud sendes ut.

(53) Innklagede anses etter dette å brutt forskrift om offentlige anskaffelser § 9-3 (1) ved å be leverandørene om å levere inn tilbud sammen med forespørsel om å delta i konkurransen.

2. Ulik tid til å utarbeide tilbud

(54) Det følger av forskriftens § 9-3 (1) at "Invitasjon til å levere inn tilbud skal sammen med konkurransegrunnlaget sendes ut samtidig til alle de utvalgte leverandørene".

(55) Innklagedes henvisning til kunngjøringstidspunktet er således ikke relevant i forhold til de anførsler klager har angitt. Innklagede har således brudd forskriftens § 9-3 (1) ved ikke å sende ut konkurransegrunnlaget samtidig til alle de utvalgte leverandørene.

3. Manglende angivelse av kvalifikasjonskriterier

(56) I konkurransegrunnlagets del III bilag A: Behovsanalyse punkt 2.4. "Funksjonskrav og tekniske krav" finnes enkelte henvisninger til krav til leverandørens kvalifikasjoner og dokumentasjon på kvalifikasjonene. Dette gjelder krav nr. 37, 39, 49 og 53.

(57) Det følger av forskriftens § 5-6 at krav til leverandørens kvalifikasjoner i hovedtrekk skal angis i kunngjøringen. Kunngjøringen skal også angi krav til dokumentasjon av at kravene til leverandørene er oppfylt. Oppdragsgiver kan i tillegg utarbeide et eget kvalifikasjonsgrunnlag som utdyper eller supplerer de krav til kvalifikasjoner som er angitt i kunngjøringen.

(58) Innklagede valgte å ikke opplyse verken om kvalifikasjonskrav eller krav til dokumentasjon for leverandørens kvalifikasjoner i kunngjøringen, men isteden å ta dette i sin helhet inn i konkurransegrunnlaget. Dette er i strid med kravet i forskriftens § 5-6 om angivelse av kravene i kunngjøringen.

(59) I tillegg vil klagenemnda bemerke at plasseringen av kvalifikasjonskravene og kravene til dokumentasjon i konkurransegrunnlaget er ført opp på en uklar og lite tilgjengelig måte. At leverandørkravene og kravene til dokumentasjon først gjenfinnes inne i et bilag som opplyses å gjelde tekniske krav til løsningen som skal leveres, er i strid med kravet til forutberegnelighet og gjennomsiktighet i lovens § 5.

4. Manglende angivelse av tildelingskriterier og manglende opplysning om vektning av tildelingskriteriene

(60) Innklagede har prinsipalt anført at det i bilag A til konkurransegrunnlaget er angitt tildelingskriterier. Klagenemnda har gjennomgått dokumentene, men kan ikke se at de angivelige tildelingskriteriene inngår der. Eventuelt må tildelingskriteriene være så uklart fremsatt at de i realiteten ikke kan anses å være angitt. Klagenemnda konstaterer at det i bilag A til konkurransegrunnlaget inngår funksjonskrav og tekniske krav med graderte prioriteringer. Bilaget gjelder mao tekniske krav til produktet som skal anskaffes, og ikke tildelingskriterier som gir grunnlag for å velge mellom ulike

tilbud på dette. Disse kravene kan altså ikke betraktes som tildelingskriterier i regelverkets forstand, men må regne som kontraktsvilkår. Klagenemnda må derfor legge til grunn at det, til tross for at tildelingen ville bli basert på det økonomisk mest fordelaktige tilbud, ikke ble angitt kriterier for valg av tilbud i samsvar med forskriftens § 10-2 (2).

(61) Innklagede opplyste for øvrig i e-post datert 04.07.2004 at de "har foretatt en vekting av de krav som er oppstilt i konkurransegrunnlaget, men denne vil ikke bli gjort tilgjengelig på det nærværende tidspunkt". Klagenemnda har på denne bakgrunn vanskelig for forstå innklagedes tilsvar til klagenemnda, hvor det opplyses at innklagede ikke hadde foretatt noen vekting utover angivelse av A-, B- og C-prioritet i konkurransegrunnlagets Bilag A.. Det synes å gi liten mening å opplyse i e-post at det er foretatt en vekting som vil holdes hemmelig, dersom vektingen fremgår direkte av de dokumenter leverandørene allerede har fått tilsendt. I så fall ville jo vektingen vært kjent.

(62) Den forvirring innklagede har skapt gjennom sin behandling av tildelingskriteringer, kontraktsvilkår og vekting av disse er ikke i samsvar med kravet til forutberegnelighet, gjennomsiktighet og etterprøvnbarhet i lovens § 5.

5. Pris som kvalifikasjonskriterium

(63) Det fremgår av sakens dokumenter at det ved utvelgelsen av hvem som skal delta i konkurransen er lagt vekt på pris i tilbudene. I forskriftens § 9-3 (2) fremgår det imidlertid at utvelgelsen av leverandørene skal skje på grunnlag av den foreliggende informasjon om leverandørenes stilling og tekniske, økonomiske og finansielle kapasitet. Tilbudspris kan derfor ikke inngå blant de forhold som kan vektlegges ved utvelgelsen. Klagenemnda vil påpeke at dette i tillegg følger allerede av det forhold at invitasjon til å levere inn tilbud ikke skal sendes ut før utvelgelsen av hvem som skal få delta i forhandlingene er ferdig.

(64) Klagenemnda legger til grunn at pris er benyttet som kriterium for utvelgelse av hvem som skal få delta i konkurransen, og ikke at pris har medført at klager ble ansett ikke å ha reell mulighet til å få kontrakten. Klagenemnda vil imidlertid bemerke at dersom sistnevnte hadde medført riktighet, ville det være vilkårlig av innklagede å legge dette til grunn allerede før forhandlingene hadde startet.

6. Manglende begrunnelse

(65) Dersom en leverandør skriftlig anmoder om det, skal det senest innen 15 dager etter at anmodningen er mottatt gis en nærmere begrunnelse om hvorfor deres forespørsel om å få delta er forkastet, jf forskriftens § 3-8 (4).

(66) I den foreliggende sak er det avholdt et møte mellom innklagede og klager. Det er i forskriften ikke krav til at den nærmere begrunnelsen etter § 3-8 (4) skal gis skriftlig. Det må imidlertid ut fra kravet til etterprøvnbarhet kunne kreves et visst minimum av dokumentasjon fra møtet, slik at det kan la seg gjøre å vurdere om den nærmere begrunnelsen som ble gitt har vært relevant og tilstrekkelig fyldestgjørende. Klagenemnda forstår det slik at det ikke er utarbeidet noe møtereferat eller annen dokumentasjon over hva som fremkom i møtet. Klagenemnda konstaterer at den første begrunnelsen som ble gitt i brev av 15.09.2003, hvor klager ble gjort kjent med at en annen leverandør var valgt, heller ikke inneholdt en begrunnelse som tilfredsstillte kravet til "nærmere begrunnelse" i forskriftens § 3-8.

(67) På bakgrunn av den fremlagte dokumentasjon legger klagenemnda til grunn at innklagede har brutt kravet til etterprøvnbarhet i lovens § 5, ved ikke å utarbeide tilstrekkelig dokumentasjon for den nærmere begrunnelsen etter forskriftens § 3-8 (4).

7. Erstatning

(68) Klagenemnda finner at den gjennomførte anskaffelsen medfører vesentlige brudd på en rekke grunnleggende regler som skal sikre lik konkurranse mellom leverandørene.

(69) Klagenemnda finner det sannsynliggjort at klager ville ha avstått fra å delta i konkurransen, dersom han på forhånd hadde vært klar over at konkurransen ville bli gjennomført med så grov tilsidesettelse av anbudretsrlige krav til saksbehandlingen.

(70) Klagenemnda antar at vilkårene for erstatning for de kostnader som er påløpt i forbindelse med deltakelse i konkurransen kan være oppfylt, og viser til Høyesteretts uttalelser om bevisbedømmelsen i saker hvor det konstateres brudd på anskaffelsesreglene, jf Rt. 1997 . 574 (Firesafe).

Konklusjon:

Luftfartstilsynet har brutt forskrift om offentlige anskaffelser § 9-3 ved å be leverandørene om å levere inn tilbud sammen med forespørsel om å delta i en konkurranse med forhandling.

Luftfartstilsynet har brutt forskrift om offentlige anskaffelser § 9-3 ved ikke å sende ut konkurransegrunnlaget samtidig til alle de prekvalifiserte leverandørene i en konkurranse med forhandling.

Luftfartstilsynet har brutt forskrift om offentlige anskaffelser § 5-6 ved ikke å angi kravene til leverandørens kvalifikasjoner og kravene til dokumentasjon på kvalifikasjonene i kunngjøringen.

Luftfartstilsynet har brutt kravet forutberegnelighet og gjennomsiktighet i lov om offentlige anskaffelser § 5, ved å angi kravene til leverandørens kvalifikasjoner og kravene til dokumentasjon i konkurransegrunnlaget på en uklar og lite tilgjengelig måte.

Luftfartstilsynet har brutt forskrift om offentlige anskaffelser § 10-2 (2) ved å basere anskaffelsen på det økonomisk mest fordelaktige tilbud, uten å angi kriterier for valg av tilbud.

Luftfartstilsynet har brutt kravet til forutberegnelighet og gjennomsiktighet i lov om offentlige anskaffelser § 5, ved sin manglende klarhet mht vektning av tildelingskriteriene.

Luftfartstilsynet har brutt forskrift om offentlige anskaffelser § 9-3 ved å legge vekt på pris ved utvelgelse av hvilke leverandører som skulle velges ut til å delta i forhandlinger.

Luftfartstilsynet har brutt kravet til etterprøvbarehet i lov om offentlige anskaffelser § 5 ved å gi den nærmere begrunnelse for valg av tilbud etter forskriftens § 3-8 muntlig, samtidig som det ikke ble utarbeidet tilstrekkelig dokumentasjon over hvilken begrunnelse som ble gitt.

Klagenemnda antar at vilkårene for erstatning for kostnadene som klager pådro seg i forbindelse med deltakelsen i konkurransen kan være oppfylt.

For klagenemnda, Oslo 19 april 2004

Siri Teigum



Forsiden
Nemndsmedlemmer
Saksbehandling
Regelverk
Innkomne saker
Statistikk
Årsrapporter
Dommer
Søk i avgjorte saker

Avgjorte saker:
[2003](#) [2004](#) [2005](#)

Besøksadresse
H. Heyerdalsgate 1
0033 Oslo

Postadresse
Postboks 8132 Dep
0033 Oslo

Tlf.: 22 33 70 10

Faks: 22 33 70 12

E-post:
postmottak@kofa.no

Avgjorte saker

Innklagede la til grunn vedlikeholds- og serviceavtale i åtte-ti år ved prissammenligningen, på tross av at klager på bakgrunn av konkurransegrunnlaget kunne forvente at innklagede ville legge tre års avtale til grunn. Dette var i strid med kravet til forutberegnelighet i lovens § 5.

Klagenemndas avgjørelse 19.04. 2004 i sak 2003/223

Klager: Wilnor Healthcare AB

Innklaget: Sørlandet Sykehus HF

Klagenemndas medlemmer: Kai Krüger, Bjørg Ven, Andreas Wahl

Saken gjelder: Beregning av pris. Forutberegnelighet. Tildelingskriterier.

Bakgrunn:

(1) Aust-Agder sykehus (heretter kalt "innklagede") kunngjorde 21. mai 2002 konkurranse med forhandling for kjøp av IT-løsning for klinisk-kjemiske laboratorier på sykehusene i Vestfold, Aust-Agder og Vest-Agder. Konkurransen ble kunngjort etter en forutgående mislykket anbudskonkurranse.

(2) Under punkt 1.5 "Omfang" i konkurransegrunnlaget het det:

"(...)

Leveransen omfatter:

Programvare

Installasjon

Konvertering

Konsulenthjelp

Opplæring for innføring av nytt IT-system

Antatt levetid for systemet og utviklingsplaner

Vedlikeholdsavtale med eventuelle utviklingsområder inkludert

Verdien av leveransen for alle fire foretakene er anslått til å være om lag 13 mill. NOK eks mva, inkludert opsjoner og vedlikeholdsavtale for 3 tre år. (...)"

Videre het det under punkt 1.7 "Avtalens varighet":

"Kjøpsavtalen vil gjelde første gangs innføring som angitt i punkt 1.5. Vedlikeholdsavtalen inngås for ett år av gangen med mulighet for forlengelse i henhold til Statens standardkontrakt for vedlikehold."

(3) Standardkontrakten var vedlagt. I punkt 4.4 het det:

"Kunden har rett til å inngå avtale om vedlikehold og service med Leverandøren, eller med tredjepart som etter nærmere avtale kan utføre dette på leverandørens vegne. En slik avtale bør inngås samtidig med denne avtalen.

Hvis vedlikeholds- og serviceavtalen ikke inngås som angitt over, har Leverandøren plikt til i fem år fra utløpet av godkjenningperioden (se punkt 3.1) å inngå slik avtale når Kunden ønsker det.

Kunden har rett til å kreve fornyelse av eventuell inngått avtale om vedlikehold og service, slik at den løper i alt fem år fra utløpet av godkjenningperioden.

I denne perioden er Leverandøren forpliktet til å opprettholde tilgang på nødvendig kompetanse m.v. levert etter denne avtalen. Avtale skal inngås på grunnlag av statens standardavtaler. "

(4) Kontrakten skulle tildeles leverandøren med det økonomisk mest fordelaktige tilbudet. I konkurransegrunnlaget var følgende tildelingskriterier satt opp:

"Produkt og tjenester:

Design, database og applikasjon, funksjonelle og tekniske løsninger, kommunikasjonsløsninger, dokumentasjon, forventet levetid, funksjonsmessige egenskaper, kvalitet, markedsutbredelse, sikkerhet/autorisasjon, sikkerhet under drift, teknologi, tilpasningsevne, åpenhet mot eksisterende systemer hos oppdragsgiver, konvertering, garantibetingelser.

Pris:

Priser på produkt og tjenester i henhold til kjøpsavtalen inkludert opsjoner, priser på produkt og tjenester i henhold til vedlikeholdsavtalen inkludert opsjoner, opplæringskostnader, videreutvikling/livssyklus kostnader. Øvrige kostnader relatert til å innføre og ta produkt/ene og tjenestene i bruk.

Rabatterte priser på at flere enn ett helseforetak velger samme leverandør.

Fremdriftsplan for gjennomføring og levering:

Plan og organisering for prosjektgjennomføring, leveringsdyktighet i forhold til tidsplanen.

Service:

Vedlikehold av systemet, responstid, opplæringsprogram, grad av videreutvikling i vedlikeholdsavtalen.

Logistikk:

Leveringsbetingelser, leveringssikkerhet, leveringstid, teknisk bistand/montasje.

Miljø:

Produktets levetid og reparerbarhet.

Tilbudets totale innhold:

Tilbudets grad av totalløsning i henhold til konkurransegrunnlaget og det enkelte foretaks behov.

Tilbudets utforming.

Forbehold:

Kostnadmessige og funksjonelle konsekvenser for oppdragsgiver av forbehold."

Kriteriene var ikke prioritert.

(5) Ni leverandører innga tilbud. Seks ble kalt inn til forhandlinger, blant dem Wilnor Healthcare AB (heretter kalt "klager"). Bare to konkurrenter, klager og Steria AS, var med i sluttforhandlingene.

(6) Innklagede hadde nedsatt et forhandlingsutvalg som gjennomførte forhandlingene og utarbeidet en innstilling til valg av leverandør. Klager ble innstilt som leverandør. Utvalget skrev:

"Begge fremstår som konkurransedyktige systemer, tilpasset behovene som VAV-gruppen har på LIS. Begge systemene har godt utviklede funksjonaliteter, en solid teknisk plattform og et brukervennlig grensesnitt. Wilnor har den

fremste kompetansen og referansene på utvikling av en konkurransedyktig ROS tjeneste, både mellom sykehus og mot primærhelsetjenesten og en teknologi som sannsynligvis gir mindre ressurskrevende drift. Dette har vært svært avgjørende i vurderingen av de to ledende tilbyderne.

VAV arbeidsgruppen har stor tiltro til at systemet SafirLIS er den beste løsningen. Det innstilles derfor til valg av Wilnor Healthcare AB som leverandør av nytt LIS til Sørlandet sykehus HF og Sykehuset i Vestfold."

(7) Om leverandørenes pris skrev forhandlingsutvalget:

"Etter at begge tilbydere er gitt anledning til å gi inn sitt siste tilbud, er prisdifferansen mellom dem marginal, sett ut fra basis system og tre års vedlikehold."

(8) Forhandlingsutvalgets innstilling ble imidlertid ikke tatt til følge av styringsgruppen. Styringsgruppen bygget sin beslutning på forhandlingsutvalgets innstilling, men la til grunn en vedlikeholds- og serviceavtale på åtte-ti år. Denne prisberegningen slo ut i Sterias favør, og prisforskjellen gjorde at Sterias tilbud ble foretrukket.

(9) I brev av 13. juni 2003 ble de seks leverandørene meddelt at det var innklagedes intensjon å inngå kontrakt med Steria AS. Innklagede skrev at konkurransen hadde vært svært jevn mellom klager og Steria. I brevet het det blant annet:

"Produktmessig rangeres de to løsninger svært likt. Begge tilbydere vurderes å ha god evne til å gjennomføre prosjektet etter VAV gruppens krav til fremdriftsplan.

Prismessig sett er det forskjeller mellom de to beste tilbudene, målt ut fra de kostnadene som på dette tidspunkt er mulig å estimere. De langsiktige kostnadene er inkludert i de kostnadmessige vurderingene. Forventet levetid på systemet antas å være om lag 8 år."

(10) På forespørsel ble klager gitt utdypet redegjørelse for evalueringen i brev av 26. juni 2003. Innklagede skrev:

"Tilbudene er vurdert relativt til hverandre. VAV-gruppen har vektlagt følgende:

Produkt, herunder systemets modenhet, funksjonalitet, teknisk løsning og kommunikasjonsløsninger.

Pris, herunder basis system med nødvendig programvare, installasjonskostnader, vedlikeholdskostnader, opsjoner og øvrige kostnader forbundet med å innføre systemet.

Prosjektgjennomføring, herunder organisering, planlegging og framdriftsplan, samt VAV-gruppens bruk av interne personalressurser.

Etter sluttforhandlingene var det små forskjeller på tilbudsprisene mellom de to tilbyderne, målt ut fra de kostnadene som på dette tidspunkt er mulig å estimere. Begge framsto som konkurransedyktige systemer, tilpasset behovene som VAV-gruppen hadde på LIS. Begge systemene har godt utviklede funksjonaliteter, en solid teknisk plattform og et brukervennlig grensesnitt. Videre ble begge tilbydere vurdert å ha god evne til å gjennomføre prosjektet i henhold til VAV-gruppens krav til framdriftsplan.

Det var marginale prisforskjeller mellom de to beste tilbudene, målt ut fra de kostnadene som på dette tidspunkt var mulig å estimere. På relativt kort sikt (3 år) var Wilnors løsning rimeligst. Etter ca 5 år ville Sterias løsning være den rimeligste."

Anførsler:

Klagers anførsler:

(11) Klager anfører at innklagede har brutt regelverket for offentlige anskaffelser.

(12) Innklagede har uriktig lagt til grunn at klagers tilbud var lavest i pris. Innklagedes prisberegning er basert på et åtte-ti års tidsperspektiv. I henhold til tolkningspraksis gjelder en maksimumsgrense på fire-fem år med hensyn til varighet på konkurranseutsatte kontrakter.

(13) Uansett følger det av kravet til forutberegnelighet og gjennomsiktighet at det i tilfelle må fremgå av konkurransegrunnlaget dersom man vil legge til grunn et så langsiktig perspektiv. Konkurransegrunnlaget legger opp til at pristilbudene skal vurderes i et tre års perspektiv, ettersom leverandørene ble bedt om å tilby en pris basert på en tre års vedlikeholdsavtale. Dette ble gjort ved at leverandørene fylte ut innklagedes prismatrise, der pris for årlig avtale om vedlikehold/service i tre år skulle oppgis. I konkurransegrunnlagets punkt 1.5 "Omfang" er også verdien av leveransen beregnet ut fra en vedlikeholdsavtale på tre år. Under forklaringen av tildelingskriteriene i konkurransegrunnlaget er det presisert som "priser på produkt og tjenester i henhold til vedlikeholdsavtalen".

(14) Verdien av vedlikeholds- og serviceavtalen må uansett neddiskonteres til nåverdi ved beregning av pris, jf klagenemndas uttalelse i sak 2004/16. Når innklagede har ganget opp leverandørenes priser for ett års vedlikehold og service med det antall år det forventes å kunne benytte seg av avtalen, har dette gitt større utslag i klagers ufordel.

(15) Innklagede har i tillegg utvist mangelfull skjønnsutøvelse. Den opprinnelige begrunnelsen for valg av leverandør viser at innklagede bare la vekt på et fåtall av de oppgitte tildelingskriteriene. Uansett har innklagede brutt kravet til etterprøvnbarhet, da det ikke er gjort tilstrekkelig rede for evalueringen av kriteriene.

Innklagedes anførsler:

(16) Innklagede bestrider å ha brutt regelverket for offentlige anskaffelser.

(17) Innklagede hadde adgang til å basere prisberegningen på et åtte-ti års perspektiv. Grunnlaget for prisberegningen må finnes gjennom en tolkning av det samlede anbudsgrunnlaget.

(18) I prekvalifiseringsgrunnlaget pkt 2.3 "Avtalens varighet" fremgår det at "Kjøpsavtalen vil gjelde første gangs innføring som angitt i punkt 2.1. Vedlikeholdsavtalen har en estimert varighet på 3 år med mulighet for forlengelse ett år av gangen." I tilbudsinstruksen pkt. 1.7 heter det at "Vedlikeholdsavtalen inngås for ett år av gangen med mulighet for forlengelse i henhold til Statens standardkontrakt for vedlikehold". Når leverandørene skulle fylle ut priser på vedlikehold for henholdsvis ett, to og tre år, har hensikten vært å få priser for de tre første årene, ikke å begrense avtalens varighet til tre år, jf muligheten for forlengelse.

(19) Det er ikke bestridt at laboratorieinformasjonssystemet har en levetid på åtte-ti år. Det er vanlig praksis for slike leveranser at serviceavtalens varighet er like lang som levetiden. Dette skyldes at hvert produkt er spesialtilpasset, og at det derfor bare er leverandøren som kan vedlikeholde produktet.

(20) Henvisningen til en tre års vedlikeholdsavtale er gjort for å ha et grunnlag for å kunne sammenligne årlige vedlikeholdspriser uten noen former for rabatter i en implementeringsfase eller i første driftsår. Vedlikeholdspriser for de første år er normalt rabattert som følge av garantier og leveringsspesifikke forhold. Det er først i år tre at det er mulig å regne ut de reelle årlige vedlikeholdskostnader. Disse vil gjelde for de påfølgende år i avtalens varighet. Innklagede har gjort seg forhåpninger om å kunne holde leverandøren til denne prisen fremover, justert for årlig prisstigning.

(21) Av Kjøpsavtalen pkt 4.4 fremgår at "Kunden har rett til å kreve fornyelse av eventuell inngått avtale om vedlikehold og service, slik at den løper i alt fem år fra utløpet av godkjenningsperioden".

(22) Av Vedlikeholdsavtalen pkt 11 annet ledd om avtalens varighet følger at "Avtalen fornyes automatisk for ett år om gangen, men med gjensidig rett for partene til å si opp med tre måneders skriftlig varsel før utløpet av hver periode".

(23) Det er dermed ikke klart angitt hvor lang kontraktperiode som skal legges til grunn. I konkurransegrunnlaget er angitt perioder på både tre år og fem år, og med fornyelse for ett år av gangen.

(24) Av lov om offentlige anskaffelser fremgår av § 1 at lovens formål om mest mulig effektiv ressursbruk sikres blant annet ved beslutninger basert på forretningsmessighet, og av § 5 at oppdragsgivere skal "ta hensyn til livssyklus-kostnader". Av tilbudsinstruksen pkt 1.5 og 2.17 fremgår at det vil bli lagt vekt på antatt levetid for systemet.

(25) I *Veileder til forskrift om offentlige anskaffelser* pkt. 11.1 om *Tildeling av kontrakt* og beskrivelsen av §§ 10-2 og 17-2 fremgår at:

"Hovedhensynet bør være mest mulig kostnadseffektive anskaffelser for oppdragsgiver, ikke bare på kort, men også på lengre sikt. Ved å definere kostnadseffektive anskaffelser snevert, for eksempel ved kun å vurdere pris/ytelse ved hver enkelt kontrakt, vil man ikke få mulighet til å vurdere de potensielle leverandørers evne til å utenfor eksempel service, kvalitet og teknisk bistand, elementer som kan bety mye for de samlede levetidskostnader."

(26) Dette hensynet støtter opp under de konkrete opplysninger som er gitt i konkurransegrunnlaget om at oppdragsgiver ville legge vekt på kostnadene på lengre sikt.

(27) På denne bakgrunn har det formodningen mot seg at innklagede har ment å begrense tidsperspektivet for beregningen av kostnadene til bare tre år. Tvert imot er det klare holdepunkter for at innklagede har ment, i overensstemmelse med lovens krav og det valgte tildelingskriterium, å basere kostnadsberegningen på en avtaleperiode tilsvarende forventet levetid på åtte-ti år for å finne det økonomisk mest fordelaktige tilbud.

(28) Når det gjelder vurderingen av tildelingskriteriene, er det riktig at bare noe få tildelingskriterier ble oppgitt som begrunnelse. Faktum er likevel at grunnlaget for styringsgruppens endelige beslutning berodde på en samlet vurdering av alle de oppgitte kriteriene. Ettersom produktene ble vurdert som tilnærmedesvis likeverdige, var det imidlertid prisen som ble avgjørende.

Klagenemndas vurdering:

(29) Klager har deltatt i konkurransen og har saklig klageinteresse, jf forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Anskaffelsen er beregnet til omtrent 13 millioner kroner og følger etter sin verdi del II i forskrift om offentlige anskaffelser, jf § 2-2.

Beregningen av pris

(30) Sakens hovedspørsmål er hvor mange års service- og vedlikeholdsavtale innklagede var berettiget å legge til grunn for prisberegningen.

(31) Innklagede har lagt til grunn en forventet levetid på laboratoriesystemene på åtte til ti år. Dette er ikke bestridt av klager.

(32) Leveransen omfatter også vedlikehold/service. Slik klagenemnda forstår konkurransegrunnlaget, skal service- og vedlikeholdsavtalen inngås for ett år av gangen. Dersom ikke annet avtales, har innklagede rett til å forlenge avtalen i alt fem år etter utløpet av godkjeningsperioden.

(33) Forlengelse av avtalen er dermed en opsjon innklagede kan velge å benytte seg av. Spørsmålet er om leverandørene hadde grunn forvente at et bestemt antall års service- og vedlikeholdsavtale ville bli lagt til grunn ved evalueringen av prisen. Dette har betydning for leverandørenes utforming av tilbudene.

(34) Både prekvalifiseringsgrunnlaget og det totale prisanslaget tok utgangspunkt i tre års vedlikehold/service. At leverandørene skulle fylle ut pris for vedlikehold/service per år de tre første årene, støtter dette, selv om innklagede altså hadde rett til å få avtalen fornyet i ytterligere to år. Klagenemnda legger derfor til grunn at konkurransegrunnlaget må forstås slik at det ved vurdering av prisene ville bli lagt til grunn en varighet på tre år for avtale om vedlikehold/service. Innklagede handlet således i strid med konkurransegrunnlaget og kravet til forutberegnelighet i lovens § 5 ved å ta i betraktning pris for vedlikehold/service ut over tre år.

(35) Klagenemnda trenger dermed ikke ta stilling til klagers subsidiære anførsel om at innklagede, ved ikke å neddiskontere til nåverdi, har lagt feil faktum til grunn ved prisberegningen av en fremtidig service/vedlikeholdsavtale.

Evaluering av tildelingskriteriene

(36) *Forhandlingsutvalget som har utarbeidet prosjektrapporten har uttrykkelig vektlagt pris, produkt og prosjektgjennomføring. Det fremgår i tillegg at innklagede har vurdert eventuelle forbehold. Spørsmålet er om innklagede evaluerte tildelingskriteriene "service", "logistikk", "miljø", "tilbudets totale innhold" og "tilbudets utforming".*

(37) Tildelingskriteriene "miljø", "service" og "logistikk": Kriteriene er brukt i strid med en normal språklig forståelse av dem. Konkurransegrunnlaget inneholder imidlertid presiseringer som gjør at klagenemnda under tvil har kommet til at de er anvendt i overensstemmelse med konkurransegrunnlaget og anskaffelsesreglene. Når innklagede har vurdert produktens levetid og kvalitet,

finner klagenemnda at dette dekker tildelingskriteriet "*miljø*", slik det er presisert i konkurransegrunnlaget. Videre ser klagenemnda at innklagede har vurdert videreutvikling og serviceinnstilling, og at kriteriet "*service*" dermed er vurdert. Endelig finner klagenemnda at innklagede har vurdert referanser på punktlighet, og at "*logistikk*" dermed er vurdert.

(38) Kriteriene "*tilbudets utforming*" og "*tilbudets totale innhold*": Det rettslige utgangspunkt er at oppdragsgiver har et visst skjønn med hensyn til hvilke kriterier som skal legges til grunn for å identifisere det økonomisk mest fordelaktige tilbud. Klagenemnda finner at kriteriet "*tilbudets utforming*" mangler den nødvendige tilknytning til kontraktens gjenstand og heller ikke relaterer seg til leveransens innhold, jf klagenemndas uttalelse i sak 2003/59. Videre finner klagenemnda at kriteriet "*tilbudets totale innhold*" er ulovlig, da det er så uklart at det gir innklagede et ubetinget fritt skjønn ved evalueringen av tilbudene, jf EF-domstolens dom i sak C-513/99 (Concordia) premiss 61 med videre henvisninger og klagenemndas avgjørelse i sak 2003/3. Klager har imidlertid ikke anført at kriteriene er ulovlige, og klagenemnda er uansett i tvil om kriteriene har hatt betydning for utfallet, da evalueringsdokumentene tyder på at de ikke er blitt vektlagt i evalueringen.

Konklusjon:

Sørlandet Sykehus HF har brutt kravet til forutberegnelighet i lov om offentlige anskaffelser § 5, da det ved beregningen av pris ble lagt til grunn en service- og vedlikeholdsavtale på 8-10 år, til tross for at konkurransegrunnlaget ga leverandørene grunn til å forvente at prisen de første tre år ville bli lagt til grunn for prissammenligningen.

For klagenemnda,

19. april 2004 Andreas Wahl



Forsiden
Nemndsmedlemmer
Saksbehandling
Regelverk
Innkomne saker
Statistikk
Årsrapporter
Dommer
Søk i avgjorte saker

Avgjorte saker:

[2003](#) [2004](#) [2005](#)

Besøksadresse

H. Heyerdalsgate 1
0033 Oslo

Postadresse

Postboks 8132 Dep
0033 Oslo

Tlf.: 22 33 70 10

Faks: 22 33 70 12

E-post:

postmottak@kofa.no

Avgjorte saker

Innklagede gjennomførte en konkurranse om en prosjekteringstjeneste. Arbeidet skulle baseres på et forprosjekt, og et av tildelingskriteriene var innspill til kvalitetsforbedringer av prosjektet. Klagenemnda la til grunn at kriteriet måtte forstås slik at det var uforbindende forslag det var bedt om, og at dette var relevant i forhold til leverandørenes oppgaveforståelse. Det ble i denne vurderingen vektlagt at det var tale om en tjenesteanskaffelse. I evalueringen la innklagede positiv vekt på at en av leverandørene ga et pristilbud på en tilleggstjeneste om gjennomgang av prosjektet med tanke på en kvalitetssikring. Klagenemnda la til grunn at dette ikke kunne vektlegges. Kriteriet måtte forstås som å rette seg mot uforbindende forslag, ikke mot bindende tilbud om tilleggstjenester. Videre gjaldt kriteriet kvalitetsforbedringer, ikke kvalitetssikring.

Klagenemndas avgjørelse den 29.3.2004 i sak 2003/177

Klager: Statkraft Grøner AS

Innklaget: Bodø kommune

Klagenemndas medlemmer: Per Christiansen, Svein Dahl, Morten Goller

Saken gjelder: Bruk av innspill til kvalitetsforbedring som tildelingskriterium. Tolkning av tildelingskriterier og krav til klarhet. Bruk av uforbindende innspill og bindende tilbud om tilleggstjenester som tildelingskriterium. Relevante faktorer ved evalueringen. Evaluering av priser.

Bakgrunn:

(1) Statkraft Grøner AS (heretter kalt "klager") utarbeidet i januar 2003 et forprosjekt for Bodø hovedvannverk – fjellanlegg på vegne av Bodø kommune

(heretter kalt "innklagede"). På bakgrunn av forprosjektet kunngjorde innklagede en begrenset anbudskonkurranse for videre prosjektering. Anbudskonkurransen omfattet prosjektering av inntak/overføringstunnel Heggmoelva – Heggmoelva, basseng Hunstadlia og basseng Rønvikfjellet.

(2) Blant de påmeldte valgte innklagede ut fem leverandører til videre deltakelse, og sendte ut konkurransegrunnlaget til disse. Klager var blant de fem utvalgte. I konkurransegrunnlaget ble det opplyst at:

"Som generelle anbudsregler med prioritet i rekkefølge som nevnt:

"FOR 1994-12-16 nr 1110: Forskrift om gjennomføring av EØS-avtalen med vedlegg XVI punkt a om samordning av innkjøpsreglene for oppdragsgivere innen vann- og energiforsyning, transport og telekommunikasjon (forsyningssektorene)

FOR 2001-06-15 nr 616: Forskrift om offentlige anskaffelser."

(3) Med hensyn til valg av tilbud, fremgikk det at:

"Det vil i hovedsak bli lagt vekt på:

Pris

Tidsramme for utførelse av tjenestene

Bemanning av tjenesten

Eventuelle forbehold i forhold til konkurransegrunnlaget.

Eventuelle innspill fra anbyder, med sikte på kvalitetsheving av prosjektet i forhold til det som er beskrevet i konkurransegrunnlaget."

(4) Vedrørende honorering for prosjekteringsarbeidet, fremgikk det at:

"Pris for prosjekteringstjenesten skal gis med grunnlag i beskrivelsen av prosjekteringstjenesten som er gitt i kap. 5 ovenfor og i foreliggende forprosjekteringsdokumenter.

Det er klargjort at NS 8401 skal gjelde som generelle kontraktsbestemmelser. Pris som gis er dermed å regne som fast pris for hele tjenesten. I denne skal inngå både honorar og utlegg for gjennomføring av prosjekteringstjenesten.

Utlegg som skal regnes inn i fast pris:

...

Det vil være den samlede anbudspris for honorar og utlegg som avtalesfestes.

Pris som avtalesfestes vil ikke bli regulerbar i den tiden det tar å utføre prosjektet.

Anbyder skal videre oppgi timepris for personell som tilbys til gjennomføring av oppdraget. Timepris som oppgis forutsettes ikke regulerbar i den tiden det tar å utføre prosjektet. Timepris skal oppgis eks. mva.

Priser føres i vedlagte pristabell".

(5) Det fremgikk i et underpunkt om kontraktsbestemmelser at:

"Som spesiell kontraktsbestemmelse vil det bli satt at prosjekterendes ansvar ikke begrenses av at de løsninger som velges er beskrevet i forprosjektet".

(6) Klager leverte inn tilbud, men ble i brev 19.3.2003 meddelt at kontrakt ville bli tildelt Scandiaconsult AS. Det fremgikk som begrunnelse for valget at:

"

Gjennomføring av prosjekterings tjenesten v/Scandiaconsult AS vil gi en kvalitetssikring i forhold til forprosjektets løsninger, som vil kunne bli av vesentlig betydning for resultatet. Spesielt vurderes dette som viktig i forhold til løsningen for betongbassengene, og for ledningsføringer og ventilkamre.

Sett i lys av at forskjellen er så liten på sammenlignbare priser for laveste anbud Statkraft Grøner AS – kr 1 373 700 og fra nest laveste anbud Scandiaconsult AS – kr 1 397 400,-, tillegges prisforskjellen betydelig mindre vekt enn fordelen som oppnås ved kvalitetssikring som nevnt ovenfor.

De to nevnte og for Bodø kommune entydig gunstigste anbudene, er også vurdert mht øvrige kriterier gitt i anbudsgrunnlaget. Mht disse faktorene er anbudene vurdert som like."

(7) Klager påklaget beslutningen til en intern anbudsnemnd i kommunen. Klagen ble avvist, samtidig som det ble gitt en nærmere begrunnelse for valg av tilbud. I begrunnelsen fremgår det at det er lagt til kr. 58.700,- til klagers tilbudspris "For å få frem best mulig sammenlignbare tjenester". Som følge av dette ble prisforskjellen redusert til kr. 23.700,- i klagers favør. Under "Tidsramme for utførelse av tjenesten" fremgikk det at klagers tilbud og det valgte tilbudet var likeverdige. Det samme gjaldt "Bemanning av tjenesten", men likevel slik at det valgte tilbudet "i marginal sammenheng rangeres ...fremst". Under kriteriet forbehold var tilbudene likeverdige. Videre fremgikk det:

"2.5Innspill med sikte på kvalitetsheving

Anbyder nr. 1: Gir innspill om laboratorieundersøkelser av bergkvaliteter, og modellering av bergrom på grunnlag av disse. Innspillene er positive, men på den annen side må det påpekes at anbyder nr. 1 har utført forprosjektet, og burde etter min vurdering i forprosjektet vært tydeligere om at dette bør utføres. Det er uklarhet mht. hva tilleggstjenestene (laboratorieundersøkelser) vil

medføre av kostnader.

Anbyder nr. 2: Gir innspill om gjennomgang og vurdering av løsninger som fremgår av forprosjektet, med sikte på sikring av at alternative løsninger er testet ut. Innspillet vurderes som meget positivt, og registreres også hos andre anbydere. Dels kan innspillet skyldes at anbyderen ikke har kunnskaper om hvilke løsninger som er vurdert i forprosjektet, og hvilke vurderinger som er gjort. Dels har innspillet, også gitt av andre anbydere, åpenbart sammenheng med at det reises tvil om valget av konkrete løsninger.

Kvalitetssikringsprosessen som foreslås er priset til kr. 40 000, men det antas relevant å avregne dette etter anvendt tid og kostnader innenfor slik ramme. Tjenesten vil også medføre innsats i form av tidsforbruk fra Bodø kommunes side. Anbyder nr. 1 vil ikke kunne gi denne ytelsen på samme måte som - nr. 2.

Ut fra samlet vurdering innenfor dette kriterium, og også sett i lys av følelsen jeg har hatt og har av at forprosjektet (dels pga. tidspress, men også fordi rådgiver ikke på fullgod måte behandlet innspill fra oppdragsgiver) ikke var gjennomarbeidet fullgodt, mener jeg innspillet fra anbyder nr. 2 bør tillegges betydelig vekt.

Innspill gitt av anbyder nr. 1, kan kjøpes fra anbyder nr. 2, men pris er usikker og det må tas høyde for konsekvenser mht. fremdriftsplan.

Konklusjon: Anbudet fra nr. 2 er entydig best ut fra at det inneholder relevant tjeneste som nr. 1 ikke kan gi.

Den tjenesten som tilbys kan være av betydning på slik måte at det oppnås betydelige kvalitetshevinger på sluttproduktet, både hva gjelder teknisk og økonomisk kvalitet.

3. Oppsummering og konklusjon.

Ut fra samlet vurdering innefor de kriterier som er gjennomgått, er anbudene fra nr. 1 og nr. 2 så likeverdige at valget må bli vanskelig.

De tydeligste forskjellene er:

Korrigert anbudssum fra nr. 1 er kr. 23 700 lavere enn fra nr. 2.

Nr. 2 tilbyr en "bør utføres tjeneste" som nr. 1 i praksis ikke kan gi, og som er priset til kr.

40 000.

Nr. 2 vurderes å ha bemanning av tjenesten som er marginalt bedre enn nr. 1.

Dette betyr at valg av nr. 2 gir en reell merkostnad stor kr. 63 700 for å få gjennomført kvalitetssikringen av forprosjektet, og en bemanning som innenfor noen områder vurderes å ha større faglig tyngde enn nr. 1.

På grunn av den usikkerhet som foreligger i forhold til forprosjektets løsninger, mener jeg det kan vise seg av betydelig verdi å få gjort den gjennomgangen som tilbys av anbyder nr. 2. Kostnaden for slik gjennomgang kan vise seg i bli minimal i forhold til nytteverdien.

Ut fra totalvurdering, og med betydelig vekt tillagt kvalitetssikringstjenesten som tilbys av nr. 2, anbefaler jeg at kontrakt tildeles anbyder nr. 2 - Scandiaconsult AS."

Klager anfører i det vesentlige:

1. Ulovlig tildelingskriterium

(8) Det er bare tillatt å legge vekt på pris og andre objektive forhold ved valg av tilbud, jf lov om offentlige anskaffelser § 5 tredje ledd. "Innspill fra anbyder med sikte på kvalitetsheving av prosjektet..." er ikke et objektivt kriterium som oppfyller kravene til forutberegnelighet og etterprøvnbarhet. Det er umulig for leverandørene å forutse og etterprøve hvilke forhold innklagede vil vektlegge under dette kriteriet.

(9) Det var således bare tillatt å legge vekt på de øvrige kriteriene for valg av tilbud. Her fremgikk det at tilbudene var tilnærmet like med hensyn til tidsramme og bemanning. Klager har laveste pris og skulle derfor vært valgt.

2. utenforliggende hensyn

(10) Det er ikke bedt om at leverandørene skal beskrive hvordan de vil løse leveransen, herunder hvordan de vil gi en kvalitetssikring i forhold til forprosjektets løsninger. Det var således ikke adgang til å vektlegge at det valgte tilbudet "...vil gi en kvalitetssikring i forhold til forprosjektets løsninger...".

3. Egne negative erfaringer

(11) Det fremgår av anbudsnemndas vurdering at det er lagt vekt på egen negativ erfaring med klager i forbindelse med utarbeidelse av forprosjektet. Dette er ikke tillatt, slik det er gjort i den foreliggende sak.

(12) Klager utarbeidet forprosjektet under sterkt tidspress. Dette innebar at klager satt inne med betydelig kunnskap om prosjektet, deriblant alternative løsninger og konsept som klager gjennom innledende prosjektrevisjon og "kvalitetssikring" ville kunne utnytte. Det ville være naturlig at man ut fra ovennevnte situasjon hadde fortsatt med samme rådgivere videre i prosjektet dersom det ikke forelå negative erfaringer. Når klagers tilbud i tillegg er lavest i pris foreligger det etter klagers vurdering ingen naturlig grunn til å skifte leverandør. Det er da naturlig å legge til grunn at negative erfaringer er vektlagt.

4. Uriktig faktum - kvalitetssikring

(13) I anbudsnemndas vurdering fremgår det at det er lagt til grunn at det valgte tilbudet tilbyr kvalitetssikring, priset til kr. 40.000,-. Videre er det lagt til grunn at klager ikke vil kunne gi denne ytelsen på samme måte som den valgte leverandøren. Den aktuelle kvalitetssikringen er imidlertid tatt med i klagers tilbud, under kapittel 3 "Fremdrift", pkt. 3.2 og 3.4.3. Det valgte tilbudet skulle således vært lagt til kr. 40.000,- i evalueringen for at tilbudene skulle bli sammenlignbare. Kvalitetssikring er en opsjon, oppført i det valgte tilbudet under arbeid som "bør utføres". Innklagede har ikke lovlig adgang til å tillegge en slik opsjon vekt ved tildeling av kontrakt.

5. Uriktig faktum – påplussing

(14) Innklagede har ved utarbeidelsen av fastprisen plussert på tillegg til klagers tilbud for post 2.9 med kr. 5.100,-, og post 4.8 med kr. 5.100,- for

feltarbeider og logging av borekjerneprøver. Dette er feil. Post 2.9 og 4.8 er knyttet opp til henholdsvis post 2.10 og 4.9 og skal på tilsvarende måte ikke legges til i tilbudssummen. Post 2.10 og 4.9 gjelder laboratorietester for de respektive anleggsdeler. Dette er poster med stor usikkerhet knyttet til om det er behov for slike undersøkelser. Disse postene er for øvrig beskrevet som "bør gjøres", og skal under enhver omstendighet ikke inngå i fastprisen. For øvrig inngår feltarbeider som befaring, kartlegging, registrering og visuell vurdering av disse anleggsdelene av klagers tilbud (pkt. 3.3 b). Kostnad for tjenester priset i pkt. 2.9 og 4.8 i tilbudet skal således under enhver omstendighet ikke påplusses klagers tilbud.

(15) Det var ikke adgang til å påplusse tilbudet utgifter for kjerneboring. Dette var en tjeneste beskrevet i konkurransegrunnlaget, og som det vil være klagers ansvar at blir utført innenfor tilbudte fastpris.

(16) Feltarbeider i form av befaringer og supplerende kartlegging er inkludert i tilbudet. Tjenester som omfattes av pkt. 2.9 og 4.8 i klagers tilbud er knyttet til tilleggsarbeider dersom laboratorietester blir aktuelt, og skal følgelig ikke legges til klagers pris.

6. Brudd på kravet til likebehandling

(17) Det er søkt avklaring hos den valgte leverandøren vedrørende innholdet i tilbudt kvalitetssikring. Tilsvarende kontakt for avklaring er ikke søkt hos klager. En forsvarlig saksbehandling burde tilsa at innklagede i dette tilfellet kontaktet klager for å avklart dette spørsmålet. Det foreligger derfor et brudd på kravet til likebehandling.

Innklagede har i det vesentlige anført

1. Ulovlig tildelingskriterium

(18) Konkurransegrunnlaget inviterte leverandørene til å komme med innspill, og det ble klargjort blant annet gjennom kontraktsbestemmelsene og beskrivelser for øvrig at forprosjektet som ligger som del av konkurransegrunnlaget ikke var å anse som et begrensende rammeverk for tjenesten som ble etterspurt. I oppstillingen av kriteriene som kan benyttes fremgår det for øvrig av forskriftene at det kan legges vekt på "kvalitet".

2. Utenforliggende hensyn

(19) "Oppdragsbeskrivelsen" og "Pristabell" danner en helhet. "Oppdragsbeskrivelsens" pkt 6 gir en beskrivelse av hva tilbudet skal inneholde. Det er klargjort at:

Priser skal føres i "Pristabell" hvor oppgaver er konkretisert, og hvor det konkret er invitert til innspill mht. tilleggstjenester som anbyder mener "bør utføres" og "må utføres".

Fremdriftsplan skal settes opp med hovedaktiviteter og milepæler.

Det skal gis en oversikt over prosjekterendes organisering og bemanning av prosjektet.

Anbyderen skal i anbudsbrief redegjøre for eventuelle forbehold.

(20) Klager har levert tilbud i tråd med dette, hvor også muligheten til i "Pristabell" å gi innspill til tjenester som "bør utføres" og "må utføres" er benyttet. Sett i lys av dette er det bemerkelsesverdig at klager i ettertid fremfører en annen forståelse av konkurransegrunnlaget, og at deler av tilbudet ikke burde vært tatt med i vurderingen.

(21) Klagen legger til grunn en mangelfull forståelse av konkurransegrunnlaget, som beviselig ikke har vært gjeldende da tilbudet ble gitt.

3. Egne negative erfaringer

(22) Innklagede er enig med klager i at det ikke er tillatt å tillegge tidligere negative erfaringer med leverandøren vekt ved valg av tilbud. Det har ikke skjedd i denne saken. Innklagede har ikke negative erfaringer av slik art eller alvorlighet med klager. Dette bekreftes av at klager ble valgt ut til å delta i konkurranse med andre meget kompetente kandidater.

(23) Når det gjelder formuleringen som henviser til forprosjektet bemerkes:

Vurderingen skjer innenfor kriteriet "Innspill med sikte på kvalitetsheving", og er ikke gitt en reell tilknytning til klager. Det er tillagt vekt at forprosjektet ikke var gjennomarbeidet fullgodt, og at ekstra kvalitetssikring vil kunne være av vesentlig betydning. Den eneste måten klager kan knyttes til formuleringen, er ved at rådgiver nevnt i den forklarende parentes var Statkraft Grøner AS. Her er det imidlertid av betydning å legge merke til at tidspress er anført som hovedårsak, og at det var oppdragsgiver som etablerte det tidsvindu forprosjektet skulle gjennomføres innenfor.

4. Uriktig faktum – kvalitetssikring

(24) Klager har ikke tilbudt kvalitetssikringstjeneste, og det ville ikke være mulig for klager å utføre tjenesten med mindre innklagede skulle gi klager adgang til å supplere sitt tilbud. Dette ville være i strid med forhandlingsforbudet i anbudskonkurranser.

(25) Det som er beskrevet i punkt 3.4.3. i tilbudet er en normal videreutvikling av forprosjektets løsninger i prosjekteringsfasen, uten at det er lagt opp til prøving av ideer eller løsningsprinsipper. Det ligger ikke en kvalitetssikring av prosjektet i denne posten.

5. Uriktig faktum – påplussing

(26) Postene 2.9 og 4.8 har benevnelsen "Andre arbeider som **må** utføres", mens postene 2.10 og 4.9 har benevnelsen "Andre arbeider som **bør** utføres". Når det gjelder førstnevnte skal disse føres til anbudssum, hvilket klager ikke hadde gjort for noen av postene. Klager påstår derfor at innklagede i sin vurdering av tilbudet skulle overprøve leverandørens innspill om hvilke arbeider som "må utføres", og i stedet flytte disse til "bør utføres". Slik overføring under evalueringen ville være uttillatelig.

(27) Det har aldri vært relevant å gjøre kjerneboring i tilknytning til delprosjektene "Basseng Rønvikfjellet" og "Inntak/overføringstunnel Heggmo vatn – Heggmoelv".

(28) Videre kunne klager ikke gjennomført prosjekteringen av de samme delprosjektene uten feltarbeid i prosjekteringsfasen.

6. Brudd på kravet til likebehandling

(29) Klager har ikke tilbudt noen kvalitetssikring. Det har den valgte leverandøren, og da under "bør utføres" –posten. Når det ikke forelå noe slikt innspill fra klager var det ikke relevant å ta kontakt med klager om drøfting av slik tjeneste. Dette ville i så fall være en invitasjon til supplere tilbudet, noe som ville være uttillatelig.

Klagenemndas vurdering

(30) Klager har deltatt i konkurransen og har saklig klageinteresse. Klagen er rettidig, jf forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Partene er enige om at anskaffelsen følger forsyningsforskriftens regler, og at anskaffelsens verdi ligger over terskelverdiene for dennes anvendelse. Videre er partene enige om at forskrift om offentlige anskaffelser kommer til anvendelse i den grad forholdet ikke reguleres av forsyningsforskriften. Klagenemnda legger dette til grunn.

1. Ulovlig tildelingskriterium

(31) Det følger av forsyningsforskriften § 40 (1) at dersom tildelingen av kontrakten skjer på grunnlag av det økonomisk mest fordelaktige tilbud, skal alle kriterier som vil bli lagt til grunn oppgis enten i konkurransegrunnlaget eller i kunngjøringen. Det kan blant annet benyttes kriterier som leveringstid eller byggteknisk verdi, service og teknisk bistand, forpliktelser med hensyn til reservedeler, leveringsgaranti og pris m.v.

(32) Tildelingskriteriet "Eventuelle innspill fra anbyder, med sikte på kvalitetsheving av prosjektet i forhold til det som er beskrevet i konkurransegrunnlaget" er etter klagenemndas mening ikke helt presist. Kriteriet kan både forstås slik at oppdragsgiver vil vektlegge den oppgaveforståelse som tilbyderne ved dette vil demonstrer, og slik at oppdragsgiver vil vektlegge tilbud om tilleggssytelser eller endog alternative tilbud.

(33) Regelverket tillater at alternative tilbud tas i betraktning som tildelingskriterium, forutsatt at konkurransegrunnlaget oppstiller minstekrav som de alternative tilbud skal oppfylle, jf forsyningsforskriften § 40 tredje ledd og EF-domstolens avgjørelse i sak C-421/01 (Traunfellner) premiss 31. Det var ikke oppstilt minstekrav i den foreliggende sak.

(34) Etter klagenemndas syn er det mest nærliggende å forstå kriteriet som en oppfordring til å vise oppgaveforståelse gjennom uforbindtlige forslag til forbedringer. EF-domstolen har i sak C-87/94 (Kommissjonen mot Belgia) avvist at uforbindtlige forslag til forbedringer kan benyttes som tildelingskriterium, men rekkevidden av avgjørelsen er ikke helt klar. Saken gjaldt kjøp av varer, og klagenemnda antar at den ikke er direkte overførbar til tjenestekjøp. Ved tjenesteanskaffelser vil uforbindtlige forslag til forbedringer kunne vise leverandørens oppgaveforståelse, et kriterium som både vil kunne være tilknyttet tjenestekontraktens gjenstand og representere en økonomisk verdi for oppdragsgiver. Beskrivelser av hvordan den aktuelle tilbyder ser for seg å utføre tjenesten vil kunne vektlegges ved tildelingen.

(35) Regelverket stiller videre krav om at samtlige tildelingskriterier skal være formulert så klart at de kan forstås på samme måte av leverandørene, jf lovens krav i § 5 til forutberegnlighet og gjennomsiktighet. Klagenemnda har vært i tvil om det aktuelle tildelingskriteriet oppfyller de krav regelverket setter til klarhet, men finner etter en helhetsvurdering at prinsippet om forutberegnlighet er ivaretatt. Det vises i denne sammenheng til forståelse av kriteriet i avsnittet over.

2. utenforliggende hensyn

(36) I den foreliggende sak har innklagede lagt positiv vekt på at den valgte leverandøren har foreslått en gjennomgang av prosjektet med tanke på en kvalitetssikring. Dette må anses som et forslag om kjøp av en tilleggstjeneste, noe som støttes av at det er stilt krav om ordinær betaling for tjenesten.

(37) Tildelingskriteriet rettet seg mot uforpliktende innspill til kvalitetsforbedringer, for å vise oppgaveforståelse (kvalitet). Allerede av den grunn er det problematisk at oppdragsgiver legger vekt på et bindende tilbud om kjøp av en tilleggstjeneste om kvalitetssikring – selv om også et slikt innspill etter omstendighetene kan si noe om oppgaveforståelsen.

(38) Siden tilbudet om tilleggstjenesten for kvalitetssikring av forprosjektet må anses å være en ordinær tjeneste som ville kunne anskaffes også fra de øvrige leverandørene som ga tilbud, kan klagenemnda heller ikke se at anvendelsen av kriteriet var egnet til å identifisere det økonomisk mest fordelaktige tilbudet.

(39) Klagenemnda finner derfor at oppdragsgiver har vektlagt et forhold som faller utenfor rammene for det oppgitte tildelingskriterium. Innklagede har således brutt forsyningsforskriftens § 40.

(40) Klagenemnda legger til at det ut fra sakens dokumenter synes å være bemanningsplanen som har vært utslagsgivende for oppdragsgivers valg av tilbud, og at dette i seg selv ville kunne oppveie den svært begrensede prisforskjellen. Basert på en slik forutsetning, synes ikke feilen å hatt innvirkningen på resultatet av konkurransen.

3. egne negative erfaringer

(41) Klagenemnda finner det ikke godtgjort at det ved valg av tilbud er lagt vekt på eventuelle negative erfaringer med klager.

4. uriktig faktum - kvalitetssikring

(42) Som forutsatt i punkt 2, kunne innklagede ikke legge vekt på kvalitetssikring under noen av de angitt tildelingskriteriene. Der er da ikke nødvendig å ta stilling til om kvalitetssikring var inkludert i klagers tilbud eller ikke.

5. uriktig faktum – påplussing

(43) Konkurranses grunnlaget har basert seg på et forprosjekt, og med det angitt rammene for hvilket arbeid tilbudene skal dekke som del av den tilbudte fastprisen. Slik klagenemnda leser konkurranses grunnlaget, var det meningen at arbeid angitt i post 2.10 og post 4.9. ikke skulle inngå i vurderingsgrunnlaget. Dette var poster for tilleggsarbeider, og måtte regnes som opsjonspriser uten relevans ved valg av tilbud.

(44) I evalueringen fremgår det at tilleggsarbeidene klager har priset under post 2.10 og 4.9 ikke er ført til sum, og dermed heller ikke vektlagt i evalueringen av kriteriet pris. Klagenemnda kan derfor ikke se at det er begått feil med hensyn til disse to postene.

(45) Når det gjaldt postene 2.9 og 4.8 refererte disse seg til arbeider som leverandørene anså nødvendig, men som de antok var uteglemt i konkurranses grunnlaget. Leverandørenes forutsetninger ved oppføring av arbeider under disse postene måtte dermed være at arbeidene ikke var del av den tilbudte fastprisen.

(46) Klagenemnda antar at dette innebærer at dersom leverandørens antagelser om at arbeidet var nødvendig, men ikke omfattet av konkurranses grunnlaget var korrekt, måtte arbeidet anses for tilleggsarbeider der prisen ikke skal føres til sum og dermed heller ikke tas med i evalueringen. Dersom antagelsene ikke var korrekte, og arbeidene måtte anses omfattet av konkurranses grunnlaget, skulle derimot prisen blitt ført til sum for å gjøre tilbudene sammenlignbare.

(47) Når det gjelder tjenesten "Borkjernelogging" som klager har ført opp i postene 2.9 og 4.8 er klagenemnda i tvil om det var korrekt av innklagede å uten videre legge til grunn at det med dette var ment "innhenting og vurdering av prøver i dagen". Denne fortolkningen medførte at arbeidet allerede var en del av konkurranses grunnlaget, og dermed tatt inn i den valgte leverandørens fastpris. Dersom fortolkningen er korrekt, vil dette være en korrekt behandling

av innklagede. Dersom fortolkningen ikke er korrekt, skulle prisen neppe vært ført til sum og dermed heller ikke tatt med i evalueringsgrunnlaget, siden innklagede selv legger til grunn at tjenesten verken var planlagt eller relevant.

(48) Klagenemnda har ikke tilstrekkelig opplysninger til å kunne ta stilling til hvilken fortolkning av denne prisposten som vil være korrekt.

6. brudd på kravet til likebehandling

(49) Ut fra det klagenemnda har kommet til ovenfor, er det ikke nødvendig å ta stilling til denne anførselen.

Konklusjon:

Bodø kommune har brutt forsyningsforskriftens § 40 (1) ved å legge positiv vekt på tilbud om tilleggstjenester for kvalitetssikring av forprosjektet under tildelingskriteriet "innspill til kvalitetsheving".

For klagenemnda,

29. mars 2004 Morten Goller



Forsiden
Nemndsmedlemmer
Saksbehandling
Regelverk
Innkomne saker
Statistikk
Årsrapporter
Dommer
Søk i avgjorte saker
Avgjorte saker:
[2003](#) [2004](#) [2005](#)

Besøksadresse

H. Heyerdalsgate 1
0033 Oslo

Postadresse

Postboks 8132 Dep
0033 Oslo

Tlf.: 22 33 70 10

Faks: 22 33 70 12

E-post:

postmottak@kofa.no

Avgjorte saker

Innklagede inngikk kontrakt med en av leverandørene uten at de andre fikk meddelelse om valget eller klagefrist. Dette innebar et brudd på forskriftens § 10-3 (1) og (2). Tildelingskriteriet "livssyklus kostnader" var ulovlig, da ikke var mulig å beregne disse kostnadene. Kriteriet kunne dessuten med rimelighet forstås på to måter. Kriteriet brøt derfor med det krav til klarhet i utforming av tildelingskriteriene som følger av forskriftens § 10-2(2), jf lovens § 5. Endelig brøt innklagede § 10-2 (2) ved å legge feil faktum til grunn ved beregning av prisen.

Klagenemndas avgjørelse 29.03.2004 i sak 2003/211

Klager: Fagerhult AS

Innklaget: Det Norske Radiumhospital HF

Klagenemndas medlemmer: Per Christiansen, Svein Dahl, Inger Roll-Matthiesen

Saken gjelder: Klarhet og sammenlignbarhet ved utforming av tildelingskriterier, feil faktum ved evaluering, manglende meddelelse og klagefrist.

Bakgrunn:

(1) Det Norske Radiumhospital HF (heretter kalt "innklagede") kunngjorde 30.05 2003 en åpen anbudskonkurranse for levering og montering av belysningsutstyr. Kontrakten skulle tildeles leverandøren med det økonomisk mest fordelaktige tilbudet. I konkurransegrunnlagets punkt 2.13 var følgende tildelingskriterier oppført:

- *"- pris*
- *kvalitet*
- *estetiske, ergonomiske og funksjonelle egenskaper*
- *leveringstid og leveringssikkerhet*
- *service og teknisk bistand*
- *tilgjengelighet på reservedeler, delpriser*
- *teknisk verdi*

- *livssyklus kostnader*
- *miljømessige konsekvenser*
- *standardisering og sertifisering*
- *kvalitetsgaranti/garanti-tid*
- *muligheten for å optimalisere kostnader ved å fordele leveransen på en eller flere leverandører*

(2) For evaluering av tildelingskriteriet "livssyklus kostnader" skulle leverandørene i henhold til konkurransegrunnlagets punkt 2.18 legge ved egne beregninger av disse kostnadene.

(3) I alt fem leverandører innga tilbud, blant dem Fagerhult AS (heretter kalt "klager") og Glamox Norge. Tilbudet fra Fagerhult lød på kr 3.453.214. Glamox hadde gitt to alternative tilbud, utgangspunktet (alt. 1) var på kr 3.245.638. Ved å skifte ut noen komponenter fra dette tilbudet med alternative komponenter, fremkom alt. 2. Innklagede beregnet differansen mellom de to alternativene til kr 193.900, slik at totalprisen for alt. 2 ble beregnet til kr 3.439.538.

(4) Fagerhult hadde ikke lagt ved beregning av livssyklus kostnader i sitt tilbud, med følgende begrunnelse:

"Da det i tilbudsinvitasjonen ikke er oppgitt hva vi skal beregne i forhold til (eksisterende installasjoner), har vi ikke vedlagt slike beregninger, men vi kan utføre dette i ettertid dersom det er ønskelig."

(5) Tilbudet fra Glamox hadde vedlagt fire forskjellige beregninger av livssyklus kostnader, ettersom firmaet hadde inngitt alternative tilbud. For å kunne gjennomføre beregningene hadde Glamox oppgitt en rekke forutsetninger.

(6) Innklagede vurderte tilbudene fra Fagerhult og Glamox som de to beste og foretok derfor en nærmere evaluering av de to tilbudene opp mot hverandre. I evalueringsdokumentene ble de to leverandørene vurdert mot hverandre ut fra kriteriene "pris", "teknikk/økonomi", "design", "optikk", "service", "oppheng", "forkobling" og "pålitelighet". Tilbudene ble likestilt mht pris, ettersom differanse var på under kr 10.000. De scoret også likt på "oppheng", ettersom dette er likt for de to leverandørene. Fagerhult skåret høyest på "service" og "pålitelighet", mens Glamox ble vurdert som best på "teknikk/økonomi", "design", "optikk" og "forkobling". Om kriteriet "teknikk/økonomi" skrev innklagede:

"TA-verdien – (driftstemp for elektronikk i forhold til livslengde) – Vurderer Glamox som beste alternativ og fordelen som viktig. Glamox har levert inn etterspurt livssyklusberegning."

(7) Den såkalte TA-verdien (TA er forkortelse for temperature/air) viser temperaturen som elektronikken i armaturen er produsert for. Den temperaturfølsomme komponenten blir satt sammen i forhold til den temperaturen den er ment å virke i. Klager tilbød produkter med TA-verdi 25 (dvs. lagd for å virke i en omgivelsestemperatur på 25 grader C), mens Glamox tilbød noen produkter med TA-verdi 25, noen med TA-verdi 40 og noen med TA-verdi 45.

(8) Den 29. august 2003 ble innklagede oppringt av klager, som hadde spørsmål om fremdriften i saken. Klager fikk da opplyst at Glamox ville bli tildelt kontrakten. På bakgrunn av telefonsamtalen skrev klager to brev, datert henholdsvis 10. og 18. september 2003, der det ble bedt om nærmere opplysninger om valget av tilbud. Henvendelsene ble besvart i brev av 1.

oktober, der innklagede bekreftet at Glamox var valgt og beklaget at det ikke tidligere var sendt ut varsel om valg av leverandør. Klager ble ikke gitt noen frist for å påklage beslutningen.

(9) På forespørsel har klagenemnda fått opplyst at kontrakt ble inngått med Glamox den 24. september 2003.

Anførsler:

Klagers anførsler:

(10) Klager anfører at innklagede har brutt regelverket for offentlige anskaffelser.

(11) Innklagede brøt forskriftens § 10-3 (1) ved at klager ikke skriftlig ble gitt beskjed om valg av tilbud før kontrakt ble inngått. Videre brøt innklagede § 10-3 (2) ved at klager ikke ble gitt anledning til å påklage beslutningen.

(12) Glamox tilbød produkter med TA-verdier på henholdsvis 25, 40 og 45. Verdiene 40 og 45 brukes bare i industri og offshorevirksomhet. Standarden er TA-verdi 25. For det første hadde innklagede ikke adgang til å vektlegge at Glamox tilbød produkter med TA-verdi høyere enn 25, ettersom innklagede hadde etterspurt standardprodukter. For det andre var det galt av innklagede å legge til grunn at et produkt med en høyere TA-verdi enn 25 har lengre levetid i normal romtemperatur. En TA-verdi på 45 betyr bare at komponenten er satt sammen for å virke i denne temperaturen og sier ingenting om levetid i normal innetemperatur, som på et sykehus.

(13) Videre hadde innklagede ikke anledning til å vektlegge at Glamox hadde levert beregning av livssyklus kostnader. Kriteriet "livssyklus kostnader" har et uklart innhold. Innklagede måtte utdype hva som skulle beregnes: levetid eller total kostnader. EF-domstolens avgjørelse i sak C-19/00 (SIAC Construction) stiller krav om at tildelingskriteriene angis så klart at leverandørene må kunne forstå dem på samme måte. Det var dessuten ikke mulig å sammenligne tilbudene, ettersom det ikke var oppgitt noen parametere. Det følger av EF-domstolens avgjørelse i sak C-448/01 at kriteriene må gjøre det mulig å sammenligne tilbudene.

(14) Endelig har innklagede lagt feil faktum til grunn ved utregningen av klagers pris. Klager hadde to alternative tilbud. Alternativ én hadde en totalpris på 3.245.638. Alternativ to tok utgangspunkt i dette, men noen av komponentene i tilbudet ble byttet ut med dyrere alternativer. Ved å bytte ut disse komponentene kom innklagede frem til en totalpris på 3.453.214 inkl. mva. Innklagede glemte imidlertid å legge til mva. for de alternative komponentene. Riktig pris for Glamox' alternativ to er derfor kr 3.486.074.

(15) Klager ber klagenemnda uttale seg om erstatningsspørsmålet.

Innklagedes anførsler:

(16) Innklagede innrømmer at forskrift om offentlige anskaffelser ble brutt ved at klager ikke ble gitt skriftlig melding om tildeling av kontrakt før etter at kontrakt med Glamox ble inngått. At klager således ikke fikk noen klageadgang slik forskriften krever, har imidlertid ikke hatt betydning for kontraktsinngåelsen. Ut over dette forholdet bestrider innklagede å ha brutt regelverket for offentlige anskaffelser.

(17) TA-verdien på elektronikken har betydning for flere av de kriteriene som var satt opp. For øvrig er vektleggingen av TA-verdi sterkt overdrevet av klager. Selv om innklagede hadde sett bort fra TA-verdi og livssyklusberegninger, hadde klager uansett ikke nådd opp. Glamox' tilbud scoret bedre enn klagers på kriteriene "design", "optikk" og "kabler".

Innklagede kunne valgt å avvise klager på bakgrunn av at livssyklusberegninger ikke var vedlagt, og finner det da urimelig når klager mener seg forbigått.

(18) Om innklagede har beregnet prisforskjellene feil, har dette vært uten betydning for valg av leverandør. Kontraktsprisen er for øvrig samme pris som den innklagede la til grunn for sammenligningen mellom Glamox og klager.

Klagenemndas vurdering:

(19) Klager har deltatt i konkurransen og har saklig klageinteresse, jf forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Anskaffelsen er en vareanskaffelse og følger etter sin verdi forskrift om offentlige anskaffelser del II, jf forskriftens § 2-2.

Meddelelse og klagefrist

(20) Etter forskriftens § 10-3 (1) skal beslutning om hvem som skal tildeles kontrakt skriftlig meddeles alle leverandørene i rimelig tid før kontrakt inngås. Meddelelsen skal innholde en begrunnelse og oppgi en klagefrist, jf annet ledd. Innklagede brøt begge disse bestemmelsene og har selv innrømmet forholdet. Klagenemnda vil tilføye at dette kan være et alvorlig forhold, idet det frater leverandørene muligheten til å påpeke eventuelle feil, som kan føre til at oppdragsgiveren omgjør sin beslutning om tildelingen av kontrakt, jf § 10-3 (3).

Evaluering av tildelingskriteriene

(21) Klagenemnda registrerer at de tolv tildelingskriteriene som var oppgitt i konkurransegrunnlaget, i evalueringsdokumentene var redusert til åtte kriterier, som med unntak av kriteriet "*pris*" har fått andre betegnelser. Det kan reises spørsmål om innklagede med dette har vektlagt alle kriteriene som var oppgitt i konkurransegrunnlaget og om det er tatt utenforliggende hensyn. Så lenge klagers anførsel om endring av tildelingskriteriene ikke er konkretisert, vurderer imidlertid ikke klagenemnda dette spørsmålet.

(22) Under betegnelsen "*teknikk/økonomi*" har innklagede bl.a. evaluert tildelingskriteriet "*livssyklus kostnader*". Etter klagenemndas vurdering kan det være relevant å vektlegge dette forholdet. Spørsmålet er om det i dette tilfellet var angitt med tilstrekkelig grad av klarhet. Et krav til klarhet i utformingen av tildelingskriteriene følger av forskriftens § 10-2 (2), jf lovens krav til forutberegnelighet og gjennomsiktighet i § 5. Dette er også en forutsetning for å kunne oppfylle forskriftens krav til forsvarlig saksbehandling, jf § 3-1 (2).

(23) Lysarmaturenes livssyklus kostnader varierer ut fra faktorer som bruk, lysstyrke, beregningsperiode, strømpriser, priser per lyskilde osv. Når innklagede ikke har oppgitt noen parametere leverandørene skal foreta beregningen ut fra, vil tilbudene lett bli usammenlignbare på dette punkt, fordi beregningene vil gjøres ut fra ulike faktorer.

(24) Glamox har i sin beregning av livssyklus kostnader lagt til grunn at innklagede har ment total kostnader ved bruk av armaturen. Klagenemnda finner likevel at også levetid er en plausibel forståelse av dette kriteriet. Når innklagede ikke har presisert kriteriet på en slik måte at det er mulig for leverandørene å forstå det på samme måte, er dette i strid med det krav til klarhet som må innfortolkes i § 10-2 (2).

(25) Kriteriet "*livssyklus kostnader*" var dermed i strid med forskriftens § 10-2 (2) og lovens § 5.

(26) I evalueringen av "*teknikk/økonomi*" tok innklagede også i betraktning TA-verdien på de tilbudte produktene. Det synes som om innklagede selv ikke har hatt en klar oppfatning av betydningen av dette tildelingskriteriet. I

evalueringsnotatet er det om Glamox' tilbud uttalt at fordelene med høyere TA-verdi er viktig, mens det i innklagedes svar til klagenemnda av 19. mars 2004 er uttalt at TA/TC-verdi er tillagt liten vekt. Klagenemnda finner imidlertid ikke grunn til å gå nærmere inn på dette spørsmålet.

Beregning av prisen

(27) Glamox hadde oppgitt priser uten mva på enkeltkomponenter i tilbudet. Når innklagede skiftet ut 700 komponenter fra tilbudets alt. 1 med 700 alternative komponenter, skulle moms på mellomlegget vært tatt med i sluttsommen. Innklagedes beregnet tilbudet til Glamox til kr 46.536 rimeligere enn det i egentlig var. Etter det klagenemnda kan se var Glamox' tilbud kr 32.860 høyere enn tilbudet til Fagerhult. Innklagede brøt dermed forskriftens § 10-2 (1) ved å legge feil faktum til grunn ved evalueringen av kriteriet pris. At innklagedes beregning er lagt til grunn for den endelige kontraktssommen, endrer ikke det faktum at Glamox' tilbud opprinnelig hadde en noe høyere pris, og at denne skulle vært lagt til grunn ved sammenligning av tilbudene.

Konklusjon:

Det Norske Radiumhospital HF brøt forskrift om offentlige anskaffelser § 10-3 (1) ved at leverandørene ikke ble gitt skriftlig meddelelse om valg av tilbud før kontrakt var inngått og § 10-3 (2) ved at det ikke ble gitt adgang til å påklage valget av tilbud.

Det Norske Radiumhospital HF brøt forskrift om offentlige anskaffelser § 10-2 (2) og lov om offentlige anskaffelser § 5 fordi tildelingskriteriet "livssyklus kostnader" var uklart, da det ikke var oppgitt noen parametere som leverandørens beregninger skulle ta utgangspunkt i. Det ble da ikke var mulig å sammenligne tilbudene på dette punkt.

Det Norske Radiumhospital HF brøt forskrift om offentlige anskaffelser § 10-2 (2) da det ble lagt feil faktum til grunn ved beregningen av kriteriet pris.

For klagenemnda,

29. mars 2004

Svein Dahl



Forsiden
Nemndsmedlemmer
Saksbehandling
Regelverk
Innkomne saker
Statistikk
Årsrapporter
Dommer
Søk i avgjorte saker

Avgjorte saker:

[2003](#) [2004](#) [2005](#)

Besøksadresse

H. Heyerdalsgate 1
0033 Oslo

Postadresse

Postboks 8132 Dep
0033 Oslo

Tlf.: 22 33 70 10

Faks: 22 33 70 12

E-post:

postmottak@kofa.no

Avgjorte saker

Klagers forespørsel om deltakelse ble avvist på bakgrunn av manglende firmaattest. Innklagede var imidlertid ikke forpliktet til å avvise søkeren fra deltakelse i konkurransen og avvisningen fremsto i dette tilfelle som uberettiget.

Klagenemndas avgjørelse 29.03.2004 i sak 2004/47

Klager: Infodoc AS

Innklaget: Helse Vest RHF

Klagenemndas medlemmer: Per Christiansen, Svein Dahl, Morten Goller

Saken gjelder: Avvisning pga. manglende dokumentasjon. Krav til klarhet i anbudsgrunnlaget.

Bakgrunn:

(1) Helse Vest RHF (heretter kalt "innklagede") kunngjorde 19. desember 2003 en konkurranse med forhandling for anskaffelse av elektronisk pasientadministrasjonssystem og pasientjournalssystem. Det skulle først gjennomføres en prekvalifisering. Fristen for forespørsel om prekvalifisering ble satt til 2. februar 2004, mens fristen for å inngi tilbud for de prekvalifiserte ble satt til 15. april 2004.

(2) I punkt III 2.1 hadde innklagede listet opp dokumentasjon som skulle vedlegges søknad om prekvalifisering. Her var det blant annet oppført:

"Attest for registrering i det faglige register som bestemt ved lovgivning i det land hvor tilbyder er etablert."

(3) Setningen er en standardformulering fra Doffin-databasen til Norsk lysingsblad. Oppdragsgiveren plikter å kreve skatteattest og HMS-erklæring. I tillegg kan oppdragsgiver krysse av ved ett eller flere av i alt 13 valgfrie dokumenter som har til hensikt å opplyse om leverandørens stilling. Attest fra "det faglige register" er ett av disse.

(4) Infodoc AS (heretter kalt "klager") leverte inn søknad om

prekvalifisering. I brev av 20. februar 2004 ble klager meddelt at deres forespørsel om prekvalifisering var avvist. Følgende begrunnelse ble gitt:

"Ved gjennomgang av Deres søknad så kan vi ikke se at Deres besvarelse oppfyller de krav som er presentert i utlysningsteksten mht dokumentasjon da Deres firmaattest ikke er inkludert i besvarelsen."

Anførsler:

Klagers anførsler:

(5) Klager anfører at innklagede har brutt regelverket for offentlige anskaffelser. Innklagede hadde ikke rett til å avvise klagers forespørsel på grunn av at firmaattest ikke var vedlagt.

(6) Det er ikke spurt etter firmaattest i kunngjøringen. Foretaksregisteret er ikke et "faglig register". Hadde innklagede uttrykkelig bedt om firmaattest, ville denne blitt vedlagt i søknaden.

(7) Firmaattesten er dessuten offentlig tilgjengelig og opplysningene i attesten, med unntak av vedtektene, fremgår av de øvrige oversendte dokumentene, blant annet oversendte regnskaper.

Innklagedes anførsler:

(8) Innklagede bestrider å ha brutt regelverket for offentlige anskaffelser.

(9) Etter forskriftens § 5-12 (1) er det tillatt å kreve firmaattest som dokumentasjon. Bestemmelsen er en gjennomføring av EF-direktivene.

(10) Formuleringen "faglig register" er en standardformulering i Doffin-databasen. Med dette menes attest fra foretaksregisteret, jf Arnhild Dordi Gjønnes "Håndbok for offentlige anskaffelser i EØS/EU" (1994) s 126. Alle andre leverandører som leverte inn forespørsel om å delta i konkurransen hadde vedlagt attest fra Foretaksregisteret.

(11) Innklagede måtte derfor avvise klagers forespørsel etter forskriftens § 8-12, jf også kravet til likebehandling av leverandørene i lovens § 5.

(12) Det er uten betydning at firmaattesten er offentlig tilgjengelig. Leverandørene skulle selv fremskaffe den. At opplysningene i firmaattesten fremkommer av andre deler av søknaden, får heller ingen betydning. For oppdragsgiver er det et poeng at leverandøren kan dokumentere grunnleggende forhold ved foretaket gjennom en offisiell attest fra Foretaksregisteret.

(13) Innklagede hadde ikke adgang til å gi tilleggsfrist for innlevering av manglende firmaattest, jf uttalelse fra Næringslivets forum for offentlige anskaffelser i sak 82/2002.

Klagenemndas vurdering:

(14) Klager har deltatt i konkurransen og har saklig klageinteresse, jf forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Anskaffelsen følger etter sin verdi forskrift om offentlige anskaffelser del II, jf § 2-2.

(15) Etter forskriften § 5-12 (1) kan oppdragsgiver kreve at leverandørene dokumenterer at firmaet er registrert i "et bransjeregister eller annet foretaksregister som foreskrevet i den stat han er etablert". I Norge innebærer

kravet i praksis en attest fra Foretaksregisteret for norske bedrifter ("firmaattest"). Firmaattest skulle således ha vært vedlagt i samsvar med kunngjøringen III.2.1.

(16) Klager hadde imidlertid ikke lagt ved firmaattesten. Etter forskriften § 8-12 (1) skal en oppdragsgiver avvise et tilbud når det ikke oppfyller kravene for deltakelse (bokstav a). Klagenemnda mener imidlertid at krav om firmaattest i dette tilfelle ikke går inn under bokstav a, og at innklagde derfor ikke har noen plikt til å avvise klager, slik innklagde hevder.

(17) Klagenemnda viser til at oppdragsgiver etter en konkret vurdering kan la være å avvise leverandøren, jf forskriftens § 8-12 (2) bokstav g). Oppdragsgiver kan f.eks. velge å gi en kort tilleggsfrist for ettersendelse. Innleveres ikke f.eks. skatteattest, kan oppdragsgiver etter § 5-15 gi en kort tilleggsfrist for å rette forholdet. Etter forskriften § 9-2 kan oppdragsgiver mer generelt be om supplerende opplysninger. Selv om innklagde har rett til å avvise klagers forespørsel etter § 8-12 (2) bokstav g, mener klagenemnda at denne rett ikke er ubetinget.

(18) Spørsmålet blir om innklagde i noe tilfelle kan være forpliktet til å gi en tilleggsfrist, hensyn tatt til at en ubetinget avvisning vil kunne virke som en urimelig streng reaksjon. Avgjørelsen av Næringslivets forum (82/2002), som det er vist til fra innklagde, gjaldt et tilfelle hvor oppdragsgiver hadde gjort det klart i kunngjøringen at avvisning ville skje ved bestemte mangler, herunder manglende firmaattest. Dette kan være et eksempel på et tilfelle hvor en avvisning ikke kunne ses som urimelig. Noe slikt forhåndsvarsel er imidlertid ikke gitt i den foreliggende sak.

(19) Klagenemnda mener det i dette tilfelle er mest i samsvar med reglenes formål om klager hadde vært gitt mulighet til å innsende firmaattest innen en kort tilleggsfrist. En ettersendelse av en firmaattest innen en kort tilleggsfrist kan heller ikke regnes som en ulovlig forskjellsbehandling i forhold til de øvrige deltakere. Det legges bl.a. vekt på at firmaattesten inneholder opplysninger som er offentlige.

Konklusjon:

Helse Vest RHF har brutt regelverket om offentlige anskaffelser ved å avvise en forespørsel om deltakelse i konkurransen med den begrunnelse at forespørselen manglet firmaattest, uten å gi mulighet til å ettersende attesten innen en kort tilleggsfrist.

For klagenemnda,

29. mars 2004 Per Christiansen



Forsiden
Nemndsmedlemmer
Saksbehandling
Regelverk
Innkomne saker
Statistikk
Årsrapporter
Dommer
Søk i avgjorte saker

Avgjorte saker:

[2003](#) [2004](#) [2005](#)

Besøksadresse

H. Heyerdalsgate 1
0033 Oslo

Postadresse

Postboks 8132 Dep
0033 Oslo

Tlf.: 22 33 70 10

Faks: 22 33 70 12

E-post:

postmottak@kofa.no

Avgjorte saker

Innklagede utlyste en åpen anbudskonkurranse, der et av tildelingskriteriene var "kjennskap til SiteEd og OFGs øvrige løsninger". SiteEd viste seg å være et rammeverk som var utviklet av en leverandør innklagede hadde benyttet til sine eksisterende nettløsninger.

Leverandørene måtte selv ta kontakt med denne konkurrerende leverandøren for å fremskaffe den informasjonen om SiteEd de mente ville være relevant.

Klagenemnda kom til at innklagede hadde brutt kravet til likebehandling i forskrift om offentlige anskaffelser § 3-1 annet ledd ved å ikke sikre at alle leverandører fikk tilstrekkelig og lik informasjon om SiteEd.

Klagenemndas avgjørelse den 22.03.2004 i sak 2004/046

Klager: Making Waves AS

Innklaget: Stiftelsen Opplysningskontoret for frukt og grønnsaker

Klagenemndas medlemmer: Svein Dahl, Morten Goller og Inger Roll-Matthiesen.

Saken gjelder: Krav til likebehandling.

Sakens bakgrunn:

(1) Stiftelsen Opplysningskontoret for frukt og grønnsaker (heretter "innklagede") kunngjorde 13.02.2004 en åpen anbudskonkurranse for anskaffelse av bistand i forbindelse med et administrasjons- og logistikkverktøy for skolefrukt. Konkurransen ble kunngjort i henhold til forskrift fastsatt ved kgl. res. 15 juni 2001 om offentlige anskaffelser del III.

(2) Konkurranses grunnlagets punkt 2.5 lød slik:

"2.5 Tildelingskriterier

Prinsippet om "det økonomisk mest fordelaktige tilbud" vil ligge til grunn for utvelgelsen.

Kriteriene for vurdering av økonomisk fordelaktighet er i uprioritert rekkefølge:

- 1. Tilbudets overensstemmelse med intensjoner og krav i konkurransegrunnlaget og i hvilken grad disse er oppfylt.*
- 2. Erfaring og kompetanse for tilbudt personell*
- 3. Etableringstid og hensiktsmessig etableringsprosess*
- 4. Kjennskap til SiteEd og OFGs øvrige løsninger*
- 5. Pris*
- 6. Attester, ikke eldre enn 6 måneder, utstedt av den kompetente myndighet, som bekrefter at tilbyderen har oppfylt sine forpliktelser med hensyn til betaling av skatter, trygdeavgifter og MVA. Skatteattestene skrives ut av skatteoppkreverkontoret i den kommunen hvor leverandøren har sitt hovedkontor og av skattefogden i tilsvarende fylke.*
- 7. HMS-egenerklæring.*
- 8. Attest for registrering i det faglige register som bestemt ved lovgivning i det land hvor tilbyder er etablert.*
- 9. Egnede erklæringer fra bank, eller tilsvarende.*
- 10. Fremleggelse av foretakets årsregnskap eller utdrag fra det.*
- 11. Erklæring av foretakets totale omsetning, og dets omsetning med relevans til kontrakten de siste tre regnskapsårene.*
- 12. Oversikt over akademiske og faglige kvalifikasjoner for de personer som er ansvarlige for kontrakten.*
- 13. Liste over de viktigste leveransene de siste tre år, inkludert deres verdi,*

tidspunkt og mottaker.

14. *Sertifikat utstedt av offisielle kvalitetskontrollinstitutter."*

(3) I konkurransegrunnlaget sto det videre:

"2.0 Rammebetingelser og retningslinjer

Løsningen skal være tilgjengelig via www. For publisering av informasjon i forbindelse med løsningen skal SiteEd benyttes....

...

4 *Tekniske krav*

Valg av teknologi skal ta vare på tidligere investeringer som er gjort i

forbindelse med utvikling av frukt.no, Mat.no, matklikk.no og matPrat.no. dvs Microsoft teknologi og SiteEd."

(4) For øvrig fantes det ikke noen informasjon om SiteEd i konkurransegrunnlaget.

(5) Making Waves AS (heretter "klager") fikk tilsendt konkurransegrunnlaget, og kontaktet 19.02.2004 innklagede per e-post og spurte om hvor de kunne finne informasjon om SiteEd. Innklagede svarte 20.02.2004 at de skulle kontakte EDB Telekom. Dette er en leverandør innklagede tidligere har benyttet til sine eksisterende nettløsninger. Av EDB Telekom fikk klager opplyst at SiteEd ikke er noe produkt, men et rammeverk som inngår i EDB Telekoms løsninger. EDB Telekom deltar også i konkurransen om det oppdraget klagen gjelder.

(6) Klager kontaktet innklagede 01.03.2004 og spurte bl a om hvilken vekt de ville legge på tildelingskriteriet "kjennskap til SiteEd..." Innklagede svarte i e-post av 02.03.2004:

"... Kunnskapen og erfaringen som EDB har om SiteED er det ikke andre forunt å ha siden det er de som har utviklet rammeverket. Men bruk og kunnskap om SiteEd vil bli tilagt vesentlig vekt, men denne kunnskap skal den enkelte tilbyder kunne hente og få hos EDB"

(7) I senere e-post av samme dato skrev innklagede videre:

" Som tidligere nevnt så kommer vi selvsagt til å tillegge kunnskapen om SiteEd vekt, dette for å kunne ivareta tidligere investeringer som vi har gjort. Siden det er EDB Telekom som har utviklet SiteEd, har de bedre kunnskap om denne enn alle andre mulige leverandører. Det er nå snart 3 uker siden utlysningen ble lagt ut, dette bør være god nok tid for å innhente den informasjonen som er nødvendig for å kunne besvare forespørselen. Som tidligere nevnt så har vi i vår avtale med EDB Telekom et punkt om at andre leverandører skal kunne levere med bakgrunn i SiteEd og vil de få nødvendig innsyn i koden."

(8) I klagers svar til innklagede samme dag skrev de bla:

"Det er urimelig at vi må gå til en konkurrent for å få innsyn i dokumentasjon som har med anbudet å gjøre. Den informasjonen plikter OFG å gjøre

tilgjengelig for alle tilbydere på like vilkår. Dette er etter vår oppfatning et brudd på gjeldende anbudsreglement.

Vi har vært i kontakt med EDB Telekom og har fått opplyst at det ikke finnes noen dokumentasjon på rammeverket utover en brukerdokumentasjon for sluttbrukere (publiserere). Dette hjelper oss ikke i vårt spesifikasjons- og estimeringsarbeid.

Dere forutsetter at SiteEd skal brukes og uten dokumentasjon vil vårt løsningsforslag være beheftet med mangler og sannsynligvis bli vurdert som mindre aktuelt enn vår konkurrent."

(9) I alt 19 leverandører fikk utlevert konkurransegrunnlaget. Tre leverandører leverte inn tilbud. En av disse var EDB Telekom. En annen av de tre leverandørene opplyste bla følgende i sitt tilbud:

"Etter å ha undersøkt forholdene vedrørende applikasjon SiteEd har det kommet frem at dette er et system som utvikles, eies og forvaltes av en annen leverandør. Vi ser det av den grunn ikke som realistisk at vi vil kunne konkurrere på leveranse av tjenester basert på et verktøy som ikke er allment tilgjengelig i markedet.

Dette tilbudet involverer derfor ikke tilbud på levering av tjenester på dette produktet. I henhold til kravtabellen nedenfor så anbefaler vi også at de funksjonene som må anses å naturlig høre hjemme innenfor SiteEd rammeverket løses nettopp innenfor dette, og da av den eksisterende leverandøren."

(10) Klager leverte ikke inn tilbud.

Klagers anførsler:

(11) Klager anfører at innklagede har brutt regelverket om offentlige anskaffelser ved at leverandørene må innhente vital informasjon hos en konkurrent for å kunne besvare anbudet. EDB Telekom kan begrense informasjonen de gir ut slik at klager ikke får samme forutsetninger for å kunne levere en god besvarelse. Siden kjennskap til SiteEd vil bli tillagt vesentlig vekt burde teknisk informasjon om SiteEd vært tilgjengelig som en del av konkurransegrunnlaget, eller så burde det vært avholdt et felles presentasjonsmøte overfor alle leverandører der EDB Telekom og innklagede redegjorde for kildekode og begrensninger i løsningen.

(12) Etter klagers samtale med EDB Telekom mener klager at det kun er EDB Telekom som har forutsetninger for å kunne vinne frem i denne anskaffelsesrunden, all den tid det settes som krav at løsningen skal baseres på EDB Telekoms egenutviklede løsning.

(13) Det faktum at klager ikke valgte å levere inn tilbud er direkte relatert til klagen.

Innklagedes anførsler:

(14) Innklagede benekter å ha brutt regelverket om offentlige anskaffelser.

(15) Innklagede har en avtale med EDB Telekom om at innklagede har full

tilgang til kildekode for løsningen slik at de står helt fritt til å løfte løsningen over til en eventuell ny teknisk utviklingspartner. Innklagede har imidlertid ikke egen IT-avdeling og er derfor avhengig av at EDB Telekom presenterer og forklarer kildekode for tredjepart.

(16) For å dra nytte av tidligere investeringer er det av vesentlig betydning for innklagede at alle videre løsninger kan integreres inn mot SiteEd, som i sin tur er knyttet opp mot innklagedes andre siter. Innklagede har imidlertid ikke uttrykt dette sterkere i konkurransegrunnlaget enn at en potensiell leverandør må ha kjennskap til SiteEd og innklagedes øvrige løsninger. Med andre ord er det ikke noe krav om at man skal ha inngående innsikt i løsningen. Teknisk sett burde det ikke være noe i veien for å knytte ulike tekniske løsninger fra andre leverandører opp slik at innklagede fortsatt kan bruke SiteEd også på løsningen for skolefrukt, uavhengig av leverandør. Om en potensiell leverandør ikke setter seg inn i eksisterende teknologi kan ikke innklagede se at de kan utforme et fullgodt tilbud.

(17) Innklagede kan ikke se at det er et problem at klager må kontakte en konkurrent for å innhente informasjon for å sette seg inn i SiteEd. De leverandørene som har levert inn tilbud innen fristen har heller ikke sett dette som noe problem.

(18) Klager var i kontakt med EDB Telekom helt i starten av anbudskonkurransen, og sa at de skulle komme tilbake, men de tok aldri videre kontakt. Klager hadde fri mulighet til å skaffe seg informasjon, men har ikke utnyttet dette og har heller ikke levert inn tilbud.

Klagenemndas vurdering:

(19) Klager har ønsket å delta i anbudskonkurransen, og har saklig klageinteresse, jf. forskrift om klagenemnd om offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig.

(20) Klagenemnda vil påpeke at innklagede under punktet "tildelingskriterier" i konkurransegrunnlaget har sammenblandet kvalifikasjonskriterier og tildelingskriterier, og at dette ikke er i samsvar med regelverket. Klagenemnda finner imidlertid ikke grunn til å komme nærmere inn på dette forholdet da det ikke er direkte anført av klager, og ikke har betydning for sakens utfall.

(21) Når innklagede har valgt "kjennskap til SiteEd..." som tildelingskriterie, må kriteriet skjønnsmessig evalueres, hvilket innebærer en gradering slik at dess bedre kjennskap en leverandør har til SiteEd, dess høyere score får han.

(22) I forhold til tildelingskriteriet "kjennskap til SiteEd og OFGs øvrige løsninger" presiserer innklagede i sin e-post til klager datert 02.03.2004 at "... bruk og kunnskap om SiteEd vil bli tillagt vesentlig vekt". Det fremsto således som viktig for klager å tilegne seg all relevant kunnskap om SiteEd.

(23) Forskrift om offentlige anskaffelser § 3-1 annet ledd lyder slik:

"Konkurransen skal gjennomføres på en forsvarlig måte med lik behandling av leverandørene og for øvrig i samsvar med god anbu- og forretningskikk."

(24) At EDB Telekom har mer kunnskap om den eksisterende leveransen, og således vil ha et visst konkurransefortrinn i den aktuelle anskaffelsen, er i seg selv ikke i strid med regelverket. Dette vil etter omstendighetene kunne være et saklig konkurransefortrinn.

(25) Klagenemnda forstår imidlertid forskriftens krav til likebehandling slik at

oppdragsgiver kan ha en aktivitetsplikt for å utjevne eventuelle fordeler eksisterende leverandører har, slik at leverandørene stilles mest mulig på lik linje i konkurransen.

(26) I dette tilfellet ville det være naturlig at innklagede sørget for en felles informasjonspakke til potensielle leverandører, enten i form av skriftlige dokumentasjon eller felles informasjonsmøte der all relevant informasjon ville bli gitt av den eksisterende leverandøren. Dette kan ikke sees på som et uforholdmessig strengt krav, tatt i betraktning anskaffelsens verdi og at kjennskap til tekniske forhold i den eksisterende plattformen uttrykkelig var stilt opp som et tildelingskriterium.

(27) Det å passivt henvise potensielle leverandører til å kontakte sin konkurrent for å hente ut relevant informasjon, gir ikke tilstrekkelig visshet om at leverandørene får samme informasjon og at de får alle opplysninger de faktisk vil ha bruk for. Den interessekonflikt som åpenbart oppstår i en slik situasjon, der en konkurrent også skal hjelpe andre potensielle leverandører til å score bedre på et av tildelingskriteriene, styrker disse innvendingene. Leverandørene kunne i denne saken få tilgang til kildekode og til brukerdokumentasjon, men dette var ikke opplyst i konkurransegrunnlaget. Tildelingskriteriet omfatter imidlertid, slik klagenemnda forstår partene, mer informasjon og kunnskap enn dette. Innklagede pliktet å distribuere også denne informasjonen til de potensielle leverandørene på en tryggende måte, slik at krav til gjennomsiktighet og etterprøvnbarhet for leverandørene ble sikret.

(28) Leverandørene som kontaktet EDB Telekom var ikke sikret lik informasjon, ettersom det var opp til leverandørene selv å finne frem til de spørsmålene som ville gi dem all relevant informasjon. Det forhold at én leverandør skriver at de har fått inngående kjennskap til SiteEd, betyr ikke at de 18 andre som ba om konkurransegrunnlaget har eller ville fått den samme informasjonen. Av de tre tilbudene innklagede har mottatt, har en leverandør ansett det urealistisk å konkurrere på leveranse av tjenester basert på et verktøy som ikke er allment tilgjengelig i markedet. Det kan ikke utelukkes at dette skyldes manglende informasjon om SiteEd.

Konklusjon:

(29) Klagenemnda finner at Stiftelsen Opplysningskontoret for frukt og grønnsaker har brutt forskrift om offentlige anskaffelsers § 3-1 annet ledd om likebehandling, ved ikke sikre at alle leverandører fikk tilstrekkelig og lik informasjon om SiteEd.

For klagenemnda, Oslo 22.03.2004

Morten Goller



Forsiden
Nemndsmedlemmer
Saksbehandling
Regelverk
Innkomne saker
Statistikk
Årsrapporter
Dommer
Søk i avgjorte saker

Avgjorte saker:
[2003](#) [2004](#) [2005](#)

Besøksadresse
H. Heyerdalsgate 1
0033 Oslo

Postadresse
Postboks 8132 Dep
0033 Oslo

Tlf.: 22 33 70 10

Faks: 22 33 70 12

E-post:

postmottak@kofa.no

Avgjorte saker

Oppdragsgiver oppga blant annet "renommé/dyktighet" som tildelingskriterium, og fant at den valgte leverandørens renommé mer enn oppveiet prisforskjellen i forhold til det valgte tilbudet. Videre ble "renommé/dyktighet" evaluert ut fra opplysninger i årsregnskap mv., uten at dette ble opplyst på forhånd. Det ble gjennomført en rekke forhandlinger med leverandørene i strid med forhandlingsforbudet. Klagenemnda fant at "rennomé" ikke kan benyttes som tildelingskriterium og at vilkårene for erstatning for den positive kontraktsinteressen kunne være oppfylt.

Klagenemndas avgjørelse 8. mars 2004 i sak 2003/165

Klager: Interiør & Bygg AS

Innklaget: Tranøy kommune

Klagenemndas medlemmer: Kai Krüger, Siri Teigum, Andreas Wahl

Saken gjelder: Forhandlingsforbudet ved anbudskonkurranser. Tildelingskriterier.

Bakgrunn:

(1) Tranøy kommune inviterte 21.3.2003 til åpen anbudskonkurranse på totalentreprise for en ny barnehage. Anskaffelsen ble ikke kunngjort i DOFFIN-databasen.

(2) I konkurransegrunnlaget ble det opplyst at det økonomisk mest fordelaktige tilbud ville bli valgt ut fra følgende kriterier, angitt i uprioritert rekkefølge:

”

- *Pris*
- *Kvalitet*
- *Funksjonalitet*
- *Forbehold*
- *Miljømessige forhold*
- *Evt. skatte-/mva restanser*
- *Firmaets renommé/dyktighet”*

(3) Videre var det vedlagt en situasjonsplan, skisse romprogram og et møtereferat som skulle legges til grunn for utarbeidelsen av tilbudet. Det ble presisert at hver avdeling skulle dimensjoneres for 18 plasser, mens det i hver garderobe skulle være 20 garderobeplasser. Garderobene skulle være utformet slik at de også kunne benyttes til lekerom, og det måtte være enkel adgang til WC fra garderobe. Det var også krav til materialbruk og teknisk anlegg.

(4) Innklagede mottok ti tilbud. Det ble levert inn to tilbud fra Bygg i Nord AS, og ett fra Interiør & Bygg AS (heretter kalt ”klager”).

(5) Innklagedes rådgiver evaluerte tilbudene, og konkluderte med at det laveste tilbudet var ”for smått og heller ikke tilpasset tomten/solnedgang”. De to høyeste tilbudene ble ansett for dyre, og falt ut på grunn av budsjettamme/finansiering. Det ene av disse tilbudene var tilbudet fra Bygg i Nord AS (alternativ 2)

(6) To tilbud var dermed aktuelle, klagers tilbud og det andre tilbudet fra Bygg i Nord AS (alternativ 1).

(7) Tilbudet fra Bygg i Nord AS var på kr. 3.957.796,- med 190 kalenderdager byggetid. Klagers tilbud på kr. 3.955.600,-, med 205 kalenderdager byggetid. I sin vurdering av tilbudene skrev innklagedes rådgiver at:

”Av disse er anbudet til Bygg i Nord AS det klart beste hva gjelder planløsning/utforming.

...

Prismessig er anbudet til Interiør & Bygg AS det mest fordelaktige. Dette forslaget er vesentlig større enn konkurrentens, men løsningen er etter vårt syn

ikke brukbar og må følgelig omarbeides betydelig for at det skal bli bra. Imidlertid vil det nok være penger å spare på å bearbeide dette anbudet (kan også gjøres mindre), dette selvsagt under forutsetning av at det ikke vil koste noe ekstra for byggherren. Tidsaspektet spiller vel også noe inn i denne sammenheng, vil vi tro.

Begge anbudene har en del uklarheter og bør drøftes med partene før en inngår kontraktsforhandlinger.

Spesielt tenker vi på ventilasjonsanlegg, sanitær-/røranlegg og tomt/utendørsarbeider hvor disse anbyderne har forskjellige underentreprenører. For oss framgår det klart at Interiør & Bygg AS i sitt anbud har vesentlig mer med enn Bygg i Nord AS. Her er det bare å studere tilbudene/kostnadsoverslagene fra disse underentreprenørene."

(8) Innklagedes rådgiver gjennomførte deretter møter med Bygg i Nord AS og med klager. I tilleggsvurdering av tilbudene sendt til innklagede i etterkant av møtene, fremgår det:

"På bakgrunn av dette møtet har Bygg i Nord AS gitt et korrigert tilbud, fradrag på kr. 36.654 inkl. mva, slik at anbudssummen blir kr.4.255.746 inkl. mva. Byggets størrelse (alternativ 2) er nå redusert til 343 m2 BTA.

Til sammenligning er anbudet til Interiør & Bygg AS på kr. 3.955.600 inkl. mva. med en byggestørrelse på 355 m2 BTA. Firmaet har dermed vesentlig lavere pris og samtidig større barnehage enn Bygg i Nord AS."

(9) Innklagedes rådgiver anbefalte etter dette at det ble avholdt "avklarende møte" med klager, og la til: "Tranøy kommune vil tross alt kunne spare ca kr 300.000".

(10) Innklagede fant at plantegning for Interiør & Bygg AS ikke var tilfredsstillende med hensyn til funksjon og arealer til lek og opphold. Det ble anslått at kostnader for utarbeidelse av ny plantegning i samråd mellom klager og kommunen ville koste kr. 20-30.000,-, og klager aksepterte å dekke dette beløpet uten tillegg i prisen.

(11) Ordføreren foreslo for formannskapet å velge tilbudet fra Interiør & Bygg AS. Saken ble forelagt formannskapet uten innstilling. En av representantene, Kjell Skrede, gikk på sin side inn for å velge tilbudet fra Bygg i Nord AS, denne gang benevnt med tilbudssum på kr. 4.306.900,-. Ordførerens forslag ble vedtatt, men representanten Kjell Skrede fremmet mindretallsanke til kommunestyret.

(12) I samsvar med avtale, la klager frem den omarbeidede plantegningen for kommunen. Endringen besto i det vesentlige av romrokking. Endringene ble fremlagt kommunens representanter 16.6.2003.

(13) Saken kom opp i kommunestyret 17.6.2003, uten at endringene til klagers planløsning ble nevnt. Kommunestyret vedtok å velge tilbudet fra Nord i Bygg AS, alternativ 2.

(14) I brev 28.8.2004 til klager ble det opplyst:

"Bygg i Nord AS – alternativ II oppfylder samtlige kriterier gitt i anbudsinnbydelsen, og har den laveste pris av de som oppfylder samtlige kriterier. Anbudet antas derfor."

Interiør & Bygg AS antas ikke da de leverte inn en tegning som krevde betydelige justeringer for å tilfredsstillende krav til funksjonalitet. Ny tegning utarbeidet av Plankontoret etter anbudsåpning aksepteres ikke, jfr § 9-1 i "Forskrift for offentlige anskaffelser"... Det bemerkes her at "mindre justering" er brukt, og helt ny tegning faller utenfor dette. I motsetning til valgte anbud fra Bygg i Nord AS, der det kun er små justeringer som er gjort av funksjonelle grunner, kan ikke ny tegning fra Interiør & Bygg AS aksepteres. Plankontoret AS skriver den 5/5.03 i sin vurdering til Tranøy kommune at "løsningen til Interiør & Bygg AS må omarbeides betydelig". Uttalelsen fra Plankontoret AS underbygger vår beslutning.

Når så allikevel Interiør & Bygg AS fikk muligheten til å levere inn ny tegning/ gjøre betydelige omarbeidelser, har vi vurdert denne opp mot valgte anbud fra Bygg i Nord AS. I henhold til KOFA (Klagenemnda for offentlige anskaffelser) er det kun de momenter som er framsatt i anbudsgrunnlaget som skal tillegges vekt, i dette tilfellet gjelder det Pris, Miljø, Funksjonalitet og Firmaets renommé.

Miljø og funksjonalitet vurderes likt, pris er billigere hos Interiør & Bygg AS, men firmaet har betydelig svakere renommé enn Bygg i Nord AS. Dette bekreftes av Interiør & Byggs årsregnskap for 2002 og tilhørende revisorrapport.

Tranøy kommunestyre vurderer Bygg i Nord AS sitt renommé så sterkt at dette veier tyngre i vår avgjørelse enn at de har et høyere anbud enn Interiør & Bygg AS. Hvis vi hadde funnet ny tegning fra Interiør & Bygg AS mer fordelaktig enn valgte anbud fra Bygg i Nord AS ville vi ha måttet gjøre avklarende møter med de involverte parter og søkt juridisk bistand for å løse saken. Etter som Bygg i Nord AS sitt anbud er mest fordelaktig overfor begge alternativene til Interiør & Bygg AS er det etter vår mening gjort et korrekt valg av anbud."

(15) Under saksforberedelsene har klagenemndas sekretariat måttet spørre innklagede om konkrete forhold knyttet til evalueringen for å få opplyst saken tilstrekkelig. Som svar på anmodning om en nærmere forklaring på hvorfor klagers opprinnelige tegninger anses ikke å oppfylle kravspesifikasjonens krav til funksjonalitet, svarte innklagede at: "Rangering foretatt av Plankontoret på skala 1-4 hvor 4 er dårligst. Her falt Interiør & Bygg A/S sitt forslag dårlig ut på det som gikk på funksjonalitet". Videre forklarer innklagede at det er lagt vekt på årsberetning, regnskap og revisjonsberetning under evalueringen av kriteriet "renommé".

Klager anfører i det vesentlige:

(16) Det er ikke gitt meddelelse om valg av tilbud i samsvar med forskrift om offentlige anskaffelser § 17-3. Det er således ikke gitt begrunnelse for valg av tilbud.

(17) Innklagede har tatt usaklige og utenforliggende hensyn ved valg av tilbud.

(18) Innklagede har uriktig valgt den dyreste løsningen, samtidig som arealet er minst. Avviket i pris er på over en halv million kroner. Etter tildelingskriteriene var pris og planløsning de vesentligste faktorene.

(19) Planløsningen til klager ble laget etter kommunens anvisning. Innklagede kan da ikke i ettertid hevde at planløsningen fra klager ikke er i

samsvar med det innklagede ønsker.

(20) Bygg i Nord AS har fått adgang til å endre pris etter tilbudsåpning, i strid med forskriftens § 16-1.

Innklagede anfører i det vesentlige:

(21) Innklagede bestrider å ha brutt regelverket.

Klagenemndas vurdering

(22) Klager har deltatt i konkurransen, og har saklig klageinteresse, jf forskrift om offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Anskaffelsen er en bygge- og anleggskontrakt, og følger etter sin verdi reglene i forskriftens del III.

(23) Klagenemnda vil innledningsvis peke på at saken har vært vanskelig å oppklare, både som følge av uenighet internt i kommunen med hensyn til valg av tilbud, og fordi hele saksbehandlingen bærer preg av mangelfull kjennskap til regelverket for offentlige anskaffelser. Klagenemnda finner at det ikke er hensiktsmessig med en detaljert gjennomgang av saksforholdet.

(24) Innklagede har brutt anskaffelsesforskriften § 17-3 ved ikke å gi en begrunnelse for valget av tilbyder og ved ikke å sette frist for innsigelser til valget.

(25) Oppdragsgiver plikter å evaluere samtlige tildelingskriterier som er angitt i kunngjøringen og/eller konkurransegrunnlaget, og det er ikke tillatt å legge vekt på andre forhold enn det som naturlig faller inn under kriteriene. Det kan bare benyttes tildelingskriterier som representerer en økonomisk verdi for oppdragsgiver, og som har tilknytning til kontraktens gjenstand.

(26) Innklagede har valgt å angi "*renommé/dyktighet*" som tildelingskriterium. Dette har ikke noen økonomisk verdi for innklagede, og har ikke tilknytning til kontraktens gjenstand. Videre er den evaluering innklagede gjorde av kriteriet, ved å legge vekt på årsregnskap mv. vilkårlig. Klagenemnda er derfor av den oppfatning at innklagede har brutt forskriftens § 17-2 (2) ved å legge vekt på utenforliggende hensyn ved valg av tilbud. Samme forhold gjør seg gjeldende mht. kriteriet "*skatte-/mva-restanser*", selv om det er mer uklart hvorvidt innklagede faktisk har vektlagt dette kriteriet.

(27) Konkurransen er gjennomført som en anbudskonkurranse, hvor det er forbudt "å endre tilbudene eller forsøke å endre dem gjennom forhandling", jf forskriftens § 16-1 (1). Det er på det rene at innklagede, og dennes rådgiver, har forhandlet og endret tilbudene. Forskriftens § 16-1 er således brutt ved at innklagede har gjennomført forhandlinger i en anbudskonkurranse. Det faktum at innklagede hadde anledning til å velge konkurranse med forhandling kan ikke avhjelpe dette.

(28) Innklagede har antydnet at klagers tilbud ikke oppfylte funksjonskravene. I så fall antar klagenemnda at dette skulle medført avvisning av tilbud, hvilket ikke er skjedd.

(29) Klagenemnda mener det er begått vesentlige feil.

Konklusjon:

Innklagede har brutt anskaffelsesforskriften § 17-3.

Tranøy kommune har brutt forskrift om offentlige anskaffelser § 17-2 (2) ved bruken av "*renommé/dyktighet*" som kriterium for valg av tilbud.

Tranøy kommune har brutt forskrift om offentlige anskaffelser § 16-1 (1) ved å ha gjennomført forhandlinger med leverandørene i strid med forhandlingsforbudet i anbudskonkurranser.

For klagenemnda,

8.3.2004

Andreas Wahl



Forsiden
Nemndsmedlemmer
Saksbehandling
Regelverk
Innkomne saker
Statistikk
Årsrapporter
Dommer
Søk i avgjorte saker

Avgjorte saker:
[2003](#) [2004](#) [2005](#)

Besøksadresse
H. Heyerdalsgate 1
0033 Oslo

Postadresse
Postboks 8132 Dep
0033 Oslo

Tlf.: 22 33 70 10

Faks: 22 33 70 12

E-post:
postmottak@kofa.no

Avgjorte saker

Klagenemnda

for offentlige anskaffelser

Konkurransen gjaldt en anskaffelse som falt inn under forsyningsforskriftens anvendelsesområde, men som lå under terskelverdiene i denne. I konkurransegrunnlaget var det opplyst at reglene i forskrift om offentlige anskaffelser ville bli fulgt, og oppdragsgiver var da forpliktet til dette ut fra kravet til forutberegnelighet i lov om offentlige anskaffelser § 5. Den valgte leverandøren leverte ikke inn dokumentasjon på sine kvalifikasjoner. Klagenemnda kom til at dette ikke innebar en plikt til å avvise leverandøren. Det avgjørende er om det foretas en forsvarlig vurdering av om leverandøren oppfyller de materielle kvalifikasjonskravene, noe klagenemnda ikke fant grunn til å gå inn på i den foreliggende sak. Det var i konkurransegrunnlaget angitt flere kriterier for valg av tilbud. Likevel ble valget basert på pris alene. Dette var i strid med kravet til forutberegnelighet i lovens § 5.

Klagenemndas avgjørelse i sak 2003/176 den 8.3.2004

Klager: AS Oscar Sundquist

Innklaget: Nesseby kommune

Klagenemndas medlemmer: Kai Krüger, Siri Teigum, Andreas Wahl

Saken gjelder: Krav til leverandørenes kvalifikasjoner. Manglende dokumentasjon på kvalifikasjoner. Evaluering av samtlige kriterier for valg

av tilbud.

Bakgrunn

(1) Nesseby kommune (heretter kalt "innklagede") kunngjorde lokalt høsten 2001 en begrenset anbudskonkurranse for utbygging av Nye Karlebotn vannverk. Arbeidet gjaldt diverse bygge- og anleggsarbeid, herunder legging av ledninger. Anskaffelsen ble ikke kunngjort i Norsk lysingsblad. I den lokale kunngjøringen fremgikk det at:

"Arbeidene har forventet oppstart i mai 2002."

(2) Det var utarbeidet et eget konkurransegrunnlag, der det ble opplyst at:

"Som generelle konkurranseregler gjelder Forskrift om offentlige anskaffelser vedtatt 15. juni 2003."

(3) Det ble videre lagt til grunn at:

"Arbeidet skal utføres av entreprenøren og dennes ansatte i tjenesteforhold, eventuelt ved underentreprise."

Avtaler om underentrepriser med enmannsforetak eller anvendelse av innleid arbeidskraft må være oppgitt og begrunnet og godkjent skriftlig av byggherren. Det forutsettes at den innleide arbeidskraft er lovlig. Slik godkjenning endrer ikke entreprenørens forpliktelser ovenfor byggherren."

Byggherrens nektelse av å godkjenne entreprenørens valg av underentreprenører etter denne bestemmelse gir ikke entreprenøren rett til godtgjørelse for de merkostnader dette måtte påføre ham..."

(4) Det fremgikk forøvrig av konkurransegrunnlaget at det ble stilt krav om godkjenning innen ulike fagkoder. Om prekvalifisering og dokumentasjon ble det opplyst at "Ufullstendige anbud... vil bli avvist".

(5) For valg av tilbud, ble det lagt til grunn at:

"Ved vurdering av de innkomne tilbud vil det bli tatt hensyn til pris, kvalitet, forbehold, leveringstid, dokumenterte referanser fra tilsvarende anlegg m.v."

Det vil bli lagt vekt på om anbyderen har det nødvendige faglige, tekniske, økonomiske og administrative grunnlag som er nødvendig for oppfyllelse av kontrakten.

...

Byggherren forbeholder seg retten til å godta hvilket som helst av de innkomne

anbud helt eller delvis, eller forkaste samtlige.”

(6) Det ble gjennomført en befaringsrapport, og i møtereferatet fremgår det at:

”Aktuelle entreprenørfirma skal for å få tilsendt anbudsdokumentene i entreprise 1, Graveentreprisen, innen utgangen av januar 2002 oversende følgende dokumentasjon.

Kort firmapresentasjon

Sentralgodkjenning, eventuelt dokumentasjon på at lokal godkjenning vil bli gitt, i følgende tiltaksklasser.

...

Dersom entreprenøren benytter seg av underentreprenører gjelder samme krav til dokumentasjon for disse også. Dette skal eventuelt vedlegges”.

(7) Den 12.6.2002 sendte innklagedes rådgiver, Statkraft Grøner, ut konkurransegrunnlaget til AS Oscar Sundquist (heretter kalt klager). I brevet ble tilbudsfrist angitt til 9.7.2002, samtidig som det ble opplyst at: ”Entreprenører som mottar dette anbudet er å regne som prekvalifisert”. Samtidig ble det imidlertid opplyst at ”Det vil bli stilt krav om godkjenning tilsvarende følgende fagkoder:”, og ”Nødvendig dokumentasjon for aktuelle underentreprenører skal vedlegges”.

(8) Innklagede mottok tre tilbud. Laveste tilbyder var Alf Mietinen AS med kr. 11.678.208 eks. mva., og nest laveste var klager med kr. 13.178.599,- eks. mva. Begge beløp etter kontrollregning.

(9) Innklagedes rådgiver gjennomførte evaluering av leverandørene. I vurdering av tilbudene, datert 10.7.2002 fremgår det at Alf Mietinen AS ikke hadde ”levert dokumentasjon på utførelseskode for bygningsmessige arbeider, verken sentral eller lokal godkjenning. Videre er det ikke oppgitt hvilket firma som skal utføre denne delen av arbeidene”. Det fremgikk også at:

”Vi har liten kjennskap til entreprenørene, og kan således kun vurdere anbudene ut fra en ren priskonkurranse.

Anbefaling

Med bakgrunn i pris vil vi anbefale at det innledes kontraktsforhandlinger med Alf Mietinen AS som er den billigste entreprenøren....”

(10) Den 15.7.2002 innstilte kommunens administrasjon på valg av Alf Mietinen AS. Samtidig ble det vist til evalueringen av tilbudene fra Statkraft Grøner, som fulgte vedlagt. Det ble videre opplyst at dennes evaluering var ”lagt til grunn for administrasjonens innstilling”. Anbudsåpningen var lukket, og det var så langt klagenemnda har bragt på det rene ingen av leverandørene som på dette tidspunktet var kjent med evalueringen eller innholdet i hverandres tilbud.

(11) Kommunestyret anså imidlertid prosjektet som for dyrt, og besluttet i stedet å utrede alternative løsninger. Vinteren 2003 konkluderte kommunen med at den opprinnelige løsningen likevel var den beste, og besluttet å kontakte de tre leverandørene som tidligere hadde levert inn tilbud. I brev 17.3.2003 ble klager således orientert om at:

"Kommunen vil i nær framtid kontakte anbyderne som ble antatt for utbyggingen av Nye Karlebotn vannverk, for å høre om de fremdeles vedstår sitt anbud. Hvis alle vedstår sitt anbud vil utbyggingen starte så raskt som mulig. Hvis anbyderne ikke vedstår sitt anbud, vil kommunen sette i gang en ny anbudsrunde".

(12) Samtlige tre leverandører opplyste om at de vedsto sitt tilbud. Innklagede valgte tilbudet fra laveste tilbyder, og i begrunnelse for valg av tilbud, gitt 16.7.2003, fremgikk det at:

"Valg er gjort i form av pris konkurranse, hvor Alf Mietinen hadde laveste pristilbudet. Jeg viser til forskrift om offentlige anskaffelser §10-2 (1) som sier: Tildelingen kan skje enten på basis av hvilket tilbud som er det økonomisk mest fordelaktige, eller utelukkende ut fra hvilket tilbud som har den laveste prisen".

Klager har i det vesentlige anført:

(13) Innklagede har brutt regelverket ved ikke å avvise Alf Mietinen AS. Bakgrunnen er at leverandøren ikke hadde dokumentert å ha godkjenning for de tiltaksklasser som det var stilt krav om i konkurransegrunnlaget. Ved at dokumentasjonen for de nødvendige fagkoder ikke var innlevert verken for foretaket selv eller for underentreprenører, oppfylte ikke firmaet de krav oppdragsgiveren hadde satt.

(14) Subsidiært anføres at det var angitt flere kriterier for valg av tilbud, og at det derfor var i strid med regelverket å velge tilbud utelukkende på grunnlag av pris.

Innklagede har i det vesentlige anført:

(15) Klager kan ikke kreve at noen av tilbudene avvises. I konkurransegrunnlaget fremgikk det at innklagede forbeholdt seg retten til å kunne avvise hvilket som helst av de innkomne tilbud, helt eller delvis.

Klagenemndas vurdering:

(16) Klager har deltatt i konkurransen og har saklig klageinteresse, jf forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig.

Hvilket regelverk som kommer til anvendelse

(17) Anskaffelsen gjelder utbygging av et vannverk, og har derfor tilknytning til vannforsyning. Konkurransen omfattes dermed av reglene i forskrift om innkjøpsregler for oppdragsgivere innen vann- og energiforsyning, transport og telekommunikasjon (forsyningssektoren), jf forskriftens § 4 første ledd, bokstav a).

(18) Videre gjelder anskaffelsen bygge- og anleggsarbeider som ikke overstiger den nødvendige terskelverdien i forskriftens § 12 første ledd, bokstav c). Dette betyr at oppdragsgiver i

utgangspunktet verken behøvde å følge forsyningsforskriften eller forskrift om offentlige anskaffelser. Anskaffelsen omfattes dermed bare av reglene i lov om offentlige anskaffelser, herunder kravet til forutberegnelighet i § 5.

(19) I konkurransegrunnlaget fremgikk det imidlertid at uttrykkelig at reglene i forskrift om offentlige anskaffelser ble lagt til grunn for konkurransen, og innklagede plikter da å følge disse reglene ut fra kravet til forutberegnelighet i lovens § 5. Det er som følge av anskaffelsens verdi reglene i forskriftens del III som kommer til anvendelse.

Dokumentasjon vedrørende underleverandørenes kvalifikasjoner

(20) Utgangspunktet er at oppdragsgiver skal avvise leverandører som ikke oppfyller de materielle krav som er satt til leverandørenes deltakelse i konkurransen, jf forskriftens § 15-12 (1) bokstav a). De materielle krav var i den foreliggende anskaffelsen at leverandørene måtte ha slike tekniske kvalifikasjoner "at lokal godkjenning vil bli gitt" i nærmere angitte tiltaksklasser.

(21) Det er ikke anført at den valgte leverandøren manglet de materielle krav til kvalifikasjoner, kun at dokumentasjon på kvalifikasjonene manglet. At en leverandør har unnlatt å gi opplysninger eller dokumentasjon på at kvalifikasjonskravene er oppfylt, gir adgang til avvisning ("kan"), men ingen plikt, jf § 15-12 (2) bokstav g) og klagenemndas avgjørelse i sak 2003/57. Oppdragsgiver plikter imidlertid i så fall å foreta en saklig og forsvarlig vurdering av om leverandøren har den nødvendige kompetansen, jf klagenemndas avgjørelser i sak 2003/57 og 2003/218.

(22) I dette tilfellet hadde innklagede imidlertid i sitt eget konkurransegrunnlag uttrykkelig bestemt at dokumentasjon for underentreprenørene skulle vedlegges tilbudet og i samme forbindelse presisert at ufullstendig tilbud ville bli avvist. Klagenemnda mener at det er uheldig når det skapes tvil omkring avvisningsspørsmålet, siden en formulering som den gjengitte ikke harmonerer godt med "kan"-regelen i den forskrift innklagede ellers har vist til som anvendelig for anskaffelsen (se om spørsmålet også klagenemndas sak 2003/60).

(23) Konkurransegrunnlaget kan som følge av dette forstås dit hen at innklagede faktisk forplikter seg til å avvise tilbud som ikke har vedlagt nødvendig dokumentasjon fra underentreprenørene. Det er på det rene at praksis i tilknytning til den gamle NS 3400 om slike spørsmål var streng: manglende dokumentasjon ved anbudsfristens utløp medførte avvisning (standardens pkt 12.3. og 12.4.). Etter gjeldende forskrift medfører manglende dokumentasjon som utgangspunkt bare en risiko for at anskaffelsesmyndigheten vil velge å avise tilbudet med hjemmel i § 15-12 (2) bokstav g).

(24) Den siterte formulering er uheldig fordi den kan forstås ulikt

og dermed slå ut vilkårlig når tilbyderne skal forholde seg til det som fastsettes om den omspurte formelle dokumentasjon.

(25) Klagenemnda antar imidlertid at det ut fra det opplyste i denne anskaffelsen ikke har vært meningen å fravike forskriftens "kan"-regel, jf sak 2003/60, slik at det ikke kan utledes noen absolutt plikt til avvisning av det valgte tilbudet.

Tildelingskriterier

(26) I konkurransegrunnlaget ble det vist til at forskrift om offentlige anskaffelser skulle legges til grunn for konkurransen. Angivelsen av tildelingskriteriene er imidlertid ikke helt i overensstemmelse med forskriftens § 17-2.

(27) Riktignok ble det opplyst at det ville bli lagt vekt på "pris, kvalitet, forbehold, leveringstid og dokumenterbare referanser fra tilsvarende anlegg". Det ble imidlertid samtidig gitt uttrykk for at angivelsen ikke var uttømmende, jf at angivelsen ble etterfulgt av "mv.". En slik usikkerhet om hvilke kriterier som vil bli lagt til grunn er lite forenlig med regelverket for offentlige anskaffelser.

(28) Videre er det i beskrivelsen av tildelingskriteriene trukket inn kvalifikasjonskrav, samtidig som det er vist til NS 3400 pkt. 13.1 som ikke lenger er relevant for offentlige anskaffelser (om at byggherren forbeholder seg retten til å godta hvilket som helst av de innkomne anbud, helt eller delvis, eller forkaste samtlige).

Innklagedes evaluering av tilbudene

(29) Oppdragsgiver plikter ut fra kravet til forutberegnelighet i lovens § 5 å evaluere og vektlegge alle tildelingskriteriene som angis i konkurransegrunnlaget. I den foreliggende sak innebærer dette at innklagede pliktet å foreta en forsvarlig evaluering av tilbudene ut fra kriteriene: "pris, kvalitet, forbehold, leveringstid og dokumenterbare referanser fra tilsvarende anlegg".

(30) I meddelelse om valg av tilbud datert 16.7.2003 kan det se ut til at man har forlatt de angitte kriteriene, til fordel for en ren priskonkurranse. Det sies således direkte at valget "er gjort i form av pris konkurranse", med henvisning til forskriftens § 10-2 (1). Begrunnelsen gir således grunnlag for en antagelse om at evalueringen ikke har vært i samsvar med konkurransegrunnlaget, siden den ikke kan forstås på annen måte enn at kvalitet, leveringstid og referanser ikke er vurdert.

(31) De dokumenter som er fremlagt under klagesaken støtter denne antagelsen. I Statkraft Grønners innstilling, datert 10.7.2002, fremgår det at rådgiveren kan "kun vurdere anbudene ut fra en ren priskonkurranse". Det er således på det rene at verken kvalitet, leveringstid eller referanser er vurdert av innklagedes rådgiver.

(32) I administrasjonens innstilling om valg av tilbud fremkommer det ikke noe som tilsier at disse kriteriene er vurdert i ettertid av kommunen selv. Tvert om fremgår det at "Statkraft Grønners vurdering blir lagt til grunn for administrasjonens forslag".

(33) Innklagede har for øvrig heller ikke bestridt klagers anførsel om at ikke alle kriterier for valg av tilbud er vurdert, og har ikke under klageprosessen fremlagt dokumentasjon som godtgjør at kvalitet, leveringstid eller referanser

likevel har blitt vurdert ved valg av tilbud.

(34) Klagenemnda må etter dette legge til grunn at begrunnelsen for valg av tilbud som ble gitt i meddelelsen til klager 16.7.2003 gir et korrekt bilde av den evalueringen som faktisk fant sted. Den formelle begrunnelsen er dermed for så vidt i samsvar med kravene til etterprøvnbarhet i lovens § 5, siden den gjenspeiler den faktiske evalueringen.

(35) Selve evalueringen er imidlertid mangelfull, siden ikke alle tildelingskriteriene angitt i konkurransegrunnlaget ble vurdert. Dette var de forutsetninger leverandørene baserte seg på da de utarbeidet sine tilbud, og innklagede har derfor opptrådt i strid med kravet til forutberegnelighet i lovens § 5.

Konklusjon

Nesseby kommune har ved anskaffelse av bygge- og anleggsarbeider for utbygging av nye Karlebotn vannverk brutt kravene til likebehandling og forutberegnelighet i lov om offentlige anskaffelser § 5, ved å opplyse om at formelle feil ved tilbudene ville føre til avvisning uten å avklare forholdet til forskriftens § 15-2 (2) bokstav g), som inngikk i det regelverk innklagede for øvrig hadde henvist til i konkurransegrunnlaget.

Nesseby kommune har ved anskaffelsen brutt kravet til forutberegnelighet i lov om offentlige anskaffelser § 5, ved ikke å evaluere samtlige av tildelingskriteriene som ble angitt i konkurransegrunnlaget.

For klagenemnda, 10. mars 2004.

Kai Krüger



Forsiden
Nemndsmedlemmer
Saksbehandling
Regelverk
Innkomne saker
Statistikk
Årsrapporter
Dommer
Søk i avgjorte saker

Avgjorte saker:
[2003](#) [2004](#) [2005](#)

Besøksadresse
H. Heyerdalsgate 1
0033 Oslo

Postadresse
Postboks 8132 Dep
0033 Oslo

Tlf.: 22 33 70 10

Faks: 22 33 70 12

E-post:

postmottak@kofa.no

Avgjorte saker

Innklagede tok hensyn til at sponsormidler som ble gitt fra tredjepart til innklagede ved valg av en bestemt leverandør gjorde det mest lønnsomt å velge denne leverandøren. Det fulgte ikke av anbudsdokumentene sponsormidler ville være relevant ved evalueringen. Klagenemnda fant at det var i strid med lov om offentlige anskaffelser § 5 om forutberegnlighet å ta hensyn til sponsormidlene i evalueringen.

Klagenemndas avgjørelse 08.03.2004 i sak 2003/273

Klager: Bingen AS

Innklaget: Hobøl kommune

Klagenemndas medlemmer: Kai Krüger, Siri Teigum og Andreas Wahl

Saken gjelder: Tildelingskriterier.

Sakens bakgrunn:

(1) Østfold fotballkrets innkalte til møte 29.01.2002 med Gjensidige NOR, Scansis AS og Hobøl kommune (heretter "innklagede") i anledning av at Østfold fotballkrets hadde fremforhandlet en sponsoravtale for bygging av nærmiljøanlegg, der sponsormidlene i sin helhet skulle gå til utbyggerne. Tilbudet om sponsormidler gjaldt ett nærmiljøanlegg i hver kommune ved bygging av nærmiljøanlegg fra Scansis AS. Innklagede prioriterte å søke om

sponsormidler til nærmiljøanlegg til Knapstad skole.

(2) Innklagede ble underveis i prosessen informert om at anskaffelsen måtte gjennomføres etter regelverket for offentlige anskaffelser, og publiserte 08.05.2003 en åpen anbudskonkurranse for leveranse av nærmiljøanlegg.

(3) I kunngjøringen var tildelingskriteriene oppgitt til å være:

”

Leverings- eller ferdigstillingskostnad

Service og teknisk bistand etter levering

Estetisk og funksjonell verdi

Pris”

(4) Konkurranses grunnlag ble ikke utferdiget.

(5) Tre leverandører leverte inn tilbud innen fristen 19.05.2003, herunder Bingen AS (heretter ”klager”) og Scansis AS.

(6) I Scansis AS’ tilbud sto bla:

”Øvrige betingelser: I samarbeid med Gjensidige NOR og Østfold fotballkrets er det inngått en samarbeidsavtale vedrørende nærmiljøanlegget ”Scansis løkka”. Avtalen innbefatter at det gis en prosjektrabatt på kr 19.800,- -til ett anlegg per kommune. Omfattes dette anlegget av nevnte prosjektavtale kan således ovenstående rabatt trekkes ut av totalbeløpet.”

(7) I referat fra møte i byggekomiteen for ball-løkke datert 11.06.2003 sto det bl a:

”Valg av anbud

På bakgrunn av oppsett over anbudene, jfr. Referat fra møte 10.06.03, ble anbudet fra Scansis vurdert som det billigste. I tillegg er det en fordel med korte avstander til leverandør, med bistand underveis, samt med den gode skriftlige veiledning som er laget til dugnadsgjengen.

Vedtak: Scansis AS.”

(8) Scansis AS’ tilbud ble valgt. I brev om valg av leverandør sto det bl a:

”Anbudet fra Bingen AS var i utgangspunktet billigst, men på bakgrunn av tilskudd fra Gjensidige NOR, som har avtale med Scansis og fotballkretsen, ble sluttpakken for oss mest lønnsom med Scansis-løkka....”

(9) Den 26.08.2003 ble det inngått kontrakt mellom Gjensidige NOR (og Østfold fotballkrets) og innklagede om tildeling av sponsormidler.

Klagers anførsler:

(10) Det fremgår ikke av anbudsdokumentene at sponsormidler som blir utdelt oppdragsgiver vil bli tatt i betraktning ved evaluering av tilbudene.

(11) Det er uansett ikke tillatt å ta inn slike forhold i anbudsdocumentene. Det er viktig å få fastslått at slike sponsormidler som kommer inn "fra sidelinjen" etter anbudsåpning ikke skal kunne ha betydning for tildelingen, ettersom det er flere fotballkretser som har inngått liknende avtaler i andre fylker, og tilsvarende situasjoner vil også oppstå i mange nye prosjekter over hele landet.

Innklagedes anførsler:

(12) Innklagede anfører å ha valgt det økonomisk mest fordelaktige tilbudet.

-

Klagenemndas vurdering:

(13) Klager har deltatt i anbudskonkurransen, og har saklig klageinteresse, jf. forskrift om klagenemnd om offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig.

(14) Lov om offentlige anskaffelser § 5 tredje ledd lyder:

"Oppdragsgiver skal sikre at hensynet til forutberegnlighet, gjennomsiktighet og etterprøvnbarhet ivaretas gjennom anskaffelsesprosessen."

(15) I følge forskrift om offentlige anskaffelser § 17-2 (2) skal alle tildelingskriteriene som vil bli lagt til grunn oppgis enten i konkurransegrunnlaget eller i kunngjøringen. Tildelingskriteriene skal være formulert slik at det er mulig for alle rimelige opplyste og normalt påpasselige leverandører å tolke tildelingskriteriene på samme måte, jf EF-domstolens dom C-19/00 (SIAC Construction) og KOFA 2003/74.

(16) Med angivelse av kriteriet "pris" er det naturlig å forstå dette som det beløp oppdragsgiver skal betale direkte til leverandøren. Subsidiene i den foreliggende sak gikk direkte til oppdragsgiver, og påvirket således ikke den prisen leverandøren ga i sitt tilbud. Leverandøren viste riktignok til en potensiell reduksjon i oppdragsgivers sluttkostnad, men kunne ikke selv bestemme om subsidier ville bli gitt i forbindelse med dette konkrete tilbudet eller ei. Etter klagenemndas mening, vil subsidier, slik det her var lagt opp til, falle utenfor en naturlig forståelse av begrepet "pris".

(17) Det neste spørsmålet er om subsidiene naturlig faller inn under kriteriet "leverings- eller ferdigstillingskostnad". Det utdypes ikke noen steder i anbudsdocumentene hva som menes med dette kriteriet.

(18) Språklig vil subsidier til oppdragsgiver gitt av tredjepart kanskje kunne falle inn under uttrykket ferdigstillingskostnad, idet disse vil påvirke den endelige ferdigstillingskostnaden for oppdragsgiver. Dersom oppdragsgiver hadde tatt inn en forklarende presisering i et konkurransegrunnlag, ville leverandørene blitt forberedt på at oppdragsgiver ville ta slike hensyn ved evalueringen av kriteriet "leverings- eller ferdigstillingskostnad". Dette ble imidlertid ikke gjort.

(19) Slik innklagede har utformet anbudsdocumentene, fremstår kriteriet som svært generelt og uklart med hensyn til hva som er ment å vektlegges. Det kan ikke antas at alle rimelige opplyste og normalt påpasselige leverandører nødvendigvis vil tolke formuleringen på samme måte, slik at de forstår at oppdragsgiver vil ta hensyn til subsidier fra tredjepart. Det er derfor et brudd på kravet til forutberegnlighet i lovens § 5 når innklagede ved evalueringen av tilbudene tar hensyn til subsidier fra tredjepart som gis til direkte til oppdragsgiver, uten at dette fremgikk som et tildelingskriterium.

(20) Klagenemnda finner etter dette ikke grunn til å ta stilling til hvorvidt det ville vært et lovlig tildelingskriterium å ta hensyn til slike sponsormidler.

Konklusjon:

(21) Hobøl kommune har brutt lov om offentlige anskaffelser § 5 tredje ledds krav til forutberegnlighet ved å ta hensyn til subsidier som gis til direkte til oppdragsgiver, uten at dette fremgikk som et tildelingskriterium.

For klagenemnda, Oslo 08. mars 2004

Siri Teigum



Forsiden
Nemndsmedlemmer
Saksbehandling
Regelverk
Innkomne saker
Statistikk
Årsrapporter
Dommer
Søk i avgjorte saker

Avgjorte saker:

[2003](#) [2004](#) [2005](#)

Besøksadresse

H. Heyerdalsgate 1
0033 Oslo

Postadresse

Postboks 8132 Dep
0033 Oslo

Tlf.: 22 33 70 10

Faks: 22 33 70 12

E-post:

postmottak@kofa.no

Avgjorte saker

I en konkurranse om levering av arkitekttjenester valgte oppdragsgiver å legge negativ vekt på pristilbud som var lavere enn en timepris på kr. 350,-. Det var verken i kunngjøringen eller i konkurransegrunnlaget opplyst at et slikt prinsipp ville bli lagt til grunn under evalueringen. Klagenemnda fant at evalueringen av kriteriet pris med dette var i strid med kravet til forutberegnelighet i lov om offentlige anskaffelser § 5.

Klagenemndas avgjørelse 23.2.2004 i sak 2003/161

Klager: AT Consult AS

Innklaget: Målselv kommune

Klagenemndas medlemmer: Jens Bugge, Inger Marie Dons Jensen, Inger Roll-Matthiesen

Saken gjelder: Evaluering av kriteriet pris. Forutberegnelighet.

Bakgrunn

1. Målselv kommune kunngjorde 31.10.2002 en åpen anbudskonkurranse for komplett utarbeidelse av forprosjekt for skolene Fagerlidal og Olsborg, oppdelt i to byggetrinn.

2. I konkurransegrunnlaget ble det opplyst at det ville bli lagt vekt på, i ikke-prioritert rekkefølge: pris, kvalitet, tidligere arbeider, leveringstid og forbehold. I senere utsendt supplement ble konkurransegrunnlaget utvidet til også å gjelde utarbeidelse av detaljprosjekt for renovering og nybygg ved begge skolene, fordelt på to byggetrinn. Det fremgikk at det skulle gis priser spesifisert for de enkelte fagområder, og med to alternative priser pr. byggetrinn. Alternativene refererte seg til om det ble valgt totalentreprise eller byggherrestyrt sideentreprise.

3. Innklagede mottok 22 tilbud, herunder fra AT Consult AS (heretter kalt "klager"). Klager tilbød priser på kr. 613.800,- for forprosjekt, kr. 1.171.800,- for 1. byggetrinn og kr. 1.171.800 for 2. byggetrinn. Tilbudt leveringstid var 80 kalenderdager.

4. Innklagede valgte imidlertid å inngå kontrakt med Contur AS. Dette selskapet

leverte et tilbud på kr. 1.331.760,- for forprosjekt, kr. 4.135.400,- for 1. byggetrinn og kr. 3.131.000,- for 2. byggetrinn. Tilbudt leveringstid var 175 kalenderdager.

5. I evalueringen av tilbudene fremgår det at:

Nr.	Tilbyder		Fase 1	Fase 2	Fase 3	Beskrivelse pris	
16	Contur as Tromsø	Pris	Høyt 2.bt	Høyt 2.bt	Høyt 2.bt	Forprosjekt	1 3760
		Kvalitet	God	God	God	1.bt, opsjon	4 1400
		Tidl. arbeider	God	God	God	Sum	5 4160
		Leveringstid	Lang	Lang	Lang	2.bt, opsjon	3 1000
		Forbehold	OK	OK	OK	Sum	8 5160
17	AT CONSULT AS	Pris	Under NPA				
		Kvalitet	OK				
		Tidl. arbeider	OK				
		Leveringstid	Kort				
		Forbehold	OK				

...

Tilbudet til Contur as er vurdert som det mest fordelaktige innsendte tilbud på bakgrunn av kriteriene: Pris, Kvalitet, Tidligere Arbeider, Leveringstid og Forbehold. Innenfor disse kriteriene er det lagt vekt på følgende :

Pris

- Pris på arkitektarbeid sett i forhold til forventet timeforbruk med utgangspunkt i NPA`s kontraheringsveileder samlet og enkeltvis (forprosjekt, 1- og 2 byggetrinn)

- Pris samlet i forhold til hele prosjekteringsgruppen

Kvalitet

- Presentasjon av prosjektet

- Referanser
- Firmaorganisering
- Erfaring
- Deltagelse i arkitektkonkurranser
- Etterutdanning
- Sammensetning av arkitektgruppe

Tidligere arbeider

- Generelt
- Skoler 1995-2000
- Skoler etter 2000

Leveringstid

- Sett i forhold til forventet tid på 130 kalenderdager

Forbehold

- Vurdering av konsekvenser ved forbehold

Sluttevalueringen gjennomgikk tre faser der fire tilbud kom fram til siste fase. I siste fase ble de enkelte prisene vurdert enkeltvis og samlet og vurdert opp mot de andre kriteriene. Selve kjøpet av tjenester omfatter forprosjekt for begge skolene. Opsjonsprisen for første byggetrinn ligger nærmere i tid enn opsjonspris for andre byggetrinn. Totalprisen på tjenesten er også vurdert. Det vises til evalueringsskjema ovenfor.

Klagers anførsler:

6. Det er svært stor prisforskjell mellom klagers tilbud og det valgte tilbudet. Klager er ikke avvist fra konkurransen og oppfyller kvalifikasjonskravene. Det er ikke gitt opplysninger om at tilbudet skulle inneholde noen vesentlige feil eller mangler. Innklagede har ikke dokumentert eller sannsynliggjort at det valgte tilbudet vil gi oppdragsgiver den økonomisk mest gunstige løsningen.

7. Vilkårene for erstatning er til stede.

Innklagedes anførsler:

8. Med pris menes mer enn at prisen skal være lavest mulig. Pris sammen med

oppgitt timepris indikerer hvor mange timer som er lagt ned i prosessen, eller lest motsatt, hvor mye timeprisen blir på arbeid under fast pris. NPAs kontraheringsveileder er brukt for å rangere kriteriet pris mellom de enkelte tilbudene. En timepris under NPAs 350 kroners grense slår ikke positivt ut på kriteriet pris. Begrepet økonomisk mest fordelaktig må sees i et lengre perspektiv enn selve utbetalingen ved innkjøp av tjenesten.

9. De fire leverandørene som kom lengst i evalueringen, er tilnærmet like på kriteriene "Kvalitet" og "Tidligere arbeider". I forhold til kriteriene "Leveringstid" og "Forbehold" er de fire leverandørene og klager tilnærmet like. På kriteriet "Pris" ligger klager langt under anbefalingen fra NPA både på forprosjekt og opsjonspriser. For en av de fire som nådde lengst i evalueringen, ligger første byggetrinn under anbefalingen fra NPA.

Klagenemndas vurdering:

10. Klager har deltatt i konkurransen og har saklig klageinteresse, jf forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Klagenemnda legger til grunn at anskaffelsen ut fra sin verdi omfattes av reglene i forskriftens del II.

11. Det rettslige utgangspunktet er at oppdragsgiver skal foreta en saklig og forsvarlig evaluering av de tildelingskriterier som er angitt i kunngjøringen og konkurransegrunnlaget. Videre skal de prinsipper som legges til grunn for evalueringen av det enkelte kriterium, være forutberegnelige for leverandørene, jf lov om offentlige anskaffelser § 5.

12. Klagers tilbud var samlet på kr. 2.957.400,- eks. mva., mens det valgte tilbudet var på kr. 8.598.160,- eks. mva. Klager var bedre enn det valgte tilbudet på leveringstid, mens klagers tilbud på kriteriene kvalitet og tidligere arbeid ble vurdert som "OK", og det valgte tilbudet som "God". Innklagede har valgt å legge negativ vekt på tilbud som ga lavere pris enn anbefalt i NPAs kontraheringsveileder. Dette bryter med det system regelverket legger opp til, hvor unormalt lave tilbud eventuelt skal avvises av oppdragsgiver, jf forskriftens § 8-11. En avvisning forutsetter at oppdragsgiver skriftlig forlanger relevante opplysninger om de enkelte delene av tilbudet, og etterprøver disse på grunnlag av de forklaringer som er gitt.

13. Prinsippet som ble lagt til grunn i evalueringen, at lav pris ville bli ansett for negativt, var ikke opplyst på forhånd, verken i kunngjøringen eller i konkurransegrunnlaget. Evalueringen måtte på denne bakgrunn fremstå som så uventet for leverandørene at det strider mot kravet til forutberegnelighet i lovens § 5.

14. Klagenemnda har ikke grunnlag for å vurdere erstatningsspørsmålet.

Konklusjon:

Målselv kommune har brutt kravet til forutberegnelighet i lov om offentlige anskaffelser § 5 ved å legge negativ vekt på at tilbudt pris var lavere enn anbefalt i NPAs kontraheringsveileder, uten at dette fremgikk av kunngjøringen eller konkurransegrunnlaget.

For klagenemnda den 23.2.2004

Inger-Marie Dons Jensen



Forsiden
Nemndsmedlemmer
Saksbehandling
Regelverk
Innkommne saker
Statistikk
Årsrapporter
Dommer
Søk i avgjorte saker

Avgjorte saker:

[2003](#) [2004](#) [2005](#)

Besøksadresse

H. Heyerdalsgate 1
0033 Oslo

Postadresse

Postboks 8132 Dep
0033 Oslo

Tlf.: 22 33 70 10

Faks: 22 33 70 12

E-post:

postmottak@kofa.no

Avgjorte saker

Innklagede gjennomførte en konkurranse med forhandling om forsikringsmeglertjenester i henhold til forskrift om offentlige anskaffelser del III. Oppdragsgiver bestod av en rekke kommuner. Klagenemnda kom til at det forelå en samlet anskaffelse, slik at forskriftens del II regulerte anskaffelsen. Etter klagenemndas vurdering brøt innklagede forskriftens § 4-2 bokstav c) ved å gjennomføre konkurranse med forhandling, da innklagede ikke kunne godtgjøre at vilkårene for dette var tilstede.

Klagenemndas avgjørelse 23.02.2004 i sak 2003/184

Klager: Factor Insurance Brokers Bergen AS

Innklaget: Kommunene Odda, Ullensvang, Ulvik, Granvin, Vaksdal, Modalen, Osterøy

Klagenemndas medlemmer:

Jens Bugge, Inger Marie Dons Jensen og Inger Roll-Matthiesen.

Saken gjelder:

Terskelverdier. Vilkår for konkurranse med forhandling.

Sakens bakgrunn:

(1) Griff AS kunngjorde 08.05.2003 en konkurranse med forhandling for anskaffelse av forsikringsmeglertjenester (skade- og personforsikring). Konkurransen ble kunngjort i henhold til forskrift fastsatt ved kgl. res. 15 juni 2001 om offentlige anskaffelser del III. Det fremgikk av kunngjøringen at anskaffelsen skjedde på vegne av kommunene Granvin, Modalen, Odda, Osterøy, Ulvik, Ullensvang og Vaksdal (heretter kalt innklagede).

(2) I kunngjøringen ble kontraktens gjenstand beskrevet slik:

”Oppdraget skal dekke behovet for forsikringsmeglertjenester (skade- og personforsikring). Hver kommune vil stå fritt til å beslutte valg av forsikringsmegler individuelt. Kommunene kjører en koordinert innkjøpsprosess og er åpen for også å koordinere tjenesteleveransene med andre aktuelle kommuner i Hordaland. Det skal i tilbudet gis opsjon for andre aktuelle kommuner i nærområdet til å delta i felles forhandling av forsikringsmegleravtale. Forsikringsmeglertjenestene skal utføres slik at oppdragsgivers løpende forsikringsavtaler for forfall f.o.m. 01.01.04 vurderes og fornyes, eventuelt anbudsutsettes, avhengig av kontraktsforhold og markedsvurderinger. Etablering/videreføring av poliseadministrasjonssystemer, opplæring og risikokartlegging vil være en integrert del av forsikringsmeglertjenestene. Oppdragsgiverne ønsker å inngå avtale med

forsikringsmegler med en varighet på til sammen fire år – bindende for ett år av gangen. Tjenestene skal prises særskilt – eventuelle provisjoner som utbetales for forsikringsmegler skal gå til fratrukk i kostnadene. Provisjoner som overstiger spesifiserte kostnader skal utbetales oppdragsgiver.”

(3) I konkurransegrunnlaget var det forutsatt at anskaffelsen skulle foretas gjennom en rammeavtale:

”Det bes opplyst om tilbyder aksepterer at andre kommuner i nærområdet kan tre inn i forhandlingene eventuelt tiltre rammeavtale.”

(4) Tjenestens ulike elementer, herunder hvilke krav som den tilbudte yttelse skulle oppfylle, var nærmere beskrevet i konkurransegrunnlagets punkt 5 ”Spesifikasjon av tilbud”.

(5) Konkurransegrunnlaget inneholdt også en angivelse av ønsket prisstruktur med angivelse av en prismatrise.

(6) I alt fire leverandører deltok i konkurransen, herunder Willis AS og Factor Insurance Brokers Bergen AS (heretter kalt klager). Det ble kun gjennomført forhandlinger med klager og Willis AS. De innklagede kommuner (fordelt på to grupper og to enkeltkommuner) inngikk kontrakter med sistnevnte.

Partenes anførsler:

Klagers anførsler:

1. Saklig klageinteresse

(7) Klager har saklig interesse i å få prøvd avgjørelsen for klagenemnda, til tross for at virksomheten er lagt ned.

2. Konkurransen skulle vært gjennomført i henhold til reglene i forskrift om offentlige anskaffelser del II.

(8) Anskaffelsens anslåtte verdi oversteg terskelverdien på kr 1.6 millioner, jf. forskriftens § 2-2 (1). Det omfattende samarbeidet og den nærmest fullstendige samordning av kontraktene med kommunene, innebærer at kontraktene utgjør ”en anskaffelse”, jf. § 2-3. Anslått verdi må beregnes ut fra den samlede verdi av kontraktene, og ikke fordeles på de enkelte kommuner.

3. Konkurransen skulle vært gjennomført som åpen eller begrenset anbudskonkurranse

(9) § 4-2 bokstav c) hjemler ikke konkurranse med forhandling i dette tilfellet. De aktuelle tjenester er ikke selve forsikringstjenestene, men megling av ulike forsikringstjenester. Forsikringsmeglertjenester er ikke av en slik art at det ikke i tilstrekkelig grad kan fastsettes nøyaktige spesifikasjoner. Valg av tilbud kan da skje etter reglene for åpen eller begrenset anbudskonkurranse.

(10) Det er innklagede som må sannsynliggjøre at det ikke er mulig å fastsette tilstrekkelig nøyaktige spesifikasjoner.

(11) Innklagede har ikke konkretisert hva slags forhold ved tjenesten som ikke lot seg spesifisere, men hevder kun at tjenesten tidligere ikke har vært konkurranseutsatt, og at markedet derfor er umodent. Dette tilfredstiller ikke kravene til konkretisering. Det er ikke nok at det kan være vanskelig å vurdere hvilket tilbud som er best, med mindre dette skyldes at det ikke er mulig å beskrive tjenesten.

(12) Kommuner har i mange år brukt forsikringsmeglere av ulike typer og er dermed godt kjent med tjenestene. Også forsikringsmeglere er kjent både med innholdet i de tjenester de tilbyr, og hvordan de skal prissette disse.

(13) Når det gjelder det aktuelle konkurransegrunnlaget, var dette helt ordinært og skilte seg ikke fra andre konkurransegrunnlag. Det ble ikke gjennomført omfattende forhandlinger eller avklaringsrunder i forbindelse med konkurransen, hvilket viser at det ikke var behov for å benytte konkurranse med forhandling.

(14) Klager innrømmer at man i en annen lignende sak har gitt uttrykk for at konkurranse med forhandling er korrekt. Dette gjelder imidlertid en annen anskaffelse og kan ikke tillegges vekt, uten å gå inn på vedkommende anskaffelse i detalj.

(15) Det at Willis' tilbud fremsto som til dels ferdig forhandlet, taler for at det ikke var behov for konkurranse med forhandlinger.

(16) Innklagedes anførsler er til dels udokumenterte og irrelevante.

4. Det ble lagt vekt på usaklige hensyn ved valg av tilbud

(17) Innklagede opplyste muntlig at det var et viktig hensyn ved valg av forsikringsmegler at 8 andre kommuner hadde valgt Willis AS i en annen konkurranse. Innklagede ga uttrykk for et ønske om å følge beslutningen til de nevnte 8 kommunene, da de mente å stå sterkere som en samlet gruppe. Det var ulovlig av innklagede å legge vekt på disse hensynene. Dersom innklagede skulle lagt vekt på leverandørens kundeportefølje, burde dette gått i favør av klager som representerer rundt 80 kommuner, mens Willis har mindre enn 9 kommuner som kunder.

5. Det skjedde feil under gjennomføring av forhandlingene

(18) Innklagede hadde ikke adgang til å diktere en pris som leverandørene måtte tilby. Innklagede krevde i forhandlingene at klager måtte justere prisen ned til kr 505.000. Dette må forstås som et diktat over hva prisen skulle være. I forhold til åpen eller begrenset anbudskonkurranse må diktering av pris anses som forhandlinger, i strid med forhandlingsforbudet i forskriftens § 1-4 bokstav h) og i). I en konkurranse med forhandling innebærer diktering av pris at pris ikke lenger blir et tildelingskriterium, men et absolutt vilkår for å få kontrakten. Det representerer en forskjellsbehandling å frata den leverandøren som opprinnelig hadde lavest pris, det fortrinnet dette innebar.

Innklagedes anførsler:

(19) Innklagede benekter å ha brutt forskrift om offentlige anskaffelser.

1. Klager mangler klageinteresse

(20) Klager er vedtatt nedlagt ved årsskiftet 2003-2004, de ansatte er oppsagt, selskapet er flyttet fra Bergen til Oslo, Bergenskontoret er fjernet fra Factors internettside. For alle praktiske formål er selskapet opphørt å eksistere, og klager mangler derfor saklig klageinteresse.

2. Anskaffelsene var omfattet av forskriften om offentlige anskaffelser del III.

(21) Anskaffelsen var hjemlet i forskrift om offentlige anskaffelser del III, og innklagede kunne på fritt grunnlag velge mellom konkurranse med forhandling og anbudskonkurranse.

(22) Anslått verdi av anskaffelsen skal beregnes ut fra verdien av leveransen til den enkelte kommune. Leverandørene skulle gi priser pr. kommune uavhengig av om kontrakt ble inngått med øvrige kommuner. Ved beregning av terskelverdien for en anskaffelse må man ta utgangspunkt i hvem som er oppdragsgiver. Det følger ikke av forskriftens § 2-3 at det forhold at kommunene benyttet seg av en innkjøpstjeneste fra samme leverandør, medfører at de skal vurderes samlet. Den aktuelle anskaffelsen dreide seg ikke om en oppsplitting av en anskaffelse for å omgå regelverket.

(23) Hver kommune har brukt Griff utelukkende som en tilrettelegger/konsulent og har i forhold til valg av løsning og leverandør operert helt selvstendig og uten bindinger til de øvrige kommuner eller overføring av myndighet til å fatte beslutninger.

3. Subsidiært kunne konkurranse med forhandling gjennomføres i medhold av anskaffelsesforskriftens § 4-2 bokstav c).

(24) Subsidiært anføres at forskriftens § 4-2 bokstav c) uansett ga hjemmel for konkurranse med forhandling.

(25) Det ligger ikke et umulighetskrav i forskriftens § 4-2 bokstav c). Regelen skal tolkes ut fra hva som kan forlanges av en rimelig kompetent innkjøper, ikke ut fra kunnskapen til en ekspert på et meget snevert og spesielt tjenesteområde.

(26) Oppdragsgivers muligheter for bruk av § 4-2 bokstav c) må tolkes konkret ut fra den markedssituasjon som innklagede måtte forholde seg til. Det vises til at forsikringsmegling er en tjeneste som, i kommunal sektor, ikke har vært utsatt for konkurranse på en tilfredsstillende måte. Markedet er dermed "umodent" både når det gjelder innhold i tjenesten og prisstrukturen. Dette gjelder både på oppdragsgiver- og leverandørsiden.

(27) Et konkurransegrunnlag i en anbudskonkurranse som ikke falt i smak hos forsikringsmeglingsbransjen, ville med stor sannsynlighet, og ut fra erfaring, blitt systematisk boikottet med det resultat at klimaet mellom leverandør og oppdragsgiversiden ville blitt ytterligere forverret. Dette ville medført en fordyring og forverring av tjenestene. Innklagede vurderte at en konkurranse med forhandling ville gi en større mulighet for å lykkes.

(28) Hovedgrunnene til at det var problematisk å fastsette nøyaktige spesifikasjoner for tjenestens innhold og prisstruktur, var følgende:

(29) Prisen ble tidligere fastsatt i avtaler mellom forsikringsmegler og forsikringsselskap som andel av forsikringspremien, og var oppdragsgiver uvedkommende.

(30) Prisen ble fastsatt som en prosentsats av forsikringspremien, ikke som et resultat av utførte tjenester.

(31) Prisen har vist seg å være uforholdsmessig høy ved at prisen for forsikringsmeglertjenester i dag er bortimot halvert, samtidig med at tjenesteomfanget er økt.

(32) Tjenestene som har vært utført, har tidligere i stor grad vært definert av forsikringsmegleren selv.

(33) Omfang og spesifikasjoner av tjenestene har variert svært mye fra kommune til kommune, avhengig av forsikringsmegler, prisene for tjenestene og til dels kommunens behov.

(34) Deler av tjenestene har vært "usynlige" for kommunene ved at de er utført direkte overfor forsikringsselskapene basert på en forsikringsfaglig

vurdering, uten at kommunene har bedt om det.

(35) Grensen mellom forsikringsselskapets plikter/tjenester og forsikringsmeglerens ditto har vært og er fortsatt uklare for kommunene, da forsikringsmeglerne har hatt en uklar rolle.

(36) Samlet sett har kommunene hatt liten styring og innsikt i pris og spesifikasjoner for de tjenester de har mottatt, og de har hatt begrenset innsikt i hvilket behov de har. Dette må sies å være innenfor kjerneområdet for § 4-2 bokstav c).

(37) Mellom tilbudsåpning og forhandlingsmøtet foregikk det en utstrakt kommunikasjon per telefon for å få de to utvalgte leverandører til å justere sine tilbud både på innhold av tjenester og prissetting. Den valgte leverandøren hadde vært gjennom en tilsvarende prosess tidligere. Dette var grunnen til at de, som eneste leverandør, leverte et tilbud som fremsto som til dels "ferdig forhandlet". Forhandlingene ble derfor kortfattede.

(38) Det kan imidlertid ikke hevdes at innholdet i konkurransegrunnlaget og forhandlingsmøtene viser at det ikke var behov for forhandlinger. Konkurransegrunnlaget var en invitasjon til å komme frem med løsninger både på produkt og prisstruktur. De innkomne tilbud ga på ingen måte grunnlag for å inngå kontrakt direkte med noen av leverandørene. Dersom konkurransen skulle vært gjennomført som en anbudskonkurranse, skulle i realiteten begge leverandører som ble valgt ut til videre forhandlinger, vært avvist, da de i utgangspunktet ikke besvarte forespørselen på en slik måte at en kunne inngå kontrakt uten forhandlinger.

(39) Det vises i tillegg til at en relativt lik prosess har vært gjennomført med forhandlinger i en annen sak, der klager har deltatt uten å protestere på bruken av konkurranse med forhandling.

4. Det ble ikke lagt vekt på utenforliggende forhold ved tildelingen av kontrakten. Spørsmålet skal avvises fra behandling i klagenemnda.

(40) Det er ikke riktig at det ble lagt vekt på valget til de 8 kommunene som hadde gjennomført en tilsvarende prosess noen uker før. Dette fremkommer av den skriftlige begrunnelsen som ble gitt for valget, og det bestrides at en slik begrunnelse på noe tidspunkt ble gitt muntlig. De 8 kommunene valgte forøvrig ikke samme leverandør. Fordi det kreves vitneforklaringer for å tilbakevise klagers påstander, bør spørsmålet under enhver omstendighet avvises av klagenemnda, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 9.

5. Det ble ikke oppgitt noen definert pris som leverandørene måtte tilby. Spørsmålet skal avvises fra behandling i klagenemnda.

(41) Det er ikke riktig at det ble satt opp noe "priskrav", slik klager hevder. Det eneste krav som ble satt til prisene, var at de skulle oppgis selvstendig pr. kommune og uten minimumsoppslutning. Fordi det kreves vitneforklaringer for å tilbakevise klagers påstander, bør spørsmålet uansett avvises av klagenemnda, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 9.

Klagenemndas vurdering:

(42) Klager har deltatt i anbudskonkurransen. Ut fra de forelagte opplysningene eksisterer fremdeles klager som rettssubjekt. Klagenemnda kan derfor ikke se at det skal ha noen betydning at Bergenskontoret er lagt ned og selskapet er flyttet til Oslo. Klager har følgelig saklig klageinteresse, jf. forskrift om klagenemnd om offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig.

1. Spørsmålet om hvilken del av forskriften som kommer til anvendelse

(43) Det følger av forskrift om offentlige anskaffelser § 2-1 (2) at kontrakter som overstiger terskelverdiene i § 2-2 (1), følger reglene i del II, mens kontrakter under terskelverdiene følger reglene i del III. Terskelverdien for tjenestekontrakter var på kunngjøringstidspunktet 1,6 mill. kroner eks. mva.

(44) Det fremgår verken av kunngjøringen eller av konkurransegrunnlaget hva innklagede har anslått verdien av anskaffelsen til. Det er imidlertid uomtvistet at den samlede verdi av kontraktene med de ulike kommunegrupperinger og enkeltkommuner overstiger terskelverdien på 1,6 mill. kroner. De enkelte kontraktens verdi overstiger ikke denne terskelverdien.

(45) Spørsmålet blir derfor om de forsikringsmegleravtaler det ble innbudt til konkurranse om, skal vurderes samlet eller separat.

(46) Forskriftens § 2-3 (1) angir at anskaffelsens verdi skal beregnes på grunnlag av den samlede verdi av de kontrakter som utgjør anskaffelsen på kunngjøringstidspunktet.

(47) Ved å foreta en felles kunngjøring har de innklagede kommunene ønsket å opptre samlet overfor markedet. Kunngjøringene innebærer at kommunene har koordinert sine anskaffelser og benyttet en felles representant, Griff AS.

(48) Ved å opptre samlet har oppdragsgiverne etablert et felles kontraktsgrunnlag for anskaffelsen. Da må også verdien av de tjenestene som skal anskaffes, vurderes samlet. Selv om hver kommunene/innkjøpsgruppe stod som selvstendig oppdragsgiver og sto fritt til å inngå separate avtaler med forsikringsmegler, må anskaffelsens verdi etter klagenemndas oppfatning likevel beregnes ut fra samtlige kontraktens samlede verdi, jf. § 2-3 (1).

(49) Ved vurderingen av om at anskaffelsen må ses samlet, har klagenemnda også lagt stor vekt på det faktum at det fremgår av konkurransegrunnlaget at anskaffelsen skulle organiseres som en rammeavtale.

(50) Anskaffelsen skulle således vært gjennomført i henhold til forskriftens del II. Innklagedes prinsipale anførsel om at de hadde hjemmel for forhandlinger i forskriftens del III har ikke ført frem.

2. Adgangen til å gjennomføre anskaffelsen etter en konkurranse med forhandling

(51) Subsidiært blir spørsmålet om innklagede hadde hjemmel til å gjennomføre en konkurranse med forhandling etter forskriftens § 4-2 bokstav c).

(52) Det følger av forskriftens § 4-2 bokstav c) at oppdragsgiver kan benytte konkurranse med forhandling:

"...ved tjenestekontrakter hvor tjenestene som skal leveres er av en slik art at det ikke i tilstrekkelig grad kan fastsettes så nøyaktige spesifikasjoner at valg av det beste tilbudet kan skje etter reglene for åpen eller begrenset anbudskonkurranse. Dette gjelder særlig på området intellektuelle tjenester og finansielle tjenester som definert i § 2-4 (prioriterte tjenester) kategori 6"

(53) Det følger av praksis fra EU-domstolen at bestemmelsen skal fortolkes strengt, og at oppdragsgiver har bevisbyrden når det gjelder å dokumentere at vilkårene for å gjennomføre konkurranse med forhandling er oppfylt.

(54) Spørsmålet er om innklagede kan sannsynliggjøre at forsikringsmegling er en tjeneste av en slik *art* at det ikke i tilstrekkelig grad kan fastsettes så nøyaktige spesifikasjoner at valg av det beste tilbudet kan skje etter en åpen eller begrenset anbudskonkurranse.

(55) Utgangspunktet for vurderingen må være hva en normalt dyktig innkjøper, uten spesialkunnskap på området, vil kunne prestere.

(56) Innklagede har vist til at markedet for forsikringsmeglertjenester er uodont, og at de innklagede, på grunn av manglende flyt av informasjon fra leverandørsiden, ikke var i stand til å definere sitt behov eller det konkrete innholdet av den tjenesten de skulle anskaffe. Forskriftens utgangspunkt, jf. § 5-1 (1) bokstav a) er at anskaffelser bør spesifiseres ved en behovsspesifikasjon eller angivelse av funksjonskrav. Klagenemnda kan ikke se at det var vanskelig å oppfylle dette utgangspunktet ved spesifiseringen av de aktuelle forsikringsmeglertjenester. Det er ikke tale om kompliserte tjenester. Det vises i denne sammenheng til at det dreier seg om en meglertjeneste, ikke en finansiell tjeneste, slik at tjenesten uansett ikke faller innenfor de kategorier som er særskilt nevnt i forskriftens § 4-2 bokstav c) annet punktum.

(57) En gjennomgang av det aktuelle konkurransegrunnlaget, viser da også at det med relativt få og enkle formuleringer faktisk var mulig å beskrive de ulike elementene av den ønskede forsikringsmeglertjenesten. Det var sågar mulig for innklagede å angi en ønsket prisstruktur, herunder å utarbeide en prismatrise.

(58) Det er anført at en anbudskonkurranse ville blitt "boikottet" av leverandørene. Dette er ikke relevant ved vurderingen av om vilkårene i § 4-2 bokstav c) er oppfylt. Klagenemnda vil dessuten bemerke at dersom markedet eventuelt ikke hadde respondert tilfredsstillende i en anbudskonkurranse, gir § 4-2 eller § 4-3 hjemmel til å foreta anskaffelsen etter gjennomføring av en (påfølgende) konkurranse med forhandling.

(59) Etter klagenemndas oppfatning er det i dette tilfellet ikke i tilstrekkelig grad sannsynliggjort at tjenesten var en slik karakter at innklagede ikke kunne ha beskrevet tjenesten så nøyaktig at valg av det beste tilbudet kunne skjedd etter gjennomføring av en åpen eller begrenset anbudskonkurranse.

(60) Innklagede anses etter dette for å ha brutt forskrift om offentlige anskaffelser § 4-1 jf. § 4-2 ved å forhandle med den valgte leverandøren.

3. Spørsmål om det ble lagt vekt på usaklige hensyn ved valg av tilbud

(61) Det er uenighet mellom partene om hvorvidt det muntlig er gitt en begrunnelse for valg av leverandør som fraviker den skriftlige begrunnelsen. Spørsmålet forutsetter etter klagenemndas oppfatning muntlig bevisførsel, og vil derfor ikke tas til behandling, jf. forskrift om klagenemnd om offentlige anskaffelser § 9.

4. Spørsmål om det er foregått feil under gjennomføring av forhandlingene

(62) Også spørsmålet om det fra innklagede er fremsatt et priskrav eller om det dreide seg om reelle forhandlinger, forutsetter etter klagenemndas oppfatning muntlig bevisførsel, og vil derfor ikke tas til behandling, jf. forskrift om klagenemnd om offentlige anskaffelser § 9.

Konklusjon:

(63) Anskaffelsen faller inn under forskrift om offentlige anskaffelser del II, og innklagede har brutt forskriftens § 4-1, jf. § 4-2 ved å forhandle med den valgte leverandøren.

For klagenemnda, 23. februar 2004

Inger Roll-Matthiesen



Forsiden
Nemndsmedlemmer
Saksbehandling
Regelverk
Innkomne saker
Statistikk
Årsrapporter
Dommer
Søk i avgjorte saker

Avgjorte saker:

[2003](#) [2004](#) [2005](#)

Besøksadresse

H. Heyerdalsgate 1
0033 Oslo

Postadresse

Postboks 8132 Dep
0033 Oslo

Tlf.: 22 33 70 10

Faks: 22 33 70 12

E-post:

postmottak@kofa.no

Avgjorte saker

I en konkurranse med forhandling begrenset innklagede seg til å innhente forklaringer og bekreftelser angående det tilbudte, samt å etterspørre noen få mindre endringer i tilbudet. Kommunikasjonen foregikk per telefaks. Klagenemnda fant etter en konkret vurdering at dette var i strid med kravet til forutberegnelighet i lovens § 5, og at kravet til reelle forhandlinger etter forskriften § 16-3 ikke var oppfylt. Når én av leverandørene ble innkalt til forhandlingsmøte, innebar dette et brudd på likebehandlingskravet i § 16-3 (5), jf også lovens § 5.

Klagenemndas avgjørelse 23. februar 2004 i sak 2003/267

Klager: ITT Flygt AS

Innklaget: Åsnes kommune

Klagenemndas medlemmer: Jens Bugge, Inger Marie Dons Jensen, Inger Roll-Matthiesen

Saken gjelder: Kravet til gjennomføring av reelle forhandlinger; likebehandling og forutberegnelighet.

Bakgrunn:

(1) Åsnes kommune (heretter kalt "innklagede") kunngjorde 20. august 2003 en konkurranse med forhandling for levering, montering, prøving, igangkjøring og innjustering av en avløpspumpestasjon med tilhørende utstyr. Kontrakten skulle tildeles det økonomisk mest fordelaktige tilbud.

(2) I konkurransegrunnlagets punkt 4.2 nr 1 het det:

(3) "Anskaffelsen skal foretas ved kjøp etter forhandlinger. Det vil si at det er adgang til å forhandle om endringer eller suppleringer av alle sider ved tilbudene, så som forretningsmessige vilkår, pris og tekniske spesifikasjoner."

(4) I konkurransegrunnlagets punkt 4.2 nr 12 var følgende kriterier oppgitt:

(5) "- Tilbyders faglige kompetanse, effektivitet, erfaring, referanser og

pålitelighet

Tilbyders økonomiske soliditet

Pris

Kvalitet

Teknisk verdi

Tekniske løsninger og funksjonsmessige egenskaper

Service og teknisk bistand

Fremdrift/ferdigstillelsesdato

(6) Siste avsnitt i punkt 4.2 nr 12 lød:

"Det gjøres oppmerksom på at det forut for utsendelse av disse anskaffelsesdokumenter ikke er gjort noen vurdering av den enkelte anmeldte tilbyders stilling og tekniske, økonomiske og finansielle kapasitet, jfr. anskaffelsesforskriftens § 12-6 (kvalifikasjonskrav). Dette vil gjøres først ved inngivelse av tilbud. Alle de anmeldte tilbyderne er gitt anledning til å inngi tilbud."

(7) I alt tre leverandører innga tilbud, deriblant ITT Flygt AS (heretter kalt "klager") og Grundfos Pumper AS. Klager tilbød i utgangspunktet sitt "ITT Flygt TOP konsept". Om dette systemet skrev klager: *"Dette innebærer at stasjonen leveres med det nyeste innen utforming av avløpspumpestasjoner."* Klager skrev videre:

(8) "Dersom Åsnes kommune allikevel ikke ønsker dette konseptet er ITT Flygt villig til å diskutere løsninger basert på "gammel standard". Jfm. Kap. 4.2.1 Kjøp etter forhandlinger."

(9) Den 13. oktober mottok klager to telefakser fra innklagedes konsulent, der det ble stilt en del spørsmål om tilbudet. Telefaksene ble besvart. Innklagede ønsket først og fremst avklaringer og forklaringer angående de komponentene som var tilbudt, og et par komponenter ble på innklagedes oppfordring skiftet ut. Som følge av korrespondansen ble klagers tilbud oppjustert fra kr 352.223 til kr 359.023.

(10) Lignende korrespondanse ble også gjennomført med de andre leverandørene.

(11) Av korrespondansen fremgår det at innklagede den 30. oktober 2003 hadde et forhandlingsmøte med Grundfos Pumper. Som resultat av korrespondanse og forhandlingsmøte ble tilbudet til Grundfos oppjustert fra 261.000 til 333.000.

(12) I brev av 10. november 2003 avga innklagedes konsulent tilbudsinnstilling til innklagede, der tilbudene ble evaluert. De foreliggende tilbud ble vurdert slik i forhold til tildelingskriteriene:

"Alle tre tilbyderne vil etter vår mening med rask bestilling kunne tilfredsstillende prosjektets overordnede fremdrift/ferdigstillellesdato.

Vi finner heller ikke grunnlag for å skille de tre tilbyderne med hensyn på faglig kompetanse, effektivitet, erfaring, referanser og pålitelighet samt grunnlag for service og teknisk bistand. Alle tilbyderne representerer norske avdelinger av store internasjonale pumpekonserner. Vi har imidlertid ikke sjekket den økonomiske soliditeten. Kontrakten legger opp til at tilbyder må stille sikkerhet for forskuddsbetalinger. Åsnes kommune får vurdere om man finner det nødvendig å innhente kredittopplysninger.

I tillegg til pris blir derved forhold som kvalitet, teknisk verdi, tekniske løsninger og funksjonsmessige egenskaper avgjørende for valget av kontraktspart."

(13) Om de tekniske løsninger het det i innstillingen:

"De tre tilbyderne har tilbudt samme type hovedløsning, dykkede sentrifugalpumper.

Ingen av tilbyderne har fullt ut fulgt tilbudsgrunnlagets spesifikasjoner, men har slik vi oppfatter det, søkt å tilby løsninger så nært opp til tilbudsgrunnlaget som de finner det formålstjenlig for sist tilbud enten med hensyn til deres utstyrs tekniske løsninger eller for å oppnå en lavere tilbudspris."

(14) Under prissammenligningsmatrisen var det tilføyd:

"ITT Flygt har ved innhenting av priser på trykktank, større effekt på ovn m.v. kommet med et innspill der de gir fratrukk for ikke å levere det de kaller sine unike løsninger. Dette vil redusere avstanden mellom tilbyderne. Samtidig har tilbyderen færre jordfeilbrytere enn de øvrige. Vi har for sammenlikningen valgt å bibeholde utstyret i tilbyderens opprinnelige tilbud."

(15) I brev av 10. november 2003 ble leverandørene meddelt at Grundfos ville få kontrakten.

Anførsler:

Klagers anførsler:

(16) Klager anfører at innklagede har brutt regelverket om offentlige anskaffelser.

(17) Klager skulle vært innkalt til forhandlinger i henhold til forskriften § 16-3 (3). Faks-korrespondansen som ble ført med innklagede, var hovedsakelig avklaringer og forklaringer vedrørende løsningen, ikke forhandlinger slik § 16-3 (4) foreskriver. Klager ble aldri innkalt til noe forhandlingsmøte, og hadde uansett aldri inntrykk av å være i noen forhandlingssituasjon. At én av leverandørene ble innkalt til muntlige forhandlinger, innebærer dessuten et brudd på likebehandlingskravet.

(18) Innklagede har sammenblandet kvalifikasjonskrav og tildelingskriterier. De to første av de oppførte tildelingskriteriene refererer seg til leverandørens kvalifikasjoner.

(19) Kriteriet "kvalitet og teknisk verdi" er ikke vektlagt i innstillingen. Det samme gjelder kriteriet "tekniske løsninger og funksjonsmessige egenskaper". Klagers løsning ville gitt innklagede en besparelse på kr. 8.000 per år, fordi behovet for manuelt ettersyn er mindre med dette utstyret enn med normalt utstyr. Dette skulle vært innkalkulert i innklagedes beregning av pris.

(20) Kriteriet "service og teknisk bistand" er heller ikke vektlagt i innstillingen. For kriteriet "fremdrift og ferdigstillelsesdato" skåret alle leverandørene likt, selv om klagers leveringstid var mye kortere enn de andres.

(21) Klagers tilbud var det økonomisk mest fordelaktige, og klager skulle fått tildelt kontrakten. Klagenemnda bes uttale seg om erstatningsspørsmålet.

Innklagedes anførsler:

(22) Innklagede bestrider å ha brutt regelverket for offentlige anskaffelser.

(23) Det ble gjennomført forhandlinger med alle de tre leverandørene. Riktignok ble bare én leverandør innkalt til forhandlingsmøte, men dette var avsluttende kontraktsforhandlinger på bakgrunn av forhandlingene som allerede var gjennomført med alle leverandører per telefaks. Ettersom forhandlingene per telefaks ble ført på samme måte med alle leverandørene, brøt ikke innklagede kravet til likebehandling i forhandlingene.

(24) Videre har innklagede vektlagt alle de oppsatte tildelingskriteriene.

Klagenemndas vurdering:

(25) Klager har deltatt i konkurransen og har saklig klageinteresse, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig.

(26) Forskrift om innkjøpsregler for oppdragsgivere innen vann- og energiforsyning, transport og telekommunikasjon (forsyningsforskriften) kommer til anvendelse på kontrakter som tildeles av oppdragsgiver under utøvelse av virksomhet som nevnt i forskriftens § 4 nr 1 bokstav a) (drikkevannsforsyning) og som er forbundet med tømning eller rensing av avløpsvann, jf. forsyningsforskriftens § 9 bokstav b), jf. også klagenemndas uttalelse i sak 2003/146.

(27) Det følger av forskrift om offentlige anskaffelser § 1-2 (4) at denne ikke kommer til anvendelse i den grad en konkret anskaffelse omfattes av forsyningsforskriftens regler.

(28) Forsyningsforskriften har ikke regler for anskaffelse under EØS-terskelverdiene, og omfatter således ikke denne anskaffelsen.

(29) Lov om offentlige anskaffelser gjelder imidlertid også for forsyningssektoren. Lovens generelle krav til konkurranse, likebehandling, forutberegnelighet, gjennomsiktighet og etterprøvnbarhet, jf. § 5, får derfor anvendelse. Når innklagede i konkurransegrunnlaget har opplyst at anskaffelsen skal håndteres etter forskrift om offentlige anskaffelser del III, følger det av kravet til forutberegnelighet i lovens § 5 at innklagede plikter å følge forskriftens del III.

(30) Klagenemnda vurderer først klagers anførsler om at firmaet i strid med forskrift om offentlige anskaffelser § 16-3 (3) og (4) ikke ble innkalt til reelle forhandlinger. Videre vurderes om innklagede brøt § 16-3 (5), jf. også kravet til likebehandling i lovens § 5, ved å gi Grundfos større muligheter til å forbedre tilbudet gjennom forhandlinger enn det klager fikk.

(31) Etter forskriftens § 16-3 (3) skal oppdragsgiver innkalle minst tre

leverandører til forhandlinger, forutsatt at disse har en reell mulighet til å få tildelt kontrakt. Klagenemnda legger til grunn at klager hadde rett til å delta i forhandlinger.

(32) Etter § 16-3 (4) er det adgang til å forhandle om alle sider ved tilbudet. Innklagede plikter å gjennomføre "reelle forhandlinger", jf klagenemndas uttalelse i sak 2003/171. Klagenemnda uttalte her:

"Forskriftens forhandlingsregel innebærer en plikt for innklagede til å invitere både klager og den konkurrerende leverandør til reelle forhandlinger. (...) Deretter må oppdragsgiver legge forholdene til rette for at de aktuelle leverandører kan revurdere sine tilbud både på pris og annet, jf. § 9-3 (4) som fastslår at det er

"...adgang til å forhandle om endringer eller suppleringer av alle sider ved tilbudene, så som forretningsmessige vilkår, pris og tekniske spesifikasjoner."

Bare gjennom reelle forhandlinger hvor tilbyderne innbyrdes gis like muligheter til å komme med reviderte tilbud, basert på oppdragsgivers klargjøringer av konkurransegrunnlaget, kan det grunnleggende kravet til likebehandling, jf. lov om offentlige anskaffelser § 5 og forskriften § 3-1, ivaretas."

(33) Selv om det er grunn til å tro at de fleste forhandlinger gjennomføres i et møte, der det i innkallelsen er gjort klart at poenget er å forhandle, inneholder forhandlingskravet i forskriften ikke noe krav til form. Forhandlinger kan således gjennomføres per telefaks.

(34) Etter klagenemndas vurdering tilfredstilte ikke de to telefakshenvendelsene av 13. oktober kravet til forhandlinger etter § 16-3 (4). Det vises her særlig til at klager i sitt tilbud hadde tilbudt å diskutere andre tekniske løsninger, og at innklagede visste at klager kunne tilby utstyr som ville redusere avstanden mellom leverandørene. Videre er det sett hen til at innklagede ikke identifiserte hva som var den svake siden ved klagers tilbud, nemlig prisen, og at klager ikke hadde noen grunn til å forvente at de to svarbrevene var siste sjanse til å endre tilbudet.

(35) At innklagede hadde et forhandlingsmøte med Grundfos før den endelige evalueringen av tilbudene ble foretatt, innebærer videre et brudd på kravet til likebehandling av leverandørene, jf forskriftens § 16-3 (5) og lovens § 5.

(36) Når det gjelder evalueringen av de enkelte tildelingskriteriene, vises det til det som er gjengitt fra tilbudsvurderingen foran. Klagenemnda kan ikke se at samtlige tildelingskriterier ikke er evaluert. Med hensyn til kriteriene "tilbyders faglige kompetanse, effektivitet, erfaring, referanser og pålitelighet" og "tilbyders økonomiske soliditet" vises til det som er sitert fra konkurransegrunnlaget, der kommunen gjør oppmerksom på at tildelingskriteriene også innbefatter kvalifikasjonskrav. Av tilbudsvurderingen fremgår for øvrig at den økonomiske soliditeten hos leverandørene ikke har fått betydning for avgjørelsen.

Konklusjon:

Åsnes kommune har brutt kravet til forutberegnelighet i lov om offentlige anskaffelser § 5 ved at det ikke ble gjennomført reelle forhandlinger med klager, jf forskriften § 16-3.

Åsnes kommune har brutt kravet til likebehandling i lov om offentlige anskaffelser § 5 ved at det bare ble forhandlet med én av de tre leverandørene,

jf forskriften § 16-3 (5).

For klagenemnda,

23. februar

Jens Bugge



Forsiden
Nemndsmedlemmer
Saksbehandling
Regelverk
Innkomne saker
Statistikk
Årsrapporter
Dommer
Søk i avgjorte saker

Avgjorte saker:

[2003](#) [2004](#) [2005](#)

Besøksadresse

H. Heyerdalsgate 1
0033 Oslo

Postadresse

Postboks 8132 Dep
0033 Oslo

Tlf.: 22 33 70 10

Faks: 22 33 70 12

E-post:

postmottak@kofa.no

Avgjorte saker

Oppdragsgiver har gjennomført en stor IT-anskaffelse. Klagenemnda kom til at kontrakten med opsjoner hadde en varighet og et omfang som var i strid med kravet til konkurranse i lovens § 5. Ut fra kravet til gjennomsiktighet forelå dessuten en plikt til å prioritere tildelingskriteriene på forhånd. I evalueringen pliktet videre oppdragsgiver å skille mellom faktiske og potensielle kostnader, samt å neddiskontere fremtidige kostnader til nåverdi.

Klagenemndas avgjørelse 13.2.2004 i sak 2004/16

Klager: Ementor Norge AS

Innklaget: Helsebygg Midt-Norge

Klagenemndas medlemmer: Per Christiansen, Inger Marie Dons Jensen, Kai Krüger

Saken gjelder: Lov om offentlige anskaffelser § 5 – krav til konkurranse, forutberegnelighet, likhetsprinsippet og krav til gjennomsiktighet. Forskrift om offentlige anskaffelser § 10-2 - plikt til å prioritere tildelingskriteriene. Evaluering av pris. Evaluering av opsjoner. Tolkning av tildelingskriterier.

Bakgrunn:

1 Helsebygg Midt-Norge (heretter kalt "innklagede") kunngjorde 8. juli 2003 en åpen anbudskonkurranse for anskaffelse av IKT-infrastruktur til Nytt Universitetssykehus i Trondheim – St. Olavs Hospital.

2 I kunngjøringen fremgikk det at anskaffelsen: "I første omgang gjelder leveranser for sykehusutbyggingens fase 1 som samlet omfatter ca 90.000 m2...". Varigheten av kontrakten ble angitt med startdato 1.1.2004 og sluttdato 1.9.2006. Videre fremgikk det:

"Opsjon for drift i potensielt 8 år. Opsjon for tilsvarende leveranser til Byggefase 2 (resten av det nye universitetssykehuset, planlagt bygd i årene 2006-2012) Opsjon for tilsvarende leveranser til resten av Helse Midt Norge (kan i omfang utgjøre tilsvarende mengder som for St. Olavs Hospital)."

3 Basis for valg av tilbud ble oppgitt i konkurransegrunnlaget som følger:

” ...

Oppdragsgiver vil tildele kontrakten til den entreprenøren som etter en samlet vurdering har levert det økonomisk mest fordelaktige tilbudet.

I vurderingen vil følgende kriterier bli lagt til grunn:

- *Totalkostnader for oppdragsgiver, herunder*
- *tilbudssum korrigert for åpenbare feil (jf pkt 7.3 ovenfor)*
- *tilbudte timepriser og påslagsprosenten som ikke inngår i tilbudssummen, kfr bilag B 1*
- *øvrige opsjonspriser, kfr bilag B1*

- *drifts- og vedlikeholdskostnader:*
- *drifts- og vedlikeholdsavtale*
- *øvrige drifts- og vedlikeholdskostnader som følger av kvaliteten på den tilbudte løsning*

- *forbehold (som vil bli prissatt av oppdragsgiver etter beste skjønn, forutsatt at forbeholdene ikke er av en slik karakter at tilbudet skal avvises, jf tilbudsreglene)*

- *eventuelle alternative tilbud (jf pkt 5.2 og 5.4 ovenfor), samt priser på eventuelle alternative utførelser beskrevet i mengdebeskrivelsen*

- *tilbyders evne til å gjennomføre det beskrevne oppdrag (jf tilbudsskjemaets kap IV); herunder*
- *tilbyders plan for gjennomføring av oppdraget i henhold til konkurransegrunnlagets krav*
- *den tilbudte prosjektorganisasjonens erfaringer fra tilsvarende prosjekt*
- *den tilbudte prosjektorganisasjonens kompetanse/referanser, samt kapasitet til å takle endringer i egen organisasjon under gjennomføringen av kontraksarbeidet”*

4 Det ble avholdt konferanse for potensielle leverandører den 19.8.2003, og i etterkant av konferansen ble det gitt flere avklaringer i forhold til konkurransegrunnlaget. Samtidig ble det opplyst at tildelingskriteriene i

konkurransesgrunnlaget var angitt i ikke-prioritert rekkefølge.

5 Innklagede mottok tre tilbud, herunder fra Ementor Norge AS (heretter kalt "klager"). Evaluerte tilbudssummer beløp seg etter anbudsprotokollen til:

Telenor Norge AS 494 377 615

Ementor Norge AS 543 051 174

Siemens AS 743 109 418

Klager hadde dermed laveste tilbud, fulgt av Telenor som var kr. 59 mill. dyrere.

6 Klager ble vurdert å ha tatt flest forbehold, og disse ble beregnet til kr. 13 mill. Telenors forbehold ble beregnet til kr. 2 mill. Videre ble det foretatt en teknisk evaluering, der tilbudssommene ble korrigert for opplæring vedrørende dellerleveranser, som skulle vært behandlet som opsjon.

7 Anskaffelsesprotokollen datert 8.1.2004 inneholder et sammendrag av innklagedes evalueringsutvalgs interne vurdering og innstilling. Her fremgår:

"EVALUERING: Tilbudene er vurdert i forhold til tildelingskriterier angitt i konkurransebestemmelsene.

Når det gjelder tilbudssummer var tilbudet fra Ementor klart lavest, fulgt av Telenor (ca 59 MNOK høyere) og Siemens (ca 168 MNOK høyere). Det er avdekket en åpenbar feil ved tilbudet fra Siemens som medfører en reduksjon på 12,2 MNOK. Det er ikke avdekket åpenbare feil ved de øvrige to tilbudssommene.

En samlet oversikt over de kontraktuelle forbeholdene er oppsummert i evalueringsrapportens vedlegg 2. Ementor har flest forbehold. De beregnede påslagene er Ementor (13 MNOK), Telenor (2 MNOK). Siemens hadde ingen kontraktuelle forbehold.

Kontraktuelle opsjoner, jf evalueringsrapportens kap 8.1, har vært vurdert av kontraktssenheten. Her inngår vurderinger av timepriser, påslagsprosent og tilbudte modeller for lønns- og prisstigning og valutaregulering. Tilbudene er her vurdert likeverdige.

Teknisk evaluering har vært gjennomført av utbyggingsjef og Helsebyggs tekniske ressurser samt sluttkunde og fagrådgivere, jf evalueringsrapportens kap 5. Alle tilbyderne hadde noe tekniske forbehold med leveranser som avvok fra beskrevne krav. Manglende oppfyllelse av tekniske krav er kostnadsvurdert etter beste evne. Det som her har skilt entreprenørene er primært en korreksjon når det gjelder opplæring. Dette skyldes at Telenor og Ementor i prissammendraget har medtatt opplæring av dellerleveranser som skal behandles som opsjoner.

Tilbudenes drifts- og vedlikeholdsavtale er hensyntatt i prisoppstillingen i kap 8.2.3 med 75% av verdien for 1+3+3+1 år. Telenor har her tilbudt drifts- og vedlikeholdstiltak til en klart lavere pris enn Ementor (ca 52 MNOK høyere) og

Siemens (ca 135 MNOK høyere).

Alternative tilbud er gitt av samtlige tilbydere på enkelte tekniske løsninger. Alternativene har ikke fått betydning for evalueringen, jf evalueringsrapportens kap 5.

Tekniske opsjonspriser gitt i tilbudet er vurdert. Priser på opsjoner er medtatt i prissammenstillingen i den grad det er vurdert å være at sannsynlig at opsjonen vil bli utløst.

Tilbyders evne til å gjennomføre det beskrevne oppdrag vil være avgjørende for oppfyllelse av en kontrakt av slikt omfang og kompleksitet. Telenor er her vurdert bedre enn Siemens og vesentlig bedre enn Ementor når det gjelder plan for gjennomføring av oppdraget og tilbudt prosjektorganisasjon, jf evalueringsrapportens kap 6.5. Ementor er her tillagt et tillegg som følge av dette tildelingskriteriet vurdert til 23 MNOK.

Konsekvenser av tildelingskriteriene er vist samlet i evalueringsrapportens kap 8.2.1-8.2.3. Evaluerte tilbudssummer inkl. opsjoner samt 75% drift- og vedlikehold av 8 år blir dermed som følger:

- Telenor Norge AS kr. 494 377 615,
- Ementor Norge AS kr. 543 051 174,
- Siemens AS kr. 743 109 418,

INNSTILLING: Ovenstående evaluering gir følgende rangering av tilbyderne (jf. vedlegg 1)

1. Telenor Norge AS
2. Ementor Norge AS
3. Siemens AS

Etter en samlet vurdering av de innkomne tilbud innstiller evaluerings- gruppen på at det inngås kontrakt med Telenor Norge AS".

8 I brev datert 13.1. ble de tre tilbyderne tilskrevet om innstillingen, med begrunnelse. Det heter her:

" ...

3 leverandører leverte tilbud innen tilbudsfristens utløp, jf. vedlagte referat fra tilbudsåpning.

Alle tilbyderne er funnet kvalifiserte i henhold til konkurransegrunnlagets kvalifikasjonskrav.

Etter en samlet vurdering har evalueringsgruppen konkludert med at Telenor Norge AS totalt sett har levert det for oppdragsgiver økonomisk mest fordelaktige tilbud på pakken 720-5002 Infrastruktur IKT.

Vi vil nedenfor kort redegjøre for de forhold som har hatt betydning for evalueringen. Kostnadskonsekvenser som følge av vurderingene fremgår av vedlegg 1.

Når det gjelder tilbudssummer var tilbudet fra Ementor lavest, fulgt av Telenor (ca 59 MNOK høyere) og Siemens (ca 168 MNOK høyere). Det er avdekket en åpenbar feil ved tilbudet fra Siemens som medfører en reduksjon på 12,2 MNOK. Det er ikke avdekket åpenbare feil ved de øvrige to tilbudssommene.

Kostnadskonsekvenser ved de kontraktuelle forbeholdene er vurdert. Ementor har flest forbehold. De beregnede kostnadskonsekvensene er for Ementor 13 MNOK og Telenor 2 MNOK. Siemens hadde ingen kontraktuelle forbehold.

Det er kun mindre forskjeller på tilbudene når det gjelder tekniske avvik og forbehold. Alle tilbudene hadde her enkelte avvik fra de beskrevne krav, kostnadskonsekvenser fremgår av tabell i vedlegg 1. Negative tall fremkommer som følge av at det er ført til sum ytelser som skal behandles som opsjoner, spesielt gjelder dette deler av kap B33 opplæring.

Tilbudt opsjon på drifts- og vedlikeholdsavtale er henyntatt med 75% samlet av verdien for 1+3+3+1 år. Prosentsatsen er satt på bakgrunn av at det anses som meget sannsynlig at denne opsjonen vil bli utløst. Telenor har her tilbudt drifts- og vedlikeholdsytelser til en klart lavere pris enn Ementor (ca 52 MNOK høyere) og Siemens (ca 135 MNOK høyere).

Alternative tilbud er gitt av samtlige tilbydere på enkelte tekniske løsninger. Alternativene har ikke fått betydning for evalueringen.

Tekniske opsjonspriser gitt i tilbudet er vurdert. Priser på opsjoner er medtatt i prissammenstillingen i den grad det er vurdert å være sannsynlig at opsjonen vil bli utløst.

Tilbyders evne til å gjennomføre det beskrevne oppdrag vil være av vesentlig betydning for oppfyllelse av en kontrakt av slikt omfang og slik karakter og kompleksitet som denne og dette kriteriet er derfor tillagt betydelig vekt ved

evalueringen. Telenor er her vurdert bedre enn Siemens og vesentlig bedre enn Ementor og der det ved evalueringen bl.a. er lagt vekt på tilbydernes plan for gjennomføring av oppdraget og tilbudt prosjektorganisasjon, herunder organisasjonenes kapasitet til å takle endringer og tilbydernes prosjekfstyringssystemer. Ementor er gitt et tillegg som følge av dette tildelingskriteriet vurdert til 23 MNOK (10% av oppinnelig tilbudssum)."

I brevet av 13.1.2004 ble det så konkludert med at:

"Etter en samlet vurdering har vurderingsgruppen konkludert med at Telenor Norge AS totalt sett har levert det for oppdragsgiver økonomisk mest fordelaktige tilbud på pakken 720-5002 Infrastruktur IKT".

9 Som svar på henvendelse fra klager datert 16.1.2004 ga innklagede i brev datert 21.1.2004 en utdypende begrunnelse for sin beslutning.

Klager har i det vesentlige anført:

10 Ved vurderingen av tilbudene har innklagede gjort klare og vesentlige metodiske feil. Feilene er av en slik karakter at de alene kan være utslagsgivende for valget av leverandør, og innklagede må gjennomføre en ny evaluering. Innklagede har også gjort andre feil ved evalueringen som, uavhengig av de metodiske feil, påvirker vurderingen av klagers tilbud negativt.

Metodiske feil i evalueringen

11 Når innklagede ikke har spesifisert nærmere hvordan evalueringen skal gjennomføres, må evalueringen, med basis i anskaffelsesreglens krav til forutberegnelighet og gjennomsiktighet, skje i overensstemmelse med forsvarlig økonomisk metode og teori.

Innklagedes evaluering av tilbudene er i strid med alminnelig akseptert økonomisk metode og teori, og den gjennomførte evaluering er derfor i strid med kravene i anskaffelsesloven § 5.

12 Ved innklagedes evaluering av det økonomisk mest fordelaktige tilbud, er problemstillingen avgrenset til bedriftsøkonomiske kostnader, jf de definerte tildelingskriterier. "Økonomisk" må tolkes som "kostnadsmessig", og det økonomisk mest fordelaktige tilbudet er tilbudet med laveste samlede kostnader. Det er forskjell på kostnader som man forplikter seg til å dekke, og kostnader som man senere selv velger å utløse (graden av kostnadsforpliktelse). Uavhengig av graden av kostnadsforpliktelse er det dessuten forskjell på kostnader i dag og kostnader i fremtiden (kostnadens tidsfordeling). Det er også forskjell på kostnader med fiksert pris og beregnede kostnader (kalkulatoriske kostnader) og på variable og faste kostnader (kostnadens variabilitet).

13 Det vil være en forenkling og ofte medføre grove beslutningsfeil dersom alle de nevnte kostnadskategoriene bare legges sammen i en prissammenstilling. Basert på tilgjengelig brev fra Helsebygg Midt-Norge datert 13.1.2004 synes det klart at innklagede har gjort en slik feil.

14 Ved en sammenligning ville innklagede ved kontraktsinngåelsen forpliktet seg til et kjøp på 230 millioner kroner fra klager, 290 millioner kroner fra Telenor og 399 millioner kroner fra Siemens. Dette er den reelle forpliktelse ved kontraktsinngåelse. Det er benyttet gal metode og dermed uriktig skjønn når prissammenligningen er gjort ved å summere kostnader på tvers av graden av kostnadsforpliktelse.

15 Fremtidige kostnader er heller ikke neddiskontert til det tidspunkt de første kostnadene påløper. Ifølge rundskriv R-14/99 fra Finansdepartementet skal det ved investeringsanalyser benyttes en diskonteringsrente på enten 4, 6

eller 8 % avhengig av prosjektets risiko.

16 I den aktuelle konkurranse vil beregning av nåverdi med en diskonteringsrente på 6% bedre klagers stilling med NOK 16,4 millioner i forhold til Telenors.

17 Nåverdi skal beregnes både for leveransen og driftstjenestene. Dette er gjort i de beregninger som ble fremlagt i klagen.

18 Reduksjonsfaktoren på 0,75 kompenserer ikke for manglende beregning av nåverdien. Reduksjonsfaktoren knytter seg til om man overhodet vil benytte opsjonen, og har ikke noe med nåverdiberegningen å gjøre.

19 Feil metode gir vesentlige utslag for det relative forhold mellom tilbudene.

Evaluering av kriteriet gjennomføringsevne

20 Innklagede har kalkulert risikoen i gjennomføringsevne ved å anslå en prosentsats av tilbudspris. Tilbudsprisen er imidlertid fast, og den kostnaden som knytter seg til risiko i gjennomføringsevne påløper da hos innklagede. Innklagede har ikke beregnet egne kostnader forbundet med risiko ved leverandørenes gjennomføringsevne. Når kontrakten er en fastpriskontrakt, handler innklagede således i strid med anskaffelsesloven § 5 når Ementor gis et tillegg i tilbudsprisen pga manglende gjennomføringsevne.

Andre feil

Rett til reforhandling av opsjoner

21 Innklagedes vilkår om rett til reforhandling av drifts- og vedlikeholdsopsjonene kan ikke gjøres gjeldende.

22 Bruk av reforhandlingsretten vil i forhold til anskaffelsesreglene innebære en ny avtale for så vidt gjelder drift og vedlikehold. Da verdien av en slik ny avtale åpenbart vil overstige terskelverdiene i anskaffelsesforskriften § 2-2, må en eventuell "reforhandling" gjennomføres under iakttagelse av reglene i anskaffelsesforskriften del II.

Bruk av alle opsjonene ville være ulovlig omgåelse av anskaffelsesreglene

23 Av fremdriftsplanen for prosjektet fremgår at samlet varighet for drifts- og vedlikeholdstjenestene kan være helt frem til 2013.

24 Varigheten av avtaler må etter anskaffelsesreglene ikke overstige hva som er forretningsmessig og innkjøpsfaglig forsvarlig. Kommisjonen har uttrykt at man normalt ikke bør inngå avtaler utover 3 - 5 år. Innklagede kan ved evalueringen ikke legge til grunn at mer enn første opsjonsperiode på 3 år vil bli benyttet.

25 Innklagede kan ikke høres med at den lange opsjonsperioden er begrunnet i et ønske om å gi et incitament for leverandørene til å levere driftsoptimale løsninger.

Priser for drift og vedlikehold kan ikke reforhandles

26 Dersom innklagede ikke kan benytte reforhandlingsretten uten å gjennomføre en ny konkurranse, vil dette redusere sannsynligheten for at opsjonsperiodene vil bli benyttet.

Innklagede må gjennomføre en ny evaluering med utgangspunkt i at retten til reforhandling av priser mv for drifts- og vedlikeholdstjenester ikke kan benyttes.

27 Om innklagedes metode skulle legges til grunn, må en slik vurdering under ellers like vilkår føre til at opsjonene samlet vektet med mindre enn 75%.

Det er betydelig usikkerhet ved drifts- og vedlikeholdsavtalens omfang

28 Flere andre faktiske omstendigheter trekker også i retning av at det er lav sannsynlighet for at opsjonene på drift og vedlikehold vil bli benyttet.

29 Innklagede har derfor vektlagt opsjonene på drift og vedlikehold for sterkt. Dette innebærer et brudd på anskaffelsesloven § 5.

Konkurransegrunnlaget angir maksimal varighet på drifts- og vedlikeholdsavtalen på 7 år

30 Uavhengig av hva klagenemnda måtte komme til mht anførselene om bruk av opsjonene, gjøres det gjeldende at innklagede har handlet i strid med konkurransegrunnlaget når det er lagt til grunn at opsjonene gjelder for inntil 8 år og ikke 7 år, som er det korrekte.

31 I dokumentet Infrastruktur for IKT - Bilag B34 - drift, er opsjonene angitt til 3+3+1 år flere steder i teksten. Også i tilbudsokumentet er varigheten angitt til maksimalt 7 år. Bare i overskriften til avsnittet som omhandler opsjonen i dokumentet Infrastruktur for IKT - Bilag B34 - drift, er det angitt 3+3+1+1, dvs 8 år.

32 Konkurransegrunnlaget må på denne bakgrunn forstås slik at drifts- og vedlikeholdsavtalen maksimalt kan få en varighet på 7 år. Ved evalueringen kan innklagede uansett ikke legge til grunn en varighet på mer enn dette. Det vises i denne forbindelse til at både klager og Telenor i dokument BI - Prissammendrag har angitt 7 år.

Vurdering av forskjell mht kvalitet er vilkårlig og urimelig

33 I sitt brev av 21.1.2004 hevder innklagede at Telenor har tilbudt høyere kapasitet og funksjonalitet på flere områder. Innklagede har i denne sammenheng gjort et sjablongmessig påslag på Ementors tilbud på 5%.

34 Ementor har inngitt tilbud i henhold til spesifikasjonen i konkurransegrunnlaget. Dersom innklagede skal ta hensyn til høyere kvalitet tilbudt fra Telenor, må innklagede foreta en konkret vurdering av den merverdi dette innebærer. Det er i strid med kravet til gjennomsiktighet og forutberegnelighet når innklagede gjør et sjablongmessig påslag på den samlede kontraktssum.

35 Det minste man her må kreve er at innklagede ved vektlegging av forskjeller i kvalitet relaterer dette til de enkelte poster der innklagede mener det er kvalitetsmessige forskjeller. Når dette ikke er gjort, er det umulig å etterprøve innklagedes vurderinger, og innklagede har handlet i strid med de grunnleggende krav i anskaffelsesloven § 5.

36 I tillegg bestrides påstanden om at Telenor har tilbudt et mer omfattende opplæringsprogram. Konkurransegrunnlaget forespør forskjellige

typer kurs og ber i denne forbindelse om enhetspriser basert på kurs med 10 deltakere. Omfanget er det opp til innklagede å avgjøre ved avrop på de forskjellige kursene. Heller ikke her er det mulig å forstå hva forskjellen mellom klager og Telenor består i, og vurderingen må underkjennes.

37 Innklagede uttaler i brev av 21.01.04 at: *"Telenor og Siemens har tilbudt et kraftigere verktøy (MIIS) for katalogtjenester enn Ementor (BizTalk). Verktøyet er i følge fagrådgiver bedre forberedt for fremtidig implementering av grensesnitt."*

38 Klager bestrider dette. Klager har både tilbudt en løsning for katalogtjenester basert på BizTalk og en løsning basert på MIIS. Prisforskjellen mellom alternativene er 3.000 kroner. Innklagede kan således maksimalt legge på NOK 3.000 i denne sammenheng, og dette forhold fremstår som helt irrelevant for å begrunne det store pristillegget.

39 Påslagene som er gjort, er uansett vesentlig for høye. Det vises til innklagedes egen evalueringsrapport kap 5 side 6 der innklagede selv skriver: *"Telenor og Ementor har i hovedsak likeverdige tekniske løsninger"*. Denne vurdering bekreftes av evalueringsrapporten generelt der innklagedes faglige rådgivere noen steder anfører at klagers løsning er best, andre steder at Telenors løsning er best.

Det var ikke adgang til å legge på 23 mill. kr. på klagers tilbud pga dårligere gjennomføringsevne

40 Kontrakten er en fastpriskontrakt. Det er derfor feil når innklagede legger på klagers tilbud NOK 23 millioner.

41 Innklagede har for øvrig forskjellsbehandlet tilbyderne. Det vises i denne forbindelse til at Siemens også ble vurdert å være svakere enn Telenor uten at dette resulterte i et pristillegg.

42 Etter anskaffelsesforskriften § 8-2 skal innklagede først vurdere kvalifikasjonene til leverandørene for deretter å vurdere tilbudene i henhold til tildelingskriteriene. Etter prekvalifiseringen kan det som utgangspunkt ikke legges vekt på egenskaper ved leverandørene ved valg av tilbud. Innklagede har optrådt i strid med § 8-2 når gjennomføringsevne bringes inn i vurderingen på nytt ved evaluering av tilbudene.

43 Flere forhold som innklagede mener er svakheter, kunne vært avklart om innklagede hadde innhentet utdypende opplysninger. På bakgrunn av at klager var 25% billigere enn øvrige tilbydere på den eneste del av anskaffelsen der innklagede påtar seg en forpliktelse, burde innklagede ha gjort dette.

44 Dersom det skal være noen realitet i kravet til forutsigbarhet og gjennomsiktighet, må det stilles krav om at innklagedes skjønn knyttes opp mot identifiserte risiki og kostnader for innklagede.

Innklagede har gjort feil ved justering for tekniske opsjoner

45 Opsjon for B13 Rammeavtale IKT utstyr er inkludert i tilbuds-evalueringen til tross for at dette ikke følger av konkurransegrunnlaget.

46 I tillegg har innklagede kalkulert B13 ut fra uttak i 8 år, mens opsjonen bare har en varighet på 3 år .

47 Basert på innklagedes egne tall innebærer dette at innklagede har lagt til NOK 8 eller 5 millioner for mye på klagers tilbud.

Ensidig utvelgelse av opsjoner

48 Konkurransen omfattet en rekke opsjoner. Innklagede har valgt å legge ensidig vekt på enkelte opsjoner der klager kommer dårligere ut enn Telenor. Dersom innklagede skal legge vekt på opsjonen for drift og vedlikehold, må man også legge vekt på opsjonen for byggetrinn 2, der klager står vesentlig sterkere enn Telenor. Når dette ikke er gjort, foreligger et brudd på prinsippet om forutberegnelighet etter anskaffelsesloven § 5.

Oppsummering

49 I tillegg til å ta stilling til de enkelte anførsler, ber klager om at klagenemnda primært avgir en uttalelse om at innklagede har gjort så mange og omfattende feil at kontrakt skulle vært tildelt klager.

50 Det er stor risiko for at feilene samlet sett har påvirket beslutningen om å tildele kontrakten til Telenor og ikke til klager. Vi ber derfor klagenemnda subsidiært avgi uttalelse om at innklagede må gjennomføre en ny evaluering der feil rettes og riktig metode benyttes.

Innklagede har i det vesentlige anført:

51 Innklagede avviser at det er begått feil. Klagen er basert på uriktig forståelse av begrepet "økonomisk mest fordelaktige" og en uriktig oppfatning om at oppdragsgivers skjønn ved evalueringen av tilbudene er underlagt særlige metoder.

52 Den rettslige rammen for skjønnet ligger nedfelt i de alminnelige forvaltningsrettslige reglene. Det sentrale vil være om skjønnet har vært utøvd på en forsvarlig måte. En vesentlig del av de anførsler klager gjør gjeldende, kan ikke hensyntas. Som det fremgår nedenfor, har innklagede uansett gjennomført en meget omfattende, grundig og korrekt evalueringsprosess.

53 Klager kan heller ikke nå fram med sine øvrige anførsler mot tildelingen. Bortsett fra et marginalt forhold, kan det ikke ses at klager har påvist feil i faktumgrunnlaget for skjønnet. Klagen er basert på innklagedes begrunnelse inntatt i brev av 13.01.04 og den utvidede begrunnelsen av 21.01.04. På grunn av sakens omfang er det bare en begrenset del av evalueringen som kommer til uttrykk i begrunnelsene.

54 Det har vært overordnet for innklagedes evaluering å komme fram til det tilbudet som for innklagede ville være det økonomisk mest fordelaktige. Det er ikke tatt utenforliggende hensyn fra innklagedes side.

55 Innklagede har fulgt retningslinjene i anskaffelseslovens § 5 og de konkrete reglene gitt i forskriften med tilhørende praksis.

Metodiske feil i evalueringen

56 Innklagede er uenig i at evalueringen må skje i overensstemmelse med "forsvarlig økonomisk metode og teori". Det er riktig at evalueringen (skjønnet) skal være "forsvarlig", men det er ikke grunnlag for å knytte dette til "økonomisk metode og teori", særlig ikke når klagers forståelse knytter seg til "bedriftsøkonomiske kostnader".

57 Klager anfører at det skal legges til grunn en nåverdiberegning ved evalueringen og at det i så fall skal legges til grunn en rentefot på 6%.

Anførselen synes å knytte seg til drifts- og vedlikeholdsavtalen, som eventuelt først vil starte å løpe fra 2006.

58 Innklagede vurderte under evalueringen å nytte slik beregning ved vurderingen av drifts- og vedlikeholdsavtalen, men besluttet å unnlate dette. Bakgrunnen var at slik beregning ville skape mye usikkerhet og komplikasjoner.

59 Kompliserende elementer ved en nåverdiberegning er usikkerhet knyttet til valg av rentefot, hensynet til forutberegnelighet når intet var sagt i konkurransegrunnlaget om bruk av nåverdiberegning, spørsmål om man ikke burde gjennomføre nåverdiberegning av alle utbetalinger som skal skje over tid, og spørsmål om nåverdiberegnings forhold til øvrige kriterier, for eksempel "gjennomføringsevne"

60 Tatt i betraktning den generelle reduksjonsfaktor på 0,75 og den usikkerhet som uansett vil foreligge ved en slik evaluering, fant man at det var fullt ut forsvarlig å unnlate å foreta nåverdiberegning av drifts- og vedlikeholdskontrakten.

61 Klager anfører også at det foreligger en retningslinje for evalueringen der en skal skille mellom "den reelle forpliktelse" og øvrige forpliktelser. Den metode som er benyttet ved evalueringen, der en har gitt vurderingene under de enkelte tildelingskriterier en økonomisk verdi, er vanlig å nytte ved tilbudsevalueringer. Nettopp fordi kriteriene er relatert til økonomiske verdier (direkte eller indirekte) er det hensiktsmessig å knytte en økonomisk størrelse til kriteriet, som gjør det sammenlignbart med priskriteriet.

62 Innklagede har etter beste evne skjønnet over verdien av opsjonene. Disse har vært priset av tilbyderne, slik at dette elementet har vært fast. Skjønnet har derfor dreid seg om sannsynligheten for at opsjonene ville bli utøvd, idet man fant det riktig å redusere opsjonsprisen med en faktor knyttet til slik sannsynlighet.

63 Den metode som er nyttet, baserer seg på helheten i tilbudene. Det er tilbudene som er gjenstand for evaluering, og som tilbyderne må innstå for i sin helhet.

Andre feil ved innklagedes evaluering

64 Klager anfører at reforhandling av prisen for drift og vedlikehold må skje "under iaktakelse av reglene i anskaffelsesforskriften del I og II". Dette er innklagede enig i. Bakgrunnen for reforhandlingsbestemmelsen er først og fremst muligheten for en prisjustering på bakgrunn av eventuelle avtalte endringer i leveranseomfang frem til overtagelse og i driftsperioden. I hvilken utstrekning det er adgang til dette, må vurderes i henhold til de rammer anskaffelsesregelverket gir.

65 Dette punktet har uansett ikke hatt innvirkning på evalueringen.

66 Klager argumenterer for at innklagede har lagt for stor vekt på drifts- og vedlikeholdsopsjonene. Dette knytter seg til den faktiske skjønnsutøvelsen. Generelt henvises til Evalueringsrapportens pkt. 7.1, der begrunnelsen for fastsettingen av 75% sannsynlighet framgår. Det ligger her til grunn en bred vurdering som er gjort ut fra innklagedes beste forståelse av situasjonen pr. i dag og de forventninger man kan utlede av dette.

67 Klager anfører at det skulle vært lagt til grunn 7 års varighet på drifts- og vedlikeholdsopsjonen i stedet for 8. Det er riktig at drifts- og vedlikeholdsopsjonens samlede varighet enkelte steder i konkurransegrunnlaget er angitt til 7 år. På den annen side er 8 år nevnt i utlysningen pkt. 11.2.2 og i

overskriften i pkt. B34.0.2 (klagens bilag 17).

68 Det er innenfor regelverket adgang til å hensynta inntil 8 års opsjonsperiode i dette tilfelle. Det foreligger gode og saklige grunner for en forholdsvis lang opsjonsperiode. Det samlede utbyggingsprosjekt er meget omfattende og delt i to byggefaser. Det er vesentlig at driftsopsjonene fanger inn denne helheten. Konkret har man vært opptatt av at første opsjonsperiode (3 år) dekker garantiperioden og fungerer som en "syretest" på leveransen. Annen opsjonsperiode (3 år) vil fylle mellomperioden mellom Byggefase 1 og Byggefase 2. De to siste årene (1 + 1 år) er tenkt som "buffer" i tilfelle det blir forsinkelser på Byggefase 2. Det er i evalueringen hensyntatt en redusert sannsynlighet for utnyttelsen av opsjonene utover i tid.

69 Klager har under enhver omstendighet ikke reist spørsmål om dette under tilbudsprosessen og må åpenbart ha vært innforstått med at det var tale om 8 år.

70 Vurderingen av drifts- og vedlikeholdsavtalen inngår som en del av tildelingskriteriet "drifts og vedlikeholdskostnader". Opsjonen vil være et incitament for leverandørene til å levere driftsoptimale løsninger. Tilbudene på drifts- og vedlikeholdsavtale vil gjenspeile levetidskostnadene ved den tilbudte løsning i hovedtilbudet. Vurderingen av drifts- og vedlikeholdsavtalen vil derfor uansett være relevant uavhengig av om opsjonen utløses, og dermed også uavhengig av hvilket firma som drifter anleggene.

71 Et sjablongmessig påslag, begrunnet slik det framkommer, må klart ligge innenfor den ramme anskaffelsesloven tillater. Det vises for øvrig til den særlige eksemplifisering som er foretatt for "datanettet", som viser en forskjell i investeringskostnader på ca. NOK 10 mill. Dette elementet sannsynliggjør alene et påslag på tilnærmet 5%.

72 Det er riktig, som anført, at klager har tilbudt løsning både basert på MIIS og BizTalk. Dette elementet var uansett av marginal betydning i vurderingen.

73 Tilbydernes gjennomføringsevne er meget viktig for innklagede, bl.a. fordi forsinkelser kan få betydelige konsekvenser. Det er riktig at kontrakten er en fastpriskontrakt, og at klager derfor har risikoen for konsekvenser på egen hånd. Innklagedes vurdering knytter seg imidlertid til de konsekvensene som vil kunne oppstå på innklagedes hånd, hvilket selvsagt er høyst relevant.

74 Det er ikke skjedd noen forskjellsbehandling mellom tilbyderne. Evalueringen tilsa at Siemens ble ansett å ha en gjennomføringsevne som lå mellom Telenor og Ementor. Man fant imidlertid, på bakgrunn av den store prisforskjellen som forelå, ikke behov for å tallfeste konsekvensene for Siemens.

75 Det er riktig at det er en viss likhet mellom tildelingskriteriet knyttet til gjennomføringsevne og kvalifikasjonskrav. Men det er også en viktig forskjell. Under kvalifiseringen har vurderingen vært rettet mot tilbyder. Evalueringsprosessen har derimot vært rettet mot tilbudet, med andre ord tilbyders evne til å gjennomføre den aktuelle oppgaven. En vesentlig del av leveransen er en personlig innsatsforpliktelse. Det er da alminnelig akseptert at man kan nytte tildelingskriterier i nær familie med kvalifikasjonskrav.

76 B 13 Rammeavtale IKT er ingen opsjon, men en rammeavtale som gjør det mulig å gjøre innkjøp av nødvendig IKT-utstyr i perioden mellom Byggefase 1 og Byggefase 2. Leveransen er en viktig del av helheten, og verdien av tilbudet måtte derfor åpenbart medtas i evalueringen.

77 Det er riktig at det stedvis er inntatt i konkurransegrunnlaget en henvisning til opsjon for leveranse til Byggefase 2, men prisposter er ikke medtatt. Det er så stor usikkerhet knyttet til leveransen, både innhold og

omfang, at det ville vært tilnærmet umulig å foreta en forsvarlig sammenligning mellom tilbyderne.

78 Det er dessuten stor usikkerhet knyttet til hvorvidt slik opsjon overhodet vil bli utnyttet. Innklagede har derfor funnet at denne opsjonen ikke ville kunne påvirke prissammenstillingen mellom tilbyderne, jf. evalueringsrapporten pkt. 8.2.2.

79 Ovenstående gjennomgang viser at innklagede har gjennomført en forsvarlig evaluering innenfor de rammer anskaffelsesregelverket gir. Det er påvist et par marginale feil, som klart ikke er av slik karakter at de vil kunne ha betydning for resultatet.

Klagenemndas vurdering

80 Klager har deltatt i konkurransen, og har saklig klageinteresse, jf forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Anskaffelsen ligger i omfang over EØS terskelverdier. Saken skal behandles etter lov om offentlige anskaffelser og forskrift om offentlige anskaffelser Del II, jf § 2-1 (2), sammenholdt med § 2-2.

Saksbehandling, spørsmål om avvisning, kompetanse

81 Saken er omfattende. Det gjelder et meget langsiktig leverandørvalg som kan binde opp innklagedes kontraktsforhold over en årrekke. Den handler ikke bare om nåtidsleveranser, men om anslag og vurderinger innrettet på forhold mange år frem i tid. Saken er teknisk spesialisert, og partene er uenige om de økonomiske metoder som er brukt ved evalueringen.

82 Klagenemnda har vært i tvil om saken egner seg for den behandlingsmåte som klageforskriften fastsetter, der det ikke er forutsatt umiddelbar bevisførsel ved avhør av parter og vitner. Klagenemnda viser til avvisningshjemmelen i klageforskriftens § 9 som bl a gir mulighet for avvisning når klagen er uhensiktsmessig for behandling. Klagenemndas betenkeligheter forsterkes ved at saken har vært lagt opp som en hastesak.

83 Klagenemnda har likevel valgt å behandle klagen, men må da ta de forbehold som sakens natur tilsier etter det som er nevnt ovenfor. Klagenemnda har valgt å rette oppmerksomheten mot de sider ved anskaffelsen som egner seg til belysning av generelle og prinsipielle spørsmål. Enkelte spørsmål reist av klageren har nemnda valgt ikke å avgjøre med henvisning til at de ikke egner seg for nemndas behandlingsmåte.

84 Klagenemndas kompetanse består i å vurdere om innklagedes saksbehandling, vurderinger og beslutninger har vært i overensstemmelse med lov om offentlige anskaffelser med forskrifter. Problemstillingene i denne saken gjelder særlig de generelle prinsipper nedfelt i lovens § 5 om bl a likebehandling av anbydere, konkurransekravet for all offentlig anskaffelsesvirksomhet, krav til forutberegnelighet, gjennomsiktighet og etterprøvnbarhet. Klagenemnda foretar ikke en overprøving av innklagedes innkjøpsfaglige vurderinger. Grensen mellom området for rettslig prøvning og utøvelse av innkjøpsfaglig skjønn er imidlertid ikke skarp, noe denne saken viser.

85 Dokumentasjonen er omfattende og det er lagt mye arbeid i å underbygge beslutninger og veivalg både ved utarbeidelsen av konkurransegrunnlaget, i vurderingsfasen og ved tildelingen til klagerens konkurrent. Innklagedes særlig behov og ønsker er søkt kvantifisert og synliggjort på en ryddig måte. Klagenemnda har inntrykk av at innklagede har god innsikt i regelverket og at anskaffelsen er søkt gjennomført med det klare og bevisste siktemål at reglene skal overholdes lojalt og fullstendig. Slik sett

viser saken at en rettslig vurdering må avgrenses overfor innkjøpsfaglige vurderinger som klagenemnda i sin rettslige tilnærming ikke skal etterprøve.

86 Klagenemnda skal etter klageforskriften FOR 2002-11-15 nr 1288 § 12 annet ledd bare uttale om det er begått brudd på regelverket om offentlige anskaffelser. Klagenemnda skal ikke uttale seg om de rettslige konsekvenser av brudd. Dog kan klagenemnda uttale seg om det i tilfelle foreligger grunnlag for erstatningsansvar.

87 Spørsmålet om eventuelle påviste feil medfører at anbudsprosessen må stanses, justeres eller reverseres ligger således utenfor nemndas kompetanse.

Bruk av alle opsjonene ville være ulovlig omgåelse av anskaffelsesreglene

88 Saken avviker fra vanlige vare- og tjenestekjøp innen offentlig sektor. Tidshorizonten for den samlede anskaffelse med opsjoner og scenarier for rammeavtaler og endringsavtaler kan strekke seg over en periode på inntil 8 år, og det lagt opp til at innklagedes samlede behov på IT-området skal ivaretas av en enkelt leverandør over flere faser og kommende byggetrinn for St Olavs Hospital. De samlede beløp for maksimal utnyttelse av kontrakter, opsjoner og mulige ramme- og endringsavtaler nærmer seg et estimat på en milliard kroner.

89 Med slike ambisjoner, og med de virkninger et slikt leverandørvalg har i markedet, må det stilles strenge krav til etterlevelse av anskaffelsesreglene, siden de beslutninger som gjøres i et slikt tilfelle, i realiteten langt på vei vil etablere et leverandørmonopol og virke til å ekskludere konkurranse over et betydelig tidsrom.

90 Saken reiser ulike prinsipielle spørsmål. For det første oppstår spørsmålet om et så langsiktig, ekskluderende leverandørvalg overhodet er forenlig med regelen om at det skal være konkurranse om alle offentlige anskaffelser. For det annet er det spørsmål om hvilken innvirkning så lange tidshorisonter med innslag av estimater og anslag vil ha på de krav leverandørene kan stille til tildelingskriteriene. For det tredje må bruk av økonomiske teorier, beregningsmodeller og metoder enten ha preg av å være omforent og uomstridt, eller i det minste være beskrevet på en slik måte at tilbyderne ved sine tilbudsregninger kan legge inn de mest dekkende parametere i forhold til de vurderinger anskaffelsesmyndigheten i evalueringen akter å benytte seg av. Det kan etter likhetsprinsippet også forventes at individuelle uklarheter vedrørende slike forhold avdekkes ved anbudskontrollen, og at den adgang regelverket gir til å foreta avklaringer med tilbyderne brukes aktivt for å sikre at det opereres med kommensurable kriterier når tilbudene skal evalueres.

91 Lov om offentlige anskaffelser § 5 andre ledd forutsetter at "En anskaffelse skal så

langt det er mulig være basert på konkurranse". Dette innebærer at svært langvarige eller omfattende anskaffelser kan være lovstridig.

92 I veileder til forskriften skriver Nærings- og handelsdepartementet om rammeavtaler at:

"Rammeavtaler som inngås for svært lange perioder, vil kunne bli ansett for å være i strid med regelverket da et grunnleggende prinsipp er konkurranse om leveranser til det offentlige. Lange kontraktperioder vil avskjære muligheten for andre leverandører til å oppnå leveranser for lange perioder av gangen, og vil kunne virke uheldig på konkurransesituasjonen på sikt. Det samme gjelder for svært omfattende rammeavtaler, som vil kunne avskjære små og mellomstore bedrifter fra å delta i leveransene og føre til at antallet potensielle leverandører

reduseres. Lange kontraktperioder må derfor kunne begrunnes svært godt. Som en hovedregel bør rammeavtaler ikke ha lenger varighet enn 3-4 år.”

93 Lignende synspunkter er lagt til grunn av Kommisjonen i ”Draft Policy Guidelines on Framework Agreements Under Directive 90/531/EEC (Utilities)”, datert 18.12.1992, der det fremgår at:

“15. Framework agreements must not hinder, limit or distort competition. In this context, it will be recalled that the EEC Treaty contains, in its Article 85, the following provision:

“The following shall be prohibited as incompatible with the common market: alle agreements between undertakings, ... which may affect trade between Member States and which may affect trade between Member States and which have their object or effect the prevention within the common market Any agreements ... prohibited pursuant to this Article shall be automatically void.”

...

16. It can only be decided whether competition has been hindered, limited or distorted on a case by case basis. Evaluation should take account in particular of the duration of a framework agreement, the quantities involved, its possible effects on trade between Member States, the number of products or works involved and the shade of the contracting entity's procurement covered. Framework agreements for a period substantially longer than the normal life of the equipment in question merit particular attention.”

94 Klagenemnda ser det slik at fordeler ved å ha én valgt leverandør over så mange år må balanseres mot de markedsmessige konsekvenser det vil ha at konkurrerende leverandører i samme tidsrom ikke slipper til med sine produkter og løsninger.

95 I den foreliggende sak vil anskaffelsen med kombinasjonen av kontrakt og opsjoner over et tidsrom på inntil 8 år i realiteten virke så begrensende på konkurransen at klagenemnda mener at dette vil være i strid med i lov om offentlige anskaffelser § 5 annet ledd.

Usikkerhet ved drifts- og vedlikeholdsavtalenes omfang – vektlegging av opsjoner

96 Det vil være vanskelig å foreta anskaffelsesrettslig betryggende evalueringer av hendelser som ligger mange år frem i tiden, særlig i det som vedrører opsjoner uten binding for innklagede, muligheten for nødvendige endringsavtaler osv. Selv om innklagede har utarbeidet og praktisert kostnadsestimater og parametre for en nåtidsvurdering av slike forhold, mener klagenemnda at den forutberegnelighet som leverandørene i markedet etter lovens § 5 tredje ledd må kunne basere seg på ved innlevering av sine tilbud i for stor grad svekkes.

97 Så lange tidshorisonter med innslag av estimater og anslag betyr at tilbyderne må kunne stille høye krav til de forhåndskunngjorte tildelingskriterier som skal benyttes. Dette gjelder særlig med hensyn til opplysninger om evalueringen som vil bli foretatt og den relative vektning av relevante forhold og

estimerer. Klagenemnda har den oppfatning at det synspunkt som er anført av klager, at det i IT-markedet gir liten mening å prissette utstyrsleveranser så langt frem i tiden, er tungtveiende i denne vurderingen. Dessuten må det ventes en vesentlig produktutvikling i den aktuelle perioden.

98 Det var i konkurransegrunnlaget angitt fem grupper tildelingskriterier: Totalkostnader, drifts- og vedlikeholdskostnader, forbehold, eventuelle alternative tilbud samt tilbyders evne til å gjennomføre det beskrevne oppdrag.

99 Forbehold og alternative tilbud reiser ingen særlige problemer. Slike er enten kostnadsberegnet forskriftsmessig eller satt ut av betraktning som uaktuelle. Problemet knytter seg til vektning mellom tilbudssummer og de skjønsmessige estimerer over opsjoner og anslag over fremtidige drifts- og vedlikeholdskostnader.

100 Klagenemnda mener at slike, skulle det vise seg, nokså avgjørende vurderinger burde nedfelt seg både ved tydeliggjøring i konkurransegrunnlaget, og at markedet og dermed også klager, burde vært orientert på tidspunktet for utlysning om hvordan den aktuelle vektning mellom underkriteriene var tenkt gjort.

101 De fem kriterier som er nevnt som tildelingskriterier er alle innrettet på prismessige

forhold. Skjønnsutøvelsen knyttes med dette nokså klart til økonomiske størrelser. Det fremgår både av evalueringsrapporten, anbudsprotokollen og av innklagedes meddelse til leverandørene at det er anvendt prosentuelle parametere ut fra estimerer over skjønsmessige sannsynlighetsbetraktninger. Momentet er ifølge innklagede hensyntatt med 75% av verdien for 1+3+3+1 år. På dette punkt alene fremkommer det i følge anbudsprotokollen en differanse i Telenors favør på 52 mill, altså ikke langt fra den beløpsdifferanse på 59 mill som i sluttvurderingen ledet til at Telenor ble stilt foran Ementor.

102 Det følger av forskriften § 10-2 (2) at tildelingskriterier "om mulig" skal angis i

prioritert rekkefølge. Klagenemnda har i tidligere saker lagt til grunn at bestemmelsen ikke skal gis en streng fortolkning. Dette utelukker imidlertid ikke at det ut fra kravet til forutberegnelighet i lovens § 5 i spesielle tilfeller må utledes en plikt til å prioritere tildelingskriteriene på forhånd. F eks dersom oppdragsgiver på forhånd har bestemt seg for en vektning, vil det kunne være en plikt til å angi kriteriene i prioritert rekkefølge.

103 I den foreliggende sak har det vært tale om en meget stor anskaffelse, der det i hovedsak er benyttet økonomiske kriterier for valg av tilbud. Innklagedes innvending om at "det økonomisk mest fordelaktige tilbud" kan omfatte vanskelig målbare elementer er i og for seg riktig, men ser ikke ut til å være spesielt treffende i dette tilfelle.

104 Det er videre tale om en vareanskaffelse av teknisk utstyr, med omfattende bruk av opsjoner og muligheter for tilleggsavtaler. Som følge av sin varighet og sitt omfang vil anskaffelsen kunne påvirke det aktuelle leverandørmarkedet på en uheldig måte.

105 Klagenemnda kan ikke se at det i en slik situasjon ville medført

uforholdsmessige kostnader eller ekstraarbeid for innklagede å utarbeide en prioritering av kriteriene på forhånd.

106 Når innklagede forbeholder seg så vidtgående rammer for sitt endelig

skjønn som i dette tilfellet, har dette klare likhetspunkter med den type helhetsvurderinger som EF-domstolen har tatt uttrykkelig avstand fra i senere års praksis, særlig ved uttalelser i C-513/99 (Concordia) ved premiss 61:

"Further, it also appears from the case-law that an award criterion having the effect of conferring on the contracting authority an unrestricted freedom of choice as regards the award of the contract to a tenderer would be incompatible with Article 36(1)(a) of Directive 92/50 (see, to that effect, Beentjes, paragraph 26, and SIAC Construction, paragraph 37)."

107 Klagenemnda har etter dette kommet til at innklagede ved å utlyse en konkurranse med tildelingskriterier som ikke i nødvendig grad sikrer forutberegnelighet for aktuelle leverandører, har brutt lov om offentlige anskaffelse § 5 tredje ledd.

Plikt til avklaring med tilbydere – forskriftens §9-1 (2)

108 Forskriftens § 9-1 (1) forbyr forhandlinger, men gir adgang til avklaring når dette viser seg nødvendig for å få klarlagt uklarheter i tilbudene. Likhetsprinsippet kan tilsi at det i bestemte situasjoner også kan innebære en plikt til å foreta avklaringer for å gjøre tilbudene sammenlignbare. Avklaringer knyttet til de skjønnsmessige estimater over opsjoner og fremtidige hendelser i kontraktens lange tidsakse, kunne trolig bidratt til et bedre sammenligningsgrunnlag i den foreliggende sak. Klagenemnda har ikke tilstrekkelig grunnlag til å komme nærmere inn på dette spørsmålet, men peker likevel på at det i konkurransegrunnlaget (pkt 2.1. og pkt 7.4.) var varslet at kontraktsdokumentene ville bli supplert og korrigert i påfølgende avklaringer og at man om nødvendig ville innkalle til slike avklarende møter med en eller flere av de mest aktuelle kandidater.

Metodiske feil i evalueringen

109 Tildelingen av kontrakt skal skje enten på basis av hvilket tilbud som er det økonomisk mest fordelaktige, eller utelukkende ut fra hvilket tilbud som har den laveste prisen, jf forskriftens § 10-2 (1). I dette tilfelle var det kunngjort at kontrakten ville bli tildelt den av leverandørene som etter en samlet vurdering hadde levert det økonomisk mest fordelaktige tilbudet, med de utfyllende underkriteriet fra konkurransegrunnlagets pkt 7.4. som er sitert ovenfor.

110 Det kan ikke uten videre legges til grunn at uttrykket "det økonomisk mest fordelaktige tilbud" er synonymt med "det tilbudet som gir laveste samlede kostnader". Det kan således benyttes kriterier som kvalitet, tekniske verdi, estetiske og funksjonsmessige egenskaper, service og teknisk bistand, oppfyllelsestid mv., jf forskriftens § 10-2 (2).

111 Innenfor rammen av de kriterier som er angitt i konkurransegrunnlaget skal oppdragsgiver utøve et skjønn, og har ved denne skønnsutøvelsen en viss frihet. Evalueringen skal imidlertid være basert på korrekt faktum, og være saklig og forsvarlig. Videre må evalueringen baseres seg på samtlige av de angitte tildelingskriteriene, mens andre forhold ikke kan tas i betraktning. Oppdragsgiver kan således ikke gå utenfor de tildelingskriterier som er angitt i kunngjøringen eller i konkurransegrunnlaget, selv om

økonomisk metode og teori skulle tilsi at andre kriterier kunne være mer hensiktsmessige.

112 Evalueringen må videre være innenfor de rammer som er satt i lov om offentlige anskaffelser § 5 tredje ledd, herunder særlig kravene til likebehandling, forutberegnelighet og gjennomsiktighet. Ved bruk av "de endelige omkostninger" som tildelingskriterium, skal oppdragsgiver således

anvende kriteriet på en objektiv og ensartet måte overfor alle leverandørene, jf. EF-domstolens avgjørelse i sak C-19/00 (SIAC construction).

113 Innklagede oppga i konkurransegrunnlaget ikke noen bestemt metode for evalueringen, verken med hensyn til vektning av opsjoner eller lignende. De angitte tildelingskriteriene var imidlertid i det vesentlige knyttet til prismessige forhold, og skjønnsutøvelsen således knyttet nokså klart til økonomiske størrelser.

114 Klagenemnda er da av den oppfatning at innklagedes evaluering ikke må avvike fra

forsvarlig økonomisk metode og teori, uten at det er redegjort for mulige avvik fra dette i konkurransegrunnlaget. Noe annet ville være uventet og derfor komme i konflikt med kravet til forutberegnelighet i lovens § 5 tredje ledd.

115 Klagenemnda er på denne bakgrunn enig med klager i at det for sammenligningsformål må gjøres et skille mellom ubetingede forpliktelser og opsjonsrettigheter ved kostnadsvurderingene og sammenligningene av tilbudene. Det vil da være nødvendig, men ikke tilstrekkelig, å vektlegge sannsynligheten for at opsjoner vil bli benyttet.

116 Klagenemnda har ingen innvendinger mot at opsjonen på drifts- og vedlikeholdsavtalen i evalueringen ble verdsatt til 75 % ut fra sannsynligheten for at den ville bli benyttet. Dette ligger innenfor innklagedes innkjøpsfaglige skjønn.

117 Klagenemnda mener imidlertid at det ikke kan være tilstrekkelig å foreta en sontring ut fra en sannsynlighetsvurdering av at forpliktelsen inntreffer. Klagenemnda mener videre at det kan foreligge en plikt til neddiskontering av tilbudene til nåverdi for å unngå objektivt uriktige resultater. I den foreliggende sak er det tale om lange perioder frem i tid. Dette gjør at usikkerheten omkring forpliktelsene øker. Innklagede har etter klagenemndas mening ikke kunnet angi tilstrekkelig begrunnelse for at neddiskontering ble unnlatt.

118 Klagenemnda har etter dette kommet til at ved ikke å skille tilstrekkelig mellom faktiske og potensielle kostnader, samt ved ikke å ha neddiskontert fremtidige kostnader til nåverdi, har Helsebygg Midt-Norge brutt kravet til forutberegnelighet i lov om offentlige anskaffelser § 5 tredje ledd.

Vektlegging av kvalitetsforskjeller

119 Slik klagenemnda leser evaluering dokumentene, har det vært foretatt en kvalitativ sammenlignende vurdering av de tilbudte løsninger på område drift og vedlikehold (strukturert kabling, pålogging og autentisering, datanett, katalogtjeneste, opplæring). Det gjelder kvalitetsvurderinger som ligger innenfor det andre delkriterium i konkurransegrunnlaget ("øvrige drifts- og vedlikeholdskostnader som følge av kvaliteten på den tilbudte løsning").

120 Klagenemnda anser med dette at det er godtgjort både at det er relevante kvalitetsforskjeller mellom det valgte tilbudet og klagers tilbud, og at forskjellen i henhold til tildelingskriteriene skal vektlegges i evalueringen.

121 Når det gjelder det sjablongmessige påslaget på 5 %, finner ikke klagenemnda at dette

fremstår som uforsvarlig i den foreliggende sak. Det vises til den relativt grundige og konkrete evalueringen av kvalitetsforskjellene, og at forskjellene må verdsettes. Selv om forskjellene i hovedsak er tekniske, vil det også her måtte utøves et skjønn fra innklagedes side. Klagenemnda finner således heller ikke her grunnlag for å underkjenne innklagedes skjønnsutøvelse.

Evne til å gjennomføre det beskrevne oppdrag

122 Kvalifikasjonskravene for prosjektet ble beskrevet i konkurransegrunnlagets Kap 3 ("Krav til entreprenøren"), og alle de tre leverandørene som leverte inn tilbud ble funnet kvalifiserte.

123 Spørsmålet om bruk av leverandørens kvalifikasjoner som tildelingskriterium har vært vurdert av klagenemnda i flere tidligere saker. Spørsmålet er også vurdert av EF-domstolen i blant annet C-315/01 (GAT), der det ble lagt til grunn at teknisk kapasitet som tildelingskriterium kunne godtas basert på dokumenterte tidligere leveranser, og i C-324/93 (Evans Medical), der "leveringssikkerhet" ble akseptert som tildelingskriterium.

124 Det forhold at klagers kvalifikasjoner ble vurdert som tilstrekkelig til å gjennomføre kontrakten, kan derfor ikke i seg selv medføre at oppdragsgiver er avskåret fra å legge vekt på dokumentert gjennomføringsevne ved valg av tilbud.

125 Oppdragsgiver står imidlertid ikke fritt til å benytte forhold hos leverandøren som tildelingskriterium. Det kreves således blant annet at tildelingskriteriet skal ha en økonomisk verdi for oppdragsgiver, og være tilknyttet kontraktens gjenstand.

126 Med dette som utgangspunkt er klagenemnda enig i at når gjennomføringsevne er oppstilt som et tildelingskriterium, innebærer dette at oppdragsgivers evaluering er begrenset til egne kostnader som påløper dersom kontrakten ikke oppfylles korrekt.

127 Så langt klagenemnda kan se, har innklagede i sin evaluering lagt dette til grunn. I anbudsevalueringen av 23.12.2003 fremgår det således at "*For Ementor er dette en betydelig risiko og vil sannsynligvis medføre at HBMN må styrke sin organisasjon for oppfølging og få mange krav om endring av ulike årsaker*". Dette indikerer at innklagede har hatt potensielle økte egne kostnader for øye, og ikke endret kontraktspris som følge av mengdejusteringer.

128 Videre fremgår det at "*I forhold til den økonomiske sammenstillingen er det anslått*

at identifiserte svakheter og risiko forbundet med Ementors tilbud utgjør 10 % av tilbudssummen". Klagenemnda forstår dette slik at egne kostnader er skjønnsmessig tallfestet, og funnet å tilsvare 10 % av klagers tilbudssum. Å øke klagers tilbudssum med 10 % har med andre ord for så vidt vært en adekvat metode for å gjøre kriteriene sammenlignbare.

129 Klagenemnda mener etter dette at klagers anførsler vedrørende manglende gjennomføringsevne ikke kan føre frem.

Retten til reforhandling

130 I EF-domstolens avgjørelse i sak C-337/98 (Matra), premiss 46, berørte man spørsmålet om hvor langt det vil være adgang til å reforhandle en inngått avtale, før dette anses som inngåelse av en ny avtale.

131 Reforhandlinger som har rimelig kommersiell og funksjonsmessig sammenheng med den først inngåtte avtale, må i utgangspunktet godtas. Dette må stilles på linje med f.eks. utøvelse av endrings- og tilleggsarbeider ("Change order") i entrepris- og tilvirkningsforhold. Dette stiller seg EØS-rettslig og i forhold til direktivene annerledes når det er tale om å reforhandle "essential terms of the contract".

132 At det er teknologiske og prismessige forskjeller mellom den reforhandlede avtalen og den opprinnelige avtalen vil således ikke i alle tilfeller

være tilstrekkelig til at det må regnes som inngåelse av en ny avtale i strid med regelverket. Endringer som følge av den teknologiske utviklingen på punkter som er av marginal betydning, og endringer som følge av inflasjon eller prisjusteringsbestemmelser i kontrakten, må etter omstendighetene aksepteres.

133 Klagenemnda har ut fra det fremlagte materiale således ikke rettslige innvendinger mot at det er forutsatt reforhandlinger av den inngåtte avtalen.

Utvelgelse av hvilke opsjoner som skal tas med i evalueringen

134 Det var i konkurransegrunnlaget opplyst at det ville bli lagt vekt på opsjonene som fremgikk i Bilag1. I evalueringen ble dette fraveket, ved at bare opsjoner innklagede vurderte som sannsynlig ville bli vektlagt. Dette har medført at flertallet av opsjonene i Bilag 1 ikke har blitt vektlagt.

135 I uttrykt dom fra Eidsivating lagmannsrett av 7.12.2001 er det lagt til grunn at det kan legges vekt på de opsjoner som man på evalueringstidspunktet regnet med ville bli brukt. Overføringsverdien av denne avgjørelsen til et så omfattende og langsiktig kontraktsforhold som i den foreliggende sak, er imidlertid etter klagenemndas mening beskjedent. Klagenemnda kan heller ikke se at lagmannsretten har vurdert om en slik innskrenkende fortolkning av tildelingskriterienes ordlyd er i samsvar med kravene til forutberegnelighet og gjennomsiktighet i lovens § 5 tredje ledd.

136 Klagenemnda ønsker imidlertid ikke, ut fra den begrensning som ligger i nemndbehandlingsform, å ta stilling til om utvelgelsen av opsjoner i evalueringen har vært i samsvar med regelverket. Klagenemnda har under enhver omstendighet tilstrekkelig grunnlag for å overprøve om innklagedes oppfatning av hvilke opsjoner som det var sannsynlig ville bli benyttet, og som dermed skulle legges til grunn i evalueringen, var usaklig eller uforsvarlig.

Rammeavtale B13 IKT

137 Med hensyn til rammeavtale B13 IKT er klagenemnda av den oppfatning at denne

ikke naturlig faller inn under noen av de i konkurransegrunnlaget angitte tildelingskriterier, og heller ikke i det underlagsmateriale som konkurransegrunnlaget henviser til. Rammeavtalen var heller ikke med i bilag B 1, som det var vist til under tildelingskriteriene. Det var således ikke adgang til å vektlegge denne i evalueringen.

Konklusjon

Klagenemnda finner at Helsebygg Midt-Norge:

- ved å utlyse en konkurranse om kontrakt og opsjoner med varighet og omfang som begrenser konkurransen i en tidsperiode på potensielt 8 år, har brutt kravet til konkurranse i lov om offentlige anskaffelser § 5 annet ledd.
- ved å utlyse en konkurranse med tildelingskriterier som ikke i nødvendig grad sikrer forutberegnelighet for aktuelle leverandører, har brutt lov om offentlige anskaffelse § 5 tredje ledd.
- ved ikke å skille tilstrekkelig mellom faktiske og potensielle kostnader, samt ved ikke å ha neddiskontert fremtidige kostnader til nåverdi, har Helsebygg Midt-Norge brutt kravet til forutberegnelighet i lov om offentlige anskaffelser § 5 tredje ledd.
- ved å angi tildelingskriteriene i uprioritert rekkefølge, i realiteten har betinget seg et så vidt skjønnet ved valg av tilbud at det i dette tilfelle strider mot

kravet til gjennomsiktighet i lov om offentlige anskaffelser § 5 tredje ledd.

- ved å ha lagt vekt på B 13 Rammeavtale IKT i evalueringen av tilbudene, uten at dette fremgikk tilstrekkelig klart av tildelingskriteriene, har brutt forskrift om offentlige anskaffelser § 10-2 (2).

For øvrig og på andre punkter anført av klageren finner Klagenemnda enten at klagen ikke fører frem, eller at nemndas skriftlige saksbehandling tilsier at vedkommende klagepunktet avvises fra behandling med hjemmel i forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser FOR 2002-11-15 nr 1288 § 9.

For klagenemnda, 13. februar 2004

Kai Krüger



Forsiden
Nemndsmedlemmer
Saksbehandling
Regelverk
Innkomne saker
Statistikk
Årsrapporter
Dommer
Søk i avgjorte saker

Avgjorte saker:

[2003](#) [2004](#) [2005](#)

Besøksadresse

H. Heyerdalsgate 1
0033 Oslo

Postadresse

Postboks 8132 Dep
0033 Oslo

Tlf.: 22 33 70 10

Faks: 22 33 70 12

E-post:

postmottak@kofa.no

Avgjorte saker

Oppdragsgiver kunngjorde en anskaffelse omfattet av forsyningsforskriften, men som falt under terskelverdiene. I kunngjøring og konkurransegrunnlag ble det opplyst at reglene i forskrift om offentlige anskaffelser fikk anvendelse. Klagenemnda la til grunn at oppdragsgiver på avtalerettslig grunnlag var forpliktet til å følge bestemmelsene i forskrift om offentlige anskaffelser. Det var bedt om tilbud blant annet på oppgradering av to pumpestasjoner. En av leverandørene ga tilbud basert på at pumpene hadde tilstrekkelig kapasitet, og innkalkulerte derfor ikke kostnader til oppgradering. Dennes tilbud ble valgt. Klagenemnda fant at tilbudet inneholdt materielle avvik fra konkurransegrunnlaget som skulle medført avvisning.

Klagenemndas avgjørelse 9. februar 2004 i sak 2003/146

Klager: Jan Inge Gjermundshaug AS

Innklagede: Alvdal kommune

Klagenemndas medlemmer: Per Christiansen, Morten Goller, Siri Teigum

Saken gjelder: Likebehandling. Plikt til å følge regelverket på avtalerettslig grunnlag. Klagenemndas kompetanse. Tolkning av konkurransegrunnlaget. Avvik fra konkurransegrunnlaget.

Bakgrunn:

Alvdal kommune (heretter kalt "innklagede") kunngjorde 21.2.2003 en åpen anbudskonkurranse for bygge- og anleggsarbeider. Arbeidene gjaldt:

"3,5 km avløpsledning med 1 elvekryss og 2 nye pumpestasjoner samt oppgradering av 2 eksisterende pumpestasjoner inkludert overvåkning lagt inn i eksisterende driftsovervåkningssystem".

I konkurransegrunnlaget fremgikk det at anskaffelsen ville følge reglene i forskrift om offentlige anskaffelser del I og del III. Videre fremgikk det at:

"Prosjektet omfatter legging av avløpsledning for 450 pe inkludert 2 pumpestasjoner, nødvendig signalanlegg for driftsovervåking og vannledninger til driftsvann til pumpestasjonene. Det er en elvekryssing på traseen. Endepunktene på ledningene ligger i tilnærmet samme nivå. I tillegg skal 2 eksisterende pumpestasjoner oppgraderes.

...

Eksisterende stasjoner oppgraderes tilsvarende. Eksisterende pumpesumper kan evt. beholdes."

Valg av tilbud ville skje etter det økonomisk mest fordelaktige tilbud, etter nærmere angitt tildelingskriterier.

Det ble avholdt anbudsbefering 18.3.2003. I referat fra beferingen fremgår det:

"Det ble ved beferingen stilt en del spørsmål om ansvar og utførelse. Følgende skulle gi svar på det meste.

Det er opp til anbyder å utarbeide og tilby løsninger som de kan stå inne for..."

Innklagede mottok fire tilbud, herunder fra Jan Inge Gjermundshaug AS, heretter kalt "klager". Klagers tilbud, og to av de andre tilbudene, baserte seg på at de to eksisterende pumpestasjonene skulle oppgraderes slik som forutsatt i konkurransegrunnlaget. Ett av tilbudene ble levert inn av Sanden Maskin AS, og baserte seg på at de to eksisterende pumpestasjonene hadde tilstrekkelig kapasitet, og innkalkulerte derfor ikke kostnader til oppgradering. Sistnevnte tilbud ble valgt av innklagede.

Innklagede mottok deretter en klage, og valgte på denne bakgrunn å be den valgte leverandøren og klager om å revidere sine tilbud med hensyn til oppgradering av de to pumpestasjonene. Den valgte leverandørens opprinnelige tilbud var på kr. 1.799.500,- eks. mva. Nytt tilbud med tillegg for oppgradering ble innlevert pålydende kr. 1.989.469,- eks. mva. Klagers opprinnelige tilbud var på kr. 2.804.812,- eks. mva. Ny, redusert pris etter at oppgradering av pumpestasjonene var tatt ut, var kr. 2.286.100,- eks. mva.

Også denne gang ble det klaget med anførsel om at endringene var brudd på forhandlingsforbudet ved anbudskonkurranser. Innklagede valgte da å tildele kontrakten basert på de opprinnelige tilbud uten justeringer. Tilbudet fra Sanden Maskin AS ble valgt på nytt.

Partenes anførsler:

Klagers anførsler:

I konkurransegrunnlaget fremgikk det at oppgradering av to eksisterende pumpestasjoner skulle inngå i leveransen. Dette ble også opplyst på anbudsbeferingen. Den valgte leverandøren innleverte et mangelfullt tilbud i forhold til denne forutsetningen, og skulle derfor vært avvist.

Innklagedes anførsel om at det under beferingen ble opplyst at leverandørene gjerne måtte vurdere om det var faktisk behov for oppgradering av de eksisterende pumpestasjonene kan ikke legges til grunn som forutsetninger for konkurransen. Det fremgår ikke av referatet at dette ble nevnt. Alle leverandørene ble derfor ikke gjort kjent med dette. At tre av fire leverandører leverte komplett tilbud viser hva som var den allmenne oppfatning av forutsetningene.

Innklagedes anførsel om at det valgte tilbudet er et alternativt tilbud kan ikke legges til grunn. Den valgte leverandøren leverte ikke et komplett hovedtilbud. Det mangelfulle tilbudet er det eneste den valgte leverandøren leverte inn.

I meddelelse om valg av tilbud er det ikke angitt noen klagefrist. Dette er i strid med forskriftens § 17-3.

Innklagedes anførsler:

Innklagede har i ettertid blitt klar over at anskaffelsen omfattes av forsyningsforskriften. Siden anskaffelsen er kunngjort i henhold til forskrift om offentlige anskaffelser del I og III, er det likevel denne som vil regulere konkurransen.

Det valgte tilbudet ligger innenfor en rimelig fortolkning av det skriftlige konkurransegrunnlaget. Det var derfor ingen plikt til å avvise tilbudet.

Anbudskonkurransen var en totalentreprise, der leverandøren er prosjekterende og utførende. Det foreligger ikke et ferdig prosjektert og masseberegnet konkurransegrunnlag. I konkurransegrunnlaget var formålet med anlegget beskrevet, i tillegg til enkelte forutsetninger om beliggenhet, omfang og belastningskrav. Det var opp til leverandørene å prosjektere løsninger som ivaretok anleggets formål og som hadde tilstrekkelig standard. Konkurransegrunnlaget åpnet for ulike løsninger.

I konkurransegrunnlagets generelle del under prosjektopplysninger fremgår det at eksisterende pumpestasjoner skal oppgraderes for å klare økt belastning. Kommunen antok at eksisterende pumpestasjoner kunne få kapasitetsproblemer, men la til grunn at dette ville avklares av leverandørene under prosjekteringen.

Beskrivelsen av oppgraderingen av de to eksisterende pumpestasjonene må undergis den begrensning at en oppgradering faglig sett er nødvendig. Den valgte leverandøren vurderte det slik at hele, ikke bare deler av eksisterende pumpestasjoner kunne benyttes videre.

Subsidiært anføres at dersom det skriftlige konkurransegrunnlaget må tolkes slik at kommunen ubetinget krevde en oppgradering av pumpestasjonene, kunne tilbudet uansett ikke avvises etter den felles beferingen som ble foretatt. Befaringen utgjør også en del av konkurransegrunnlaget. Alle fremmøtte fikk anledning til å stille spørsmål, og det ble foretatt en rekke avklaringer. Den valgte leverandøren spurte uttrykkelig om eksisterende pumpestasjoner måtte oppgraderes, eller om det var opp til leverandøren å vurdere dette. Kommunens representant svarte at dette fikk leverandøren vurdere selv. Dette var en del av bakgrunnen for at alle leverandørene fikk tilsendt tekniske data for de to eksisterende pumpestasjonene.

Den valgte leverandøren foretok etter dette beregninger som viste at eksisterende pumpestasjoner har tilstrekkelig kapasitet, og at renovering og oppgradering derfor var unødvendig.

Atter subsidiært anføres at det valgte tilbudet var et alternativt tilbud. Hensynet til lovgivers intensjoner tilsier at man er lempelig med adgangen til å vurdere alternative tilbud. De eventuelle avvik i det valgte tilbudet gjaldt ikke vesentlige

forhold rundt leveransen, og medfører ikke vesentlige endringer i forhold til konkurransegrunnlaget. Det var derfor ikke et avvik som medfører avvisning.

Det var i konkurransegrunnlaget ikke opplyst at alternative tilbud ikke ville bli vurdert. I anbudsbeferingen ble det åpnet uttrykkelig for en slik adgang.

Leverandørene kunne i den foreliggende sak velge å kun levere inn et alternativt tilbud.

Det kunne virket ytterligere avklarende dersom møtereferatet hadde vært mer detaljert vedrørende at eksisterende pumpestasjoner kunne unnlates oppgradert. Dette kan likevel ikke bebreides kommunen, siden en slik forståelse må kunne innfortolkes i det øvrige, skriftlige konkurransegrunnlaget.

Uansett hadde unnlatsen ikke betydning for kontraktstildelingen. Klager ville ikke vunnet konkurransen selv om møtereferatet var mer presist. Det er usikkert om klager ville basert sitt tilbud på at oppgradering ikke var nødvendig. Videre ville klager uansett ligget mye høyere i pris enn den valgte leverandøren. Klager ble gitt anledning til å korrigere sine priser i etterkant, der kostnadene til oppgradering av eksisterende pumpestasjoner ble trukket ut. Klagers tilbud var fortsatt langt høyere.

Klagers tilbud var langt over den vedtatte ramme på 2 mill. kr. for utbyggingen. Klager ville derfor under ingen omstendigheter blitt tildelt kontrakten.

Klagenemndas vurdering:

Klager har deltatt i konkurransen og har saklig klageinteresse, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig.

Klagenemndas kompetanse

Anskaffelsen faller etter sin art ikke innenfor virkeområdet til forskrift om offentlige anskaffelser, jf. forskriftens § 1-2 (4), men under forskrift om innkjøpsregler for oppdragsgivere innen vann- og energiforsyning, transport og telekommunikasjon, "forsyningsforskriften". Den konkrete anskaffelsens verdi er imidlertid under forsyningsforskriftens terskelverdier, slik at denne likevel ikke får anvendelse. I konkurransegrunnlaget var det opplyst at reglene i forskrift om offentlige anskaffelser del I og III ville bli lagt til grunn for konkurransen, og innklagede må da anses forpliktet til å følge disse reglene ut fra et avtalerettslig grunnlag.

Klagenemnda kan kun behandle saker som gjelder brudd på lov om offentlige anskaffelser med forskrifter, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser §§ 1 og 6. I den foreliggende sak er det et spørsmål om brudd på reglene i forskrift om offentlige anskaffelser på avtalerettslig grunnlag. Innklagede er imidlertid under enhver omstendighet forpliktet til å følge de grunnleggende krav i lov om offentlige anskaffelser § 5, herunder kravet til forutberegnelighet. Å avvike fra reglene i forskrift om offentlige anskaffelser ville i det foreliggende tilfelle innebære et brudd på kravet til forutberegnelighet i lovens § 5. Klagenemnda har således kompetanse til å behandle saken med utgangspunkt i loven, og på bakgrunn av reglene i forskrift om offentlige anskaffelser.

Tolkning av konkurransegrunnlaget

Etter klagenemndas oppfatning fulgte det klart av konkurransegrunnlaget at tilbudet skulle omfatte oppgradering av to pumpestasjoner. Det er noe usikkerhet knyttet til hva som ble meddelt under beferingen, uten at klagenemnda kan se at dette kan få noen betydning. At det ble gitt anledning til å inngi tilbud uten oppgradering av to pumpestasjoner fremgikk ikke av referatet fra beferingen eller på annen måte. Forskriftens § 12-3 stiller krav om skriftlig referat skal sendes uten ugrunnet opphold til samtlige som har mottatt

konkurransesgrunnlaget.

Når det gjelder kravet til innhold i referatet fra befaringen, må dette ses i lys av kravet til etterprøvnbarhet i lovens § 5 og kravene i forskriftens § 12-4 (2) som lyder:

”Rettelser, suppleringer eller endringer skal umiddelbart sendes samtlige som har mottatt konkurransesgrunnlaget. Opplysninger som oppdragsgiver gir på forespørsel fra en leverandøren, skal likeledes meddeles alle”.

Opplysninger som måtte fremkomme på en befarings skal således nedtegnes i skriftlig referat til leverandøren, i den grad opplysningene innebærer en endring av konkurransesgrunnlaget. Når de anførte muntlige endringene i konkurransesgrunnlaget ikke fremkommer i skriftlig referat, kan dette ikke ses på som lovlige endringer. Leverandørenes tilbud skal i en slik situasjon baseres på det skriftlige konkurransesgrunnlaget, herunder på eventuelle senere skriftlige endringer eller modifikasjoner.

Klagenemnda legger derfor til grunn at det skulle leveres inn tilbud inkludert oppgradering av to pumpestasjoner. At dette ble utelatt i den valgte leverandørenes tilbud, innebærer ikke at tilbudet skal anses for et alternativt tilbud, men at det er levert tilbud på bare deler av ytelsen.

Dersom det er anledning til å levere inn tilbud på deler av ytelsen skal dette opplyses i konkurransesgrunnlaget, jf. forskriftens § 12-1 (1) a). Når dette ikke var gjort, innebærer dette at det valgte tilbudet avvek fra konkurransesgrunnlaget. Spørsmålet er etter dette om det var tale om et materielt avvik som måtte føre til avvisning, eller om avvikene hadde ubetydelig effekt på den samlede anskaffelsens pris, kvalitet og levering, slik at man kunne se bort fra dem, jf. klagenemndas avgjørelse i sak 2003/219 (Sykehuset i Vestfold). Det kan stilles spørsmål ved om §§ 15-10 (1) d), jf 15-6 er korrekt avvisningsgrunnlag for materielle avvik fra konkurransesgrunnlaget. Uansett rammes dette av det bredere kravet til likebehandling i lovens § 5.

Basert på de reviderte tilbudene fra henholdsvis Sanden Maskin AS og fra klager, legger klagenemnda til grunn at verdien av de aktuelle arbeidene utgjorde mellom 10 % og 20 % av totalverdien av anskaffelsen. I tillegg er det ikke tale om levering av arbeid eller varer av antatt dårligere kvalitet, men om et tilbud der deler av ytelsen beskrevet i konkurransesgrunnlaget ikke vil bli levert. Klagenemnda er på denne bakgrunn av den oppfatning at det forelå et materielt avvik fra konkurransesgrunnlaget, og at innklagede pliktet å avvise tilbudet fra Sanden Maskin AS ut fra plikten til likebehandling av leverandøren, jf. lovens § 5.

Det er ikke gitt klagefrist i meddelelsen om valg av tilbud, og meddelelsen er dermed ikke i samsvar med forskriftens krav (§ 17-3).

Konklusjon:

Alvdal kommune har brutt kravet til likebehandling i lov om offentlige anskaffelser § 5, ved ikke å avvise et tilbud med materielle avvik fra konkurransesgrunnlaget.

Alvdal kommune har brutt kravet til forutberegnelighet i lovens § 5, jf kravet til klagefrist i forskrift om offentlige anskaffelser § 17-3.

For klagenemnda, 11.2.2004

Morten Goller



Forsiden
Nemndsmedlemmer
Saksbehandling
Regelverk
Innkomne saker
Statistikk
Årsrapporter
Dommer
Søk i avgjorte saker
Avgjorte saker:
[2003](#) [2004](#) [2005](#)

Besøksadresse
H. Heyerdalsgate 1
0033 Oslo

Postadresse
Postboks 8132 Dep
0033 Oslo

Tlf.: 22 33 70 10

Faks: 22 33 70 12

E-post:

postmottak@kofa.no

Avgjorte saker

Klagenemnda kom til at tjenestekonsesjoner ikke er omfattet av regelverket for offentlige anskaffelser.

Klagenemndas avgjørelse 9. februar 2004 i sak 2003/250

Klager: Parajett AS

Innklaget: Direktoratet for samfunnssikkerhet og beredskap

Klagenemndas medlemmer: Per Christiansen, Siri Teigum, Morten Goller

Saken gjelder: Konsesjonskontrakter. Rekkevidden av loven og forskriften. Likebehandling.

Bakgrunn:

Parajett AS (heretter kalt "klager") mottok en forespørsel datert 19. september 2003 om å inngi tilbud på fremstilling, trykking og distribusjon av regelverket ADR/RID 2005 fra Direktoratet for samfunnssikkerhet og beredskap (heretter kalt "innklagede").

ADR/RID er regelverket for transport av farlig gods på vei og jernbane. Det er en forskrift som gjennomfører et EU-direktiv, som igjen bygger på konvensjoner som er basert på anbefalinger fra FNs ekspertkomité for transport av farlig gods. Det er et omfattende materiale; forskriften og oversettelse av direktivet og konvensjonene utgjør til sammen ca 1050 sider i den nåværende publikasjonen (ADR/RID 2003). I forskriften er det inntatt tabeller over farlige stoffer, merking og transport/oppbevaring av disse.

På grunn av regelverkets omfang fyller den trykte utgaven et behov både som oppslagsverk og som undervisningsmateriell. Forskrift av 11. november 2002 nr. 1264 pålegger hver transportør å ha gjennomgått et kurs i regelverket, jf. § 3-2. Etter forskrift (internkontrollforskriften) av 6. desember 1996 nr. 1127 § 5 nr. 1 plikter hver virksomhet å ha regelverket tilgjengelig.

Innklagede og leverandøren samarbeider om fremstillingen. Leverandøren dekker alle sine egne kostnader og tar seg betalt gjennom å selge produktet direkte til brukerne. Innklagede betaler ingenting og får heller ingen inntekter av salget, men dekker sine egne utgifter.

Det er ennå ikke laget noe kontraktutkast til avtalen om produksjon av ADR/RID 2005. I henhold til kontrakten for produksjon av 1999-utgaven av regelverket (inngått mellom det daværende Direktoratet for brann- og eksplosjonsvern og produsenten Elanders Publishing AS), forpliktet partene seg til å følge en oppsatt 20-punkts tidsplan som skulle ende med en bestemt utgivelsesdato. Produsenten ville pådra seg dagbøter ved forsinket utgivelse. Partene avtalte et nært samarbeid, der innklagede påtok seg ansvaret for det innholdsmessige. Under punkt 7 "Kostnader" het det:

"DBE dekker alle egne kostnader som tidsforbruk, kontormateriell, telefon, porto og reiser.

Alle øvrige kostnader dekkes av Elanders. Elanders er ansvarlig for alle vurderinger av disse kostnadene. Unntatt er kostnader som oppstår som en direkte følge av innholdsmessige feil i boken. Disse dekkes av DBE."

Videre het det under avtalens punkt 8 "Rettigheter":

"DBE har det fulle og hele eierskap til de oppdaterte ADR og RID databasene.

Elanders har rett til utgivelse og salg av ADR og RID 1999 til priser i henhold til gjeldende overenskomst med statens Forvaltningstjeneste ved Statens trykning – gjennom avtale ved referat av 20.05.96 fra Elanders, sist godkjent 31.12.96 – og avtale mellom DBE og Elanders Publishing av den 28. april 1997.(...)"

1999-avtalen er lagt til grunn for avtale om produksjon av 2001 og 2003-utgaven mellom de samme partene.

Tre leverandører inga tilbud. I brev av 24. oktober 2003 ble klager meddelt at firmaet ikke ville få kontrakten. På forespørsel fikk klager opplyst at Capella Media ville få kontrakten, på den bakgrunn at firmaet ligger i nærheten av innklagede og at innklagede har vært fornøyd med leveranser derfra tidligere. Klagers tilbud var på kr 281 per enhet, mens Capella Medias tilbud var på kr 340 per enhet. Capella Medias tilbud er inklusive distribusjon, mens distribusjonskostnader er utelatt i klagers tilbud. Ifølge klager vil prisen på distribusjon ligge på rundt kr 12 per enhet. Prisene er imidlertid bare et overslag over hva det koster å produsere varen. Leverandørene har ikke bundet seg til å ta en bestemt pris.

Anførsler:

Klagers anførsler:

Klager anfører at innklagede har brutt regelverket for offentlige anskaffelser.

Det aktuelle forholdet faller inn under regelverket for offentlige anskaffelser, jf lovens § 3. Anskaffelsen er over terskelverdiene i forskriftens § 2-2 og følger derfor regelen i del II. Unntaket for tjenestekonsesjoner kan ikke komme til anvendelse. For det første er oppdraget ingen tjeneste, da hoveddelen omfatter fremstilling og produksjon. For det andre kan oppdraget ikke forstås slik at innklagede overfører retten til å utføre en tjeneste til en utenforstående leverandør. Forholdet må betraktes som en samarbeidsavtale der innklagede eier innholdet og selve oppslagsverket, og leverandøren skal stille sin kompetanse og produksjonskapasitet til disposisjon for å gjøre produktet tilgjengelig for brukerne. Det vises til klagenemndas avgjørelse i sak 2003/149 med henvisninger.

Forespørselen ble sendt ut som en begrenset anbudskonkurranse. Brevet inneholdt verken bestemmelser om hvordan tildeling var ment å skje eller kriterier for tildeling. Dette er i strid med forskriftens § 5-1.

Når innklagede verken har oppgitt tildelingskriterier eller angitt at tildelingen skal skje til det økonomisk mest fordelaktige tilbudet, må tildeling skje til det tilbudet som har lavest pris, dvs klagers tilbud. Uansett er det i strid med likebehandlingsprinsippet å legge vekt på at leverandøren er en lokal aktør.

I tillegg brøt innklagede forskriftens § 10-3, da det ikke ble gitt noen begrunnelse for valget av tilbud.

Innklagedes anførsler:

Innklagede bestrider å ha brutt regelverket for offentlige anskaffelser.

Innklagede betaler ikke ut penger til produsenten. Forholdet er derfor ingen anskaffelse. Produsenten tar seg av det kommersielle og har hele risikoen.

Produsenten er ikke monopolist. Materialet er tilgjengelig på innklagedes nettside. Enhver kan laste det ned, trykke det og utgi det.

Det var ikke innklagedes hensikt å sende ut forespørsel i henhold til forskrift om offentlige anskaffelser § 4-1. Heller ikke er det nevnt i forespørselen at anskaffelsesprosessen skal foregå i henhold til regelverket for offentlige anskaffelser. Hadde dette vært hensikten, ville konkurransen vært utlyst i henhold til regelverket.

Klagenemndas vurdering:

Klager har deltatt i konkurransen og har saklig klageinteresse, jf forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig.

Det sentrale spørsmålet i saken er om forholdet mellom innklagede og produsenten av heftet og CD-platen med regelverket ADR/RID kommer inn under regelverket for offentlige anskaffelser.

Enhver står fritt til å laste ned regelverket og trykke det for utgivelse, men bare denne ene utgaven kan utgis med innklagedes medvirkning. Avtalen med innklagede kan dermed sies å representere en enerett til å produsere det som oppfattes som den offisielle utgaven.

Ettersom innklagede ikke selv skal ha varene, er kontrakten mellom innklagede og produsenten en tjenestekontrakt, jf forskriften § 1-4 bokstav d). Forholdet gjelder produksjon av en vare, men ytelsen til innklagede er selve produksjonen og distribusjonen. Produsenten på sin side får betaling gjennom å kunne utnytte sitt eget produkt kommersielt.

Forskrift om offentlige anskaffelser gjennomfører EØS-regler, herunder direktiv 92/50 (tjenstedirektivet). I Telaustria-saken (sak 324/98) fastslo EF-domstolen at såkalte tjenestekonsesjoner faller utenfor direktiv 93/38 (forsyningsdirektivet), mens det i Deutsche Bibliothek-saken (sak 358/00) ble fastslått at det samme gjelder for direktiv 92/50 (tjenstedirektivet). I Telaustria-dommen premiss 58 siste avsnitt uttalte domstolen:

”Selv om en sådan aftale er omfattet af direktiv 93/38, er den på fællesskabsrettens nuværende udviklingstrin udelukket fra anvendelsesområdet for dette direktiv, navnlig fordi den modydelse, som den førstnævnte virksomhed leverer til den anden, består i, at sidstnævnte virksomhed med henblik på at opnå betaling får ret til at udnytte sin egen ydelse.”

En tjenestekonsesjon defineres dermed som en kontrakt der leverandøren får betaling gjennom retten til å utnytte sin egen ytelse kommersielt, jf også definisjonen av bygg- og anleggskonsesjoner i forskriften § 1-4 bokstav g). Den foreliggende kontrakt faller inn under denne definisjonen.

Forskriften inneholder imidlertid ikke regler om tjenestekonsesjoner. Når slike kontrakter ikke er omfattet av direktivene, og forskriften ikke gir holdepunkter for at den skal ha et videre anvendelsesområde på dette punkt, finner klagenemnda at tjenestekonsesjoner ikke kan anses omfattet av forskriften.

Selv om tjenestekonsesjoner faller utenfor forskriften, kan det reisers spørsmål om slike avtaler går inn under loven om offentlige anskaffelser.

Etter § 3 omfatter loven "anskaffelser" av varer, tjenester og bygge- og anleggsarbeider. Ordet anskaffelser er ikke nærmere definert i loven. Ordlyden er imidlertid så vag og vidtfavnende at det er vanskelig å trekke rettslige slutninger ut fra denne alene.

Forarbeidene til loven inneholder ingen holdepunkter for at lovgiver har ment at tjenestekonsesjoner skal være omfattet av loven. Hadde lovgiver ment at loven på dette punkt skulle gis et videre anvendelsesområde enn i EØS-innkjøpsdirektivene, er det naturlig at dette hadde kommet til uttrykk i forarbeidene. Selv om formålet med regelverket kunne tilsi at en tjenestekonsesjon som her fulgte anskaffelsesreglene i loven, mener klagenemnda at det ikke er tilstrekkelige holdepunkter for at tjenestekonsesjoner er omfattet av lov om offentlige anskaffelser.

Klagenemndas kompetanse er begrenset til å vurdere lov om offentlige anskaffelser med forskrifter, jf klagenemndeforskriften § 1. Dette innebærer bl a at EØS-avtalen og privatrettslige regler faller utenfor klagenemndas kompetanse, med mindre slike regler har direkte betydning for tolkningen av anskaffelsesregelverket. Det kan ikke sies å være tilfelle her. Klagenemnda kan derfor ikke ta stilling til om innklagede har brutt EØS-avtalens generelle regler eller alminnelige anbudsrettslige regler forøvrig.

Konklusjon:

Direktoratet for samfunnssikkerhet og beredskap har ikke brutt regelverket for offentlige anskaffelser.

For klagenemnda,

9. februar 2004

Per Christiansen



Forsiden
Nemndsmedlemmer
Saksbehandling
Regelverk
Innkomne saker
Statistikk
Årsrapporter
Dommer
Søk i avgjorte saker
Avgjorte saker:
[2003](#) [2004](#) [2005](#)

Besøksadresse
H. Heyerdalsgate 1
0033 Oslo

Postadresse
Postboks 8132 Dep
0033 Oslo

Tlf.: 22 33 70 10

Faks: 22 33 70 12

E-post:
postmottak@kofa.no

Avgjorte saker

Helse Øst RHF innstilte to leverandører til parallelle rammeavtaler for leveranse av renholdsprodukter. Klagenemnda kom til at den første begrunnelsen som ble gitt klager var for knapp i forhold til kravene i forskrift om offentlige anskaffelser, men at klager i etterkant har fått tilstrekkelig begrunnelse, slik at spørsmålet ikke lenger har noen praktisk betydning. Klagenemnda kom videre til at det forelå brudd på forskrift om offentlige anskaffelser ved at innklagede ikke hadde fastsatt noen fordelingsnøkkel eller mekanisme for fordeling av bestillingene mellom leverandørene etter de parallelle rammeavtalene.

Klagenemndas avgjørelse i sak 2003/251

Klager: NorEngros AS

Innklaget: Helse Øst RHF

Klagenemndas medlemmer: Siri Teigum, Morten Goller, Per Christiansen.

Saken gjelder:

Krav til begrunnelse, krav til likebehandling, krav til forutberegnlighet, parallelle rammeavtaler.

Sakens bakgrunn:

Helse Øst RHF (heretter kalt "innklagede") kunngjorde 10.02.2003 en åpen anbudskonkurranse etter forskrift om offentlige anskaffelser for inngåelse av rammeavtale om leveranse av renholdsprodukter. Tildeling skulle skje til det økonomisk mest fordelaktige tilbudet. Tildelingskriteriene ble i konkurransegrunnlaget oppgitt å være:

”

- *Leveringsevne (i sortiment, presisjon og tid)*
- *Kvalitet*
- *Pris*
- *Service (Inkl. opplæring)*
- *Miljø*
- *Brukervennlighet*

Kriteriene er listet i uprioritert rekkefølge.”

I konkurransegrunnlaget sto blant annet:

”2. TILBUDSSPESIFIKASJON

Prosedyre: Åpen anbudskonkurranse

Helseregion Øst og Østfold fylkeskommune samt øvrige nedenfor nevnte sykehus (heretter kalt kunde), ønsker tilbud på rammeavtale for leveranser på renholdsprodukter.

<i>2.1.1 Foretak</i>	<i>2.1.2 volum i MNOK</i>	<i>2.1.3 Tiltredelsesdato</i>
<i>Aker universitetssykehus HF</i>		<i>Opsjon.</i>
<i>Akershus universitetssykehus HF</i>		<i>Opsjon.</i>
<i>Bærum Sykehus HF</i>	<i>0,8</i>	<i>Fra 01 01 2004</i>
<i>Barne- og ungdomspsykiatri Oslo HF</i>		<i>Opsjon.</i>
<i>Blakstad sykehus HF</i>	<i>0,5</i>	<i>Fra 01 01 2004</i>
<i>Kongsvinger sjukehus HF</i>		<i>Opsjon.</i>
<i>Oppland sentralsykehus HF</i>		<i>Etter avtalt tidspunkt.</i>
<i>Psykisk helsevern Østfold HF</i>	<i>0,50</i>	<i>Fra avtalestart.</i>
<i>Sanderud sykehus HF</i>		<i>Opsjon.</i>
<i>Sentralssjukehuset i Hedemark HF</i>	<i>0,2</i>	<i>Opsjon.</i>
<i>Ski sykehus HF</i>	<i>0,25</i>	<i>Etter avtalt tidspunkt</i>
<i>Sunnaas sykehus HF</i>	<i>1,02</i>	<i>Fra avtalestart.</i>
<i>Sykehuset Østfold HF</i>	<i>0,23</i>	<i>Fra avtalestart.</i>

Tynset sjukehus HF		Max 3 mnd. etter avtale start.
Ullevål universitetssykehus HF		Fra avtalestart.
Sykehusapotekene Sør-Østlandet ANS	1,21	
Østfold Fylkeskommune		Fra avtalestart.

I tillegg ønskes opsjon fra de øvrige sykehusene i Helse Øst RHF som ikke er med i første omgang.

Tilbudet skal være forpliktende for de sykehusene i Helse Øst RHF som er med.

...

2.3 Produktopplysninger/produksortiment

Kunde ønsker tilbud på leveranse av renholdsprodukter som skissert på tilbudsskjemaene.

...

Alternative tilbud:

Tilbudsskjemaer viser på noe variable områder produkter og renholdsmetodikk benyttet ved de respektive sykehus i dag. Det er full anledning til å tilby andre produkter som dekker de samme behovene. ..."

Konkurransesgrunnlaget presiserte under punkt 2.4 "Volum og pris- rabatt forhold" at:

"Estimert volum vil være resultatet av de som er med ref., tabell 2.1.1. Vi er klar over at forbruk fra en rekke sykehus ikke er med, men vi regner med leverandørenes erfaring med hensyn til oppfatning om total mengde hvis alle sykehus i Helse Øst RHF er med...

Estimatet er ikke på noen måte forpliktende."

Leverandørene skulle levere tilbud på renholdsprodukter som skissert på 6 regneark som fulgte konkurransesgrunnlaget. Tre av regnearkene listet opp historisk volumbehov for ulike produkter for henholdsvis Sykehuset Østfold HF og Østfold fylkeskommune (samlet), Oppland Sentralsykehus HF og Ullevål Universitetssykehus HF. De tre andre regnearkene var lister over ulike

produkter uten angivelse av volum for Helse Øst RHF generelt. På regnearket for Sykehuset Østfold HF og Østfold fylkeskommune skulle leverandørene fylle ut med "Varenummer", "Beskrivelse", "Antall i pakn. enh.", "Dosering", "Lev. Dager", "Miljømerke", "Enh. Pris" og "Årsverdi". Nederst på regnearket sto det:

"Varene er nå i rekkefølge med ,at pos 1 er den varen som hadde størst årsverdi i år 2000. Pos 2 hadde nest størst verdi o.s.v.

Det er da viktig å være mest konkurransedyktig på laveste pos. nr.

...

Kolonne Dosering:

- Skal for POLICH henwise til hvor mange kvadratmeter prisenheten dekker på normal skole og institusjonsstandard.

- Skal for RENGJØRINGSMIDLER angi antall milliliter pr. liter vann.

- Skal på MOPPER angi antall vask."

Åtte leverandører leverte tilbud, herunder NorEngros AS (heretter kalt "klager"), Ren Såpeindustri AS og C. Tybring-Gjedde ASA. Innklagede hadde tall på historisk forbruk av produkter fra Ren Såpeindustri, tidligere leverandør. På produktene fra prisskjemaet for Sykehuset Østfold HF og Østfold fylkeskommune ble det regnet ut totalpriser for hver leverandør kalt "Stk pris årsverdi". Denne utgjorde produktet av leverandørens stykkpris multiplisert med historisk volum. Produktene som leverandørene ga tilbud på varierte imidlertid i styrke og anbefalt dosering, for eksempel slik at en liter av en leverandørs produkt holdt til 1500 bøtter, mens en liter av en annen leverandørs produkt kun ville gi 450 bøtter. Leverandørens tilbud var således ikke direkte sammenliknbare. Som grunnlag for innstillingen foretok innklagede derfor en "nullstilling" av tilbudene på produktene fra prisskjemaet for Sykehuset Østfold HF og Østfold fylkeskommune. Nullstillingen innebar at det ble konstruert pris per brukerdose som så ble multiplisert med antatt årlig antall doser kalt "0 stilt årsverdi". For de produktene der leverandøren ikke tilbød tilfredsstillende kvalitet eller der doseringen manglet, ble det ikke utarbeidet noen nullstilt årsverdi. De nullstilte tilbudsskjemaene ble så sammenliknet i henhold til tildelingskriteriene, og kommentarer ble påført direkte på skjemaene.

Innklagede skrev så en innstilling der et kort sammendrag av kommentarene ble gitt for hvert av tildelingskriteriene for hver leverandør. For Tybring-Gjedde ASA sto det under punktet "kvalitet": "Dekker kravet. Ligger jamt på god kvalitet.", mens for klager sto det: "Dekker begrenset kravet."

Ren Såpeindustri AS og C. Tybring-Gjedde ASA ble innstilt for kontrakten.

I brev til klager datert 21.10.2003 skriver innklagede bla følgende:

"Grunnlaget for valget er at disse leverandørene resulterer i det økonomisk mest fordelaktige resultatet for kunde.

Tildelingen er gjort på bakgrunn av evalueringskriteriene i anbudsgrunnlaget.

Vi har på bakgrunn av innstillingen intensjon å inngå kontrakt med nevnte tilbydere. Dette vil skje tidligst fredag den 31.10.2003.

...

Det gjøres oppmerksom på at en undertegnet kontrakt ikke kan omstøtes. Vi viser videre til forskrift om offentlige anskaffelser av 01.07.01 § 10-3.4.

Eventuelle rettslige forøyninger for å stoppe kontraktsundertegningen må være avsender eller saksbehandler i hende i god tid før kontraktsundertegningen og senest 29.10.2003."

På oppfordring fra klager utdypet innklagede begrunnelsen for sitt valg i brev datert 28.10.2003, der det bla står:

"...Tilbudet er nullstilt slik at en sammenligner mest mulig like produkter. Etter gjennomgangen av tilbudet var det entydig at Norengros AS ikke kan forsvare merkostnaden opp mot økonomisk mest fordelaktige tilbydere. Alle vurderingskriterier er hensyntatt ved utvelgelsen av leverandør, men det har vært totalkostnad som har blitt utslagsgivende. Dette fordi de fleste tilbydere oppfyller forespørselens minstekrav innenfor øvrige tildelingskriterier."

Deretter gjennomgikk innklagede klagers relative score i forhold til de innstilte leverandørene punktvis for hvert av tildelingskriteriene. Innklagede skrev bla:

"Utvelgelseskriterie Kvalitet

NorEngros AS dekker begrenset sykehusets minimumskrav. Utprøving av Johnson produkter viser at NorEngros generelt har lagt seg på lavere kvalitet enn konkurrentene. Produktene som tilbys passer i noen grad dårlig til sykehusets forventede bruksområder. Fagpersonellet vurderte disse produktene i flere tilfeller som utilstrekkelige. Dette går på kvalitet mht brukervennlighet, mengde/effektivitet og sluttresultat.

Som eksempel kan nevnes, ...

Kvalitet har til en hvis grad hatt påvirkning på bortvalget av Nordengros som leverandør.

Utvelgelseskriterie Pris

Nordengros AS faller i overkant av 10 % dyrere ut mot billigste tilbyder. Estimater er gjort på bakgrunn av antatt produktmikks ved Sykehuset Østfold inkludert fylkeskommunene og Oppland sentralsykehus. Dette er gjort fordi det er her vi har hatt best statistikker over historisk forbruk. Det er ingen forhold som tilsier at produktmiksen vil avvike vesentlig ved andre foretak.

Det nullstilte tilbudet har hatt størst utslag på anbefaling om valg av leverandør.

..."

På oppfordring fra klager ble ytterligere begrunnelse sendt i brev datert 05.11.2003. Innklagede sendte med en liste over klagers tilbud på produktene i

prisskjemaet for Sykehuset Østfold HF og Østfold fylkeskommune, påført innklagedes kommentarer produkt for produkt. Kommentarene gjaldt først og fremst i hvilken grad klager tilfredstilte kravene og prosentmessig prisforskjell beregnet ut fra enhetspris. Deretter skrev innklagede bla:

"1.2 Innstilling

...

De innstilte leverandørene utfyller hverandre godt. Dette gjelder både mht pris og kvalitet. På de aller fleste varelinjer scorer en eller begge innstilte leverandører bedre enn klager på pris. Inntrykket forsterkes ytterligere når vi tar hensyn til doseringer. Vi har ikke funnet målbare og dokumenterte forskjeller i kvalitet som forsvarer at Dere innstilles fremfor valgte leverandører. Vi forventer at volumet av leveransene vil gå til den leverandør som er mest kostnadsoptimal pr varelinje.

Sykehus har en del spesialområder der det kreves spesielle produkter. Det er for en rekke varelinjer stilt spesifikke krav til kvalitet. Klager har for en rekke viktige produkter tilbudt enn dårligere kvalitet enn det som kreves. Vi kan ikke se at klager i tilstrekkelig grad oppfyller den kvalitet som kreves på produktene. Ref vår forespørsel. ...

Utvalget av leverandør er gjennomført på bakgrunn av:

- 1. kravene i sykehusets skriftlige forespørsel*
- 2. målbare, dokumenterte og etterprøvbare forhold som fremkommer i de skriftlig innkomne svar inkludert produktkatalog fra de tilbudte produsenter. Ikke dokumenterte eller uteglemte forhold i tilbudene ble ikke vektlagt. I den grad det har vært mulig og vi ikke har fått tilsendt tilstrekkelig informasjon fra tilbyder, har vi oppfylt vår undersøkelsesplikt ved å gå direkte på produktkatalogene til produsent.*
- 3. utvelgelseskriteriene i sykehusets skriftlige forespørsel*
- 4. ingen av tilbyderne er gitt mulighet til å forbedre/forhandle tilbudet*
- 5. det er gjennomført avklaringsmøter vedrørende produktenes kvalitet og sammenlignbarhet med 5 leverandører*
- 6. tilbudet er nullstilt mht enhetlige priser hovedsakelig pga styrke, virkningsgrad, doseringsmengde, ingen produkter er byttet ut ved nullstillingen*
- 7. det er volum artiklene basert på historisk forbruk ved SØ inkludert ØFK samt Sykehuset Innlandet (Oppland) som er lagt til grunn for prisberegningen, dette fordi det er her vi har kvalitetssikrede statistikker*

...

1.3.3 UTVELGELSESKRITERIET KVALITET

Klager oppfyller i manglende grad sykehusets kvalitetskrav. Vi har gjennomført en ny og grundigere gjennomgang av klagers tilbud og foretatt en relativt

grundig gjennomgang av produktkatalogene fra produktkatalogene fra produsent på de tilbudte produkter. Det blir stadig klarere at tilbyder ikke oppfyller sykehusets krav og at det i gjennomsnitt er tilbudt produkter av en billigere kvalitet enn hos konkurrentene. Se vedlagte regneark med Deres relative score på kvalitet og pris i forhold til krav og tilbud fra konkurrentene på volumproduktene.

Kvalitet har vært høyt vektet.

1.3.4 UTVELGELSESKRITERIET PRIS

Kriteriet er høyt vektlagt. Vi har brukt mye tid på å sjekke ut om produktene er sammenlignbare på pris mht doseringsmengde. Vi har ikke overprøvd produsentenes anbefalte doseringer, men vi har brukt mye tid på å finne og danne oss et bilde av kostnad pr "brukerdose". Dette har vært krevende og krever dybdekompetanse for å finne ulikheter innen, styrke på produkt, virkningsgrader, doseringsmengde etc. Dette er også årsaken til at det har vært behov for å gjennomføre avklaringsrunder.

...

"

I tilsvaret til klagenemnda av 03.12.2003 opplyser innklagede om at:

"Årsaken til at to tilbydere innstilles er delvis at de utfyller hverandre på pris. Vi oppnår med dette en prisfordel med ca kr 200.000,- kun basert på Østfold sitt volum. Der en av de innstilte tilbyderne er billig er neste tilbyder i en del tilfeller dyr. Ved kun å innstille Ren Såpeindustri som er eneste tilbyder som oppfyller alle krav, ville vi gått glipp av en prisfordel på en rekke varelinjer. I tillegg ser vi at der en av de innstilte tilbyderne tilbyr et "billig" produkt tilbyr andre et "kvalitets" produkt. Hvilket produkt som skal velges er opp til hvert foretak og vil avhenge av arbeidsmetode ved hvert foretak. Et billigere produkt har av og til kortere varighet. Økonomisk mest fordelaktige tilbud avhenger av pris pr enhet, dosering, varighet til resultatet og nødvendig arbeidskraft. Fagpersonenes vurdering er i tillegg at bruken vil dreie mot de tilsynelatende "dyre" produktene som sparer arbeidskraft. Kjemikaliene og renholdsutstyr er maksimalt 15% av totalkostnaden ved renhold. Ved å gjennomføre en todelt innstilling har foretakene en mulighet til å prøve ut de "dyre" (les enhetspris) produktene og bytte når og dersom lønnsomheten viser seg. Hvordan endelig produktmikts blir, er derfor umulig å forutse."

Med referanse til vedlegget "Tilbudssammenligning ifm klage NorEngros" som fulgte begrunnelsen av 05.11.2003 opplyser innklagede i brev til klagenemnda av 29.12.2003 at:

"Det er videre årsverdien basert på de forespurte enheter (i hovedsak kg og ltr) som er lagt til grunn ved prisberegningene pr varelinje."

Videre skrev innklagede:

"Årsaken til at vi har vist en nullstilt beregningsmåte (basert på brukerdose) i siste svar, er at vi så at en ensidig beregning ut i fra enhetspris kunne gi store feil i sluttresultatet. Vi har derfor vist alternativ beregningsmåte. Resultatet er entydig i klagers disfavør og beregningsmetode snur ikke innstillingen, men utslaget er mye større når vi regner om de oppgitte volum til brukerdoser, ref tidligere svar."

Partenes anførsler:

Klagers anførsler:

Klager anfører at innklagede har brutt forskrift om offentlige anskaffelser.

1. Forskriften § 10-3 er brutt ved manglende begrunnelse av valg av leverandør i meddelelsen datert 21.10.03.

For det første er det ikke fastsatt noen frist for å klage til oppdragsgiver. "Rettslige forføyninger" kan ikke etter sin ordlyd oppfattes som en frist til å klage til oppdragsgiver, som er det fristen i § 10-3 (2) gjelder, men er nærliggende å forstå som en frist for å begjære midlertidig forføyning for domstolene, noe som er en mye mer komplisert prosess enn en klage til oppdragsgiver. Formuleringen er derfor villedende og kan virke avskrekkende på leverandører som mener de ville hatt grunn til å klage.

For det andre inneholder ikke meddelelsen noen konkret begrunnelse for valg av leverandør. Dette er heller ikke oppfylt i de senere begrunnelsene som er sendt til klager.

2. Innklagede har brutt kravet til begrunnelse i forskriftens 3-8 (4).

Det gis ingen opplysninger om de valgte tilbudenes egenskaper og relative fordeler. Det er ikke redegjort for hvorfor det er de to valgte tilbudene som er satt opp mot andre tilbud, ei heller på hvilken måte de utfyller hverandre godt. I mangel av disse opplysningene blir den prosentvise sammenlikningen av klager og "billigste tilbyder" utilstrekkelig, da det ikke fremgår hvem klager sammenliknes med på de enkelte punkter. Klager kan dermed ikke gjøre seg opp en mening om hvorvidt forskriftens krav er fulgt ved tildelingen.

Det er heller ikke gitt forskriftsmessig begrunnelse for hvorfor klagers tilbud *ikke* ble valgt. De prosentvise sammenlikningene gir ikke tilstrekkelig veiledning når det ikke fremgår hvem av de to innstilte leverandørene klager sammenliknes med og det ikke begrunnes hvorfor ikke en annen sammensetning av tilbud kunne gitt en like gunstig total kostnad. Det fremgår av innklagedes tilsvarende at det ikke er fastsatt hvordan leveransen skal fordeles mellom de innstilte leverandørene. Innklagede har dermed også gjort det umulig for seg selv å begrunne hvordan leverandørene utfyller hverandre.

Innklagede viser flere steder til "nullstillingen" av tilbud, uten at det fremgår i begrunnelsene hva dette innebærer, dog slik at begrunnelse av 05.11.03 skrev at nullstillingen tok sikte på å finne "kostnad per brukerdose". I innklagedes tilsvarende til klagenemnda hevdes det derimot at dosering ikke er tatt hensyn til i tilbudssammenlikningen. Begrunnelsene som er gitt klager gir etter dette ikke grunnlag for å trekke noen slutninger om hvordan tilbudene er blitt sammenliknet, og er derfor i strid med kravet i forskriftens §§ 10-3 (2) jf 3-8 (4).

Også lest hver for seg er begrunnelsene uklare med hensyn til hvilke kriterier som er benyttet ved den såkalte nullstillingen. Klager har oppfattet nullstillingen som en størrelse som skal reflektere total kostnaden ved å benytte produktet for å oppnå et nærmere definert resultat. Innklagede har imidlertid aldri gitt noen entydig beskrivelse av prosessen, men kun vist til eksempler på forhold som er tatt i betraktning. Det er derfor uklart hva som var premissene for bedømmelsene av klagers tilbud i forhold til de øvrige innstilte. Når det nullstilte tilbudet fra Ren Såpeindustri er identisk med tilbudets stykkpris, fremstår det slik at den valgte prisenhet i ethvert tilfelle svarer til en brukerdose, hvilket indikerer at Ren Såpeindustri tilbud kan ha vært brukt som grunnlag for nullstillingen. Dette strider mot den øvrige beskrivelsen innklagede har gitt av nullstillingsprosessen.

Leverandørene fikk informasjon i konkurransegrunnlaget som tilsa at årsverdien var den pris som ville bli tillagt vekt ved avgjørelsen, og ikke verdien på de enkelte varelinjer. Oppdragsgiver måtte da forstå at denne verdien skulle oppgis

i begrunnelsen.

Begrunnelsen for at klager ikke nådde opp i konkurransen er dessuten dels selvmotsigende. I begrunnelsen av 29.10.03 står det at klager oppfylder sykehusets minimumskrav, mens det i begrunnelsen av 05.11.03 står at klager på en rekke områder har tilbudt dårligere kvalitet enn det som kreves.

Henvisningen til at klagers produkter holdt dårligere kvalitet enn det som var krevd i tilbudsforespørselen er under enhver omstendighet utilstrekkelig som begrunnelse for at klagers tilbud ikke ble valgt. Hadde innklagede oppfattet klagers tilbud på denne måten skulle klagers tilbud vært avvist. Det er tydelig at dette ikke var innklagedes oppfatning siden klager som en av de fem beste leverandørene ble invitert til avklaringsmøte.

3. Brudd på prinsippet om likebehandling i lov om offentlige anskaffelser § 5 (3)

Det fremgår av tilsvaret at bare Ren Såpeindustri leverer den etterspurte kvalitet på alle varelinjer. Tybring-Gjedde hadde altså noe utilfredsstillende kvalitet. For de varelinjer hvor en annen leverandør forutsetningsvis skulle levere, kan en generell henvisning til lavere kvalitet ikke ha betydning. Innklagedes begrunnelser til nå viser at dette har blitt tillagt avgjørende vekt i forhold til klager. Begrunnelsen av 05.11.03 vektlegger i konklusjonen sterkt at klager ikke hadde "tilfredsstillende kvalitet". Det er derimot ikke gitt opplysninger som tyder på at det er blitt vektlagt i forhold til Tybring-Gjedde. En slik ulik vurdering av tildelingskriteriet kvalitet i forhold til de to leverandørene innebærer et brudd på likebehandlingsprinsippet i lovens § 5.

4. Brudd på prinsippet om forutberegnlighet, gjennomskiktighet og etterprøvnbarhet i lov om offentlige anskaffelser § 5 (3)

Innklagede har brutt kravene til forutberegnlighet og etterprøvnbarhet ved å basere vurderingen på "en produktmiks fra Sykehuset Østfold HF, Østfold Fylkeskommune og Oppland Sentralsykehus (Del av sykehuset innlandet)" i strid med det som var oppgitt i konkurransegrunnlaget. Det følger av klagenemndas praksis i sak 2003/178 at det volum som skal legges til grunn ved vurderingen av tilbudene må opplyses i konkurransegrunnlaget. Volumangivelsen i konkurransegrunnlaget oppfyller ikke disse kravene. Det var ikke gjort klart for leverandørene at hovedvekten ville ligge på Østfold-statistikken ved vurderingen. I tillegg var det lagt ved flere tilbudsark som viste behovet hos andre oppdragsgivere, samt at det for mange varelinjers vedkommende ble vist til "behov for Helse Øst RHF" uten at volum av de enkelte varelinjer var nærmere angitt. I fravær av eksplisitte opplysninger om at Østfold-statistikken ville bli tillagt avgjørende vekt, var det ikke klart for leverandørene hvilket volum av de enkelte produkter vurderingen ville bli basert på.

I tillegg er verdimessig volum mangelfullt angitt. Når innklagede i konkurransegrunnlaget "regner med leverandørenes erfaringer" mht volum, innebærer dette en favorisering av leverandører som allerede er leverandører til oppdragsgiverne, da kun slike leverandører sitter inne med informasjon som nye leverandører ikke får gjennom konkurransegrunnlaget. En slik volumangivelse er derfor i strid med likebehandlingsprinsippet.

5. Ulovlig tildeling av parallelle rammeavtaler

Det kåres ingen vinner i konkurransen. Innklagede skriver i sitt brev til klagenemnda av 13.01.2004 at det "antas" i hovedsak at kjøpene går til den økonomisk mest fordelaktige leverandør per varelinje, hvilket innebærer at innklagede ikke har fastsatt noen produktmessig eller annen fordeling mellom de to innstilte leverandørene. Det er da ikke mulig for andre leverandører eller klagenemnda å etterprøve at oppdragsgiver har foretatt en vurdering av tilbudene som er i overensstemmelse med regelverket. Dette er i strid for med

de krav til parallelle rammeavtaler som følger av ESAs og klagenemndas praksis.

Innklagedes anførsler:

Innklagede bestrider å ha brutt forskrift om offentlige anskaffelser.

1. Forskriftens § 10-3

Innklagede har ikke benyttet ordet klagefrist når det er oppgitt når "kontraktstildeling tidligst vil skje" og "frist til å gå til rettslige forføyninger for å stoppe kontraktsundertegning", men dette var ment som en klagefrist og klager har klaget og fått behandlet klagen i henhold til klagefristen. Utelatelsen av ordet "klage" har derfor ikke hatt reell betydning for saken.

Innklagedes begrunnelse datert 28.10.2003 og 05.11.2003 forteller klagers relative score i forhold til hvert enkelt tildelingskriterium, og kan ikke betegnes som "generell". Begrunnelsene er ikke mangelfulle.

2. Forskriftens § 3-8 (4)

Begrunnelsene informerer på lovmessig måte om de forhold som er vektlagt ved de innstilte leverandører. De prosentvise sammenlikningene gir godt svar på hvordan klager har scoret på pris. I tillegg oppgis hvordan tilbyders produkter blir vurdert mht kvalitet.

Alle komposisjoner av leverandører er forsøkt vurdert, og de to innstilte leverandørene utfylte hverandre best på pris.

"Nullstillingen av tilbud" er det regnearket "tilbudssammenligning" som er utarbeidet for hver leverandør. Årsverdien som er lagt til grunn ved utvelgelsen er ikke misvisende, da volumene sto i konkurransegrunnlaget. Det er årsverdien basert på de forespurte enheter som er lagt til grunn ved prisberegningene som er oppgitt per varelinje. Årsaken til at innklagede har nullstilt beregningsmetode basert på brukerdose i begrunnelsen datert 05.11.03, er at en ensidig beregning ut i fra enhetspris kunne gi store feil i sluttresultatet. Innklagede har derfor vist en alternativ beregningsmåte. Resultatet er entydig i klagers disfavør og beregningsmetode snur ikke innstillingen, men utslaget er mye større når man regner om de oppgitte volum til brukerdoser. Klager fikk i brevet datert 05.11.2003 opplyst det prosentvise avviket i prisene, basert på tilbudssammenligningen.

Det er uriktig at det var årsverdien som skulle legges til grunn ved utvelgelsen.

Innklagede har fra første stund vært klar over at dosering kunne gi et utslag på innstillingen. Dosering er derfor tatt inn som en kolonne i de vedlagte tilbudsskjema.

Formuleringen "NorEngros dekker begrenset sykehusets minimumskrav" i den første begrunnelsen kan ha fremstått som noe uklar, men dette ble rettet opp i den neste begrunnelsen. Klager dekker ikke forespørselens krav på en rekke varelinjer. Formuleringen "dekker begrenset" må forstås relatert til innklagedes innstilling/anbudsprotokoll og helheten i tilbudet. Anbudsprotokollen skrives aldri i sterkere ordelag enn det som er strengt nødvendig for å vise forskjellen mellom tilbyderne, og den "diplomatiske" uttalelsen må anses som et forsøk på beholde et godt forhold til klager.

Innklagede er enig med klager i at klagers tilbud skulle vært avvist dersom alle opplysningene vedrørende de produkter der klager ikke tilfredstiller kravene hadde vært kjent og tilstrekkelig dokumentert før avklaringsmøtene. Innklagede er generelt forsiktige med å avvise tilbud, og ønsket å gi klager mulighet til å forklare om klagers produkter oppfylte kravene.

3. Lov om offentlige anskaffelser § 5 (1)

Klager oppfyller ikke skal kravene og tilbyr for lav kvalitet på klart flere varelinjer enn Tybring-Gjedde. Likebehandlingsprinsippet er derfor ikke brutt når det gjelder vektlegging av kriteriet kvalitet.

4. Lov om offentlige anskaffelser § 5 (3)

Det foreligger ikke brudd på prinsippet om forutberegnlighet.

Når det gjelder prisskjema "Behov fra Sykehuset Østfold HF", "Behov fra Oppland Sentralsykehus HF" og "Behov fra Ullevål Universitetssykehus HF" viser disse skjemaene til den statistikk over produktmiks vi hadde tilgjengelig ved utsendelse av forespørselen. Listene fra Ullevål og Oppland er ikke produktnøytrale og har store mangler. De er alle ment å vise produkter til det daglige renholdsbehovet og overlapper hverandre mht bruksområder.

Hovedsakelig grunnet den manglende statistikken, valgte innklagede å legge hovedvekten på Østfolds liste ved utvelgelsen. En annen beregningsmetode ville ikke gitt et annet resultat.

I den grad de 5 nevnte tilbudsskjemaer ikke er ivaretatt når vi legger Østfolds produktmiks til grunn ved utvelgelsen, utgjør avvikene under 20%. Volumkjøpene vil komme på den produktmiks som er lagt til grunn. I all hovedsak antas kjøpene å gå til den økonomisk mest fordelaktige leverandør pr varelinje av de to innstilte leverandører. Innklagede betrakter innstillingen for å være representativ og basert på den beste statistikken de med rimelighet har klart å gjøre tilgjengelig.

5. Parallele rammeavtaler

De innstilte leverandørene har ikke anmerket manglende produktfordeling mellom de innstilte leverandører. Produktmiksen påvirker ikke klagers situasjon på en måte som vil kunne være utslagsgivende for innstillingen.

Klagenemndas vurdering:

Klager har deltatt i konkurransen og har derfor saklig klageinteresse, jf forskrift 15.11.2002 om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig.

1. Forskriften § 10-3 (2)

Forskriften § 10-3 (2) bestemmer at meddelelsen til leverandørene om hvem som skal tildeles kontrakt skal inneholde en begrunnelse for valget og angi frist for leverandører til å klage over beslutningen.

Bruken av betegnelsen "rettslige forføyninger" i meddelelsen datert 21.10.03 er uheldig, meddelelsen bør imidlertid kunne anses som en angivelse av frist for leverandør til å klage over beslutningen til oppdragsgiver, idet det fremgår at de rettslige forføyningene skal rettes til innklagede, og ikke til domstolene. Klagenemnda går ikke nærmere inn på spørsmålet siden dette ikke har betydning i saken. Klager har levert inn en klage til oppdragsgiver, og fått denne realitetsbehandlet.

I meddelelsen fra innklagede er det kun henvist til evalueringskriteriene i konkurransegrunnlaget og at de valgte leverandørene resulterte i "det økonomisk mest fordelaktige resultat for kunde". Det følger av klagenemndas avgjørelse i sak 2003/3 at det ikke er tilstrekkelig i begrunnelsen for valg av tilbud å vise til tildelingskriteriene med en kommentar om at det økonomisk mest fordelaktige tilbud er valgt. Klagenemnda finner dermed at innklagedes begrunnelse datert 21.10.03 ikke tilfredsstillende kravet i forskriften § 10-3.

2. Forskriften § 3-8 (4)

Forskriften § 3-8 (4) lyder:

"Dersom en leverandør skriftlig anmoder om det, skal det senest innen 15 dager etter at anmodningen er mottatt gis en nærmere begrunnelse om hvorfor deres forespørsel om å få delta er forkastet, tilbudet er avvist eller hvorfor deres tilbud ikke er valgt. Dersom kontrakt er tildelt, skal navnet på den som fikk kontrakten opplyses sammen med det valgte tilbudets egenskaper og relative fordeler."

Klager har fremsatt ulike innsigelser mot begrunnelsens innhold.

Det anføres bl a at innklagede har lagt ved en sammenlikning produkt for produkt der det angis prosentvis avvik mellom klagers priser og den billigste leverandøren av de to innstilte sine priser. En slik sammenlikning vil i seg selv være tilstrekkelig for å vise de relative fordelene knyttet til tildelingskriteriet pris.

Innklagede har foretatt et saklig og representativt utvalg av varer for evaluering av pris. Klagenemnda kan derfor ikke se at innklagede skulle oppgi årsverdien i begrunnelsen, i motsetning til verdien på de enkelte varelinjer.

Ved å be om at leverandørene skulle angi dosering i prisskjemaet har innklagede gitt et varsel om at prisene skulle omregnes til pris per brukerdose. Klagenemnda mener at en slik nullstilling innebærer en grundig og nøyaktig vurdering av kriteriet pris, og at det ikke kan være en uventet beregningsmåte av kriteriet pris. Det fremgikk av begrunnelsen datert 05.11.03 at nullstillingen tok sikte på å finne kostnad per brukerdose, og at brukerdosen var den som produsenten anbefalte for det enkelte produkt. Klagenemnda kan ikke se at det foreligger motstrid mellom innklagedes beskrivelse av hva nullstillingen innebærer, og det forhold at det nullstilte tilbudet fra Ren Såpeindustri er identisk med tilbudets stykkpris.

Klagenemnda konstaterer at begrunnelsen av 05.11.03 viser til innklagedes arbeid med å beregne kostnad pr "brukerdose", og samtidig viser til et vedlegg som oppgis å vise "relativ forskjell i pris mot anbefalt tilbyder (...) for volum artiklene". Saksbehandlingen for Klagenemnda har avdekket at vedlegget faktisk viser ikke-nullstilte verdier. Dette kan være egnet til å forvirre og skape uklarhet rundt hvorledes tildelingskriteriet "pris" faktisk ble vurdert. Klagenemnda legger imidlertid til grunn at forholdet er tilstrekkelig klargjort i løpet av klagebehandlingen, og at verken dette eller eventuelle andre uklarheter i begrunnelsen har noen praktisk betydning.

Setningen "NorEngros AS dekker begrenset sykehusets minimumskrav" i begrunnelsen datert 29.10.03 er uklar. Det ble dog presisert i de følgende setningene dels at klager generelt hadde levert lavere kvalitet enn konkurrentene, dels at kvaliteten i flere tilfeller var utilstrekkelig. I begrunnelsen av 05.11.03 ble dette ytterligere presisert. Klagenemnda finner ikke grunn til å gå inn i vurderingen av om innklagede skulle avvist klagers tilbud pga for dårlig kvalitet. Det er i denne sammenhengen tilstrekkelig å konstatere at innklagede har funnet at klager har holdt lavere kvalitet enn de valgte leverandørene, og at dette har telt negativt i vurderingen av klagers tilbud. Ettersom kvalitet var et av tildelingskriteriene, måtte innklagede vektlegge dette. Etter Klagenemndas syn er innklagedes vurdering av kvaliteten kommet frem i begrunnelsene.

3. Loven § 5 (3)

Kvalitet var et av tildelingskriteriene i henhold til konkurransegrunnlaget. Det fremgår av innklagedes kommentarer i tilknytning til tilbudssammenligningene at innklagede har foretatt en vurdering av kvaliteten på produktene til de forskjellige leverandørene, og at innklagede hadde visse innsigelser både til klagers og Tybring-Gjeddes tilbud. Det fremkommer av innklagedes innstilling at innklagende anså klagers tilbud å inneholde flere og viktigere produkter som

ikke var av tilfredsstillende kvalitet. . Klagenemnda kan ikke se at innklagede har foretatt noen ubegrunnet forskjellsbehandling av klager og Tybring-Gjedde ASA som bryter med kravet til likebehandling i lovens § 5 (3).

4. Loven § 5 (3) om forutberegnlighet

Lov om offentlige anskaffelser § 5 (3) lyder:

"Oppdragsgiver skal sikre at hensynet til forutberegnlighet, gjennomsiktighet og etterprøvnbarhet ivaretas gjennom anskaffelsesprosessen."

Det følger av klagenemndas avgjørelse i sak 2003/50 at oppdragsgiver kan velge ut enkelte produkter for sammenligning av tilbudene, dersom utvelgelsen er saklig og forsvarlig og gir et representativt bilde av forventede faktiske kostnader. Produkter som utgjør en liten andel av den samlede anskaffelsen kan utelates i sammenlikningen.

Årsaken til at innklagede la prisskjemaet for Sykehuset Østfold HF og Østfold fylkeskommune til grunn, var at dette representerte den beste statistikken over historisk forbruk, og at innklagede ikke kjente til forhold som tilsa at produktmiksen ville avvike vesentlig ved andre foretak. Innklagede har med dette foretatt et utvalg av produkter som utgjør minst 80% av den forventede produktmiksen og som vil være representativ for de institusjonene som skal benytte seg av rammeavtalen. Klagenemnda anser at dette utgjør et saklig og forsvarlig utvalg.

Det følger av Klagenemndas avgjørelse i sak 2003/178 at oppdragsgiver plikter, så langt det lar seg gjøre, å opplyse om forventet volum i en konkurranse om rammeavtale, slik at ikke eksisterende leverandører får en uberettiget fordel. I prisskjemaet for Sykehuset Østfold HF og Østfold fylkeskommune var imidlertid de historiske volumene angitt. Rammeavtalene skulle gjelde for en rekke institusjoner, og i stedet for angivelse av estimert totalvolum ble det i konkurransegrunnlaget vist til leverandørenes erfaringer, ettersom innklagede manglet pålitelige statistiske opplysninger fra de øvrige institusjonene. Klagenemnda kan ikke se at innklagede har en plikt til å innhente slik statistikk i forkant av konkurransen, all den tid innklagede har oppgitt statistikk over forventet produktmiksen for en institusjon som er representativ for de øvrige institusjonene, slik at det er mulig å beregne priser.

5. Loven § 5 (3) om gjennomsiktighet og etterprøvnbarhet

Innklagede har innstilt to leverandører til parallelle rammeavtaler, uten at det er bestemt noen fordelingsnøkkel eller mekanisme for fordeling av bestillingene mellom leverandørene. Manglende fordelingsnøkkel eller mekanisme for fordeling innebærer et brudd med kravene til gjennomsiktighet og etterprøvnbarhet i loven § 5 (3), jf klagenemndas avgjørelser i sakene 2003/30 og 2003/38.

Konklusjon:

Innklagede har brutt forskrift om offentlige anskaffelser § 10-3 (2) ved å gi for knapp begrunnelse i brevet datert 21.10.03.

Innklagede har brutt lov om offentlige anskaffelser § 5 (3) om gjennomsiktighet og etterprøvnbarhet ved ikke å ha fastsatt noen fordelingsnøkkel eller mekanisme for fordeling av bestillingene mellom leverandørene etter de parallelle rammeavtalene.

For Klagenemnda, 09.02.2004

Siri Teigum



Forsiden
Nemndsmedlemmer
Saksbehandling
Regelverk
Innkomne saker
Statistikk
Årsrapporter
Dommer
Søk i avgjorte saker
Avgjorte saker:
[2003](#) [2004](#) [2005](#)

Besøksadresse
H. Heyerdalsgate 1
0033 Oslo

Postadresse
Postboks 8132 Dep
0033 Oslo

Tlf.: 22 33 70 10

Faks: 22 33 70 12

E-post:

postmottak@kofa.no

Avgjorte saker

Innklagede ga leverandørene adgang til å legge inn mål på indirekte kostnader og garantere både for direkte og indirekte kostnader etter tilbudsfristens utløp i en anbudskonkurranse. Dette innebar et brudd på forhandlingsforbudet i forskriftens § 9-1 (1), og det var ulovlig å vektlegge endringene ved evalueringen av tilbudet etter § 10-2(2) .

Klagenemndas avgjørelse 9. februar 2004 i sak 2003/275

Klager: SCA AS, S-Gruppen ASA, NorEngros Dahle AS

Innklaget: Kommunene Østre Toten, Vestre Toten, Gjøvik, Nordre Land og Søndre Land

Klagenemndas medlemmer: Per Christiansen, Morten Goller, Siri Teigum

Saken gjelder: Forhandlingsforbudet i anbudskonkurranser, tildelingskriterier

Bakgrunn:

Kommunene Gjøvik, Østre Toten, Vestre Toten, Søndre Land og Nordre Land (heretter kalt "innklagede") ved Østre Toten kommune kunngjorde 4. juli 2003 en åpen anbudskonkurranse for levering av medisinsk forbruksmaterieil. Anskaffelsen er en rammeavtale med tre og et halvt års varighet.

Punkt 3.4 i konkurransegrunnlaget lød:

"Ved tildeling av kontrakt vil kommunen velge det totaløkonomisk mest fordelaktige tilbudet/tilbudene. Følgende kriterier vil bli vektlagt (i prioritert rekkefølge);

Pris og prisstabilitet i avtaleperiode:

- lavest mulig pris på beskrevet (riktig) kvalitet.
- prisstabilitet i henhold til konkurransegrunnlagets pkt 5.7 Prisregulering.

Produktkvalitet:

- at det tilbudte produktet holder den kvalitet som kommunen har beskrevet
- at det ikke leveres tilbud på typiske "anbudsprodukter", dvs. billige produkter med en lavere kvalitet enn den kommunen har beskrevet og benytter p.t.

Opplæring/kompetanseutvikling:

- leverandørens evne (ressurser/kompetanse) til å betjene kommunen, jfr. konkurransegrunnlagets pkt 4.2 Service/oppfølging/produktinformasjon (siste avsnitt).

Logistikk-løsning:

- hvor stor andel av kommunens behov (produkter med riktig kvalitet) som leverandøren kan tilby/levere.
- bestillings- og leveringstider
- tilgjengelighet og fleksibilitet ved bestilling og behov for nærmere kontakt/produktinformasjon
-

Vi ber leverandørene dokumentere eller beskrive disse forholdene."

Det ble bedt om tilbud på produkter innen seks forskjellige produktgrupper, nemlig "inkontinens mv.", "sårbehandlingsprodukter mv.", "beskyttelse/bekledning mv.", "pleie- og testprodukter", "hudpleie og personhygiene" og "diverse produkter". Det var adgang til å inngi tilbud også på deler av leveransen, men innklagede gjorde det klart at de primært ønsket å inngå kontrakt med én leverandør, og at det bare ble aktuelt å dele leveransen mellom flere leverandører dersom dette var "vesentlig mer fordelaktig".

I alt seks leverandører innga tilbud. I brev av 21. november 2003 ble leverandørene meddelt at Medeco AS ville få kontrakten. Det het videre i brevet:

"Vedtaket bygger på en samlet vurdering av de innkomne tilbud relatert til de tildelingskriteriene som ble gitt i pkt. 3.4 i konkurransegrunnlaget.

Det ble produktgruppen Inkontinens mv. som ble mest utslagsgivende for vedtaket. Innen de øvrige produktgruppene ble det i stor grad levert inn tilbud på de samme produktene (som er direkte sammenlignbare) eller produkter med tilsvarende kvalitet. Totaløkonomisk var det her relativt sett små forskjeller mellom de 3 fullsortementsleverandørene.

Innen produktgruppen Inkontinens ga Medeco AS totaløkonomisk det beste tilbudet både med hensyn til skiffrekvensgaranti og kostnadsgaranti på de

tilbudte produktene."

S-Gruppen ASA og NorEngros Dahle Medical AS var de to andre leverandørene som hadde gitt tilbud på alle produktgruppene, mens SCA AS hadde gitt tilbud på en del av forespørselen, hovedsakelig inkontinensprodukter. SCA er også underleverandør til de to andre selskapene. SCA klagde saken inn for klagenemnda på vegne av alle de tre selskapene, med fullmakt fra de to andre. De tre blir i det følgende benevnt "klager".

Etter tilbudsfristens utløp innkalte innklagede leverandørene til separate oppklaringsmøter. I oppklaringsmøtene ble de tre fullsortimentsleverandørene bedt om å legge inn skiftfrekvensgaranti og kostnadsgaranti. Tilbudet til SCA inneholdt en beskrivelse av skiftfrekvens, men innklagede oppfattet ikke dette som noen garanti. De andre tilbudene til klager hadde ingen opplysninger om skiftfrekvens eller noen garantier. Dette var også tilfellet for Medecos tilbud. I forkant av oppklaringsmøtene fikk klager spørsmål om de ville garantere for den skiftfrekvensberegningen SCA hadde levert inn som en del av sitt tilbud. Klager gjorde dette i forkant av møtet, og ga kostnadsgaranti i etterkant av møtet, mens Medeco leverte begge garantiene etter møtet.

Med skiftfrekvensgaranti mener innklagede antall bleieskift per institusjonsseng per døgn. Dette har betydning for de indirekte kostnadene. Dess færre skift per døgn, dess mindre belastning blir det for personalet.

Med kostnadsgaranti menes maksimal kostnad per inkontinent seng. Dette er direkte kostnader som refererer seg til forbruk og pris av tilbudte inkontinensprodukter.

Poenget med garantiene, til forskjell fra en beregning, var at innklagede ønsket å gi leverandørene risikoen for at opplysningene om produktkvalitet holdt mål.

Fullsortimentsleverandørene ble siden innkalt til hvert sitt møte for produktgjennomgang. I dette møtet fikk leverandørene adgang til å demonstrere produktene sine.

Anførsler:

Klagers anførsler:

Klager anfører at innklagede har brutt regelverket for offentlige anskaffelser.

I anbudskonkurranser er det ikke adgang til å endre tilbudene etter tilbudsfristens utløp, jf. § 9-1(1). En slik endring skjedde da leverandørene fikk adgang til å legge inn skiftfrekvensgaranti og kostnadsgaranti. Klagers tilbud hadde skiftfrekvensgaranti, mens Medecos tilbud ble endret, og dette ble utslagsgivende for valget. Ved å ta endringene i betraktning har innklagede brutt § 10-2.

Når det gjelder enhetspriser på produktgruppen inkontinens, er klagers rimeligste tilbud (S-Gruppen) kr 720 082 mot Medecos 1 035 448. Dette utgjør en prisdifferanse på 43,75%.

Innklagede har vurdert Medecos Absorin-produkter som bedre enn klagers Tena. Denne påstanden er uberettiget, da det ikke finnes noen objektiv sammenligning av de to produktene. Testen Medeco har foretatt er en sammenligning av Absorin mot deres tidligere produkt Hartmann, og sier ingenting om forholdet mellom Absorin og Tena. Det kan heller ikke legges til grunn at Absorin holder høyere kvalitet enn Tena bare fordi Absorin har lavest skiftfrekvensgaranti

Når det gjelder evalueringen av kriteriet "*opplæring/kompetanseutvikling*", skulle innklagede gitt klager uttelling for at SCA har en egen representant i området.

Klagers tilbud skulle vært valgt som det økonomisk mest fordelaktige.

Innklagedes anførsler:

Innklagede bestrider å ha brutt regelverket for offentlige anskaffelser.

Pris er det tildelingskriteriet med størst vekt. Med dette mener innklagede totalprisen, som består av både de direkte kostnadene, dvs. utgifter til innkjøp, og de indirekte kostnadene, dvs. de ressurser (eksempelvis tidsforbruk) som medgår til bleieskift, skifte av sengeunderlag mv. sett i forhold til antall skift. Alle leverandørene har i sine tilbud fokusert på totalkostnadene.

For å likestille leverandørene og gjøre tilbudene sammenlignbare og mulige å følge opp i ettertid, ble de mest aktuelle leverandørene bedt om å utdype og klargjøre innholdet i tilbudene som omhandlet direkte (kostnadsgaranti) og indirekte kostnader (skifffrekvensgaranti). Begge fullsortimentsleverandørene til SCA leverte inn skift- og kostnadsgaranti i ettertid. SCA hadde lagt inn en beskrivelse av skifffrekvens i sitt tilbud, men ingen garanti. Denne gjaldt heller ikke fullsortimentsleverandørene.

Innklagede presiserte at leverandørene skulle legge den tilbudte produktsammensetningen, -kvaliteten og enhetsprisene til grunn ved utarbeidelse av garantiene. Etter innklagedes mening er det adgang til å innhente slike opplysninger gjennom forskriften § 9-1 (2) bokstavene a-c.

Når det gjelder evalueringen av produktkvalitet har innklagede utvist sitt beste skjønn basert på (1) skifffrekvensgaranti og (2) kvaliteten på produktene vurdert av innklagedes fagpersoner. Vurderingen er basert på erfaring (Medeco), demonstrasjon av produktene (SCA og Medeco) og referanser (SCA).

Når klager ikke blir likestilt med Medeco under kriteriet "opplæring/kompetanseutvikling", skyldes dette at SCAs opplæring bare tilbys på området inkontinens.

Innklagede spør dessuten om klagenemnda kan behandle en klage som, til tross for ti dagers frist, ikke først ble brakt inn for innklagede.

Klagenemndas vurdering:

Klager har deltatt i konkurransen og har saklig klageinteresse, jf forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig.

Forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser krever ikke at klager har uttømt sine klagemuligheter hos innklagede. Innklagede har samme adgang til å foreta en ny evaluering, eventuelt avlyse konkurransen, etter at saken er brakt inn for klagenemnda som etter en klage direkte til innklagede.

Klager er i denne saken tre leverandører, hvorav to er fullsortimentsleverandører, mens én (SCA) bare har levert tilbud på en del av produktene som etterspørres. Reelt sett har konkurransen stått mellom de tre fullsortimentsleverandørene. Til dette har klagenemnda ingen innvending, da innklagede gjorde det klart i konkurransegrunnlaget at én leverandør ville bli foretrukket fremfor flere delleverandører. Klagenemnda behandler derfor spørsmålet om innklagede begikk noen feil i evalueringsprosessen av de tre fullsortimentsleverandørene.

Det sentrale spørsmålet i saken er om innklagede brøt forhandlingsforbudet i

anbudskonkurranser ved å gi leverandørene anledning til å legge inn skiffrekvensgaranti og kostnadsgaranti i sine tilbud. Det er på det rene at disse garantiene har spilt inn ved evalueringen av tilbudene.

Etter forskrift om offentlige anskaffelser § 9-1 (1) er det i anbudskonkurranser forbudt å endre tilbudene gjennom forhandlinger. Opprinnelig tilbød verken Medeco eller de to andre fullsortimentsleverandørene noen av de to garantiene. SCA tilbød en skiffrekvens på 2,6, men dette var ingen garanti slik innklagede forstod det, fordi SCA opprinnelig ikke tilbød seg å erstatte utgiftene dersom skiffrekvensen skulle bli høyere. Uansett kan ikke klagenemnda se at SCAs tilbud på dette punkt skulle gjelde for underleveransene til fullsortimentsleverandørenes tilbud.

Resultatet var at fullsortimentleverandørene etter tilbudsfristens utløp garanterte både for skiffrekvensen og kostnadene. Med dette ble tilbudene tilført noe nytt, nemlig en beregning av indirekte kostnader samtidig som risikoen for kostnadsoverskridelser for varegruppen inkontinens blir skjøvet fra innklagede til leverandøren. Slike endringer i tilbudet strider mot § 9-1 (1). Unntakene i annet ledd kommer ikke til anvendelse, da det ikke dreier seg om avklaringer, utdypninger eller mindre justeringer, men endringer. Når innklagede i evalueringen har lagt vekt på de endringene av tilbudene som skjedde etter tilbudsfristens utløp, har innklagede i tillegg brutt forskriften § 10-2 (2).

Når det gjelder evalueringen av kriteriet "*produktkvalitet*", har klagenemnda ingen innvendinger mot at innklagede har lagt vekt på Medecos brukerundersøkelse, eller på innklagedes vurdering av referanser og produktdemonstrasjon. Innklagede hadde imidlertid ikke lov til å legge vekt på skiffrekvensgaranti.

Klagenemnda har ingen kommentarer til innklagedes vurdering av kriteriet "*opplæring/inkontinens*".

Konklusjon:

Innklagede v/Østre Toten kommune har brutt forskrift om offentlige anskaffelser § 9-1 (1) ved å gi adgang til å legge inn skiffrekvensgaranti og kostnadsgaranti etter utløpet av tilbudsfristen.

Innklagede v/Østre Toten kommune har brutt forskrift om offentlige anskaffelser § 10-2 (2) ved å vektlegge kriterier som ikke var oppgitt i anbudsgrunnlaget.

For klagenemnda,

9. februar 2004

Per Christiansen



Forsiden
Nemndsmedlemmer
Saksbehandling
Regelverk
Innkomne saker
Statistikk
Årsrapporter
Dommer
Søk i avgjorte saker
Avgjorte saker:
[2003](#) [2004](#) [2005](#)

Besøksadresse
H. Heyerdalsgate 1
0033 Oslo

Postadresse
Postboks 8132 Dep
0033 Oslo

Tlf.: 22 33 70 10

Faks: 22 33 70 12

E-post:
postmottak@kofa.no

Avgjorte saker

Innklagede benyttet et arkitektfirma til å utarbeide spesifikasjonene i konkurransegrunnlaget, samt til å bistå innklagede ved evalueringen av tilbudene. Det var anledning til å levere inn alternativt tilbud.

Konkurransegrunnlaget bestemte at innklagedes rådgivere kunne benyttes av totalentreprenøren til den videre prosjektering, hvis partene ble enige om dette. Klagenemnda kom under tvil til at arkitektfirmaet ikke var inhabile til å bistå oppdragsgiver under evalueringen.

Klagenemndas avgjørelse 09.02.2004 i sak 2003/272

Klager: Lønnheim Entreprenør AS

Innklaget: Asker kommune

Klagenemndas medlemmer: Morten Goller, Bjørg Ven, Per Christiansen

Saken gjelder:

Tildelingskriterier. Inhabilitet. Retting av tilbud. Innkjøpsfaglig skjønn.

Sakens bakgrunn:

Asker kommune (heretter "innklagede") kunngjorde 03.06.2003 en åpen anbudskonkurranse for totalentreprise vedrørende oppføring av idrettshall på Risenga i Asker. Kontraktens verdi ble anslått å ligge under terskelverdien. Konkurransegrunnlaget inneholdt spesifikasjoner for idrettshallen som var utarbeidet av Østgaard Arkitekter AS. Det var også anledning til å levere inn

alternativt tilbud. Tildeling skulle skje til det økonomisk mest fordelaktige tilbudet. Kriteriene var følgende, i ikke prioritert rekkefølge:

”

- *Pris og driftsøkonomi*
- *Funksjonalitet for brukere*
- *Estetisk kvalitet*
- *Kvalitet i tekniske løsninger og gjennomføring*
- *Konsekvenser og ulemper for naboer og samfunnet for øvrig i byggeperioden og varig*
- *Forbehold”*

I konkurransegrunnlaget sto det bl a:

”0.05 HVA SKAL LEVERES?

...

Prosjektpresentasjon:

Det gis anledning til å gi pris på selvutviklet prosjekt som alternativ til prosjekt beskrevet i tilbudsunderlaget. Prosjektet skal tilfredsstillende tiltakshavers program og Kirke og Kulturdepartementet (KKD) v/Idrettsavdelingen's krav til spillemidler.

...

0.06.2 Spesielle kontraktsbestemmelser for totalentreprise

...

1. Entrepriseform

Arbeidet gjennomføres som totalentreprise.

Byggherrens rådgivere ved utarbeidelse av tilbudsgrunnlaget kan benyttes av totalentreprenøren til den videre prosjektering, hvis partene er enige om dette.”

Saksbehandling:

Det innkom tilbud fra 3 entreprenører. Ett av disse ble avvist, slik at to leverandører deltok i konkurransen, Lønnheim Entreprenør AS (heretter ”klager”) og NCC. Begge leverte alternative tilbud i tillegg til tilbud etter kommunens beskrivelse.

Til evalueringen av tilbudene hadde innklagede satt opp en prosjektgruppe som var bemannet med bl a teknisk/økonomisk, arkitektfaglig, bygningsdriftsfaglig og idrettsfaglig kompetanse fra kommunen selv samt rådgivere, herunder Østgaard Arkitekter AS.

Østgaard Arkitekter AS skrev et notat 21.08.2003, der de i forhold til klagers alternative tilbud skrev:

”Lønnheims eget prosjekt (”alt. 3”) er nesten 3,2 millioner rimeligere enn NCC's

alternativ II. Dette forklares med redusert areal og kvalitet i forhold til beskrevet produkt. Sammenstillingen viser for Lønnheim kr. 9.495 pr. m², mot 8.916 for NCC alt. II.

Spesifisert prosjekt i anbudsmaterialet tilfredstiller både forskriftene og brukernes krav, mens Lønnheims "alt. 3" ikke uten videre tilfredsstiller noen av delene."

Deretter ble klagers tilbud kommentert i forhold til hvert enkelt tildelingskriterium, hovedsakelig som en sammenlikning med spesifikasjonene som fulgte arkitektkontorets eget alternativ fra konkurransegrunnlaget.

Samme dato ble det skrevet to notater der ventilasjon og elektriske installasjoner ble evaluert for de forskjellige tilbudene.

Den 26.08.2003 skrev prosjektleder et notat om vurderingen av tilbudene, som lød slik:

"1. Prosjektgruppens konklusjon og anbefaling

Prosjektgruppen har etter en samlet vurdering kommet frem til at anbudet fra NCC er det beste. Begge anbydere har gitt tilbud som fullt ut tilfredsstiller de krav og kriterier som er angitt i konkurransegrunnlaget og er relativt likeverdige på alle med unntak av pris. Det blir derfor utslagsgivende med anbudenes priser. NCC har lavest pris både med og uten miljørom inkludert.

Driftsøkonomi i tilbudene vurderes som likeverdige.

Begge anbydere har i tillegg tilbudt alternative prosjekter som avviker fra anbudsgrunnlaget. NCC sitt betinger at de også får bygge bade/svømmeanlegget. Det er en uakseptabel forutsetning. Lønnheim sitt har en knapp og uakseptabel løsning for internorganisering for å spare areal.

Begge alternative tilbud forkastes.

Driftsøkonomi i tilbudene vurderes som likeverdige.

Alle tilbudene er gjennomgått av Arkitekt og rådgivende konsulenter på alle felt. I tillegg er de gjennomgått av faggrupper internt i kommunen. De er grundig vurdert i forhold til alle kriterier i anbudskonkurransen.

Begge anbydere har besvart tilfredsstillende på alle punkter. Utsendt beskrivelse er konkret på design, plassering, materialevalg og krav til tekniske løsninger. Tilbudene forholder seg til dette fullt ut med unntak av angitte luftmengder i ventilasjonsanlegget. Det er det korrigert for prismessig."

Tilbudet fra NCC ble valgt av prosjektgruppen, og formannskapet vedtok at det skulle innledes kontraktsforhandlinger med NCC, under forutsetning av at kommunestyret vedtok de økonomiske rammene. Kommunestyret ga 28.10.2003 formannskapet myndighet til å godkjenne tilbudene.

Den 04.11.2003 ble det sendt ut brev til alle leverandørene. Som begrunnelse for valg av leverandør skrev innklagede bl a :

"...Asker kommune har etter en samlet vurdering kommet frem til at anbudet fra NCC er det beste. Begge anbydere har gitt anbud som fullt ut tilfredstiller de krav og kriteriet som er angitt i konkurransegrunnlaget og er relativt likeverdige på alle med unntak av pris. Det blir derfor utslagsgivende med anbudenes priser. NCC har lavest pris både med og uten miljørom inkludert.

Begge anbydere har i tillegg tilbudt alternative prosjekter som avviker fra

anbudsgrunnlaget. NCC sitt betinger at de også får bygge bade- /svømmeanlegget. Det er en uakseptabel forutsetning. Lønnheim sitt har en knapp og uakseptabel løsning for internorganisering for å spare areal.

Begge alternative anbud forkastes.

...”

Innklagede ga 11.11.2003 klager ytterligere begrunnelse for valget i form av kopier av notatene av 21.08.2003 og 26.08.2003.

Partenes anførsler:

Klagers anførsler:

Innklagede har brutt forskrift om offentlige anskaffelser §§ 3-4 og 3-6.

Klager hevder å være den eneste som gjennom sitt alternative tilbud oppfylte kommunens politiske vedtak om et nøkternt prosjekt innen en økonomisk ramme på kr. 40 millioner, og at de andre tilbudene derfor skulle vært avvist.

Innklagede har ikke klargjort hvorvidt klagers alternative tilbud ble forkastet på formelt grunnlag, eller om tilbudet ble godkjent og underlagt en evaluering opp mot tildelingskriteriene.

Østgaard Arkitekter AS var inhabile til å evaluere det alternative tilbudet, idet de hadde utarbeidet den løsningen som var beskrevet i konkurransegrunnlaget, og som var den løsningen som prosjektgruppen anbefalte. Det ligger åpenbare motiver av prestisjemessig karakter når arkitekten skal evaluere et alternativt forslag til sitt eget forslag på løsning av kommunens program for ny idrettshall. Det faktum at konkurransegrunnlaget åpner adgang for arkitekten og øvrige konsulenter til å bli engasjert av den som vinner konkurransen, etablerer også et økonomisk motiv som sterkt vil redusere hans objektivitet og dermed gjøre ham inhabil i evalueringen. Som deltaker i evalueringsgruppen vil leverandøren ha større mulighet for ytterligere oppdrag ved å anbefale det alternativet de selv har utarbeidet.

Det er ikke dokumentert en fyllestgjørende evaluering av tildelingskriteriene opp mot prisdifferansen på kr 3,2 millioner. Det er ikke fremlagt og dokumentert vurderinger og konklusjoner på de forutsatte kriterier ut over arkitektens subjektive kommentarer av klagers alternative løsning sett opp mot arkitektens eget løsningskonsept, slik at hans egen løsning fremstår som en slags fasit i evalueringen. Det er uriktig å regne et redusert totalareal som en negativ faktor så lenge romprogrammets bruksarealer tilfredsstillende konkurransesforutsetningene og den funksjonalitet den er tiltenkt. Klagers alternativ inneholder en rekke funksjonsforbedringer i forhold til arkitektens løsningskonsept, uten at disse er imøtegått i evalueringen.

Det eneste vesentlige forhold som er fremhevet i innklagedes evaluering er blanding av forskjellig type trafikk og adkomst gjennom nærmiljørommet til publikumsgalleri. Funksjonsforbedringene som klager har foreslått i brev av 26.10.03 ble ikke vurdert. Arkitekten skulle ha påpekt at den manglende separate adkomsten til det ene publikumsgalleriet lot seg løse ved egen gallerigang fra øvre vestibyle mot publikumsgalleriet. Kostnadene for dette er beskjedne og kalkulerbare og står ikke i forhold til prisforskjellen til det valgte tilbudet. Dette kan enkelt løses under detaljprosjektering og har ingenting med endring av tilbud før valg og kontrahering å gjøre. Innklagede har ikke valgt det økonomisk mest fordelaktige tilbudet basert på de forutsatte tildelingskriteriene.

Innklagedes anførsler:

Innklagede bestrider å ha brutt forskrift om offentlige anskaffelser.

Konkurranses grunnlaget viser ikke til en økonomisk ramme på 40 mill. kroner, dette var kun et politisk anslått budsjett, som senere er endret gjennom ny behandling av kommunestyret.

Det alternative tilbudet fra klager ble ikke avvist av formelle grunner. Det var med i konkurransen, men ble forkastet.

Forskriften § 3-6 gjelder bruk av rådgivere forut for en anbudskonkurranse dersom rådgiverne skal delta i konkurransen for oppdraget. Ingen av de benyttede rådgiverne deltok i konkurransen.

Det antas at klager ved å vise til forskriften § 3-4 sikter til forvaltningsloven § 6 annet ledd jf § 10 om at det etter en helhetsvurdering skal fastslås om det foreligger særegne forhold som er egnet til å svekke tilliten til vedkommendes upartiskhet i saken. Det foreligger ikke særegne forhold som er egnet til å svekke tilliten til Østgaard Arkitekter AS' upartiskhet i saken.

Det forhold at Østgaard Arkitekter AS har deltatt ved utarbeidelsen av spesifikasjonene medfører ikke et slikt særegent forhold at de er inhabile til å vurdere alternative tilbud i evalueringsprosessen.

Eventuelle prestisjemessige ønsker fra denne rådgiveren er for svakt grunnlag til å konstatere inhabilitet etter § 6 annet ledd.

Dersom det skal settes grenser for hva slags alternative løsninger som kan leveres inn, slik at det ikke skal kunne få konsekvenser for den videre behandling, vil dette kunne føre til at grensen må trekkes så snevert at det ikke kan åpnes for ellers ønskelige alternative løsninger.

Klager anfører at Østgaard Arkitekter AS var inhabile på grunn av økonomiske egeninteresse i evalueringen fordi firmaet ville kunne bli valgt til å fortsette sitt arbeid ved en avtale med den leverandøren som blir valgt til å gjennomføre prosjektet. Anførselen synes å bygge på at det alternative tilbud avviker fra den beskrevne løsning på en slik måte at utsiktene til å oppnå eventuelle ytterligere oppdrag avhenger av hvilken leverandør som blir valgt. Dette må i så fall ha fremstått som nokså klart. Alternative løsninger kan dessuten fravike konkurransegrunnlaget på forskjellige måter, i forskjellig grad og med forskjellige typer avvik fra flere leverandører. Innklagede mener at situasjonen ikke utgjør et tilstrekkelig særegent forhold.

Arkitektkontoret i denne saken har ingen tilknytning til den valgte leverandøren. Det foreligger så langt innklagede vet heller ikke noe løfte om videre engasjement. Valg av leverandør har således ikke i seg selv utgjort noen form for fordel for arkitektkontoret. Arkitektkontorets interesse i saken er av en så hypotetisk, indirekte og fremtidig art at det ikke kan bli tale om inhabilitet i denne situasjonen.

Det ville dessuten være svært enkelt for arkitektkontoret å sette seg inn i materialet og arbeide videre med detaljprosjektering på dette grunnlag, slik at konkurransefortrinnet uansett ikke har vært fremtredende.

Vedkommende arkitekt har dessuten ikke hatt en slik nøkkelposisjon at han kunne påvirke konkurransen, slik at en eventuell inhabilitet ikke har hatt betydning for utfallet, jf prinsippet i forvaltningsloven § 41.

Klagers alternative tilbud var lavest på pris, men dette scoret lavere på andre kriterier, vesentligst på kriteriet funksjonalitet for brukerne. Skjønnnet ble utøvd forsvarlig og i samsvar med tildelingskriteriene.

Klagers trafikk-løsning var ikke en åpenbar feil, og for øvrig skal ikke tilbudene endres.

Klagenemndas vurdering:

Klager har deltatt i anbudskonkurransen, og har saklig klageinteresse, jf. forskrift om klagenemnd om offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig.

1. Økonomisk ramme på 40 mill

Det fulgte ikke av konkurransegrunnlaget at prosjektet skulle gjennomføres innen en økonomisk ramme på 40 millioner kroner, denne rammen fulgte kun av kommunens politiske vedtak. Det var da ingen plikt ut fra regelverket om offentlige anskaffelser til å avvise noen av tilbudene.

2. Avvisning

Slik klagenemnda forstår klagen, anfører klager at det er uklart hvorvidt deres alternative tilbudt ble avvist på formelt grunnlag, eller om tilbudet ble vurdert, men ikke funnet godt nok til å vinne konkurransen.

Klagenemnda ser at begrunnelsen datert 04.11.2003 kan åpne for slik tvil, men det går frem av begrunnelsen datert 11.11.2003 at tilbudet ble vurdert, men ikke funnet godt nok til å vinne konkurransen. Klagenemnda finner derfor ikke grunn til å gå nærmere inn på om vilkårene for formell avvisning forelå.

3. Bruk av rådgivere

Forskrift om offentlige anskaffelser § 3-6 kommer ikke til anvendelse da den gjelder tidspunktet for utarbeidelse av spesifikasjonen, mao et tidspunkt forut i tid i forhold til det den aktuelle klagen omhandler.

4. Inhabilitet

Forskrift om offentlige anskaffelser § 3-4 lyder:

"Ved behandling av saker som omfattes av denne forskrift gjelder reglene om habilitet i forvaltningsloven § 6 til 10 og kommuneloven § 40 nr 3. Der forvaltningsloven ikke kommer direkte til anvendelse, gjelder reglene i forvaltningsloven § 6 til § 10 tilsvarende."

Forvaltningsloven § 6 bestemmer at:

"En offentlig tjenestemann er ugild til å tilrettelegge grunnlaget for en avgjørelse eller til å treffe avgjørelse i en forvaltningssak

a) ...

...

Likeså er han ugild når andre særegne forhold foreligger som er egnet til å svekke tilliten til hans upartiskhet; blant annet skal legges vekt på om avgjørelsen i saken kan innebære en 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.

..."

Forvaltningsloven § 10 bestemmer at:

"Foruten for offentlige tjenestemenn gjelder bestemmelsene i kapitlet her tilsvarende for enhver som utfører tjeneste eller arbeid for et forvaltningsorgan..."

Det er på det rene at Østgaard Arkitekter AS ved sitt arbeide i prosjektgruppen utførte en tjeneste for et forvaltningsorgan, slik at reglen i forvaltningsloven § 6 kommer til anvendelse.

Problemstillingen er etter dette om det foreligger særegne forhold som er egnet til å svekke allmennhetens tillitt til prosjektgruppens upartiskhet, uavhengig av om det rent faktisk har skjedd noen kritikkverdige forhold. Inhabilitetsinnsigelsen ble ikke reist før under klagesaken.

Det forhold at en rådgiver har utarbeidet spesifikasjonene til konkurransegrunnlaget medfører i utgangspunktet ikke at rådgiveren blir inhabil til å bistå under den etterfølgende evalueringen av tilbudene.

Klagenemnda kan heller ikke se at det vil lede til inhabilitet om det er åpnet for alternative tilbud, og rådgiveren derfor må vurdere hensiktsmessigheten av innkomne løsningsforslag opp mot spesifikasjonene han selv opprinnelig utarbeidet. De anførte forhold av prestisjemessig karakter er i den foreliggende sak ikke tilstrekkelig til å bringe forvaltningsloven § 6 annet ledd til anvendelse.

Ett forhold i saken foranlediger likevel en nærmere vurdering: konkurransegrunnlaget bestemte at rådgiverne - herunder Østgaard Arkitekter AS – kunne benyttes av totalentreprenøren til den videre prosjektering, dersom partene blir enige om dette.

Det kan på generelt grunnlag ikke utelukkes at en rådgiver som på en slik eksplisitt måte får varsel om muligheten for et videre engasjement også kan trekke muligheten for å oppnå et slikt engasjement inn i evalueringen av tilbudene, bevisst eller ubevisst. Potensielt kan Østgaard Arkitekter AS oppnå økonomisk vinning ved å velge den leverandøren som - erfaringsmessig eller på grunnlag av konkret kunnskap - mest sannsynlig vil gi dem kontrakt eller kontrakt på best vilkår. Den potensielle økonomiske vinningen vil tilfalle Østgaard Arkitekter AS, og fremstår således som en særinteresse.

Klagenemnda finner likevel under tvil at denne muligheten er så avledet og fjerntliggende i denne sak at Østgaard Arkitekter AS ikke var inhabile til å delta med sine råd under oppdragsgivers evaluering av tilbudene. Under en hver omstendighet synes det for øvrig som om rådgiverens rolle i beslutningsprosessen ikke var av en slik karakter at dette kan lede til at avgjørelsen var i strid med regelverket, jf forvaltningsloven § 41.

5. Retting av tilbud

Forskriftens § 16-1 bestemmer at:

"(2) Det er adgang til følgende avklaringer av tilbudene:

...

c. Dersom det av tekniske eller funksjonelle grunner er nødvendig, kan det gjøres mindre justeringer i de løsninger leverandøren har fremsatt.

(3) Dersom oppdragsgiver blir oppmerksom på åpenbare feil i tilbudet, skal disse rettes dersom det er utvilsomt hvordan feilene skal rettes..."

Klagers trafikk-løsning var ikke en åpenbar feil, og det var ikke utvilsomt hvordan feilen eventuelt skulle rettes. Det var således korrekt av innklagede ikke å rette denne. Innklagede hadde heller ikke plikt til å foreta avklaringer vedrørende nødvendige funksjonelle justeringer, og nevnte trafikk-løsning krevde uansett mer enn "mindre justeringer" for å få den av klager foreslåtte løsning. Innklagede har etter dette ikke brutt forskriften ved ikke å rette tilbudet fra klager.

6. Økonomisk mest fordelaktige tilbud

Klagers anførsler vedrørende evalueringen gjelder utøvelsen av det innkjøpsfaglige skjønn. Klagenemnda påpeker at nemnda bare kan prøve om innklagedes valg av kontraktspart er truffet på grunnlag av en riktig saksbehandling og riktig faktum. Nemnda foretar ikke en overprøving av innklagedes innkjøpsfaglige skjønn. Innklagede har foretatt en evaluering av alle tildelingskriteriene og funnet at klagers alternative tilbud avvek fra konkurransegrunnlagets beskrivelse på en slik måte at kvaliteten og brukbarheten ble redusert og at klagers alternative tilbud derfor ikke var ønsket.

Konklusjon:

Asker kommune har ikke brutt forskrift om offentlige anskaffelser § 3-4 jf. forvaltningsloven § 6 annet ledd ved å la Østgaard Arkitekter AS delta i evalueringen av tilbudene.

For Klagenemnda, 09 februar 2004

Morten Goller



Forsiden
Nemndsmedlemmer
Saksbehandling
Regelverk
Innkommne saker
Statistikk
Årsrapporter
Dommer
Søk i avgjorte saker

Avgjorte saker:

[2003](#) [2004](#) [2005](#)

Besøksadresse

H. Heyerdalsgate 1
0033 Oslo

Postadresse

Postboks 8132 Dep
0033 Oslo

Tlf.: 22 33 70 10

Faks: 22 33 70 12

E-post:

postmottak@kofa.no

Avgjorte saker

Innklagede hadde i konkurransegrunnlaget oppgitt 10 tildelingskriterier, hvorav et var soliditet og økonomi. Klagenemnda fant sistnevnte kriterium ulovlig. Klager ble avvist på grunn av for høy pris, uten at de 9 øvrige tildelingskriteriene ble vurdert. Klagenemnda fant at innklagede hadde brutt kravet til forutberegnelighet i lov om offentlige anskaffelser § 5 ved å legge uventet stor vekt på kriteriet "pris" i forhold til de oppgitte tildelingskriteriene.

Klagenemndas avgjørelse 09.02.2004 i sak 2003/279

Klager: Renholdssenteret AS

Innklaget: Nordmøre interkommunale innkjøpssamarbeid

Klagenemndas medlemmer: Siri Teigum, Per Christiansen, Morten Goller

Saken gjelder:

Ulovlig tildelingskriterium. Vekting av tildelingskriterier. Tolkning av tildelingskriterium. Produktutvalg for evalueringen. Ulovlige forhandlinger.

Sakens bakgrunn:

Nordmøre interkommunale innkjøpssamarbeid (heretter kalt "innklagede") kunngjorde den 02.06.03 en åpen anbudskonkurranse i Norsk lysningsblads elektroniske database ("DOFFIN") om anskaffelse av diverse forbruksmateriell. I konkurransegrunnlaget ble det opplyst at:

"Følgende produktgrupper er med i anbudet:

- *Medisinske forbruksvarer*
- *Renholdsprodukter*
- *Papir og plast*
- *Lyskilder og batteri*

- *Fritt skolemateriell*
- *Kontorrekvisita*
- *Datarekvisita*
- *Kopipapir*
- *Leker og spill*
- *Formingsmateriell*
- *Inventar til barnehager og skoler*
- *Lekeplassutstyr*

Det kan leveres samlet anbud for alle produktgruppene eller for en eller flere av dem. Det er ikke anledning til å gi anbud på kun deler av en produktgruppe."

Tildelingskriteriene ble angitt på følgende måte:

"Kriterier for tildeling av kontrakt vil være det økonomisk mest fordelaktige anbud basert på følgende kriterier i ikke-prioritert rekkefølge:

- *Produktutvalg*
- *Leveringstid og servicegrad*
- *Service, faglig dyktighet, oppfølging og opplæring*
- *Kvalitet*
- *Pris*
- *Elektroniske bestillingsrutiner (netthandel, e-faktura osv.)*
- *Soliditet og økonomi*
- *Referanser*
- *Miljøhensyn*
- *Muligheten for å skaffe varer utenfor eget sortiment"*

Deretter ble hvert tildelingskriterium utdypet. I beskrivelsen av tildelingskriteriene "Leveringstid og servicegrad", "Service, faglig dyktighet, oppfølging og opplæring", "Kvalitet" og "Miljøhensyn" ble det noen steder presisert at det aktuelle kriteriet var viktig, andre steder sto det at det var særlig viktig.

I utdypingen av kriteriet "Miljøhensyn" sto det:

"Nordmøre interkommunale innkjøps samarbeid ser det som viktig at bruken av miljøskadelige stoff blir redusert. Vi ber derfor om en kortfattet oversikt over

produsenten og/eller leverandøren sin miljøprofil. I den grad det eksisterer system for miljøledelse og miljørevisjon, ber vi også om beskrivelse av dette.

Når det gjelder emballasje, ber vi om en kortfattet beskrivelse av den emballasjen som blir benyttet, samt retur- og gjenvinningsordninger som eksisterer. Det vil bli lagt vekt på at leverandøren benytter produkter med lite/ingen overflødig emballasje.

Innkjøps samarbeidet ønsker å fremme ombruk, materialegjenvinning og energiutnyttelse."

Som et vedlegg 2 til konkurransegrunnlaget fulgte "Kravspesifikasjon renhold", der det bl a sto:

"Allergi og annen helsemessig irritasjon er et stadig økende problem for våre renholdere. Det vil derfor bli lagt vekt på at produktene så langt det er mulig, er brukervennlige, eventuelt allergitestet og miljøvennlige, jf. Svanemerket eller tilsvarende. Eventuell dokumentasjon vedlegges.

Produktene skal så langt det er mulig være miljøvennlige, jf. Svanemerket, både ved fremstillingsprosess, emballering, distribusjon og bruk."

Saksbehandling:

Seks leverandører leverte tilbud på renholdsprodukter, herunder Renholdssenteret AS (heretter kalt "klager") og Julius Maske. Sistnevnte leverandør ble valgt. I brev datert 25.11.2003 til klager begrunnet innklagede sitt valg av leverandør av renholdsprodukter, og skrev bl a:

"Ved valg av leverandør av renholdsprodukter er produktvalg, service, faglig dyktighet, oppfølging, opplæring, kvalitet, pris og elektroniske bestillingsrutiner de viktigste tildelingskriteriene.

Ved gjennomgang av tilbudene, ble det klart at alle leverandørene hadde et bredt produktvalg og alle tilfredsstilte innkjøps samarbeidets behov for renholdsprodukter. De fleste kunne levere samtlige produkter på vår vareoversikt og tilbød for øvrig produkter fra flere produsenter, - noe som er en fordel siden det gir oss stor fleksibilitet.

Det var ingen av leverandørene som utmerket seg særskilt på pris, men de tre rimeligste leverandørene totalt sett var Tybring-Gjedde, Ødegaard Engros og Julius Maske så det var naturlig å se nærmere på tilbudene fra disse tre. Det var vanskelig å sammenligne dem med hensyn til pris da de ofte hadde rimelige priser på noen produktgrupper, men var dyrere på andre. Brukerutvalget valgte derfor å legge mest vekt på produktvalg, faglig dyktighet, oppfølging og opplæring."

I den videre begrunnelsen var det kun de tre rimeligste leverandørene som ble omtalt og vurdert.

I e-poster av 4. og 5.12.2003 ba klager om ytterligere begrunnelse og anførte at innklagede hadde lagt vekt på forhold som ikke inngikk i tildelingskriteriene. Dette ble imøtegått i e-post av 10.12.2003, men ytterligere begrunnelse ble ikke gitt.

Partenes anførsler:

Klagers anførsler:

Klager anfører at innklagede ikke la vekt på at renholdsproduktene så langt som mulig skulle være svanemerket eller tilsvarende, til tross for at konkurransegrunnlaget hadde bedt om dette.

Julius Maske skulle vært avvist idet de ikke har gitt tilbud på miljømerkede produkter.

To av leverandørene ble innkalt til møte for å gå gjennom sine produkter under behandlingstiden for anbudskonkurransen. Klager har i samtaler med ansatte i kommunen og fra konkurrenter fått opplyst at det i møte er diskutert renhold og renholdsprodukter.

Det er listet opp 10 forskjellige tildelingskriterier. Det står ingen ting om at priskriteriet er viktigere enn andre kriterier. Innklagede har lagt uforholdsmessig stor vekt på tildelingskriteriet pris, slik at for klager har de 9 andre kriteriene i praksis ikke blitt tillagt noen vekt.

Klager ble pålagt av innklagede å gi tilbud på PLS-produkter, som er dyrere enn de produktene den valgte leverandøren ga tilbud på. Dette har påvirket prisvurderingen, hvorefter klagers tilbud ble ansett å være 30 % dyrere enn Julius Maskes tilbud.

Postene 16, 17, 18 og 22 i volumproduktlisten er inkludert kun for prisens skyld. Ser man bort fra disse produktene, vil klager ikke lengre være (betydelig) dyrere.

Innklagede har lagt vekt på soliditet og økonomi. Dette er et ulovlig tildelingskriterium.

Innklagedes anførsler:

Innklagede bestrider å ha brutt regelverket for offentlige anskaffelser.

Det var ikke et krav at produktene skulle være svanemerket. I konkurransegrunnlaget punkt 4 "Kriterier for valg av leverandør" står det ikke noe om svanemerking i det hele tatt, mens det ellers i konkurransegrunnlaget står at produktene *så langt det er mulig* skal være brukervennlige, eventuelt allergitestet og miljømerket, jf svanemerket *eller tilsvarende*. Dokumentasjonen fra den valgte leverandøren var god nok selv om produktene ikke var svanemerket. Det at et produkt har svanemerke, er et bevis på at produktet tilfredstiller kriteriene til en produktgruppe. At et produkt ikke har svanemerke, er ikke et bevis på det motsatte.

Klager ble ikke pålagt å gi tilbud på PLS-produkter. De kunne som de andre leverandørene gi tilbud på andre produkter, eller satt opp en alternativ produktliste i tillegg.

Brukerutvalget for renholdsprodukter bestod av fagpersoner på området og det var de som plukket ut produktene på volumproduktlisten.

I begrunnelsen for valg av leverandør er de viktigste tildelingskriteriene listet opp, og miljøhensyn var ikke nevnt blant disse. Derimot var klager 30 % dyrere

enn den valgte leverandøren. Selv om innklagede tar ut de produktene som er svanemerket, er klager betydelig dyrere enn den valgte leverandør.

Klager var ikke blant de som hadde de beste tilbudene basert på de oppgitte tildelingskriteriene. Som eksempel nevnes at klager scoret svært lavt på soliditet og økonomi da selskapet ikke har behandlet trekkmidler i samsvar med bestemmelsene i skattebetalingsloven § 11.

Innklagede har foretatt en evaluering basert på hva som er det økonomisk mest fordelaktige, og for renholdsprodukter ble det enighet om at de viktigste kriteriene var produktvalg, service og faglig dyktighet, oppfølging og opplæring, kvalitet, pris og elektroniske bestillingsrutiner. Det er ikke korrekt at innklagede ikke har vektlagt annet enn pris i evalueringen av klager. Imidlertid skal innklagede velge det tilbudet som gir mest igjen for hver krone på både kort og lang sikt, slik at en må se på hva som gir den største gevinsten for innkjøps samarbeidet totalt sett.

Innklagede har hatt avklaringsmøter med Julius Maske og Ødegaard Engros AS, men det gjaldt andre produkter og er derfor irrelevant for denne saken.

Klagenemndas vurdering:

Klager har deltatt i anbudskonkurransen, og har saklig klageinteresse, jf. forskrift om klagenemnd om offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Anskaffelsen er et varekjøp, og klagenemnda legger til grunn at anskaffelsen etter sin verdi omfattes av reglene i forskrift om offentlige anskaffelser del II.

1. Tildelingskriteriet "Soliditet og økonomi"

Oppdragsgivere har i utgangspunktet et vidt skjønn med hensyn til utformingen av tildelingskriteriene. Ett av de kravene som stilles, er imidlertid at kriteriet må være knyttet til kontraktens gjenstand, jf. EF-domstolens sak C-523/99 (Concordia Bus Finland) premiss 59. Med mindre dette vilkåret er oppfylt, vil ikke kriteriet tjene til å identifisere det økonomisk mest fordelaktige tilbudet.

Innklagede har i konkurransegrunnlaget oppgitt "soliditet og økonomi" som et tildelingskriterium. Dette er et kriterium som refererer seg til forhold ved leverandørene. Under en varekontrakt som den foreliggende, vil kriteriet ikke kunne anses å påvirke vurderingen av hvilket tilbud som er det økonomisk mest fordelaktige. Kriteriet er ikke knyttet til kontraktens gjenstand, og innklagede har dermed ikke adgang til å benytte soliditet som et tildelingskriterium i foreliggende anskaffelse. Klagenemnda viser for øvrig til den tilsvarende vurdering av kriteriet "soliditet" som ble gitt i klagenemndas sak 2003/178.

Innklagede har således brutt forskrift om offentlige anskaffelser § 10-2 ved å benytte et ulovlig tildelingskriterium.

2. Vekting av tildelingskriteriene

Det ble i konkurransegrunnlaget opplyst at tildelingskriteriene ikke var angitt i prioritert rekkefølge. Dette innebærer at oppdragsgiver ved valg av tilbud har et skjønn med hensyn til den konkrete vektingen av kriteriene. Oppdragsgiver kan imidlertid ikke legge til grunn en helt uventet vekting, jf. kravet til forutberegnelighet i lov om offentlige anskaffelser § 5.

I konkurransegrunnlaget var det ikke gitt noen indikasjoner på at pris skulle være spesielt tungtveiende. Pris var angitt blant 10 tildelingskriterier, samtidig som det var opplyst at kriteriene "Leveringstid og servicegrad", "Service, faglig dyktighet, oppfølging og opplæring", "Kvalitet" og "Miljøhensyn" var viktige eller svært viktige.

Innklagede har med en slik utforming av konkurransegrunnlaget samtidig

begrenset seg med hensyn til hvor stor vekt kriteriet pris kan tillegges i den endelige evalueringen.

At kun de tre leverandørene med lavest pris ble evaluert i forhold til de øvrige tildelingskriteriene innebærer en svært stor vektlegging av kriteriet pris. Slik konkurransegrunnlaget var utformet, må denne vektleggingen fremstå som uventet for leverandørene som leverte inn tilbud.

Når innklagedes vektlegging av kriteriet "pris" får en slik virkning, er det i strid med kravet til forutberegnelighet i lovens § 5.

3. Svanemerke eller tilsvarende

Klager anfører at leverandører som ikke kunne levere svanemerket eller tilsvarende skulle vært avvist.

Etter klagenemndas oppfatning følger det ikke av vedlegget til konkurransegrunnlaget noe absolutt minstekrav til produktene med hensyn til oppfyllelse av miljøkrav eller brukervennlighet. Det følger heller ikke noe absolutt krav om at produktene som tilbys skulle være svanemerket. Innklagede pliktet derfor ikke å avvise tilbudet på dette grunnlag.

4. Pålegg om PLS produkter

Klager anfører at han ble pålagt å levere tilbud på PLS produkter.

Klager og innklagede er uenige om hva som faktisk har skjedd. Klagenemnda har ikke fått fremlagt dokumentasjon som gir grunnlag for å konkludere med at innklagede har brutt regelverket på dette punkt.

5. Utvelgelsen av hvilke produkter som skulle inngå i prismatrisen

Klager anfører at prisvurderingen i seg selv ikke var forsvarlig.

Oppdragsgivers utvelgelse av produkter i matrisen for beregning av tilbudsprisene skal være saklig og forsvarlig. Det avgjørende vil være om det kan forventes at de utvalgte produktene vil gi et representativt bilde på de forventede faktiske kostnadene knyttet til innkjøpene. Det vises her til klagenemndas uttalelse i sak 2003/50.

Klagenemnda har ikke fått fremlagt dokumentasjon som gir grunnlag for å konkludere i tråd med klagers anførsler på dette punkt.

5. Forhandlinger

Klagenemnda har ikke fått fremlagt dokumentasjon som gir grunnlag for å konkludere i tråd med klagers anførsler knyttet til avholdte forhandlingsmøter med konkurrentene.

Konklusjon:

Nordmøre interkommunale innkjøpssamarbeid har brutt forskrift om offentlige anskaffelser § 10-2 ved å benytte "soliditet og økonomi" som tildelingskriterium.

Nordmøre interkommunale innkjøpssamarbeid har brutt kravet til forutberegnelighet i lov om offentlige anskaffelser § 5 ved å legge uventet stor vekt på kriteriet "pris" i forhold til de oppgitte tildelingskriteriene.

For Klagenemnda, 09.02.2004

Siri Teigum



Forsiden
Nemndsmedlemmer
Saksbehandling
Regelverk
Innkomne saker
Statistikk
Årsrapporter
Dommer
Søk i avgjorte saker
Avgjorte saker:
[2003](#) [2004](#) [2005](#)

Besøksadresse
H. Heyerdalsgate 1
0033 Oslo

Postadresse
Postboks 8132 Dep
0033 Oslo

Tlf.: 22 33 70 10

Faks: 22 33 70 12

E-post:

postmottak@kofa.no

Avgjorte saker

Fire lisensgrupper i Nordsjøen traff vedtak om å benytte to borerigger som operatøren i lisensgruppene tidligere hadde anskaffet, i en pool-ordning. Klager var deltaker i lisensgruppene og anførte at det var tale om en anskaffelse av borerigger, og at regelverket for offentlige anskaffelser ikke var fulgt. Klagenemnda kom frem til at klager som mindretallsdeltaker på oppdragsgiversiden ikke kunne gis klageinteresse i saken.

Klagenemndas avgjørelse av 5 februar 2004 i sak 2003/151.

Klager: Idemitsu Petroleum Norge AS

Innklagede 1: Lisensgruppene Snorre Unit, PL 089, Statfjord Øst Unit og Sygna Unit

v/Statoil ASA

Innklagede 2: Statoil ASA

Klagenemndas medlemmer: Per Christiansen, Inger Marie Dons Jensen, Inger Roll-Matthiesen

Saken gjelder: Anskaffelser etter forsyningsforskriften. Saklig klageinteresse.

Bakgrunn:

Idemitsu Petroleum Norge AS (heretter kalt "klager") er lisensdeltaker i fire lisenser for utvinning av olje og gass i Nordsjøen: 1) Snorre Unit med 9,6 %, 2) PL 089 med 9,6 %, 3) Statfjord Øst Unit med 4,8 % og 4) Sygna Unit med 4,32 %. Deltakerantallet i hver av lisensene varierer mellom 7 og 10 selskaper, og Statoil er utnevnt operatør for alle fire lisensgruppene.

En lisensgruppe er ikke en juridisk person, men et interessefellesskap (joint venture). Rettighetene og pliktene til deltakerne er blant annet regulert i partenes samarbeidsavtale. Inngåelse av en slik avtale er vilkår for tildeling av utvinningstillatelse, jf. petroleumsloven § 3-3 fjerde ledd. Samarbeidsavtalen danner grunnlag for organiseringen og driften av interessefellesskapet.

Styringen av interessefellesskapet skjer gjennom en styringskomité der samtlige deltakere er representert. Styringskomiteen er interessefellesskapets øverste organ og skal i følge samarbeidsavtalen blant annet oppstille retningslinjer og føre kontroll med operatøren. Grunnlaget for styringskomiteens beslutninger er den enkelte avtales stemmereglene.

Operatørrollen er definert i samarbeidsavtalen. Av denne følger det at operatørens rolle er å administrere den daglige ledelse av interessefellesskapets virksomhet. Som operatør er Statoil derfor lisensgruppens utførende enhet, og er bundet av samarbeidsavtalen og beslutningene truffet av styringskomiteen. Operatøren skal i henhold til avtalen opptre på vegne av partene i interessefellesskapet. Dette inkluderer retten til å innhente nødvendige tillatelser og konsesjoner, og til å inngå avtaler på vegne av partene i interessefellesskapet mv. Operatøren kan imidlertid bare pådra interessefellesskapet kostnader og finansielle forpliktelser innenfor de grenser styringskomiteen setter. Operatøren skal verken ha profitt eller tap gjennom sitt arbeide som operatør.

I 1996 var tilbudet av flyttbare rigger lavere enn etterspørselen, og det var forventninger om økt bore- og brønnaktivitet. Ratenivået lå høyere enn de tidligere 10 år, og man forventet ytterligere økning av ratene. Statoil kontraherte på dette tidspunktet fire flyttbare rigger for de neste ti årene for virksomhet i Nordsjøen. Statoil vurderte at dersom riggene ikke ble kontrahert på dette tidspunktet, var det stor sannsynlighet for at det ikke ville være tilgjengelige rigger for å dekke fremtidige behov innenfor en pris som ville være regningssvarende. Samtidig forlangte riggeierne langvarige kontraktsperioder for å sikre investeringene knyttet til bygging av flyttbare rigger.

Ved kontrahering av borerigger er også den bore- og brønnaktivitet som riggen, dens ledelse og mannskap skal utføre, viktig og får betydning for sikkerhet og effektivitet. Et spotmarked for rigger kan gi økt risiko, herunder risiko for mangel på tilgjengelige rigger.

Fra 1980 tallet var det vanlig med inngåelse av langvarige kontrakter, og det utviklet seg en praksis for at operatørene inngikk slike kontrakter etter anbudskonkurranse. Riggene som ble kontrahert på langvarige kontrakter, ble brukt av operatørene i de lisensene de deltok i.

Operatører som inngår langvarige riggkontrakter, har ikke noen fortjeneste på dette. Den avtalte rate løper imidlertid uten hensyn til om riggen er sysselsatt eller ikke, og operatørene vil i mange tilfeller alene ta risikoen for fremtidig utvikling i riggmarkedet. Langvarige kontrakter har som følge av dette blitt mindre vanlig i de senere år, fordi operatørene ikke ønsker å ta kostnadsrisikoen alene.

Nærmere om den aktuelle rigganskaffelsen

Statoil kontraherte riggene Borgland Dolphin og Stena Don i hhv. 1997 og 1998. Borgland Dolphin var opprinnelig en boligplattform, bygget om til flyttbar borerigg. Ombyggingen ble forsinket, slik at riggen først ble levert og tatt i bruk fra 1.1.2000. Stena Don ble kontrahert som nybygg, og riggens virksomhet har vært av utstrakt ambulerende karakter.

Begge riggene ble kontrahert etter forutgående anbudskonkurranser, og det er kontraktene inngått på dette tidspunktet som regulerer forholdet mellom Statoil og riggeierne.

Tampen området består av en rekke lisenser. Gjenværende reserver i undervannsfeltene til disse lisensene er små og ligger spredt. For den enkelte lisens vil det derfor ikke være regningssvarende å inngå individuelle riggkontrakter. Riggbehovet for den enkelte lisens vil også endres fortløpende.

Etter Statoils oppfatning var hele Tampen området derfor tjent med å benytte riggene Borgland Dolphin og Stena Don i en pool ordning. Disse riggene var allerede kontrahert av Statoil inklusive mannskap, og Statoil vurderte flere alternative løsninger, herunder bruk av eventuelle andre rigger som var tilgjengelige i markedet.

En konkurranseutsetting av en slik løsning ble videre vurdert som lite hensiktsmessig, siden Statoil som operatør for flere tilgrensende lisensområder var den eneste som hadde oversikt over det samlede behov for rigger, og også den eneste som kunne koordinere bruken av riggene for lisensområdene samlet. Lisenshaverne ble informert om mulige andre alternativer, herunder hvilke rigger som kunne være tilgjengelige, og hvilke rater man i så fall måtte forvente. Det var imidlertid Statoils oppfatning at ingen leverandører ville kunne tilby en optimal poolløsning for lisensene tilsvarende Statoils alternativ.

Som operatør legger Statoil frem forslag til bruk av rigg for lisensgruppene. Beslutningen fattes imidlertid ikke av operatøren, men i flertallsvedtak i styringskomiteene.

Statoil la frem forslag 8.7.2003 om bruk av de allerede anskaffede riggene i en pool for lisensene i Tampen området. Statoil foreslo at riggene skulle brukes i henhold til eksisterende kontrakt, og at lisensene måtte være med på å dekke deler av Statoils kostnader i forbindelse med riggene. Det vil si at Statoil betaler ratene for riggene de dagene disse ikke er i bruk for lisensene i Tampen området, mens lisensene er med på å dekke deler av Statoils kostnader for den bruk som finner sted i Tampen området.

Det var Statoils oppfatning at etableringen av den foreslåtte poolordningen ville være den beste løsningen for lisensene pga. fleksibiliteten den ga. Deltakerne i lisensgruppene besluttet 18.8.2003 ved flertallsvedtak å godta Statoils forslag.

Det trer ikke inn nye parter i kontrakten mellom Statoil og riggeierne, og det opprettes ingen kontrakt mellom riggeierne og lisenshaverne. Forholdet mellom Statoil og riggeierne reguleres fortsatt av de opprinnelige kontraktene fra 1997 og 1998. Vedtaket innebærer imidlertid at de innkontraherte riggene kan brukes, og at lisensene må dekke deler av Statoils kostnader ved bruken. Vedtaket vil bli formalisert skriftlig i et dokument.

Partenes anførsler er omfattende og relaterer seg både til prosessuelle og materielle spørsmål. Som følge av at klagen avvises, gjengis bare anførsler som berører dette spørsmålet.

Klagers anførsler:

Klager gjør gjeldende at selskapet har rettslig klageinteresse.

Beslutningen om å tildele Statoil riggoppdragene er en anskaffelse og innebærer derfor brudd på kravene til konkurranse og god forretningsskikk i regelverket for offentlige anskaffelser. I denne saken er forholdet at interessefellesskapene, i tråd med operatøren Statoils vurdering og innstilling, i stedet for å gjennomføre en konkurranse aksepterer tilbudet fra Statoil om å gjøre seg nytte av rigger Statoil allerede har inngått kontrakt om.

En slik praksis innebærer stor risiko for misbruk. Praksisen er utbredt, og andre store aktører med tilsvarende operatøroppgaver følger gjerne den samme praksis der de finner det opportunt. Flere av deltakerne i interessefellesskapene befinner seg følgelig i samme situasjon som Statoil. De store aktørene har regelmessig ikke sammenfallende interesser med de mindre aktørene. Følgelig er det ikke slik at en majoritet bestående av store aktører nødvendigvis utgjør en garanti mot misbruk.

Innklagedes anførsler:

Innklagede har anført at klager ikke har rettslig klageinteresse.

Idemitsu er deltaker i de lisensgruppene som er innklaget. En deltaker i et

interessefellesskap har ikke klagerett overfor interessefellesskapet. Idemitsu reelle interesse ligger i at selskapet mener bruken av de allerede innkontraherte riggene ikke er kommersielt gunstig – i motsetning til flertallet av deltakerne i lisensene. En kommersiell uenighet mellom parter i et interessefellesskap faller utenfor KOFA-forskriftens virkeområde.

Som et utgangspunkt beskytter anskaffelsesloven og forskriftene leverandørsiden. I denne sak er klager deltaker i gruppen av oppdragsgivere. Spørsmålet er derfor om regelverket er ment å beskytte oppdragsgivere i den forstand at deltakere eller deleiere kan klage inn en ordning flertallet av deltakerne eller deleierne går inn for. Realiteten er at man retter en klage mot seg selv eller mot det interessefellesskap man tilhører.

Det vil skape vanskelige situasjoner dersom oppdragsgiversiden i ulike former kan innklage seg selv. Til dette kommer at samarbeidsavtalen oppstiller egne konfliktløsningsmekanismer, derunder voldgiftsklausuler. En konflikt mellom deltakerne, som den man står ovenfor her, synes således bedre egnet til løsning innenfor slike mekanismer.

Klagenemndas vurdering:

Forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6 annet ledd lyder:

"Klage kan fremsettes av enhver som har saklig interesse i å få vurdert lovmessigheten av en slik unnlatelse, handling eller beslutning."

Klagenemnda har tatt stilling til spørsmålet om klageinteresse i sak 2003/2. I denne saken var det tale om en klage fra en intern etat, der klagenemnda fant at den interne etaten falt utenfor den krets som er beskyttet av regelverket, og dermed også falt utenfor regelverkets virkeområde. I avgjørelsen ble det uttalt at:

"Det vil i dette tilfellet uansett ikke kunne finne sted noen "tildeling" av en tjenestekontrakt mellom klager og innklagede i den forstand som er omhandlet i § 1-3 i forskrift 15. juni 2001 om offentlige anskaffelser. Klageren må dermed etter klagenemndas oppfatning anses å falle utenfor kretsen av rettighetshavere som beskyttes av forskriften, og dermed utenfor dens virkeområde"

I forarbeidene til forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser er det forutsatt at kjerneområdet for klageretten vil være leverandører (både de som faktisk har deltatt i konkurransen, og potensielle leverandører), deres organisasjoner og eventuelt tilsynsmyndigheter. For øvrig er innholdet i kravet til saklig klageinteresse overlatt til klagenemndas praksis.

Klagenemnda finner at det kan knytte seg vesentlige betenkeligheter til at et mindretall i et interessefellesskap på oppdragsgiversiden skal kunne klage på flertallets vedtak i henhold til regelverket for offentlige anskaffelser. I den foreliggende sak er det gitt regler i samarbeidsavtalen om avstemning og om behandling av uenighet. Basert på formålet med regelverket for offentlige anskaffelser, kan klagenemnda ikke se at det er en naturlig oppgave for nemnda å ta stilling til meningsforskjeller mellom et mindretall og et flertall i et interessefellesskap.

Klagenemnda finner etter dette at Idemitsu Petroleum Norge AS ikke har klagerett i den foreliggende sak, og saken blir derfor å avvise.

Konklusjon:

Klagen avvises.

For klagenemnda, 5.2.2004

Inger Roll-Matthiesen



Forsiden
Nemndsmedlemmer
Saksbehandling
Regelverk
Innkommne saker
Statistikk
Årsrapporter
Dommer
Søk i avgjorte saker

Avgjorte saker:

[2003](#) [2004](#) [2005](#)

Besøksadresse

H. Heyerdalsgate 1
0033 Oslo

Postadresse

Postboks 8132 Dep
0033 Oslo

Tlf.: 22 33 70 10

Faks: 22 33 70 12

E-post:

postmottak@kofa.no

Avgjorte saker

Oppdragsgiver valgte i en konkurranse med forhandlinger ut 10 leverandører til å gå videre i prosessen. Klager var ikke blant de utvalgte. Verken tilbakemeldinger til klager eller interne dokumenter tydet på at klager var ukvalifisert for oppdraget, og klagenemnda avviste anførsel om at klager ikke var kvalifisert. Oppdragsgiver kunne foreta en utvelgelse av hvilke kvalifiserte leverandører som skulle gå videre, selv om dette ikke fremgikk av kunngjøringen. Det var ikke anledning til å legge negativ vekt på at klager benyttet seg av underleverandører, og det kunne ved utvelgelsen ikke legges vekt på om leverandørene hadde tilgang til lokal prosjektorganisering. Anskaffelsen var opprinnelig kunngjort som to separate anskaffelser. Det var i strid med regelverket å slå de to anskaffelsene sammen under evalueringen av leverandørene.

Klagenemndas avgjørelse i sak 2003/126 den 26.1.2004

Klager: EADS TELECOM Deutschland GmbH

Innklaget: Oslo og Akershus Trafikkservice AS

Klagenemndas medlemmer: Svein Dahl, Bjørg Ven, Andreas Wahl

Saken gjelder: Adgangen til å begrense antall leverandører i en konkurranse med forhandling. Vektlegging av bruk av underleverandører. Vektlegging av tilgang til lokal prosjektorganisasjon. Endring av forutsetningene i konkurransegrunnlaget.

Bakgrunn:

Oslo og Akershus Trafikkservice AS (heretter kalt "innklagede") kunngjorde 27.2.2003 en konkurranse med forhandling i Norsk lysingsblads elektroniske database (DOFFIN). Konkurransen ble i kunngjøringen opplyst å gjelde: "Fullstendig system for sanntidsinformasjon for kollektivtrafikken i Oslo og Akershus – SIS".

Anskaffelsen besto av to deler. Leveranse A besto av posisjoningsutstyr i kjøretøy, informasjonstavler og sentralsystem. Leveranse B besto av kommunikasjonsutstyr for overføring av data fra kjøretøy til sentralsystem. I konkurransegrunnlaget ble det opplyst at utstyret ville bli anskaffet gjennom to separate leveranser.

Av kunngjøringen i DOFFIN-databasen fremgikk det: "Planlagt antall leverandører: Minimum 3, Maksimum: 10". I kunngjøringen i De Europeiske Fellesskaps Tidende (TED-databasen) var dette oversatt til: "number of suppliers that will be invited to tender: Minimum 3. Maximum 10".

I konkurransegrunnlaget het det videre:

"7 Prequalification

7.1 Generally

Suppliers considered as qualified by OATS according to criteria specified in this chapter, will be invited to submit tenders as generally specified under chapter 6.

The suppliers will be evaluated according to the documentation they submit in order to be prequalified. The following questions will be emphasized:

- *Does the supplier have necessary experience with delivery of systems satisfying*

objectives specified under chapter 3, including the extent specified under 6.3 ?

- *Is the system a standard system with optional adjustments? (by "standard*

system" is meant a commercially available system which does not have to

be developed exclusively for OATS).

7.1.1 Selection criteria

The actual selection criteria are specified in the Contract Notice - Utilities under 111.2. The following requirements will especially be emphasized:

1. *Fulfilment of juridical and formal requirements*
2. *Documentation of successful deliveries of similar systems*
3. *Documentation of successful operation of similar systems*
4. *Documentation of financial strength*
5. *Documentation of long term stability*
6. *Possession of technical abilities and capacities*
7. *Ability to fulfil superior functional requirements*

Possession of development resources for relevant projects

Documented quality of project management and organization

10. *Access to good and relevant project resources*

Access to local project and service organization in Oslo/Akershus

Ability to communicate in English or Scandinavian language

The supplier has the right to use subcontractors for parts of the delivery. These subcontractors must be specified in the prequalification documentation.

Suppliers applying for prequalification must be financially able to accomplish the delivery.

OATS reserves the rights to make credit investigations about all potential suppliers."

EADS TELECOM Deutschland GmbH (heretter kalt "klager") leverte inn forespørsel om deltakelse 24.3.2003. I meddelelse av 25.4.2003 ble imidlertid klager orientert om at 10 leverandører var prekvalifisert, og at klager ikke var blant disse. Som begrunnelse ble det opplyst at klager etter evaluering og rangering av tilbudene ikke nådde opp blant de 10 utvalgte leverandørene. Videre ble det opplyst at innklagede hadde besluttet å integrere leveranse B i leveranse A, slik at det nå ville være tale om bare en anskaffelse.

Klager ba om en nærmere begrunnelse for hvorfor selskapet ikke ble prekvalifisert, og ba om å få tilgang til listen over de prekvalifiserte leverandørene. Det ble gitt en ny begrunnelse, men innsyn i listen over prekvalifiserte leverandører ble avslått.

Partenes anførsler:

Klagers anførsler:

Innklagede har brutt regelverket for offentlige anskaffelser.

1. Oppfyllelse av kvalifikasjonskravene og innlevering av påkrevd dokumentasjon

Det er ikke opplyst at klager ikke var kvalifisert før klagebehandlingen startet, og dette står i motstrid til begrunnelsen innklagede ga i brev av 25.4.2003. Det er ikke korrekt at klager ikke leverte inn dokumentasjon som var etterspurt. Når det gjelder punkt 7.1 og 7.1.1. har innklagede selv lagt til grunn at kriteriene under 7.1.1. ikke er formelle krav. Det fremgår av dokumentene i saken at bare 2 av 30 leverandører etter innklagedes oppfatning har levert fullstendig dokumentasjon.

2. Adgangen til å begrense forhandlingsrunden til 10 leverandører

Klager baserte seg på kunngjøringsteksten i DOFFIN-databasen da det ble inngitt forespørsel om å delta i konkurransen. Det fremgikk ikke av kunngjøringsteksten at konkurransen ville bli begrenset til bare 10 leverandører. Når dette ikke ble opplyst verken i DOFFIN-databasen eller i konkurransegrunlaget, er det ikke adgang til å foreta en slik begrensning. Det er ikke tilstrekkelig at dette fremgikk av kunngjøringen i TED-databasen. Det er ikke oversettelsen til engelsk det er noe feil med, men oppdragsgivers egen beskrivelse av konkurransen.

Innklagede kan ikke vite om det bare var klager som misforsto teksten i kunngjøringen.

Som følge av feil i kunngjøringsteksten har ikke klager i sin søknad om prekvalifisering bestrebet seg på å synliggjøre konkurransefortrinn utover å tilfredsstillende formelle krav.

3. Plikt til å angi kriteriene for utvelgelsen i prioritert rekkefølge

Det fremgår av begrunnelsen for at klager ikke ble valgt ut som prekvalifisert at det har vært benyttet en vektingsmodell, uten at denne har vært kommunisert til leverandørene. Innklagede pliktet etter regelverket å opplyse om hvordan kriteriene ville bli vektet før innlevering av forespørsel om å delta med vedlagt dokumentasjon.

4. Vektlegging av ulovlige kriterier

I begrunnelsen for utvelgelsen er det lagt vekt på at klager vil la deler av arbeidet utføres av underleverandører. Det er ikke noe i kunngjøringen eller konkurransegrunnlaget som skulle tilsi at dette skulle vektlegges. Tvert om fremgår det i konkurransegrunnlaget at leverandørene kan benytte seg av underleverandører. Innklagede har derfor vektlagt et utenforliggende hensyn.

Innklagede kan i sin evaluering ikke generelt legge til grunn at det er samarbeidsvansker mellom klager og dennes underleverandører. Innklagede kan heller ikke legge til grunn at klager mangler erfaring på visse områder, bare fordi klager av forretningsmessige grunner velger å engasjere underleverandører på disse områdene.

Ved at innklagede har vektlagt tilgang til lokal prosjektorganisasjon i Oslo/Akershus før kontrakt er tildelt, utelukkes utenlandske leverandører. Dette er i strid med forbudet mot forskjellsbehandling på nasjonalt grunnlag.

Innklagede har angitt som tildelingskriterium evne til å kommunisere på skandinavisk eller engelsk. Dette må leses slik at kommunikasjonsevne på enten engelsk eller på et skandinavisk språk ville gi full uttelling. Likevel har klager bare fått 8 av 10 mulige poeng for bare å kunne kommunisere på engelsk, mens andre har fått 10 poeng ved å kunne kommunisere på engelsk og ett eller flere skandinaviske språk. Denne prioritering av skandinavisk har ikke blitt opplyst i kunngjøringen eller konkurransegrunnlaget og er derfor ulovlig.

5. Sammenlåsning av anskaffelsene A og B

Det ble ikke opplyst at innklagede ville vurdere en integrasjon mellom de to leveransene, og integrasjonen kan ha endret rangeringen mellom leverandørene. Klager ble således funnet godt kvalifisert for leveranse B, og det er integrasjonen mellom leveransene sammen med innklagedes nye syn på bruken av underleverandører som gjør at klager nå diskvalifiseres. Integrasjonen er i strid med kravet til forutberegnelighet, og kan uansett ikke brukes som grunnlag for ikke å prekvalifisere klager.

Innklagedes anførsler:

Innklagede bestrider å ha brutt regelverket for offentlige anskaffelser.

1. Oppfyllelse av kvalifikasjonskravene og innlevering av påkrevd dokumentasjon

Klager har synliggjort erfaring med radiokommunikasjon, mens erfaring med hovedleveransen er svak.

Klager beskriver i hovedsak radiokommunikasjonen i sine referanser og ikke "Real time information system for public transport" (som forskjellige underleverandører har tatt ansvar for). En rekke andre punkter som det er bedt om detaljert informasjon om, er enten ikke besvart eller er besvart kortfattet. Dette gjelder:

”

Details of educational and professional qualifications, of the persons responsible for the contract.

Details of the technicians or technical bodies involved, whether or not belonging directly to the undertaking, especially those responsible for quality control.

How the supplier is going to handle maintenance, service and support of the system”.

...

A list of the principal successful, on-time (according to contract) deliveries of similar systems during the previous three years. This list must include:

A specification of the financial and physical extent of the delivery.

Purchaser of the system, including address, e-mail address and phone number of the contact person.”

Relativt mange av kriteriene i "Prequalification basis" punkt 7.1 og 7.1.1 er heller ikke oppfylt.

2. Adgangen til å begrense forhandlingsrunden til 10 leverandører

Det er ikke krav om at oppdragsgiver må forhandle med alle kvalifiserte leverandører, og en begrensning av antallet leverandører som ville bli invitert til forhandlinger er derfor i samsvar med regelverket. Klager har som eneste av 30 leverandører lagt til grunn at det er kunngjort en "Declaration of Interest", og ikke en "Prequalification Process". Selv om det ikke fremgikk av kunngjøringen i DOFFIN-databasen, fremgikk det klart av kvalifikasjonsgrunnlaget at det var stilt høyere krav enn kun en "Declaration of Interest".

Det er vanlig i en konkurranse med forhandling at det velges ut inntil ti leverandører som skal inviteres til å levere inn tilbud, og deretter forhandles med. Det er derimot uvanlig at det skal inngås kontrakt med inntil ti leverandører.

Det er Norsk lysingsblad som har oversatt den norske kunngjøringsteksten til engelsk, og oversendt denne til TED-databasen. Norsk lysingsblad har altså forstått kunngjøringsteksten korrekt. Den korrekte forståelsen fremgår også av kunngjøringsteksten dersom den leses i sammenheng. Klager burde ved å sammenholde kunngjøringstekst og kvalifikasjonsgrunnlaget ikke ha misforstått dette, og kunne også ha forelagt innklagede spørsmål om forståelsen dersom de var i tvil.

Det er kun den fullstendige kunngjøringen i TED-databasen som er rettsgyldig.

Formuleringen "planlagt antall leverandører" i skjemaet til Norsk lysingsblads er ikke mulig å endre.

Under enhver omstendighet kan innklagede foreta en utvelgelse av leverandører som skal inviteres til å delta i konkurransen, selv om det ikke legges til grunn at det fremgikk av kunngjøringen og kvalifikasjonsgrunnlaget at det skulle velges ut mellom 5 og 10 leverandører. Innklagede er kun forpliktet til å forhandle med leverandører som har levert inn gyldig tilbud og har reell mulighet for å få tildelt kontrakten. Ti leverandører er tilstrekkelig til å sikre reell konkurranse.

3. Plikt til å angi kriteriene for utvelgelsen i prioritert rekkefølge

Det stilles bare krav om at krav til dokumentasjon og nivået som kreves på kvalifikasjonene fremgår av kunngjøringen og kvalifikasjonsgrunnlaget. Dette er gjort. Det er ikke krav om at kriteriene for utvelgelse skal skjje i prioritert rekkefølge. C-19/00 gjaldt tildelingsfasen, og har ingen relevans i saken.

4. Vektlegging av ulovlige kriterier

Erfaring med tilsvarende systemer og standardløsninger var to av de viktigste kvalifikasjonskravene. Det er foretatt en helhetsvurdering av kriteriene på bakgrunn av de oppstilte krav. I en slik helhetsvurdering inngår både en vurdering av leverandørene og deres underleverandører. Samarbeidet mellom hovedleverandør og underleverandør må underkastes en skjønsmessig vurdering fra oppdragsgivers side.

Det er naturlig at de leverandører som har etterspurt erfaring vektet høyere enn leverandører som henter slik erfaring fra underleverandører. Samarbeidsforholdet mellom hovedleverandør og underleverandør, og de risikomomenter dette innebærer for oppdragsgiver er ikke et utenforliggende kriterium.

Selv om underleverandørenes erfaring skulle telle likt, ville dette ikke endret på rangeringen.

5. Sammenlåing av anskaffelsene A og B

Anskaffelsen av et sanntidsbasert informasjonssystem for kollektivtrafikken i Oslo-Akershus innebærer etablering av et system med sentralutrustning og periferiutstyr på kjøretøyer og i vegkant/leskur m.v. Systemets ulike komponenter skal kommunisere med hverandre via en eller flere sambandsløsninger. Det fremgår av kvalifikasjonsgrunnlaget. Innklagede valgte å utlyse konkurransen med to parallelle leveranser, en (del A) for hovedleveransen og en (del B) for kommunikasjon. Systemet må ha løsninger for begge deler på plass for å kunne være funksjonelt. Oppdelingen i to leveranser ble gjort ut fra en forventning om at markedsaktørene i overveiende grad var ulike for de to delene og at en integrasjon ville komplisere anskaffelsesprosessen. Innklagede hadde altså på daværende tidspunkt ikke nødvendig kunnskap om at en integrasjon ville være den beste løsningen. Av 30 leverandører som søkte om kvalifikasjon, var det hele 26 som ønsket å kvalifisere seg for både leveranse A og B og som leverte tilbud på *integreerte* totalløsninger. Også klager, EADS, leverte inn tilbud om kvalifisering både for leveranse A og B. Siden majoriteten av leverandørene, inkludert EADS, ønsket å levere totalløsninger, fant innklagede det riktig å se leveransene under ett. Innklagede valgte derfor å slå sammen del A og B *etter* at alle kvalifikasjonsdokumentene var gjennomgått og leverandørene var vurdert.

Sammenlåingen ble altså gjort på grunnlag av den informasjon markedsaktørene frembrakte i kvalifiseringsfasen, en informasjon som oppdragsgiver mener må hensynta i den videre prosess gitt den kompleksitet leveransene omfatter. Integrering av de to delene kan ikke sees som en vesentlig endring av utgangspunktet for konkurransen og oppdragsgiver har som kjent

lov til å forhandle om alle forhold ved de senere innkomne tilbudene. For å lette arbeidet for de kvalifiserte tilbyderne ble disse informert om sammenlåingen før tilbudsfasen ble påbegynt. I og med at innklagede står fritt i forbindelse med forhandlingene, var det åpenbart mest hensiktsmessig å gi leverandørene denne informasjonen på et så tidlig tidspunkt som mulig, slik at tilbudene kan tilpasses virkeligheten.

Det er ikke riktig slik klager skriver at leveransene ble slått sammen før leverandørenes dokumentasjon ble vurdert og leverandørene kvalifisert.

Innklagede har ikke brukt denne integrasjonen som en del av grunnlaget for ikke å kvalifisere enkelte leverandører. Klager ble evaluert på lik linje med alle tilbydere. En opprettholdelse av leveransene som del A og del B ville altså ikke medført at klager ville blitt kvalifisert til forhandlingene.

Sammenslåing av leveransene A og B innebærer derfor ikke brudd på regelverket, og klagers anførsler må avvises.

Klagenemndas vurdering

Klager har deltatt i konkurransen og har saklig klageinteresse, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Anskaffelsen følger reglene i forskrift om innkjøpsregler for oppdragsgivere innen vann- og energiforsyning, transport og telekommunikasjon (forsyningssektoren).

1. Oppfyllelse av kvalifikasjonskravene og innlevering av påkrevd dokumentasjon

Dersom klager ble ansett for ikke-kvalifisert for oppdraget i den forstand at klager skulle vært avvist uten videre, slik som anført i tilsvaret fra innklagede, pliktet innklagede å opplyse om dette. Noen slik opplysning ble ikke gitt. Meddelelsen som ble gitt klager i brev av 15.5.2003, trakk tvert i mot i retning av at klager var kvalifisert for oppdraget, men ikke kvalifisert nok til å få være med videre i forhandlingene.

Det er heller ikke under klagebehandlingen fremlagt dokumenter i saken som underbygger innklagedes anførsel om at klager ikke skulle være kvalifisert for oppdraget. Dersom klagers kvalifikasjoner var så dårlige at klager måtte anses for ikke-kvalifisert for oppdraget, er det naturlig at dette ville fremkommet i de interne dokumenter fra evalueringen av leverandørene. Når dette ikke er tilfelle, tyder dette på at eventuelle svakheter ved klagers kvalifikasjoner var av underordnet betydning for innklagede.

2. Adgangen til å begrense forhandlingsrunden til 10 leverandører

I forsyningsforskriften § 18 er det plikt til å kunngjøre anskaffelsen i De Europeiske Fellesskaps Tidende (TED-databasen), men ikke noen plikt til å kunngjøre den i DOFFIN-databasen. Dette er riktignok endret med virkning fra 1.1.2004, uten at dette får betydning for saken. Krav til innholdet i kunngjøringen fremgår av kunngjøringsmodellen i forskriftens § 28.

Forsyningsforskriftens § 37 gir regler om utvelgelse av leverandører ved konkurranse med forhandling og lyder:

”

- 1. Utvelgelse av kandidater til å gi anbud ved begrenset anbudskonkurranse eller til å delta i kjøp etter forhandling, skal skje i samsvar med objektive kriterier og regler som er tilgjengelige for alle interesserte leverandører, entreprenører og tjenesteytere.*
- 2. De anvendte kriteriene kan omfatte kriteriene for utelukkelse fastsatt i forskrift om gjennomføring av EØS-avtalens vedlegg XVI punkt 2 om tildeling av offentlige bygge- og anleggskontrakter § 32, forskrift om gjennomføring av EØS-avtalens vedlegg XVI punkt 3 om tildeling av kontrakter om offentlige varekjøp § 27 og forskrift om gjennomføring av EØS-avtalens vedlegg XVI punkt 5b om tildeling av kontrakter om offentlige tjenesteytelser § 32.*
- 3. Kriteriene kan være basert på at oppdragsgiveren av objektive grunner må redusere antallet kandidater til et nivå som begrunnes med behovet for å skape likevekt mellom de særlige forhold ved innkjøpsbehandlingen og midlene som kreves for å gjennomføre den. Antallet aktuelle kandidater skal likevel stå i forhold til behovet for å sikre tilstrekkelig konkurranse.*

”

Det fremgår av bestemmelsen at oppdragsgiver kan foreta en utvelgelse av hvilke leverandører blant de kvalifiserte som skal få delta i konkurransen. Det er ikke oppstilt noe vilkår om at det skal opplyses i kunngjøringen at en utvelgelse vil skje. Når det fremgikk av kunngjøringen i TED-databasen at en utvelgelse ville skje, kan Klagenemnda ikke se at formuleringen i konkurransegrunnlaget og kunngjøringen, er til hinder for at innklagede foretar en utvelgelse i tråd med forskriftens § 37.

Klagenemnda kan derfor ikke se at innklagede har brutt regelverket ved å velge ut ti leverandører til å delta i forhandlingene.

3. Plikt til å angi kriteriene for utvelgelsen i prioritert rekkefølge

Oppdragsgivere plikter å opplyse om regler for utvelgelse av leverandører som skal delta i en begrenset anbudskonkurranse, når reglene om dette er fastsatt på forhånd. Det vises her til EF-domstolens avgjørelse i sak C-470/99 premiss 93. Avgjørelsen gjelder utvelgelsesfasen i begrensede anbudskonkurranser, og må få tilsvarende anvendelse i konkurranse med forhandling dersom oppdragsgiver før kunngjøringstidspunktet har fastsatt regler for utvelgelsen av leverandørene som skal inviteres til å levere inn tilbud eller å forhandle.

Klagenemnda legger til grunn at vektingen av de ulike kriteriene for utvelgelsen ble fastlagt etter kunngjøringen i TED-databasen. Klagenemnda kan derfor ikke se at innklagede har opptrådt i strid med kravet til gjennomsiktighet i lovens § 5.

4. Vektlegging av ulovlige kriterier

4.1. Vektlegging av bruk av underleverandører

Forsyningsforskriftens § 37 bestemmer at utvelgelse av hvilke leverandører som skal inviteres til å delta i forhandlinger ”skal skje i samsvar med objektive kriterier og regler som er tilgjengelige for alle interesserte leverandører, entreprenører og tjenesteytere”.

EF-domstolen har i sak C-176/98 (Holst Italia) lagt til grunn at leverandører som ikke selv oppfyller minstekravene for å delta i en konkurranse, skal kunne vise til kvalifikasjoner hos andre virksomheter som er tenkt benyttet dersom han blir tildelt kontrakten. Dette forutsetter at leverandøren kan godtgjøre at han reelt disponerer over ressursene. Etter klagenemndas oppfatning tilsier avgjørelsen at det ikke er adgang til å legge negativ vekt på det forhold alene at en leverandør vil benytte en underleverandør i utvelgelsen av hvem som skal inviteres til å delta i en konkurranse med forhandling.

Ved å legge negativ vekt på at klager ville benytte underleverandører har innklagede etter klagenemndas oppfatning opptrådt i strid med forskriftens § 37.

4.2. Vektlegging av tilgang til lokal prosjektorganisasjon

Innklagede har vektlagt tilgang til lokal prosjektorganisasjon i Oslo/Akershus ved utvelgelsen. Kriteriet er vanskeligere å oppfylle for utenlandske leverandører, og innklagede har ikke godtgjort noen saklig grunn for en slik diskriminering. Innklagede har således brutt forbudet mot diskriminering på nasjonalt grunnlag i lov om offentlige anskaffelser § 5.

4.3. Språkevner

Innklagede har angitt som et av flere evalueringskriterier evne til å kommunisere

på skandinavisk eller engelsk. Klagenemnda kan ikke se at kriteriet, slik det er angitt må leses slik at kommunikasjonsevne på enten engelsk eller på et skandinavisk språk vil gi full uttelling. Den naturlige forståelsen av kriteriet er, etter klagenemndas mening, at kommunikasjonsevne på engelsk og ett av de skandinaviske språk ville gi full uttelling. Klagenemnda kan derfor ikke se at innklagede har opptrådt i strid med regelverket på dette punktet.

5. Sammenslåing av anskaffelsene A og B

I kunngjøringen ble det opplyst at det ville bli gjennomført to separate anskaffelsesprosesser, knyttet til henholdsvis leveranse A og leveranse B. 30 leverandører søkte om prekvalifisering, men bare 26 søkte om prekvalifisering for begge leveransene. Det er således på det rene at fire leverandører har søkt om prekvalifisering for en anskaffelse, der de som følge av innklagedes endringer i forutsetningene for konkurransen likevel ikke har hatt reelle muligheter for å bli tildelt kontrakten. Endringen er således i strid med kravet til forutberegnelighet i lovens § 5. Dette gjelder selv om klager valgte å søke om prekvalifisering for begge leveransene.

Så langt klagenemnda kan se kan det heller ikke utelukkes at klagers mulighet til å bli valgt ut blant de kvalifiserte leverandørene ble redusert som følge av leveransene ble slått sammen, sett i forhold til at klagers konkurransevne var ulik på de to leveransene. Også klager ble derfor berørt av regelbruddet.

Konklusjon:

Oslo og Akershus trafikkstasjon har brutt forsyningsforskriften § 37 ved å legge vekt på at klager benyttet underleverandører ved utvelgelse av leverandører til å delta i en konkurranse med forhandling.

Oslo og Akershus trafikkstasjon har brutt lov om offentlige anskaffelser § 5 ved å legge vekt på tilgang til lokal prosjektorganisasjon i Oslo/Akershus ved utvelgelse av leverandører til å delta i en konkurranse med forhandling.

Oslo og Akershus trafikkstasjon har brutt kravet til forutberegnelighet i lov om offentlige anskaffelser § 5 ved, i strid med konkurransegrunnlaget, -å slå sammen to separate anskaffelser ved evalueringen av hvilke leverandører som skulle velges ut til å delta i konkurranse med forhandling.



Forsiden
Nemndsmedlemmer
Saksbehandling
Regelverk
Innkomne saker
Statistikk
Årsrapporter
Dommer
Søk i avgjorte saker

Avgjorte saker:

[2003](#) [2004](#) [2005](#)

Besøksadresse

H. Heyerdalsgate 1
0033 Oslo

Postadresse

Postboks 8132 Dep
0033 Oslo

Tlf.: 22 33 70 10

Faks: 22 33 70 12

E-post:

postmottak@kofa.no

Avgjorte saker

Sammendrag: Innklagede inviterte tre selskaper, som hadde vist interesse for å etablere privat barnehage i kommunen, til å søke om å få bygge og drive slik barnehage. Den aktuelle barnehagetomten var i privat eie. En av interessentene hadde opsjon på kjøp av deler av tomten. Alle de tre interessentene ble godkjent og fikk tilsagn om kommunal lånegaranti dersom de ønsket det. Klager mente kommunen hadde overtrådt regelverket for offentlige anskaffelser ved ikke å kunngjøre en konkurranse, og ved å velge den utbygger som hadde opsjon på tomten, i stedet for klager, som hadde det økonomisk mest fordelaktige tilbudet. Klagenemnda kom til at de offentlige støtteordningene som forelå, ikke medførte at det måtte anses å foreligge en gjensidig bebyrdende kontrakt mellom kommunen og den private utbyggeren. Forholdet var derfor ikke omfattet av regelverket for offentlige anskaffelser

Klagenemndas avgjørelse 2. februar 2004 i sak 228/2003.

Klager: Barnebygg AS

Innklaget: Nannestad kommune

Klagenemndas medlemmer: Inger Marie Dons Jensen, Per Christiansen, Andreas Wahl

Saken gjelder: Virkeområdet for regelverket om offentlige anskaffelser. Privat barnehageutbygging.

Bakgrunn:

Som følge av mangel på barnehageplasser i Nannestad kommune inviterte

kommunen (heretter kalt "innklagede") tre selskaper, som hadde meldt sin interesse for å etablere privat barnehage i kommunen, til å søke om å bygge og drive barnehage på en tomt i det området hvor behovet for barnehageplasser var størst. De tre selskapene var Barnebygg AS (heretter kalt klager), Trygge Barnehager AS og Vifo-barnehagene AS. Den aktuelle tomten var i privat eie, og Trygge barnehager AS hadde skaffet seg en opsjonsavtale på kjøp av deler av tomten.

I brev av 13. juni 2003 til klager skrev kommunen:

Det vises til vedtak i kommunestyresak 16/03 som tidligere er oversendt.

I følge pkt 4 i dette vedtaket inviteres Vifo-barnehagene as, Barnebygg og Trygge barnehager til å søke om å bygge og drive barnehage på O18.

Nannestad kommune er gjort kjent med at Trygge Barnehager AS har en opsjonsavtale med grunneier Einar Breen om kjøp av deler av tomten 018.

Dette innebærer at det nå er usikkert om kommunen kan eller ønsker å kjøpe eller regulere denne tomten. Sak vedrørende dette vil bli lagt fram til politisk behandling i FØ/OO i september.

Trygge barnehager har henvendt seg til kommunen med spørsmål om når en garantisøknad kan behandles. Dette kan tidligst skje i september etter at politikerne har tatt stilling til momentene i ovennevnte sak. Søknaden må være kommunen i hende innen 1. august for å kunne bli behandlet i ovennevnte møte.

Kommunen er ikke kjent med om det fremdeles er aktuelt for andre interessenter å søke om kommunal garanti og en tilsvarende avtale med grunneier."

I brev av 30. juli 2003 leverte klager "tilbud" på bygging og drift av barnehage på den tomten som var valgt ut. Tegninger og beskrivelse av den planlagte barnehagen var vedlagt, og barnehagen ble tilbudt levert "klar for drift". Videre fremgikk antall heltidsplasser og pris per barn per måned. Det ble også opplyst at barnehagen ville kreve en investering på kr 11.350.000 og kunne åpnes 27. april 2004. Tilbudet forutsatte at alle formalia og offentlige godkjenninger inklusive festekontrakt var avklart/mottatt senest 15. oktober 2003.

Den 27. oktober 2003 fattet kommunestyret følgende vedtak:

"Vedtak:

1. *Nannestad kommune tar barnehagelovens bestemmelser om private barnehagers frie etableringsrett til etterretning.*
2. *Nannestad kommune godkjenner de tre interessentene Vifo barnehager, Trygge barnehager og Barnebygg, som samarbeidspartnere for etablering av privat barnehage i Nannestad. Valg av utbygger anses å være et forhold mellom privat grunneier og interessent til den aktuelle tomten P 18.*
3. *Nannestad kommune gir den av de tre interessentene nevnt i pkt. 2, som velges til utbygger for tomten P 18, garanti ved simpel kausjonserklæring*

på inntil kr 11,6 mill, som tilsvarer kostnad ved etablering av barnehagebygg med inventar, tomt og opparbeidelse av barnehagens uteområde.

Garantitiden settes til inntil 32 år regnet fra kommunestyrets vedtaksdato, og reduseres i takt med nedbetaling av lånet. Det forutsettes at investeringstilskudd og eventuell kompensasjon for merverdiavgift kommer til fradrag på garantibeløpet ved utbetaling.

Dersom utbygging forestås og garanti søkes av en annen interessent enn en av de ovenfor nevnte, må denne godkjennes av kommunen.

Barnehagen skal minst halvårlig orientere kommunen om den løpende økonomiske situasjonen.

Det tas forbehold om at dersom utbygger ikke søker om kommunalt garantivedtak, bortfaller kommunenes garanti.

Nannestad kommune tar også forbehold om at garantien vil bortfalle dersom byggeprosjektet ikke er gjennomført i løpet av 2005."

Før vedtaket av 27. oktober ble truffet, brakte klager saken inn for klagenemnda og ba om hurtigst mulig behandling. Klagesaken har ikke hatt betydning for den videre prosessen i kommunen, og klagen er derfor ikke blitt prioritert.

Anførsler:

Klagers anførsler:

Klager anfører at regelverket for offentlige anskaffelser får anvendelse, og at kommunen har brutt forskriften § 13-1/§ 6-2 , § 17-2/§ 10-2.

Innklagede skulle for det første ha kunngjort anskaffelsen.

Klager ble prekvalifisert sammen med Vifo-Barnehagene AS og Trygge Barnehager AS og har i sitt tilbud konkurrert på pris per barn per måned og på at man ikke søkte om kommunal garanti.

Kommunen trakk seg fra konkurransen i forslag til vedtak 9. oktober 2003 og overlot til tilbyderne å sloss om tomten. Trygge Barnehager AS hadde opsjon på tomten, men grunneier bekreftet at den utbyggeren som ble valgt av kommunen, ville få tomten. Uten disse opplysningene ville klager aldri levert tilbud. Etter klagers brev til kommunen 27. august 2003, hvor klager gjorde oppmerksom på at man hadde tilbudt å bygge barnehage uten garanti, trakk kommunen seg fra å velge utbygger.

Klagers tilbud skulle vært valgt som det økonomisk mest fordelaktige, og kommunen skulle ikke ha vektlagt bruk av lokale entreprenører, da dette er i

strid med prinsippet om ikke-diskriminering og likebehandling.

Innklagedes anførsler:

Innklagede bestrider å ha brutt regelverket for offentlige anskaffelser.

Innklagedes intensjon i denne saken har vært å legge til rette for etablering av privat barnehagedrift. Kommunen eier ikke det utvalgte arealet. Hvem som skal få bygge og drive barnehage der, er derfor et rent privat forhold. Forholdet faller ikke inn under regelverket for offentlige anskaffelser.

Det har ikke vært innklagedes hensikt å gjennomføre en prekvalifisering av aktuelle utbyggere. De tre interessentene ble invitert til å levere søknad fordi innklagede trengte å vite om det ville bli aktuelt å stille kommunal garanti.

Klagenemndas vurdering:

Klager er potensiell utbygger av den aktuelle tomte og har saklig klageinteresse, jf forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig.

Sakens hovedspørsmål er om forholdet omfattes av regelverket for offentlige anskaffelser.

Lov om offentlige anskaffelser gjelder "*anskaffelser av varer, tjenester og bygge- og anleggsarbeider*", jf loven § 3. Anvendelsesområdet er i forskrift om offentlige anskaffelser nærmere presisert til å gjelde inngåelse av "*gjensidig bebyrdende avtale[r]*", jf § 1-4 a.

Spørsmålet blir om det i dette tilfellet er tale om en gjensidig bebyrdende kontrakt om anskaffelse av varer, tjenester eller bygge- og anleggsarbeider.

Det er et offentlig ansvar å skaffe tilstrekkelig antall barnehageplasser, og kommunen skal stimulere til privat barnehageutbygging i tillegg til selv å bygge barnehager. Hvem som helst kan etablere en privat barnehage under forutsetning av at prosjektet oppfyller barnehagelovens krav til barnehagedrift. Kommunen skal godkjenne private barnehager, men alle virksomheter som tilfredsstiller lovens krav, har krav på godkjenning.

Staten yter tilskudd til privat barnehagedrift etter samme prinsipper som til offentlige barnehager. I tillegg er det mange kommuner som yter støtte til private barnehager, f eks i form av driftstilskudd, gratis tomt, kommunal lånegaranti eller dekning av utgifter til søskenmoderasjon. Det fremgår av sakens dokumenter at Nannestad kommune bidrar med dekning av utgifter til søskenmoderasjon, og med kommunal garanti dersom utbyggers långiver krever det.

Spørsmålet blir om forholdet mellom privat barnehageutbygger og kommunen på denne bakgrunn er av en slik karakter at det er tale om en gjensidig bebyrdende kontrakt.

Det dreier seg ikke om anskaffelse av varer eller bygge- og anleggsarbeider. Slik klagenemnda ser det, er det heller ikke naturlig å si at kommunen i dette tilfellet anskaffer barnehagetjenester. Tjenestekonsesjon anses heller ikke aktuelt. De støtteordningene som foreligger, inklusive kommunal garanti, kan ha preg av gjensidig bebyrdelse, men det kan neppe ses som kontraktsrettslig "vederlag".

Ved barnehagedrift tilbys offentlig støtte til alle som oppfyller vilkårene for å

kunne drive barnehage. Den kommunale garantien, som gis på visse generelle betingelser, ligger kanskje nærmest opp til å kunne kalles ledd i et gjensidig bebyrdende forhold. Kommunale garantier er imidlertid ikke noe nødvendig ledd i en privat barnehageutbygging. Bare i de tilfellene hvor utbyggers långiver krever det, vil det være aktuelt for utbygger å søke om garanti. Barnebygg har f eks ikke søkt om garanti.

Klagenemnda er kommet til at den aktuelle private barnehageutbyggingen ikke er knyttet til en gjensidig bebyrdende kontrakt som omfattes av regelverket for offentlige anskaffelser.

Kommunen har i flere sammenhenger formulert seg slik at man kan få inntrykk av at det dreier seg om en konkurranse. Dette er uheldig, men kan ikke være avgjørende i forhold til hvilke regler som får anvendelse.

Klager har anført at man ikke ville ha levert noe "tilbud" dersom man hadde vært klar over at Trygge Barnehagers opsjonsavtale ble avgjørende for hvem som fikk bygge. Klagenemnda vil nevne at behovet for barnehageplasser i Nannestad kommune ikke er dekket gjennom Trygge Barnehagers utbyggingsprosjekt. Det fremgår av dokumentene i saken at kommunen har behov for ytterligere en 4-avdelings barnehage samt mindre enheter, og at det er pekt ut flere potensielle barnehagetomter. Ved å skaffe seg rådighet over en tomt og få den regulert til barnehageutbygging, skulle også andre kunne etablere privat barnehagedrift i kommunen.

Konklusjon:

Saken omfattes ikke av regelverket for offentlige anskaffelser, og regelverket er derfor ikke brutt.

For klagenemnda,

2. februar 2004

Inger Marie Dons Jensen



Forsiden
Nemndsmedlemmer
Saksbehandling
Regelverk
Innkømne saker
Statistikk
Årsrapporter
Dommer
Søk i avgjorte saker

Avgjorte saker:
[2003](#) [2004](#) [2005](#)

Besøksadresse
H. Heyerdalsgate 1
0033 Oslo

Postadresse
Postboks 8132 Dep
0033 Oslo

Tlf.: 22 33 70 10

Faks: 22 33 70 12

E-post:

postmottak@kofa.no

Avgjorte saker

Oppdragsgiver nektet å utlevere konkurransegrunnlaget til klager, fordi klager etter oppdragsgivers oppfatning ikke kunne anses som leverandør av de tjenester konkurransen omfattet. Klagenemndas avviste at oppdragsgivers rådgiver som utarbeidet konkurransegrunnlaget kunne anses å ha "eiendomsrett" til konkurransegrunnlaget, og på dette grunnlaget nekte utlevering. Klagenemnda la til grunn at innklagede hadde brutt kravet til likebehandling av leverandørene.

Klagenemndas avgjørelse i sak 2003/204 den 26. januar 2004

Klager: Forvaltningstjenester DA

Innklaget: Skiptvet kommune

Klagenemndas medlemmer: Svein Dahl, Bjørg Ven, Andreas Wahl

Saken gjelder: Plikt til å levere ut konkurransegrunnlaget.

Bakgrunn:

Skiptvet kommune (heretter kalt "innklagede") kunngjorde på vegne av 11 samarbeidende Østfoldkommuner anskaffelse av skade- og personforsikring. I

kunngjøringen fremgikk det at minstekrav for å delta var innlevering av skatteattester, HMS-erklæring og fremleggelse av foretakets årsregnskap eller utdrag fra det. I kunngjøringen fremgikk det videre at dokumentasjon kunne fås hos Østfold Forsikringsmegling AS.

Forvaltningstjenester DA (heretter kalt "klager") har som forretningsidé å samordne tilbud fra ulike produsenter og tilby tjenester fra disse sammen med egne tjenester fra deltagerne i selskapet.

Klager sendte 24.1.2003 skriftlig anmodning til innklagede om å få utlevert konkurransegrunnlaget. I e-post fra innklagede 28.1.2003 ble anmodningen besvart med:

"Vi viser til Deres forespørsel av 24.1.03 og tør opplyse at anbudsdokumentene bare sendes ut til forsikringsselskap. Hvis De ønsker å få oversendt anbudsdokumentene, ber vi Dem oppgi hvilket forsikringsselskap De representerer og vedlegge fullmakt fra det aktuelle selskapet".

Anmodningen om utlevering av konkurransegrunnlaget er ikke etterkommet.

Ingen forsikringsselskaper var imidlertid interessert i å etablere en ordning som skissert i konkurransegrunnlaget, og anskaffelsesprosessen er derfor avsluttet.

I forbindelse med klagebehandlingen har innklagede motsatt seg at konkurransegrunnlaget videresendes til klager. Østfold Forsikringsmegling AS har i brev til klagenemnda utdypet dette:

"Anbudsdokumentene er vår eiendom i egenskap av forsikringsmegler for våre kunder, og gjøres ikke tilgjengelig for andre enn de forsikringsselskaper som er relevante som forsikringsgivere for kunden".

Partenes anførsler:

Klagers anførsler:

Innklagede har ikke anledning til å utelukke klager fra konkurransen. Klagers forretningsområde er å samordne tilbud fra ulike produsenter, og eventuelle leveranser av forsikringsprodukter vil skje fra forsikringsselskaper med nødvendige konsesjoner.

Klagenemnda forstår det slik at klager anfører at innklagedes representant er inhabil til å være rådgiver for innklagede i gjennomføringen av anskaffelsen, siden denne som forsikringsmegler må antas å ha avtaler med deler av leverandørmarkedet.

Innklagedes anførsler:

Klager kan ikke anses som leverandør av de tjenester konkurransen omfatter.

Alle relevante leverandører fikk tilsendt konkurransegrunnlaget. Så lenge klager ikke kan dokumentere at han representerer en relevant forsikringsleverandør kan vi ikke se at klager har godtgjort sin rett til å motta konkurransegrunnlaget.

Klagenemndas vurdering:

Klager har ønsket å delta i konkurransen, og har saklig klageinteresse, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig.

Oppdragsgiver plikter i henhold til forskrift om offentlige anskaffelser §§ 5-1 og 12-1 å utarbeide et konkurransegrunnlag. Dette er et offentlig dokument, og ikke

en privat konsulents "eiendom". Oppdragsgiver er i forskriften gitt anledning til å kreve betaling eller depositum for utlevering av dokumentene, jf. forskriftens §§ 5-1 (2) og 12-1 (2), bokstavene a) og g).

I en åpen anbudskonkurranse har alle "interesserte leverandører" krav på å få delta i konkurransen. Det følger av forskriften §§ 8-4 (1) og 15-4 (1). Klagenemnda er av den oppfatning at det ikke kan innfortolkes noen begrensning i begrepet "leverandør" i den forbindelse, slik at oppdragsgiver ikke på forhånd kan drive noen sensur av hvem som er egnet som leverandør i det aktuelle tilfellet.

En leverandør som ikke selv oppfyller minstekravene for å delta i en konkurranse, skal kunne vise til kvalifikasjoner hos andre virksomheter som er tenkt benyttet dersom han blir tildelt kontrakten. Dette forutsetter at leverandøren kan godtgjøre at han reelt disponerer over ressursene.

Å legge til grunn at klager ikke oppfyller kvalifikasjonene før konkurransegrunnlaget sendes ut, vil være vilkårlig siden innklagede ikke vil kunne vite på dette tidspunktet om klager vil benytte seg av underleverandører eller andre virksomheters kvalifikasjoner.

Innklagedes beslutning om ikke å utlevere konkurransegrunnlaget til klager mangler hjemmel i regelverket, og er i strid med kravet til likebehandling av leverandørene, jf. forskriftens § 3-1 og lov om offentlige anskaffelser § 5.

Klagenemnda kan ikke se at det foreligger noe grunnlag for klagers inhabilitetsinnsigelser.

Konklusjon:

Skiptvedt kommune har brutt lov om offentlige anskaffelser § 5 ved ikke å ville utlevere konkurransegrunnlaget til Forvaltningstjenester DA.

For klagenemnda, 26.1.2004

Bjørg Ven



Forsiden
Nemndsmedlemmer
Saksbehandling
Regelverk
Innkomne saker
Statistikk
Årsrapporter
Dommer
Søk i avgjorte saker

Avgjorte saker:

[2003](#) [2004](#) [2005](#)

Besøksadresse

H. Heyerdalsgate 1
0033 Oslo

Postadresse

Postboks 8132 Dep
0033 Oslo

Tlf.: 22 33 70 10

Faks: 22 33 70 12

E-post:

postmottak@kofa.no

Avgjorte saker

Innklagede hadde i konkurransegrunnlaget selv oppgitt estimert antall timer som prisen skulle vurderes ut i fra. Innklagede la i vurderingen av et annet tildelingskriterium vekt på leverandørenes totale anslåtte timeantall, uten at det fremgikk av tildelingskriteriene at dette ville bli vektlagt. Klagenemnda kom til at dette medførte brudd på kravet til forutberegnlighet i lov om offentlige anskaffelser § 5.

Klagenemndas avgjørelse 26.01.2004 i sak 2003/236

Klager: Erstad & Lekven Bergen AS, Origo arkitektgruppe AS, Instanes AS, Thunes

Partners AS og Monstad AS

Innklaget: Helse Stavanger HF

Klagenemndas medlemmer: Svein Dahl, Bjørg Ven, Andreas Wahl.

Saken gjelder:

Prioritering av tildelingskriterier, krav til forutberegnlighet.

Sakens bakgrunn:

Innklagede kunngjorde den 20.06.03 en åpen anbudskonkurranse i Norsk lysningsblads elektroniske database ("DOFFIN") om prosjektering av utbygging av sykehuset på Våland. Anskaffelsen ble kunngjort etter reglene i forskrift fastsatt ved kgl. res. 15 juni 2001 om offentlige anskaffelser del II. I konkurransegrunnlaget ble tildelingskriteriene angitt på følgende måte:

"3.9.3 Tildelingskriterier

Byggherren vil tildele kontrakten til den tilbyder som etter en samlet vurdering har gitt det økonomisk mest fordelaktige tilbudet.

I vurderingen vil byggherren vektlegge:

- *Pris (honorar, reiser og øvrige kostnader)*
- *Tilbyders beskrivelse av hvordan oppdraget tenkes gjennomført i hver av fasene skisseprosjekt, forprosjekt og detaljprosjekt.*
- *Bemanningsplan for de ulike faser med angivelse av antall og kategori medarbeidere i de ulike faser.*
- *Oppdragsorganisasjon for de ulike faser, med navngivelse av ansvarlige for ulike fag og deloppgaver. Ved vurderingen vil det bli lagt vekt på at nøkkelfunksjoner er bemannet med personale med god kompetanse på den type prosjekteringsoppdrag det gjelder, og at tilbyders organisasjon kan virke effektivt fra oppdragstart.*
- *Forbehold (som ikke medfører utelukkelse).*

Ved beregning av pris som grunnlag for tildeling benyttes følgende oppsett:

Honorar for nytt akuttmottak, observasjonsenhet mv., ca 5.000 kvm netto:

<i>Fase</i>	<i>Gjennomsnittlig timehonorar iht. tilbud</i>	<i>Byggherrens timeanslag</i>	<i>Anslått honorar</i>
<i>Skisseprosjekt</i>		<i>2.500</i>	
<i>Forprosjekt</i>		<i>5.000</i>	
<i>Detaljprosjekt</i>		<i>17.000</i>	
<i>Kontrahering</i>		<i>1.000</i>	
<i>Oppfølging bygging</i>		<i>7.000</i>	
<i>Sum</i>		<i>32.500</i>	

Reiser for samme:

<i>Fase</i>	<i>Anslått reiseutgift iht. tilbud</i>	<i>Byggherrens anslag antall reiser</i>	<i>Anslått reiseutgift</i>

Skisseprosjekt		15	
Forprosjekt		25	
Detaljprosjekt		35	
Kontrahering		5	
Oppfølging bygging		20	
Sum		100	

Som del av konkurransegrunnlaget fikk alle leverandørene et prisskjema i form av en rekke regneark.

For 13 prosjekteringsgrupper skulle følgende prisskjema fylles inn:

Fase	Tilbudt timepris eks.mva. kr/t	Skisseprosjekt		Forprosjekt		Det
[navn prosjekterings-gruppe]		Anslått antall timer	Honorar Kostnad kr	Anslått antall timer	Honorar Kostnad kr	Anslått antall timer
Kategori						
Oppdragsansvarlig	0	0	0	0	0	0
Senior rådgiver > 10 år erfaring	0	0	0	0	0	0
Rådgiver < 3 år erfaring	0	0	0	0	0	0
Teknisk tegner	0	0	0	0	0	0
Sekretær	0	0	0	0	0	0
Sum timer og sum honorar		0	0	0	0	0
Gjennomsnittlig timepris	0					
Anslått kostnad til reise og opphold			0		0	
Anslått andre kostnader			0		0	
Sum kostnad			0		0	
Sum honorar og kostnad eks. mva.			0		0	

Feltene som her inneholder tallet "0" skulle leverandørene fylle ut med sine tall.

I et separat prisskjema ble tallene fra "Sum timer og sum honorar" samt "Gjennomsnittlig timepris" lagt inn for alle prosjekteringsgruppene. Det ble så regnet ut totalsummer for antall timer og honorar kostnad for hver fase, hvilket utgjorde grunnlaget for utregningen av "Gjennomsnittlig timepris" for hele tilbudet, som var den gjennomsnittlige timeprisen som oppdragsgiver senere skulle legge inn i det oppsettet som fremkom under tildelingskriteriene.

Saksbehandling:

I alt 11 leverandører deltok i konkurransen, herunder gruppen Erstad & Lekven Bergen AS, Origo arkitektgruppe AS, Instanes AS, Thunes Partners AS og Monstad AS (heretter kalt "klager") og gruppen Leiv Nes Arkitekter AS, Multikonsult AS, Theoralis AS og Mjelde og Johannessen. Innklagede valgte tilbudet til sistnevnte gruppe. I et internt notat datert 14.10.2003 skriver innklagede blant annet følgende om det valgte tilbudet:

"Både arkitekt og rådgivende ingeniører har mye erfaring fra prosjektering av

sykehus, og har mye erfaring fra samarbeid som gruppe.

Tilbudet er ikke av de rimeligste mht. pris, men andre kvaliteter i tilbudet mer enn oppveier dette.

Tilbudet har en bra beskrivelse av den konkrete oppgaven, noe som sannsynligvis bidrar til det lave timeantall som er tilbudt. Videre har det en bra bemanningsplan og en god organisasjon med erfarne sykehusplanleggere. Tilbyder kjenner eksisterende sykehusanlegg meget godt, noe som antakelig også bidrar til tilbudets lave timeantall.”

Den 22.10.03 sendte innklagede en begrunnelse til leverandørene. Innklagede listet opp leverandørenes priser, slik disse fremkom ved å multiplisere gjennomsnittsprisene fra tilbudsskjemaene med innklagedes anslåtte timebehov. Klagers tilbud var lavest på pris. Deretter kommenterte innklagede evalueringen av alle tildelingskriteriene, og konkluderte at det valgte tilbud var det økonomisk mest fordelaktige. Bla skrev innklagede følgende:

”

· *Pris:*

Tilbudet er omtrent i gjennomsnitt for alle tilbudene når det gjelder pris og 957.000 kroner dyrere enn det rimeligste. Sammenholdt med de rimeligere tilbudene, oppveies imidlertid prisen av god kvalitet i forhold til de øvrige evalueringskriteriene. Det tilkommer ikke reisekostnader.

· *Tilbyders beskrivelse av hvordan oppdraget tenkes gjennomført:*

Beskrivelsen er utmerket og tilpasset dette prosjektets behov og spesielle karakter. Beskrivelsen indikerer at prosjekteringen vil gå greit og effektivt fra første dag og bidra til en effektiv gjennomføring av prosjektet samlet sett. Basert på tilbyders oppgaveforståelse er det grunn til å anta at prosjekteringskostnaden totalt sett vil bli gunstig, sammenholdt med de øvrige tilbud, selv om den tilbudte timepris svarer omtrent til gjennomsnittet av alle tilbud.

· *Bemanningsplan for de ulike faser:*

Bemanningsplanen er godt tilpasset oppdragets omfang og vil således bidra til effektivt arbeid. Flere spesialrådgivningsoppgaver er lagt til de øvrige fagene/firmaene, noe som bidrar til effektiv prosjektering.

· *Oppdragsorganisasjon for de ulike faser:*

Organisasjonen har erfarne sykehusplanleggere og dyktige prosjekterende i alle viktige posisjoner. Gruppen er vant til å arbeide sammen, ikke minst i sykehusprosjekter.”

Innklagede sendte 31.10.03 etter klagers oppfordring en utfyllende begrunnelse for valget, der klager omtales som tilbud 3. I begrunnelsen fremkom bla:

”

- *Tilbyders beskrivelse av hvordan oppdraget tenkes gjennomført:*

Tilbud 3 har en bra beskrivelse av hvordan oppdraget tenkes gjennomført, men det valgte tilbud 8 samt ytterligere ett tilbud vurderes å ha en ennå bedre beskrivelse av oppdragets gjennomføring.

- *Bemanningsplan for de ulike faser:*

Bemanningsplanen i tilbud 3 er blant de dårligst dokumenterte i alle tilbud, og den gir lite grunnlag for å vurdere bemanningen i de ulike faser. Flere av de øvrige tilbud har bedre dokumentert bemanningsplan, herunder tilbud 8.

Bemanningsplanen kommer også til uttrykk når det gjelder tilbyders vurdering av arbeidsomfanget, jf. tilbudt timeomfang der tilbud 3 har 4.343 timer flere enn det valgte tilbud 8. En forskjell i gjennomsnittlig timehonorar på bare 37 kroner mellom disse to tilbud vil på langt nær oppveie omfanget av bemanning som er tilbudt i tilbud 3.

...”

I innklagedes tilvar til klagenemnda datert 11.11.2003 skriver innklagede:

”Det fremkommer av klagers tilbud, jf bl.a. utfyllt prisskjema, at klager har en bemanningsplan som innebærer at han vil benytte 30.660 timer på oppdraget. Av bemanningsplanen for det valgte tilbud, fremgår det at det er planlagt å benytte 26.453 timer, altså 4.207 færre timer. Dette innebærer at oppgaveforståelsen og bemanningsplanen i det valgte tilbud gir mulighet for en mer effektiv og økonomisk sett bedre gjennomføring av oppdraget enn om vi legger klagers tilbud til grunn.

Basert på tilbyders timepriser, oppgaveforståelse og dermed bemanningsbehov, anslår vi å kunne spare i størrelsesorden 1,75 mill. kroner ved å benytte det innstilte tilbud fremfor klagers tilbud, reisekostnader inkludert.”

I innklagedes brev til klagenemnda datert 05.12.2003 skriver innklagede:

”All dokumentasjon vi har bedt om i tilbudsforespørselen skal benyttes ved kvalifisering og tildeling i tilbudskonkurransen. Anslåtte timebehov er et viktig element i vurdering av tilbyders bemanningsplan.”

Partenes anførsler:

Klagers anførsler:

Klager anfører at innklagede har brutt lov om offentlige anskaffelser med tilhørende forskrifter.

1. Innklagede har brutt forskriften § 10-2 (2) 2 punkt ved ikke å angi innbyrdes prioritering av tildelingskriteriene.

2. Formålet med bemanningsplanen var å dokumentere evne til å gjennomføre prosjektet med hensyn til kvalitet og fremdrift. Innklagede har rettstridig lagt

avgjørende vekt på den valgte leverandørens opplyste timeantall, til tross for at leverandørene etter konkurransegrunnlaget ikke skulle gi noen opplysninger om dette.

Det var ved utlysningen av anbudskonkurransen ikke utarbeidet et funksjonsprogram som beskrev hva som rent faktisk skulle prosjekteres, dvs hvilke "funksjoner" oppdragsgiver ønsker at akutteneheten skal ha. Det vises til konkurransegrunnlaget pkt 2.5 (programmering) og pkt 2.6 (tidsplan). Før funksjonsprogram er utarbeidet lar det seg ikke gjøre å anslå hvor mange timer som vil medgå. Leverandørene skulle således ikke konkurrere med hensyn til det samlede timeantall, men kun på bakgrunn av timesats. Det vises i denne forbindelse til at det ikke skulle avtales fast pris for oppdraget, men at det skal betales for faktisk medgått tid i henhold til de timesatser som er oppgitt for hver stilling/faggruppe, og i samsvar med NS 8401 pkt 15.1.3.

Det er således uten betydning hvor mange timer leverandørene rent faktisk har oppgitt i tilbudsskjemaet, det avgjørende er de timesatser som er lagt til grunn. Samtlige leverandører skulle ideelt ha fylt ut tilbudsskjemaet med totalt 32.500 timer, ettersom oppdragsgiver har lagt dette til grunn. Når leverandørene, herunder klager, ikke har ment det har vært avgjørende å komme frem til dette eksakte timetallet gjennom utfyllingen av de underliggende og detaljerte regneark, er det fordi det er den relative fordelingen av arbeidsoppgaver mellom de ulike stillinger/faggrupper som er av betydning; det er kun dette som virker inn på den gjennomsnittlige timesatsen. Hvorvidt det er opplyst totalt 32.500 timer eller 28.000 timer vil således være uten betydning så lenge den relative fordelingen mellom stillingene/faggruppene er korrekt.

3. Innklagede har lagt vekt på at den valgte leverandøren hadde god kunnskap om Sentralsykehuset på bakgrunn av tidligere oppdrag. Dette kriteriet var ikke nevnt i konkurransegrunnlaget, og det er dessuten ikke rettslig adgang til å vektlegge kriteriet. Innklagede har derfor brutt på kravet til likebehandling i lovens § 5.

4. Innklagede har vurdert klagers tilbud på et uriktig faktisk grunnlag ved å legge vekt på at klager hadde mangelfull dokumentasjon for bemanningsplanen, hvilket ikke var tilfellet.

5. Beslutningen om å tildele kontrakten må omgjøres, og innklagede må foreta en ny og fullstendig gjennomgang og evaluering av alle de innkomne tilbud, der det ved vurderingen av tilbudene ikke kan legges vekt på leverandørens opplyste timeantall eller kunnskap om Sentralsykehuset.

Innklagedes anførsler:

Innklagede bestrider å ha brutt forskrift om offentlige anskaffelser.

1. Alle tildelingskriteriene slik de fremsto i konkurransegrunnlaget er anvendt på en korrekt måte. Det er det økonomisk mest fordelaktige tilbud som er valgt.

2. Det er ikke lagt vekt på andre kriterier enn de som er angitt i konkurransegrunnlaget.

Det er ikke lagt vekt på tilbudt timeantall som sådan, men derimot lagt vekt på leverandørens bemanningsplan.

I klagers tilbud punkt "3.11 Bemanningsplan" står det bare en generell beskrivelse samt en oversikt over hvilke personer som skal fylle de ulike roller i oppdraget. Dette sier lite om bemanningens omfang. Derfor har klager selv vist til timeoversikten og timefordelingen i prisskjemaet.

I tilbudsgrunnlaget er beskrivelsen av oppdraget godt egnet til å vurdere omfanget av et prosjekteringsarbeid og følger den kutyme som er vanlig i

bransjen. Beskrivelsen angir nettoarealet og de funksjoner som inngår. Her bemerkes at innholdet i funksjonene akuttmottak (3.210 kvm) og observasjonsenhet med 60 senger (1.960 kvm) og eventuelt intensiv/oppvåkning er kjente funksjoner for enhver sykehusplanlegger. Tilbudsgrunnlaget gir derfor en klar anvisning på prosjektets omfang (arealet er angitt) og kompleksitet (funksjonen). Det er videre i tilbudsgrunnlaget lagt ved en meget detaljert og konkret ansvars- og ytelsesbeskrivelse for hele prosjekteringsoppdraget, og i tilbudsgrunnlaget er det også redegjort for de plan- og brukerprosesser som skal gjennomføres.

Dersom klager mente at tilbudsgrunnlaget ikke ga tilstrekkelig grunnlag for å vurdere oppdragets omfang og dermed hvilken bemanning oppdraget ville kreve, skulle han enten bedt om supplerende informasjon før angitt frist, eller tatt forbehold i sitt tilbud, eller ikke gitt tilbud. Ingen leverandører, klager inkludert, har bedt om supplerende informasjon eller tatt forbehold på dette punkt.

Det er korrekt at innklagede har bedt leverandørene om å bruke oppgitt timeantall for å kunne sammenlikne pris mellom de ulike leverandørene, men innklagede har ikke noe sted i konkurransegrunnlaget fastlagt noe om arbeidsomfang.

Oppdraget skal ikke honoreres etter medgått tid; I praksis betyr det at når skisseprosjektet og funksjonsprogrammet er ferdig, kan det bli avtalt fast honorar for resten av oppdraget.

3. Det er ikke lagt vekt på den valgte leverandørens kunnskap om Sentralsykehuset. Henvisningen til denne kunnskapen ble kun tatt inn som en forklaring på hvorfor et tilbud hadde lavere ressursbruk enn et annet, bla for å avdekke om leverandøren hadde en feilaktig oppgaveforståelse.

4. Det erkjennes og beklages at innklagede ved utformingen av brev datert 31.10.03 ikke var tilstrekkelig oppmerksom på et av bilagene i klagers tilbud, og at det derfor var galt å karakterisere bemanningsplanen som "blant de dårligste dokumenterte i alle tilbud". Bemanningsplanen som sådan, inkl alle bilag, inngikk imidlertid i evalueringen slik at forholdet ikke fører til noe endret vurdering av klagers tilbud.

5. Det er ikke anledning til å endre konkurransegrunnlaget slik klager anfører, og det har ikke fremkommet noen informasjon som skulle føre til en ny konklusjon i en ny konkurranse.

Klagenemndas vurdering:

Klager har deltatt i konkurransen og har derfor saklig klageinteresse, jf forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig.

1. Innbyrdes prioritering

Det følger av forskrift om offentlige anskaffelser § 10-2 (2) at:

"Dersom tildelingen av kontrakten skjer på grunnlag av det økonomisk mest fordelaktige tilbud, skal alle kriterier som vil bli lagt til grunn oppgis enten i konkurransegrunnlaget eller i kunngjøringen. Kriteriene skal om mulig angis i prioritert rekkefølge. Det kan benyttes slike kriterier som pris, kvalitet, teknisk verdi, estetiske og funksjonsmessige egenskaper, service og teknisk bistand, oppfyllelsestid mv."

Forskriften må forstås slik at oppdragsgiver bare plikter å opplyse om den innbyrdes prioritering av kriteriene for valg av tilbud dersom denne er kjent i forkant i av konkurransen. Klagenemnda kan ut fra de fremlagte dokumenter ikke se at innklagede på forhånd hadde bestemt hvilken innbyrdes prioritering

de ville gi de forskjellige tildelingskriteriene.

Klagenemnda kan etter dette ikke se at det foreligger brudd på forskriften pga manglende angivelse av innbyrdes prioritering av kriteriene for valg av tilbud.

2. Anledningen til å fravike byggherrens timeanslag

Oppdragsgiver plikter å foreta en saklig og forsvarlig evaluering av samtlige kriterier som har vært angitt som tildelingskriterier i kunngjøringen og/ eller konkurransegrunnlaget.

Innklagede har vurdert tildelingskriteriet "pris" på korrekt måte, slik at leverandørens gjennomsnittspris er multiplisert med innklagedes timeanslag.

Det er imidlertid på det rene at klagers oppgitte timetall er tillagt vekt ved vurderingen av kriteriet bemanningsplan og i den forbindelse kriteriet "hvordan oppdraget tenkes gjennomført i hver av fasene". Innklagede sier om dette at det ikke er lagt avgjørende vekt på tilbudt timeantall som sådan, men derimot på leverandørens bemanningsplan, og at det ikke er mulig å vurdere bemanningsplanen uten å ta hensyn til leverandørens egen timeoversikt. Uten å gjøre dette mener innklagede at det ikke vil være mulig å vurdere hva som er det økonomisk mest fordelaktige tilbud.

Om klagers bemanningsplan heter det for øvrig i notatet av 14.10.2003 at "bemanningsplanen synes fornuftig". I samme notat beskrives bemanningsplanen i det valgte tilbud slik: "Videre har det en bra bemanningsplan og en god organisasjon med erfarne sykehusplanleggere. Tilbyder kjenner eksisterende sykehusanlegg meget godt, noe som også bidrar til tilbudets lave timeantall".

Når disse uttalelser leses i sammenheng og på bakgrunn av at klagers tilbud var ca kr 950.000,- rimeligere enn det valgte, etterlater det liten tvil om at det er de angitte timetall som har blitt tillagt utslagsgivende vekt i valget av leverandør. Etter Klagenemndas oppfatning var det ikke anledning til å gjøre dette slik konkurransegrunnlaget var utformet. Angivelse av tildelingskriterier må gjøres på en så tydelig måte at alle rimelig opplyste og normalt påpasselige leverandører vil fortolke det på samme måte, jf EF-dommen i sak C-19/00 (SIAC Construction). I saken her er timetall overhodet ikke nevnt som tildelingskriterium og heller ikke nevnt som et element i forbindelse med "bemanningsplan" eller "gjennomføringsplan". Tvert imot fremgår det at oppdragsgivers timetall skal legges til grunn. Også implisitt i dette må ligge at timetallet ikke er et konkurransemoment. Når innklagede nå sier at det ikke er mulig å vurdere hva som er det økonomisk mest fordelaktige tilbud uten å ta hensyn til leverandørens oppgitte timetall, viser det at et tildelingskriterium som ikke er oppgitt i konkurransegrunnlaget er tillagt vekt. Kriteriet kan heller ikke leses ut av eller innfortolkes i de øvrige deler av konkurransegrunnlaget – verken når de leses isolert eller sees i sammenheng.

Innklagede har dermed brutt lov om offentlige anskaffelser § 5 (3) krav til forutberegnlighet ved å vektlegge det totale anslåtte timeantallet i vurderingen av tildelingskriteriet "bemanningsplanen".

3. Kunnskap om Sentralsykehuset

Innklagede gjør gjeldende at notat av 14.10.2003 ikke innebærer at man har vektlagt klagers kunnskap om Sentralsykehuset, men at henvisningen til klagers kunnskap kun er tatt inn som en av to forklaringer på hvorfor klager har oppgitt et lavere timeantall enn øvrige leverandører. Klagenemnda har ikke tilstrekkelig grunnlag for å fastslå at henvisningen til klagers kunnskap om Sentralsykehuset som sådan utgjør et lovbrudd, men vil bemerke at formuleringen i notatet understøtter den forståelse Klagenemnda har lagt til grunn ovenfor om at timetallet er tillagt utslagsgivende vekt.

4. Uriktig faktisk grunnlag

Det fremkommer ingen opplysninger om at klagers bemanningsplan var dårlig dokumentert, verken i de interne notatene fra innklagede eller i den første begrunnelsen for valg av leverandør. Den uriktige fremstillingen av faktum fremkommer først i den utfyllende begrunnelsen for valg av leverandør, som ble sendt etter anmodning fra klager. Klagenemnda finner det sannsynlig at innklagede ikke har lagt vekt på dårlig dokumentasjon. Innklagede anses derfor ikke å ha begått lovbrudd på dette punkt.

5. Omgjøring av beslutningen

Det følger av forskrift om klagenemnda for offentlige anskaffelser § 12 at klagenemnda ikke skal uttale seg om de rettslige konsekvensene av brudd på lov om offentlige anskaffelser med forskrifter. Klagenemnda går derfor ikke inn på spørsmålet om omgjøring.

Konklusjon:

Helse Stavanger har brutt lov om offentlige anskaffelser § 5 (3) krav til forutberegnlighet ved å vektlegge det totale anslåtte timeantallet i vurderingen av tildelingskriteriet "bemanningsplanen".

Klagenemnda ber Helse Stavanger opplyse innen 15 februar 2004 om hva som vil bli gjort for å rette opp feilen.

For Klagenemnda, 26.01.2004

Svein Dahl



Forsiden
Nemndsmedlemmer
Saksbehandling
Regelverk
Innkomne saker
Statistikk
Årsrapporter
Dommer
Søk i avgjorte saker

Avgjorte saker:

[2003](#) [2004](#) [2005](#)

Besøksadresse

H. Heyerdalsgate 1
0033 Oslo

Postadresse

Postboks 8132 Dep
0033 Oslo

Tlf.: 22 33 70 10

Faks: 22 33 70 12

E-post:

postmottak@kofa.no

Avgjorte saker

I en konkurranse om levering av dagkirurgiske tjenester var det stilt krav om at leger som skulle delta i konkurransen måtte ha driftsavtale med innklagede, slik at innklagede kunne få refusjon for utgiftene fra staten. Klagenemnda la til grunn at kravet om driftsavtale verken var å anse som krav til leverandørens kvalifikasjoner, eller krav til deres finansielle og økonomiske stilling. Kravet var konkurransebegrensende, og i strid med kravet til konkurranse i lov om offentlige anskaffelser § 5.

Klagenemndas avgjørelse 19. januar 2004 i sak 2003/199

Klager: Dr. Richard von Volkmann

Innklagede: Helse Vest RHF

Klagenemndas medlemmer: Svein Dahl, Inger Roll-Matthiesen, Kai Krüger.

Saken gjelder: *Kjøp av dagkirurgiske helsetjenester fra privatpraktiserende leger til regionale helseforetak. Om lovligheten i forhold til regelverket om offentlige anskaffelser av konkurransebegrensende ordninger som gjelder tildeling av driftsavtale med regionale helseforetak.*

Bakgrunn:

Helse Vest RHF (heretter kalt "innklagede") kunngjorde 19.12.2002 en konkurranse med forhandling om kjøp av dagkirurgiske tjenester innen blant annet øyesykdommer. Frist for mottak av forespørsler om deltakelse i konkurransen var satt til 13.1.2003. I kunngjøringen var det kun vist til ordinære kvalifikasjonskrav, så som krav om fremleggelse av skatteattest, HMS-egenerklæring og firmaattest.

Av konkurransegrunnlaget fremgikk det under overskriften "Ytelse/omfang -

beskrivelse av leveransen" blant annet at:

"Som et supplement til de tjenester våre egne helseforetak leverer, ønsker vi å inngå avtale om leveranse av dagkirurgiske tjenester fra:

- *Private avtalespesialister som har driftsavtale med Helse Vest. Aktører som har 100% driftstilskudd vil foretrekkes."*

Utover denne formulering var kravet om driftsavtale med Helse Vest ikke ytterligere beskrevet i konkurransegrunnlaget, verken i tilknytning til de oppstilte kvalifikasjonskrav eller under tildelingskriteriene.

I konkurransegrunnlaget fremgikk det videre at det økonomisk mest fordelaktige tilbudet ville bli valgt, ut fra:

"

- *Pris og kostnader*
- *Leveringssikkerhet*
- *Kapasitet*
- *Kvalitet – liste og CV over fast ansatte som vil brukes i en avtale vedlegges*
- *Referanser – navn, adresse, telefonnr, kontaktperson vedlegges*
- *Egen erfaring med leverandøren"*

Dr Richard von Volkmann ved Åsane Øyeklinikk (heretter kalt "klager") har ikke avtale om driftstilskudd, men kontaktet innklagede telefonisk i januar 2003 og tilbød laseroperasjoner til redusert pris. Etter kort tid fikk klager avslag på henvendelsen. I brev til klager datert 7.9.2003 er det opplyst at innklagede vil avvente en eventuell utlysning av avtalehjemmel innen øyefaget. Det vises videre til at en avtalehjemmel er nødvendig for å få avtale om levering av dagkirurgiske tjenester, og at innklagede derfor vil inngå avtaler med andre leger enn klager.

I ettertid har innklagede inngått avtaler med fire avtalespesialister innenfor øyekirurgi. En av disse har avtale om 80 % driftstilskudd, mens de tre andre har 100 % driftstilskudd. Innklagede undertegnet tre av avtalene 28.3.2003, mens den siste ble undertegnet 2.4.2003.

-

Nærmere om den statlige refusjonsordningen ISF-refusjon:

For å utnytte kapasitet hos privatpraktiserende avtalespesialister har Stortinget besluttet at de regionale helseforetakene kan anskaffe dagkirurgiske tjenester utenfor egen virksomhet. Ved anskaffelse av slike dagkirurgiske tjenester vil de regionale helseforetakene så motta statlig refusjon, såkalt ISF-refusjon (innsatsstyrt finansiering). Helsedepartementet har i denne forbindelse utarbeidet et rundskriv, datert 08.01.2002 hvor det blant annet heter at:

”Stortinget har vedtatt at de regionale helseforetakene også skal få ISF-refusjon når de kjøper dagkirurgisk behandling hos privatpraktiserende avtalespesialister utenfor offentlige godkjente sykehus. Ordningen trådte i kraft fra 1. januar 2002.

Refusjonen utbetales til det regionale helseforetaket og dekker pasienter som først har vært henvist til et helseforetak/sykehus. Det er en forutsetning at avtalespesialisten og helseforetaket på forhånd har inngått en samarbeidsavtale. Det er opp til partene å avtale godtgjørelsen fra helseforetaket til avtalespesialisten. Avtalespesialisten mottar egenandeler fra pasientene etter samme takster som for sine”

Om samarbeidsavtaler/driftsavtale

Det fremgår av sitatet ovenfor at det er en forutsetning for statlig ISF-refusjon at de regionale helseforetakene, uavhengig av den konkrete anskaffelse, har inngått en samarbeidsavtale med den privatpraktiserende avtalespesialist. På landsbasis er det inngått i underkant av 1100 slike samarbeidsavtaler, også omtalt som driftsavtaler. Helse Vest har inngått slike avtaler med ca. 180 avtalespesialister. Omfanget av avtalene varierer fra 20 % til 100 % av den aktuelle leges kapasitet. Dersom det er inngått en driftsavtale på 100 % forplikter vedkommende spesialist seg overfor det aktuelle helseforetak til å levere spesialisthelsetjenester innenfor sitt område i 37,5 timer pr. uke. Dette omtales også som en heltidshjemmel.

Samarbeidsavtalene/driftsavtalene omfatter ikke dagkirurgi. Det må derfor inngås tilleggsavtaler for denne typer tjenester.

Partenes anførsler:

Klagers anførsler:

Klager anfører at innklagede har brutt lov om offentlige anskaffelser med forskrifter.

Innklagede plikter å vurdere hvilket tilbud som har laveste pris, ikke om vedkommende lege har driftsavtale eller ikke. Klager kan tilby rimelig pris, moderne utstyr og lang erfaring og det er da usaklig å nekte klager å være med i konkurransen.

Det er ikke en forutsetning for ISF-tilskudd at det foreligger en driftsavtale med det regionale helseforetaket.

Kravet til konkurranse forutsetter at innklagede henvender seg til flere leverandører av tjenestene enn de som har driftsavtale fra før.

Innklagedes anførsler:

Innklagede bestrider å ha brutt regelverket, og anfører at klagen har innkommet for sent til å kunne tas under behandling, jf. seks-måneders fristen i forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6 andre ledd.

Det kan bare mottas ISF-refusjon fra behandling hos leger med driftsavtale med helseforetaket. Det var derfor nødvendig å begrense adgangen til å delta i konkurransen til disse legene. I motsatt fall måtte innklagede dekke kostnadene ved operasjonen selv, noe som ikke ville være økonomisk mulig. Begrensningen av hvem som fikk delta i konkurransen var derfor begrunnet ut fra oppdragsgivers reelle behov.

Dersom ISF-refusjon var lagt inn som tildelingskriterium istedenfor, ville dette

skape urealistiske forventninger hos leger uten driftsavtale. Uansett hvor lavt en lege uten driftsavtale er villig til å gå, vil det neppe være mulig å gi et økonomisk mer fordelaktig tilbud for innklagede enn et tilbud fra en lege med driftsavtale og dermed ISF-refusjon.

Klagenemndas vurdering

a. Generelt

Klager er potensiell leverandør til den aktuelle anskaffelsen og har således saklig klageinteresse, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6

Etter forskrift om klagenemnd om offentlige anskaffelser § 6 må klage fremsettes senest seks måneder etter at kontrakt ble inngått av oppdragsgiver. Med kontrakt inngått, menes kontrakt undertegnet av begge parter, jf. forskrift om offentlige anskaffelser § 17-3 (1). Det er på det rene at siste avtale ble undertegnet 2.4.2003, mens klagen er datert 12.9.2003. Riktignok er klagen journalført i klagenemnda først 24.9.2003, men dette får under enhver omstendighet ikke betydning siden klagefristen med dette først gikk ut 2.10.2003. Det er dermed gått mindre enn seks måneder fra kontraktsunderskrift til klagen kom inn til klagenemnda, jf. forskrift om offentlige anskaffelser § 17-3 (1). Klagen er således rettidig.

Anskaffelsen gjelder kjøp av helsetjenester og er en uprioritert tjeneste, jf. forskriftens § 2-5 (25). Anskaffelsen omfattes derfor av forskrift om offentlige anskaffelser del III, jf. forskriftens § 2-1 (3).

Saken har likhetstrekk med klagenemndssak 2003/136 avgjort ved uttalelse 25.11.2003. Her ble det i en konkurranse med forhandling om dagkirurgiske tjenester innen øre-nese-hals stilt krav om at bare leverandører med mer enn 80 % driftsavtale med samme innklagede Helse Vest kom i betraktning ved forhandlinger etter forskriftens § 16-3. Klageren i saken hadde driftsavtale, men bare på 50 %. Saken ble etter dette avgjort med henvisning til mangelfull kunngjøring, uryddig bruk av kvalifikasjonskriterier samt uriktig bruk av tildelingskriterier.

Den foreliggende sak gjelder samme innklagede og de kunngjorte kvalifikasjons- og tildelingskriterier er de samme som i sak 2003/136. Men mens klager i sak 2003/136 hadde en driftsavtale på 50%, er forholdet i nærværende tilfelle at klager ikke har noen driftsavtale overhodet for sine øyeoperasjoner. Spørsmålet er derfor mer prinsipielt, nemlig om det overhodet er adgang til å stille et krav om driftsavtalehjemmel som vilkår for å komme i betraktning ved forhandlet konkurranse. Klageren har ikke deltatt i konkurransen på vanlig måte, men er etter telefonhenvendelse blitt avvist med henvisning til manglende driftsavtalehjemmel. Det er i realiteten utelukkelse fra konkurranse han klager på.

b. Om driftsstøtteavtaler og ISF-refusjon - hjemmelsspørsmål

Det fremgår av det refererte Helsedepartementets rundskriv av 8.1.2002 at når helseforetakene kjøper dagkirurgisk behandling hos privatpraktiserende avtalespesialister, gjelder et krav om at avtalespesialisten og helseforetaket på forhånd har inngått en samarbeidsavtale med helseforetaket. Foreligger ikke slik avtale, vil det ikke bli gitt refusjon for de kostnader helseforetaket pådrar seg ved kjøp av den dagkirurgiske behandlingen.

Driftsavtaleordningen for helsetjenester er nedfelt i et standard avtaleverk mellom først Kommunenes Sentralforbund, senere de regionale helseforetak, på den ene side og Den norske Lægeforening på den annen. Ved koblingen til ISF-refusjoner avgjør disse avtalene i virkeligheten hvilke privatpraktiserende leger som kan konkurrere når helseforetakene kunngjør konkurranse om slike tjenestekjøp.

I sak 2003/136 ble departementets vilkår om driftsavtale kommentert slik:

"Klagenemnda stiller spørsmål ved om det er i samsvar med lov og forskrifter for offentlige anskaffelser å strukturere markedet for kirurgiske tjenester på en slik måte som dette innebærer, men finner ikke å kunne gå inn i en slik vurdering. Klagenemnda vurderer dermed heller ikke det rettslige grunnlag for å kreve slik samarbeidsavtale mellom det regionale helseforetaket og avtalespesialisten som vilkår for å oppnå ISF-refusjon ved foretakensanskaffelse av dagkirurgiske tjenester."

c. Regelverk for offentlige anskaffelser - om forholdet til regler om kvalifikasjon og tildelingskriterier

Utgangspunktet for vurderingen i det foreliggende tilfelle er at oppdragsgiver kan stille krav til leverandørenes tekniske kvalifikasjoner og finansielle og økonomiske stilling, jf. forskriftens § 12-5. Det er imidlertid ikke slike kriterier som avgjør den omtalte driftsavtalehjemmel. Etter klagenemndas oppfatning er det ikke godtgjort at de økonomisk, finansielle eller faglige kvalifikasjoner er bedre hos en spesialist med en samarbeidsavtale med det regionale helseforetaket enn hos en spesialist uten en slik avtale. Klagenemnda antar at de faglige kvalifikasjonene hos vedkommende spesialist er sikret i forbindelse med klagers alminnelige godkjennelser til å utøve sin virksomhet. Etter klagenemndas oppfatning gir forskriftens § 12-5 om krav til leverandørenes kvalifikasjoner ikke adgang til å stille krav om at spesialister som skal delta i konkurransen skal ha driftsavtale med sykehusforetaket før det utlyses konkurranse.

Slik ordningen i dag praktiseres, ville klager ikke utløst ISF-refusjon fra departementet. Dermed ville klager i realiteten blitt dyrere å engasjere enn de konkurrerende anbydere som har den omspurte driftshjemmel. Isolert sett er det derfor ubestridelig at klager ikke ville kunne konkurrere på økonomiske kriterier og derfor var uten reell mulighet til å oppnå kontrakt etter de kunngjorte tildelingskriterier, jf. forskriftens § 17-2.

Det er opplyst at det man ved tildeling foruten pris vil vektlegge leveringssikkerhet, kapasitet, og kvalitet. Om en leverandør har reell mulighet til å få kontrakten uten en driftsavtale vil derfor avhenge av hvor stor vekt som legges på kriteriet "kostnader" – og på om det er relevant i en vurdering at oppdragsgivers økonomi ved antagelse av en oppdragstaker uten driftsavtale vil bli belastet med en presumptivt lovstridig praksis om ISF-refusjon. Med det syn klagenemnda har på et annet hovedspørsmål i saken, jf. nedenfor, er det ikke nødvendig å gå nærmere inn på dette.

d. *Overordnet krav til konkurranse om offentlige tjenester - lovens § 5 annet ledd – EF-domstolens praksis*

Klageren anfører at kravet til konkurranse for de aktuelle tjenester forutsetter at innklagede henvender seg til flere leverandører enn de som har driftsavtale fra før. For å vurdere dette, må klagenemnda kommentere hele ordningen med ISF-refusjon knyttet til driftsavtalehjemler, slik denne koblingen kommer i stand ved rammeavtaler mellom aktørene i markedet.

Den beskrevne driftsavtaleordning er i realiteten en kvotering av de privatpraktiserende leger som kan tilby legetjenester av interesse for helseforetakene. Seleksjon for slike hjemler bygger på forutsetningen om at antall hjemler skal være noenlunde konstant. Det tas hensyn til regionale behov, ønsker om spredning av tjenestilbudene osv. Ordningen reflekterer som det fremgår verken kompetansenivå, priser eller kriterier av den art som ellers

vektlegges ved tildeling av offentlige tjenesteoppdrag generelt. Den virker tvert imot konkurransebegrensende for så vidt som den nettopp utelukker konkurranse om de omspurte tjenester i forhold til offentlig sektor (helseforetakene).

Det ligger utenfor klagenemndas kompetanse å vurdere de rent konkurranserettslige aspekter ved driftshjemmelordningen etter EØS-avtalens Artikkel 53 eller lov om konkurranse 11.6.1993 nr 65 § 3-3 (Ot prp nr 6 (2003-2004) lovutk § 10). Men dersom ordningen i realiteten også begrenser privatpraktiserende legers muligheter for å konkurrere om offentlige oppdrag, blir dette ikke bare et konkurranserettslig men også et *anskaffelsesrettslig* tema.

Etter lov om offentlige anskaffelser 16.7.1999 nr 69 § 5 annet ledd gjelder at

"En anskaffelse skal så langt det er mulig være basert på konkurranse."

I dette ligger at det må foreligge tungtveiende saklige grunner for å avskjære kvalifiserte konkurransedyktige privatpraktiserende leger fra å kunne komme i betraktning ved helseforetakenes innkjøp av tjenester som denne saken handler om. Helsedepartementets skriv 8.1.2002 om "ISF refusjon til privatpraktiserende avtalespesialister" berører *ikke* hvordan driftshjemler skal fordeles eller om antall slike hjemler. Dette er overlatt til de nevnte rammeavtaler mellom aktørene i markedet. Man kan derfor som alternativ til dagens ordning tenke seg en fordeling av driftsavtalehjemler som bygger på en konkurranse om pris og kvalitet *innenfor* regelverket om offentlige anskaffelser, slik at ikke bare leger med forhåndsavtale kan konkurrere om oppdragene.

Slik sett er avtaleordningen om tildeling av driftsavtalehjemler uten å følge regelverket om offentlige anskaffelser isolert sett lovstridig, fordi den leder til en begrensning av konkurransen om slike oppdrag i strid med lovens § 5 annet ledd. I tillegg til at driftsavtaleordningen virker konkurransebegrensende, fremtrer den også som tvilsom fordi den vektlegger nasjonal eller lokal tilhørighet, jf. forskriften § 3-1 (3) som likestiller nasjonalitetsdiskriminering og lokal tilhørighet som lovstridige hensyn ved konkurranse om offentlige anskaffelser. Hvorvidt geografisk lokalisering kan vektlegges, må bero på en konkret kvalitativ vurdering av hva helseforetaket og dermed publikum er best tjent med i hvert tilfelle.

EF-domstolen har klassifisert legetjenester som tjenester underlagt reglene om fri bevegelighet, og har i denne forbindelse berørt forholdet til offentlige godkjenningsordninger av samme art som i vår sak. Klagenemnda viser til EF-domstolens avgjørelse i sak C-51/01 23.10.2003, der det blant annet fremgår at:

"16. Hertil bemærkes indledningsvis, at det fremgår af fast retspraksis, at lægelig virksomhed henhører under anvendelsesområdet for artikel 50 EF, uden at der herved skal sondres efter, om hjælpen ydes inden for eller uden for hospitalsektoren...

...

18. ...at Domstolen bl.a. har fastslået, at artikel 49 EF er til hinder for anvendelse av en national lovgivning, hvorefter refusion af udgifter til lægebehandling, der er afholdt i en anden medlemsstat, er underlagt en ordning med forhåndsgodkendelse, når det viser sig, at en sådan ordning afholder de socialt sikrede fra eller endog forhindrer dem i at opsøge personer, der leverer lægelige tjenesteydelser, og som er etablert i en anden medlemsstat end den, hvis ordning de socialt sikrede er tilsluttet, medmindre den heraf følgende hindring for den frie udveksling av tjenesteydelser kan være begrundet i en af

de ved EF-traktaten tilladte undtagelser..."

Om økonomihensyn og bruk av slike hjemler som tildelingskriterium, uttalte klagenemnda i saken KOFA 2003/136 ("Miljeteig"):

"Klagenemnda utelukker ikke at mulighetene for å kreve refusjon for utgifter knyttet til dagkirurgi kan være relevant ved vurdering og valg av det økonomisk mest fordelaktige tilbud, jf. forskriften § 17-2. Det vil kunne hevdes at inngåelse av kontrakt med leverandører med driftsavtale vil være økonomisk mer fordelaktig anskaffelser fra leverandører uten driftsavtaler. Dette skyldes at det ikke gis statlig refusjon for anskaffelser fra sistnevnte. Helseforetakene må i så fall betale mer av sine egne midler for de aktuelle tjenester."

Klagenemnda hadde i denne saken ingen foranledning til å gjøre en mer prinsipiell vurdering av ordningen med fordeling av driftsavtalehjemler som ledd i fordeling av ISF-refusjon. Men i det foreliggende tilfelle er klageren avvist med en prinsipiell begrunnelse som etter det syn klagenemnda her legger til grunn ikke er forenlig med regelverket om offentlige anskaffelser. Det er ikke reist tvil om klagerens kvalifikasjoner og hans priser for de aktuelle operasjoner synes etter alt å dømme å ha vært konkurransedyktige.

e. Samfunnsmessige hensyn – EØS-avtalens Art 59 nr 1 og nr 2

Klagenemnda godtar at det i tillegg til rent økonomiske kriterier kan være grunner som taler for å strukturere markedet for de aktuelle tjenester på en måte som tjener samfunnsmessige behov, jf. henvisningen til "tjenester av almen økonomisk betydning" i Art 59 nr 2.

Hensynet til pasientene, herunder ønske om kort reisevei til behandling, kan være eksempler på forhold som på saklig måte begrunner forskjellsbehandling av leverandørene. Når det i praksis bare er spesialister i helseregion Vest som har driftsavtale med innklagede, dreier det seg om en geografisk seleksjon. Klagerens foretak befinner seg imidlertid i Bergens-regionen og derfor åpenbart innenfor den sektor Helse Vest skal betjene. Klagenemnda går derfor ikke nærmere inn på hvorvidt og hvor langt det prinsipielt ville være adgang til å gjøre geografiske vurderinger ved tildeling av de aktuelle oppdrag.

EØS-avtalens Art 59 nr 2 fastslår at foretak som yter tjenester av almen økonomisk betydning skal følge avtalens regler og fremfor alt konkurransereglene. Man kan etter dette, ut fra samfunnsmessige hensyn, lovlig dimensjonere omfanget av de tjenester som skal anskaffes – og man kan i rimelig grad strukturere tjenestekjøpene slik at hensynet til pasientene ivaretas. Men helseforetak som opererer i et marked med konkurranse må også overholde konkurranserettslige og anskaffelsesrettslige begrensninger. Privatpraktiserende leger med kvalifikasjoner og konkurransedyktige priser for sine tjenester må derfor kunne konkurrere på lik linje når helseforetakene utlyser sine oppdrag. Klagenemnda mener derfor at ISF-bidragene må tilpasses til regelverket om offentlige anskaffelser og ikke omvendt.

f. Sammenfatning

Klagenemnda finner at innklagede ved å medvirke til gjennomføring av en avtaleordning som begrenser konkurranse om offentlige helsetjenester har overtrådt lov om offentlige anskaffelser § 5 annet ledd samt femte ledd bokstav a) og forskrift om offentlige anskaffelser § 3-1 (1).

Konklusjon:

Helse Vest RHF har brutt lov om offentlige anskaffelser § 5 annet ledd og forskrift om offentlige anskaffelser § 3-1 (1) ved å medvirke til å praktisere konkurransebegrensende krav om at bare spesialister med driftsavtale med helseforetaket kan delta i konkurranse om levering av dagkirurgiske tjenester.

For klagenemnda, 19.1.2004

Kai Krüger



Forsiden
Nemndsmedlemmer
Saksbehandling
Regelverk
Innkomne saker
Statistikk
Årsrapporter
Dommer
Søk i avgjorte saker

Avgjorte saker:

[2003](#) [2004](#) [2005](#)

Besøksadresse

H. Heyerdalsgate 1
0033 Oslo

Postadresse

Postboks 8132 Dep
0033 Oslo

Tlf.: 22 33 70 10

Faks: 22 33 70 12

E-post:

postmottak@kofa.no

Avgjorte saker

I en anskaffelse av en rekke lysarmaturer var det uklart hvilke minstekrav som skulle oppfylles med hensyn til kvalitet og design. Kravspesifikasjonen viste til visse funksjonskrav, men la til "for eksempel" etterfulgt av produktnavn "eller tilsvarende". Klagenemnda la til grunn at to av leverandørene leverte tilbud med avvik i forhold til kvalitet og design. Avvikene hadde imidlertid ubetydelig effekt på anskaffelsens samlede pris, kvalitet og leveringstid. Det var da ikke plikt til å avvise tilbudene. Avvikene i tilbudene skulle heller ikke trekkes inn i evalueringen og prissettes, siden avvikene ikke oppfylte formkravene i forskriftens § 8-6 (1). Det forelå brudd på forhandlingsforbudet i § 9-1, uten at dette fikk betydning for utfallet av konkurransen.

Klagenemndas avgjørelse 12. januar 2004 i sak 2003/219

Klager: Fagerhult AS

Innklaget: Sykehuset i Vestfold HF

Klagenemndas medlemmer: Per Christiansen, Inger Marie Dons Jensen, Bjørg Ven.

Saken gjelder: Spørsmål om avvisning av tilbud som følge av avvik fra kravspesifikasjon. Formkrav for avvikende tilbud og plikt til å prissette avvik. Forhandlingsforbudet ved anbudskonkurranser.

Bakgrunn:

Sykehuset i Vestfold HF (heretter kalt "innklagede" eller "SiV") kunngjorde 19.5.2003 en åpen anbudskonkurranse for anskaffelse av innvendige byggearbeider. Tvisten gjelder delentreprise 6.4.002 under elektro –

Belysningsutstyr.

I kunngjøringen fremgikk det at alternative tilbud ville bli tatt i betraktning, uten at det var angitt nærmere minstekrav som alternative tilbud måtte oppfylle. Av konkurransegrunnlaget for delentreprisen elektro – Belysningsutstyr fremgikk det at:

"Dersom tilbyder ønsker å tilby alternative løsninger/produkter, kan dette gjøres i eget følgeskriv.

En forutsetning er at forespørselen er besvart og at alternativet er et supplement.

Ønsker tilbyderen å tilby produkter av et annet fabrikat, skal dette fremkomme i denne posten.

Tilbud med kun priset alternativ vil ikke bli akseptert med mindre dette er skriftlig godkjent på forhånd. Det skal angis hvorfor alternativ løsning foreslås og hva som avviker fra forespørselen.

Eventuelle avvik i funksjon skal angis.

Event. Kostnadskonsekvens ved å nytte alternativer må fremgå (spesifiseres pr post/armaturtype)

...

Enkelte armaturer skal monteres i sammen med eksisterende armaturer fra forrige byggetrinn, event. Er valgt ut en helt spesiell armatur. Her aksepteres kun tilbud på spesifisert armaturtype/farge. Forøvrig er nyttet "som type xxx eller tilsvarende" der leverandøren kan tilby sine egne "tilsvarende" produkter"

I flere av postene i konkurransegrunnlaget var det angitt hvilke størrelser og krav til wattstyrke som skulle prises i tilbudet. I andre poster var det i tillegg tilføyd "f. eks." med påfølgende angivelse av et bestemt fabrikat eller type. For noen andre poster var det oppgitt fabrikat/type "eller tilsvarende".

Under post 442.02.1 "Takarmaturer, innfelt" var det for en del av postene i tillegg til beskrivelse av tekniske krav til armaturene, gitt som eksempel "Louis Poulsen AH System 300 Matt".

Det ble levert inn tre tilbud, herunder fra Fagerhult AS (heretter kalt "klager"). I telefaks av 4.9.2003 til de to andre leverandørene, Glamox ASA og Luxo Norge AS, ble det bedt om en rekke avklaringer av deres tilbud. I telefaksen var det vedlagt en liste med "de forbehold og de poster i beskrivelsen der oppdragsgiver har spørsmål knyttet til. Spørsmålene er i hovedsak formulert på en slik måte at de kan besvares med Ja/Nei." Fagerhult fikk ingen tilsvarende henvendelse, angivelig fordi de lå såpass langt over de to andre i pris, at de allerede på dette tidspunkt ble sett på som en lite aktuell leverandør.

I telefaksen til Luxo ble det tatt opp ialt 19 punkter hvor innklagede hadde behov for avklaring. To av punktene skal nevnes her:

"Pkt. 2 ... - Er tilbudet inkl. levering av adressebrikke? Hva blir prisen dersom

brikken leveres av andre(jnf. Beskrivelsen pkt. 442.4.20)?

...

Pkt.112 Armaturer til bruk i Dagligstuer, Møterom etc(post 442.02.1.3-.11).

- Nevnte armaturer er tilbudt i en noe enklere utførelse enn beskrevet/ønsket. Luxo kommer med forslag til løsninger/alternativer."

Pkt. 2 i spørsmålsskriftet skyldes at det i konkurransegrunnlagets post 442.4.20 fremgår at adressebrikker skulle inngå i en annen entreprise, nemlig el. entreprisen 6.4.001.Som svar på telefaksen skrev Luxo tilbake

"Pkt.2:

Prisene på produkter som det står m/adressebrikker har dette priset inn i produktet. Dette gjelder for postene nedenunder.

...

Hvis vi skal trekke ut adressebrikkene fra våres tilbud blir prisene som følger:
[etterfulgt av nye priser for til sammen 23 poster]

...

Pkt. 112:

Alternative tilbehør og priser post 442.02.1.3-.11:

Med et tillegg på Kr. 200,- per armatur kan vi levere de samme armaturene og tilbehør i krommet eller børstet stål utførelse. Dette gir med en gang en høyere standard på armaturene.

Nye priser etter påslag:..."

I telefaksen til Glamox ble det tatt opp i alt 39 punkter. Herfra nevnes følgende to:

" Pkt. 104 Armaturer til bruk i Dagligstuer, Møterom etc(post 442.02.1.3-.11).

- Nevnte armaturer er tilbudt i en noe enklere utførelse enn beskrevet/ønsket.

Glamox kommer med forslag til løsninger/alternativer.

Pkt. 123 Post 442.02.3.7. Tilbudt: "Mini gamma". Skal være en sirkulær armatur for bruk i samme rom/himling hvor det er tilbudt GCN 18. Tilbud på en tilsvarende, men mindre armatur imøtesees."

I Glamox' besvarelse sies for disse punkters vedkommende:

"Pkt. 104 ... Vi har sjekket priser på beskrevet utstyr og fabrikat og vil ikke benytte det, men har satt i gang en prosess hos vår fabrikk Høvik Lys og Glamox Fabrikker for å ta frem en ny dekor som tilfredsstillende funksjon og design i beskrivelsen, uten at det skal være "plagiat" av beskrevet fabrikat. Våre tilbudte enhetspriser gjelder.

...

Pkt. 123 ... Her har GLAMOX misforstått valg av type. Etter samtale med GB tilbyr vi HØVIK CASA 16 113 HF HVIT BAFFEL. Enhetspris pr stk 360,- Produktblad ligger i katalog merket pkt123."

I SiVs innstilling for valg av tilbud datert 15.9.2003 fremgår det blant annet at:

"... Til Glamox's sin fordel kan i tillegg nevnes at de i noen posisjoner ikke har tilbudt en konkret armatur, men "som beskrevet" (vi har i beskrivelsen for disse posisjoner ikke vist til en konkret armatur, men omtalt design, farge, dimensjon, bestykning etc.). Med dette oppfatter vi at de har tatt høyde for en armatur som kan utvikles i samarbeid med PG.

I tidligere oversendt sammenstillingstabell kan det synes som om Luxo har priset adressebrikker i ledelysarmaturene, selv om disse skal leveres av El.entreprenør i entreprise 6.4.001. Dette er bekreftet i svar på avklaringsnotatet fra Luxo og beløp for dette er trukket ut i henhold til oppstilling fra Luxo. Tilsvarende er det for Luxo lagt til et beløp for levering av Auralight lyskilder, da disse i enkelte poster tilbød Osram(sistnevnte oppfyller ikke krav til levetid stilt i tilbudsforespørselen).

...

For armaturer til bruk i Dagligstuer, Møterom etc(post 442.02.1.3.-.11) har Fagerhult tilbudt den armaturen(fra Louis Poulsen) som er nevnt som eksempel i forespørselen. Både Glamox og Luxo har her tilbudt en noe enklere armatur. Disse armaturene er blant de vi vil foreslå "oppgraderes" noe. Vi anbefaler at en kommer tilbake til dette etter en gjennomgang av tilbudte armaturer med ARK, på et senere tidspunkt.

...

Det vurderes ikke å bli omfattende tillegg for entreprisen. Basert på tidligere erfaring anbefales at det avsettes ca 10% av kontraktsbeløpet til uforutsett. I tillegg anbefales avsatt ca 100.000,- for "oppgradering" av den del armaturer".

I redegjørelse av 2.10.2003 fra innklagedes rådgiver for prosessen fremgår det blant annet:

"Normalt når en får inn tilbud vil det være aktuelt at en sammen med ARK ønsker å gå igjennom tilbudet i detalj slik at en kan endre avskjerming eller type armatur dersom disse av designmessige årsaker ikke synes å passe til prosjektet/ikke tilfredsstillende beskrivelsen. Slik er også tilfelle her, hvor vi i vår første utgave av innstillingen foreslo å tillegge de to rimeligste tilbyderne(Luxo

og Glamox) kr 300.000.- eks mva hver(jmf. E-notat E-53.108 av 29.8.03) for å oppgradere enkelte armaturer slik at tilbudene ble sammenlignbare med den dyreste(Fagerhult). Fagerhult sitt tilbud var bl. a. basert på armaturer fra Louis Poulsen i enkelte poster hvor disse var nevnt som eksempel. Etter tilbakemelding fra avklaringer for Glamox og Luxo ble tilleggene her endret til henholdsvis kr 100.000.- og 200.000.- (rev. Enotat E-53.108 av 10.9.03). Deretter fikk vi fra BH beskjed om at det i karaktersettingen ikke skulle tillegges noe beløp for oppgradering av armaturer, men nyttes innkomne tilbudssummer, kun korrigert for opplagte regnefeil. Vi ga beskjed om at vi ikke var enig i prinsippet, da dette gjorde at en etter vår mening ikke la sammenlignbare tilbud til grunn for vurderingen. E-notat E-53.108, revidert 15.9.03 i henhold til krav fra BH ble deretter lag til grunn for den nye innstillingen. For orden skyld har vi gått tilbake i våre notater og finner at prisdifferansen mellom Glamox og Fagerhult slik det fremkommer i vårt E-notat E-53.108 er som følger: -Utgave 29.8.03(med tillegg på 300.000.- for Glamox): Fagerhult er kr 249.803.- dyrere. -Utgave 15.9.03: Fagerhult kr 624.803.- dyrere enn Glamox.”

Innklagede har etter dette innstilt på valg av Glamox som leverandør.

Partenes anførsler:

Klagers anførsler:

Klager anfører at innklagede har brutt lov om offentlige anskaffelser med forskrifter.

Innklagede pliktet å avvise tilbudene fra Glamox og Luxo fordi disse ikke oppfylte kravene til de angitte spesifikasjoner/utstyr ”eller tilsvarende”. De angitte eksempler må anses som minimumskrav, dvs at det må tilbys likeverdige eller bedre produkter dersom konkurransevilkårene skal kunne sies å være forutsigbare og gi grunnlag for likebehandling av tilbyderne. Forskjellen på de ulike produktene består i hvor mye lys de gir i forhold til tilført energi (virkningsgrad). Dersom virkningsgrad ikke hadde betydning, burde dette vært opplyst slik at klager kunne tilbudt likeverdige produkter som de produkter Glamox og Luxo har tilbudt. En reduksjon i virkningsgrad på 25 – 30% har stor betydning for pris.

Klager fikk ikke være med på noen avklaringsrunde etter anbudsåpning. De tekniske avklaringer med Glamox og Luxo i ettertid var så omfattende at dette må være i strid med forhandlingsforbudet. Det ble stilt over 25 spørsmål hvor mange omhandler forhold som har direkte innvirkning på tilbudene, og dette kan ikke være tillatt i henhold til loven.

Innklagedes anførsler:

Innklagede bestrider å ha brutt regelverket for offentlige anskaffelser.

Det anføres at dokumentasjonen av anbudsprosessen viser at konkurrentene til Fagerhult ikke har fått anledning til å supplere tilbudene i forhold til manglende priser etter tilbudsåpning. Det er foretatt skriftlige avklaringer av uklarheter i tilbudene. Det er riktig at det er innhentet enhetspriser på enkelte produkter/oppgraderinger som ikke var beskrevet i tilbudene. Det er imidlertid ikke tatt hensyn til disse prisene i innstillingene. Avklaringene har ikke medført en annen rangering av tilbyderne enn det som fulgte av de opprinnelige tilbudssommene.

I tilbudssummen fra Luxo er det gjort et fradrag på kr. 278.459,-. Dette skyldtes fradrag for adressebrikker i ledelysarmatur, som skulle leveres av el. entreprenør i entreprise 6.4.001. Det er videre gitt et tillegg på kr. 7.850,- for lysrør av Longlife type fra hovedleverandøren i de effekter som ikke tidligere var

oppgitt. I tilbudssummen fra Fagerhult er det gitt et tillegg på kr. 18.189,- for en post som ikke er tilbudt. Det er da benyttet et tilbudt alternativ til den posten som er oppgitt i deres tilbud.

Korrigeringen av tilbudssummene har ikke medført en annen rangering av tilbydere enn det som fulgte av de opprinnelige tilbudssummer.

Når det i konkurransegrunnlaget ble benyttet "f. eks." eller "tilsvarende", var formålet å gi tilbyderne et egnet referanseprodukt fordi det ellers kan være komplisert å beskrive en armatur med design og tekniske krav. Ved å oppgi slike eksempler får oppdragsgiver på en enkel måte gitt uttrykk for hva slags løsning man har tenkt seg. De absolutte krav som var stilt til produktene, var uttrykkelig beskrevet i tillegg. Der nevnes f. eks. type/antall av lyskilder, spesiell tetthetsklasse der dette er aktuelt (bad, utomhus etc.), innfellingsmål, maksimal byggehøyde, farge, tetthetsklasse, etc. Andre steder i beskrivelsen er stilt strenge krav til overflater som er lette å rengjøre. Virkningsgrad er det ikke sagt noe om i beskrivelsen.

Det er produktets helhet som må være avgjørende når det skal vurderes om det er "tilsvarende" referanseproduktet. Referanseproduktene vil ha enkelte kjerneegenskaper som må oppfylles. Krav til effekt/lysstyrke, antall lyskilder og hovedtrekkene i utformingen er eksempler på kjerneegenskaper som må være oppfylt for at produktet skal være "tilsvarende". Det er lagt til grunn fra RIE at produktene fra samtlige tilbydere oppfylte disse kjerneegenskapene og vurderes å være "tilsvarende" referanseproduktene.

Virkningsgrad er ikke en kjerneegenskap ved de oppgitte referanseproduktene. I dette tilfellet er det hverken stilt krav til virkningsgrad på de produktene som skulle tilbys, eller til dokumentasjon for virkningsgrad. Det medfører at det ikke var grunnlag for å avvise de leverandører som har tilbudt produkter som ikke har tilsvarende virkningsgrad som referanseproduktet.

Det følger av en naturlig forståelse av konkurransegrunnlaget at det ikke ville bli lagt avgjørende vekt på produktenes virkningsgrad. Klager bærer selv risikoen for sin egen forståelse av konkurransegrunnlaget. Det kan synes som om klager har lagt den tilsvarende forståelsen til grunn siden de ikke har dokumentert virkningsgraden for alle produkter som er tilbudt.

Det kan under enhver omstendighet ikke oppstilles et generelt krav om at produktet skal være tilsvarende eller bedre på alle områder. Innklagede anfører å ha lagt til grunn en riktig forståelse av uttrykket "eller tilsvarende" ved evalueringen av de enkelte produkter.

Ved en anskaffelse av denne størrelse har man i tillegg vurdert helheten i leveransen. Det kan være at noen armaturer ikke oppfyller de beskrevne krav, men at man ut fra en totalvurdering av de tilbudte produkter allikevel ikke finner grunnlag for å avvise leverandøren. I en så omfattende og sammensatt anskaffelse er oppdragsgiver ikke forpliktet til å avvise en leverandør på grunn av at enkelte av de tilbudte produktene ikke oppfyller samtlige av referanseproduktets egenskaper.

Dersom det ikke er anledning til å vurdere helheten av anskaffelsen i tillegg til produktene, vil man ved slike anskaffelser i svært stor utstrekning måtte avvise samtlige leverandører utenom den som tilbyr referanseproduktene. En slik forståelse av uttrykket "eller tilsvarende" vil medføre en favorisering av enkelte produsenter fordi oppdragsgiverne ikke vil påta seg risikoen ved å beskrive produkter fra forskjellige produsenter. På bakgrunn av dette anføres det at uttrykket "eller tilsvarende" må tolkes utvidende, slik at man ut fra helheten i en omfattende og sammensatt anskaffelse kan akseptere at enkelte produkter ikke oppfyller referanseproduktenes kjerneegenskaper.

Det var dermed ikke grunnlag for å avvise tilbudene fra Luxo og Glamox fordi de ikke oppfylte produktkravene i konkurransegrunnlaget.

Klagenemndas vurdering:

Klager har deltatt i konkurransen og har saklig klageinteresse, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Anskaffelsen gjelder varer og overstiger terskelverdiene i forskrift om offentlige anskaffelser del II, jf forskriften §§ 2-1 og 2-2.

Avvisning som følge av avvik fra kravspesifikasjonen

Angivelsen av funksjonskrav, etterfulgt av merkenavn og betegnelsen "for eksempel ...eller tilsvarende" har i den foreliggende sak skapt uklarhet med hensyn til hvilke krav produktene skulle oppfylle. Klagenemnda finner at det som følge av denne uklarheten kan stilles spørsmålsteget ved om kravspesifikasjonen er i samsvar med kravene til forutberegnelighet, gjennomsiktighet og etterprøvbarhet i lovens § 5. Dette er imidlertid ikke anført av klager, og klagenemnda finner derfor ikke grunn til å komme nærmere inn på dette.

Som følge av at kravspesifikasjonen kan oppfattes som uklar, mener klagenemnda at innklagede må ha et visst skjønn i vurderingen av om det forelå materielle avvik som måtte føre til avvisning, eller om avvikene hadde ubetydelig effekt på den samlede anskaffelsens pris, kvalitet og levering, slik at man kunne se bort fra dem.

Siden avvikene i tilbudene ikke var spesifisert og beskrevet på en slik måte som formkravene i forskriften § 8-6 (1) krever, er klagenemnda av den oppfatning at det under ingen omstendighet var adgang til å prissette avvikene. Innklagede har valgt å akseptere tilbudene, uten å gi noe pristillegg i evalueringen. Avvikene i tilbudene er derfor rent faktisk ikke håndtert som avvik etter forskriften § 8-6 (1).

Klagenemnda finner i den foreliggende sak ikke grunnlag for å underkjenne innklagedes vurdering på dette punktet. Kravspesifikasjonen var ikke helt klar. I tillegg er avvikene prismessig anslått til mellom kr. 100.000 og 300.000, fordelt på en rekke produkter. Anskaffelsens samlede verdi er på over 5 mill. kr, med mange enkeltprodukter med ulike krav til kvalitet, funksjon og design. De konkrete avvikene i tilbudene fra Glamox og Luxo hadde derfor ubetydelig effekt på anskaffelsens samlede pris, kvalitet og levering.

Klagenemnda er da av den oppfatning at innklagede ikke hadde plikt til å avvise tilbudene fra Glamox og Luxo.

Brudd på forhandlingsforbudet

Det neste spørsmålet er om det forelå brudd på forhandlingsforbudet ved anbudskonkurranser. Utgangspunktet er at det i en anbudskonkurranse ikke er tillatt å endre tilbudene eller forsøke å endre dem gjennom forhandlinger, jf forskriften § 9-1(1). På den annen side har oppdragsgiver adgang til å innhente nærmere opplysninger for å få klarlagt uklarheter etter § 9-1(2). Antallet spørsmål i en slik avklaringsrunde er i prinsippet uten betydning; det er spørsmålenes art som avgjør om man går over grensen for det som må karakteriseres som forhandlinger.

De langt fleste av de spørsmål som er stillet til Luxo og Glamox i telefaksene av 4.9.2003, må sies å være av avklarings-typen, dvs spørsmål stilt med henblikk på å få oppklart, presisert eller supplert tilbudenes innhold uten at dette ville føre til forskjellsbehandling. Det er imidlertid også på det rene at både Luxo og Glamox i denne ekspedisjonen etter anbudsåpningen uttrykkelig ble bedt om å gi alternative løsninger og priser for postene 442.02.1.3-11. Glamox ble også bedt om alternativ løsning og pris for post 442.02.3.14. Det forhold at

leverandørene fikk anledning til å endre de produkter som ble tilbudt etter anbudsfristens utløp, er et brudd på forskrift om offentlige anskaffelser § 9-1. Det er imidlertid ikke tatt hensyn til denne endring ved evalueringen av anbudene. Denne feilen har derfor ikke hatt noen betydning for resultatet av konkurransen.

Konklusjon:

Sykehuset i Vestfold har brutt forbudet mot forhandlinger i forskrift om offentlige anskaffelser § 9-1 (3) ved å be to av leverandørene om å endre produktsammensetningen i sine tilbud etter anbudsåpning.

Feilen antas ikke å ha hatt betydning for utfallet av konkurransen.

For klagenemnda,

Björg Ven

12.1.2004



Forsiden
Nemndsmedlemmer
Saksbehandling
Regelverk
Innkommne saker
Statistikk
Årsrapporter
Dommer
Søk i avgjorte saker

Avgjorte saker:

[2003](#) [2004](#) [2005](#)

Besøksadresse

H. Heyerdalsgate 1
0033 Oslo

Postadresse

Postboks 8132 Dep
0033 Oslo

Tlf.: 22 33 70 10

Faks: 22 33 70 12

E-post:

postmottak@kofa.no

Avgjorte saker

Klagers søknad om å bli prekvalifisert til en konkurranse med forhandling ble forkastet. I evalueringen hadde innklagede blant annet lagt vekt på hvilke leverandører de allerede hadde kontrakt med. Dette var et brudd på kravet til likebehandling, jf lovens § 5. Ett av kriteriene var så uklart at det stred mot kravene til gjennomsiktighet og etterprøvnbarhet i § 5. Klager fikk aldri noen begrunnelse for at deres søknad ble forkastet, heller ikke etter gjentatte forespørsler. Dette var et brudd på begrunnelsesplikten etter § 3-8 (1) og (4).

Klagenemndas avgjørelse 12. januar 2004 i sak 2003/225

Klager: SINTEF Solutions AS

Innklaget: Sjøfartsdirektoratet

Klagenemndas medlemmer: Per Christiansen, Inger Marie Dons Jensen, Andreas Wahl

Saken gjelder: Prekvalifisering. Likebehandling av leverandørene. Etterprøvnbarhet. Begrunnelse.

Bakgrunn:

Sjøfartsdirektoratet (heretter kalt "innklagede") utlyste 10. juni 2003 konkurranse med forhandling for anskaffelse av IKT-relaterte konsulent tjenester. Det ble først gjennomført en prekvalifiseringsrunde. De leverandørene som ble prekvalifisert, skulle så få utdelt konkurransegrunnlaget for utforming av tilbud.

I kunngjøringen het det:

"Sjøfartsdirektoratet ønsker en prekvalifisering av leverandører med formål å inngå rammeavtaler. (...) Søknad om prekvalifisering bør inneholde kort beskrivelse av kompetanseområder, metodeverk, erfaring og antall konsulenter."

Innklagede ønsket følgende dokumentasjon fra søkerne:

"Kvalifikasjonskrav:

Opplysninger knyttet til leverandørens personlige stilling samt opplysninger og formaliteter nødvendig for å kunne evaluere minimumskrav knyttet til juridisk, økonomisk-, finansiell og teknisk kapasitet:

§ *Attester, ikke eldre enn 6 måneder, utstedt av den kompetente myndighet, som bekrefter at tilbyderen har oppfylt sine forpliktelser med hensyn til betaling av skatter, trygdeavgifter og MVA. Skatteattestene skrives ut av skatteoppkreverkontoret i den kommunen hvor leverandøren har sitt hovedkontor og av skattefogden i tilsvarende fylke.*

§ *HMS-egenerklæring.*

§ *Fremleggelse av foretakets årsregnskap eller utdrag fra det.*

§ *Erklæring av foretakets totale omsetning, og dets omsetning med relevans til kontrakten de siste tre regnskapsårene.*

§ *Liste over de viktigste leveransene de siste tre år, inkludert deres verdi, tidspunkt og mottaker."*

SINTEF Solutions AS (heretter kalt "klager") leverte inn søknad, men ble i e-post av 27. august meddelt at firmaet ikke var prekvalifisert. Det ble ikke gitt noen begrunnelse for avslaget.

Innklagede skrev:

"Valget er foretatt etter en vurdering mot kriteriene nevnt i utlysningen. Det var svært mange kvalifiserte tilbydere.

Når det er tegnet avtale med noen av firmaene ved slutten av året, vil alle deltagere i prekvalifiseringen motta resultater av prosjektet."

Klager sendte så e-post tilbake og ba om begrunnelse under henvisning til forskrift om offentlige anskaffelser § 3-8 (4). Innklagede besvarte anmodningen slik:

"Paragraf 3-8 (4) omhandler oppdragsgivers plikt til å gi en nærmere begrunnelse om hvorfor forespørselen om å få delta ikke er tatt til følge. Det gis verken implisitt eller eksplisitt noen regler for innholdet i en slik begrunnelse. Som tidligere meddelt er alle tilbyderne vurdert etter kriteriene gitt i utlysningen og Deres selskap ble vurdert lavere enn andre. Vi beklager at De ikke er tilfreds med vår redegjørelse men håper likevel at De har forståelse for at det i en utvelgelsesprosess, hvor et fåtall deltakere skal prekvalifiseres, nødvendigvis må være mange som ikke prekvalifiseres til tross for at de formelle sider av forespørselen er i orden."

Etter å ha brakt saken inn for klagenemnda, fikk klager tilgang til evalueringsdokumentene. Klager ble vurdert slik:

"Vurderinger:

Antall ansatte > 10: ja

Nuværende partner: nei

Erfaring > 3 år: ja

Eksisterer > 3 år: ja

Nedenstående er karakterer på en skala fra 1 –3:

Generell kvalitet: 2

Ledelse/Prosjekt: 2

Systemutvikling: 2

Drift PC'er: 2

Brukerstøtte: blankt (tilbyr ikke)

Databaser: 2

Sintef kom (av 51 tilbydere) på en 12. plass veiet. Det var ingen forhold som utmerket seg verken i positiv eller negativ retning."

Leverandørene ble stilt opp mot hverandre i en matrise, der de forskjellige kriteriene fikk vektall fra 1 til 8, som ble ganget opp med karakteren. Kriteriene "antall ansatte>10", "nuværende partner", "erfaring>3 år" og "eksisterer>10 år" (ja/nei-kriteriene) ble gitt karakter 1 for ja og karakter 0 for nei. De andre kriteriene ble gitt karakterene 1-3. Kriteriet "nuværende partner" ble gitt vektallet 8. Bare ett kriterium ble vektet like høyt, nemlig "generell kvalitet".

"Generell kvalitet" ble nærmere beskrevet slik i vedlegg til innklagedes evalueringsliste over leverandørene:

"Generell kvalitet er kvaliteten i det innsendte materialet. Er det oversiktlig, godt indeksert, ligger bilagene i en logisk rekkefølge, er det lesbart osv."

I forslag til prosedyre for evalueringsprosessen er imidlertid kriteriet presentert slik:

"Generell kvalitet på bakgrunn av kjennskap".

Anførsler:

Klagers anførsler:

Klager anfører at innklagede har brutt regelverket for offentlige anskaffelser.

Kriteriet "*nuværende partner*" er ulovlig. Det kan være relevant å legge vekt på kjennskap til oppdragsgivers behov, men dette kriteriet gjør at de firmaene som tilfeldigvis har et oppdrag for innklagede nå, blir forfordelt, uavhengig av hvor god kjennskap firmaet faktisk har til innklagede. Ut fra bredden i klagers kompetanse har klager bedre kjennskap til innklagedes behov totalt sett enn flere av dem som er tatt ut.

Uansett er kriteriet "*nuværende partner*" gitt alt for høy vekt. Med vektall 8 kompenserer det å være nåværende partner for to ganger topp og en gang middels notering på kompetanseområdene som etterspørres, eventuelt for total mangel på to tredjedeler av alle etterspurte områder. Med de konsekvensene vektingen av dette kriteriet har, må det kreves en ekstra sterk begrunnelse for å godta kriteriet som saklig.

Kriteriet "*generell kvalitet*", slik det er beskrevet i tilknytning til evalueringsskjemaet, er usaklig. Hvordan selve tilbudet er utformet, sier lite om tilbudets innhold. Når kriteriet i tillegg er gitt høyest vektall, er det bare egnet til å redusere den reelle konkurransen. Kriteriet er ellers beskrevet annerledes i oppsummeringen etter første fase av prekvalifiseringen. For det første er det et problem at kriteriet er beskrevet på to ulike måter, for det andre er det vilkårlig å vektlegge personlig kjennskap. Det reises også spørsmål ved automatisk å gi firmaer man ikke har kjennskap til, karakteren 2.

Kriteriene som er karactersatt (ikke ja/nei-kriteriene) er gitt karakterene 0-3. Dette samsvarer ikke med innstillingen fra IT-avdelingen, som innstilte på at kriteriene skulle karactersettes 0-2. Når innklagede endrer på grunnlaget for karactersettingen, endres også rekkefølgen blant leverandørene. Dette kan ha vært gjort i den hensikt å begunstige leverandører som allerede har avtale med innklagede. Hvis det godtas at karakteren 3 kan gis, skulle klager hatt 3 på kriteriene "*ledelse og prosjekt*" og "*systemutvikling*".

Endelig har klager brutt kravet til begrunnelse etter forskriften § 3-8 (4). Den gjentatte unnlattelsen av å begrunne prekvalifiseringen gjør det også umulig å etterprøve innklagedes vurderinger.

Innklagedes anførsler:

Innklagede bestrider å ha brutt regelverket for offentlige anskaffelser.

Innklagede oppfylte begrunnelsesplikten i forskriften § 3-8 (4). Hva angår evalueringen, har innklagede fulgt de kriteriene som på forhånd var oppsatt, og forholdt seg objektiv til disse.

Klagenemndas vurdering:

Klager har deltatt i prekvalifiseringsrunden og har saklig klageinteresse, jf forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig.

Innklagede har opplyst overfor klagenemnda at kontraktsverdien er vanskelig å anslå, ettersom det dreier seg om parallelle rammeavtaler der det er usikkert om det overhodet blir noen oppdrag og eventuelt hvor mange. Konkurransen er imidlertid ikke kunngjort i EUs database for offentlige anskaffelser, og klagenemnda legger derfor til grunn at forskriftens del III kommer til anvendelse.

Etter forskrift om offentlige anskaffelser § 16-3 (2) skal utvelgelse til konkurranse med forhandling skje på grunnlag av foreliggende informasjon om leverandørens stilling og tekniske, økonomiske og finansielle kapasitet.

Kriteriet "*nuværende partner*":

Dette kriteriet med kravet til likebehandling av leverandørene, jf lov om offentlige anskaffelser § 5. Kriteriet er i tillegg gitt svært høy vekt. Klagenemnda vurderer denne feilen som vesentlig.

Kriteriet "*generell kvalitet*":

Det er uklart hva innklagede har ment med dette kriteriet, jf også at innklagede i evaluering dokumentene har lagt to ulike forståelser til grunn. Dette strider mot kravene til forutberegnelighet, gjennomsiktighet og etterprøvnbarhet, jf lovens § 5. Klager har anført at innklagede under dette kriterium har gitt ekstrapoeng til leverandører man hadde positiv kjennskap til. Dette stemmer med innklagedes forklaring overfor klagenemnda. Det strider mot kravet til likebehandling i lovens § 5 å gi ekstrapoeng til leverandører man har kjennskap til. Også denne feilen må karakteriseres som vesentlig.

Innklagedes karaktergivning:

Klagenemnda kan ikke se at innklagede har begått noen feil ved å velge å dele ut karakterene 0-3, i stedet for 0-2. Vurderingen av kriteriene "*ledelse/prosjekt*" og "*systemutvikling*" har klagenemnda ut fra det foreliggende materialet ikke grunnlag for å ta standpunkt til.

Begrunnelsesplikten:

Etter forskrift om offentlige anskaffelser § 3-8 (1) skal oppdragsgiver gi skriftlig melding med en kort begrunnelse, dersom forespørsel om å få delta i konkurransen forkastes. § 3-8 (4) pålegger oppdragsgiver etter skriftlig anmodning å gi en nærmere begrunnelse, dersom en forespørsel om å få delta i konkurransen er forkastet. Innklagede har ikke oppfylt noen av disse kravene.

Selv om kontrakt ikke er inngått, er prosessen kommet så langt at foreliggende feil neppe kan rettes på annen måte enn ved å avlyse konkurransen. Klagenemnda legger til grunn at klager ikke ville deltatt i konkurransen, dersom selskapet hadde vært klar over at eksisterende leverandører ville fått usaklige konkurransefordeler.

Konklusjon:

Sjøfartsdirektoratet har brutt kravet til likebehandling i lov om offentlige anskaffelser § 5 ved å tildele poeng til leverandører fordi de er nåværende partnere, og ved å gi ekstrapoeng til leverandører man har positiv kjennskap til.

Sjøfartsdirektoratet har brutt kravene til forutberegnelighet, gjennomsiktighet og etterprøvnbarhet i lov om offentlige anskaffelser § 5, da det er uklart hva innklagede har ment med kriteriet "*generell kvalitet*".

Sjøfartsdirektoratet har brutt forskrift om offentlige anskaffelser § 3-8 (1) og (4) ved at klager ikke ble gitt tilfredsstillende begrunnelse da søknaden om prekvalifisering ble forkastet.

Klagenemnda ber opplyst hva innklagede vil gjøre for å rette opp feilen.

For klagenemnda,

12. januar 2004

Per Christiansen



Forsiden
Nemndsmedlemmer
Saksbehandling
Regelverk
Innkomne saker
Statistikk
Årsrapporter
Dommer
Søk i avgjorte saker
Avgjorte saker:
[2003](#) [2004](#) [2005](#)

Besøksadresse
H. Heyerdalsgate 1
0033 Oslo

Postadresse
Postboks 8132 Dep
0033 Oslo

Tlf.: 22 33 70 10

Faks: 22 33 70 12

E-post:
postmottak@kofa.no

Avgjorte saker

Stryn kommune inngikk avtale med sitt heleide selskap Stryn Energi AS om bygging og drift av bredbåndsnett i kommunen. Lov om offentlige anskaffelser, men ikke anskaffelsesforskriften og forsyningsforskriften kom til anvendelse. Vilkårene for egenregi var ikke til stede. Klagenemnda kom til at Stryn kommune brøt lovens § 5 ved ikke å undergi anskaffelsen konkurranse.

Klagenemndas avgjørelse 12 januar 2004 i sak 2003/243

Klager: Sico Data AS

Innklaget: Stryn kommune

Klagenemndas medlemmer: Andreas Wahl, Inger Marie Dons Jensen og Per Christensen

Saken gjelder: Krav til konkurranse i lov om offentlige anskaffelser § 5.

Sakens bakgrunn:

Stryn kommune (heretter kalt "innklagede") har besluttet at det skal bygges og drives bredbåndsnett i kommunen.

I mars 2003 ble det lagt fram en prosjektbeskrivelse med navn "Breiband til skulane i Stryn kommune". I denne står det under punkt 1.1 fjerde avsnitt:

"Stryn kommune ønsker å ha ei aktiv rolle i høve til tilrettelegging for breiband. Gjennom å syte for breibandløsning for eiga verksemd vil vi også få den tilleggs effekten at den utbygde kapasiteten kan nyttast av andre aktørar for sal til private og bedrifter i dei fleste områda i kommunen."

I punkt 4.1 står det:

"Hovudmål

Målet med prosjektet er å etablere ei felles kommunikasjonsløsning for skulane og andre kommunale ytre einingar gjennom bruk av radio- og fiberbasert breibandsnett."

I prosjektbeskrivelsen ble totalsummen for prosjektet anslått til kr. 4.256.000.

Ved vedtak 10.04.2003 godkjente kommunestyret prosjektet "Breiband til skulane i Stryn kommune".

I vedtaket ble prosjektet anslått å koste kommunen kr 2.786.000, og det ble i tillegg søkt om støtte fra HØYKOM på kr 1.393.000. Prosjektet skulle utføres i flere deler. Første del, legging av fiberkabel til Stryn Ungdomsskule, skulle gjennomføres i 2. kvartal 2003 for kr 250.000. Prosjektet ble iverksatt etter særskilte forhandlinger med graveentreprenør og kabelentreprenør, og hvert av oppdragene lå under terskelverdiene (200.000 kr eks mva), slik at de ifølge innklagede ikke skulle kunngjøres.

For den vidare gjennomføring av prosjektet vedtok kommunestyret å forhandle frem en avtale med Stryn Energi/Via Vest om bygging og drift av bredbånd til grunnskolene i Stryn. Stryn Energi AS driver ikke selv med drift av bredbåndskommunikasjon, men eier 60.87% i Via Vest som bl a har bredbåndsutbygging som sitt forretningsområde. Det ble vidare vedtatt at intensjonen skulle være å åpne for et fritt marked for leverandører av innhold/tjenester, slik at de som knyttet seg til nettet av næringslivet og privatpersoner, fritt kunne velge leverandør. Formannskapet fikk fullmakt til å godkjenne gjennomføring av prosjektet. Ut fra den fremlagte dokumentasjon ble andre leverandører ikke vurdert eller kontaktet.

Driftskostnadene ble av formannskapet i kommunen anslått å være ca 150.000 per år.

Den 05.11.2003 ble følgende avtale mellom innklagede og Stryn Energi AS godkjent av Stryn formannskap, og av styret i Stryn Energi AS:

"Mål:

Stryn kommune og Stryn Energi AS sitt mål med denne intensjonsavtalen er å legge til rette for utbygging av framføringsveg for breibandkommunikasjon i Stryn kommune.

Roller:

Stryn kommune si rolle etter denne avtalen er å bygge ut breibandkommunikasjon til skulane og kommuneorganisasjonen sine ytre einingar – del A av utbygginga. Ved utbygginga skal det leggest til grunn at den framføringsvegen som vert bygd skal vere ein del av ein større

breidbandinfrastruktur, som på ein god måte også dekkjer verksemder og einiskildepersonar sin trong til breibandkommunikasjon- jfr. Stryn Energi AS si rolle.

Stryn Energi AS si rolle er, i tråd med energiverket sin strategi om satsing på breibandkommunikasjon, utbygging av den kommersielle delen av breibandinfrastrukturen i kommunen –del B av utbygginga – og ha driftsansvar for dette nettet.

Det vert lagt til grunn at del A og B vert samordna og gjennomført som eitt utbyggingsprosjekt, men med særskilde rekneskap i høve til rolledelinga.

Gjennomføring:

Kvar av partane står i prinsippet ansvarleg for planlegging, innhenting av anbod (jfr. forskrift om offentlige anskaffelser), finansiering og gjennomføring for sine deler av utbyggingsprogrammet. For samordning av planlegging, anbod og teknisk utbygging m.m. vert det oppretta ei prosjektgruppe med ein deltakar frå kvar av partane pluss prosjektleder. Det skal gjerast eigen avtale om dette.

Drift av nettet m.m.:

Partane legg til grunn at det skal gjerast eigen avtale om drifta av breibandnettet når utbygging er gjennomført. Ei slik avtale skal, i tillegg til å sikre partane sine rettar, også omfatte leveranse og omfang, installasjon, levering og tilgang, betaling for tenester og sal av tenester til andre enn partane m.m.

Ved prising av tenester som nemnd ovanfor skal vanlege forretningsmessige prinsipp leggjast til grunn, og stå i høve til investert kapital og den kapasitet som kvar av partane disponerer i det samla nettet. Verdien av mogeleg HØYKOM-tilskot tilfelle Stryn kommune

Avtalen kan og omfatte eigedomsretten til nettet eller deler av det. Avtale om eventuell overføring av eigedomsrettar skal godkjennast av Stryn kommunestyre og styre for Stryn Energi AS.

Sico Data AS (heretter kalt klager) kontaktet klagenemnda 06.11.2003 idet de som lokal bredbåndsløse ønsket å gi tilbud på bygging og drift av bredbånd til Stryn kommune.

I brev datert 01.12.2003 fra klagenemnda ble innklagede bedt om å redegjøre for hvorfor det ble besluttet at prosjektet skulle skje i samarbeid med Stryn Energi AS, i stedet for å konkurranseutsette valg av samarbeidspartner. I sitt svarbrev datert 01.12.2003 kom innklagede med følgende begrunnelse:

”Som nemnd i tidlegare brev er Stryn Energi AS eit heileigd kommunalt energiverk. Det kommunale energiverket vil derfor vere eit naturleg utgangspunkt for utvikling av lokale samdriftsprosjekt. Utbygging av framføringsveg for breiband-

kommunikasjon i Stryn kommune er eit slikt samdriftsprosjekt. Eit slikt samarbeid vil kunne gje samdriftsfordeler mellom kommunen og kommunen sitt energiverk, gje høgare effektivitet og betre og billigare tenester til kommunen sine innbyggjarar. Samdrift med energiverket er vidare vurdert som drift i "eigenregi", då levering av tenester til andre oppdragsgjevarar enn kommunen er vurdert til ikkje å utgjere meir enn 20% innanfor resultatområde breiband. Dette er bakgrunnen for, og grunngevinga for, vedtaket om at prosjektet skulle skje i samarbeid med Stryn Energi AS i staden for å konkurranseutsetje val av samarbeidspartnar."

Partenes anførsler:

Klagers anførsler:

Klager anfører at avtale om bygging og drift av bredbånd til grunnskolene i Stryn kommune ble inngått direkte med Stryn Energi AS i strid med kravet til konkurranse i lov om offentlige anskaffelser.

Stryn Energi AS eier over 60% i Via Vest AS, og Via Vest AS driver med utbygging av bredbånd i Stryn. Styreformannen i Stryn Energi AS, som også er styreformannen i Via Vest AS, kan ikke opptre som en habil part i forbindelse med den planlagte anbudsutlysning av bredbåndsutbygging, da slik utbygging er innenfor Via Vest AS' forretningsområde.

Innklagedes anførsler:

Innklagede bestrider å ha brutt forskrift om offentlige anskaffelser.

Stryn Energi er pålagt å håndtere kjøp/salg av energi og bygging/drift av overføringsnett som egne resultatområder. Innklagede vil kjøpe bredbåndstjenester av Stryn Energi AS etter at nettet er ferdig etablert. Disse tjenestene vil utgjøre mer enn 80% av energiverkets omsetning av slike tjenester. Samdriften med energiverket må derfor anses som egenregi og er ikke omfattet av regelverket om offentlige anskaffelser.

Selve utbyggingen av nettet skal lyses ut på anbud.

Klagenemndas vurdering:

Klager ønsker å gi kommunen et tilbud på linje med Stryn Energi AS. Klager har derfor saklig klageinteresse, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig.

Klagenemnda forstår intensjonsavtalen slik at innklagede skal bygge ut et bredbåndsnett (heretter kalt "stamnett") for kommunale brukere for egen regning, der selve byggearbeidet skal på anbud. Stryn Energi AS skal få koble seg på dette stamnettet og for egen regning bygge ut bredbåndsnettet videre til private aktører. Også dette byggearbeidet skal ut på anbud. Stryn Energi AS skal stå for driften av hele nettet og mottar for dette et fast honorar fra innklagede. Stryn Energi AS skal også selge bredbåndstjenester til både offentlige og private.

Forsyningsforskriftens anvendelsesområde

Innklagede er en offentlig oppdragsgiver og omfattes av lov om offentlige anskaffelser, jf. lovens § 2. Utgangspunktet er at innklagede skal foreta anskaffelser etter reglene i forskrift om offentlige anskaffelser. Imidlertid følger det av forskriftens § 1-2 (4) at anskaffelser som skjer som ledd i utøvelse av virksomhet som omfattes av forskrift om innkjøpsregler for oppdragsgivere innen vann- og energiforsyning, transport og telekommunikasjon (heretter "forsyningsforskriften"), skal følge sistnevnte forskrift. Anskaffelsen ligger

imidlertid under terskelverdien i dette regelverket, og anskaffelsen gjelder telekommunikasjonstjenester som er unntatt etter forsyningsforskriften § 11 tredje ledd.

Forsyningsforskriften kommer derfor ikke til anvendelse.

Krav til konkurranse i lovens § 5

Selv om verken forsyningsforskriften eller forskrift om offentlige anskaffelser kommer til anvendelse på forholdet, følger det av lov om offentlige anskaffelser § 5 at oppdragsgiver så langt det er mulig, skal basere anskaffelser på konkurranse.

Partene er enige om at selve byggearbeidet skal ut på anbud. Spørsmålet er om kommunens bruk av Stryn Energi AS kan kalles egenregi, eller om tildelingen av retten til oppkobling til stamnettet samt avtalen om drift og bredbåndstjenester også må være gjenstand for konkurranse.

Etter anskaffelsesforskriften og forsyningsforskriften gir både ordlyd og rettspraksis veiledning for når egenregi hjemler unntak fra forskriftenes anvendelse. I forhold til anskaffelseslovens krav om konkurranse i § 5, er det derimot isolert sett vanskelig å utlede unntak for egenregi. Klagenemnda er imidlertid kommet til at § 5 må tolkes slik at unntak for egenregi også må gjelde her, og at omfanget av unntaket, i mangel av andre holdepunkter, må tilsvare unntakene etter forsyningsforskriften og anskaffelsesforskriften.

Det fremgår både av forsyningsforskriftens § 11 åttende ledd, og av EF-domstolens avgjørelse i sak C-107/98 (Teckal), at selv om innklagede eier Stryn Energi AS 100 %, foreligger det ikke egenregi fordi hoveddelen av Stryn Energi AS totale virksomhet er rettet mot andre enn innklagede.

Vilkårene for egenregi er derfor ikke oppfylt. Når innklagede ikke har vurdert alternative leverandører til Stryn Energi AS, har innklagede opptrådt i strid med kravet til konkurranse i anskaffelsesloven § 5.

Spørsmål om inhabilitet:

Etter klagenemndas forståelse knytter anførselen om inhabilitet seg til den anbudskonkurransen som etter intensjonsavtalen skal utlyses for det planlagte byggearbeidet, jf intensjonsavtalens punkt "gjennomføring".

Anførselen knytter seg til en fremtidig anbudskonkurranse, og partene har ennå ikke inngått avtale om gjennomføringen av denne, herunder om styreformannen i Stryn Energi AS skal ha noen rolle i konkurransen. Det faller utenfor klagenemndas myndighetsområde å uttale seg om spørsmål av hypotetisk karakter.

Konklusjon:

Stryn kommune har brutt lov om offentlige anskaffelser § 5 ved at valg av leverandør av bredbåndstjenester ikke har vært gjenstand for konkurranse

Klagenemnda ber Stryn kommune uttale seg om hva som vil bli gjort for å rette opp feilen og unngå tilsvarende feil i framtiden.

For klagenemnda, 12.01.2004

Andreas Wahl



Forsiden
 Nemndsmedlemmer
 Saksbehandling
 Regelverk
 Innkomne saker
 Statistikk
 Årsrapporter
 Dommer
 Søk i avgjorte saker

Avgjorte saker:
[2003](#) [2004](#) [2005](#)

Besøksadresse
 H. Heyerdalsgate 1
 0033 Oslo
Postadresse
 Postboks 8132 Dep
 0033 Oslo
 Tlf.: 22 33 70 10
 Faks: 22 33 70 12
 E-post:
postmottak@kofa.no

Avgjorte saker

År: **2003** Antall saker: **182** Vis sakene sortert etter

Innklaget	Saksinformasjon	Resultat
Evje og Hornnes kommune Sak 2003/237 Avgjort 22.12.2003 Innkommet 03.11.2003	Klagenemndas kommentar	<i>Avvist - saken ubegrunnet eller kan klart ikke føre frem</i>
Lørenskog kommune Sak 2003/248 Avgjort 22.12.2003 Innkommet 17.11.2003	Klagenemndas kommentar	<i>Saken løst under saksforberedelse</i>
Helse Vest Sak 2003/288 Avgjort 22.12.2003 Innkommet 23.12.2003	Klagenemndas kommentar	<i>Saken løst under saksforberedelse</i>
Statens vegvesen Sak 2003/284 Avgjort 19.12.2003 Innkommet 19.12.2003	Klagenemndas kommentar	<i>Avvist - saken gjelder ikke bruda på lov om offentlig anskaffelser</i>
Sør-Aurdal kommune Sak 2003/235 Avgjort 15.12.2003 Innkommet 31.10.2003	Klagenemndas kommentar	<i>Avvist - saken ubegrunnet eller kan klart ikke føre frem</i>
Aust-Agder fylkeskommune Sak 2003/215 Avgjort 12.12.2003 Innkommet 08.10.2003	Klagenemndas kommentar	<i>Avvist - saken ikke egnet for skriftlig behandling</i>
Alta kommune Sak 2003/238 Avgjort 12.12.2003 Innkommet 04.11.2003	Klagenemndas kommentar	<i>Avvist - saken ubegrunnet eller kan klart ikke føre frem</i>

Forsvarsbygg Sak 2003/254 Avgjort 12.12.2003 Innkommet 21.11.2003	Klagenemndas kommentar	<i>Avvist - mangler saklig klageinteresse</i>
Nord Møre Interkommunale Innkjøpssamarbeid Sak 2003/260 Avgjort 12.12.2003 Innkommet 27.11.2003	Klagenemndas kommentar	<i>Avvist - saken ubegrunnet eller kan klart ikke føre frem</i>
Rikstrygdeverket Sak 2003/143 Avgjort 11.12.2003 Innkommet 14.07.2003	Saken gjelder: Krav til forutberegnelighet og etterprøvnbarhet. Beskrivelse av ytelsen, krav til lik informasjon og krav til skjønnsutøvelsen. Klagenemndas kommentar Klagenemndas avgjørelse	<i>Brudd på regelverket</i>
Helse Sunnmøre HF Sak 2003/218 Avgjort 11.12.2003 Innkommet 10.10.2003	Saken gjelder: Evaluering av tildelingskriterier, forutberegnelighet og likebehandling, begrunnelse og dokumentasjon. Klagenemndas kommentar Klagenemndas avgjørelse	<i>Ikke brudd på regelverket</i>
Moss kommunale eiendomsselskap KF Sak 2003/253 Avgjort 10.12.2003 Innkommet 21.11.2003	Klagenemndas kommentar	<i>Avvist - saken ubegrunnet eller kan klart ikke føre frem</i>
Helse Øst RFH Sak 2003/268 Avgjort 03.12.2003 Innkommet 03.12.2003	Klagenemndas kommentar	<i>Avvist - saken ubegrunnet eller kan klart ikke føre frem</i>
Sykehuset i Vestfold HF Sak 2003/90 Avgjort 28.11.2003 Innkommet 12.05.2003	Klagenemndas kommentar	<i>Avvist - saken ubegrunnet eller kan klart ikke føre frem</i>
Helse Vest Sak 2003/136 Avgjort 25.11.2003 Innkommet 07.07.2003	Saken gjelder: Krav til leverandørene for å delta i konkurranse. Likebehandling og ikke-diskriminering på grunnlag av lokal tilhørighet.	<i>Brudd på regelverket</i>

		Klagenemndas kommentar Klagenemndas avgjørelse	
Sykehuset Østfold HF		Klagenemndas kommentar	<i>Avvist - saken ubegrunnet eller kan klart ikke føre frem</i>
Sak	2003/224		
Avgjort	25.11.2003		
Innkommet	16.10.2003		
Sametinget		Saken gjelder: Direkte anskaffelse/begrenset anbudskonkurranse. Kunngjøringsplikt. Tildeling. Inhabilitet. Erstatning.	<i>Brudd på regelverket</i>
Sak	2003/281	Klagenemndas kommentar Klagenemndas avgjørelse	
Avgjort	22.11.2003		
Innkommet	15.12.2003		
UDI		Klagenemndas kommentar	<i>Saken løst under saksforberedelse</i>
Sak	2003/91		
Avgjort	20.11.2003		
Innkommet	12.05.2003		
Fylkestrygdekontoret i Vestfold		Klagenemndas kommentar	<i>Avvist - saken ubegrunnet eller kan klart ikke føre frem</i>
Sak	2003/134		
Avgjort	20.11.2003		
Innkommet	04.07.2003		
Forsvarsbygg		Klagenemndas kommentar	<i>Saken løst under saksforberedelse</i>
Sak	2003/233		
Avgjort	19.11.2003		
Innkommet	27.10.2003		
Forsvarsbygg		Klagenemndas kommentar	<i>Saken løst under saksforberedelse</i>
Sak	2003/231		
Avgjort	19.11.2003		
Innkommet	23.10.2003		
Nord-Trøndelag fylkeskommune		Saken gjelder: Samspillsmodellen i bygge- og anleggskontrakter. Krav til konkurranse. Valg av tildelingskriterier.	<i>Ikke brudd på regelverket</i>
Sak	2003/201	Klagenemndas kommentar Klagenemndas avgjørelse	
Avgjort	17.11.2003		
Innkommet	24.09.2003		
Avfallsbehandling Tromsø KF		Saken gjelder: Vektlegging av andre hensyn enn angitte tildelingskriterier. Saklig	<i>Brudd på regelverket</i>
Sak	2003/216		

<p>Avgjort 17.11.2003</p> <p>Innkommet 08.10.2003</p>	<p>grunn for avlysning av konkurransen. Spørsmål om erstatning for den positive kontraktsinteressen.</p> <p>Klagenemndas kommentar Klagenemndas avgjørelse</p>	
<p>Statskog SF</p> <p>Sak 2003/212</p> <p>Avgjort 17.11.2003</p> <p>Innkommet 07.10.2003</p>	<p>Saken gjelder: Krav til likebehandling og forutberegnelighet. Utforming av tildelingskriterier.</p> <p>Klagenemndas kommentar Klagenemndas avgjørelse</p>	<i>Brudd på regelverket</i>
<p>Forsvaret</p> <p>Sak 2003/232</p> <p>Avgjort 17.11.2003</p> <p>Innkommet 23.10.2003</p>	<p>Klagenemndas kommentar</p>	<i>Avvist - kontrakt inngått for mer en seks måneder sid</i>
<p>Universitetet i Tromsø</p> <p>Sak 2003/187</p> <p>Avgjort 14.11.2003</p> <p>Innkommet 09.09.2003</p>	<p>Saken gjelder: Avvisning av tilbud som følge av forbehold</p> <p>Klagenemndas kommentar Klagenemndas avgjørelse</p>	<i>Brudd på regelverket</i>
<p>Gildeskål kommune</p> <p>Sak 2003/244</p> <p>Avgjort 14.11.2003</p> <p>Innkommet 10.11.2003</p>	<p>Klagenemndas kommentar</p>	<i>Saken løst under saksforberedelse</i>
<p>Rogaland Fylkestrygdekontor</p> <p>Sak 2003/245</p> <p>Avgjort 10.11.2003</p> <p>Innkommet 10.11.2003</p>	<p>Klagenemndas kommentar</p>	<i>Avvist - saken gjelder ikke brudd på lov om offentlige anskaffelser</i>
<p>Statens forvaltningstjeneste</p> <p>Sak 2003/54</p> <p>Avgjort 07.11.2003</p> <p>Innkommet 25.03.2003</p>	<p>Saken gjelder: Forutberegnelighet, gjennomsiktighet og etterprøvnbarhet</p> <p>Klagenemndas kommentar Klagenemndas avgjørelse</p>	<i>Brudd på regelverket</i>
<p>Avinor</p> <p>Sak 2003/128</p> <p>Avgjort 07.11.2003</p> <p>Innkommet 26.06.2003</p>	<p>Saken gjelder: Plikten til å prioritere tildelingskriteriene, spørsmål om overprøving av det innkjøpsfaglige skjønn, brudd på diskrimineringsforbudet.</p>	<i>Brudd på regelverket</i>

		Klagenemndas kommentar Klagenemndas avgjørelse	
Helse Vest Sak 2003/229 Avgjort 07.11.2003 Innkommet 21.10.2003	Klagenemndas kommentar	<i>Avvist - kontrakt inngått for mer en seks måneder sid</i>	
Opus Troms FKF Sak 2003/123 Avgjort 05.11.2003 Innkommet 18.06.2003	Klagenemndas kommentar	<i>Avvist - saken ikke egnet for skriftlig behandling</i>	
Helse Nord AS Sak 2003/213 Avgjort 05.11.2003 Innkommet 07.10.2003	Klagenemndas kommentar	<i>Avvist - saken ikke egnet for skriftlig behandling</i>	
Bø kommune Sak 2003/152 Avgjort 03.11.2003 Innkommet 29.07.2003	Saken gjelder: Tekniske spesifikasjoner. Vurdering av tildelingskriteriene. Klagenemndas kommentar Klagenemndas avgjørelse	<i>Brudd på regelverket</i>	
Helsebygg Midt-Norge Sak 2003/162 Avgjort 01.11.2003 Innkommet 15.08.2003	Klagenemndas kommentar	<i>Saken løst under saksforberedelse</i>	
Abakus AS - kommunene Alvdal, Dovre, Engerdal, Folldal, Stor-Elvdal, Trysil og Åmot Sak 2003/203 Avgjort 28.10.2003 Innkommet 25.09.2003	Klagenemndas kommentar	<i>Avvist - saken ubegrunnet eller kan klart ikke føre frem</i>	
UDI og Hero mottak Sak 2003/44 Avgjort 27.10.2003 Innkommet 14.03.2003	Saken gjelder: Regelverkets anvendelsesområde. Spørsmål om hvem som er reell oppdragsgiver. Plikt til å følge prosedyrene i lov og forskrift om offentlige anskaffelser. Klagenemndas kommentar Klagenemndas avgjørelse	<i>Brudd på regelverket</i>	
Blefjell Sykehus HF Sak 2003/182	Klagenemndas kommentar	<i>Avvist - saken ubegrunnet eller</i>	

Avgjort 27.10.2003 Innkommet 02.09.2003		<i>kan klart ikke føre frem</i>
Aetat tiltak Sak 2003/96 Avgjort 20.10.2003 Innkommet 16.05.2003	Saken gjelder: Utvelgelse til forhandlinger. Klagenemndas kommentar Klagenemndas avgjørelse	<i>Brudd på regelverket</i>
Tønsberg kommune Sak 2003/197 Avgjort 20.10.2003 Innkommet 22.09.2003	Saken gjelder: Uhjemlet retting av åpenbare feil. Klagenemndas kommentar Klagenemndas avgjørelse	<i>Brudd på regelverket</i>
Ullevål Universitetssykehus Sak 2003/183 Avgjort 17.10.2003 Innkommet 09.05.2003	Saken gjelder: Omgjøring av beslutning om valg av tilbud Klagenemndas kommentar Klagenemndas avgjørelse	<i>Brudd på regelverket</i>
Hammerfest kommune Sak 2003/221 Avgjort 16.10.2003 Innkommet 15.10.2003	Klagenemndas kommentar	<i>Saken løst under saksforberedelse</i>
Sykehuset Østfold HF Sak 2003/224 Avgjort 16.10.2003 Innkommet 16.10.2003	Klagenemndas kommentar	<i>Avvist - saken ubegrunnet eller kan klart ikke føre frem</i>
Åsnes kommune Sak 2003/163 Avgjort 11.10.2003 Innkommet 15.08.2003	Saken gjelder: Regelverkets anvendelse på bygge- og anleggskontrakter, skifte av forhandlings- og kontraktsmotpart. Klagenemndas kommentar Klagenemndas avgjørelse	<i>Brudd på regelverket</i>
Haugesund kommune Sak 2003/178 Avgjort 11.10.2003 Innkommet 27.08.2003	Saken gjelder: Evaluering av tildelingskriteriene ved valg av tilbud. Likebehandling. Etterprøvnbarhet. Klagenemndas kommentar Klagenemndas avgjørelse	<i>Brudd på regelverket</i>
Askvoll kommune Sak 2003/145	Saken gjelder: Valg av tilbud med laveste pris.	<i>Brudd på regelverket</i>

Avgjort 06.10.2003 Innkommet 15.07.2003	Vektlegging av forhold som ikke er angitt i konkurransegrunnlaget. Klagenemndas kommentar Klagenemndas avgjørelse	
Statsbygg Sak 2003/186 Avgjort 04.10.2003 Innkommet 09.09.2003	Klagenemndas kommentar	<i>Saken løst under saksforberedelse</i>
Toll- og avgiftsdirektoratet Sak 2003/158 Avgjort 26.09.2003 Innkommet 13.08.2003	Klagenemndas kommentar	<i>Avvist - saken ubegrunnet eller kan klart ikke føre frem</i>
Aker Universitetssykehus Sak 2003/179 Avgjort 26.09.2003 Innkommet 29.08.2003	Klagenemndas kommentar	<i>Avvist - saken ubegrunnet eller kan klart ikke føre frem</i>
Fylkestrygdekontoret i Sør-Trøndelag Sak 2003/196 Avgjort 25.09.2003 Innkommet 19.09.2003	Klagenemndas kommentar	<i>Saken løst under saksforberedelse</i>
Helse Nord RHF Sak 2003/189 Avgjort 24.09.2003 Innkommet 10.09.2003	Klagenemndas kommentar	<i>Avvist - kontrakt inngått for mer en seks måneder sid</i>
Kristiansand kommune Sak 2003/141 Avgjort 23.09.2003 Innkommet 14.07.2003	Klagenemndas kommentar	<i>Avvist - saken ikke egnet for skriftlig behandling</i>
Ryfylke Miljøverk IKS Sak 2003/73 Avgjort 22.09.2003 Innkommet 23.04.2003	Saken gjelder: Egenregi. Beregning av terskelverdier. Inhabilitet. Klagenemndas kommentar Klagenemndas avgjørelse	<i>Brudd på regelverket</i>
Utenriksdepartementet Sak 2003/89 Avgjort 22.09.2003 Innkommet 12.05.2003	Klagenemndas kommentar	<i>Avvist - saken ikke egnet for skriftlig behandling</i>
Bodø kommune	Klagenemndas	<i>Avvist - saken ikke</i>

Sak 2003/95 Avgjort 22.09.2003 Innkommet 16.05.2003	kommentar	<i>egnet for skriftlig behandling</i>
Hemnes kommune Sak 2003/171 Avgjort 22.09.2003 Innkommet 20.08.2003	Saken gjelder: Plikt til å invitere til reelle forhandlinger. Forsvarlig vurdering av tildelingskriteriene. Klagenemndas kommentar Klagenemndas avgjørelse	<i>Brudd på regelverket</i>
Frogn kommune Sak 2003/43 Avgjort 19.09.2003 Innkommet 13.03.2003	Klagenemndas kommentar	<i>Saken løst under saksforberedelse</i>
Aust-Agder Fylkeskommune Sak 2003/72 Avgjort 19.09.2003 Innkommet 15.04.2003	Klagenemndas kommentar	<i>Avvist - saken ubegrunnet eller kan klart ikke føre frem</i>
Helsebygg Midt-Norge Sak 2003/180 Avgjort 19.09.2003 Innkommet 01.09.2003	Klagenemndas kommentar	<i>Avvist - saken ikke egnet for skriftlig behandling</i>
Helsebygg Midt-Norge Sak 2003/188 Avgjort 19.09.2003 Innkommet 09.09.2003	Klagenemndas kommentar	<i>Avvist - saken ubegrunnet eller kan klart ikke føre frem</i>
Statens vegvesen Sak 2003/194 Avgjort 19.09.2003 Innkommet 18.09.2003	Klagenemndas kommentar	<i>Avvist - saken ubegrunnet eller kan klart ikke føre frem</i>
Oslo kommune, Undervisningsbygg Sak 2003/164 Avgjort 18.09.2003 Innkommet 18.08.2003	Klagenemndas kommentar	<i>Saken løst under saksforberedelse</i>
Forsvarsbygg Sak 2003/77 Avgjort 16.09.2003 Innkommet 25.04.2003	Klagenemndas kommentar	<i>Saken løst under saksforberedelse</i>
Statens Bygningstekniske Etat	Klagenemndas kommentar	<i>Avvist - saken ubegrunnet eller</i>

Sak 2003/79 Avgjort 16.09.2003 Innkommet 28.04.2003		kan klart ikke føre frem
Moss Kommunale Eiendomsselskap KF Sak 2003/193 Avgjort 15.09.2003 Innkommet 15.09.2003	Klagenemndas kommentar	Saken løst under saksforberedelse
Akershus fylkeskommune Sak 2003/63 Avgjort 12.09.2003 Innkommet 08.04.2003	Klagenemndas kommentar	Avvist - saken ubegrunnet eller kan klart ikke føre frem
Fylkesmannen i Rogaland/ AREALIS Sak 2003/169 Avgjort 12.09.2003 Innkommet 18.08.2003	Klagenemndas kommentar	Avvist - saken ubegrunnet eller kan klart ikke føre frem
Aust-Agder fylkeskommune Sak 2003/191 Avgjort 12.09.2003 Innkommet 12.09.2003	Klagenemndas kommentar	Avvist - saken ubegrunnet eller kan klart ikke føre frem
Hadsel kommune Sak 2003/106 Avgjort 10.09.2003 Innkommet 28.05.2003	Klagenemndas kommentar	Avvist - saken ubegrunnet eller kan klart ikke føre frem
Forsvarsbygg Sak 2003/150 Avgjort 09.09.2003 Innkommet 21.07.2003	Klagenemndas kommentar	Avvist - saken ubegrunnet eller kan klart ikke føre frem
Gaular kommune Sak 2003/119 Avgjort 08.09.2003 Innkommet 13.06.2003	Saken gjelder: Manglende kunngjøring. Feil faktum. Manglende evaluering av tildelingskriteriene. Erstatning for positiv kontraktsinteresse Klagenemndas kommentar Klagenemndas avgjørelse	Brudd på regelverket
Aker Universitetssykehus Sak 2003/166 Avgjort 06.09.2003 Innkommet 18.08.2003	Klagenemndas kommentar	Avvist - saken ubegrunnet eller kan klart ikke føre frem

Forsvaret Sak 2003/137 Avgjort 06.09.2003 Innkommet 11.07.2003	Klagenemndas kommentar	<i>Avvist - saken ubegrunnet eller kan klart ikke føre frem</i>
Tromsø kommune Sak 2003/84 Avgjort 01.09.2003 Innkommet 08.05.2003	Saken gjelder: Plikt til å kunngjøre og gjennomføre anbudskonkurranse Klagenemndas kommentar Klagenemndas avgjørelse	<i>Brudd på regelverket</i>
Oslo kommune, Friluftsetaten Sak 2003/138 Avgjort 01.09.2003 Innkommet 11.07.2003	Saken gjelder: Plikt til å benytte fremforhandlede og balanserte kontraktsstandarder, avvisning på grunn av forbehold Klagenemndas kommentar Klagenemndas avgjørelse	<i>Ikke brudd på regelverket</i>
Levanger kommune Sak 2003/103 Avgjort 28.08.2003 Innkommet 23.05.2003	Klagenemndas kommentar	<i>Avvist - saken ikke egnet for skriftlig behandling</i>
Skifte Eiendom/Forsvarsbygg Sak 2003/150 Avgjort 26.08.2003 Innkommet 21.07.2003	Klagenemndas kommentar	<i>Avvist - saken ubegrunnet eller kan klart ikke føre frem</i>
Sykehuset i Vestfold Sak 2003/174 Avgjort 22.08.2003 Innkommet 25.08.2003	Klagenemndas kommentar	<i>Saken løst under saksforberedelse</i>
Troms fylkeskommune Sak 2003/39 Avgjort 19.08.2003 Innkommet 11.03.2003	Saken gjelder: Persontransport utenfor rute Klagenemndas kommentar	<i>Avvist - saken gjelder ikke brudd på lov om offentlige anskaffelser</i>
Østfold Kollektivtrafikk Sak 2003/149 Avgjort 19.08.2003 Innkommet 21.07.2003	Saken gjelder: Kontrakt om persontransport i rute. Forholdet til regelverk for offentlige. Tjenestekonsesjoner. Anvendelse av forsyningsforskriften. Klagenemndas kommentar	<i>Ikke brudd på regelverket</i>

		Klagenemndas avgjørelse	
Forsvarets logistikkorganisasjon Sak 2003/127 Avgjort 18.08.2003 Innkommet 23.06.2003		Klagenemndas kommentar	<i>Avvist - saken ubegrunnet eller kan klart ikke føre frem</i>
UDI Sak 2003/154 Avgjort 18.08.2003 Innkommet 01.08.2003		Klagenemndas kommentar	<i>Avvist - saken ubegrunnet eller kan klart ikke føre frem</i>
Lier kommune Sak 2003/168 Avgjort 18.08.2003 Innkommet 18.08.2003		Klagenemndas kommentar	<i>Avvist - kontrakt inngått for mer en seks måneder sid</i>
Norges Vassdrags- og energiverk Sak 2003/70 Avgjort 14.08.2003 Innkommet 11.04.2003	Saken gjelder: Avvisning. Plik til å forhandle. Meddelse om valg av tilbud. Erstatning	Klagenemndas kommentar Klagenemndas avgjørelse	<i>Brudd på regelverket</i>
Kristiansand kommune Sak 2003/85 Avgjort 14.08.2003 Innkommet 08.05.2003	Saken gjelder: Omfanget av rammeavtale . Ulovlig direkte anskaffelse	Klagenemndas kommentar Klagenemndas avgjørelse	<i>Brudd på regelverket</i>
Avinor Sak 2003/130 Avgjort 14.08.2003 Innkommet 26.06.2003		Klagenemndas kommentar Klagenemndas avgjørelse	<i>Brudd på regelverket</i>
Kristiansand kommune Sak 2003/159 Avgjort 13.08.2003 Innkommet 13.08.2003		Klagenemndas kommentar	<i>Avvist - saken ubegrunnet eller kan klart ikke føre frem</i>
Jernbaneverket Norsk Jernbanemuseum Sak 2003/86 Avgjort 09.08.2003 Innkommet 09.05.2003	Saken gjelder: Inhabilitet. Bruk av rådgiver som selv deltar i konkurransen. Erstatning for negativ kontraktsinteresse.	Klagenemndas kommentar Klagenemndas avgjørelse	<i>Brudd på regelverket</i>
BaneTele AS		Klagenemndas	<i>Avvist - kontrakt</i>

Sak 2003/155 Avgjort 08.08.2003 Innkommet 08.08.2003	kommentar	<i>inngått for mer en seks måneder sid</i>
Statsbygg Sak 2003/57 Avgjort 04.08.2003 Innkommet 26.03.2003	Saken gjelder: Kvalifikasjonskrav, delvis avlysning av konkurransen, vurdering og prioritering av tildelingskriteriene. Klagenemndas kommentar Klagenemndas avgjørelse	<i>Ikke brudd på regelverket</i>
Fredrikstad kommune Sak 2003/60 Avgjort 04.08.2003 Innkommet 03.04.2003	Saken gjelder: Forsvarlig vurdering av tildelingskriteriene, feil faktisk grunnlag for evalueringen. Klagenemndas kommentar Klagenemndas avgjørelse	<i>Brudd på regelverket</i>
Malvik kommune Sak 2003/66 Avgjort 04.08.2003 Innkommet 09.04.2003	Saken gjelder: Evaluering av forventet kvalitet ut fra tidligere negative erfaringer med en leverandør. Klagenemndas kommentar Klagenemndas avgjørelse	<i>Ikke brudd på regelverket</i>
Staten v/Domstolsadministrasjonen Sak 2003/69 Avgjort 30.07.2003 Innkommet 11.04.2003	Klagenemndas kommentar	<i>Avvist - saken ubegrunnet eller kan klart ikke føre frem</i>
Hedmark fylkeskommune Sak 2003/133 Avgjort 30.07.2003 Innkommet 02.07.2003	Klagenemndas kommentar	<i>Avvist - saken ubegrunnet eller kan klart ikke føre frem</i>
Finnmark fylkeskommune Sak 2003/41 Avgjort 29.07.2003 Innkommet 11.03.2003	Klagenemndas kommentar	<i>Avvist - saken ikke egnet for skriftlig behandling</i>
Levanger kommune Sak 2003/92 Avgjort 28.07.2003 Innkommet 13.05.2003	Klagenemndas kommentar	<i>Avvist - mangler saklig klageinteresse</i>
Bergen kommune - teknisk	Klagenemndas	<i>Avvist - saken</i>

<p>etat</p> <p>Sak 2003/113</p> <p>Avgjort 28.07.2003</p> <p>Innkommet 05.06.2003</p>	<p>kommentar</p>	<p><i>ubegrunnet eller kan klart ikke føre frem</i></p>
<p>Politimesteren i Vestfold</p> <p>Sak 2003/122</p> <p>Avgjort 28.07.2003</p> <p>Innkommet 18.06.2003</p>	<p>Klagenemndas kommentar</p>	<p><i>Saken løst under saksforberedelsei</i></p>
<p>Vanylven kommune</p> <p>Sak 2003/135</p> <p>Avgjort 16.07.2003</p> <p>Innkommet 07.07.2003</p>	<p>Klagenemndas kommentar</p>	<p><i>Avvist - saken ubegrunnet eller kan klart ikke føre frem</i></p>
<p>Hammerfest kommune</p> <p>Sak 2003/45</p> <p>Avgjort 14.07.2003</p> <p>Innkommet 17.03.2003</p>	<p>Klagenemndas kommentar</p>	<p><i>Avvist - saken ubegrunnet eller kan klart ikke føre frem</i></p>
<p>Oslo kommune, Undervisningsbygg</p> <p>Sak 2003/53</p> <p>Avgjort 14.07.2003</p> <p>Innkommet 24.03.2003</p>	<p>Klagenemndas kommentar</p>	<p><i>Avvist - saken ubegrunnet eller kan klart ikke føre frem</i></p>
<p>Oslo kommune</p> <p>Sak 2003/56</p> <p>Avgjort 14.07.2003</p> <p>Innkommet 26.03.2003</p>	<p>Klagenemndas kommentar</p>	<p><i>Avvist - saken ubegrunnet eller kan klart ikke føre frem</i></p>
<p>Tromsø kommune</p> <p>Sak 2003/83</p> <p>Avgjort 14.07.2003</p> <p>Innkommet 05.05.2003</p>	<p>Saken gjelder: Gjennomføring av forhandlinger. Prosjekteringstjenester</p> <p>Klagenemndas kommentar</p>	<p><i>Saken løst under saksforberedelsei</i></p>
<p>Bergen kommune og Hordaland fylkeskommune</p> <p>Sak 2003/47</p> <p>Avgjort 11.07.2003</p> <p>Innkommet 19.03.2003</p>	<p>Klagenemndas kommentar</p>	<p><i>Avvist - saken ubegrunnet eller kan klart ikke føre frem</i></p>
<p>Oslo kommune, Næringsetaten</p> <p>Sak 2003/29</p> <p>Avgjort 10.07.2003</p> <p>Innkommet 24.02.2003</p>	<p>Saken gjelder: Kunngjøringsplikt og krav til meddelelse om valg av tilbud. Krav til forutberegnelighet, gjennomsiktighet og etterprøvnbarhet.</p>	<p><i>Brudd på regelverket</i></p>

		Klagenemndas kommentar	
Helse Øst			
Sak	2003/105	Saken gjelder: Plikt til å opplyse om prioriteringen av tildelingskriteriene, plikt til å fremlegge utarbeidet evalueringsmodell, plikt til å ferdigstille evalueringsmodellen før tilbudsfristens utløp, omfanget av forhandlingsplikten, endring av tildelingskriteriene, fo	<i>Ikke brudd på regelverket</i>
Avgjort	10.07.2003		
Innkommet	28.05.2003		
		Klagenemndas kommentar Klagenemndas avgjørelse	
Helse Øst RHF			
Sak	2003/110	Saken gjelder: Plikt til å opplyse om prioriteringen av tildelingskriteriene, plikt til å fremlegge utarbeidet evalueringsmodell, plikt til å ferdigstille evalueringsmodellen før tilbudsfristens utløp, forsvarlig vektlegging av tildelingskriteriene, forsvarlig vurdering	<i>Ikke brudd på regelverket</i>
Avgjort	10.07.2003		
Innkommet	28.05.2003		
		Klagenemndas kommentar Klagenemndas avgjørelse	
Statens vegvesen, Region nord		Klagenemndas kommentar	<i>Saken løst under saksforberedelsei</i>
Sak	2003/118		
Avgjort	08.07.2003		
Innkommet	10.06.2003		
Alta kommune		Klagenemndas kommentar	<i>Avvist - saken ikke egnet for skriftlig behandling</i>
Sak	2003/115		
Avgjort	07.07.2003		
Innkommet	10.06.2003		
Statsbygg		Klagenemndas kommentar	<i>Avvist - saken ubegrunnet eller kan klart ikke føre frem</i>
Sak	2003/34		
Avgjort	04.07.2003		
Innkommet	04.03.2003		
Rikstrygdeverket		Klagenemndas kommentar	<i>Avvist - saken ubegrunnet eller kan klart ikke føre frem</i>
Sak	2003/62		
Avgjort	04.07.2003		
Innkommet	04.07.2003		

Finnmark fylkeskommune Sak 2003/132 Avgjort 02.07.2003 Innkommet 02.07.2003	Klagenemndas kommentar	<i>Avvist - saken gjelder ikke brudd på lov om offentlige anskaffelser</i>
Statens forurensingstilsyn Sak 2003/114 Avgjort 01.07.2003 Innkommet 06.06.2003	Klagenemndas kommentar	<i>Avvist - saken ubegrunnet eller kan klart ikke føre frem</i>
Hemsedal kommune Sak 2003/75 Avgjort 26.06.2003 Innkommet 23.04.2003	Saken gjelder: Avlysning av konkurranse Klagenemndas kommentar Klagenemndas avgjørelse	<i>Ikke brudd på regelverket</i>
Sykehuset i Vestfold Sak 2003/97 Avgjort 26.06.2003 Innkommet 19.05.2003	Saken gjelder: Bruk av teknisk spesifikasjoner. Forsvarlig saksbehandling. Likebehandling Klagenemndas kommentar Klagenemndas avgjørelse	<i>Brudd på regelverket</i>
Oslo kommune Sak 2003/108 Avgjort 26.06.2003 Innkommet 30.05.2003	Saken gjelder: Frist for deltakelse i konkurransen. Krav til konkurranse. Klagenemndas kommentar Klagenemndas avgjørelse	<i>Ikke brudd på regelverket</i>
Studentsamskipnaden i Oslo Sak 2003/109 Avgjort 26.06.2003 Innkommet 02.06.2003	Saken gjelder: Terskelverdi. Tidsfrister. Konkurransesform. Antall deltakere i begrenset anbudskonkurranse. Kvalifikasjonskrav. Diskriminering på lokalt grunnlag. Referanser som tildelingskriterium. Klagenemndas kommentar Klagenemndas avgjørelse	<i>Brudd på regelverket</i>
Kongsberg kommune Sak 2003/25 Avgjort 19.06.2003 Innkommet 17.02.2003	Saken gjelder: Plikt til å kunngjøre, adgangen til å angi bestemte fabrikater i de tekniske spesifikasjonene, plikt til å opplyse om tildelingskriteriene, avvisning, oppdragsgivers adgang til å oppjustere tilbudsprisen etter tilbudsåpningen,	<i>Brudd på regelverket</i>

		begrunnelsesplikt, erstatnin Klagenemndas kommentar Klagenemndas avgjørelse	
Rikstrygdeverket		Saken gjelder: Avvisning på grunn av forhold ved leverandøren, forsvarlig vurdering av tildelingskriteriene, vektlegging av lokal tilhørighet, feil faktisk grunnlag for valg av tilbud, krav til nærmere begrunnelse etter forskriften § 3-8(4). Klagenemndas kommentar Klagenemndas avgjørelse	<i>Ikke brudd på regelverket</i>
Sak 2003/61 Avgjort 19.06.2003 Innkommet 04.04.2003			
Stavanger kommune		Saken gjelder: Begrunnelsesplikt Klagenemndas kommentar	<i>Saken løst under saksforberedelse</i>
Sak 2003/121 Avgjort 19.06.2003 Innkommet 16.06.2003			
Målselv kommune		Saken gjelder: Tekniske spesifikasjoner. Krav til gjennomføringen av oppdraget. Favorisering av bestemte foretak. Klagenemndas kommentar Klagenemndas avgjørelse	<i>Ikke brudd på regelverket</i>
Sak 2003/93 Avgjort 19.06.2003 Innkommet 13.05.2003			
Oslo og Akershus Trafikkservice AS (Trafikanten)		Klagenemndas kommentar	<i>Saken løst under saksforberedelse</i>
Sak 2003/101 Avgjort 13.06.2003 Innkommet 21.05.2003			
Forsvaret		Saken gjelder: EØS-avtalen art. 123 - forsvarsanskaffelser Klagenemndas kommentar Klagenemndas avgjørelse	<i>Ikke brudd på regelverket</i>
Sak 2003/27 Avgjort 09.06.2003 Innkommet 20.02.2003			
Asker kommune		Saken gjelder: Krav til leverandørenes kvalifikasjoner Klagenemndas kommentar Klagenemndas avgjørelse	<i>Ikke brudd på regelverket</i>
Sak 2003/31 Avgjort 05.06.2003 Innkommet 28.02.2003			

<p>Ålesund kommune</p> <p>Sak 2003/35</p> <p>Avgjort 05.06.2003</p> <p>Innkommet 05.03.2003</p>	<p>Saken gjelder: Avklaringer. Forhandlingsforbudet</p> <p>Klagenemndas kommentar Klagenemndas avgjørelse</p>	<p><i>Brudd på regelverket</i></p>
<p>Eide kommune</p> <p>Sak 2003/67</p> <p>Avgjort 05.06.2003</p> <p>Innkommet 10.04.2003</p>	<p>Saken gjelder: Forbud mot at selskaper hvor ansatte hos oppdragsgiver har eierandeler deltar i konkurransen. Tilbudsfrist.</p> <p>Klagenemndas kommentar Klagenemndas avgjørelse</p>	<p><i>Brudd på regelverket</i></p>
<p>Vestby kommune</p> <p>Sak 2003/74</p> <p>Avgjort 05.06.2003</p> <p>Innkommet 23.04.2003</p>	<p>Saken gjelder: Tildelingskriterier, plikten til å opplyse om disse i kunngjøringen eller i konkurransegrunnlaget, kravet til likebehandling, inhabil rådgiver og erstatning.</p> <p>Klagenemndas kommentar Klagenemndas avgjørelse</p>	<p><i>Brudd på regelverket</i></p>
<p>Forsvarsbygg</p> <p>Sak 2003/88</p> <p>Avgjort 05.06.2003</p> <p>Innkommet 12.05.2003</p>	<p>Saken gjelder: Begrunnelse. Oppdragsgivers skjønnsutøvelse ved valg av tilbud.</p> <p>Klagenemndas kommentar Klagenemndas avgjørelse</p>	<p><i>Brudd på regelverket</i></p>
<p>Avinor AS</p> <p>Sak 2003/100</p> <p>Avgjort 05.06.2003</p> <p>Innkommet 21.05.2003</p>	<p>Saken gjelder: Valg av leverandør for drift av kontrollfly</p> <p>Klagenemndas kommentar</p>	<p><i>Avvist - kontrakt inngått for mer en seks måneder sid</i></p>
<p>Alta kommune</p> <p>Sak 2003/94</p> <p>Avgjort 04.06.2003</p> <p>Innkommet 16.05.2003</p>	<p>Saken gjelder: Tekniske spesifikasjoner</p> <p>Klagenemndas kommentar Klagenemndas avgjørelse</p>	<p><i>Brudd på regelverket</i></p>
<p>Søndre Land kommune</p> <p>Sak 2003/112</p> <p>Avgjort 04.06.2003</p> <p>Innkommet 03.06.2003</p>	<p>Saken gjelder: Forbehold og uklarheter i tilbudet</p> <p>Klagenemndas kommentar</p>	<p><i>Avvist - saken ubegrunnet eller kan klart ikke føre frem</i></p>

<p>Aetat i Oppland og Fylkestrygdeetaten i Oppland</p> <p>Sak 2003/33</p> <p>Avgjort 30.05.2003</p> <p>Innkommet 28.02.2003</p>	<p>Klagenemndas kommentar</p>	<p><i>Avvist - saken ikke egnet for skriftlig behandling</i></p>
<p>Gjøvik kommune</p> <p>Sak 2003/102</p> <p>Avgjort 30.05.2003</p> <p>Innkommet 23.05.2003</p>	<p>Saken gjelder: Gjennomføring av forhandlinger</p> <p>Klagenemndas kommentar</p>	<p><i>Saken løst under saksforberedelse</i></p>
<p>Karlsøy kommune</p> <p>Sak 2003/107</p> <p>Avgjort 30.05.2003</p> <p>Innkommet 28.05.2003</p>	<p>Klagenemndas kommentar</p>	<p><i>Avvist - saken ubegrunnet eller kan klart ikke føre frem</i></p>
<p>Aetat Buskerud</p> <p>Sak 2003/28</p> <p>Avgjort 27.05.2003</p> <p>Innkommet 20.02.2003</p>	<p>Klagenemndas kommentar</p>	<p><i>Avvist - saken ubegrunnet eller kan klart ikke føre frem</i></p>
<p>Bø kommune</p> <p>Sak 2003/104</p> <p>Avgjort 27.05.2003</p> <p>Innkommet 27.05.2003</p>	<p>Saken gjelder: Snøbrøyting</p> <p>Klagenemndas kommentar</p>	<p><i>Avvist - kontrakt inngått for mer en seks måneder sid</i></p>
<p>Direktoratet for naturforvaltning</p> <p>Sak 2003/19</p> <p>Avgjort 26.05.2003</p> <p>Innkommet 19.02.2003</p>	<p>Saken gjelder: Valg av tilbud</p> <p>Klagenemndas kommentar Klagenemndas avgjørelse</p>	<p><i>Ikke brudd på regelverket</i></p>
<p>Bærum kommune</p> <p>Sak 2003/38</p> <p>Avgjort 26.05.2003</p> <p>Innkommet 10.03.2003</p>	<p>Saken gjelder: Rammeavtaler</p> <p>Klagenemndas kommentar Klagenemndas avgjørelse</p>	<p><i>Brudd på regelverket</i></p>
<p>Asker kommune</p> <p>Sak 2003/78</p> <p>Avgjort 26.05.2003</p> <p>Innkommet 23.04.2003</p>	<p>Saken gjelder: Fosterhjems plass fra privatpersoner</p> <p>Klagenemndas kommentar</p>	<p><i>Avvist - saken gjelder ikke brudd på lov om offentlige anskaffelser</i></p>
<p>Sandnes kommune</p> <p>Sak 2003/50</p> <p>Avgjort 15.05.2003</p> <p>Innkommet 20.03.2003</p>	<p>Saken gjelder: Tildelingskriterier. Krav til kvalitet på ytelsen. Evaluering av tilbud.</p> <p>Klagenemndas kommentar</p>	<p><i>Brudd på regelverket</i></p>

		Klagenemndas avgjørelse	
Trondheim kommune		Saken gjelder: Forhandlingsforbudet ved anbudskonkurranser. Avvik fra kravspesifikasjon.	<i>Ikke brudd på regelverket</i>
Sak	2003/58		
Avgjort	15.05.2003		
Innkommet	27.03.2003		
		Klagenemndas kommentar Klagenemndas avgjørelse	
Haram kommune		Saken gjelder: Invitasjon til å delta i forhandlinger etter mislykket anbudskonkurranse. Kvalifikasjonskrav. Plikt til å avvise et forhandlingsutspill som for sent levert. Krav på å bli invitert til å delta i forhandlinger.	<i>Ikke brudd på regelverket</i>
Sak	2003/65		
Avgjort	15.05.2003		
Innkommet	09.04.2003		
		Klagenemndas kommentar Klagenemndas avgjørelse	
Porsgrunn kommune		Saken gjelder: Krav til god forretningsmessig. Krav til saklig og forsvarlig valg av tilbud. Habilitet.	<i>Brudd på regelverket</i>
Sak	2003/68		
Avgjort	15.05.2003		
Innkommet	10.04.2003		
		Klagenemndas kommentar Klagenemndas avgjørelse	
Sykehuset Innlandet HF		Saken gjelder: Frist for å få utlevert konkurransesgrunnlaget	<i>Saken løst under saksforberedelse</i>
Sak	2003/99		
Avgjort	15.05.2003		
Innkommet	20.05.2003		
		Klagenemndas kommentar	
Sarpsborg kommune		Saken gjelder: Krav til begrunnelse	<i>Saken løst under saksforberedelse</i>
Sak	2003/71		
Avgjort	13.05.2003		
Innkommet	14.04.2003		
		Klagenemndas kommentar	
Lillesand kommune		Klagenemndas kommentar	<i>Saken løst under saksforberedelse</i>
Sak	2003/55		
Avgjort	10.05.2003		
Innkommet	25.03.2003		
Bardu kommune		Klagenemndas kommentar	<i>Avvist - saken ubegrunnet eller kan klart ikke føre frem</i>
Sak	2003/46		
Avgjort	09.05.2003		
Innkommet	19.03.2003		
Sør-Trøndelag fylkeskommune		Saken gjelder: Bruk av rådgivere. Tekniske	<i>Brudd på regelverket</i>

Sak 2003/36 Avgjort 05.05.2003 Innkommet 10.03.2003	spesifikasjoner Klagenemndas kommentar Klagenemndas avgjørelse	
Vestvågøy kommune Sak 2003/49 Avgjort 05.05.2003 Innkommet 20.03.2003	Saken gjelder: Tolkning av kravspesifikasjonene og begrunnelse for valg av tilbud. Klagenemndas kommentar Klagenemndas avgjørelse	<i>Brudd på regelverket</i>
Statens vegvesen Sak 2003/81 Avgjort 05.05.2003 Innkommet 29.04.2003	Klagenemndas kommentar Klagenemndas avgjørelse	<i>Ikke brudd på regelverket</i>
Troms fylkeskommune Sak 2003/17 Avgjort 30.04.2003 Innkommet 17.02.2003	Saken gjelder: Veklegging av lokal tilknytning ved valg av tilbud. Negativ kontraktsinteresse. Klagenemndas kommentar Klagenemndas avgjørelse	<i>Brudd på regelverket</i>
Kommunene Asker, Bærum Hurum, Lier, Nedre Eiker, Røyken, Øvre Eiker, Kongsberg, Ringerike og Svelvik Sak 2003/30 Avgjort 30.04.2003 Innkommet 26.02.2003	Saken gjelder: Parallell rammeavtaler Klagenemndas kommentar Klagenemndas avgjørelse	<i>Brudd på regelverket</i>
Bodø kommune Sak 2003/59 Avgjort 30.04.2003 Innkommet 28.03.2003	Saken gjelder: Kjøp av arkitekttjenester. Manglende begrunnelse for valg av tilbud. Inhabilitet. Klagenemndas kommentar Klagenemndas avgjørelse	<i>Brudd på regelverket</i>
Aetat Arbeidsdirektoratet Sak 2003/52 Avgjort 29.04.2003 Innkommet 24.03.2003	Saken gjelder: Kjøp av rekrutteringstjenester - helsepersonell Klagenemndas kommentar	<i>Avvist - saken ubegrunnet eller kan klart ikke føre frem</i>
Direktoratet for sivilt beredskap Sak 2003/82 Avgjort 28.04.2003	Klagenemndas kommentar	<i>Avvist - mangler saklig klageinteresse</i>

Innkommet 29.04.2003		
St. Olavs Hospital HF Sak 2003/51 Avgjort 22.04.2003 Innkommet 24.03.2003	Klagenemndas kommentar	<i>Saken løst under saksforberedelse</i>
Sande kommune Sak 2003/32 Avgjort 11.04.2003 Innkommet 28.02.2003	Saken gjelder: Inngåelse av bygge- og anleggskontrakt (utbygging av boligområde) Klagenemndas kommentar	<i>Saken løst under saksforberedelse</i>
Oslo kommune, Undervisningsbygg KF Sak 2003/20 Avgjort 07.04.2003 Innkommet 12.02.2003	Saken gjelder: Avvisning av uklare tilbud Klagenemndas kommentar Klagenemndas avgjørelse	<i>Ikke brudd på regelverket</i>
Aetat Sør-Trøndelag/ Aetat Trondheim Sak 2003/42 Avgjort 07.04.2003 Innkommet 13.03.2003	Saken gjelder: Rett til deltakelse i konkurranse Klagenemndas kommentar Klagenemndas avgjørelse	<i>Brudd på regelverket</i>
Rogaland fylkeskommune Sak 2003/40 Avgjort 27.03.2003 Innkommet 11.03.2003	Klagenemndas kommentar	<i>Saken løst under saksforberedelse</i>
Leksvik kommune Sak 2003/14 Avgjort 24.03.2003 Innkommet 03.02.2003	Saken gjelder: Tilleggsfrist for ettersendelse av HMS-erklæring Klagenemndas kommentar Klagenemndas avgjørelse	<i>Ikke brudd på regelverket</i>
Det Frivillige Skyttervesen Sak 2003/21 Avgjort 24.03.2003 Innkommet 12.02.2003	Saken gjelder: Kriterier for valg av tilbud. Alternative tilbud. Positiv kontraktsinteresse. Klagenemndas kommentar Klagenemndas avgjørelse	<i>Brudd på regelverket</i>
Bømlo Vatn og Avløpsselskap AS Sak 2003/23 Avgjort 24.03.2003 Innkommet 13.02.2003	Saken gjelder: Krav til åpen og reell konkurranse, forutberegnelighet og etterprøvnbarhet Klagenemndas	<i>Brudd på regelverket</i>

		kommentar Klagenemndas avgjørelse	
Oslo kommune		Klagenemndas kommentar	<i>Avvist - saken gjelder ikke brudd på lov om offentlig anskaffelser</i>
Sak 2003/16			
Avgjort 22.03.2003			
Innkommet 07.02.2003			
Posten Norge AS		Klagenemndas kommentar	<i>Avvist - kontrakt inngått for mer en seks måneder sid</i>
Sak 2003/48			
Avgjort 22.03.2003			
Innkommet 19.03.2003			
Forsvarsbygg		Saken gjelder: Kontrakt inngått mer enn seks måneder før klagesaken kom inn	<i>Avvist - kontrakt inngått for mer en seks måneder sid</i>
Sak 2003/37		Klagenemndas kommentar	
Avgjort 21.03.2003			
Innkommet 10.03.2003			
Posten Norge AS		Saken gjelder: Kvalifikasjonskrav. Avvisningsplikt. Valg av det økonomisk mest fordelaktige tilbud.	<i>Ikke brudd på regelverket</i>
Sak 2003/9		Klagenemndas kommentar Klagenemndas avgjørelse	
Avgjort 18.03.2003			
Innkommet 22.01.2003			
Finnmark fylkeskommune		Saken gjelder: Manglende opplysninger i tilbud. Vurdering av avvik fra kravspesifikasjonen.	<i>Ikke brudd på regelverket</i>
Sak 2003/12		Klagenemndas kommentar Klagenemndas avgjørelse	
Avgjort 18.03.2003			
Innkommet 30.01.2003			
Oslo kommune, Undervisningsbygg		Saken gjelder: Avvisning fra konkurranse om byggeledertjenester på grunn av forhold ved leverandøren.	<i>Ikke brudd på regelverket</i>
Sak 2003/7		Klagenemndas kommentar Klagenemndas avgjørelse	
Avgjort 10.03.2003			
Innkommet 21.01.2003			
Porsgrunn kommune		Saken gjelder: Inhabilitet	<i>Brudd på regelverket</i>
Sak 2003/13		Klagenemndas kommentar Klagenemndas avgjørelse	
Avgjort 10.03.2003			
Innkommet 03.02.2003			
Hadsel kommune		Saken gjelder: Frist for forespørsel om å delta i en konkurranse med forhandling, forskriften del III	<i>Brudd på regelverket</i>
Sak 2003/22			
Avgjort 10.03.2003			

Innkommet 13.02.2003	Klagenemndas kommentar Klagenemndas avgjørelse	
Statens vegvesen, Vegdirektoratet Sak 2003/10 Avgjort 03.03.2003 Innkommet 23.01.2003	Klagenemndas kommentar	<i>Avvist - mangler saklig klageinteresse</i>
Fylkesmannen i Vest-Agder Sak 2003/11 Avgjort 27.02.2003 Innkommet 29.01.2003	Saken gjelder: Tildelingskriterier. Positiv kontraktsinteresse. Bruk av referanser. Forhandlingsforbudet. Begrunnelse for valg av tilbud. Klagenemndas kommentar Klagenemndas avgjørelse	<i>Brudd på regelverket</i>
Justisdepartementet Sak 2003/24 Avgjort 27.02.2003 Innkommet 17.02.2003	Saken gjelder: Avvisning av tilbud på grunn av manglende merking Klagenemndas kommentar Klagenemndas avgjørelse	<i>Brudd på regelverket</i>
Bærum kommune Sak 2003/6 Avgjort 19.02.2003 Innkommet 17.01.2003	Saken gjelder: Likebehandlingsprinsippet - avvisning pga. kryssubsidiering. Vurdering av "pris". Valg av det økonomisk mest fordelaktige tilbud Klagenemndas kommentar Klagenemndas avgjørelse	<i>Ikke brudd på regelverket</i>
Universitetet i Tromsø Sak 2003/291 Avgjort 19.02.2003 Innkommet 30.12.2003	Klagenemndas kommentar	<i>Avvist - saken ubegrunnet eller kan klart ikke føre frem</i>
Øygarden kommune Sak 2003/26 Avgjort 14.02.2003 Innkommet 19.02.2003	Klagenemndas kommentar	<i>Saken løst under saksforberedelse</i>
Helse Øst RHF Sak 2003/18 Avgjort 11.02.2003 Innkommet 10.02.2003	Klagenemndas kommentar	<i>Saken løst under saksforberedelse</i>
Hemne kommune	Saken gjelder: Plikt til å	<i>Brudd på</i>

<p>Sak 2003/1</p> <p>Avgjort 10.02.2003</p> <p>Innkommet 13.01.2003</p>	<p>avvise tilbud på grunn av uklarheter</p> <p>Klagenemndas kommentar Klagenemndas avgjørelse</p>	<p><i>regelverket</i></p>
<p>Forsvarsbygg</p> <p>Sak 2003/3</p> <p>Avgjort 10.02.2003</p> <p>Innkommet 15.01.2003</p>	<p>Saken gjelder: Vilkår for avlysning. Begrunnelsesplikt ved avlysning . Begrunnelse for valg av tilbud. Tildelingskriterier og prioritering.</p> <p>Klagenemndas kommentar Klagenemndas avgjørelse</p>	<p><i>Brudd på regelverket</i></p>
<p>Mandal kommune</p> <p>Sak 2003/8</p> <p>Avgjort 03.02.2003</p> <p>Innkommet 21.01.2003</p>	<p>Saken gjelder: Beregning av terskelverdi. Krav til konkurranse. Direkte anskaffelse pga tidsnød</p> <p>Klagenemndas kommentar Klagenemndas avgjørelse</p>	<p><i>Brudd på regelverket</i></p>
<p>Bærum kommune, Eiendomsforvaltningen</p> <p>Sak 2003/2</p> <p>Avgjort 23.01.2003</p> <p>Innkommet 15.01.2003</p>	<p>Saken gjelder: Klageinteresse - klager og innklagede tilhører samme kommune</p> <p>Klagenemndas kommentar Klagenemndas avgjørelse</p>	<p><i>Avvist - mangler saklig klageinteresse</i></p>



Forsiden
Nemndsmedlemmer
Saksbehandling
Regelverk
Innkomne saker
Statistikk
Årsrapporter
Dommer
Søk i avgjorte saker

Avgjorte saker:

[2003](#) [2004](#) [2005](#)

Besøksadresse

H. Heyerdalsgate 1
0033 Oslo

Postadresse

Postboks 8132 Dep
0033 Oslo

Tlf.: 22 33 70 10

Faks: 22 33 70 12

E-post:

postmottak@kofa.no

Avgjorte saker

I en konkurranse om levering av individuelt produserte ortopediske fottøy ba oppdragsgiver om tilbud med en felles pris på tre ulike typer.

Vanskelighetsgraden, og dermed produksjonskostnadene, varierte mellom de tre ulike typene. Opplysninger om den forventede forholdsmessige fordelingen mellom de tre typene fottøy kunne ha betydning for leverandørens beregning av tilbudspriser. Oppdragsgiver hadde denne informasjonen tilgjengelig. Ved ikke å opplyse om denne informasjonen i konkurransegrunnlaget hadde oppdragsgiver brutt kravene til forutberegnelighet og etterprøvbarhet i lov om offentlige anskaffelser § 5.

Klagenemndas avgjørelse i sak 2003/143 den 11.12.2003

Klager: Wollenbergs Ortopediske AS

Innklaget: Rikstrygdeverket

Klagenemndas medlemmer:

Morten Goller, Jens Bugge, Siri Teigum

Saken gjelder:

Krav til forutberegnelighet og etterprøvnbarhet. Beskrivelse av ytelsen, krav til lik informasjon og krav til skjønnsutøvelsen.

Sakens bakgrunn:

Rikstrygdeverket (heretter kalt "innklagede") kunngjorde 25.10.2002 en åpen anbudskonkurranse for tildeling av rammeavtale for individuelt produsert ortopedisk fottøy. Konkurransen ble kunngjort etter forskrift fastsatt ved kgl. res. 15 juni 2001 om offentlige anskaffelser del II.

I konkurransegrunnlaget skrev oppdragsgiver følgende:

"Oppdragsgiver (Rikstrygdeverket) ønsker tilbud på individuelt produsert ortopedisk fottøy med tilleggsarbeider, som spesifisert i Produktspesifikasjon (Vedlegg nr. 2) for levering til de ortopediske verksteder som Rikstrygdeverket til enhver tid har avtaler med."

I vedlegg nr. 2 til konkurransegrunnlaget står det bl a:

"Produsenten skal produsere på bestilling fra det ortopediske verkstedet:

- *Fottøy av alle vanskelighetsgrader (inkl. A, B og C-produksjon)*
- *Fottøy innenfor sitt dokumenterte modellspekter til dokumentert kvalitet*
- *..."*

Videre skrev oppdragsgiver i konkurransegrunnlaget:

"Oppdragsgiver vil inngå avtale i form av en rammeavtale med bestilling fra verkstedene i kontraktperioden. Oppdragsgiver kan ikke angi det aktuelle behov og binder seg derfor ikke til noe nærmere spesifisert kvantum. Det vil være verkstedenes bestillinger til enhver tid som er avgjørende for uttakene i kontraktperioden.

Tilbyder skal oppgi sin produksjonskapasitet for leveranser i henhold til dette anbudet. Tilbyder forplikter seg til å levere det antall par fottøy som tilsvarer dette kvantum.

Dersom det inngås rammeavtale med flere tilbydere, vil verkstedene kunne velge å foreta bestilling mellom de tilbydere Rikstrygdeverket har inngått rammeavtale med. Bestemmende for valget skal hovedsakelig være pris, men brukernes ønske skal også tillegges vekt.

Uten forbindtlighet kan oppgis at det i 2001 ble levert ca.5500 par individuelt produsert ortopedisk fottøy til verkstedene, finansiert av trygden.

...

Tilbyder skal gi fastpristilbud i norske kroner (NOK) på

5940	Sko pr. par
5943	Støvler pr. par
5946	Støvletter pr. par

5980-97 Tilleggsarbeider

...

Produksjon av den enkelte sko kan variere i vanskelighetsgrad (inkluderer A, B, og C produksjon). Det er en forutsetning at tilbyder oppgir en pris i kategorien 5940, 5943 og 5946 uansett vanskelighetsgrad.

9. Kriterier som vil bli lagt til grunn ved Rikstrygdeverkets tildeling av rammeavtal(er):

9.1. Tilfredsstillelse av kravene i henhold til punkt 3.

9.2. Det for oppdragsgiver mest økonomisk fordelaktige tilbud vurdert ut fra følgende, jfr . Anbudsutlysning.

9.2.1. Pris.

9.2.2. Leveringstid. Leveringstiden skal oppgis i tilbudet. Ved vurdering av tilbudet er det positivt at man opererer med kort leveringstid.

9.2.3. Kvalitet. Det legges vekt på fottøyets kvalitet, herunder utførelsesmetode og materialevalg.

9.3. Modeller og design – estetisk og funksjonell verdi.

10. Sammenligningskriterier:

Tilbudene vil bli sammenlignet basert på kriterier nevnt under pkt 9 ovenfor. Oppdragsgiver vil tillegge pris størst vekt i sammenligningen, men vil også tillegge kvalitet, modell og design, leveringstid og bestillingsrutiner stor vekt. ”

Innklagede mottok i alt 9 tilbud, herunder tilbud fra Wollenberg Ortopediske AS (heretter kalt ”klager”). Den 27.01.03 mottok klager brev fra innklagede hvor det ble opplyst at selskapets tilbud var ”avvist på grunn av for høy pris”.

Partenes anførsler:

Klagers anførsler:

Innklagede har ikke beskrevet varen som skal anskaffes på en lovmessig måte i konkurransegrunnlaget. Innklagede skulle hatt en beskrivelse eller spesifisering av betegnelsen A-, B- og C- sko, jf forskriften §§ 5-2 (1) og 1-4 litra p samt § 5-2 (3).

Innklagede skulle ikke bedt om kun ett pristilbud for sko, støvler og støvletter i konkurransegrunnlaget, når det ikke var gitt opplysninger om hvordan forholdstallet/sammensetningen av A-, B- og C- sko skulle være innenfor den enkelte skotype. Klager anfører at A-, B- og C- sko er vesentlig forskjellige mht. produksjonsmåte, vanskelighetsgrad, målgruppe og ikke minst pris, og at konkurransegrunnlaget alternativt skulle bedt om pristilbud på de ulike skotypene innenfor hver av kategoriene A-, B- og C.

Ved tildeling av kontrakt la innklagede utelukkende vekt på pris. Kvalitet ble ikke vurdert til tross for at det i konkurransegrunnlaget var listet som et av tildelingskriteriene. Som følge av at det ikke er sendt inn prøveprodukter har ikke innklagede kunnet vurdere modeller og design samt estetisk og funksjonell verdi slik tildelingskriteriene i konkurransegrunnlaget tilsa.

Det ble foretatt feil i prisvurderingen, ettersom pristilbudene på sko, støvler og

støvletter ble vurdert løsrevet fra tilbudet på tilleggsutstyr.

Det var i strid med lov om konkurranse i ervervsvirksomhet §§ 3-1 og 3-2 at tre av vinnerne av anbudskonkurransen, som opptrådte som selvstendige rettssubjekter i anbudsprosessen, innleverte et felles tilbud med en overkapasitet på 40% i forhold til behovet, da de kan ha samarbeidet om tilbudet.

Innklagedes anførsler:

Innklagede bestrider at regelverket for offentlige anskaffelser er brutt.

Det fremgikk av konkurransegrunnlaget at innklagede ønsket en fast, samlet pris på A-, B- og C- sko for hver produktgruppe (henholdsvis sko, støvler og støvletter). Det er opp til hver enkelt tilbyder å vurdere hvordan de skal finne sin gjennomsnittspris. Statistikken viser at de senere års produksjon av A- og B-sko har vært ubetydelig, hvilket tilsier at et realistisk gjennomsnitt regnes ut med hovedvekt på C- sko. Innklagede hevder bransjen kjenner statistikken fra tidligere år mht volum og type produkter, og at dette er et forhold som verken er diskriminerende eller favoriserende.

Leverandørene forplikter seg til å levere de sko som innklagede bestiller, uavhengig av om dette er A-, B- eller C- sko. For øvrig er det opp til innklagede å vurdere hvilken form det er hensiktsmessig å innhente tilbud i, så lenge lovens krav er oppfylt.

Typebetegnelsen A-, B- og C- sko har vært benyttet i en årrekke innen det ortopediske miljøet i Norge. Det er et lite miljø der de fleste ansatte har lang erfaring og bred kompetanse innen området, innklagede må derfor kunne legge til grunn betegnelsene på ortopedisk fottøy og at det er kjent blant de aktuelle aktørene hva betegnelsene innebærer.

Det økonomisk mest fordelaktige tilbudet er valgt, basert på en faglig totalvurdering av innsendte tilbud med utgangspunkt i tildelingskriteriene i konkurransegrunnlaget pkt 3.1. Det vises til interne notater av 20 og 24 januar 2003 for vurdering utført i samarbeid med fagpersoner med lang erfaring innen området ortopedi.

I forbindelse med forrige anbudsperiode ble det krevd inn skoprøver i alle kategorier. Det har vært opp til verkstedene å kontrollere kvaliteten. Verkstedene har ikke rapportert om noen klager på disse. Kravet til kvalitet er at skoene må tilfredsstillende et minstekrav. Ut over minstekravet er det vanskelig å rangere tilbudene, og det er heller ikke saklig sett nødvendig ettersom normen for minstekrav er satt for å tilfredstille brukernes behov. Alle firmaene som leverte inn tilbud i den aktuelle anbudskonkurransen anses for å levere tilfredsstillende kvalitet. Tilbudene ble derfor i det store og hele vurdert ut fra de kostnadene tilbudene vil medføre for folketrygden.

Det er korrekt at klager hadde lavere pris på tilleggsutstyr, men prisen må vurderes i en totalsammenheng. Den valgte leverandør var billigere på sko, som volummessig utgjør en sterkt dominerende del av leveransen, samt på støvler og støvletter. Totalt var den valgte løsningen best på pris.

Det er åpent for en gruppe av leverandører å innlevere felles tilbud, jf forskrift om offentlige anskaffelser § 5-7, 1 ledd. Det kreves at gruppens deltagere som kontraktspart står helt og fullt solidarisk for gjennomføringen av kontrakten, slik at hver og en i gruppen har ansvar for den felles kontraktsoppfylting. Innklagede har inngått avtale med de enkelte fottøyproduzentene hvis tilbud var lavere i pris enn klagers.

Klagenemndas vurdering:

Klager har deltatt i konkurransen, og har derfor saklig klageinteresse, jf forskrift 15.11.2002 om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig.

Beskrivelsen av ytelsen

Oppdragsgiver skal sikre at leverandørene likebehandles, jf lov om offentlige anskaffelser § 5 og forskrift om offentlige anskaffelser § 3-1 (1). Dette innebærer blant annet at oppdragsgiver i kunngjøringen og i konkurransegrunnlaget skal beskrive ytelsen som skal anskaffes på en entydig og dekkende måte.

Klager har i den foreliggende sak anført at betegnelsene "A-, B- og C- sko", som ble benyttet i konkurransegrunnlaget, skulle vært nærmere beskrevet eller definert. Så langt klagenemnda kan se, har imidlertid ikke ytelsen som skal anskaffes vært beskrevet med nevnte betegnelser. Det er derimot bedt om "én pris" for skotøy "uansett vanskelighetsgrad". Betegnelsene "A, B og C- produksjon" fremkommer i parentes og fremstår som en forklaring til leverandører som er vant med denne typebetegnelsen, slik at også de skal forstå hva det faktisk er bedt om pristilbud på.

Klagenemnda kan ikke se at innklagede etter dette pliktet å beskrive hva typebetegnelsen

"A-, B- og C- produksjon" sto for.

Klagenemnda forstår videre klagers anførsler slik at statistikk som viser fordelingen innenfor de ulike vanskelighetsgradene (A-, B- og C- sko) av anskaffelser som har vært foretatt tidligere år skulle vært opplyst. Leverandørene kunne da beregnet sine priser på samme grunnlag.

Fordelingen av de ulike vanskelighetsgradene har åpenbart stor betydning for hvilken pris som kan tilbys, siden kompliserte sko er dyrere å produsere enn enkle. Det kan være spørsmål om i hvilken grad enkelte leverandører allerede kan ha hatt tilgang på denne informasjonen, for eksempel i egenskap av å være eksisterende leverandører. Siden innklagede hadde statistikken tilgjengelig på det aktuelle tidspunktet, og det ville være av stor betydning for leverandørene å motta slik informasjon før utarbeidelsen av sine tilbud, kan klagenemnda ikke se at det forelå noen vesentlige grunner til at innklagede ikke skulle ha fremlagt denne informasjonen. Det forelå som følge av dette en viss risiko for forskjellsbehandling av leverandørene, og innklagede pliktet derfor etter klagenemndas mening å legge frem den informasjon innklagede satt inne med. Ved å unnlate dette har innklagede brutt kravene til forutberegnlighet og etterprøvnbarhet i lov om offentlige anskaffelser § 5. Feilen trenger imidlertid ikke å ha vært utslagsgivende for klager, da den relative fordelingen synes å ha vært kjent for klager gjennom deres tidligere produksjon for innklagede.

Mangelfull skjønnsutøvelse

Det følger av forskriften § 10-2 (2) at:

"Dersom tildelingen av kontrakten skjer på grunnlag av det økonomisk mest fordelaktige tilbud, skal alle kriterier som vil bli lagt til grunn oppgis enten i konkurransegrunnlaget eller i kunngjøringen. Kriteriene skal om mulig angis i prioritert rekkefølge. Det kan benyttes slike kriterier som pris, kvalitet, teknisk verdi, estetiske og funksjonsmessige egenskaper, service og teknisk bistand, oppfyllelsestid mv."

Oppdragsgiver plikter å foreta en saklig og forsvarlig evaluering av samtlige kriterier som har vært angitt som tildelingskriterier i kunngjøringen og/eller konkurransegrunnlaget.

I den foreliggende sak skulle tildeling av kontrakt etter konkurransegrunnlaget punkt 9 skje på grunnlag av det økonomisk mest fordelaktige tilbud, der de

angitte kriteriene var pris, leveringstid, kvalitet herunder utførelsesmetode og materialevalg samt modeller og design – estetisk og funksjonell verdi. I konkurransegrunnlaget punkt 10 ble "bestillingsrutiner" lagt til som ytterligere et kriterium.

I den opprinnelige begrunnelsen til klager informerer innklagede om at klagers "tilbud er avvist på grunn av for høy pris". Begrunnelsen er svært knapp, og gir inntrykk av at oppdragsgiver ikke har foretatt en forsvarlig vurdering av alle de oppgitte tildelingskriteriene. Klagenemnda har derfor vært i tvil om regelverket er overholdt på dette punkt, men etter en nærmere vurdering av sakens dokumenter fremstår det likevel som at så er tilfelle.

Det fremgår av de interne notatene av 20.01.03 og 24.01.03 at innklagede har vurdert prisen på tilleggsarbeider opp mot tilbudte priser på øvrige produkter, og foretatt et innkjøpsfaglig skjønn over hvilket tilbud de fant best på pris. Evalueringen fremstår – så langt klagenemnda kan se – som saklig og forsvarlig, og det er således ikke grunnlag for å underkjenne denne.

I det interne notatet av 20.01.03 skriver saksbehandlerne at de ikke kan "se faglige forhold som tilsier at de prismessige skillelinjene ikke skal være utslagsgivende". Henvisningen til faglige forhold tyder på at innklagede faktisk har vurdert øvrige kriterier. I det interne notatet av 24.01.03 står det videre at "Alle verksteder som produserer sko vurderes derfor på lik linje når det gjelder løsninger og kvalitet". Både leveringstid, kvalitet, modeller og design samt bestillingsrutiner kan språklig falle inn under begrepene løsninger og kvalitet. Klagenemnda finner etter dette å kunne legge til grunn at innklagede faktisk har vurdert de øvrige tildelingskriteriene, og at det i denne evalueringen ikke har fremkommet noen forskjeller av betydning mellom leverandørene, slik at det er pris som har blitt stående som det avgjørende kriteriet. Det foreligger etter dette ikke brudd på forskriften § 10-2 (2).

Brudd på konkurranselovgivningen

Spørsmål om det foreligger brudd på konkurranselovgivningen ligger utenfor klagenemndas myndighetsområde å uttale seg om, jf forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 1.

Konklusjon:

Rikstrygdeverket har brutt kravene til forutberegnelighet og gjennomsiktighet i lov om offentlige anskaffelser § 5 ved ikke å opplyse i konkurransegrunnlaget om den forholdsmessige fordelingen av vanskelighetsgrad på de sko leverandørene skulle levere tilbud på, til tross for at dette kunne ha betydning for leverandørenes beregning av tilbudspriser og at dette var informasjon innklagede hadde tilgjengelig.

For klagenemnda,
19.12.03

Morten Goller

Oslo,



Forsiden
Nemndsmedlemmer
Saksbehandling
Regelverk
Innkomne saker
Statistikk
Årsrapporter
Dommer
Søk i avgjorte saker

Avgjorte saker:

[2003](#) [2004](#) [2005](#)

Besøksadresse

H. Heyerdalsgate 1
0033 Oslo

Postadresse

Postboks 8132 Dep
0033 Oslo

Tlf.: 22 33 70 10

Faks: 22 33 70 12

E-post:

postmottak@kofa.no

Avgjorte saker

Innklagede hadde evaluert leverandørenes pris i henhold til et normert antall timer, slik at klagers pris ble dyrere enn det som var oppgitt i tilbudet. Klagenemnda kom til at innklagede hadde rett til å foreta en normering av antallet timer på bakgrunn av det som var skrevet om prisvurdering i anbudsgrunnlaget. Heller ikke på andre måter hadde innklagede brutt regelverket for offentlige anskaffelser.

Klagenemndas avgjørelse 11.12.2003 i sak 2003/218

Klager: Hovet & Teigen AS

Innklaget: Helse Sunnmøre HF

Klagenemndas medlemmer: Jens Bugge, Morten Goller, Siri Teigum

Saken gjelder: Evaluering av tildelingskriterier, forutberegnelighet og likebehandling, begrunnelse og dokumentasjon.

Bakgrunn:

Helse Sunnmøre HF (heretter kalt "innklagede") kunngjorde den 24. mars 2003 en åpen anbudskonkurranse for anskaffelser av forskjellige leveranser til bygging av nye psykiatriske poliklinikker BUP/VP ved Ålesund sjukehus.

Prosjektet var delt i to faser, én planleggingsfase og én gjennomføringsfase.

I følge konkurransegrunnlaget, slik det fremsto i revidert utgave av 20. mai, skulle kontrakten tildeles leverandøren med det økonomisk mest fordelaktige tilbudet. Tildelingskriteriene ble beskrevet slik:

"1. VEDERLAG

Honorar iht. Bilag B Vederlag:

- *Budsjett iht. pkt. 2.1*
- *Timepriser for tilbudt personell iht. pkt. 2.1*
- *Honorar for gjennomføringsfasen iht. pkt. 2.2*

- *Utgifter, inkludert reisekostnader fra eget kontorsted til Helse Sunnmøre HF's kontoradresse- med/uten overnatting iht. pkt. 3*

2. ORGANISASJON/KOMPETANSE/ERFARING

- *Organisasjon for gjennomføring av oppdraget, vedlagte CV'er for tilbudt personell. Generell kompetanse. Generell teoretisk kompetanse, evt. fordelt på fagområder. Evt. sertifikater/godkjenninger oppgis. Eventuelle medlemskap i relevante organisasjoner med klassifisering /status. Oppgi også for eventuelle underrådgivere.*
- *Spesiell kompetanse. Beskrivelse av spesiell kompetanse relevant for oppdraget.*
- *Referanser. Beskrivelse av relevante referanseprosjekter.*

3. GJENNOMFØRING

- *Gjennomføring. Beskrivelse av hvordan oppdraget er tenkt gjennomført. Herunder ber vi også om at det redegjøres for hvordan leverandør tenker å gjennomføre kostnadsstyrt prosjektering.*

4. KAPASITET FOR TILBUDT PERSONELL

- *Tilgjengelig kapasitet for tilbudt personell skal oppgis i % av total tid for de 5 første månedene etter planlagt oppstart (ref. bilag F Tidsplan).*

Ved vektleggingen av ovennevnte kriterier benyttes følgende fordeling:

1. Vederlag	35%
2. Organisasjon/kompetanse/erfaring for tilbudt personell	25%
3. Gjennomføring	25%
4. Kapasitet for tilbudt personell	15%

Evalueringen av de enkelte kriterier skjer etter en karakterskala fra 1 til 6, hvor karakter 1 er dårligst og 6 er best. Priselementet beregnes lineært på karakterskalaen i hht. normerte verdier.

Ved normaliseringen av det overordnede priselement inngår følgende:

- *Budsjettet beregnet som resultat av Leverandørens priser og normerte mengder*

- *Fasthonorar for gjennomføring beregnet som resultat av Leverandørens honorar-% og normerte verdier for entreprisestandarder*
- *Utgifter, inkludert reisekostnader fra eget kontorsted til Helse Sunnmøre HF's kontoradresse – med/uten overnatting, beregnet med normert antall reiser*
- *Honorarer for "tilleggsarbeid" som resultat av Leverandørens priser og normert mengde"*

Leverandørene skulle fylle ut det nevnte "Bilag B. Vederlag" til konkurransegrunnlaget og sende inn dette i utfylt stand som en del av tilbudet. For planleggingsfasen skulle leverandørene fylle ut en tabell i vedlegget, og føre opp timepriser for forskjellig personale. Deretter skulle postene "Timer" og "Honorar" fylles ut og summeres under posten "Totalbudsjett".

Det sto følgende om utfylling av tabellen og prisberegningen i bilaget:

"1 Generelt

Kontraktsarbeidet for planleggingsfase (idé-, skisse- og forprosjekt) honoreres etter medgått tid med kategoritimerpriser og honorarbudsjettt gitt i tabell i pkt. 2.1. Honorarbudsjetttet skal være styrende for arbeidet. Når det gjelder forståelse av honorarbudsjettt for disse timehonorerte ytelser, gjelder NS 8402 pkt. 12.3.

2 Honorar

2.1 Planleggingsfasen (idé, skisse og forprosjekt)

"Arbeidet i fasen honoreres etter medgått tid, med følgende kategoritimerpriser og styrt mot følgende avtalte honorarbudsjettt.(...)Eventuelle tilleggs- og endringsarbeider honoreres enten etter medgått tid med ovenforstående kategoritimerpriser, med avtalt fasthonorar eller med annen godtgjøring som partene i fellesskap finner hensiktsmessig."

Det ble i bilaget henvisning til NS 8402 punkt 12.3 "Honorarbudsjettt", som lyder:

"Rådgiveren skal i samarbeid med oppdragsgiveren utarbeide et budsjett for honorar og utgiftsdekninger over kontraktperioden. Rådgiveren skal uten ugrunnet opphold varsle oppdragsgiveren hvis det er grunn til å anta at budsjettet vil bli overskredet. Oppdragsgiveren skal uten ugrunnet opphold ta stilling til varselet. Overskridelser som ikke er varslet til oppdragsgiveren, gir ikke grunnlag for krav på økt honorar."

I tillegg skulle leverandørene sette opp antatte reisekostnader. Tabellen som skulle fylles ut hadde poster for pris/reise og antall reiser for planleggingsfasen, gjennomføringsfasen og idriftssettingsfasen.

I bilaget som skulle sendes inn med tilbudene het det under punkt 3.2 "Reiser":

"Antatte reisekostnader fra rådgivers eget kontorsted til prosjektets møtested for å delta i prosjektmøter (...) oppgis spesifikt i nedenforstående tabell. Møtested forutsettes å være Ålesund med antatt møtehyppighet 14. daglig i planfase og under prosjektering i gjennomføringsfase.

(...)

Reisekostnader skal imidlertid dekkes av oppdragsgiver i henhold til statens satser ut fra faktiske reiser. Oppgitte reisekostnader vil følgelig være foreløpig budsjett som senere reguleres i forhold til faktiske forhold. Budsjettet vil inngå i evalueringen av rådgivers tilbud og skal ikke danne grunnlag for fakturering.

Møtetid for å delta i nevnte møter i Ålesund og reisetid til/fra møtene, skal inngå i honorar (pkt. 2), ikke i reisekostnadene.

Eventuelle reiser/opphold som ikke er pålagt av prosjektledelsen/avklart med oppdragsgiver, men som rådgiver anser som nødvendig, skal inkluderes i rådgivers timepris (pkt. 2.1) og %-sats (pkt. 2.2). Eksempel på dette kan være opphold over lengre tid på grunn av geografisk avstand fra eget kontorsted til Ålesund."

Innklagede mottok seks tilbud, herunder fra ingeniørfirmaet Hovet & Teigen AS (heretter kalt "klager"). For planleggingsfasen beregnet klager i alt 110 timer à kr 550, totalpris kr 60 500. For gjennomføringsfasen satte klager 10% for elektriske installasjoner og 3,5% for transportanlegg (heis) og eventuell reservekraft. Utgifter til reiser i forbindelse med alle prosjektets faser førte klager opp med kr 0.

Det viste seg at leverandørene hadde beregnet antall timer til planleggingsfasen svært ulikt. Gjennomsnittlig hadde de seks tilbudene regnet med 218 timer til denne fasen. For å kunne sammenligne tilbudene lettere, la innklagede 218 timer til grunn som normert tid og multipliserte de respektive timeprisene med dette tallet. Antall møter ble normert til 22, som ble multiplisert med oppført beløp per møte (for klagers vedkommende kr 0).

Ut fra disse tallene ble klagers opprinnelige tilbud oppjustert med nesten 80 000 kr, mens det valgte tilbudet bare ble oppjustert med knappe 2 000 kr. Fra å ha lavest pris, ble klagers tilbud dyrere enn det valgte tilbudet.

Innklagede meddelte i brev av 28. august 2003 at firmaene Elvita AS, Scandianconsult AS og Interconsult AS var innstilt som henholdsvis nr. 1, 2 og 3. Som vedlegg til brevet fulgte et evalueringsskjema der de seks leverandørene var tildelt karakterer på hvert av de fire tildelingskriteriene.

Klager protesterte mot at de var blitt trukket i karakter for tildelingskriteriene "organisasjon/ kompetanse/erfaring" og "gjennomføring", og ba om dokumentasjon på at de tre rangerte firmaene var berettiget til høyere karakter enn klager for disse kriteriene.

Klager ble som følge av dette meddelt at tilbudet deres i liten grad beskrev hvordan gjennomføringen skulle skje, til tross for at det ble oppfordret til det i konkurransegrunnlaget. Derfor ble klagers tilbud gitt en relativt lav karakter under kriteriet "gjennomføring". Dessuten ble kopi av anskaffelsesprotokollen der de forskjellige tilbudene evalueres vedlagt. Klager ble nektet innsyn i de andre leverandørenes tilbud med henvisning til forskrift om offentlige anskaffelser § 3-3 (taushetsplikt) og loven § 5, som pålegger oppdragsgiver å opptre i samsvar med god forretningsskikk og å sikre høy forretningsetisk standard.

Partenes anførsler:

Klagers anførsler:

Klager anfører at innklagede har brutt regelverket om offentlige anskaffelser.

Etterprøvnbarhet:

For det første har innklagede brutt prinsippet om etterprøvnbarhet, jf forskriften §§ 10-3 (2) og 3-8 (4). Ut fra evalueringsskjemaet er det ikke mulig å etterprøve verken karaktersetningen eller selve innstillingen. Nødvendig dokumentasjon mangler til tross for forespørsler. Innklagede må fremlegge tilbudet til Elvita AS, eller i det minste opplyse om de faktorer i hvert kriterium som er tillagt vekt. Elvitas pris må iallfall opplyses.

Kriteriet "vederlag":

Innklagede hadde ikke adgang til å foreta en normering av antall timer. Klagers tilbud var i utgangspunktet lavere enn alle de andre leverandørenes. Timeantallet er en del av tilbudet. Når timeantallet normeres, blir tilbudene i realiteten endret. Dessuten er det feil å regne med at alle bruker like mye tid. Noen leverandører har lang reisevei til Ålesund, mens andre, herunder klager, har kontoradresse i nærheten. Medgått tid til møter blir derfor forskjellig.

Innklagede hadde heller ikke adgang til å normere antallet møter. Denne normeringen har ingenting å si for klagers tilbud, fordi klager ikke tar betalt for møtene, men det har betydning for forholdet til de øvrige leverandørene. Noen av dem får det beregnede antallet møter nedjustert, og blir dermed lavere i pris.

Kriteriet "organisasjon/kompetanse/erfaring":

Ut fra kommentarene på evalueringsskjemaene, burde klager stille likt med Elvita under kriteriet "organisasjon/kompetanse/erfaring". Når kommentarene som gis er svært like, er det både usakelig og vilkårlig å gi klager dårligere karakter, så lenge forskjell ikke kan dokumenteres. Klager blir trukket for ikke å ha erfaring med sykehus eller psykiatriske enheter. Dette er en faktisk feil. Av referanselisten til klager fremgår det at klager har prosjektert både sykehus og flere omsorgsenheter for vanskeligstilt ungdom. Dette er dessuten ikke spesielt relevant, da den aktuelle anskaffelsen har mer likhet med et ordinært kontorbygg. Videre er det underlig at ikke klagers spesielle kompetanse innen ENØK og nettverk ikke blir trukket frem.

Kriteriet "gjennomføring":

Klager er tildelt karakteren 3. Dette er det vanskelig å forstå. Når det i konkurransegrunnlaget er nøye spesifisert hva som kreves av arbeidsytelser, og fredriftsplanen er detaljert, er det vanskelig å forstå hva mer innklagede kan vektlegge enn det klager har tatt med i tilbudet.

Kriteriet "kapasitet":

Klager og Elvita ar fått samme karakter. Etter kommentarene i evalueringsskjemaet å dømme, burde imidlertid klager kommet bedre ut. Klager har ikke fått uttelling for en pluss i evalueringen der Elvita fikk minus. Når pluss og minus har gitt karakterutslag under de andre kriteriene, er det vilkårlig og usakelig å ikke gi klager uttelling når dette slår ut i deres favør.

Avvisning:

Klager anfører også at Elvitas tilbud skulle vært vurdert avvist, da det ikke ble levert årsregnskap for 2001 og 2002 og foreløpig regnskap for 2003, slik anbudsgrunnlaget krevde.

Vurderingen totalt sett:

Samlet sett har innklagede utvist manglende skjønn ved evalueringen. Den er dessuten ikke gjort etterprøvbar. I tillegg er det ikke fullt samsvar mellom kommentarene og karakterene i evalueringsskjemaet. Når klager jevnt over får dårligere karakter enn kommentarene skulle tilsi, mens Elvita får bedre, tyder det på ulovlig forskjellsbehandling, jf. loven § 5.

Innklagedes anførsler:

Innklagede bestrider å ha brutt regelverket om offentlige anskaffelser.

Valget av tilbud var etterprøvbart. Innklagede meddelte alle leverandører innenfor hver disiplin hvem som er innstilt for tildeling av kontrakt, jf forskriften § 10-3(2). Begrunnelsen ble gitt gjennom karaktersetningen for hvert tildelingskriterium for alle leverandørene. Etter anmodning har klager fått tilleggsinformasjon bestående av kommentarer til karaktersetningen. Tilleggsinformasjonen er gitt innenfor fristen i § 3-8 (4).

Kriteriet "*vederlag*":

For å gjøre tilbudene sammenlignbare og for å sikre likebehandling av leverandørene, er mengdene normalisert. Det fremgikk av konkurransegrunnlaget at vederlaget skulle evalueres i henhold til normerte mengder.

Kriteriet "*organisasjon/kompetanse/erfaring*":

Elvita beskrev hvilke prosjekter den enkelte i virksomheten har arbeidet med. Dette gjorde ikke klager. Når det gjelder kompetanse, beskrev klager spesiell kompetanse og hvilke områder virksomheten er godkjent for. Elvita gjorde det samme, men beskrev også generell firmakompetanse og spesiell kompetanse fra psykiatiske sykehus. Elvita har dessuten mer erfaring enn klager, og fortjener i alt én karakter bedre under dette kriteriet.

Kriteriet "*gjennomføring*":

Klager har en lite konkret beskrivelse av hvordan gjennomføringen er tenkt. Når klager henviser til det generelle kvalitetssystem og prosjekteringsystem vurderes dette som oppfyllelse av kvalifikasjonskrav, ikke som dokumentasjon vedrørende tildelingskriterier. Elvita har derimot redegjort utførlig for oppdragsgjennomføringen.

Kriteriet "*kapasitet*":

Både klager og Elvita vurderes som middels under dette kriteriet. Selv om det er benyttet + og – i evalueringen, er det ikke grunnlag for å gi de to leverandørene forskjellig karakter under dette kriteriet.

Klagenemndas vurdering:

Klager har deltatt i anbudskonkurransen, og har saklig klageinteresse, jf forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig.

Anskaffelsens verdi er under terskelverdiene i forskrift om offentlige anskaffelser § 2-2. Forskriftens del III kommer derfor til anvendelse.

Kriteriet "vederlag":

Klagenemnda behandler først det spørsmålet som fremstår som det mest sentrale i saken, nemlig vurderingen av kriteriet "vederlag".

I følge det nevnte "Bilag B Vederlag" skulle kontraktsarbeidet for planleggingsfasen honoreres etter medgått tid "med kategoritimepriser og honorarbudsjetten gitt i tabell i pkt.2.1". Det ble vist til bestemmelsen om honorarbudsjetten i NS 8402 pkt. 12.3, som gir anvisning på at rådgiveren skal varsle oppdragsgiveren ved budsjettoverskridelse. Det var dermed gjort klart

at det antall timer som av den enkelte tilbyder ble oppgitt som "budsjett" i tabellen, ikke skulle være bindende, selv om det ble sagt at budsjettet skulle "være styrende for arbeidet". Av konkurransegrunnlaget for øvrig fremgikk at det oppgitte timetall for planleggingsfasen ville bli gjenstand for normering; det heter at ved "normaliseringen av det overordnede prislelement inngår - - Budsjetter beregnet som resultat av Leverandørens priser og normerte mengder", kf det ovenfor siterte.

Etter klagenemndas oppfatning fulgte det således klart nok av konkurransegrunnlaget at det ikke var tale om å gi et fastpristilbud, og at innklagede hadde forbeholdt seg å normere tilbudene med hensyn til antall timer. Formålet med dette måtte rimeligvis være å gjøre tilbudene sammenlignbare. Nemnda finner således ikke at innklagede ved den foretatte normering har endret klagerens tilbud i strid med regelverket.

Klagenemnda har, ut fra det fremlagte materiale i saken, ikke grunnlag for å underkjenne den normeringsmetode som ble benyttet som uforsvarlig, eller fordi den skulle lede til et objektivt uriktig resultat med hensyn til hvilket tilbud som faktisk ville gi lavest pris. Riktignok kan det være spørsmål om det var korrekt å legge til grunn samme antall timer for alle leverandørene. Hvor mange timer leverandørene faktisk ville bruke på møtene, beror blant annet på hvor lang reisevei de har til Ålesund. Klagenemnda har imidlertid for lite informasjon om reisetid til å kunne vurdere dette nærmere.

Når det gjelder normeringen av møtekostnader, har dette ikke hatt noen betydning for klagers tilbud kontra det valgte tilbudet. Klager beregnet kr 0 i møtekostnader, og leverte dermed et tilbud uavhengig av antall møter. Elvita hadde beregnet 22 møter, som var det normerte antallet. Klagenemnda finner derfor ikke grunn til å ta stilling til om det var feil av innklagede å normere antallet møter.

Kriteriet "organisasjon/kompetanse/erfaring":

Kriteriet er i konkurransegrunnlaget nærmere beskrevet som organiseringen av selve oppdraget og kompetanse og erfaring for det personell som tilbys. Klagenemnda finner derfor at kriteriet refererer seg til selve ytelsen, og at det dermed oppfyller forskriftens krav til utforming av tildelingskriterier.

Etter gjennomgang av referanselistene kan klagenemnda heller ikke se at innklagede har lagt feil faktum til grunn. Elvitas referanseliste er både lengre og mer utførlig enn klagers. Klagenemnda finner derfor at vurderingen av kriteriet "organisasjon/kompetanse/erfaring" ikke har vært mangelfull.

Kriteriet "gjennomføring":

Elvitas tilbud inneholder en langt mer detaljert redegjørelse for hvordan oppdraget er tenkt gjennomført enn klagers tilbud. Når det i anbudsgrunnlaget bes om beskrivelse av gjennomføringen, må innklagede kunne legge vekt på hvor god beskrivelsen er. At klagers tilbud oppfyller alle krav som er i stilt i forespørselen, og at disse vil bli utført i henhold til fremdriftsplanen, betyr bare at tilbudet ikke kan avvises på dette punkt. Klagenemnda kommer derfor til at

evalueringen av kriteriet "gjennomføring" ikke har vært mangelfull.

Kriteriet "kapasitet":

Klagenemnda registrerer at både klager og Elvita i evalueringen har fått karakteristikken "OK" for "Disponibel tid", mens klager har fått en pluss og Elvita en minus for "Tilgjengelig kapasitet". Hvor stort utslag dette skal gi for karakteren, er i utgangspunktet opp til innklagedes skjønn. Når det bare er seks mulige karakterer, er karakterene såpass romslige at to leverandører ikke nødvendigvis stiller akkurat likt selv om de har gis samme karakter. Dette gjelder sannsynligvis særlig for karakterene som gis oftest. Klagenemnda kan ikke se at innklagede har utvist mangelfull skjønnsutøvelse ved å gi klager og Elvita samme karakter under kriteriet "kapasitet".

Manglende innlevering av årsregnskap.

Det er riktig som klager hevder at § 15-12 (2) bokstav g gir anledning til å avvise en leverandør som ikke har levert dokumentasjon på at kvalifikasjonskravene er oppfylt (§ 12-6). Spørsmålet er om bestemmelsen skal tolkes videre enn sin ordlyd, slik at den innebærer en plikt til å vurdere avvisning.

Levering av årsregnskap har til hensikt å dokumentere leverandørens økonomiske stilling. Dersom det i anbudsgrunnlaget kreves årsregnskap, og en leverandør unnlater å levere dette, risikerer oppdragsgiver å velge en leverandør som ellers ikke ville blitt valgt på grunn av for dårlige kvalifikasjoner. Dette vil i så fall være et brudd på likebehandlingsprinsippet overfor de leverandørene som har oppfylt anbudsgrunnlaget på dette punkt.

I loven § 5 første ledd heter det at oppdragsgiver skal "sikre at det ikke finner sted forskjellsbehandling mellom leverandørene". Oppdragsgivers plikt omfatter å opptre forsvarlig og aktsomt, men kan ikke strekke seg lenger enn dette. Forskriftens bestemmelser må etter dette utfylles slik at de omfatter en plikt for oppdragsgiver til å opptre aktsomt for å hindre forskjellsbehandling.

Innklagede var oppmerksom på at Elvita ikke hadde vedlagt årsregnskap for 2002.^[1] Ettersom innklagede la vekt på at firmaets årsregnskap fra 2001 var godt, og at skatteattesten fra mai 2003 viste at firmaet ikke hadde noen skatterestanser, finner klagenemnda uansett at innklagede har opptrådt aktsomt når det gjelder vurderingen av Elvitas økonomi.

Manglende begrunnelse/dokumentasjon.

Klagenemnda vil avslutningsvis si noe om begrunnelsesplikten. Når oppdragsgiver meddeler leverandørene om det valgte tilbudet, skal meddelelsen inneholde en begrunnelse jf forskriften § 17-3 (2). Etter klagenemndas vurdering oppfylte innklagede bestemmelsens krav ved å legge ved evalueringsskjemaet som viser hvilken karakter leverandørene har fått under hvert av kriteriene og totalkarakter.

Ved skriftlig forespørsel fra en leverandør skal oppdragsgiver begrunne valget av tilbud nærmere og opplyse om det valgte tilbudets egenskaper og relative fordeler, jf forskriften § 3-8 fjerde ledd. Dette innebærer en plikt til å redegjøre for oppdragsgivers evaluering av de to tilbudene. Når innklagede på forespørsel la ved den skjematisk vurderingen av de leverandørenes tilbud, der hvert kriterium nærmere ble beskrevet, dekker dette kravet til redegjørelse etter § 3-8 fjerde ledd.

Klager anfører også at kravet til etterprøvnbarhet gir rett til innsyn i de andre leverandørens tilbud i en klagerunde. Klager fikk imidlertid innsyn i de andre tilbudene etter at saken ble brakt inn for klagenemnda. Klagenemnda finner det derfor ikke nødvendig å komme nærmere inn på dette spørsmålet.

Konklusjon:

Helse Sunnmøre HF har ikke brutt regelverket for offentlige anskaffelser.

**For klagenemnda,
18. desember 2003**

Siri Teigum

[1] Jf anskaffelsesprotokollen side 2.



Forsiden
Nemndsmedlemmer
Saksbehandling
Regelverk
Innkomne saker
Statistikk
Årsrapporter
Dommer
Søk i avgjorte saker

Avgjorte saker:

[2003](#) [2004](#) [2005](#)

Besøksadresse

H. Heyerdalsgate 1
0033 Oslo

Postadresse

Postboks 8132 Dep
0033 Oslo

Tlf.: 22 33 70 10

Faks: 22 33 70 12

E-post:

postmottak@kofa.no

Avgjorte saker

Innklagede stilte krav om at leverandører som skulle delta i konkurranse om levering av dagkirurgiske tjenester hadde inngått driftsavtale med Helse Vest med et omfang på 80 % eller mer av leverandørens kapasitet. Klagenemnda la til grunn at dette var et ulovlig kvalifikasjonskrav og at kravet var i strid med kravet til likebehandling og forbudet mot diskriminering på grunnlag av lokal tilhørighet.

Klagenemndas avgjørelse 25. november 2003 i sak 2003/136

Klager: dr. Harald Miljeteig

Innklaget: Helse Vest RHF

Klagenemndas medlemmer: Svein Dahl, Kai Krüger, Inger Roll-Matthiesen

Saken gjelder: Krav til leverandørene for å delta i konkurranse. Likebehandling og ikke-diskriminering på grunnlag av lokal tilhørighet.

Sakens bakgrunn

Helse Vest RHF (heretter kalt "innklagede") kunngjorde 19.12.2003 en konkurranse med forhandling om kjøp av dagkirurgiske tjenester innen øre-nese-hals sykdommer. I kunngjøringen var det kun vist til ordinære kvalifikasjonskrav, så som krav om fremleggelse av skatteattest, HMS-egenerklæring og firmaattest.

Av konkurransegrunnlaget fremgikk det under overskriften "Ytelse/omfang - beskrivelse av leveransen" blant annet at:

"Som et supplement til de tjenester våre egne helseforetak leverer, ønsker vi å inngå avtale om leveranse av dagkirurgiske tjenester fra:

- Private avtalespesialister som har driftsavtale med Helse Vest. Aktører som har 100% driftstilskudd vil foretrekkes."

Utover denne formulering var kravet om driftsavtale med Helse Vest ikke ytterligere beskrevet i konkurransegrunnlaget, verken i tilknytning til de oppstilte kvalifikasjonskrav eller under tildelingskriteriene.

Dr. Harald Miljeteig, som én av to leger ved Spesialistsenteret på Straume (heretter kalt "klager"), leverte inn forespørsel om å delta i konkurransen. Det ble i forespørselen opplyst at senteret driver avtalepraksis på fulltid innenfor seks ulike spesialiteter. En av disse, øre-nese-hals, drives av to leger, dr. Miljeteig og dr. Lind, som hver har 50 % selvstendig driftsavtale. Det ble opplyst at dr. Miljeteig alene skulle være ansvarlig for kirurgi.

Det kom inn 27 tilbud, og innklagede kvalifiserte og valgte å forhandle videre med 18 av leverandørene. 14 av disse var private avtalespesialister med driftsavtale med Helse Vest. De øvrige kvalifiserte var private sykehus. Innklagede har inngått avtaler med samtlige 18 leverandører.

Klager ble ikke invitert til forhandlinger, og dette ble i brev av 5.3.2003 begrunnet med at:

"Det fremgår av konkurransegrunnlaget at vi ved inngåelse av avtaler om levering av dagkirurgiske tjenester fra private avtalespesialister, ville foretrekke aktører med 100 % driftstilskudd. Ved utvelgelsen av hvilke aktører vi har ønsket å forhandle videre med, er det på denne bakgrunn blant annet lagt vekt på hvilken størrelse det er på den stillingshjemmel den enkelte tilbyder innehar. Resultatet er at vi har valgt ikke å forhandle med tilbydere som innehar avtalehjemmel lavere enn 80 %, og vi beklager å måtte meddele at De dermed ikke har nådd opp i konkurransen".

I et senere brev fra innklagede til klager datert 28.4.2003 heter det videre at:

"Tidlig i prosessen ble leverandører med 20, 40 og 50 % driftsavtale utelatt. Dette bl. a. fordi en ønsket leverandører som hadde privat praksis som hovedarbeidssted. Med bakgrunn i de tilbud som kom inn ble grensen satt ved 80 % driftsavtale.

De tilbyderne som ble utelatt pga. driftsavtale mindre enn 80 % ble ikke vurdert i forhold til utvelgelseskriteriene. Det betyr at ditt tilbud ikke ble avslått med bakgrunn i kvalitet eller leveringsdyktighet, men med bakgrunn i størrelsen på driftsavtalen."

Nærmere om den statlige refusjonsordningen ISF-refusjon:

For å utnytte kapasitet hos privatpraktiserende avtalespesialister har Stortinget besluttet at de regionale helseforetakene kan anskaffe dagkirurgiske tjenester utenfor egen virksomhet. Ved anskaffelse av slike dagkirurgiske tjenester vil de regionale helseforetakene så motta statlig refusjon, såkalt ISF-refusjon (innsatsstyrt finansiering). Helsedepartementet har i denne forbindelse utarbeidet et rundskriv, datert 08.01.2002 hvor det blant annet heter at:

"Stortinget har vedtatt at de regionale helseforetakene også skal få ISF-refusjon når de kjøper dagkirurgisk behandling hos privatpraktiserende avtalespesialister utenfor offentlige godkjente sykehus. Ordningen trådte i kraft fra 1. januar 2002.

Refusjonen utbetales til det regionale helseforetaket og dekker pasienter som først har vært henvist til et helseforetak/sykehus. Det er en forutsetning at avtalespesialisten og helseforetaket på forhånd har inngått en samarbeidsavtale. Det er opp til partene å avtale godtgjørelsen fra helseforetaket til avtalespesialisten. Avtalespesialisten mottar egenandeler fra pasientene etter samme takster som for sine"

Om samarbeidsavtaler/driftsavtale

Det fremgår av sitatet ovenfor at det er en forutsetning for statlig ISF-refusjon at de regionale helseforetakene, uavhengig av den konkrete anskaffelse, har inngått en samarbeidsavtale med den privatpraktiserende avtalespesialist. På landsbasis er det inngått i underkant av 1100 slike samarbeidsavtaler, også omtalt som driftsavtaler. Helse Vest har inngått slike avtaler med ca. 180 avtalespesialister. Omfanget av avtalene varierer fra 20 % til 100 % av den aktuelle leges kapasitet. Dersom det er inngått en driftsavtale på 100 % forplikter vedkommende spesialist seg overfor det aktuelle helseforetak til å levere spesialisthelsetjenester innenfor sitt område i 37,5 timer pr. uke. Dette omtales også som en heltidshjemmel.

Samarbeidsavtalene/driftsavtalene omfatter ikke dagkirurgi. Det må derfor inngås tilleggsavtaler for denne typer tjenester.

For å få ISF-refusjon ved anskaffelse av dagkirurgisk behandling hos privatpraktiserende avtalespesialister er det tilstrekkelig at omfanget av samarbeidsavtalen overstiger 20 % av en heltidshjemmel.

Partenes anførsler:

Klagers anførsler:

Klager anfører at innklagede har brutt regelverket for offentlige anskaffelser.

Det anføres at det ved tildeling av kontrakt kun er lagt vekt på praksisstørrelse, og at så lenge man oppfylte denne kvalifikasjonen (80 %), er alle andre kriterier som fremgår av konkurransegrunnlaget tilsidesatt, så som kvalitet, kapasitet, referanser osv.

Videre er det anført at et krav om at private legespesialister skal ha driftsavtale med Helse Vest virker diskriminerende på nasjonalt og lokalt grunnlag og det er derfor i strid med forskriften § 3-1 (3).

Subsidiært anfører klager at han i praksis er en del av er heldags (100 %) spesialistpraksis, selv om denne formelt er delt likt mellom to leger, begge med selvstendig driftsavtale med Helse Vest. Reelt sett har derfor også klager en samarbeidsavtale/driftsavtale med innklagede tilsvarende 100 %. Vurderingen av om klager oppfylte kravet om samarbeidsavtale var derfor basert på et uriktig faktum.

Innklagedes anførsler:

Siden Helse Vest kun vil få ISF-refusjon ved kjøp av helsetjenester fra private legespesialister dersom den valgte leverandøren har inngått en driftsavtale, var det helt nødvendig å begrense konkurransen til å gjelde avtalespesialister. Dersom innklagede skulle kjøpe helsetjenestene fra andre, måtte kostnadene blitt dekket av innklagede selv, noe som ikke ville være økonomisk mulig. En slik begrensning med hensyn til hvem som kunne få delta i konkurransen må anses fullt ut lovlig.

Innklagedes policy er i størst mulig grad å benytte heltidshjemler. Bakgrunnen er å unngå at ansatte leger i sykehus driver privat praksis utenom ordinær arbeidstid, og heller legge til rette for at legene velger om de vil arbeide i sykehus eller drive privat praksis. Heltidshjemler vil gi et større og mer stabilt tilbud enn de med lavere hjemmel, og har derfor relevans i forhold til spørsmålet om leverandøren er egnet til å kunne oppfylle kontraktsforpliktelsene.

Når det gjelder det faktum at bare leverandører med driftsavtale med innklagede fikk delta i konkurransen, innrømmer innklagende at avtalespesialister med driftsavtale med andre helseforetak også ville gi innklagede ISF-refusjon. Å tillate avtalespesialister med driftsavtale med andre foretak å delta i konkurransen, ville imidlertid gi uheldige utslag. Det vises til at disse avtalespesialistene får sine grunnkostnader finansiert av andre helseforetak, og vedkommende helseforetak ville da bære deler av kostnadene ved tjenester levert av innklagede.

Videre påpekes det at en løsning der refusjonsordningen knyttes opp til tildelingskriteriet pris vil skape uheldige og urealistiske forventninger blant leverandører som ikke har driftsavtale.

Til klagers subsidiære anførsel anfører innklagde at driftsavtaler er personlige, individuelle avtaler som inngås med den enkelte legespesialist. Det inngås ikke avtaler med spesialistsentrene, men med den enkelte lege. Det vises her til at en løsning hvor man skulle inngå avtale med spesialistsentrene, ville være i strid med forutsetningen for gjeldende finansieringsordning (ISF-refusjonen).

Tilbudet fra klager kan uansett ikke anses som et felles tilbud fra de to omtalte legene ved senteret, men et tilbud fra dr. Miljeteig.

Klagenemndas vurdering

Klager har deltatt i konkurransen og har saklig klageinteresse, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Saken gjelder anskaffelse av dagkirurgiske tjenester som er å anse som en uprioritert tjeneste, jf. forskrift om offentlige anskaffelser § 2-5 kategori 26. Inngåelse av kontrakter om uprioriterte tjenester skal følge reglene i forskriften del III, jf. forskrift om offentlige anskaffelser § 2-1 (3).

Det følger av Helsedepartementets rundskriv av 8.1.2002 at når helseforetakene kjøper dagkirurgisk behandling hos privatpraktiserende

avtalespesialister, gjelder et krav om at avtalespesialisten og helseforetaket på forhånd har inngått en samarbeidsavtale. Klagenemnda stiller spørsmål ved om det er i samsvar med lov og forskrifter for offentlige anskaffelser å strukturere markedet for kirurgiske tjenester på en slik måte som dette innebærer, men finner ikke å kunne gå inn i en slik vurdering. Klagenemnda vurderer dermed heller ikke det rettslige grunnlag for å kreve slik samarbeidsavtale mellom det regionale helseforetaket og avtalespesialisten som vilkår for å oppnå ISF-refusjon ved foretakenes anskaffelse av dagkirurgiske tjenester.

Den anskaffelsesrettslige problemstilling er først og fremst hvorvidt det var adgang for innklagede til å stille krav om driftsavtale *med Helse Vest av et bestemt omfang* ved anskaffelse av dagkirurgiske tjenester. Saken er spesiell for så vidt som den aktuelle leveranse først fikk sitt omfang fastsatt etter at innklagede fikk oversikt over de innleverte tilbud – og dermed også over dekningsgraden for de aktuelle avtaler med helseforetaket. Som det har fremgått ovenfor, valgte Helse Vest å forhandle med dem som lå over 80 %, og alle ble tildelt avtale, jf forskriften § 16-3 (2) og (3).

Mangler ved kunngjøringen

Selv om det ikke er anført av noen av partene, finner klagenemnda grunn til å påpeke at kunngjøringen av anskaffelsen skal inneholde en angivelse av alle viktige forutsetninger for leverandørenes deltakelse i konkurransen. Det vises her til forskrift om offentlige anskaffelser § 12-6 (1) hvor det heter at kravene til leverandørenes kvalifikasjoner i hovedtrekk skal angis i kunngjøringen.

I denne saken har det åpenbart vært en svært viktig forutsetning for deltakelse og kvalifikasjon at aktuelle leverandører på forhånd skulle ha inngått samarbeidsavtale/ driftsavtale med Helse Vest og at denne avtalen skulle ha et visst omfang. Dette skulle derfor fremgått av kunngjøringen.

Konkurranses grunnlaget fastslo rett nok at driftsavtale var en forutsetning, men man opplyste samtidig om at aktører med 100 % avtale ville bli foretrukket. Så langt dette skal vurderes som et kvalifikasjonskrav, er det ved dette skapt en grunnleggende uklarhet vedrørende hvilke kvalifikasjoner tilbyderne faktisk skal innrette seg etter. Skal passussen derimot forstås som en del av tildelingskriteriene, oppstår en annen uklarhet fordi konkurransegrunnlaget et annet sted eksplisitt oppgir kriterier for valg av tilbud uten å referere til driftsavtalens omfang.

Vurdering av krav om driftsavtalevolum som et kvalifikasjonskrav

Det fremgår ikke tydelig av kunngjøringen, konkurransegrunnlaget eller den øvrige dokumentasjon i saken hvordan innklagede selv har vurdert kravet om driftsavtale og driftsavtalevolum. Klagenemnda legger imidlertid tid til grunn at kravet om driftsavtale med Helse Vest i denne saken må vurderes ut fra reglene om kvalifikasjonskrav.

Et krav om at leverandørene skal ha inngått driftsavtale med helseforetaket, kan etter sitt innhold anses som et krav til leverandørenes finansielle og økonomiske stilling. Kravet vil muligens også kunne hense på leverandørenes generelle faglige kvalifikasjoner. Det sentrale i denne saken er imidlertid at uansett hvilke kvalifikasjonskrav som fastsettes, skal de i henhold til § 12-5 (2) sikre at leverandørene er egnede til å oppfylle kontraktsforpliktelsene og de skal stå i forhold til den ytelse som skal leveres.

Etter klagenemndas oppfatning er det ikke godtgjort at de økonomisk, finansielle eller faglige kvalifikasjoner er tilsvarende bedre dersom vedkommende spesialist har en samarbeidsavtale i området 80-100 % sammenlignet med spesialister med lavere hjemler. Kravet om samarbeidsavtale av det aktuelle omfang er således åpenbart ikke egnede til å si om leverandørene er i stand til å

oppfylle kontraktsforpliktelsene. Kravet står heller ikke i forhold til den aktuelle tjenesteleveranse. Å stille krav om driftsavtale med høyere dekningsnivå enn 20 % er derfor i strid med forskriften § 12-5 (2).

Utvelgelse til forhandlinger

Anskaffelsen har vært gjennomført som en konkurranse med forhandling, hvor klager ikke ble kvalifisert for å delta i de avsluttende forhandlinger med innklagede. Utvelgelse av de leverandører som det kan forhandles med i en konkurranse med forhandling, skal i henhold til forskrift om offentlige anskaffelser § 16-3 (2) og § 12-5 (1) baseres på leverandørenes tekniske kvalifikasjoner og finansielle og økonomiske stilling.

Forutsatt at krav om driftsavtale i seg selv er et tillatt kvalifikasjonskrav (med 20 % hjemmel) er spørsmålet om en gradering av omfanget på driftsavtalen kan benyttes som kriterium ved utvelgelse av hvilke leverandører som skal delta i konkurransen.

Innklagedes redegjørelse viser at det økonomisk er uten betydning for innklagede hvilket omfang (over 20 %) vedkommende driftsavtale har. Dette er et rent fordelingsspørsmål: behandler innklagede pasienten selv, oppnår man full refusjon, mens refusjon ved innkjøpte tjenester inngår i oppgjøret mellom innklagede og spesialisten. Det bakenforliggende hensynet ved å stille krav om driftsavtale er det mer begrensede: Å sikre at innklagede skulle oppnå ISF-refusjon. En slik refusjon utløses selv om omfanget av driftsavtalen er lavere enn 100 % - helt ned til 20 %.

Innklagede oppgir som grunnlag for sitt ønske om tilnærmet 100 % driftsavtale at man ved dette *"ønsker å komme bort fra en virkelighet der ansatte leger i sykehus driver privat praksis utenom ordinær arbeidstid, og heller legge til rette for at man velger om man vil arbeide i sykehus eller drive privat praksis."* Klagenemnda konstaterer at dette er en diskutabel ikke-økonomisk "policy-vurdering" som innklagede har gjort på egen hånd. Å benytte omfanget på driftsavtalen som kriterium for utvelgelsen av hvilke leverandører som skulle delta i konkurransen, er i seg selv konkurransebegrensende. Klagenemnda kan ikke se at det angitte ikke-økonomiske hensynet begrunner en slik konkurransebegrensning, og finner derfor at ordningen innebærer et brudd på kravet til konkurranse i lov om offentlige anskaffelser § 5. Det kan også reises hjemmels- og lovstridsspørsmål ved en slik lokal retningslinje for utvalg av spesialisttjenester etter lov om helseforetak 15.6.2001 nr. 93, men slik saken står, er det ikke nødvendig å drøfte dette nærmere.

Innklagede har først i ettertid utdypet den reelle begrunnelse for å praktisere en avgrensning til 80 % driftsavtale. Den begrunnelse klageren fikk, var også åpenbart utilstrekkelig, jf. kravet til begrunnelse i forskriften § 17-3 sammenholdt med § 3-8 (4).

Det er etter klagenemndas mening dessuten i strid med kravet til likebehandling, gjennomsiktighet og forutberegnelighet i lovens § 5 at det endelige kravet til størrelsen på driftsavtalen først blir bestemt under utvelgelsen av hvilke leverandører som skal delta i konkurransen.

Geografisk tilhørighet - krav om driftsavtale med Helse Vest

Når det gjelder kravet om at driftsavtale skal være inngått med Helse Vest, er dette begrunnet i et ønske om ikke å påføre andre helseforetak økonomiske byrder, så som dekning av grunnkostnader hos spesialisten det inngås driftsavtaler med. Heller ikke dette er legitime hensyn, krav eller kriterier når en kontrakt skal tildeles i henhold til lov og forskrift om offentlige anskaffelser. Slike hensyn må eventuelt ivaretas ved utformingen av samarbeidsavtalene/driftsavtalene og organiseringen av disse.

Klagenemnda viser til forskriften §§ 3-1 og 12-5 (3), der det fremgår at de krav som stilles til leverandørene ikke skal diskriminere leverandørene på grunnlag av nasjonal eller lokal tilhørighet. Det aktuelle kravet vil i praksis først og fremst kunne oppfylles av de leverandører som er lokalisert innenfor innklagedes geografiske område. Dette innebærer således en ulovlig diskriminering av leverandører med tilknytning i andre distrikter.

Vurdering av driftsavtaleomfang som tildelingskriterium

Det er som ovenfor nevnt grunnleggende uklart om kravet til driftsavtalevolum i denne saken er blitt ansett som et kvalifikasjonskriterium, som vilkår for å komme i forhandlingsposisjon etter forskriften § 16-3 (2) og (3) eller som et tildelingskriterium.

Som det fremgår ovenfor, er det klagenemndas oppfatning at kravet om driftsavtale av et visst omfang, i denne saken, må vurderes ut fra gjeldende regler om kvalifikasjon av leverandører.

Innklagede har imidlertid anført at et kravet om driftsavtale også er begrunnet med at det ikke ville være økonomisk mulig å kjøpe helsetjenestene fra andre enn leverandører enn de som har driftsavtale, siden det da ikke vil bli gitt refusjon. Dette fremstår som en økonomisk vurdering av tilbudene og klagenemnda finner derfor grunn til noen kommentarer knyttet til et slikt krav brukt som et tildelingskriterium. Klagenemnda utelukker ikke at mulighetene for å kreve refusjon for utgifter knyttet til dagkirurgi kan være relevant ved vurdering og valg av det økonomisk mest fordelaktige tilbud, jf. forskriften § 17-2. Det vil kunne hevdes at inngåelse av kontrakt med leverandører med driftsavtale vil være økonomisk mer fordelaktig anskaffelser fra leverandører uten driftsavtaler. Dette skyldes at det ikke gis statlig refusjon for anskaffelser fra sistnevnte. Helseforetakene må i så fall betale mer av sine egne midler for de aktuelle tjenester.

Omfanget på driftsavtalene (ut over 20 %) har imidlertid ingen økonomiske konsekvenser for innklagede. Derimot kan omfanget av driftsavtalen kunne si noe om leverandørens kapasitet. Klagenemnda trenger imidlertid ikke å ta stilling til om omfanget på driftsavtalene kunne vært benyttet som tildelingskriterium, siden dette under enhver omstendighet ikke fremgikk tilstrekkelig klart av konkurransegrunnlaget til å kunne tilfredsstillende kravene i forskriften § 17-2 (2).

Egen erfaring med leverandøren

Selv om problemstillingen ikke er reist av partene, finner klagenemnda grunn til å peke på at "egen erfaring med leverandøren" ikke kan oppstilles som et tildelingskriterium, slik det var gjort i konkurransegrunnlaget. Et slikt kriterium vil lett utelukke nye leverandørers muligheter til å bli tildelt kontrakter og er derfor i strid med kravet til likebehandling i lovens § 5.

Videre finner klagenemnda grunn til å peke på at formalia, slik som referanser, er dokumentasjon på leverandørens kvalifikasjoner, jf. forskriften §§ 5-5 og 5-6 for anskaffelser etter forskriften del II, ikke et tildelingskriterium.

Konklusjon:

Helse Vest RHF har, ved å stille krav om at bare leverandører med mer enn 80 % driftsavtale med Helse Vest kan inviteres til forhandlinger om kontrakt om dagkirurgiske tjenester, brutt kravet til forutberegnelighet, og gjennomsiktighet i lov om offentlige

anskaffelser § 5.

Helse Vest RHF har, ved å stille krav om at bare leverandører med mer enn 80 % driftsavtale med Helse Vest kan inviteres til forhandlinger om dagkirurgiske tjenester, samt ved å endre kravet underveis brutt reglene om bruk av kvalifikasjonskrav i forskrift om offentlige anskaffelser § 12-5 (2).

Helse Vest RHF har, ved å stille krav om at bare leverandører med mer enn 80 % driftsavtale med Helse Vest kan inviteres til forhandlinger om dagkirurgiske tjenester, brutt kravet til likebehandling jf. lov om offentlige anskaffelser § 5 og forbudet mot å diskriminere leverandører på grunnlag av lokal tilhørighet, jf. §§ 3-1 (3) og 12-5 (3).

For klagenemnda,
Matthiesen

Inger Roll-
25.11.2003



Forsiden
Nemndsmedlemmer
Saksbehandling
Regelverk
Innkomne saker
Statistikk
Årsrapporter
Dommer
Søk i avgjorte saker

Avgjorte saker:
[2003](#) [2004](#) [2005](#)

Besøksadresse
H. Heyerdalsgate 1
0033 Oslo

Postadresse
Postboks 8132 Dep
0033 Oslo

Tlf.: 22 33 70 10

Faks: 22 33 70 12

E-post:

postmottak@kofa.no

Avgjorte saker

Innklagede foretok et kjøp av utarbeidelse og trykking av et avisbilag som oversteg grensen for direkte kjøp på kr 200.000. Det ble konstatert brudd på kunngjøringsplikten i forskriftens § 13-1, avvik fra tildelingskriteriene og inhabilitet. Klagenemnda konstaterte ikke grunnlag for erstatningskrav.

Klagenemndas avgjørelse 22. november 2004 i sakene 2003/276 og 2003/281

Klager: Assu AS og Sagat Samisk Avis AS

Innklaget: Sametinget

Klagenemndas medlemmer: Kai Krüger, Siri Teigum, Andreas Wahl

Saken gjelder: Direkte anskaffelse/begrenset anbudskonkurranse. Kunngjøringsplikt. Tildeling. Inhabilitet. Erstatning.

Bakgrunn:

(1) Sametinget (heretter kalt "innklagede") besluttet våren 2003 å gi ut et avisbilag, som et middel for å få flere til å registrere seg i samemanntallet. Prosjektet var finansiert i samarbeid med Kommunal- og regionaldepartementet. Sametinget besluttet at de ønsket bilaget distribuert i avisene Nordlys, Finnmark Dagblad og Finnmarken.

(2) Sametinget kontaktet Nordlys, Finnmark Dagblad og Almmuheadjji for å avklare om de ville gi tilbud. Nordlys ga per telefon beskjed om at avisen ikke hadde kapasitet til å påta seg oppdraget, og forespørsel om tilbud ble sendt til Finnmark Dagblad og Almmuheadjji. Det er opplyst at Finnmark Dagblad eier 44,5 % av aksjene i morselskapet til Almmuheadjji.

(3) I henhold til konkurransegrunnlaget skulle det gjennomføres en begrenset anbudskonkurranse, og tilbyderne skulle gi tilbud på 16-siders trykk i farger. Tilbudet skulle omfatte utvikling (idé, design og skrivning), pretrykk, trykking, etterbehandling og distribusjon.

(4) Både Finnmark Dagblad og Almmuheadjji innga tilbud. Tilbudet fra Finnmark Dagblad var på kr 198.152, mens Almmuheadjjis tilbud var på kr 279.000, begge inklusive mva. Sistnevnte tilbud ble valgt på tross av prisforskjellen. Begrunnelsen var at Almmuheadjji hadde høyere kompetanse i

samisk språk og samiske samfunnsforhold og samfunnsutvikling, samt at Almmuheadji er lokalisert til Karasjok, hvilket gjør det lettere å samarbeide i forhold til bilagets innhold og utforming. Etter at tilbud var valgt, ønsket innklagede å utvide bilaget til 20 sider, slik at kontraktssummen ble økt til 317.440.

(5) Daglig leder i Almmuheadji er Svein Nordsletta. Han er også daglig leder i Min Aigi AS, som eier 100% av Almmuheadji. Nordsletta er samboer med Heidi Salmi, direktør i Sametinget. Avgjørelsen om kontraktstildeling ble tatt på saksbehandlernivå, og kontrakten ble undertegnet av en avdelingsdirektør og en førstekonsulent. Avdelingsdirektøren som formelt tok beslutningen er Salmis direkte underordnede. I følge innklagedes tilsvare til klagenemnda var Salmi aldri kjent med anskaffelsesprosessen, mens de som gjennomførte prosessen og inngikk kontrakt ikke var kjent med Salmis forhold til Nordsletta. Innklagede har likevel i tilsvaret innrømmet brudd på forvaltningslovens habilitetsregler.

(6) I november 2003 ble temaavisen utgitt som innstikk i avisene Nordlys, Finnmark Dagblad og Finnmarken. Avisen var produsert av Almmuheadji, layouten var utført av Min Aigi og den var trykket av Finnmark Dagblad. Bortsett fra lederartikkelen var avisen redaksjonelt produsert av tre frilansjournalister.

(7) Assu AS og Sagat Samisk Avis AS (heretter kalt klagerne) er to samiske aviser som begge er lokalisert i Lakselv. De to leverte hver sin klage til klagenemnda. Da begge klagenemnda gjelder samme forhold og de to i det vesentlige har samme klagegrunner, er klagenemnda forent til felles behandling i klagenemnda. I motsetning til de tre forespurte avisene, er ikke klagerne del av A-pressen.

Anførsler:

Klagers anførsler:

(8) Innklagede har foretatt en ulovlig direkte anskaffelse. Anskaffelsen skulle vært kunngjort i tråd med regelverket for offentlige anskaffelser og gjort gjenstand for offentlig anbudskonkurranse.

(9) Det var ulovlig å utforme oppdraget slik at distribusjonen av bilaget ble begrenset til A-pressen i Troms og Finnmark. Klagers lesere tilhører også målgruppen for temaavisa.

(10) Tildelingen av oppdraget var ulovlig. For det første er det dyreste tilbud valgt uten at anbudsprotokollen reflekterer en holdbar begrunnelse for dette. For det andre er det lagt vekt på lokal tilhørighet ved tildelingen på en urettmessig måte, og for øvrig uten at det faktum som er lagt til grunn er korrekt.

(11) Som samboer med daglig leder i Almmuheadji, Svein Nordsletta, var Heidi Salmi inhabil til å delta i anskaffelsesprosessen. Inhabiliteten gjelder også for hennes underordnede.

(12) Klager ville kunne produsert et 20-siders bilag for i overkant av kr 200.000. Innklagede har dermed betalt en overpris på minst kr 90.000 eksklusive mva. Klager krever erstatning tilsvarende dette beløp.

Innklagedes anførsler:

(13) Innklagede opplyser i tilsvaret at konkurransen om oppdraget ble avsluttet gjennomført som en begrenset anbudskonkurranse. Konkurranseskriften bekrefter at dette var intensjonen, i det overskriften opplyser at det er en slik konkurranse. Innklagede bestriker videre at kontrakten om utarbeidelsen av avisbilaget var en ulovlig direkte anskaffelse.

Forventningen var at kontrakten skulle være på under kr 200.000 eksklusive mva. Dersom det ble foretatt en ulovlig direkte anskaffelse, beklager innklagede dette.

(14) Innklagede anfører at Sametingets valg av distribusjonskanal for bilaget er rettmessig. Avisene Nordlys, Finnmark Dagblad og Finnmarken ble valgt fordi disse avisene er best egnet til å nå målgruppen, nemlig unge personer, særlig kvinner, som bor i kystområdene i Finnmark og Troms. Grunnen til at aviser ble valgt til å distribuere i stedet for posten, er at innklagede mener dette gir et mer seriøst inntrykk.

(15) Innklagede erkjenner at de personene som gjennomførte anskaffelsesprosessen og tok beslutningen om tildeling av kontrakt var inhabile, men fastholder at inhabiliteten ikke har hatt innvirkning på resultatet av avgjørelsen.

Klagenemndas vurdering:

(16) Begge klagere anfører at de kunne deltatt i konkurransen om utførelsen av oppdraget dersom det hadde vært gjennomført en konkurranse og har dermed saklig klageinteresse, jf forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Det er etter oppdragets omfang en anskaffelse som følger forskriftens del III.

Fremgangsmåte for gjennomføring av konkurransen

(17) Etter forskrift om offentlige anskaffelser § 11-2 (1) kan en oppdragsgiver gjennomføre en direkte anskaffelse, dvs. anskaffelse uten forutgående kunngjøring, dersom "prisen på anskaffelsen ikke overstiger kr 200.000 eks. mva".

(18) Det ble valgt et tilbud som lå vesentlig høyere over beløpsgrensen i § 11-2 på kr 200.000. Når det var klart på kontraktstildelingspunktet at kontraktssummen ville overstige beløpsgrensen, kunne hjemmelen for direkte anskaffelse ikke benyttes. Innklagede brøt derfor kunngjøringsplikten i § 13-1.

(19) Ved begrenset anbudskonkurranse plikter oppdragsgiver for øvrig å invitere et tilstrekkelig antall konkurrerende leverandører til å gi tilbud for å sikre at det blir en reell konkurranse, jf forskriften § 15-4 (1). Innklagede innhentet tilbud fra to tilbydere, og den ene av disse eier i henhold til det opplyste 44,5 % av aksjene i morselskapet til den andre. Klagenemnda påpeker at det er vanskelig å se om dette kan sikre reell konkurranse om oppdraget. Ettersom anførselene som er fremkommet fra partene på dette punktet er nokså knappe, tar klagenemnda imidlertid ikke endelig stilling til dette spørsmålet.

Utformingen av oppdraget; distribusjon gjennom utvalgte aviser

(20) Klagerne har påpekt at innklagede, gjennom å begrense distribusjonen av bilaget til aviser i A-pressen, ikke når hele sin målgruppe. Sametingets målgruppe mht publikasjonen av det aktuelle bilaget er i følge konkurransegrunnlaget unge og kvinner med sterke meninger om likestilling og politisk deltakelse. I dette tilfellet har Sametinget, som er en politisk institusjon, gjort et valg mht distribusjonskanaler for et politisk budskap. Det hører ikke inn under klagenemnda å overprøve Sametingets vurdering av hvilke distribusjonskanaler Sametinget er best tjent med for å nå sin målgruppe.

Valget av tilbud

(21) Klagerne gjør også gjeldende av tildelingen av oppdraget er i strid med anskaffelsesreglene fordi det dyreste tilbud er valgt, fordi det er lagt vekt på lokal tilhørighet i Karasjok og fordi man uten saklig grunn har vektlagt lokal utføring av oppdraget.

(22) Det fremgår av konkurransegrunnlaget at oppdragsgiver ville velge det økonomisk mest fordelaktige tilbud. At det dyreste tilbudet er valgt, er ut fra de kriterier som er oppgitt, ikke isolert sett i strid med konkurransegrunnlaget og dermed heller ikke med regelverket.

(23) Innklagede har imidlertid opplyst at valget også er begrunnet i at Almmuheadji "er lokalisert til Karasjok hvilket gjør det lett å samarbeide i forhold til bilagets innhold og utforming" og har "høyere kompetanse i samisk språk". Klagenemnda har vanskelig for å se hvordan dette kan forenes med tildelingskriteriene i konkurransegrunnlaget. Det kan konstateres at konkurransegrunnlaget under overskriften "beskrivelse" (av oppdraget) påpeker at bilaget skal utarbeides i samarbeid med Sametingets informasjonsenhet, og at den begrunnelse som er gitt for tildelingen av oppdraget med hensyn til lokalisering således kan anses å ha en viss forankring i konkurransegrunnlaget. Det er imidlertid ikke behandlet som tildelingskriterium i konkurransegrunnlaget, og da kan det heller ikke hensyntas ved evalueringen av de enkelte tilbudene.

(24) I samme betenkning fremlagt av innklagede, er det også påpekt at det er "spørsmål om det i det hele tatt er lovlig å legge vekt på lokalisering i Karasjok. I anskaffelsesretten gjelder det et grunnleggende likebehandlingsprinsipp, jf blant annet anskaffelsesforskriften § 3-1 annet ledd. Prinsippet innebærer blant annet at det ikke skal finne sted noen favorisering av nasjonale eller lokale tilbydere. Det er tillatt å legge vekt på lokal tilhørighet dersom dette er avgjørende for å kunne utføre tjenesten. Vi kan imidlertid ikke se at dette er tilfelle i denne saken".

(25) Innklagede har opplyst at innklagede i ettertid ser at det kan stilles spørsmål ved om konkurransegrunnlaget er beskrevet godt nok og om begrunnelsen for valg er grundig nok. Innklagede opplyser videre at det utarbeides nye rutiner vedrørende innkjøp og anskaffelser.

(26) Ut fra de opplysninger som er fremlagt for klagenemnda, må det kunne konstateres at tildelingen av oppdraget ikke var i samsvar med tildelingskriteriene i konkurransegrunnlaget.

Andre anførsler

(27) Spørsmålet om inhabilitet er det ikke behov for at klagenemnda tar stilling til, da innklagede innrømmer å ha brutt regelverket på dette punkt. Klagenemnda har ikke fått forelagt seg anførsler og dokumentasjon som gir grunnlag for å vurdere inhabilitetens mulige innvirkning på resultatet av konkurransen.

(28) Klagenemnda skal bare uttale seg om erstatningsspørsmål når den finner grunn til det, jf klageforskriftens § 12 annet ledd. Ut fra de opplysninger som er fremlagt for klagenemnda, har klagerne ingen mulighet til å få erstatning for negativ kontraktsinteresse. Klagerne synes ikke å ha hatt noen utgifter forbundet med konkurransen. Nemnda kan heller ikke, ut fra de opplysninger som er fremlagt, se at noen av klagerne har dokumentert et krav på positiv kontraktsinteresse, slik det er krevd. Klagerne opplyser at de ville kunne inngitt et tilbud noenlunde på samme nivå som Finnmark Dagblads tilbud. Pris er bare et av flere tildelingskriterier som er oppgitt i konkurransegrunnlaget. Saken er ikke slik opplyst at klagenemnda kan ta stilling til hvem som ville fått oppdraget og således kan ha krav på positiv kontraktsinteresse, dersom konkurransen

hadde blitt gjennomført.

Konklusjon:

Sametinget har brutt forskrift om offentlige anskaffelser § 13-1 ved å unnlate kunngjøring av konkurransen uten at vilkårene for direkte kjøp etter forskriftens § 11-2 forelå.

Sametinget har brutt kravet om forutberegnelighet i lov om offentlige anskaffelser § 5 tredje ledd ved å legge vekt på kriterier som ikke er oppgitt i konkurransegrunnlaget.

Sametinget har brutt det grunnleggende likebehandlingsprinsippet, jf anskaffelsesforskriften § 3-1 annet ledd, ved uten saklig grunn å legge vekt på tilbyders lokale tilhørighet.

For klagenemnda,

22. november 2004

Siri Teigum



Forsiden
Nemndsmedlemmer
Saksbehandling
Regelverk
Innkommne saker
Statistikk
Årsrapporter
Dommer
Søk i avgjorte saker
Avgjorte saker:
[2003](#) [2004](#) [2005](#)

Besøksadresse
H. Heyerdalsgate 1
0033 Oslo

Postadresse
Postboks 8132 Dep
0033 Oslo

Tlf.: 22 33 70 10

Faks: 22 33 70 12

E-post:
postmottak@kofa.no

Avgjorte saker

Innklagede benyttet en såkalt "samspillmodell" i en åpen anbudskonkurranse om prosjektering og bygging av en skole. Pris på gjennomføringen av prosjektet var anslått på forhånd. Tildelingskriteriene var kompetanse, som ble vektlagt 50 %, samspillsevne, som ble vektlagt 30 %, og pris på rigg og drift samt påslagsprosenter, som ble vektlagt 20 %. Klagenemnda kom til at den gjennomførte konkurransen oppfylte kravet til konkurranse og forutberegnelighet i lovens § 5.

Klagenemndas avgjørelse 17.11.2003 i sak 2003/201

Klager: Byggemester Grande AS

Innklagede: Nord-Trøndelag fylkeskommune

Klagenemndas medlemmer: Per Christiansen, Inger Marie Dons Jensen, Andreas Wahl

Saken gjelder: Samspillmodellen i bygge- og anleggskontrakter. Krav til konkurranse. Valg av tildelingskriterier.

Bakgrunn

Nord-Trøndelag fylkeskommune (heretter kalt "innklagede") kunngjorde en åpen anbudskonkurranse 1.4.2003 om prosjektering og bygging av en skole.

Grunnlaget for konkurransen:

I kunngjøringen ble det opplyst at:

"Prosjektet skal gjennomføres etter ny modell, hvor samspill og samarbeid mellom byggherre, brukere, rådgivere og entreprenører står sentralt. Gruppen av entreprenører og rådgivere som skal prosjektere og gjennomføre byggingen av skolen, skal velges ut etter en anbudskonkurranse som fokuserer på samspill, kompetanse og pris (rigg og drift og påslagsprosenter). Anbyder vil inngå i en prosjektallianse sammen med rådgivere og underentreprenører som kontraktsmessig tilknyttes som totalunderleverandører eller -rådgivere, men som arbeidsmessig opererer som fullverdige samarbeidspartnere. Byggherre og bruker inngår som fullverdig samarbeidspartner i prosjektalliansen. Etter forprosjekt vil NS3431 ligge til grunn for kontraktsbestemmelsene og bygningsentreprenøren vil være formell kontraktspart i totalentreprisen."

I konkurransegrunnlaget ble det opplyst at samlede prosjektkostnader for

byggherren var anslått til kr. 70.000.000,- inkl. mva., byggelånsrenter, prisstigning og angitt fremdrift. Entreprisekostnadene var beregnet til kr. 40.070.000,-. Leverandørene ble bare bedt om å oppgi pris på komplett riggpost og påslagsprosjenter. Leverandørene skulle videre navngi leverandører som skulle benyttes som totalunderleverandører eller rådgivere, "men som arbeidsmessig opererer som fullverdige samarbeidspartnere".

Det ble videre opplyst at innklagede skulle opprette en administrativ styringsgruppe som skulle behandle hovedfremdriftsplanen og økonomisk målsum, samt være konfliktløser mellom deltakerne i gjennomføringsgruppen.

Med hensyn til kontraktsforutsetninger ble "prinsippene om samspill i byggeprosessen" lagt til grunn. Dette forutsatte at:

"Den samlede prosjektgruppen skal sammen utforme innholdet i en samhandlingsavtale med retningslinjer for gjennomføringen av prosjektet. Dersom denne samhandlingsavtalen skulle vise seg å ikke fungere etter forutsetningene vil NS 3431 tre i funksjon. Den økonomiske rammen for prosjektet vil bli definert som en målsum som vil bli satt etter forprosjektet. Kontrakten vil ha en incitementsdel i forhold til denne målsummen. Det legges opp til at incitementsavtalen vil gi en 50/50 fordeling mellom byggherre og anbyder. I og med at målsummen ikke vil være definert før etter ferdig forprosjekt, vil det bli inngått en intensjonsavtale med den valgte gruppen. Intensjonsavtalen vil omfatte oppgaver innenfor programmering, skisseprosjekt og forprosjekt. Intensjonsavtalen vil inneholde en klausul om at byggherren kan kjøpe ut prosjektet og videreføre det etter ny anbudskonkurranse dersom vi ikke er fornøyd med samhandlingen og framdriften i prosjektet. Frikjøpet av prosjektet vil basere seg på at byggherren betaler kostnader ved utarbeidelse av forprosjektet.

Kontrakten vil være en avtale inngått mellom bygningsentreprenør (totalentreprenør) og byggherre. Forholdet innad i gruppen må forankres i egen internavtale som skal forelegges byggherren."

Under "Kvalitetsikringssystem" fremgikk det at "Anbyder skal i sin besvarelse vise hva de mener er de viktige kvaliteter i prosjektet. Det skal settes opp en kvalitetsprofil for alle faser i prosjektet slik anbyderen ser det. Kvalitetsprofilen vil bli inntatt i kontrakten som et av suksesskriteriene for prosjektet".

"Prosjektbeskrivelsen" anga behovene knyttet til skolen og omkringliggende arealer.

Når det gjaldt utforming av tilbudene, fremgikk det at

"Følgende notat/dokumenter skal vedlegges anbudet:

- *Forslag til organisering.*
- *Notat om anbyders forståelse av og innspill til modellen.*
- *Notat om tidligere erfaring med gjennomføringsmodellen, gjelder personer som vill være aktive i prosjektet.*
- *Notat vedrørende gjennomføring av brukermedvirkning.*
- *Gruppens kvalitetsprofil.*
- *CV for aktuelle personers erfaring innenfor prosjektstyring, prosjekteringsledelse, byggeplassledelse og innkjøp.*

- CV for aktuelle personers erfaring innenfor prosjektering av alle fag.
- CV for aktuelle personer innenfor årskostnadsberegning.
- Liste over referanser fra skolebygg for aktuelle personer i prosjektet.
- Bilder fra 3 relevante referanseprosjekt som viser arkitektens formgivingsevne.
- Notat vedrørende risikohåndtering.
- Liste over referanser fra bygg med miljøprofil for aktuelle personer i prosjektet.
- Liste over prosjekter med spesielle gjennomføringsmodeller basert på partnering/samspill for aktuelle personer i prosjektet
- Notat vedrørende kapasitet for gruppen, samt backup på sentrale funksjoner.
- Dokumentasjon mht godkjente lærlingebedrifter i samspillgruppen
- Notat vedrørende tilbudt rigg og drift, inkl. bemanning og organisering av denne.
- Notat vedrørende påslagsprosenter, med definisjoner hva som ligger i netto intaktskost og hva som skal dekkes av påslaget.
- Notat vedrørende andel av egenarbeid, innkjøp og prosjektering.”

Med hensyn til tildelingskriterier, ble det i konkurransegrunnlaget opplyst:

”Det presiseres at det etterfølgende avklaringsmøtet som vil bli gjennomført med aktuelle anbydere, ikke er en forhandling. Det er kun snakk om en utdyping og klargjøring av anbudet. Nye innspill i forhold til det som er angitt i anbudet vil ikke bli tatt hensyn til. Byggherren vil betrakte hele gruppen som en enhet. Det vises generelt til vedlagte intensjonsavtale.

Tildeling av oppdraget vil skje etter for byggherre det økonomisk mest fordelaktige anbudet basert på en samlet vurdering av følgende kriterier (kriteriene forholder seg til liste over dokumenter som skal vedlegges anbudet, se pkt.6):

SAMSPILL

- Dokumentert evne til samarbeid og til å bidra med utforming av samspillmodellen.
- Dokumentert innsikt i skissert samarbeidsmodell. Dette gjelder både holdningen til prosessen og til tidligere erfaring for aktuelle personer i prosjektet.
- Gjennomføring av brukermedvirkning. Det forventes at gruppen presenterer

sine holdninger til, og plan til gjennomføring av, brukermedvirkning.

- *Kvalitetsprofil. Gruppen skal sette opp sitt forslag til kvalitetsprofil for dette spesielle prosjektet. Her skal gruppen utdype hva som etter gruppens mening er de viktigste kvalitetene i prosjektet. Kvalitetsprofilen vil bli tatt inn i kontrakten som en av flere suksesskriterier.*
- *Generelt inntrykk etter intervju.*
- *Byggherren vil legge vekt på at det er en rimelig fagmessig og organisatorisk balanse mellom de ulike aktører i gruppen.*

KOMPETANSE

- *Gruppens erfaring og formell bakgrunn i forhold til prosjektstyring, prosjekteringsledelse, byggeplassledelse og innkjøp. Det er viktig at gruppen presenterer sine representanter innenfor disse roller med navn og CV. Her skal det oppgis i hvor stor utstrekning disse personer er tenkt brukt i prosjektet.*
- *Gruppens erfaring og formelle bakgrunn i forhold til prosjektering innenfor arkitektur, byggeteknikk, brannteknikk, akustikk, miljø, VVS, EL og årskostnadsberegninger. Det er viktig at gruppen presenterer de aktuelle personer innenfor disse roller med navn og CV. Her skal det oppgis i hvor stor utstrekning disse personer er tenkt brukt i prosjektet.*
- *Referanser vedrørende skolebygg for aktuelle personer i prosjektet.*
- *Referanseprosjekt som viser arkitektens formgivningsevne.*
- *Rutiner vedrørende risikohåndtering. Dette gjelder håndtering av usikkerhet knyttet til økonomi, tid og kvalitet. Her tenker vi spesielt på anbydernes evne og systemer til å håndtere endringer i økonomi, tid og kvalitet.*
- *Generell kompetanse til nøkkelpersonell*
- *Generell referanse vedrørende miljøprosjekter og spesielle gjennomføringsmodeller basert på partnering/samspill. Referansen skal knyttes opp mot de aktuelle personer i prosjektet.*
- *Kapasitet for hele gruppen. Herunder "backup" på alle sentrale funksjoner.*
- *Læringsordning. Dokumenteres i eget vedlegg.*

PRIS

I anbudet skal det være et kostnadselement som gruppen skal oppgi. Når det gjelder pris på rigg og drift og de påslagsprosjekter som oppgis, skal dette være bindende priser.

Rigg og drift skal tilbys som fastpris i hele prosjektet. Prisen skal relateres til NS

3419 og skal omhandle så vel rigg som drift. Prisen skal være netto inklusiv administrasjon, eksklusiv risiko og fortjeneste.

- Anbyder skal oppgi %-vis påslag for risiko og fortjeneste. For at alle skal vurderes likt, vil det i vurdering bli lagt til grunn en prosjektkostnad på 44.939 mill. kroner eks. mva.
- Anbyder skal angi hvor stor del av produksjonen som skal utføres som egenproduksjon, og hvor stort %-vis påslag på nettokost som skal nyttes.
- Anbyder skal angi hvor mye som antas å være rene innkjøp, og hvilke %-vise påslag som skal nyttes på netto innkjøpspris.
- Anbyder skal angi hvor stor del av totale prosjektkostnader som er prosjektering fordelt på de enkelte fag (i.h.t. kap 8) og påslag på netto kostnad. Gebyrer holdes utenfor (betales direkte av byggherre)."

Under anbudsbeferingen ble det opplyst at vurderingskriteriene ville bli vektet slik:

Kompetanse, 50 %, samspill, 30 %, pris, 20 %

Gjennomføringen av konkurransen

Innklagede mottok til sammen syv tilbud, og innstilte på at kontrakt skulle inngås med Selmer Skanska AS. Et av tilbudene ble levert av Byggmester Grande AS (heretter kalt "klager"), som ble rangert som nummer fire.

Leverandørene ble innkalt til separate avklaringsmøter. Alle møtene fulgte en oppsatt mal som ble gjort kjent for leverandørene på forhånd.

Til å gjennomføre vurderings- og utvelgelsesprosessen engasjerte innklagede en ekstern koordinator. Hvert av medlemmene i den interne prosjekt-/evalueringsgruppa, som besto av rektor, funksjonsleder for nybygg og forvaltning og en innleid prosjektleder, gjennomførte individuelle og uavhengige vurderinger, og det ble gitt poeng på en skala fra 2 til 6. Karaktersettingen ble foretatt ut fra tilbudene og avklaringsmøtene. De individuelle evalueringsskjemaene ble deretter bearbeidet og sammenstilt av den eksterne koordinatoren.

Med meddelelsen om valg av leverandør ble det sendt ut kopi av sammenfattet evalueringsskjema, der totalskår pr. leverandørgruppe og for hvert hovedelement i vurderingen fremgikk. I tillegg ble det gjennomført individuelle tilbakemeldingsmøter.

Partenes anførsler:

Klagers anførsler

Manglende konkurranse:

Det har kun vært konkurranse om riggkostnader og prosentpåslag på prosjektkostnad, ikke på selve byggesummen. Det vil si at 80-90% av totalentreprisen er tildelt uten konkurranse, noe som er i strid med lovens § 5

annet ledd og forskriften § 3-1 (2) og § 11-1, alternativt § 4-1.

Evaluering av pris:

Det er benyttet karakterer fra 2 til 6 for evaluering av pris. Dette har medført at viktige nyanser har gått tapt. Forskjeller i pris mellom Innh Bygg og Gran & Ekran og mellom NCC og Reinertsen har gått tapt som følge av den valgte metoden. Metoden er i strid med lovens § 5 første, annet, tredje og fjerde ledd.

Kompetanse:

Alle de syv deltakerne i konkurransen har hatt tilstrekkelig kompetanse for prosjektet, samtidig som kompetanse er vektlagt 50 % ved valg av tilbud. Klager la frem referanser i sitt tilbud, men disse referansene ble ikke kontaktet av innklagede. Dette er vilkårlig saksbehandling i strid med lovens § 5 fjerde ledd og forskriften § 3-1 (2). Det har formodningen mot seg at en leverandør vil presentere mindre vellykkede prosjekter, og det er uheldig at fokus dreies fra det objektive innhold til subjektiv presentasjon.

Samspill:

Intensjonsavtalen har 20 punkter om samspill. Punktene er av utpreget kvalitativ art, og lite egnet som vurderingskriterier. De er ikke objektive kriterier, de er ikke etterprøvbare og de fører til forskjellsbehandling mellom leverandørene. Dette strider mot lovens § 5, første, tredje og fjerde ledd. Det bestrides ikke at kriteriet kan spille en rolle, men når det skal telle 30 %, blir det subjektive elementet svært fremtredende og lett utslagsgivende. Samspill er kontakt mellom mennesker. Tidligere samspillpartnere skulle derfor ha vært hørt.

Samordning og vekting:

Selmer skåret 4,49 poeng på kompetanse og samspill. Dette ligger over totalskåret for fire av syv leverandører. Selmer kan ta den pris man vil, f eks fordoble sitt tilbud, og likevel bli rangert foran disse fire. Vektingen forskyver vurderingstemaet bort fra det objektive kriteriet pris, som bare teller 20 %, og over i subjektive, ikke etterprøvbare vurderinger. Dette er i strid med lovens § 5 og forskriftens § 3-1 (2).

Forutberegnelighet, gjennomsiktighet og etterprøvbarhet:

Kravene til forutberegnelighet, gjennomsiktighet og etterprøvbarhet er ikke ivaretatt. Det blir umulig å se hvordan man gjennomfører en vurdering av de ulike parters evne til samspill med de kriterier som er valgt.

Det økonomisk mest fordelaktige tilbud:

Det er ikke riktig at det økonomisk mest fordelaktige tilbud er valgt. Det er en forskjell på fire millioner før prosessen har begynt. Det foreligger ingen sannsynliggjøring av hvordan man skal kunne ta igjen fire millioner kroner av antatte 40 millioner kroner ved det valg som er gjort.

Innklagedes anførsler

Innklagede bestrider at det er begått noe brudd på regelverket for offentlige anskaffelser.

Manglende konkurranse:

Konkurransen gjelder totalentreprise for gjennomføring av prosjektet i to trinn. Det er evnen, kompetansen og ressursene til å gi innklagede mest mulig og

best mulig skole innenfor bevilget ramme det har vært konkurrert om.

Evaluering av pris:

Karaktersetting og vekting er foretatt ut fra dokumentasjonen vedlagt tilbudene. Laveste pris har fått høyeste karakter.

Kompetanse:

Innklagede har gått grundig igjennom hvert tilbud med vedlagt dokumentasjon og kommet frem til en prioritering ut fra dette. Valgt leverandørgruppe er ikke vilkårlig valgt, men saklig vurdert til å komme best ut i konkurransen. Med referanser var det i konkurransegrunnlaget ment bygg og prosjekt, ikke personlige referanser. Det skriftlige materialet som ble forlangt vedlagt i tilbudene, skulle gi nok opplysninger til å vurdere kompetanse og samspillsevne.

Det var ikke lagt opp til at evalueringsgruppen skulle ringe rundt for å sjekke referanseprosjektene. Dette ble ikke gjort for noen av leverandørene. Det var presisert i konkurransegrunnlaget at evalueringen skulle baseres på det skriftlige materialet og billedmaterialet som ble innlevert.

Samspill:

I konkurransegrunnlaget ble tildelingskriteriene spesifisert. Klager bringer her inn et av vedleggene til konkurransegrunnlaget, som om dette var et tildelingskriterium. Dette er feil, og en sammenblanding med tilbudsforutsetningene.

Samordning/vekting:

Rigg og drift utgjør normalt 5-7 % av total rammekostnad. Det betyr at posten ikke kan stige unormalt høyt uten at innklagede ville reagert på det. Det ligger usikkerhet knyttet til riggposten, da det er mulighet for å prise denne taktisk. Pris på rigg og drift er derfor ikke alltid representativ for hva den totale kostnaden vil bli. Derfor er dette ikke tillagt større vekt enn 20 %. Det er opp til innklagede å vurdere om den løsningen og målsummen som samspillgruppen kommer frem til, er tilfredsstillende. Dersom det er saklig grunn for det, kan innklagede trekke seg ut og gjennomføre en ny anbudsrunde basert på en ordinær totalentreprisemodell.

Klagers anførsel 6 og 7 tilbakevises.

Klagenemndas vurdering

Klager har deltatt i konkurransen og har saklig klageinteresse, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Anskaffelsen følger etter sin verdi reglene i forskrift om offentlige anskaffelser del II, jf. forskriftens § 2-1.

I dette tilfellet har innklagede benyttet en anbuds-/kontraktsform som er relativt ny i den landbaserte byggebransjen. Det er tale om en intensjonsavtale i to faser, først en forprosjekt-/samspillfase, deretter en produksjonsfase. Anbud skal gis av byggentreprenør på vegne av en gruppe som forutsettes å samarbeide godt for å komme fram til et best mulig prosjekt, med "mest mulig skole" innenfor bevilget ramme. Den økonomiske rammen for prosjektet blir først endelig definert etter at forprosjektet er avsluttet. Innklagede vil kunne kjøpe ut prosjektet ved å betale kostnadene med forprosjektet, og videreføre det etter ny anbudskonkurranse dersom man ikke er fornøyd med samhandlingen og framdriften i prosjektet. Hvis forprosjektet er tilfredsstillende, synes det imidlertid forutsatt at den gruppen som er part i intensjonsavtalen, skal gjennomføre selve byggeprosjektet uten noen ny anbudsrunde.

Manglende konkurranse:

Klager har anført at store deler av prosjektet på denne måten er unntatt fra konkurranse. Spørsmålet har sammenheng med at pris bare skulle gis på rigg og drift samt påslagsprosenter, ikke på byggesum. Byggesummen blir først endelig klar etter at forprosjektet er ferdig, og er ikke forutsatt å være gjenstand for ny anbudsrunde.

I konkurransegrunnlaget er det anslått priser for totalprosjekt og byggtrepreisen. Ut fra opplysningene i saken finner klagenemnda – under en viss tvil – at leverandørene hadde tilstrekkelig grunnlag i de kontraktsforutsetningene som var gitt, for å utarbeide sammenlignbare tilbud. Klagenemnda kan således ikke se at det grunnleggende kravet til konkurranse i lovens § 5 er brutt.

Evaluering av pris:

I og med at prisen, slik konkurransen er utformet, utgjør under 10 % av byggesummen, er selve prisevalueringen, som klager også angriper, av underordnet interesse. Det kan konstateres at Selmer fikk karakteren 4,5, mens klager fikk karakteren 6. Her er derfor nyanser av betydning neppe gått tapt.

Tildelingskriteriene:

Klager har videre anført at tildelingskriteriene ikke fyller regelverkets krav til objektivitet.

Tildeling av kontrakt skal skje enten på basis av hvilket tilbud som er det økonomisk mest fordelaktige, eller utelukkende ut fra hvilket tilbud som har laveste pris, jf. forskrift om offentlige anskaffelser § 10-2 (1). I foreliggende sak har innklagede valgt å tildele kontrakt på basis av hvilket tilbud som er det økonomisk mest fordelaktige. Det følger da av forskriftens § 10-2 (2) at det kan benyttes slike kriterier som pris, kvalitet, teknisk verdi, estetiske og funksjonsmessige egenskaper, service og teknisk bistand, oppfyllestid mv.

Ved valg av tildelingskriterier har oppdragsgiver et vidt innkjøpsfaglig skjønn som bare kan overprøves dersom det er uforsvarlig. Kriteriene må imidlertid si noe om gjenstanden for oppdraget/leveransen. I dette tilfellet har innklagede valgt tre tildelingskriterier, samspillsevne (30 %), kompetanse (50 %) og pris (20 %). Kriteriene samspillsevne og kompetanse er skjønnspreget og kan være vanskelige å vurdere objektivt slik lov om offentlige anskaffelser § 5 forutsetter.

I sak T-4/01 (Renco) fortolket EF-domstolen tilsvarende bestemmelse i EUs innkjøpsdirektiver. I avgjørelsen uttalte domstolen i premiss 68 at:

”Således er en bydendes og dennes ansattes erfaring og tekniske evner, hvor sædvanlig typen af det projekt, der er omfattet af den pågældende kontrakt, er, og kvaliteten af de foreslåede underleverandører, alle kvalitative forhold, der, såfremt de ikke er af den standard, der kræves i kontrakten, kan medføre forsinkelser i gennemførelsen af arbejderne eller kan nødvendiggøre, at ydeligere arbejder udføres. Heraf følger, at selv om visse af de i udbudsbetingelserne nævnte kriterier til bedømmelse af en bydendes evne til at udføre arbejderne ikke er udtrykt i kvantitative termer, kan de alligevel anvendes objektivt og ensartet med henblik på at sammenligne buddene, og de er klart relevante for at kunne identificere det økonomisk mest fordelaktige bud”.

Også kvalitative kriterier som kompetanse og samspillsevne kan således benyttes ved valg av tilbud. Slik oppdraget i den aktuelle sak er beskrevet, finner klagenemnda at evne til samarbeid og kompetanse er relevant for å

identifisere det økonomisk mest fordelaktige tilbud. Klagenemnda kan derfor ikke se at innklagede har brutt regelverket ved å benytte disse kriteriene ved valg av tilbud ved siden av pris på rigg og drift samt påslagsprosjenter.

Vektingen av kriteriene ble opplyst på anbudsbeferingen og kan ikke sees å være i strid med regelverket. Når alternativet "økonomisk mest fordelaktige tilbud" ble valgt, kan andre elementer enn pris tillegges utslagsgivende vekt. Med den anbudsmodellen som er valgt, vil samspillsevne ha større betydning enn pris, slik den er definert her. Innklagede har lagt til grunn at forskjellen på den valgte leverandørgruppens evne til samspill og deres kompetanse mer enn oppveide prisforskjellen til klagers tilbud. Klager har ikke sannsynliggjort at dette bygger på feil faktum, eller at det fremstår som usaklig, sterkt urimelig eller vilkårlig.

Klager har anført at oppgitte referanser skulle vært kontaktet i relasjon til kriteriene om kompetanse og samspillsevne. I konkurransegrunnlaget ble det bedt om lister over bygg og prosjekter, sammen med blant annet bilder fra tre relevante referanseprosjekter. Her var det skriftlig dokumentasjon man var ute etter. Det samme gjelder notater om tidligere erfaring med gjennomføringsmodellen og brukermedvirkning. Etter det opplyste er det skriftlige materialet vurdert for alle tilbydernes vedkommende, mens det ikke er kontaktet noen referansepersoner. Det har altså ikke skjedd noen forskjellsbehandling, og klagenemnda kan heller ikke se at innklagede har overtrådt regelverket på annen måte her.

Forutberegnelighet, gjennomsiktighet og etterprøvnbarhet:

Klager har anført at konkurransen er i strid med lovens § 5 tredje ledd. Oppdragsgiver skal sikre at hensynet til forutberegnelighet, gjennomsiktighet og etterprøvnbarhet ivaretas gjennom anskaffelsesprosessen.

Gjennom de opplysninger som ble gitt om prosjektet og totalsummene i konkurransegrunnlaget, må kravet til forutberegnelighet anses å ha blitt ivaretatt. En felles mal for avklaringsmøtene ble også utlevert på forhånd. Leverandørene må videre antas å ha hatt tilstrekkelig innsyn i prosessen mens den pågikk. Hensynet til gjennomsiktighet anses tilstrekkelig ivaretatt. Når det gjelder kravet til etterprøvnbarhet, viser klagenemnda til at evalueringen har vært basert på den innsendte skriftlige dokumentasjonen fra leverandørene, i tillegg til avklaringsmøter med den enkelte leverandør. Hvert av medlemmene i evalueringsgruppen ga poeng uavhengig av de øvrige, og evalueringene ble sammenstilt av en ekstern konsulent. Evalueringsskjema ble sendt til alle tilbyderne ved valg av leverandør, og det ble avholdt tilbakemeldingsmøter med hver enkelt. Dette har sikret at hensynet til etterprøvnbarhet er blitt ivaretatt.

Konklusjon:

Nord-Trøndelag fylkeskommune har ved valg av tilbud for prosjektering og oppføring av skolebygg ikke brutt regelverket for offentlige anskaffelser ved å benytte en samspillmodell hvor tildelingskriteriene var kompetanse, samspill og pris på rigg og drift samt påslagsprosjenter.

For klagenemnda,
17.11.2003

Inger Marie Dons Jensen



Forsiden
Nemndsmedlemmer
Saksbehandling
Regelverk
Innkommne saker
Statistikk
Årsrapporter
Dommer
Søk i avgjorte saker
Avgjorte saker:
[2003](#) [2004](#) [2005](#)

Besøksadresse
H. Heyerdalsgate 1
0033 Oslo

Postadresse
Postboks 8132 Dep
0033 Oslo

Tlf.: 22 33 70 10

Faks: 22 33 70 12

E-post:
postmottak@kofa.no

Avgjorte saker

Innklagede benyttet en såkalt "samspillmodell" i en åpen anbudskonkurranse om prosjektering og bygging av en skole. Pris på gjennomføringen av prosjektet var anslått på forhånd. Tildelingskriteriene var kompetanse, som ble vektlagt 50 %, samspillsevne, som ble vektlagt 30 %, og pris på rigg og drift samt påslagsprosenter, som ble vektlagt 20 %. Klagenemnda kom til at den gjennomførte konkurransen oppfylte kravet til konkurranse og forutberegnelighet i lovens § 5.

Klagenemndas avgjørelse 17.11.2003 i sak 2003/201

Klager: Byggemester Grande AS

Innklagede: Nord-Trøndelag fylkeskommune

Klagenemndas medlemmer: Per Christiansen, Inger Marie Dons Jensen, Andreas Wahl

Saken gjelder: Samspillmodellen i bygge- og anleggskontrakter. Krav til konkurranse. Valg av tildelingskriterier.

Bakgrunn

Nord-Trøndelag fylkeskommune (heretter kalt "innklagede") kunngjorde en åpen anbudskonkurranse 1.4.2003 om prosjektering og bygging av en skole.

Grunnlaget for konkurransen:

I kunngjøringen ble det opplyst at:

"Prosjektet skal gjennomføres etter ny modell, hvor samspill og samarbeid mellom byggherre, brukere, rådgivere og entreprenører står sentralt. Gruppen av entreprenører og rådgivere som skal prosjektere og gjennomføre byggingen av skolen, skal velges ut etter en anbudskonkurranse som fokuserer på samspill, kompetanse og pris (rigg og drift og påslagsprosenter). Anbyder vil inngå i en prosjektallianse sammen med rådgivere og underentreprenører som kontraktsmessig tilknyttes som totalunderleverandører eller -rådgivere, men som arbeidsmessig opererer som fullverdige samarbeidspartnere. Byggherre og bruker inngår som fullverdig samarbeidspartner i prosjektalliansen. Etter forprosjekt vil NS3431 ligge til grunn for kontraktsbestemmelsene og bygningsentreprenøren vil være formell kontraktspart i totalentreprisen."

I konkurransegrunnlaget ble det opplyst at samlede prosjektkostnader for

byggherren var anslått til kr. 70.000.000,- inkl. mva., byggelånsrenter, prisstigning og angitt fremdrift. Entreprisekostnadene var beregnet til kr. 40.070.000,-. Leverandørene ble bare bedt om å oppgi pris på komplett riggpost og påslagsprosjenter. Leverandørene skulle videre navngi leverandører som skulle benyttes som totalunderleverandører eller rådgivere, "men som arbeidsmessig opererer som fullverdige samarbeidspartnere".

Det ble videre opplyst at innklagede skulle opprette en administrativ styringsgruppe som skulle behandle hovedfremdriftsplanen og økonomisk målsum, samt være konfliktløser mellom deltakerne i gjennomføringsgruppen.

Med hensyn til kontraktsforutsetninger ble "prinsippene om samspill i byggeprosessen" lagt til grunn. Dette forutsatte at:

"Den samlede prosjektgruppen skal sammen utforme innholdet i en samhandlingsavtale med retningslinjer for gjennomføringen av prosjektet. Dersom denne samhandlingsavtalen skulle vise seg å ikke fungere etter forutsetningene vil NS 3431 tre i funksjon. Den økonomiske rammen for prosjektet vil bli definert som en målsum som vil bli satt etter forprosjektet. Kontrakten vil ha en incitementsdel i forhold til denne målsummen. Det legges opp til at incitementsavtalen vil gi en 50/50 fordeling mellom byggherre og anbyder. I og med at målsummen ikke vil være definert før etter ferdig forprosjekt, vil det bli inngått en intensjonsavtale med den valgte gruppen. Intensjonsavtalen vil omfatte oppgaver innenfor programmering, skisseprosjekt og forprosjekt. Intensjonsavtalen vil inneholde en klausul om at byggherren kan kjøpe ut prosjektet og videreføre det etter ny anbudskonkurranse dersom vi ikke er fornøyd med samhandlingen og framdriften i prosjektet. Frikjøpet av prosjektet vil basere seg på at byggherren betaler kostnader ved utarbeidelse av forprosjektet.

Kontrakten vil være en avtale inngått mellom bygningsentreprenør (totalentreprenør) og byggherre. Forholdet innad i gruppen må forankres i egen internavtale som skal forelegges byggherren."

Under "Kvalitetsikringssystem" fremgikk det at "Anbyder skal i sin besvarelse vise hva de mener er de viktige kvaliteter i prosjektet. Det skal settes opp en kvalitetsprofil for alle faser i prosjektet slik anbyderen ser det. Kvalitetsprofilen vil bli inntatt i kontrakten som et av suksesskriteriene for prosjektet".

"Prosjektbeskrivelsen" anga behovene knyttet til skolen og omkringliggende arealer.

Når det gjaldt utforming av tilbudene, fremgikk det at

"Følgende notat/dokumenter skal vedlegges anbudet:

- *Forslag til organisering.*
- *Notat om anbyders forståelse av og innspill til modellen.*
- *Notat om tidligere erfaring med gjennomføringsmodellen, gjelder personer som vill være aktive i prosjektet.*
- *Notat vedrørende gjennomføring av brukermedvirkning.*
- *Gruppens kvalitetsprofil.*
- *CV for aktuelle personers erfaring innenfor prosjektstyring, prosjekteringsledelse, byggeplassledelse og innkjøp.*

- CV for aktuelle personers erfaring innenfor prosjektering av alle fag.
- CV for aktuelle personer innenfor årskostnadsberegning.
- Liste over referanser fra skolebygg for aktuelle personer i prosjektet.
- Bilder fra 3 relevante referanseprosjekt som viser arkitektens formgivingsevne.
- Notat vedrørende risikohåndtering.
- Liste over referanser fra bygg med miljøprofil for aktuelle personer i prosjektet.
- Liste over prosjekter med spesielle gjennomføringsmodeller basert på partnering/samspill for aktuelle personer i prosjektet
- Notat vedrørende kapasitet for gruppen, samt backup på sentrale funksjoner.
- Dokumentasjon mht godkjente lærlingebedrifter i samspillgruppen
- Notat vedrørende tilbudt rigg og drift, inkl. bemanning og organisering av denne.
- Notat vedrørende påslagsprosenter, med definisjoner hva som ligger i netto intaktskost og hva som skal dekkes av påslaget.
- Notat vedrørende andel av egenarbeid, innkjøp og prosjektering.”

Med hensyn til tildelingskriterier, ble det i konkurransegrunnlaget opplyst:

”Det presiseres at det etterfølgende avklaringsmøtet som vil bli gjennomført med aktuelle anbydere, ikke er en forhandling. Det er kun snakk om en utdyping og klargjøring av anbudet. Nye innspill i forhold til det som er angitt i anbudet vil ikke bli tatt hensyn til. Byggherren vil betrakte hele gruppen som en enhet. Det vises generelt til vedlagte intensjonsavtale.

Tildeling av oppdraget vil skje etter for byggherre det økonomisk mest fordelaktige anbudet basert på en samlet vurdering av følgende kriterier (kriteriene forholder seg til liste over dokumenter som skal vedlegges anbudet, se pkt.6):

SAMSPILL

- Dokumentert evne til samarbeid og til å bidra med utforming av samspillmodellen.
- Dokumentert innsikt i skissert samarbeidsmodell. Dette gjelder både holdningen til prosessen og til tidligere erfaring for aktuelle personer i prosjektet.
- Gjennomføring av brukermedvirkning. Det forventes at gruppen presenterer

sine holdninger til, og plan til gjennomføring av, brukermedvirkning.

- *Kvalitetsprofil. Gruppen skal sette opp sitt forslag til kvalitetsprofil for dette spesielle prosjektet. Her skal gruppen utdype hva som etter gruppens mening er de viktigste kvalitetene i prosjektet. Kvalitetsprofilen vil bli tatt inn i kontrakten som en av flere suksesskriterier.*
- *Generelt inntrykk etter intervju.*
- *Byggherren vil legge vekt på at det er en rimelig fagmessig og organisatorisk balanse mellom de ulike aktører i gruppen.*

KOMPETANSE

- *Gruppens erfaring og formell bakgrunn i forhold til prosjektstyring, prosjekteringsledelse, byggeplassledelse og innkjøp. Det er viktig at gruppen presenterer sine representanter innenfor disse roller med navn og CV. Her skal det oppgis i hvor stor utstrekning disse personer er tenkt brukt i prosjektet.*
- *Gruppens erfaring og formelle bakgrunn i forhold til prosjektering innenfor arkitektur, byggeteknikk, brannteknikk, akustikk, miljø, VVS, EL og årskostnadsberegninger. Det er viktig at gruppen presenterer de aktuelle personer innenfor disse roller med navn og CV. Her skal det oppgis i hvor stor utstrekning disse personer er tenkt brukt i prosjektet.*
- *Referanser vedrørende skolebygg for aktuelle personer i prosjektet.*
- *Referanseprosjekt som viser arkitektens formgivningsevne.*
- *Rutiner vedrørende risikohåndtering. Dette gjelder håndtering av usikkerhet knyttet til økonomi, tid og kvalitet. Her tenker vi spesielt på anbydernes evne og systemer til å håndtere endringer i økonomi, tid og kvalitet.*
- *Generell kompetanse til nøkkelpersonell*
- *Generell referanse vedrørende miljøprosjekter og spesielle gjennomføringsmodeller basert på partnering/samspill. Referansen skal knyttes opp mot de aktuelle personer i prosjektet.*
- *Kapasitet for hele gruppen. Herunder "backup" på alle sentrale funksjoner.*
- *Læringsordning. Dokumenteres i eget vedlegg.*

PRIS

I anbudet skal det være et kostnadselement som gruppen skal oppgi. Når det gjelder pris på rigg og drift og de påslagsprosjekter som oppgis, skal dette være bindende priser.

Rigg og drift skal tilbys som fastpris i hele prosjektet. Prisen skal relateres til NS

3419 og skal omhandle så vel rigg som drift. Prisen skal være netto inklusiv administrasjon, eksklusiv risiko og fortjeneste.

- Anbyder skal oppgi %-vis påslag for risiko og fortjeneste. For at alle skal vurderes likt, vil det i vurdering bli lagt til grunn en prosjektkostnad på 44.939 mill. kroner eks. mva.
- Anbyder skal angi hvor stor del av produksjonen som skal utføres som egenproduksjon, og hvor stort %-vis påslag på nettokost som skal nyttes.
- Anbyder skal angi hvor mye som antas å være rene innkjøp, og hvilke %-vise påslag som skal nyttes på netto innkjøpspris.
- Anbyder skal angi hvor stor del av totale prosjektkostnader som er prosjektering fordelt på de enkelte fag (i.h.t. kap 8) og påslag på netto kostnad. Gebyrer holdes utenfor (betales direkte av byggherre)."

Under anbudsbeferingen ble det opplyst at vurderingskriteriene ville bli vektet slik:

Kompetanse, 50 %, samspill, 30 %, pris, 20 %

Gjennomføringen av konkurransen

Innklagede mottok til sammen syv tilbud, og innstilte på at kontrakt skulle inngås med Selmer Skanska AS. Et av tilbudene ble levert av Byggmester Grande AS (heretter kalt "klager"), som ble rangert som nummer fire.

Leverandørene ble innkalt til separate avklaringsmøter. Alle møtene fulgte en oppsatt mal som ble gjort kjent for leverandørene på forhånd.

Til å gjennomføre vurderings- og utvelgelsesprosessen engasjerte innklagede en ekstern koordinator. Hvert av medlemmene i den interne prosjekt-/evalueringsgruppa, som besto av rektor, funksjonsleder for nybygg og forvaltning og en innleid prosjektleder, gjennomførte individuelle og uavhengige vurderinger, og det ble gitt poeng på en skala fra 2 til 6. Karaktersettingen ble foretatt ut fra tilbudene og avklaringsmøtene. De individuelle evalueringsskjemaene ble deretter bearbeidet og sammenstilt av den eksterne koordinatoren.

Med meddelelsen om valg av leverandør ble det sendt ut kopi av sammenfattet evalueringsskjema, der totalskår pr. leverandørgruppe og for hvert hovedelement i vurderingen fremgikk. I tillegg ble det gjennomført individuelle tilbakemeldingsmøter.

Partenes anførsler:

Klagers anførsler

Manglende konkurranse:

Det har kun vært konkurranse om riggkostnader og prosentpåslag på prosjektkostnad, ikke på selve byggesummen. Det vil si at 80-90% av totalentreprisen er tildelt uten konkurranse, noe som er i strid med lovens § 5

annet ledd og forskriften § 3-1 (2) og § 11-1, alternativt § 4-1.

Evaluering av pris:

Det er benyttet karakterer fra 2 til 6 for evaluering av pris. Dette har medført at viktige nyanser har gått tapt. Forskjeller i pris mellom Innh Bygg og Gran & Ekran og mellom NCC og Reinertsen har gått tapt som følge av den valgte metoden. Metoden er i strid med lovens § 5 første, annet, tredje og fjerde ledd.

Kompetanse:

Alle de syv deltakerne i konkurransen har hatt tilstrekkelig kompetanse for prosjektet, samtidig som kompetanse er vektlagt 50 % ved valg av tilbud. Klager la frem referanser i sitt tilbud, men disse referansene ble ikke kontaktet av innklagede. Dette er vilkårlig saksbehandling i strid med lovens § 5 fjerde ledd og forskriften § 3-1 (2). Det har formodningen mot seg at en leverandør vil presentere mindre vellykkede prosjekter, og det er uheldig at fokus dreies fra det objektive innhold til subjektiv presentasjon.

Samspill:

Intensjonsavtalen har 20 punkter om samspill. Punktene er av utpreget kvalitativ art, og lite egnet som vurderingskriterier. De er ikke objektive kriterier, de er ikke etterprøvbare og de fører til forskjellsbehandling mellom leverandørene. Dette strider mot lovens § 5, første, tredje og fjerde ledd. Det bestrides ikke at kriteriet kan spille en rolle, men når det skal telle 30 %, blir det subjektive elementet svært fremtredende og lett utslagsgivende. Samspill er kontakt mellom mennesker. Tidligere samspillpartnere skulle derfor ha vært hørt.

Samordning og vekting:

Selmer skåret 4,49 poeng på kompetanse og samspill. Dette ligger over totalskåret for fire av syv leverandører. Selmer kan ta den pris man vil, f eks fordoble sitt tilbud, og likevel bli rangert foran disse fire. Vektingen forskyver vurderingstemaet bort fra det objektive kriteriet pris, som bare teller 20 %, og over i subjektive, ikke etterprøvbare vurderinger. Dette er i strid med lovens § 5 og forskriftens § 3-1 (2).

Forutberegnelighet, gjennomsiktighet og etterprøvbarehet:

Kravene til forutberegnelighet, gjennomsiktighet og etterprøvbarehet er ikke ivaretatt. Det blir umulig å se hvordan man gjennomfører en vurdering av de ulike parters evne til samspill med de kriterier som er valgt.

Det økonomisk mest fordelaktige tilbud:

Det er ikke riktig at det økonomisk mest fordelaktige tilbud er valgt. Det er en forskjell på fire millioner før prosessen har begynt. Det foreligger ingen sannsynliggjøring av hvordan man skal kunne ta igjen fire millioner kroner av antatte 40 millioner kroner ved det valg som er gjort.

Innklagedes anførsler

Innklagede bestrider at det er begått noe brudd på regelverket for offentlige anskaffelser.

Manglende konkurranse:

Konkurransen gjelder totalentreprise for gjennomføring av prosjektet i to trinn. Det er evnen, kompetansen og ressursene til å gi innklagede mest mulig og

best mulig skole innenfor bevilget ramme det har vært konkurrert om.

Evaluering av pris:

Karaktersetting og vekting er foretatt ut fra dokumentasjonen vedlagt tilbudene. Laveste pris har fått høyeste karakter.

Kompetanse:

Innklagede har gått grundig igjennom hvert tilbud med vedlagt dokumentasjon og kommet frem til en prioritering ut fra dette. Valgt leverandørgruppe er ikke vilkårlig valgt, men saklig vurdert til å komme best ut i konkurransen. Med referanser var det i konkurransegrunnlaget ment bygg og prosjekt, ikke personlige referanser. Det skriftlige materialet som ble forlangt vedlagt i tilbudene, skulle gi nok opplysninger til å vurdere kompetanse og samspillsevne.

Det var ikke lagt opp til at evalueringsgruppen skulle ringe rundt for å sjekke referanseprosjektene. Dette ble ikke gjort for noen av leverandørene. Det var presisert i konkurransegrunnlaget at evalueringen skulle baseres på det skriftlige materialet og billedmaterialet som ble innlevert.

Samspill:

I konkurransegrunnlaget ble tildelingskriteriene spesifisert. Klager bringer her inn et av vedleggene til konkurransegrunnlaget, som om dette var et tildelingskriterium. Dette er feil, og en sammenblanding med tilbudsforutsetningene.

Samordning/vekting:

Rigg og drift utgjør normalt 5-7 % av total rammekostnad. Det betyr at posten ikke kan stige unormalt høyt uten at innklagede ville reagert på det. Det ligger usikkerhet knyttet til riggposten, da det er mulighet for å prise denne taktisk. Pris på rigg og drift er derfor ikke alltid representativ for hva den totale kostnaden vil bli. Derfor er dette ikke tillagt større vekt enn 20 %. Det er opp til innklagede å vurdere om den løsningen og målsummen som samspillgruppen kommer frem til, er tilfredsstillende. Dersom det er saklig grunn for det, kan innklagede trekke seg ut og gjennomføre en ny anbudsrunde basert på en ordinær totalentreprisemodell.

Klagers anførsel 6 og 7 tilbakevises.

Klagenemndas vurdering

Klager har deltatt i konkurransen og har saklig klageinteresse, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Anskaffelsen følger etter sin verdi reglene i forskrift om offentlige anskaffelser del II, jf. forskriftens § 2-1.

I dette tilfellet har innklagede benyttet en anbuds-/kontraktsform som er relativt ny i den landbaserte byggebransjen. Det er tale om en intensjonsavtale i to faser, først en forprosjekt-/samspillfase, deretter en produksjonsfase. Anbud skal gis av byggentreprenør på vegne av en gruppe som forutsettes å samarbeide godt for å komme fram til et best mulig prosjekt, med "mest mulig skole" innenfor bevilget ramme. Den økonomiske rammen for prosjektet blir først endelig definert etter at forprosjektet er avsluttet. Innklagede vil kunne kjøpe ut prosjektet ved å betale kostnadene med forprosjektet, og videreføre det etter ny anbudskonkurranse dersom man ikke er fornøyd med samhandlingen og framdriften i prosjektet. Hvis forprosjektet er tilfredsstillende, synes det imidlertid forutsatt at den gruppen som er part i intensjonsavtalen, skal gjennomføre selve byggeprosjektet uten noen ny anbudsrunde.

Manglende konkurranse:

Klager har anført at store deler av prosjektet på denne måten er unntatt fra konkurranse. Spørsmålet har sammenheng med at pris bare skulle gis på rigg og drift samt påslagsprosenter, ikke på byggesum. Byggesummen blir først endelig klar etter at forprosjektet er ferdig, og er ikke forutsatt å være gjenstand for ny anbudsrunde.

I konkurransegrunnlaget er det anslått priser for totalprosjekt og byggtrepreisen. Ut fra opplysningene i saken finner klagenemnda – under en viss tvil – at leverandørene hadde tilstrekkelig grunnlag i de kontraktsforutsetningene som var gitt, for å utarbeide sammenlignbare tilbud. Klagenemnda kan således ikke se at det grunnleggende kravet til konkurranse i lovens § 5 er brutt.

Evaluering av pris:

I og med at prisen, slik konkurransen er utformet, utgjør under 10 % av byggesummen, er selve prisevalueringen, som klager også angriper, av underordnet interesse. Det kan konstateres at Selmer fikk karakteren 4,5, mens klager fikk karakteren 6. Her er derfor nyanser av betydning neppe gått tapt.

Tildelingskriteriene:

Klager har videre anført at tildelingskriteriene ikke fyller regelverkets krav til objektivitet.

Tildeling av kontrakt skal skje enten på basis av hvilket tilbud som er det økonomisk mest fordelaktige, eller utelukkende ut fra hvilket tilbud som har laveste pris, jf. forskrift om offentlige anskaffelser § 10-2 (1). I foreliggende sak har innklagede valgt å tildele kontrakt på basis av hvilket tilbud som er det økonomisk mest fordelaktige. Det følger da av forskriftens § 10-2 (2) at det kan benyttes slike kriterier som pris, kvalitet, teknisk verdi, estetiske og funksjonsmessige egenskaper, service og teknisk bistand, oppfyllestid mv.

Ved valg av tildelingskriterier har oppdragsgiver et vidt innkjøpsfaglig skjønn som bare kan overprøves dersom det er uforsvarlig. Kriteriene må imidlertid si noe om gjenstanden for oppdraget/leveransen. I dette tilfellet har innklagede valgt tre tildelingskriterier, samspillsevne (30 %), kompetanse (50 %) og pris (20 %). Kriteriene samspillsevne og kompetanse er skjønnspreget og kan være vanskelige å vurdere objektivt slik lov om offentlige anskaffelser § 5 forutsetter.

I sak T-4/01 (Renco) fortolket EF-domstolen tilsvarende bestemmelse i EUs innkjøpsdirektiver. I avgjørelsen uttalte domstolen i premiss 68 at:

”Således er en bydendes og dennes ansattes erfaring og tekniske evner, hvor sædvanlig typen af det projekt, der er omfattet af den pågældende kontrakt, er, og kvaliteten af de foreslåede underleverandører, alle kvalitative forhold, der, såfremt de ikke er af den standard, der kræves i kontrakten, kan medføre forsinkelser i gennemførelsen af arbejderne eller kan nødvendiggøre, at ydeligere arbejder udføres. Heraf følger, at selv om visse af de i udbudsbetingelserne nævnte kriterier til bedømmelse af en bydendes evne til at udføre arbejderne ikke er udtrykt i kvantitative termer, kan de alligevel anvendes objektivt og ensartet med henblik på at sammenligne buddene, og de er klart relevante for at kunne identificere det økonomisk mest fordelaktige bud”.

Også kvalitative kriterier som kompetanse og samspillsevne kan således benyttes ved valg av tilbud. Slik oppdraget i den aktuelle sak er beskrevet, finner klagenemnda at evne til samarbeid og kompetanse er relevant for å

identifisere det økonomisk mest fordelaktige tilbud. Klagenemnda kan derfor ikke se at innklagede har brutt regelverket ved å benytte disse kriteriene ved valg av tilbud ved siden av pris på rigg og drift samt påslagsprosjenter.

Vektingen av kriteriene ble opplyst på anbudsbeferingen og kan ikke sees å være i strid med regelverket. Når alternativet "økonomisk mest fordelaktige tilbud" ble valgt, kan andre elementer enn pris tillegges utslagsgivende vekt. Med den anbudsmodellen som er valgt, vil samspillsevne ha større betydning enn pris, slik den er definert her. Innklagede har lagt til grunn at forskjellen på den valgte leverandørgruppens evne til samspill og deres kompetanse mer enn oppveide prisforskjellen til klagers tilbud. Klager har ikke sannsynliggjort at dette bygger på feil faktum, eller at det fremstår som usaklig, sterkt urimelig eller vilkårlig.

Klager har anført at oppgitte referanser skulle vært kontaktet i relasjon til kriteriene om kompetanse og samspillsevne. I konkurransegrunnlaget ble det bedt om lister over bygg og prosjekter, sammen med blant annet bilder fra tre relevante referanseprosjekter. Her var det skriftlig dokumentasjon man var ute etter. Det samme gjelder notater om tidligere erfaring med gjennomføringsmodellen og brukermedvirkning. Etter det opplyste er det skriftlige materialet vurdert for alle tilbydernes vedkommende, mens det ikke er kontaktet noen referansepersoner. Det har altså ikke skjedd noen forskjellsbehandling, og klagenemnda kan heller ikke se at innklagede har overtrådt regelverket på annen måte her.

Forutberegnelighet, gjennomsiktighet og etterprøvnbarhet:

Klager har anført at konkurransen er i strid med lovens § 5 tredje ledd. Oppdragsgiver skal sikre at hensynet til forutberegnelighet, gjennomsiktighet og etterprøvnbarhet ivaretas gjennom anskaffelsesprosessen.

Gjennom de opplysninger som ble gitt om prosjektet og totalsummene i konkurransegrunnlaget, må kravet til forutberegnelighet anses å ha blitt ivaretatt. En felles mal for avklaringsmøtene ble også utlevert på forhånd. Leverandørene må videre antas å ha hatt tilstrekkelig innsyn i prosessen mens den pågikk. Hensynet til gjennomsiktighet anses tilstrekkelig ivaretatt. Når det gjelder kravet til etterprøvnbarhet, viser klagenemnda til at evalueringen har vært basert på den innsendte skriftlige dokumentasjonen fra leverandørene, i tillegg til avklaringsmøter med den enkelte leverandør. Hvert av medlemmene i evalueringsgruppen ga poeng uavhengig av de øvrige, og evalueringene ble sammenstilt av en ekstern konsulent. Evalueringsskjema ble sendt til alle tilbyderne ved valg av leverandør, og det ble avholdt tilbakemeldingsmøter med hver enkelt. Dette har sikret at hensynet til etterprøvnbarhet er blitt ivaretatt.

Konklusjon:

Nord-Trøndelag fylkeskommune har ved valg av tilbud for prosjektering og oppføring av skolebygg ikke brutt regelverket for offentlige anskaffelser ved å benytte en samspillsmodell hvor tildelingskriteriene var kompetanse, samspill og pris på rigg og drift samt påslagsprosjenter.

For klagenemnda,
17.11.2003

Inger Marie Dons Jensen



Forsiden
Nemndsmedlemmer
Saksbehandling
Regelverk
Innkomne saker
Statistikk
Årsrapporter
Dommer
Søk i avgjorte saker

Avgjorte saker:
[2003](#) [2004](#) [2005](#)

Besøksadresse
H. Heyerdalsgate 1
0033 Oslo

Postadresse
Postboks 8132 Dep
0033 Oslo

Tlf.: 22 33 70 10

Faks: 22 33 70 12

E-post:

postmottak@kofa.no

Avgjorte saker

Klagenemndas avgjørelse 17.11.2003 i sak 2003/216

Innklagede la ved valg av tilbud vekt på hensyn som ikke på forhånd var angitt som tildelingskriterier, og klagenemnda la til grunn at innklagede med dette hadde brutt forskriftens § 10-2 (2). Etter å ha mottatt en klage på valg av tilbud, valgte innklagede å avlyse konkurransen, for deretter å kunngjøre en ny konkurranse på i hovedsak samme forutsetninger. Klagenemnda kom til at innklagede ikke hadde saklig grunn til å avlyse konkurransen. Klagenemnda la til grunn at det var begått vesentlige feil.

Klager: Bioplan Hardanger AS

Innklagede: Avfallsbehandling Tromsø KF

Klagenemndas medlemmer: Per Christiansen, Inger Marie Dons Jensen, Andreas Wahl.

Saken gjelder: vektlegging av andre hensyn enn angitte tildelingskriterier. Saklig grunn for avlysning av konkurransen. Spørsmål om erstatning for den positive kontraktsinteressen.

Bakgrunn

Første konkurranse

Avfallsbehandling Tromsø KF (heretter kalt "innklagede") kunngjorde 3.1.2003 en åpen anbudskonkurranse for anskaffelse av et anlegg for optisk sortering av avfall. I konkurransegrunnlaget ble det opplyst at det økonomisk mest fordelaktige tilbudet ville bli valgt, ut fra følgende kriterier (i ikke-prioritert rekkefølge):

"- Pris

- Eventuelle forbehold fra tilbyder

- *Leveringstid*

- *Erfaring fra tidligere leveranser (referanser)*"

Det skulle leveres inn to alternative tilbud, et dimensjonert for ett skift inntil 24.000 tonn pr. år, og ett for to skift over 15. – 16.000 tonn pr. år. I konkurransegrunnlaget var også angitt en teknisk spesifikasjon, der visse funksjonskrav ble angitt. Blant annet fremgikk det at:

"- Anlegget skal være godkjent for å være betjent av kun 1 operatør. (dokumenteres)

- Fargekoding skal enkelt kunne tilpasses av driftsoperatør. (dokumenteres)"

Innklagede mottok to tilbud. Ett fra Bioplan Hardanger AS (heretter kalt "klager") på hhv. kr. 12.985.000 eks. mva. og kr. 9.790.000 eks. mva. Tilbudet var utarbeidet i samarbeid med Cimbria Bioplan AS. Det andre tilbudet ble levert inn av Envac Norge AS (heretter kalt "EN"), og var på hhv. kr. 15.400.000 eks. mva. og 12.248.000 eks. mva.

Avklaringsrunder med leverandørene

Den 28.2.2003 sendte innklagede ut et brev til leverandørene, der det ble opplyst at:

"Ved gjennomgangen av de innkomne anbud viser det seg at forskjellene på de to anleggene er av en slik karakter at de definerte kriteriene i anbudsinnbydelsen ikke kan brukes til valg av leverandør.

Dette er forhold som vi som kriterieleverandør må ta på oss.

Viser til lov om offentlige anskaffelser og ser to mulige løsninger for å komme videre:

- 1. Ny anbudsrunde med utvidere kriterier og spørsmål*
- 2. Endre konkurranseform fra åpen anbudskonkurranse til konkurranse med forhandling.*

For å miste minst mulig tid ber vi om aksept fra tilbyderne om å gå for løsning 2. konkurranse med forhandling".

I brev 7.3.2003 besvarte klager henvendelsen:

"BioPlan Hardanger AS / Cimbria BioPlan AS kan akseptere at kommunen foretar de avklaringer som er nødvendig for å klargjøre anbudene. Det forutsettes imidlertid at de avklaringer som i tilfelle skal gjøres ligger innenfor de rammer anskaffelsesregelverket setter for forhandlinger og avklaringer ved anbudskonkurranser. Vi ber for ordens skyld om å få opplyst hvilke avklaringer Renovasjonen mener det er nødvendig å gjøre.

Vi legger til grunn at leverandørene i forbindelse med en slik avklaringsprosess blir stilt de samme spørsmål, og at prosessen er i tråd med opplysninger vi har fått fra Tromsø kommune."

Innklagede valgte deretter gjennom e-post den 10.3.2003 å stille begge leverandørene fem spørsmål vedrørende de tilbudte løsningene. Spørsmålene relaterte seg til løsningenes funksjoner, kapasitet og toleranse samt konsekvenser for drift, dersom visjonskamera på et bånd faller ut. Spørsmålene ble besvart i etterfølgende e-postkorrespondanse.

Styret besluttet etter dette å "inngå sluttforhandlinger" med EN. Dette ble meddelt leverandørene i brev 14.5.2003. Samtidig ble det opplyst at begge anleggene oppfylte de teoretiske krav angitt i konkurransegrunnlaget, og at:

"Styret i Avfallsbehandling Tromsø KF har valgt å legge stor vekt på den sikkerheten som ligger i at den ene konkurrenten har levert mange anlegg. Flere av disse anleggene ligger også i relativt kort avstand fra Tromsø og man ser mulighet for "backup-løsninger" og andre fellesløsninger. Dette ble vektlagt tungt fra styret..."

Klager protesterte etter dette skriftlig både på endringen til en konkurranse med forhandling, og på valg av tilbud.

Administrasjonen utarbeidet deretter et nytt forslag til styret, denne gang med forslag om at begge innkomne tilbud skulle forkastes og ny tilbudsrunde forberedes. Styret traff beslutning i tråd med administrasjonens anbefaling, og leverandørene ble orientert om beslutningen.

Klager protesterte i brev 14.8.2003 også mot denne beslutningen. Det ble vist til at administrasjonen hadde innstilt på at tilbudet fra klager skulle bli valgt, og at det ikke var gitt noen tilfredsstillende begrunnelse for forkastelsen av tilbudene. Det ble bedt opplyst hvilke ytterligere vilkår og kriterier innklagede ønsket å supplere konkurransegrunnlaget med, og nødvendigheten av dette.

Brevet fra klager ble ikke besvart, ut over at det i brev 18.8.2003 ble opplyst at *"...ingen av anbyderne oppfylte samtlige kriterier som var satt i forespørselen. Bl.a. var det ikke vedlagt dokumentasjon fra Cimbria/Bioplan på godkjenning av kun en person som operatør eller at fargekoding enkelt skal kunne tilpasses."*

Den andre konkurransen

Innklagede kunngjorde 1.9.2003 på nytt en åpen anbudskonkurranse for anskaffelse av anlegg for optisk sortering av avfall. I konkurransegrunnlaget ble det vist til at det økonomisk mest fordelaktige tilbudet ville bli valgt ut fra følgende kriterier (ikke i prioritert rekkefølge):

"- *Pris*

- *Eventuelle forbehold fra tilbyder*
- *Leveringstid*
- *Erfaring fra tidligere leveranser (referanser)*
- *De krav som stilles i "Tekniske spesifikasjoner"*

Det ble vedlagt skisser over planlagt prosessbygg og sorteringsområde, i tillegg til at det ble angitt tekniske krav og spesifikasjoner til anleggene.

Så langt klagenemnda kan se, er kravene i det vesentlige tilsvarende de som ble lagt til grunn i konkurransegrunnlaget i den forutgående konkurranse. Blant annet var det således på nytt bedt om dokumentert godkjenning for drift av anlegget med én operatør.

Partenes anførsler

Klagers anførsler

Klager anfører at innklagede ikke hadde saklig grunn til å forkaste samtlige tilbud og utlyse en ny tilsvarende anbudskonkurranse. Forkastelsen er ikke begrunnet ut fra resultatet av konkurransen, men ut fra innklagedes ønske om å tildele kontrakten til EN, selv om klager har levert inn det beste tilbudet.

Beslutningen om å innlede sluttforhandlinger med EN var lovstridig. Beslutningen var begrunnet med at EN hadde levert det beste tilbudet, ikke med at tilbudene var ukorrekte, ufullstendige eller på annen måte uegnede. Innklagede har tvert om bekreftet at begge tilbudene oppfylte kravene i konkurransegrunnlaget.

Innklagede har ikke fått samtykke fra klager til å endre konkurranseform. For en åpen konkurranse gjelder det et absolutt forhandlingsforbud. Hadde konkurranseformen blitt endret til konkurranse med forhandling, pliktet innklagede å forhandle også med klager.

Klager har i tilbudet garantert at anlegget kan betjenes av én operatør, og at denne enkelt kan skifte fargekoder. Når det gjelder kravet om at anlegget skal være godkjent for drift med én operatør, antar klager at dette sikter til godkjenning fra Arbeidstilsynet. Det eksisterer imidlertid ingen ordning for forhåndsgodkjenning for drift av anlegget med én operatør. Det er følgelig umulig å dokumentere dette på annen måte enn ved å beskrive anlegget i detalj. I tilbudet viste klager til bilder og beskrivelser av et tilsvarende anlegg, levert i Ryfylke. Innklagede var på befaring på dette anlegget våren 2003 og er kjent med at anlegget kan drives med én driftsoperatør.

Dokumentasjon for skifte av fargekoder vil fremgå av den endelige brukerveiledningen. Tilbudet inkluderte videre to uker med opplæring, nettopp for å sikre at driftsoperatøren kunne operere anlegget uten ytterligere bistand, herunder skifte fargekoder. Dette kan ikke dokumenteres på annen måte enn gjennom tilbudet.

Dette viser at den angitte begrunnelse ikke var den reelle begrunnelse for totalforkastelsen. Innklagede har ikke avvist noen av tilbudene. Eventuell ufullstendig dokumentasjon medfører uansett ingen tvil om rangeringen av tilbudene, og kan således ikke berettiggje avvising. Det vises her til at innklagede var på befaring på tilsvarende anlegg i Ryfylke. Som begrunnelse for å gjennomføre en ny anbudsrunde eller å gå over til en konkurranse med forhandling, ble det tidligere vist til behovet for å endre kriteriene i konkurransegrunnlaget.

Å avvise tilbudet på grunn av manglende dokumentasjon er en ren hensiktsmessighetsvurdering, ikke en plikt. Uansett har innklagede akseptert eventuell manglende dokumentasjon, og dermed gitt avkall på muligheten for avvising av tilbudet. Det var bekreftet overfor begge leverandørene at tilbudene oppfylte vilkårene i konkurransegrunnlaget.

Innklagede har i utstrakt grad benyttet seg av muligheten til å innhente avklaringer og supplerende dokumentasjon. Dersom klagers tilbud manglet dokumentasjon, er det uforståelig at innklagede ikke etterlyste

dokumentasjonen eller ba om ytterligere redegjørelse.

"Backup-anlegg" var ikke nevnt i konkurransegrunnlaget, og kunne derfor ikke vektlegges ved valg av tilbud.

Erfaring med tidligere leveranser kan bare tillegges avgjørende betydning dersom leverandørene står omtrent likt med hensyn til pris og kvalitet. I så fall måtte dette vært opplyst på forhånd.

Utlysningen av den nye konkurransen fremstår som et forsøk på å omgå forhandlingsforbudet ved anbudskonkurranser. Den nye konkurransen er utlyst på samme vilkår og kriterier som den første. Videre er leverandørene nå kjent med hverandres priser, og det er ikke andre leverandører på markedet. En ny anbudskonkurranse vil derfor i realiteten kun innebære en forhandlingsrunde på pris.

Beslutningen om totalforkastelse og utlysning av ny anbudskonkurranse er lovstridig og må settes til side. Den nye konkurransen må derfor avlyses.

Klagers svar på henvendelsen fra innklagede om skifte av prosedyre kan ikke sees som en aksept av ny konkurranseform. Innklagede har rent faktisk heller ikke truffet noen beslutning om skifte av prosedyre, men begrenset seg til å be om avklaringer. At leverandørene har bekreftet eller utdypet tekniske detaljer, har ikke endret tilbudene på punkter av vesentlig betydning.

At styret besluttet å sluttforhandle kontrakten med EN, viser at styret må ha vært av den oppfatning at det hadde tilstrekkelig grunnlag til å foreta et valg mellom leverandørene.

Det er ikke gitt noen fornuftig begrunnelse på hvorfor styret besluttet å tildele kontrakten til EN. Administrasjonen innstilte på at kontrakten skulle tildeles klager. Det er heller ikke gitt noen fornuftig begrunnelse for hvorfor innklagede r besluttet å avlyse konkurransen og gjennomføre den på nytt på tilnærmet like forutsetninger.

Klagenemnda bes uttale seg om vilkårene for erstatning er oppfylt.

Innklagedes anførsler

Innklagede bestrider å ha brutt lov om offentlige anskaffelser med forskrifter.

Det var et misforhold mellom konkurransegrunnlaget/tildelingskriteriene og tilbudene slik de ble presentert. Innklagede hadde ikke nok opplysninger til å foreta et forsvarlig valg. Begge tilbudene var uklare på enkelte punkter, i tillegg til at de manglet dokumentasjon for punktene "*Godkjenning for betjening av kun 1 operatør*" og "*Fargekoding skal enkelt kunne tilpasses av driftsoperatør*".

Det fremgikk av saksfremlegget at begge anleggene *teoretisk* sett ville tilfredsstillende kravene. Det er derfor misvisende når klager hevder at innklagede tidlig i prosessen la til grunn at tilbudene oppfylte vilkårene i konkurransegrunnlaget.

For å avhjelpe usikkerheten måtte innklagede gå inn i diskusjoner på et så detaljert nivå at man ville komme i strid med forhandlingsforbudet i forskriften. Selv om klagers aksept av å gå over til konkurranse med forhandling i ettertid har vist seg å være svært tvetydig, så ble det klart oppfattet av innklagede som en aksept. Innklagede har vært i god tro om dette.

Det er ikke tvilsomt at de svar klager ga på de fem spørsmålene fra innklagede,

ville være i strid med forhandlingsforbudet ved en åpen anbudskonkurranse. Klager har gjennom konkludent adferd akseptert endring av prosedyreform.

Da klager påberopte seg forhandlingsforbudet i ettertid, aksepterte innklagede dette. Men innklagede var da i samme situasjon som i februar 2003, da man ba partene om aksept for å gå over til en konkurranse med forhandling. Å totalforkaste tilbudene var da både rettferdig og riktig.

Det er ikke riktig at beslutningen om totalforkastelse var begrunnet i et ønske om å omgå forhandlingsforbudet, og dermed sette EN i en gunstigere posisjon i neste omgang. Beslutningen var kun basert på faglige tekniske vurderinger. Det har ikke vært noen form for forskjellsbehandling mellom leverandørene.

Klagenemndas vurdering

Klager har deltatt i konkurransen, og har saklig klageinteresse, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Anskaffelsen gjelder varekjøp, og følger etter sin verdi reglene i forskrift om offentlige anskaffelser del II, jf. forskriftens §§ 2-1 og 2-2.

Klagenemnda legger til grunn at den første konkurranse er avlyst. Spørsmålet er om det var *saklig grunn* til å avlyse konkurransen, jf. forskriftens § 10-1 (1).

Så langt klagenemnda kan se, er avlysningen av den opprinnelige konkurranse begrunnet med at begge tilbud var uklare på enkelte punkter og manglet dokumentasjon for punktene om håndtering av én operatør og at fargekoding enkelt kunne tilpasses av driftsoperatør.

Det fremgår imidlertid at både administrasjonen og styret opprinnelig mente at dokumentasjonen var tilfredsstillende. Administrasjonen innstilte på at klagers tilbud skulle godtas, mens styret besluttet å velge tilbudet fra EN.

Klager har anført at innklagede må ha visst at anlegget kunne håndteres av én operatør, siden innklagede hadde besikket tilsvarende, eksisterende anlegg. Klager har også anført at dokumentasjon for fargekoding ikke kan gis på annen måte enn slik det er gjort i klagers tilbud. Ingen av disse anførsler er tilbakevist av innklagede. Innklagede har antydnet at det også var andre mangler ved tilbudene, knyttet til oppfyllelsen av de tekniske spesifikasjonene i konkurransegrunnlaget. Dette kan imidlertid ikke ses nærmere konkretisert.

Klagenemnda finner at innklagede ikke har kunnet redegjøre for hvilken dokumentasjon som har vært etterspurt, eller gi noen rimelig forklaring på den fremgangsmåte som er valgt. Beslutningen om avlysning som følge av manglende dokumentasjon mht håndtering og fargekoding virker ut fra dette usaklig. Klagenemnda mener at avlysningen av den opprinnelige konkurranse var i strid med forskriftens § 10-1 (1).

Når det gjelder gjennomføringen av avklaringsrunder med leverandørene, kan klagenemnda ikke se at disse hadde karakter av forhandlinger. Klagenemnda vil ellers bemerke at det i meddelelse 28.2.2003 til leverandørene om eventuelt å gå over til forhandlinger ble vist til at de "*definerte kriteriene i anbudsinnbydelsen ikke kan brukes til valg av leverandør*". Til tross for dette gjorde innklagede ingen forsøk på å presisere eller endre kriteriene. I den etterfølgende konkurranse synes for øvrig kriteriene i det alt vesentlige å være de samme som i den første konkurranse.

Innklagede valgte å tildele kontrakt på basis av hvilket tilbud som var det økonomisk mest fordelaktige, og oppga de kriterier som ville bli tillagt vekt ved valg av tilbud, jf. forskriftens § 10-3 (2). Alle kriterier som er angitt, skal evalueres, og det er ikke tillatt å legge vekt på andre kriterier enn de som er angitt. Det fremgår i brev 14.05.2003 at innklagedes begrunnelse for sitt valg var den sikkerhet som følger av at EN tidligere har levert mange anlegg, og

mulighet for "back-up-løsninger og andre fellesløsninger" som følge av at flere av leverandørens anlegg lå i relativt kort avstand fra Tromsø sentrum. Disse forhold var imidlertid ikke angitt som kriterier for valg av tilbud. Avgjørelsen innebar således et brudd på forskriftens § 10-2 (2).

Klager kan kreve erstatning for den positive kontraktsinteresse, dersom det foreligger vesentlige brudd på regelverket og det er klar sannsynlighetsovervekt for at klagers tilbud skulle vært valgt, jf. Rt. 2001 s. 1062. I vurderingen av om en feil er vesentlig, må det legges vekt på feilens størrelse, type feil og i hvilken grad oppdragsgiver kan lastes for feilene. Klagenemnda mener at innklagede i denne saken har gjort vesentlige feil. Klagenemnda har imidlertid ikke tilstrekkelig grunnlag for å ta stilling til om det foreligger klar sannsynlighetsovervekt for at klagers tilbud ville blitt valgt, dersom feilene ikke var begått.

Konklusjon:

Avfallsbehandling Tromsø KF har brutt forskrift om offentlige anskaffelser § 10-2 (2) ved å legge vekt på back-up-løsninger og andre fellesløsninger ved valg av tilbud, uten at dette var angitt som tildelingskriterium.

Avfallsbehandling Tromsø KF har brutt forskrift om offentlige anskaffelser § 10-1 (1) ved å avlyse en igangsatt anbudskonkurranse uten saklig grunn.

For klagenemnda,
17.11.2003

Per Christiansen



Forsiden
Nemndsmedlemmer
Saksbehandling
Regelverk
Innkomne saker
Statistikk
Årsrapporter
Dommer
Søk i avgjorte saker

Avgjorte saker:
[2003](#) [2004](#) [2005](#)

Besøksadresse
H. Heyerdalsgate 1
0033 Oslo

Postadresse
Postboks 8132 Dep
0033 Oslo

Tlf.: 22 33 70 10

Faks: 22 33 70 12

E-post:
postmottak@kofa.no

Avgjorte saker

Innklagede kunngjorde en åpen anbudskonkurranse for et prosjekteringsoppdrag. I konkurransegrunnlaget stod det imidlertid at anskaffelsen skulle skje gjennom konkurranse med forhandling. Klagenemnda fant at dette var et brudd på kravet til likebehandling og forutberegnelighet i lov om offentlige anskaffelser § 5, og på forskrift om offentlige anskaffelser § 11-1. Klagenemnda fant også at to av tildelingskriteriene var for uklare, tatt i betraktning tjenesten som skulle anskaffes.

Klagenemndas avgjørelse 17. 11. 2003 i sak 2003/212

Klager: Hålogaland plankontor AS

Innklaget: Statskog SF

Klagenemndas medlemmer: Per Christiansen, Inger Marie Dons Jensen, Andreas Wahl

Saken gjelder: Krav til likebehandling og forutberegnelighet. Utforming av tildelingskriterier.

Sakens bakgrunn:

10. april 2003 kunngjorde Statskog SF, Finnmark jordsalgskontor, (heretter "innklagede") en åpen anbudskonkurranse for anskaffelse av reguleringsplaner for syv hyttefelt på statens grunn i Finnmark. Anskaffelsen skulle omfatte planprosess frem til godkjent plan og plandokumenter etter plan- og bygningsloven. Innklagede skulle selv stå for utlysning og tildeling av hyttetomtene.

Parallelt med at konkurransen ble kunngjort som åpen anbudskonkurranse, sendte innklagede brev til noen utvalgte plankontorer, herunder til klager og den valgte leverandøren, der konkurransegrunnlaget var vedlagt. I motsetning til i kunngjøringen var det i konkurransegrunnlaget opplyst at anskaffelsen ville skje ved konkurranse med forhandlinger.

Ifølge konkurransegrunnlaget skulle kontrakten tildeles leverandøren med det

økonomisk mest fordelaktige tilbud. I prioritert rekkefølge skulle følgende kriterier vektlegges:

"1, Leveringstid, leveringssikkerhet og produktets anvendelighet

2, Totalkostnader for oppdragsgiver i kontraktperioden

3, Service og serviceorganisasjon, herunder kundeservice, kontakt med oppdragsgiver og

responstid for retting av feil og mangler m.v.

4, Eventuell erfaring fra tilsvarende oppdrag

5, Utstyr og produksjonsanlegg

6, Organisering, kapasitet/beredskap og kvalitetsrutiner som vil bli gjort gjeldende ved

gjennomføring av oppdraget"

De syv hytteområdene var nærmere beskrevet i konkurransegrunnlaget. For enkelte av områdene var det satt opp nøyaktig hvor mange nye hytter som skulle bygges, mens det for andre områder var gitt et løsere anslag. For ett av områdene (Roddenes i Porsanger kommune) var det ikke oppgitt noe om antallet hytter.

Hålogaland Plankontor AS (heretter kalt "klager") leverte inn et tilbud på kr 211 200 for utarbeidelse av planene. I tillegg ville klager ta kr 1 990 per hyttetomt for utstedelse av målebrev.

Den 17. juni ringte klager innklagede for å spørre hvor saken sto. Innklagede fortalte at tilbudet til Paulsen RI AS var blitt valgt. Dette tilbudet var på kr. 416 000, uavhengig av antallet tomter. I den nærmere beregningen av prisene fremgikk det at kostnader i forbindelse med utarbeidelse av målebrev var inkludert. Prisene for utarbeidelse av målebrev var imidlertid ikke oppgitt separat, slik som i klagers tilbud.

Klager anmodet i brev av 25. juni 2003 om en begrunnelse for valget.

Innklagede besvarte klagers anmodning 1. august 2003 ved et brev som gikk til alle som hadde deltatt i konkurransen. I brevet ble det opplyst at Paulsen RI "etter en totalvurdering (...) hadde det beste tilbudet". I mellomtiden hadde Paulsen RI kontaktet innklagede og gjort oppmerksom på at de ikke kunne påta seg oppdraget til tilbudt pris, fordi utgiftene til tinglysning ikke var tatt med. Innklagede ba derfor i brevet av 1. august 2003 leverandørene levere inn tilbud der utarbeidelse av målebrevene var priset separat, slik at prisene lettere kunne sammenlignes. I brev av 28. august opplyste innklagede at Paulsen RI fortsatt hadde det økonomisk mest fordelaktige tilbudet, og ville bli tildelt kontrakten.

Partenes anførsler:

Klagers anførsler:

Klager anfører brudd på regelverket om offentlige anskaffelser.

For det første har klager brutt forskrift om offentlige anskaffelser § 17-3, fordi meddelelse om tildeling av kontrakt med begrunnelse og klagefrist ikke ble gitt leverandørene.

For det andre har innklagede oppgitt tildelingskriterier som ikke refererer seg til tilbudet, men til leverandøren. Disse kriteriene er *"utstyr og produksjonsanlegg"* og *"organisering mv."*. Kriteriene er ikke knyttet til kontraktens gjenstand, og det er følgelig ikke adgang til å vektlegge dem ved valget av tilbud. Dessuten er kriteriet *"totalkostnader i kontraktperioden"* uklart. På ett av feltene (Roddenes) var det ikke oppgitt forventet antall hytter. Når totalprisen er avhengig av antallet hytter, skapes det rom for å legge inn det antallet hyttetomter som er nødvendig for å oppnå et bestemt resultat. Er antallet hytter uklart, må det legges inn et forventet antall. Med fire-fem hytter på Roddenes er klagers tilbud lavest i pris.

Videre har innklagede brutt forhandlingsforbudet, jf. § 16-1 første ledd. Hadde leverandørene blitt bedt om å presisere om tilbudet inkluderte tinglysningskostnader, hadde dette vært en avklaring som er tillatt etter § 16-1 annet ledd. Ettersom leverandørene ble bedt om å trekke ut målebrevproduksjonen for separat prising, ga dette anledning til å prise delytelsen taktisk. For Paulsen RI innebar klargjøringen en endring av tilbudet, ettersom det ikke lenger var uavhengig av antall tomter.

Innklagede kan ikke bli hørt med at konkurransereformen var konkurranse med forhandling. I kunngjøringen står det åpen anbuds konkurranse, og slik ble konkurransen faktisk gjennomført. Henvendelsen til leverandørene i etterkant av tilbudsåpningen har ikke hatt karakter av forhandlinger.

Innklagedes anførsler:

Innklagede bestrider å ha brutt regelverket for offentlige anskaffelser på en slik måte at det har hatt betydning for utfallet av konkurransen.

Det innrømmes at informasjonen i meddelelsen om valg av tilbud var mangelfull. At innklagede ikke opplyste om klageadgang og klagefrist i brevet av 1. august, var et brudd på forskriften § 17-3. Begrunnelsen for valg av tilbud var også begrenset. I brev av 1. oktober har innklagede iallfall oppfylt forskriftens krav til begrunnelse.

Tildelingskriteriene *"utstyr og produksjonsanlegg"* og *"organisering m.v."* er tilknyttet kontraktens gjenstand. De nevnte kriteriene beskriver leverandørens utrustning og kompetanse, og dermed kvaliteten på tjenesten leverandørene tilbyr. Det innrømmes likevel at kriteriene kunne vært mer presist utformet og optimalt kunne vært anvendt som kvalifikasjonskrav. Dette har imidlertid uansett ikke hatt noen betydning. De nevnte kriteriene var de med lavest vekt, og de innkomne tilbudene var ikke så detaljerte på disse punktene at de ga grunnlag for noen sammenligning.

Når klager hevder at kriteriet *"totalkostnader i kontraktperioden"* er for uklart, oppfatter innklagede det slik at det stilles spørsmål ved beskrivelsen av tilbudets art og omfang i konkurransegrunnlaget. For ett av syv hyttefelt var det ikke gitt opplysninger om forventet antall hytter. Dette beror på at Porsanger kommune ikke hadde gitt noen slike opplysninger i arealplanen. Innklagede hadde en viss idé om hva et passende antall ville være, men ønsket ikke å legge føringer på leverandørens faglige vurderinger og kreativitet. Uklarheten måtte leverandørene innkalkulere i sine tilbud.

Når det gjelder påstått brudd på forhandlingsforbudet, har klager misforstått. Forskriften § 16-1 gjelder for anbuds konkurranser, mens leverandørene var gjort oppmerksom på at dette var en konkurranse med forhandling. Ved denne anskaffelsesprosedyren er det etter forskriften § 16-4 anledning til å forhandle om endringer eller suppleringer av alle sider ved tilbudene, så som forretningsmessige vilkår, pris og tekniske spesifikasjoner.

Klagenemndas vurdering:

Klager har deltatt i konkurransen og har saklig klageinteresse etter forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig.

Klagenemnda kommenterer først spørsmålet om hvilken anskaffelsesform som er valgt.

Innklagede gav forskjellige opplysninger i kunngjøringen og konkurransegrunnlaget om hvilken anskaffelsesform som ville bli benyttet. Den uklarheten som ble skapt mht hvilke regler som fikk anvendelse på konkurransen, er i strid med kravet til forutberegnelighet i lov om offentlige anskaffelser § 5.

Tildelingskriteriene "*utstyr og produksjonsanlegg*" og "*organisering m.v.*" fremstår som uklare. Uklarheten knytter seg til spørsmålet om kriteriene refererer seg til innholdet av tilbudet eller leverandørens kvalifikasjoner. Klagenemnda finner at de to kriteriene ikke tilfredsstillt det kravet til klarhet som må tolkes inn i § 12-1 (1) bokstav b nr. 4, jf. EF-domstolens dom C-19/00.

Når det gjelder kriteriet "*totalkostnader i kontraktperioden*", går usikkerheten ikke på utformingen av kriteriet, det vil si hva det spørres etter, men på det faktiske, altså hvilket antall hytter leverandørene skulle legge til grunn, og hvordan kostnadene skulle beregnes. På grunnlag av de fremlagte opplysninger, finner klagenemnda at uklarheten i konkurransegrunnlaget mht utformingen av tilbudene er så vidt stor at det strider mot kravene til forutberegnelighet, gjennomsiktighet og etterprøvnbarhet i loven § 5.

Klagenemnda konstaterer at innklagede ikke overholdt plikten til å gi meddelelse om valg av leverandør, og begrunnelse for valget, etter forskriften § 17-3. Innklagedes senere henvisning til en "totalvurdering" oppfyller heller ikke kravet til begrunnelse.

Klagenemnda finner ikke at det forhold at leverandørene er kjent med hverandres priser, i den foreliggende sak er til hinder for at en ny konkurranse kan gjennomføres.

Konklusjon:

Statskog SF har brutt lov om offentlige anskaffelser § 5 ved ikke å angi klart hvilken anskaffelsesprosedyre som ville bli fulgt ved anskaffelsen.

Statskog SF har brutt forskriften § 12-1 ved ikke å angi tildelingskriterier som er tilstrekkelig klare.

Statskog SF har brutt lov om offentlige anskaffelser § 5 ved å ikke å utforme konkurransegrunnlaget tilstrekkelig presist til at tilbudene ble sammenlignbare.

Statskog SF har brutt forskriften ved ikke å gi meddelelse om valg av leverandør i henhold til § 17-3.

For klagenemnda,

17. november 2003

Andreas Wahl



Forsiden
Nemndsmedlemmer
Saksbehandling
Regelverk
Innkomne saker
Statistikk
Årsrapporter
Dommer
Søk i avgjorte saker

Avgjorte saker:

[2003](#) [2004](#) [2005](#)

Besøksadresse

H. Heyerdalsgate 1
0033 Oslo

Postadresse

Postboks 8132 Dep
0033 Oslo

Tlf.: 22 33 70 10

Faks: 22 33 70 12

E-post:

postmottak@kofa.no

Avgjorte saker

En leverandør tok i sitt tilbud forbehold om at et kontraktsvilkår i konkurransegrunnlaget om dagbøter måtte "diskuteres" nærmere. Klagenemnda kom til at tilbudet måtte avvises som følge av at avviket fra konkurransegrunnlaget ikke ble angitt på en klar og entydig måte, slik at innklagede kunne vurdere de prismessige konsekvensene av dette uten å ta kontakt med leverandøren.

Klagenemndas avgjørelse 14.11.2003 i sak 2003/187

Klager: iTet

Innklaget: Universitetet i Tromsø

Klagenemndas medlemmer: Inger Roll-Matthiesen, Siri Teigum, Bjørg Ven

Saken gjelder: Avvisning av tilbud som følge av forbehold

Bakgrunn:

Universitetet i Tromsø (heretter kalt "innklagede") kunngjorde 18.11.2002 en begrenset anbudskonkurranse for kjøp av datautstyr. Valg av tilbud skulle baseres på det økonomisk mest fordelaktige tilbudet, etter nærmere angitte kriterier.

I konkurransegrunnlaget var kravspesifikasjonen delt i såkalte "MÅ-krav" og "KAN-krav".

"MÅ-krav" var "i utgangspunktet" ufravikelige. Det ble imidlertid opplyst at:

"Dersom tilbyder vil fravike disse må det grunngis og alternativt løsningsforslag skal gis på separat ark med referanse til riktig punktnr. i grunnlaget.

Merk at avvik som ikke kan prisfastsettes og/eller som kan virke konkurransevridende, kan føre til at tilbudet blir forkastet av hensyn til likebehandling".

Blant "MÅ-kravene" var det angitt flere kontraktsvilkår. Et av disse var en bestemmelse om dagbot, som lød:

"For alle forsinkelser som ikke skyldes Kunden kan beregnes dagbøter. Dagbotsatsen er 0,10 % pr dag forsinkelsen varer av fakturaverdien av de varer som Kunden ikke kan ta i bruk på planlagt tidspunkt som følge av forsinkelsen. Overskridelse av avtalt leveringstid vil utløse beregning av dagbøter. Dagbøter kan trekkes fra ved betaling av faktura. Dagbøter faller bort ved annullering som i pkt. 0 over".

Syv leverandører ble funnet kvalifisert, og leverte inn tilbud. Dette gjaldt blant annet iTet AS (heretter kalt "klager") og IBM Norge AS. Klager tok ingen forbehold mot "MÅ-kravene", mens IBM Norge AS blant annet oppga i tilbudet at:

"2.2.8 Dagbot – Lest og forstått, men må diskuteres ved evt kontraktsforhandlinger".

I øvrige punkter var formuleringene IBM benyttet "Lest og akseptert". Innstillingsutvalget (IU) sier om dette punktet vedrørende dagbot, i innstillingen på side 8:

"IBM sier de har lest og forstått kravet, men tar forbehold om at dette må diskuteres ved eventuelle kontraktsforhandlinger. IU er i tvil om dette kan godtas."

Innklagede har valgt flere leverandører til anskaffelsen, herunder IBM Norge AS. Kontrakt med IBM Norge AS er ennå ikke inngått.

Partenes anførsler

Klagers anførsler:

Klager anfører at de som eneste leverandør har levert inn tilbud uten forbehold mot "MÅ-kravene". De øvrige leverandørenes tilbud skulle således blitt avvist.

Innklagedes anførsler:

Det var anledning til å vurdere om et forbehold fra tilbyder var et vesentlig avvik fra kontraktsvilkårene, både ut fra konkurransegrunnlaget og regelverket.

To tilbud inneholdt klare avvik, og ble forkastet. De øvrige tilbudenes kommentarer bar preg av presiseringer eller tolkninger av kravene, og var ikke avvik som måtte medføre at tilbudene skulle avvises.

Flere leverandører kunne ikke oppfylle krav om 2 % kontantrabatt pr. 10 dager. Innklagede har akseptert begrunnelsen som ble gitt for dette, nemlig problemer med selve gjennomføringen. Et slikt avvik kunne prisfastsettes, og det ble hensyntatt under evalueringen.

Tabellene i innstillingene kan gi et skjevt bilde av hvem som ikke oppfylte "MÅ-kravene". Det er imidlertid ikke gjort noen feil i forhold til regelverket.

Klagenemndas vurdering

Klager har deltatt i konkurransen og har saklig klageinteresse, jf forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Klagers anførsel er svært generell. Klagenemnda har derfor funnet det nødvendig å begrense saken til å gjelde spørsmålet om IBMs tilbud skulle vært avvist som følge av forbehold mot dagbotsklausulen.

Det rettslige utgangspunkt er at et tilbud skal avvises når det på grunn av forbehold eller på grunn av feil, uklarheter, ufullstendigheter eller lignende i en åpen eller begrenset anbudskonkurranse kan være tvil om hvordan tilbudet skal bedømmes i forhold til de øvrige tilbudene, jf forskriften § 8-10 (1) bokstav d).

Dersom et tilbud er ment å avvike fra konkurransegrunnlaget, skal dette klart fremgå av tilbudet, jf forskriftens § 8-6 (1). Det fremgår videre av bestemmelsen at avvikene skal spesifiseres i tilbudet, eventuelt med en henvisning til hvor i tilbudet avviket er beskrevet. De skal være presise og entydige, og skal være beskrevet slik at oppdragsgiver kan vurdere avvikene uten kontakt med leverandør. Dersom disse krav ikke er oppfylt, skal tilbudet avvises, jf forskriftens § 8-10 (1) c).

Videre skal tilbud som inneholder vesentlige forbehold mot kontraktsvilkårene avvises, jf forskriftens § 8-10 (1) c) og § 8-6 (3).

I den foreliggende sak innleverte IBM Norge AS et tilbud der det fremgikk at dagbotklausulen som var angitt i konkurransegrunnlaget måtte "diskuteres". En slik formulering må anses for et forbehold, siden leverandøren med dette har gitt tilkjenne at han ikke vil anse seg bundet av vilkåret slik dette foreligger i konkurransegrunnlaget. Også i PEAB-dommen Rt. 2001 s. 1288 ble tilsvarende formulering vurdert som et forbehold. Det IBM Norge AS her gjør er å forutsette forhandlinger med innklagede etter anbudsåpningen.

Forbehold som vedrører elementer i konkurransegrunnlaget for så vidt gjelder kontraktsvilkårene og som kan ha betydning for prisen, vil ofte måtte regnes som "vesentlige forbehold" og således ikke være lovlige, jf forskriftens § 8-6 (3).

Sanksjoner ved mislighold kan ha stor betydning for hvilken risiko leverandør påtar seg i kontrakten, og vil derfor også kunne influere på hvilken pris som tilbys. Klagenemnda finner det imidlertid ikke nødvendig å ta stilling til om det aktuelle forbeholdet i seg selv gjaldt et mulig beløp som var "vesentlig" i denne saken.

Klagenemnda kan ikke se at uttalelsen i konkurransegrunnlaget om at fravik fra MÅ-kravene skal grunngis, må forstås slik at oppdragsgiver uttrykkelig har akseptert at det i tilbudene tas et hvilket som helst forbehold mot de aktuelle kravene. Under enhver omstendighet var det fra oppdragsgivers side satt som vilkår for å akseptere avvik, at disse ble begrunnet og at det fremkom alternative forslag som kunne prissettes. Dette følger også av forskriften § 8-6 (1), som slår fast at slike avvik skal være beskrevet på en presis og entydig måte slik at innklagede kan vurdere avviket uten kontakt med leverandøren.

Det var ikke mulig for oppdragsgiver å vurdere rekkevidden av forbeholdet mht dagbøter i dette tilfellet, og innklagede pliktet derfor å avvise tilbudet, jf forskriftens § 8-10 (1) bokstav c) og d).

Konklusjon:

Universitetet i Tromsø har brutt forskrift om offentlige anskaffelser § 8-10 (1) bokstav c) og d) ved ikke å avvise et tilbud fra IBM Norge AS som tok forbehold om å diskutere et kontraktsvilkår om dagbøter angitt i konkurransegrunnlaget.

For klagenemnda,

14.11.2003

Björg Ven



Forsiden
Nemndsmedlemmer
Saksbehandling
Regelverk
Innkomne saker
Statistikk
Årsrapporter
Dommer
Søk i avgjorte saker

Avgjorte saker:
[2003](#) [2004](#) [2005](#)

Besøksadresse
H. Heyerdalsgate 1
0033 Oslo

Postadresse
Postboks 8132 Dep
0033 Oslo

Tlf.: 22 33 70 10

Faks: 22 33 70 12

E-post:

postmottak@kofa.no

Avgjorte saker

Klagenemndas avgjørelse 3. november 2003 i sak 2003/54

Statens forvaltningstjeneste har gjennomført en anskaffelse av tidsregistreringsverktøy. Det var uklarerer knyttet til om anskaffelsen var ment å omfatte også server. Referat fra avklaringsmøte tydet klart på at dette var omfattet. I innklagedes evaluering ble det fremhevet som positivt at klager hadde levert tilbud med serverløsning. Overfor klagenemnda anførte imidlertid innklagede at det ikke var adgang til å gi tilbud på server. Den uklarerer knyttet til hva anskaffelsen omfattet måttet tilskrives innklagedes saksbehandling, og klagenemnda fant på denne bakgrunn at innklagede hadde brutt kravene til forutberegnelighet, gjennomsiktighet og etterprøvnbarhet i lov om offentlige anskaffelser § 5.

Klager: Norsk Tid AS

Innklaget: Statens forvaltningstjeneste

Klagenemndas medlemmer: Svein Dahl, Kai Krüger, Inger Roll-Matthiesen

Saken gjelder: Forutberegnelighet, gjennomsiktighet og etterprøvnbarhet

Sakens bakgrunn

Statens forvaltningstjeneste (heretter kalt "innklagede") kunngjorde i DOFFIN-databasen 13.7.2002 anskaffelse av tidsregistreringsverktøy for departementsfellesskapet. Anskaffelsen ble kunngjort som en åpen anbudskonkurranse.

Det ble opplyst i konkurransegrunnlaget at:

"Det skal tilbys en hovedpakke for en slik Pc-stempling. Dersom det ikke er mulig å benytte eller videreutvikle dagens kortlesere (Timecon) ved kjøp av et Pc-basert tidsregistreringssystem, skal avtalen også gjelde for innkjøp av et komplett tidsregistreringssystem inklusiv kortlesere og tilhørende utstyr."

Det ble lagt til grunn at det økonomisk mest fordelaktige tilbud ville bli valgt etter en rekke nærmere angitte kriterier.

Det ble avholdt en tilbyderkonferanse 27. august 2002. I referat fra konferansen, sendt ut til leverandørene, fremkommer det følgende spørsmål og svar:

"Bilag 8: Det er ønskelig med presisering av hva som ønskes med i disse punktene. I post 1: Er dette å forstå slik at pris for eksempel for ny sentral PC som må anskaffes fra FT skal tilbys av oss her?"

- Som post 1, eget ark, skal pris oppgis som følgende: Pris settes ut fra nytt maskinutstyr hos Ft. Utstyret som skal brukes spesifiseres med pris og summeres som en post.

Svar: Ja. "Som post 1, eget ark": Her tenkes sentralt utstyr slik som server/bakcuputstyr, programvare og tilhørende utstyr etc."

Det kom inn syv tilbud, herunder fra Norsk Tid AS (heretter kalt "klager). Klager valgte å inkludere server i sitt tilbud.

Tilbudene ble evaluert av en egen gruppe, som avga innstilling ("Rapport til Styringsgruppen"). Med hensyn til serverløsning fremgår det av innstillingen at:

"Ft aksepterer både tilbud som inkluderer serverløsning, og tilbud som ikke inkluderer dette. Den tekniske kravspesifikasjonen er for øvrig kvalitetskontrollert av IT-ansvarlig i Finansdepartementet, og deres eneste kommentar er at de anser det som en bedre løsning at Ft anskaffer serverutstyret selv. Spørsmålet kom også opp som eget punkt på leverandørkonferansen i august. Det vanlige er derimot at tilbud ikke inkluderer dette, og at Ft:IKT anskaffer server osv. selv."

Evalueringen anbefalte at det ble inngått kontrakt med Time Record Data AS, begrunnet med:

"Tilbudet anses som beste tilbud fordi:

1. *Få forbehold knyttet til kjøps- og vedlikeholdsavtalen.*
2. *Godt egnet for statlig sektor*
3. *Gode server- og databaseløsninger*
4. *Erfaring fra stordriftsmiljø"*

Når det gjaldt klagers tilbud, fremgikk det blant annet av første runde evaluering:

" Tilbudet er ikke det beste tilbudet pga:

1. Uklare prisforhold.
2. Forbehold til konkurransegrunnlaget.
3. Begrensninger i kravspesifikasjonen.

4. Forbehold til kjøps- og vedlikeholdsavtalen.”

I andre runde evaluering ble det spesielt fremhevet at klagers tilbud hadde utmerket seg ved at det var server og maskinutstyr med i tilbudet. Tilsvarende ble det fremhevet som en svakhet ved tilbudet til en annen leverandør at server ikke var inkludert.

I brev til klager 22.11.2002 meddelte innklagede om valg av tilbud. Det ble her blant annet opplyst at:

”Norsk Tid AS har ikke nådd opp som beste tilbyder. Dette skyldes i hovedsak at Norsk Tid AS tar et forbehold til at teknisk løsning skal kunne betjene 5000 samtidige brukere. Dette er et krav som av Ft er vurdert som svært viktig, og hvor Norsk Tid AS skårer vesentlig dårligere enn innstilte tilbydere.”

Innklagede ga senere en nærmere redegjørelse der det ble pekt på at tilbudte maskinvare var underdimensjonert og ville gi et ustabil system.

Den 27.2.2003 kunngjorde innklagede en ny anskaffelse i DOFFIN-databasen. I kunngjøringen fremgikk følgende:

”Statens forvaltningstjeneste (Ft) vil tilby departementene PC-tidregistreringssystem. Denne tjenesten antas å være tatt i bruk, innen utgangen av 2003, av ca. 3000 – 5000 brukere. Ft har valgt Time Recorder Data AS som leverandør av PC-tidregistreringssystem for Statsministerens kontor, departementene og Ft. Ft skal i denne sammenheng anskaffe produksjonsutstyr, applikasjonslisenser og tilhørende tjenester. Potensialet er 5 000 samtidige brukere. Antall servere som anskaffes vil være avhengig av antall departementer som ønsker å bruke det anskaffede tidregistreringssystemet”.

Partenes anførsler:

Klagers anførsler

Klager anfører at innklagede har brutt regelverket for offentlige anskaffelser. Det ble gitt inntrykk av det var en forutsetning at leverandørene også ga tilbud på en serverløsning. Denne forutsetningen er brutt, da innklagede har valgt å anskaffe serverløsning separat i en ny anskaffelsesprosess.

Hovedbegrunnelsen for ikke å velge klagers tilbud er at den tilbudte server var underdimensjonert. Dette er usaklig når innklagede har valgt å anskaffe server gjennom en ny, separat anskaffelse istedenfor.

Innklagedes anførsler:

Innklagede avviser at server inngikk i den aktuelle anskaffelsen. I kunngjøringsteksten er anskaffelsen klassifisert med CPV referanse 30240000 (programvare) og 72232000 (utvikling av programvare til transaksjonsbehandling og kundetilpasset programvare). Server er ikke angitt her.

Det er heller ikke noe i konkurransegrunnlaget som gir grunnlag for å konkludere med at server skal inngå, da server ikke positivt er angitt.

I tilbyderkonferansen fikk klager muntlig beskjed om at server ikke skulle inngå i denne spesifikke anskaffelsen. Svaret i møtereferatets punkt 11 må sees i lys av forutsetninger i pkt. 9 i møtereferatet, underbilag D. Alle systemmessige krav

som utledes av tidregistreringsprogramvaren skal angis her. Dette må forstås slik at de servermessige kravene skulle oppgis, eventuelt prises. Dette innebærer ikke det samme som at anskaffelsen skulle omfatte kjøp av server.

Avviket mellom det som ble sagt under tilbyderkonferansen og ordlyden i referatet skyldes svakhet med referatsformen, ikke med referatet fra Ft.

Leverandørene skulle kun oppgi priser på hardware som informasjon til gjennomføringen av den påfølgende hardwareanskaffelsen. Hensikten med dette var å avsløre eventuelle ekstraordinære/uvanlig kostnader på hardwaren i forbindelse med valget av software.

Ingen av de øvrige leverandørene som leverte tilbud har oppfattet anskaffelsen slik som klager. Det er vanlig å skille mellom anskaffelse av programvare og server, da leverandørene ofte ikke er forhandlere av begge deler.

Klagenemndas vurdering

Klager har deltatt i konkurransen, og har saklig klageinteresse, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig.

Klagenemndas saksbehandling er skriftlig, noe som gjør det vanskelig å ta stilling til hva som faktisk ble sagt på tilbyderkonferansen med hensyn til krav til servere. Klagenemnda vil imidlertid bemerke at når det i møter meddeles opplysninger av betydning for anskaffelsen, er det ut fra kravet til etterprøvbarehet i lovens § 5 viktig at dette fremkommer av referat i en klar og entydig form.

Klagenemnda finner det i den foreliggende sak påfallende at referatet som ble sendt ut til leverandørene klart krever at server skal være inkludert i tilbudet, mens det i evalueringen opplyses at både tilbud med og uten server ville bli akseptert. Og videre at det i evalueringen er fremhevet som et fortrinn at klager har server og maskinutstyr med i sitt tilbud, mens innklagede i tilsvaret til klagenemnda opplyser at server ikke inngikk i anskaffelsen.

At det hos Statens forvaltningstjeneste er tre ulike oppfatninger om hva anskaffelsen omfatter er uakseptabelt, og må tilskrives innklagedes saksbehandling. Referatet er ikke til å misforstå i sitt innhold, og det kan ikke være grunnlag for å hevde at "svakheter ved referatformen" er årsaken til eventuelle feil eller misforståelser. Innklagede har heller ikke gitt noen forklaring på hvorfor evalueringsgruppen har en annen oppfatning av kravet til server enn den innklagede legger til grunn i tilsvaret til klagenemnda.

Innklagedes saksbehandling og utforming av grunnlaget for konkurransen er etter dette så uoversiktlig og uklart, at dette i seg selv innebærer brudd på kravene til forutberegnelighet, gjennomsiktighet og etterprøvbarehet i lov om offentlige anskaffelser § 5.

I den nye, kunngjorte konkurransen om server fremgår det at "potensialet" er 5 000 samtidige brukere. Klagenemnda har vært i tvil om klager i sitt tilbud faktisk tok forbehold "til at teknisk løsning skal kunne betjene 5000 samtidige brukere", og om eventuelt forbeholdet har vært korrekt håndtert av innklagede. Siden det ikke er mulig å få brakt på det rene hva den foreliggende anskaffelsen faktisk omfatter, finner klagenemnda imidlertid ikke grunnlag for å ta stilling til dette.

Konklusjon:

Statens forvaltningstjeneste har brutt kravene til forutberegnelighet, gjennomsiktighet og etterprøvbarehet i lov om offentlige anskaffelser § 5 ved å ha utformet konkurransegrunnlaget og senere møtereferater på en slik måte at det er vesentlige uklarheter knyttet til hvilket utstyr anskaffelsen skulle omfatte.

For klagenemnda,
7.11.2003

Svein Dahl

Oslo,



Forsiden
Nemndsmedlemmer
Saksbehandling
Regelverk
Innkomne saker
Statistikk
Årsrapporter
Dommer
Søk i avgjorte saker

Avgjorte saker:

[2003](#) [2004](#) [2005](#)

Besøksadresse

H. Heyerdalsgate 1
0033 Oslo

Postadresse

Postboks 8132 Dep
0033 Oslo

Tlf.: 22 33 70 10

Faks: 22 33 70 12

E-post:

postmottak@kofa.no

Avgjorte saker

Avinor har gjennomført en konkurranse for anskaffelse av parkeringsteknisk utstyr til en rekke forskjellige lufthavner. Klagenemnda fant at Avinor ikke pliktet å prioritere eller vekte tildelingskriteriene før tilbudsfristen løp ut. Klagenemnda ville heller ikke overprøve Avinors innkjøpsfaglige skjønn når det gjaldt evaluering av kompetanse og installasjonserfaring. Derimot fant klagenemnda at Avinor hadde brutt diskrimineringsforbudet ved å vektlegge at klagers underleverandør ikke var etablert på det norske markedet. I tillegg var det i strid med regelverket at Avinor hadde lagt vekt på at de "kjente seg tryggere på den valgte leverandørens organisasjon". Dette var ikke oppgitt som et tildelingskriterium, og hadde heller ikke den nødvendige tilknytningen til kontraktsgjenstanden. Klager hadde en rekke andre anførsler, som rettet seg både mot Avinors skjønn, habilitet hos innklagedes eksterne rådgiver og klagefrist. Klagenemnda fant at ingen av disse anførselene kunne føre frem.

Klagenemndas avgjørelse 30. oktober 2003 i sak 2003/128

Klager: Q-Free Access AS
Postboks 3974 Leangen
7443 Trondheim

Innklaget: Avinor
Postboks 8124 Dep
0032 Oslo

Klagenemndas medlemmer: Jens Bugge, Siri Teigum, Bjørg Ven

Saken gjelder:

Plikten til å prioritere tildelingskriteriene, spørsmål om overprøving av det innkjøpsfaglige skjønn, brudd på diskrimineringsforbudet.

Bakgrunn:

Avinor (heretter kalt "innklagede") kunngjorde den 24.1.2003 en prekvalifisering for en konkurranse med forhandlinger for kjøp av parkeringsteknisk utstyr til innklagedes bilparkeringsanlegg ved forskjellige lufthavner. De aktuelle lufthavnene var Evenes, Værnes, Årø, Vigra, Flesland og Kjevik.

Fire firmaer ble prekvalifisert, herunder Q-Free Access AS (heretter kalt "klager"). De prekvalifiserte leverandørene fikk tilsendt konkurransegrunnlaget i brev av 4.3.2003. Det fremgikk at valg av tilbud skulle foretas på grunnlag av hvilket tilbud som var det økonomisk mest fordelaktige, og tildelingskriteriene var oppgitt å være kvalitet, pris, funksjonalitet, servicenivå, leveringssikkerhet, levetidskostnader (LCC) og kvalitetssikring. Tildelingskriteriene var oppgitt "*uten innbyrdes rangordning*". I kravspesifikasjonen var det opplyst at alle lufthavnene konkurransen omfattet, fra før hadde parkeringsteknisk utstyr av typen SkiData.

Alle de fire prekvalifiserte leverandørene leverte tilbud. Klager er ikke selv leverandør av parkeringsteknisk utstyr, og opplyste at deres tilbud var basert på et samarbeid med et sveitsisk selskap som leverer slikt utstyr, Zeag Ltd. Klager ville dermed opptre som forhandler av Zeags utstyr i Norge. Vedrørende klagers kompetanse på det parkeringstekniske utstyret, opplyste klager at "*Nødvendig opplæring og kompetanseoverføring mellom Zeag og Q-Free Access vil gjennomføres i Sveits slik at Q-Free kan yte best mulig service til Avinor under hele driftsperioden. Zeags tekniske personell vil også være til stede i forbindelse med installasjonen på den første lokasjonen som en del av opplæringsprogrammet... Bravida vil foreta demontasje, nødvendig kabling og installasjon på de ulike lufthavnene. Q-Free har lang erfaring med liknende samarbeid, og Bravida har lokale driftskontorer i tilknytning til alle flyplassområdene noe som muliggjør rask utrykning dersom feil skulle oppstå*". En av de øvrige deltakerne i konkurransen var Swarco Norge AS. Også deres tilbud baserte seg på et samarbeid med en leverandør av parkeringsteknisk utstyr, SkiData.

Leverandørene ble invitert til presentasjonsmøter, og fikk i etterkant av disse anledning til å fremsette avklaringer til sine tilbud. Deretter ble to leverandører, Swarco Norge AS og klager, invitert til forhandlingsmøter. For klagers del ble forhandlingsmøtet avholdt 23.5.2003. Både klager og Swarco Norge AS sendte inn justerte tilbud i etterkant av forhandlingsmøtene.

Ved evalueringen av tilbudene benyttet innklagede en ekstern konsulent. I dennes innstilling fremgikk at utstyret fra Swarco Norge AS ble vurdert som kvalitativt best. Videre fikk Swarco Norge AS høy uttelling under tildelingskriteriet leveringssikkerhet og servicenivå fordi firmaet hadde meget høy kompetanse både på parkeringsteknikk generelt og på det tilbudte utstyret. For klagers del trakk det derimot ned at firmaet hadde begrenset kompetanse på disse områdene. I tillegg ble det fremhevet at klagers samarbeidspartner Zeag for tiden ikke hadde andre installasjoner i Norge. Det trakk også ned at klager hadde forbeholdt seg noe tid etter kontraktsinngåelsen til opplæring før installasjon kunne skje. Innstillingen fortsetter med følgende passus: "*Gjennom tilbud og forhandlinger er det vanskelig å se at Q-Free har noen klar strategi for å bli en stabil/varig leverandør av P-teknisk utstyr på det norske markedet. Tilbudet bærer preg av impulstenkning knyttet til en stor potensiell leveranse. Det anses å være betydelig usikkerhet så vel til initiell leveranse som oppfølging over tid*".

På grunnlag av denne innstillingen foretok innklagede en intern evaluering. Fra denne evalueringen hitsettes:

"Konklusjonen så langt er at Swarco har en organisasjon som kjenner det

tilbudte p-utstyret godt og kontrakt med SkiData var etablert før og uavhengig av vår forespørsel. Tilbud utstyr er godt kjent på det norske markedet.

Q-Free kjenner ikke det tilbudte p-utstyret og ettersom vi forstår ble kontakt med ZEAG etablert i forbindelse med vårt tilbud. Utstyr fra ZEAG er ikke levert på det Norske marked på over 10 år, men ZEAG er stor på det internasjonale markedet. Det tilbudte utstyr vil klart tilfredsstillende våre krav. Hvor lenge det samarbeidet med ZEAG vil vare tror vi er avhengig av om de vil få denne kontrakten eller ikke og om de klarer å få til flere salg i Norge. Q-Free har imidlertid en tung organisasjon og har tilbudt p-utstyr til en god pris.

[...]

Swarco fremstår som en klar favoritt ikke minst fordi vi er tryggere på Swarcos organisasjon og kjennskap til tilbudt p-utstyr, at Swarco har etablert som en enhet på det Skandinaviske markedet og således med større sikkerhet vil bli på det Norske markedet i fremtiden".

I brev av 23.6.2003 ble klager informert om at innklagede hadde til hensikt å inngå avtale med Swarco Norge AS. Valget var begrunnet med at den valgte leverandøren har "den teknisk/økonomisk beste løsningen for Avinor". Det ble også opplyst at klagers tilbud ble rangert høyt på tildelingskriteriene pris og kvalitetssikring. Klagefristen ble fastsatt til 27.6.2003.

Innklagede inngikk kontrakt med Swarco Norge AS den 30.6.2003.

Anførsler:

Klagers anførsler:

Innklagede har handlet i strid med regelverket for offentlige anskaffelser ved å unnlate å prioritere tildelingskriteriene før tilbudsfristen løp ut. Forsyningsforskriften § 40 nr. 1 i.f. krever at tildelingskriteriene "om mulig" skal oppgis i prioritert rekkefølge. For å ivareta hensynene til åpenhet, likebehandling og forutberegnelighet, må denne bestemmelsen tolkes strengere enn en ordensforskrift. § 40 nr. 1 i.f. må derfor tolkes som en plikt for oppdragsgivere til å prioritere tildelingskriteriene, med mindre helt særegne forhold foreligger som gjør prioritering umulig.

I foreliggende sak er det ingen særegne forhold som begrunner unntak fra pliktregelen i § 40 nr. 1 i.f. Innklagede hadde derimot god tid til å utarbeide prioriteringsliste, ettersom anskaffelsen ble kunngjort 24.1.2003, og tilbudsfristen ikke løp ut før 31.3.2003.

Subsidiært anføres at vektingsmatrisen allerede var utarbeidet da tilbudsfristen løp ut. I så fall foreligger en klar plikt til å informere om vektingsmatrisen, jf. EF-domstolens sak C-470/99 (Universale Bau) premiss 97.

Innklagede har utvist usaklig og vilkårlig skjønn ved evalueringen av tilbudene i relasjon til tildelingskriteriene. Videre har innklagede delvis bygget på feil faktisk grunnlag og tatt utenforliggende hensyn.

For det første har innklagede bygget på feilaktig faktum ved beregningen av den prismessige differansen mellom klagers tilbud og det valgte tilbudet. Innklagede opplyser å ha lagt til grunn en prisdifferanse i klagers favør på kr. 131.226. Den reelle forskjellen er 1.605.996 kroner i klagers favør. Dette beløpet fremkommer ved å ta med i beregningen prisen for utstyr til Sola lufthavn. Begge tilbudene

inneholder forbehold om at leveransen utvides til også å gjelde Sola lufthavn. Dessuten har innklagede ikke tatt hensyn til flere forbehold den valgte leverandøren har tatt, og som blant annet retter seg mot kontraktens vilkår om betalingsplan og garantier. Denne feilen har ført til at innklagede har tildelt klagers tilbud en for lav score på tildelingskriteriet pris.

At innklagede nå har funnet feil ved summeringen i klagers tilbud kan ikke få betydning. Det følger av norsk avtalerett at klager uansett må være bundet av den totalpris som ble oppgitt i det endelige tilbudet. Tilbudene må derfor sammenlignes ut fra disse priser og ikke på grunnlag av de nye priser Avinors senere gjennomgang har frembragt.

Under tildelingskriteriene kvalitet og funksjonalitet har innklagede gitt klagers tilbud for lav uttelling. Klagers tilbud fikk karakteren 4 av 6 mulige på disse tildelingskriteriene, samtidig som innklagede har uttrykt at det utstyret klager tilbyr klart tilfredsstillende innklagedes krav.

Under de samme tildelingskriteriene er det feil å legge til grunn at klager har svak faglig kompetanse på det aktuelle utstyret. Klager hadde i sitt tilbud lagt til grunn at underleverandøren Zeag Ltd. ville delta i en installasjonsperiode, og at det derfor ikke vil mangle på nødvendig kunnskap om utstyr fra denne produsenten.

Under tildelingskriteriene leveringssikkerhet og servicenivå var det usaklig og diskriminerende å legge vekt på at klagers underleverandør *"Zeag har for tiden heller ingen installasjoner i Norge levert av annen leverandør"*. Innklagede har videre lagt vekt på et utenforliggende forhold, nemlig at klager ikke synes å ha *"noen klar strategi for å bli en stabil/varig leverandør av P-teknisk utstyr på det norske markedet"*. Det var i tillegg feilaktig å legge til grunn at innklagede kunne *"føle seg tryggere på Swarcos organisasjon"*. Klager begrunner dette med at Swarco Norge AS er et nytt selskap.

Innklagede har i følge klager opplyst å ha lagt vekt på at klager mangler installasjonserfaring med parkeringsutstyr generelt og med det tilbudte utstyret. Klager anfører at dette er et utenforliggende hensyn. Så lenge klager er prequalifisert, vil slik erfaring ikke utgjøre en målbar merverdi for innklagede, og hensynet kan da heller ikke knyttes sammen med risikoen for forsinkelser og feil. Subsidiært er det dessuten både usaklig og feil å legge til grunn at klager og dennes underleverandører har vesentlig dårligere installasjonserfaring enn den valgte leverandøren.

Det var videre feil ikke å gi klagers tilbud maks uttelling på tildelingskriteriet kvalitetssikring, ettersom innklagede har oppgitt at klagers tilbud ble rangert best av de innkomne tilbudene på dette punktet. Klagers tilbud fikk her karakteren 5 av 6 mulige.

Innklagedes fremgangsmåte i denne anskaffelsen henger sammen med håndteringen av en annen anskaffelse også innklaget for klagenemnda, KOFA 2003/130.

Innklagede har handlet i strid med habilitetsreglene ved å benytte en inhabil konsulent ved evalueringen av tilbudene. Klager har i en årrekke hatt et anstrengt forhold til den eksterne konsulenten som evaluerte tilbudene. Det anføres videre at konsulenten har uttalt at klager *"ikke har livets rett om man ikke endrer profilen radikalt"*. Dette indikerer at konsulenten er forutinntatt, og ikke har gjennomført evalueringen på en objektiv og nøytral måte.

Klagefristen fastsatt i brev av 23.6.2003 er for kort til å tilfredsstille regelverkets krav om at valg av tilbud skal meddeles deltakerne i konkurransen i rimelig tid før kontrakt inngås.

Vilkårene for erstatning er oppfylt.

Innklagedes anførsler:

Det foreligger ingen plikt til å prioritere tildelingskriteriene før tilbudsfristen utløper, jf. KOFA 2003/38 og KOFA 2003/105.

Matrisen for vekting av tildelingskriteriene ble ikke presentert for innklagede før 29.4.2003, nesten en måned etter tilbudsfristens utløp. Tildelingskriteriene var vektet som følger: pris – 55%, kvalitet og funksjonalitet – 25%, leveringssikkerhet og servicenivå – 12%, levetidskostnader – 5% og kvalitetssikring – 3%. At andre kriterier enn pris er vektet såpass høyt begrunnes med at utstyr ute av drift vil medføre inntektstap, og at det stilles store krav til driftssikkerhet og kundeservice på denne typen anlegg.

Innklagede bestrider at det er utvist usaklig og vilkårlig skjønn ved vurderingen av tilbudene i relasjon til tildelingskriteriene. Innklagede fastholder at resultatet av evalueringen er korrekt, og at kontrakten er tildelt det økonomisk mest fordelaktige tilbudet.

Når det gjelder tildelingskriteriet pris, la innklagede opprinnelig til grunn en prisdifferanse mellom klager og den valgte leverandøren på 131.226 kroner i klagers favør. Ved en nærmere gjennomgang har innklagede imidlertid oppdaget at klager har summert sin egen tilbudssum feil. Leverandørene skulle oppgi priser for 14 poster. Under 12 av postene skulle det oppgis særskilte beløp for hver av de seks lufthavnene konkurransen omfattet. Klager har summert post 8 Inn- og utkontrollområder feil for tre av lufthavnene, slik at et for lavt beløp er lagt til grunn i den samlede tilbudssummen. En korrekt summering medfører en prisdifferanse på 1.794.198 kroner i Swarcos favør. En så stor prisforskjell medfører at eventuelle andre mindre brudd på anskaffelsesregelverket ikke kan få avgjørende betydning for valg av leverandør.

For tildelingskriteriet kvalitet og funksjonalitet har det valgte tilbudet fått vesentlig bedre uttelling enn klagers tilbud. Evalueringen på dette punktet gjenspeiler både det tekniske utstyret, leveransen, integrasjon av forskjellig utstyr og fremtidig utvikling. I tillegg er det tatt hensyn til hvilken kunnskap leverandørene har om det utstyr som skal leveres. Selv om klagers tilbud ble vurdert som tilfredsstillende på dette punktet, er det ikke i strid med regelverket å vurdere et annet tilbud som bedre enn klagers.

For tildelingskriteriet leveringssikkerhet og servicenivå er også det valgte tilbudet vurdert som bedre enn klagers tilbud. Dette henger sammen med at Swarco Norge AS har god kompetanse på dette området. Klager har derimot ikke i tilstrekkelig grad dokumentert kunnskap om utstyr og p-teknikk, verken hos klager selv eller hos dennes underleverandører. I tillegg har klager forbeholdt seg en lengre periode med opplæring før installasjonen kan gjennomføres. Det valgte tilbudet kunne iverksette installasjonen straks kontrakt var undertegnet.

Det er relevant å legge vekt på leverandørenes installasjonserfaring knyttet til parkeringsanlegg generelt og til det parkeringstekniske utstyret som skal leveres. Innklagede viser til at dette hensynet får betydning for tildelingskriteriene leveringssikkerhet og servicenivå. Det bestrides således at installasjonserfaring ikke utgjør en dokumenterbar og kalkulerbar merverdi for innklagede.

Det erkjennes at innklagedes merknad om at klagers underleverandør Zeag Ltd. ikke har installasjoner i Norge er uheldig og ikke burde vært fremført eller vektlagt. Innklagede vurderte det imidlertid slik at en isolert inntreden på det norske markedet kunne få negative konsekvenser for den fremtidige driftssikkerheten.

Det bestrides videre at det var feilaktig å legge til grunn at man kunne "føle seg tryggere på Swarcos organisasjon". Årsaken er at Swarco Norge AS har overtatt

alt nøkkelpersonell fra Peek Traffic AS da dette firmaets forhold til underleverandøren Skidata opphørte i januar 2003. Swarco Norge AS bruker også Skidata som underleverandør.

Klager hadde ikke forholdt seg til tilbudsforespørselen vedrørende vedlikeholdsavtalen. For tildelingskriteriet levetidskostnader ble det dermed gjort en korleksjon i klagers tilbud tilsvarende gjennomsnittet av de øvrige tilbudene. Klagers tilbud ble vurdert på dette grunnlaget.

Blant deltakerne i konkurransen har klager fått best uttelling på tildelingskriteriet kvalitetssikring.

Klagers påstand om at det er sammenheng mellom denne klagen og en annen sak brakt inn for klagenemnda av klager, 2003/130, er uklar og udokumentert.

Det er ikke grunnlag for anførselen om at den eksterne konsulenten var inhabil. Klager har ikke tidligere i prosessen påtalt spørsmålet om habilitet, selv om den aktuelle konsulenten deltok på møter og befaringer. At konsulenten er forutinntatt er ikke tilstrekkelig dokumentert.

Innklagede erkjenner at klagefristen gitt i brev av 23.6.2003 var kortere enn vanlig. Fristens lengde var imidlertid fastsatt blant annet av hensyn til leverandørenes ønske om en rask avklaring. I tillegg var fristen lang nok til at klager leverte en rettidig klage. I realiteten ble derfor leverandørenes behov for å påklage tildelingen før kontraktsinngåelsen ivarettatt.

Klagenemndas vurdering:

Klager har deltatt i den aktuelle konkurransen og har saklig klageinteresse, jf. forskrift av 15.11.2002 om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig.

Klagenemnda legger til grunn at anskaffelsen av parkeringsteknisk utstyr i foreliggende sak skjer som ledd i innklagedes utnyttelse av et geografisk område til terminalanlegg for lufttransport. Anskaffelsen faller således inn under det saklige virkeområdet til forskrift 16.12.1994 om gjennomføring av EØS-avtalen vedlegg XVI punkt 4 om samordning av innkjøpsreglene for oppdragsgivere innen vann- og energiforsyning, transport og telekommunikasjon (forsyningsforskriften). Dette følger av forskrift av 15.6.2001 om offentlige anskaffelser § 1-2(4), jf. forsyningsforskriftens § 4 nr. 2. Anskaffelsens verdi overstiger de relevante terskelverdier, jf. forsyningsforskriften § 12 nr. 1 bokstav a). Det er følgelig klart at anskaffelsen reguleres av forsyningsforskriften. Dessuten reguleres anskaffelsen av lov om offentlige anskaffelser, jf. lovens § 2 bokstav c).

Plikt til å opplyse om tildelingskriterienes prioritering og relative vekt

En oppdragsgiver plikter, dersom det på forhånd er fastsatt regler for vektingen av tildelingskriteriene, å gjøre deltakerne i konkurransen kjent med disse reglene, jf. KOFA 2003/105.

Innklagede opplyser at vektingsmatrisen som lå til grunn for tildelingsvurderingen ble utarbeidet av en ekstern konsulent. I følge innklagede var denne engasjert i perioden april til juni 2003 blant annet for å bistå med evalueringen av tilbudene. Innklagede opplyser å ha fått presentert vektingsmatrisen første gang den 29. april 2003.

På bakgrunn av den fremlagte dokumentasjon legger klagenemnda til grunn at vektingsmatrisen ble utarbeidet og presentert for innklagede etter at tilbudsfristen løp ut 31.3.2003.

Spørsmålet er etter dette om oppdragsgivere har en plikt til å prioritere

tildelingskriteriene samt gjøre deltakerne i konkurransen kjent med prioriteringen før tilbudsfristen løper ut. Forsyningsforskriften § 40 nr. 1 i.f. bestemmer at tildelingskriteriene "om mulig" skal oppgis i prioritert rekkefølge i kunngjøringen eller i konkurransegrunnlaget.

Forskrift om offentlige anskaffelser §§ 10-2 annet ledd og 17-2 annet ledd inneholder samme formulering som forsyningsforskriften § 40 nr. 1 i.f. Spørsmålet om oppdragsgivers plikt til å til å prioritere tildelingskriteriene etter forskrift om offentlige anskaffelser ble behandlet av klagenemnda i sakene 2003/38 og 2003/105. I KOFA 2003/38 uttalte klagenemnda at så lenge innklagede ikke har foretatt en vektning eller prioritering av kriteriene på forhånd, innebærer bestemmelsen bare en anbefaling om å prioritere kriteriene, ikke en plikt, jf. EF-domstolens avgjørelse i sak T-183/2000 premiss 77. Etter klagenemndas oppfatning er det ingen grunn til at forsyningsforskriften skal tolkes annerledes enn forskrift om offentlige anskaffelser på dette punkt. Innklagede har følgelig ikke brutt § 40 nr. 1 ved ikke å prioritere tildelingskriteriene før tilbudsfristen løp ut.

Saklig og forsvarlig vurdering av tildelingskriteriene – pris

Partene har ulike oppfatninger av virkningene av at det i etterhånd er oppdaget en summeringsfeil i klagers tilbud. Riktig summert synes klagers tilbud å bli liggende betydelig høyere i pris enn det tilbudet som ble valgt. Klagenemnda har imidlertid ikke tilstrekkelige opplysninger, bl. a. om kontraktens behandling av de oppgitte priser, til å ta stilling til denne uenigheten og finner det heller ikke nødvendig.

Saklig og forsvarlig vurdering av tildelingskriteriene – vektlegging av kompetanse og installasjonserfaring

Av de interne innstillinger fremkommer at innklagede har vektlagt i negativ retning at klager har begrenset kjennskap til det tilbudte utstyret og til parkeringsteknisk utstyr generelt. Når det gjelder leverandørens installasjonserfaring har innklagedes eksterne konsulent i sin

evaluering for klagers del sagt at "Installasjon er forutsatt utført av lokale avdelinger av Bravida, med støtte fra Q-Free og Zeag". For det valgte tilbudet fremgår det derimot at "Installasjonsarbeidet vil bli gjennomført med personell som kjenner utstyret og utstysprodusenter meget godt". Det er således på det rene at kompetanse for så vidt angår utstyret og installasjonserfaring har blitt vektlagt ved evalueringen av tildelingskriteriene.

Leverandørens kunnskap om det tilbudte utstyret vil kunne ha betydning for hvilket servicenivå leverandøren vil kunne yte under kontraktperioden. Installasjonserfaring med parkeringsutstyr generelt og med det tilbudte utstyret kan få betydning for vurderingen av tildelingskriteriene leveringssikkerhet og servicenivå. Klagenemnda legger derfor til grunn at innklagede hadde adgang til å vektlegge leverandørens kjennskap til utstyret og erfaring med installasjon i tildelingsvurderingen. Spørsmålet er om innklagedes vurdering av klagers tilbud på disse områder var saklig og forsvarlig.

Kompetanseoverføringen mellom Zeag Ltd. og klager ble diskutert under forhandlingsmøtet mellom partene den 15.5.2003 og fulgt opp med en skriftlig redegjørelse fra klager med nærmere detaljer. Klager har videre opplyst overfor innklagede i avklaringsrundene at "For å sikre tilstrekkelig kompetanseoverføring har vi utvidet den opprinnelige avtalen med Zeag om support til å omfatte hele installasjonsfasen til Avinor. Dette innebærer at Zeag vil ha en dedikert ingeniør til vår disposisjon i installasjonsfasen som vil delta ved idriftsettelse av alle anleggene". Innklagede må følgelig ved vurderingen av klagers tilbud ta hensyn også til den erfaring Zeag Ltd. har. Ikke minst måtte det være av interesse å få kartlagt hvilken erfaring dette selskap, som har levert tilsvarende utstyr over hele verden, har med installasjonsbistand, opplæring og support til andre stedlige representanter.

Her er man imidlertid sentralt inne i innklagedes utøvelse av sitt innkjøpsfaglige skjønn. Klagenemnda har ikke full oversikt over oppdragsgivers behov, og er heller ikke spesielt skikket til å vurdere detaljene i leverandørens tilbud. Av den grunn må klagenemnda generelt vise tilbakeholdenhet når det gjelder å overprøve dette skjønnet. Etter omstendighetene finner klagenemnda ikke tilstrekkelig grunn til å sette Avinors innkjøpsfaglige skjønn til side når det gjelder selve vurderingen av leveringssikkerhet og servicenivå.

Saklig og forsvarlig vurdering av tildelingskriteriene – vektlegging av at klagers underleverandør ikke er etablert på det norske markedet

I innstillingen til innklagedes eksterne rådgiver bemerkes det at "Zeag har for tiden heller ingen installasjoner i Norge levert av annen leverandør". Dette hensynet er også trukket frem i den interne innstillingen innklagede selv utarbeidet, det fremheves at "Utstyr fra ZEAG er ikke levert på det Norske marked på over 10 år...".

En del type tjenester selges først og fremst til det offentlige. Det å være etablert i det norske marked fra før av, skal ikke føre til slike fordeler at det i realiteten utestenger utenlandske konkurrenter som er nye på markedet. Det er også andre uttalelser i evalueringen enn de ovenfor påpekte som viser trekk av uønskede etableringshindrende holdninger.

Ved å vektlegge slike hensyn har innklagede overtrådt forbudet mot diskriminering på grunn av nasjonalitet i lov om offentlige anskaffelser av 16.7.1999 nr 69 § 5 femte ledd bokstav a).

Saklig og forsvarlig vurdering av tildelingskriteriene – vektlegging av at man kjenner seg tryggere på Swarcos organisasjon

Organiseringen av leverandørens bedrifter kan vanskelig falle inn under noen av de tildelingskriteriene innklagede oppga i konkurransegrunnlaget. I tillegg finner klagenemnda det tvilsomt om kriteriet i det hele tatt har den nødvendige tilknytningen til kontraktens gjenstand, jf. EF-domstolens sak C-523/99 (Concordia Bus Finland) premiss 59. Kriteriet er lite egnet til å bidra til å identifisere det økonomisk mest fordelaktige tilbudet, jf. EF-domstolens sak C-315/01 (G.A.T.) premiss 66. Når innklagede har lagt vekt på hvorvidt man "kjente seg sikrere på den valgte leverandørens organisasjon", er dette følgelig i strid med regelverket.

Øvrige anførsler vedrørende innklagedes tildelingsevaluering

Klagenemnda har ingen innvendinger mot innklagedes vurderinger av tilbudenes kvalitet, eller den score tilbudene har blitt tildelt under kriteriet kvalitetssikring.

Klagers anførsel om at denne klagesaken har sammenheng med en annen sak brakt inn for klagenemnda av klager, 2003/130, er ikke nærmere presisert eller dokumentert, og klagenemnda kan dermed ikke ta stilling til denne.

Spørsmålet om habilitet for innklagedes rådgiver

Klager har lagt frem et utdrag fra en kunderelasjonsanalyse utført av Scandia Consult, hvor det fremkommer at innklagedes eksterne konsulent skal ha uttalt at "selskapet har vært svært aggressive mot meg personlig og jeg mener

selskapet må legge om stilen... Selskapet har ikke livets rett om ikke man endrer profilen radikalt". Det er ikke dokumentert nøyaktig når disse uttalelsene ble gitt, eller hvilke spørsmål som har foranlediget uttalelsene. På denne bakgrunn har ikke klagenemnda tilstrekkelig grunnlag for å vurdere om innklagedes eksterne konsulent var forutinntatt overfor klager på det tidspunkt han foretok evalueringen av tilbudene i den grad at det ville kunne innebære et brudd på likhetsprinsippet

Klagefrist

I meddelelsen av valg av tilbud hadde innklagede oppgitt en klagefrist på fire virkedager. Forsyningsforskriften oppstiller ingen plikt til å fastsette klagefrist ved meddelelse om valg av tilbud. Klagenemnda har ingen innvending her. I dette tilfelle kan det konstateres at det ble satt en frist som lot seg overholde.

Erstatning

På bakgrunn av de konklusjoner som er lagt til grunn i drøftelsene over, finner klagenemnda ikke grunn til å ta stilling til om vilkårene for erstatning kan være oppfylt.

Konklusjon:

Avinor handlet i strid med diskrimineringsforbudet i lov om offentlige anskaffelser § 5 tredje ledd ved å vektlegge at klagers underleverandør ikke var etablert på det norske markedet.

Avinor brøt forsyningsforskriftens § 40 første ledd ved å legge vekt på ved valg av tilbud at man kjente seg tryggere på den valgte leverandørens organisasjon, ettersom dette hensynet verken var oppgitt som et tildelingskriterium eller hadde den nødvendige tilknytningen til kontraktsgjenstanden.

**For klagenemnda
oktober 2003**

Björg Ven

30.



Forsiden
Nemndsmedlemmer
Saksbehandling
Regelverk
Innkomne saker
Statistikk
Årsrapporter
Dommer
Søk i avgjorte saker

Avgjorte saker:

[2003](#) [2004](#) [2005](#)

Besøksadresse

H. Heyerdalsgate 1
0033 Oslo

Postadresse

Postboks 8132 Dep
0033 Oslo

Tlf.: 22 33 70 10

Faks: 22 33 70 12

E-post:

postmottak@kofa.no

Avgjorte saker

Ved anskaffelse av nye avfallsbeholdere oppga innklagede i kunngjøringen at det kun var ønskelig med tilbud på avfallsbeholdere av et bestemt fabrikat og av en bestemt type. Klagenemnda fant at dette var i strid med § 12-2 (2). Klagenemnda aksepterer at ulemper med å bruke klagers produkter sammen med produkter av annen type er et relevant tildelingskriterium etter § 10-2, men påpeker mangelfull begrunnelse for det trufne valg, jf. § 12-3 (2).

Klagenemndas avgjørelse 3. november 2003 i sak 2003/152

Klager: Strømbergs Plast AS

Postboks 444

2001 Lillestrøm

Innklaget: Bø kommune

Bøgata 67

3800 Bø i Telemark

Klagenemndas medlemmer: Svein Dahl, Inger Roll-Matthiesen, Kai Krüger

Saken gjelder: Bruk av tekniske spesifikasjoner som omtaler varer av bestemte fabrikater og typer, jf. forskrift om offentlige anskaffelser § 12-2(2). Vurdering av tildelingskriteriene.

Bakgrunn:

Bø kommune (heretter kalt "innklagede") kunngjorde den 10.6.2003 en åpen anbudskonkurranse for anskaffelse av avfallsdunker i plast. Kunngjøringen inneholdt følgende beskrivelse av kontraktens gjenstand:

"Bø kommune har avfallsdunker i plast av fabrikat SHÄFER og type GMT 120,

med farge antrasitt grå. Vi ønsker å supplere desse med 2000 dunkar med grønne lokk og 2000 dunkar med brun lokk altså til saman 4000 av fabrikkat SHÄFER og type GMT 120, med farge antrasitt grå. Årsaken til at vi ønsker kunn å ha ein type dunk, er at vi da står fritt med omsyn til å nytte dunkane om kvarandre bare med å bytte lokk. I tillegg ønsker vi tekst til å sette på lokka (klistremerke av typen 3M eller tilsvarende). Leverandøren kjem med forslag på bokstavtype, farge og storleik. Dette tyder på at vi ønsker 2000 klistremerke med tekst: MATAVFALL som skal settast på dei brune lokka, 2000 klistremerke med tekst: PAPP, PAPIR OG HUSHALDNINGSPLAST som skal settast på dei grønne lokka. I tillegg ønsker vi 2000 klistremerke med tekst: RESTAVFALL som skal settast på dunkar med svart lokk".

Det var vidare opplyst at tilbudsfristen var 23.6.2003, og at levering senest måtte finne sted i uke 33 i 2003. Det fremgikk i tillegg at det økonomisk mest fordelaktige tilbudet ville bli valgt. Tildelingskriteriene var i ikke prioritert rekkefølge leveringssikkerhet og pris.

Innklagede mottok fire tilbud innen fristens utløp. En av deltakerne i konkurransen var Strømbergs Plast AS (heretter kalt "klager"). Klager tilbød 120 liters avfallsbeholdere produsert av Paul Craemer GmbH, Tyskland. Prisene var 137,50 kroner pr. avfallsbeholder og 3,50 kroner pr. klistremerke. Klager opplyste at beholderne ville bli levert i uke 33 dersom bestilling fant sted innen midten av uke 27. Videre skrev klager at *"Vi tillater oss å gjøre oppmerksom på at deres opprinnelige formulering normalt ikke kan betraktes som en åpen anbudskonkurranse. Tilsvarende har blitt overprøvd ved denne typen begrensning. Vi håper dere tar dette med i betraktning når dere foretar deres vurderinger".*

En av de andre deltakerne i konkurransen var Euroteknikk AS. Firmaet tilbød Shäfer avfallsdunker, til en pris av 143 kroner pr. beholder. Videre tilbød Euroteknikk AS klistremerker til henholdsvis 3,60 og 4,45 kroner pr. stk. Leveringstiden var tre uker.

I brev av 2.7.2003 meddelte innklagede deltakerne i konkurransen at kommunen hadde til hensikt å inngå avtale med Euroteknikk AS. Innklagede opplyste at *"Dette har bakgrunn i at Euroteknikk as innfrir alle føremonene i utlysinga. Samstundes finn vi prisskilnaden i høve til lågaste anbydar minimal".*

Klager påklaget innklagedes beslutning i brev av 3.7.2003. Klager krevet her å bli innstilt som nr. 1, ettersom klager hadde tilbudt den laveste prisen.

Som svar på klagers klage ber innklagede i brev av 8.7.s å om forståelse for det trufne valg *"...med bakgrunn i at vi ønsker å behalde eit fleksibelt system som råd med omsyn til avfallsdunkar."*

I tilsvar til klagenemnda 12.8. utdypes dette: *"På denne måten sparar vi samstundes pengar."*

Anførsler:

Klagers anførsler:

Innklagede har brutt forskrift av 15.6.2002 om offentlige anskaffelser § 12-2(2) ved å benytte tekniske spesifikasjoner som omtaler varer av et bestemt fabrikkat og av en bestemt type.

Innklagede har bygget på feil faktisk grunnlag ved sammenligningen av tilbudenes priser. Bakgrunnen er at innklagede ikke har regnet med prisen på

merking av beholderne.

Det er uriktig å omtale anskaffelsen saken gjelder som et suppleringskjøp. Anskaffelsen omfatter dobbelt så mange avfallsbeholdere som det innklagede allerede hadde på kunngjøringstidspunktet.

På det europeiske markedet er avfallsbeholdere for øvrig standardisert i standarden EN-840. Alle beholdere som møter standarden kan tømmes av samme avfallsbiler, og har tilnærmet likt utseende. Det er derfor vanlig å bytte leverandør. Innklagedes ønske om å skifte lokk på beholderne, og dermed endre bruksområdet, kan enkelt imøtekommes ved å bestille enkelte ekstra lokk. Uansett er det vanlig at deler av beholderne etter hvert går i stykker, og innklagede vil da få ekstradeler til overs.

Innklagede har lagt for stor vekt på hensynet til leveringstid. Klager viser her til at anskaffelsen ble kunngjort 10.6.2003, hele 15 uker før avfallsbeholderne måtte være på plass hos abonnentene.

Innklagedes anførsler:

Kontraktsgjensstandens art berettiger til å bruke tekniske spesifikasjoner som omtaler varer av et bestemt fabrikat, jf. forskriftens § 12-2(2). Innkjøpet representerte en supplerende avfallssystem, og det var av stor betydning for kommunen å fortsette med samme type avfallsdunker som tidligere. Årsaken var at kommunen da ville ha anledning til å skifte bruksområde for beholderne kun ved å bytte lokk. Dette er et forhold som påvirker driftskostnadene ved renovasjonssystemet.

Innklagede anfører at det var mest rettferdig overfor eventuelle deltakere i konkurransen å tilkjenne allerede i kunngjøringen at det kun var aktuelt å kjøpe inn en bestemt type avfallsbeholdere.

Selv om tilbudet fra klager var lavest priset, var prisforskjellen så liten at det samlet sett, når det tas hensyn til driftskostnadene, var rimeligst for innklagede å anskaffe samme type avfallsbeholdere.

Det var videre av betydning for valg av leverandør at Euroteknikk AS hadde kortere leveringstid enn klager. Euroteknikk AS kunne levere i uke 33 selv om bestillingen først ble foretatt i uke 30. Alle abonnentene var tomme for søppelsekker i uke 39, og de nye avfallsbeholderne måtte derfor senest være på plass da.

Klagenemndas vurdering:

Klager har deltatt i den aktuelle konkurransen og har saklig klageinteresse, jf. forskrift av 15.11.2002 om offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig.

Foreliggende dokumentasjon viser at anskaffelsens verdi ligger under de relevante terskelverdier, jf. forskrift om offentlige anskaffelser § 2-2(1). Anskaffelsen reguleres således av forskriftens del I og III, jf. § 2-1(1) og (2).

Adgang til å benytte tekniske spesifikasjoner som omtaler varer av bestemte fabrikater eller typer

Bruken av tekniske spesifikasjoner for å beskrive kontraktsgjensstanden er regulert i forskrift om offentlige anskaffelser § 12-2(2):

"Det kan ikke benyttes tekniske spesifikasjoner som omtaler varer av et bestemt fabrikat eller opprinnelse, eller angir en særlig produksjonsmetode, dersom dette favoriserer enkelte foretak. En slik spesifikasjon kan likevel foretas når kontraktsgjensstanden berettiger til det. Det er heller ikke tillatt å angi

varemerker, patenter eller typer. Kan kontraktsgjenstanden ikke beskrives tilfredsstillende på annen måte, er det likevel tillatt å bruke slik angivelse når den er ledsaget av ordene eller tilsvarende”.

Innklagede har oppgitt i kunngjøringen at det kun ønskes tilbud på avfallsbeholdere av Shäfer fabrikat, og av typen GMT 120. En slik spesifisering favoriserer forhandlere av Shäfer avfallsbeholdere i forhold til andre forhandlere av konkurrerende produkter i markedet, slik som for klageren i denne saken. Regelverket forbyr ikke kategorisk bruk av produktrelatert spesifisering, men stiller som krav at kontraktsgjenstanden tilsier at en slik spesifisering må gjøres. Det hviler da naturlig på oppdragsgiver å godtgjøre at dette vilkåret er tilfredsstillt.

Klagenemnda forstår det slik at innklagede har behov for å skifte lokk på dunkene, og at dette forutsetter at lokkene på de nye dunkene kan brukes om hverandre med lokkene på de dunkene man allerede har. I denne vurderingen har det interesse å se hen til vilkårene for suppleringskjøp ved forhandlet anskaffelse i forskriftens § 4-3 bokstav f). Slik anskaffelse (uten verken anbudskonkurranse eller utlysning) kan benyttes dersom det er teknisk uforenlig med eksisterende utstyr å anskaffe varer fra en annen leverandør, eller dersom et slikt skifte skaper uforholdsmessig store tekniske vanskeligheter ved drift og vedlikehold. Det ligger nær å tolke forskriftens unntaksregel i § 12-2 (2) i lys av dette, selv om den aktuelle anskaffelse skjedde ved kunngjort anbudskonkurranse slik at § 4-3 bokstav f ikke er aktuell i dette tilfellet.

Klagenemnda viser til at det produktet innklagede skal anskaffe er standardisert på det europeiske markedet, og at avfallsbeholderne derfor kan tømmes av samme biler, og har tilnærmet likt utseende. Problemet med å måtte holde lokkene for de to kategorier dunker atskilt i bruken synes etter dette å være relativt beskjedent og bør kunne løses på annen måte.

I følge klager overstiger den aktuelle anskaffelse i omfang langt den beholdning av dunker som innklagede allerede disponerer. Eventuelle besparelser i driftsbudsjettet ved kun å operere med én type avfallsbeholder er etter klagenemndas forståelse av saken ikke nok til at unntaket i § 12-2 (2) slår inn, men kan være relevant når den endelige tildeling skal vurderes etter § 10-2 (om dette nedenfor). Følger man innklagedes syn om forståelsen av § 12-2 (2), ville innklagede i realiteten kunne basere seg på en varig tilnærmet rammeavtale der det ved utvidelser og suppleringskjøp ikke ville bli rom for konkurranse ved produktvalget. Innklagede har for øvrig selv valgt å gjøre en vurdering av klagerens tilbud opp mot angivelige fordeler med den foretrukne leverandør av dunker lik dem man hadde fra før.

Klagenemnda kan ikke se at innklagede i tilstrekkelig grad har vist at det foreligger så store tekniske problemer med å anskaffe ny type avfallsbeholdere at kontraktsgjenstanden berettiger til å fravike forskriftens klare hovedregel om at det er forbudt å henvise til bestemte fabrikater eller typer i spesifiseringen. På bakgrunn av det foreliggende materialet finner klagenemnda dermed at innklagede har brutt § 12-2 (2).

Vurdering av tildelingskriteriene pris og leveringssikkerhet

Etter det opplyste er klagers pris på beholder med klistremerke kr. 141,- mens den tilsvarende pris for den valgte leverandør varierer fra kr. 146.60,- til kr. 147.45,-. Netto pris for beholderne er henholdsvis kr. 137.50,- og kr.143,-. Klagers tilbud var derfor visstnok det laveste, men nådde ikke opp ved innklagedes henvisning til fleksibilitetshensyn som tilsa at man holdt seg til produkter av samme fabrikat som dem man allerede hadde. Dette må henspile på problemene ved ikke å kunne bruke lokkene på dunkene om hverandre. I den grad dette kan beskrives som en økonomisk ulempe og *forutsatt at slike hensyn var oppstilt som ett av kriteriene i en vurdering av hva som er*

økonomisk mest fordelaktig, er hensynet for så vidt relevant i en slik økonomisk vurdering.

Dette var imidlertid ikke oppgitt som et vurderingstema. Det er dessuten heller ikke klargjort hvilke hensyn som faktisk har styr anskaffelsen, bortsett fra at innklagede åpenbart har vektlagt fleksibilitet så høyt at man valgte å forkaste det formelt laveste anbud. Slik tildelingskriteriene var tilkjennegitt, var heller ikke fleksibilitet et relevant tema ved valg av leverandør.

Begrunnelsen for valg av leverandør er derfor uansett for snau og burde i henhold til forskriftens krav til begrunnelse, jf. forskriftens § 10-3 (2) sammenholdt med § 3-8 (4) i tilfelle vært konkretisert med henvisning til at lav prisforskjell veies opp av

relativt større ulemper med å blande dunker av ulikt fabrikat, I brevet til klageren heter det bare at man ønsker å kjøpe samme type avfallsdunker som man allerede har, og man ber om forståelse for at man ønsker å beholde et så fleksibelt system som råd. Det er først i det senere tilsvar til klagenemnda at det nevnes at man ved slikt valg sparer penger. Siden konkurransegrunnlaget uttrykkelig begrenser seg til dunker av bestemt fabrikat samtidig som man stenger for alternative tilbud, blir det også uryddig når klagerens tilbud allikevel later til å være vurdert etter økonomiske kriterier.

Konklusjon:

Ved anskaffelsen av avfallsbeholdere har Bø kommune dels brutt forskrift om offentlige anskaffelser § 12-2 (2) ved å benytte tekniske spesifikasjoner som omtaler varer av et bestemt fabrikat og av en bestemt type, dels forsømt å gi en så fullstendig begrunnelse for sin tildeling som er forutsatt i § 10-3 (3), jfr § 3-8 (4)..

For klagenemnda,

Kai Krüger



Forsiden
Nemndsmedlemmer
Saksbehandling
Regelverk
Innkomne saker
Statistikk
Årsrapporter
Dommer
Søk i avgjorte saker

Avgjorte saker:

[2003](#) [2004](#) [2005](#)

Besøksadresse

H. Heyerdalsgate 1
0033 Oslo

Postadresse

Postboks 8132 Dep
0033 Oslo

Tlf.: 22 33 70 10

Faks: 22 33 70 12

E-post:

postmottak@kofa.no

Avgjorte saker

Klager nådde ikke opp i en konkurranse om levering av sengetøyspakker til et asylmottak. Konkurransen ble arrangert av et privat selskap, som var driftsoperatør ved mottaket etter en anbudskonkurranse avholdt av Utlendingsdirektoratet. Klagenemnda la til grunn at Utlendingsdirektoratet var å anse som reell oppdragsgiver, og således pliktet å følge prosedyrene i lov og forskrift for offentlige anskaffelser, eventuelt sørge for at driftsoperatøren fulgte anskaffelsesregelverket. Dissens

Klagenemndas avgjørelse 27. oktober 2003 i sak 2003/44

Klager: Sverre Myhrvolds Eftf. AS

Innklaget nr. 1: Hero Mottak og Kompetanse AS

Innklaget nr. 2: Utlendingsdirektoratet

Klagenemndas medlemmer: Jens Bugge, Svein Dahl, Andreas Wahl

Saken gjelder:

Regelverkets anvendelsesområde. Spørsmål om hvem som er reell oppdragsgiver. Plikt til å følge prosedyrene i lov og forskrift om offentlige anskaffelser.

Sakens bakgrunn:

Hero Mottak og Kompetanse AS (heretter kalt "HERO") arrangerte høsten 2002 en konkurranse for levering av sengetøybagger til Tanum Transittmottak i Bærum kommune. Det fremgikk av et eget konkurransegrunnlag at baggene blant annet skulle inneholde dyner og pledd. Verdien av anskaffelsen er anslått å ligge mellom 45 og 90 millioner kroner. Konkurransen ble ikke kunngjort i Norsk Lysningsblad, og fulgte for øvrig ikke prosedyrene i lov og forskrift om offentlige anskaffelser.

HERO er et privat eiet aksjeselskap og omfattes ikke av lov om offentlige

anskaffelser med forskrifter. HERO ble tildelt oppgaven som driftsoperatør for Tanum Transittmottak etter en anbudskonkurranse gjennomført av Utlendingsdirektoratet (heretter kalt "innklagede").

I avtalen mellom UDI og HERO om drift av Tanum statlig mottak, inngått i mai 2002, heter det i pkt. 1 og pkt. 3,3 bl.a.:

"Utlendingsdirektoratet har det overordnede ansvaret for mottaksdriften og kan instruere driftsoperatør innenfor avtalens rammer. Utlendingsdirektoratets Regionkontor Midt-Norge disponerer plassene i mottaket og opptrer på Utlendingsdirektoratets vegne overfor driftsoperatør når ikke annet er bestemt. Utlendingsdirektoratets Regionkontor Øst har det faglige oppfølgings- og tilsynsansvaret når det gjelder de øremerkede plassene for enslige mindreårige asylsøkere og flyktninger når ikke annet er bestemt.

Kommunal- og regionaldepartementet, Utlendingsdirektoratet, Riksrevisjonen og/eller deres representanter skal til enhver tid ha fri adgang til mottakene.

Driftsoperatøren har det operative, daglige ansvaret for mottaksdriften i henhold til denne avtale samt til de til enhver tid gjeldende styringsdokumenter:

- *Reglement fro drift av statlige mottak*
- *Plankalender for statlig mottak*
- *Plan- og økonomiinstruks for statlige mottak*
- *Instruks for tilsyn i statlig mottak*
- *Reglement for økonomisk hjelp til personer i statlige mottak*
- *Rutiner og rundskriv for statlige mottak*

...

Utlendingsdirektoratet refunderer beboernes økonomiske ytelser ifølge Reglement for økonomisk hjelp til personer i statlige mottak. Disse midlene kan ikke benyttes på annen måte enn hva reglementet forutsetter."

I driftsreglementet, pkt. 4.1 og 4.1.8, fremgår det at:

"Driftsoperatør har det utøvende ansvar for mottaksdriften. Utlendingsdirektoratet anbefaler at ansvaret for daglig drift og personalforvaltning samt økonomi innenfor driftsbudsjettets rammer delegeres til mottakets ledelse.

...

Driftsoperatør har ansvaret for at beboerne mottar økonomiske ytelser etter Pengereglementet”.

Det følger videre av Pengereglementet pkt. 5,1 at:

”Nyankomne beboere i transitt kan motta sengetøypakker. Pakken blir personens eiendom dersom vedkommende får opphold i landet.

- Sengetøypakken kan ha en verdi på inntil

- kr 1 000 inkl mva for voksne

- kr 750 inkl mva for barn

Beboere som ikke har vært i transitt kan motta ytelsen i ordinært mottak.

Refusjonsskjema for sengetøypakker skal benyttes.”

Bakgrunnen for at HERO gjennomførte konkurransen var for å oppnå en innsparing for innklagede. I brev til innklagede i forkant av konkurransen, skriver HERO blant annet at:

”Ved eventuell endring av driftsoperatør vil kontrakten kunne følge mottaket og ikke DRO (driftsoperatøren, vår anmerkning)...Før vi setter i gang med dette arbeidet ønsker vi en presisering av ansvarsfordelingen mellom UDI og Driftsoperatør. Om UDI ikke ønsker en slik tilbudsinnhenting ber vi om å få dette avklart så raskt som mulig. Vi viser videre til anbudspapirene for drift av Tanum Transittmottak punkt 6.1: ”For transittavdelingen skal mottaket ha en bemanning som dekker alle særskilte transittfunksjoner, herunder registrering, klesutdeling og annen logistikk” Her er det ikke presisert noe om ansvarsfordeling vedr. innkjøp, hovedlager, forhandlinger med leverandører etc. Dette ønsker vi å få belyst. Dersom UDI mener at dette ansvaret ligger hos DRO ser vi det også naturlig at vi vil kunne få det ovennevnte ekstra arbeidet kompensert. Hvis det er slik at UDI ser på dette som sin oppgave forventer vi at dette arbeidet blir skilt ut fra driften av mottaket.... Vi mener at med å gi Tanum de fullmakter/avklaringer som trengs vil vi kunne spare UDI for vesentlige beløp i tiden som kommer.”

UDI besvarte henvendelsen i brevet muntlig med at det var forventet at alle UDIs operatører anskaffet utstyrspakker til en så god kvalitet og pris som mulig. Følgende fremgår av internt notat utarbeidet av HERO datert 28.01.03 :

”Vi er blitt bedt av UDI om å sørge for at våre beboere blir utstyrt med klær og sengetøy, og at dette selvfølgelig gjøres innenfor de økonomiske rammebetingelser som UDI har satt. Før prosessen ble satt i gang hadde vi et møte med representanter fra UDI der vi la fram våre planer, og etter en tid mottok vi aksept for å sette i gang. Etter hvert som prosessen har skredet fram har[XX] vært i dialog med og informert UDI...”

HERO mottok flere tilbud, herunder fra Sverre Myhrvold AS, overtatt av Sverre Myhrvolds Eftf. AS pr. 01.01.03 (heretter kalt "klager") og fra Kjell Heiberg AS. Det ble deretter gjennomført forhandlinger med leverandørene. HERO besluttet etter dette å inngå avtale med Kjell Heiberg AS.

Partenes anførsler:

Klagers anførsler:

Klager anfører at ettersom HERO fikk dekket innkjøpene av sengetøy og klær direkte fra UDI, er det UDI som er reell oppdragsgiver. Anskaffelsen skulle således vært gjennomført i henhold til lov og forskrift om offentlige anskaffelser.

Klagers tilbud hadde best pris og kvalitet, og skulle således vært valgt.

Innklagedes anførsler:

Innklaget nr 1 (HERO):

HERO omfattes ikke av lov om offentlige anskaffelser. Dersom det aktuelle innkjøp omfattes av anskaffelsesregelverket, er dette UDIs ansvar og risiko. Klagers tilbud var ikke å anse som det økonomisk mest fordelaktige.

Innklaget nr. 2 (UDI)

UDI bestrider at innkjøpet omfattes av regelverket for offentlige anskaffelser. Innkjøpet er foretatt av en privat driftsoperatør. UDI har ikke deltatt i prosessen. Det lå ikke innenfor HEROs avtale med UDI å foreta en offentlig anskaffelse på vegne av UDI. Så lenge selve driften av mottaket ble konkurranseutsatt og tildelt HERO i henhold til regelverket kan ikke UDI i tillegg ha ansvar for å gjennomføre anbudskonkurranser for driftsoppgaver innenfor den allerede konkurranseutsatte driften.

Under enhver omstendighet er anskaffelsesregelverket ikke brutt ettersom det er det billigste tilbud som er valgt.

Klagenemndas vurdering:

Klager har deltatt i den aktuelle konkurransen og anfører at den ikke ble gjennomført i henhold til regelverket for offentlige anskaffelser. Klager har følgelig saklig klageinteresse, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig.

Problemstillingen for klagenemnda er om innkjøpet skulle fulgt regelverket for offentlige anskaffelser. Dersom dette er tilfellet, er det på det rene at anskaffelsesprosessen ikke har fulgt anskaffelsesreglene, og klagenemnda finner da ikke grunn til å komme nærmere inn på hvilket tilbud som skulle vært valgt.

Klagenemnda har vært delt i synet på den aktuelle konkurransen. Flertallet, bestående av Svein Dahl og Andreas Wahl legger til grunn:

Problemstillingen er om lov om offentlige anskaffelser med forskrifter kommer til anvendelse når en anskaffelse skjer for en offentlig virksomhets regning, men i en annens navn. At det i et slikt tilfelle ikke er noen formell kontrakt mellom den offentlige virksomhet og leverandøren kan ikke være avgjørende. Det foreligger

her en kontrakt mellom UDI og Hero om levering av utstyrspakker til beboerne, og det er utvilsomt at levering av slikt utstyr er en sentral statlig oppgave. Utgiftene til dette er etter avtalen mellom UDI og Hero direkte refunderbare tilleggsytelser. Driftsoperatøren Hero har da ingen økonomisk risiko eller økonomisk incitament knyttet til anskaffelsen. Det er da etter flertallets oppfatning naturlig å betrakte dette som en anskaffelse undergitt de offentlige anskaffelsesregler, hvor operatøren bare forestår innkjøpet på vegne av UDI. UDI må i slike tilfeller være forpliktet til i sitt avtaleforhold med driftsoperatøren å sørge for at denne følger dette regelverk. Hvis man i slike tilfeller - med direkte refunderbare tilleggsytelser - ikke gir regelverket for offentlige anskaffelser anvendelse, åpner man etter flertallets mening for åpenbare omgåelsesmuligheter.

Klagenemndas mindretall, Jens Bugge, bemerker:

Forskriften om offentlige anskaffelser har ifølge § 1-3 jf. § 1-1 anvendelse på bl.a. offentlige varekontrakter som inngås av oppdragsgivere som nevnt i § 1-2, d.e. "statlige, fylkeskommunale eller kommunale myndigheter, eller offentligrettslige organer og sammenslutninger dannet av en eller flere av disse".

Ifølge den foreliggende avtale mellom UDI og HERO om driften av Tanum Transittmottak har HERO, som driftsoperatør, det operative, daglige ansvar for mottaksdriften i henhold til bl.a. "Reglement for drift av statlig mottak" (Driftsreglementet) og "Reglement for økonomisk hjelp til personer i statlig mottak" (Pengereglementet). Det følger av Driftsreglementet (DEL A pkt. 4.1.8.) at driftsoperatøren har ansvaret for at beboerne mottar økonomiske ytelser etter Pengereglementet, således bl.a. sengetøypakke, som kan ha en nærmere angitt verdi og som blir mottakerens eiendom dersom vedkommende får opphold i Norge (Pengereglementets pkt. 5.1.).

Etter mindretallets oppfatning følger det da av avtalegrunnlaget at kontrakt om anskaffelse av de omhandlede sengetøypakker må anses inngått mellom vedkommende leverandør og HERO. Den omstendighet at HERO i henhold til driftsavtalen og de nevnte styringsdokumenter får sine utlegg til anskaffelsen av pakkene refundert av UDI (som en "direkte refunderbar tilleggsytelse", jf. Pengereglementets pkt. 5), og at UDI i etter avtaleverket har en overordnet instruksjonsrett i forhold til HERO, medfører etter mindretallets syn ikke at anskaffelseskontrakten kan regnes som inngått av UDI. Mindretallet kan heller ikke se grunnlag for slike omgåelsesbetraktninger som flertallet viser til.

Avtalen mellom UDI og HERO innebærer at driften av asylmottaket er bortsatt til en privat operatør, at den er "privatisert" så langt avtalen rekker. Finner man det ønskelig at regelverket om offentlige anskaffelser gis anvendelse på anskaffelser som driftsoperatøren foretar innenfor rammen av de fullmakter og det ansvar han har etter avtalen, må regelverket etter mindretallets mening endres.

Mindretallet finner således at regelverket om offentlige anskaffelser ikke er brutt ved HERO's anskaffelse av sengetøypakker.

Konklusjon:

UDI har brutt forskrift om offentlige anskaffelser § 4-1 ved ikke å ha fulgt regelverkets prosedyrer ved anskaffelse av utstyrspakker til beboerne på Tanum transittmottak.

For klagenemnda,

Andreas Wahl
27.10.03



Forsiden
Nemndsmedlemmer
Saksbehandling
Regelverk
Innkomne saker
Statistikk
Årsrapporter
Dommer
Søk i avgjorte saker

Avgjorte saker:
[2003](#) [2004](#) [2005](#)

Besøksadresse
H. Heyerdalsgate 1
0033 Oslo

Postadresse
Postboks 8132 Dep
0033 Oslo

Tlf.: 22 33 70 10

Faks: 22 33 70 12

E-post:
postmottak@kofa.no

Avgjorte saker

Innklagede unnlot å innkalle klager til forhandlinger på grunn av manglende angivelse av kurssted og fordi klagers tilbud ikke var tilstrekkelig egnet til å kvalifisere deltakerne. Klagenemnda fant at klagers angivelse av kurssted oppfylte kravet i konkurransegrunnlaget og fant det ikke godtgjort at det var grunnlag for å utelukke klager fra forhandlingene på grunn av tilbudets innhold.

Klagenemndas avgjørelse 20.10.2003 i sak 2003/96

Klager: Stjørdal-Meråker Trafikkskole

Innklaget: Aetat tiltak

Klagenemndas medlemmer: Jens Bugge, Siri Teigum, Bjørg Ven

Saken gjelder:

Utvelgelse til forhandlinger.

Sakens bakgrunn:

Den 20. februar 2003 kunngjorde Aetat tiltak (heretter "innklagede") konkurranse med forhandlinger for anskaffelse av AMO-kurs for førerkort klasse CE (førerkort for lastebil og lastebil med tilhenger). Etter kravspesifikasjonene i konkurransegrunnlaget skulle oppstart for kurset være 31. mars, med 11 ukers varighet, for 18 deltakere. Kurset skulle dekke teoretisk og praktisk opplæring i å kjøre lastebil med og uten tilhenger, samt ADR-opplæring. Leverandørene skulle stille med nødvendig teknisk utstyr.

Konkurransegrunnlaget oppga at kontrakten ville bli tildelt den som hadde det

økonomisk mest fordelaktige tilbudet. Tildelingskriteriene var: pris, faglige kvalifikasjoner, kursperiode, kvalitet og aksept av kontraktsvilkår, i ikke prioritert rekkefølge. Innklagede stilte i tillegg en rekke generell krav til kursarrangør, herunder at undervisningen skulle foregå i "lokaler som er godt egnet til opplæringsformål" og "Kurssted Oslo." I vedlegget til konkurransegrunnlaget, som leverandørene skulle fylle ut, het det: "Spesifiser om det gjelder egne eller leide rom. For leide rom/lokaler skal kopi av leiekontrakten vedlegges. Eventuelt sett opp kostnadsoverslag for leie".

Stjørdal-Meråker trafikkskole (heretter kalt "klager") leverte et tilbud på kurs i førerkort klasse CE på kr. 506 015, inklusive mva, skatter og andre avgifter. Kurslokaler/-sted var ikke angitt i klagers tilbud, men det var satt av en post (nr. 4 – 3) til husleie for leide lokaler, der leie av klasserom ble beregnet til 30 000 kr og leie av verkstedhall til 10 000 kr.

Aetat valgte tilbudet til Romerike buss- og trailerskole AS (heretter "RBT"). Dette tilbudet lød på kr. 831 331.

Saksbehandling:

I alt fire tilbydere deltok i konkurransen. Alle tilbyderne unntatt klager ble innkalt til forhandlinger. Etter forhandlingene ble tilbudet til RBT valgt.

I brev til klager av 21. mars begrunnet innklagede valget av slik:

"RBT har gode referanse, bra nettverk, lokaler nært offentlig kommunikasjon og er kjent for å gjennomføre kursene sine med god kvalitet".

Valget ble påklaget. Etter anmodning ga innklagede en nærmere begrunnelse som følger:

"RBT har levert god kvalitet på tidligere kurs, de har et bra nettverk som de kan bruke for å få deltakerne ut i jobb, lokaler rett i nærheten av offentlig kommunikasjon i Oslo/Akershus og gode referanser. Kriterier for valg av leverandør er pris, faglige kvalifikasjoner, kursperiode og kvalitet (ikke i prioritert rekkefølge)".

Partenes anførsler:

Klagers anførsler:

Klager anfører brudd på forskrift om offentlige anskaffelser § 17-2. Regelverket er brutt ved at klager ikke ble innkalt til forhandlinger. Klager leverte det økonomisk mest fordelaktige tilbudet.

Alle krav i kunngjøringen og konkurransegrunnlaget var oppfylt og tatt med i summen. Dette illustreres ved at klagers tilbud ikke ble avvist. Klagers tilbud var 40% lavere enn det tilbudet som ble valgt. Om man legger til de gebyrene som Romerike buss- og trailerskole hadde inkludert, er klagers tilbud fortsatt 15-20% lavere. At klagers tilbud ikke ble avvist, viser at kriteriene var oppfylt.

Grunnen til at Romerrike buss- og trailerskole ble valgt, var at innklagede hadde benyttet denne skolen i ti år.

Innklagedes anførsler:

Innklagede bestrider å ha brutt regelverket for offentlige anskaffelser. Tilbudet til RBT var det økonomisk mest fordelaktige. Det ga deltakerne best mulighet til å bestå førerprøven og mulighet til å komme ut i jobb.

At klagers tilbud falt gjennom, skyldes for det første at klager ikke hadde oppgitt kurssted i Oslo. Dette var et krav i konkurransegrunnlaget. Innklagede var avhengig av å få lokaler i nærheten av offentlig kommunikasjon. I tillegg var det viktig at det i lokalene var telefon, telefaks og internett, slik at arbeidssøkerne kunne kontakte kursholderen hele kursperioden. Innklagede kunne ikke vurdere hvor egnet det leide lokalet til klager ville være.

For det annet var klagers tilbud lite tilfredstillende når det gjaldt oppfyllelse av kravspesifikasjonene for øvrig. Klagers tilbud var mindre egnet til å kvalifisere deltakerne til å bestå førerprøve CE, fordi det inkluderte færre kjøretimer enn øvrige tilbud. Dessuten er det innklagedes erfaring at minst 20% av kursdeltakerne stryker både på teori- og praksisprøven. Dette hadde klager ikke tatt høyde for i tilbudet. Obligatorisk glattkjøring og enkelte gebyrer var heller ikke med i klagers tilbud. Klagers tilbud ville vært på omtrent samme nivå som de andre tilbyderne hvis alle kravene hadde vært dekket.

Romerike buss- og trailerskoles referanser ble vektlagt. Referanser var ikke uttrykkelig benevnt som kriterium, men gir en god indikasjon på kvalitet. Forskriften § 12-5 (1) gir anledning til å legge vekt på tidligere god erfaring. Hvis klagenemnda likevel skulle komme til at det innklagede ikke hadde anledning til å vektlegge referanser, opplyses det om at dette uansett ikke har vært avgjørende for valg av tilbyder.

Klagenemndas vurdering:

Klager har deltatt i anbudskonkurransen, og har saklig klageinteresse, jf. forskrift om klagenemnd om offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Anskaffelsen er et tjenestekjøp, og følger etter sin verdi reglene i forskrift om offentlige anskaffelser del III, jf. forskriftens § 2-1.

For konkurranse med forhandling gjelder forskrift om offentlige anskaffelser § 16-3. Etter annet ledd skal utvelgelsen av leverandører som inviteres til forhandlinger skje på bakgrunn av foreliggende informasjon om leverandørens stilling og tekniske, økonomiske og finansielle kapasitet (kvalifikasjonskrav).

Når det gjelder lokaler, var innklagedes krav at leverandørene skulle legge ved kopi av leiekontrakt eller sette opp et kostnadsoverslag for leie. Klager gjorde det siste, og tilbudet var da i overensstemmelse med konkurransegrunnlaget. Dermed var det ikke grunnlag for å avvise tilbudet etter forskriften § 15-10 første ledd bokstav c. Det var da heller ikke anledning til å utelukke klager fra forhandlinger som følge av mangler ved tilbudet.

En oppdragsgiver kan etter forskriften § 16-3 tredje ledd utelukke en leverandør fra forhandlinger dersom leverandøren ikke har en reell mulighet til å få tildelt kontrakten. Klagenemnda finner det ikke godtgjort at ikke klager hadde hatt mulighet til å få kontrakten etter forhandlingene.

Konklusjon:

Aetat tiltak har brutt forskrift om offentlige anskaffelser § 16-3 ved ikke å velge ut Stjørdaal-Meråker Trafikkskole til forhandlinger.

For klagenemnda,

20. oktober 2003

Siri Teigum



Forsiden
Nemndsmedlemmer
Saksbehandling
Regelverk
Innkomne saker
Statistikk
Årsrapporter
Dommer
Søk i avgjorte saker
Avgjorte saker:
[2003](#) [2004](#) [2005](#)

Besøksadresse
H. Heyerdalsgate 1
0033 Oslo

Postadresse
Postboks 8132 Dep
0033 Oslo

Tlf.: 22 33 70 10

Faks: 22 33 70 12

E-post:

postmottak@kofa.no

Avgjorte saker

Innklagede har gjennomført en anbudskonkurranse. Klagers tilbud oppga svært lave delpriser for enkelte poster, og innklagede oppjusterte disse. Klagenemnda fant det ikke godtgjort at prisene berodde på en feil fra klagers side, og heller ikke var det åpenbart hvordan prisene i så fall skulle vært rettet. Oppjusteringen av prisene var således i strid med regelverket.

Klagenemndas avgjørelse av 20.10.2003 i sak 2003/197

Klager: Entreprenørforretning Jan E. Ellefsen AS

Innklaget: Tønsberg kommune

Klagenemndas medlemmer: Jens Bugge, Siri Teigum, Bjørg Ven

Saken gjelder: Uhjemlet retting av åpenbare feil.

Bakgrunn

Tønsberg kommune kunngjorde 10.7.2003 en åpen anbudskonkurranse om bygge- og anleggsarbeider for gang- og sykkelvei. Det fremgikk av kunngjøringen at det ville bli lagt vekt på, i prioritert rekkefølge:

” 1. Pris

2. Fremdrift

3. Kvalifikasjoner og profesjon”

Kriteriene for valg av tilbud ble endret i anbudsinnbydelsen (konkurransegrunnlaget). Det fremgikk her at kriteriene nå var, i ikke-prioritert rekkefølge:

- ” - *Anbudspris (korrigert etter kontrollregning)*
- *Pris for valgt utførelse*
- *Fremdrift*
- *Kapasitet*
- *Arbeidsopplegg*
- *Valg av underentreprenører*
- *Kvalitet*
- *Service*
- *Teknisk bistand*
- *Fleksibilitet*
- *Samarbeidsevne*
- *Erfaring fra tilsvarende arbeider”*

I konkurransegrunnlaget fremgikk det for øvrig at:

”Enhetsprisene skal avspeile det reelle arbeidet som forutsettes utført for hver enkelt post som er beskrevet. Ved spekulative priser forbeholder tiltakshaver seg retten til å forkaste anbudet eller justere enhetsprisene”.

Det fulgte et skjema med konkurransegrunnlaget der leverandørene skulle fylle ut alle delpriser for oppdraget. I post nummer 04.12.1 ble det opplyst at:

”Overskuddsmasser og ubrukelige masser kjøres til deponering eksternt etter avtale. Opplasting, transport og eventuelle tippkostnader inkluderes. Entreprenøren skaffer selv deponeringssted eksternt. Det skal fremlegges avtale med grunneier om tillatelse til deponering og stedet skal være godkjent for formålet”.

Innklagede mottok 13 tilbud, herunder fra Jan E Ellefsen AS (heretter kalt ”klager”). For de fire tilbudene med laveste pris ble det foretatt summeringskontroll og kontroll på at alle poster var utfylt. To av tilbudene ble som følge av dette avvist.

Innklagede fant tre av postene for regningsarbeider i klagers tilbud svært lave. Dette gjaldt veiarbeid som var oppført med kr. 30, håndtlinger og formann med kr. 28,- og anleggsleder og ingeniør med kr. 40,-. For disse postene hadde innklagede i skjemaet lagt til grunn henholdsvis 200 timer og 100 timers forbruk, slik at sum for disse postene ble kr. 6.000,-, 2.800,- og 4.000,-. Innklagede anså postene som åpenbart feilpriset, og multipliserte timeprisene med 10.

I klagers tilbud var det vedlagt en erklæring fra en grunneier om fullmakt til å benytte et område for fylling av masser. Dette deponiet er ennå ikke godkjent.

Også Vestfold Anlegg AS (heretter kalt VA) levert inn tilbud. Post for anleggsleder var her ført opp med kr. 0,- samtidig som det ble opplyst at denne timeprisen var tatt med i riggposten. VA forutsatte å kjøre overskuddsmasser til Freste Pukkverk. Det ble i tilbudet opplyst at dette er en eksisterende tipplass,

og at det derfor ikke var nødvendig å legge ved avtale med grunneier. Under evalueringen kontaktet innklagede Freste Pukkverk for å avklare om det hadde godkjenning for mottak av masser.

Videre var det i tilbudet fra VA ikke ført enhetspriser for en post i tilbudets kap. SSV. Innklagede la skjønnsmessig til kr. 200,- på denne posten i vurderingen. Dette er blant de høyeste prisene i de øvrige tilbudene. Klagers tilbud hadde priset posten til kr. 123,-.

Ved kommunens evaluering av tilbudene ble det lagt til grunn at *"Iht konkurransegrunnlaget for denne anbudskonkurransen skal det **prismessig** laveste tilbudet velges"*.

Av et notat fremlagt av innklagede under klagebehandlingen fremgår at kommunen i forhold til de øvrige tildelingskriteriene angitt i konkurransegrunnlaget vurderte klageren og VA som tilnærmet likeverdige, og at disse kriteriene derfor ikke ville ha innvirkning på valg av tilbud.

Klagers tilbud var i utgangspunktet lavest i pris. Som følge av oppjusteringen av de nevnte timeprisene endte klagers tilbud som nest lavest i pris, etter tilbudet fra VA.

I brev av 8.9.2003 ble klageren meddelt at kommunen hadde besluttet å tildele kontrakten til VA. Det heter i brevet:

"Etter kontrollregning og korreksjoner for regnefeil og åpenbare feil har Vestfold Anlegg AS det laveste tilbudet. For korreksjon av åpenbare feil vises det til §16-1(3) i nevnte forskrift samt NS 3400 pkt. 13.2 og anbudsreglene pkt. 6.1-e".

Kommunens beslutning ble påklaget av klageren, men klagen er ikke blitt tatt til følge.

Partenes anførsler

Klagers anførsler

1. Laveste pris

Det anføres prinsipalt at klagers tilbud var lavest i pris, og skulle vært valgt.

Postene 01.3.3., 01.3.4. og 01.3.10 skulle ikke vært rettet. Prisingen var gjort med hensikt og var reelle. Det forelå derfor ingen åpenbar feil i prisingen.

Uansett må det være utvilsomt hvordan en feil skal rettes, før oppdragsgiver kan foreta en slik retting. Dette var ikke tilfelle. Økningen i timeprisene fremstår som vilkårlig.

Når det er tale om en så stor økning i prisene, pliktet innklagede å innhente opplysninger fra klager, jf. forskriftens § 16-1 (2) a).

Dersom innklagede mente at det forelå et unormalt lavt tilbud, skulle prosedyrene for dette i forskriftens § 15-11 vært fulgt. Klager skulle således vært gitt anledning til å gi forklaring på prisene.

Det foreligger ikke spekulativ prising. Tilbudene reflekterer korrekt bruk, og det er tatt en forretningsmessig risiko ved avvik. Prisingen er gjort bevisst, ved at dette er poster som normalt ikke kommer til anvendelse.

2. Avvisning av det valgte tilbudet

Subsidiært anfører klageren at VAs tilbud skulle vært avvist.

Det fremgår av konkurransegrunnlaget at deponiet skal være godkjent og at leverandøren skal legge ved avtale med grunneier. Slik avtale var ikke vedlagt det valgte tilbudet.

I post 04.12.1. er det et vilkår at leverandøren skal ordne med ekstern tipplass for overskuddsmasser og utbrukelige masser. Freste Pukkverk kan kun ta i mot *rene* masser, og har således ikke godkjenning for mottak av ubrukelige masser.

Den valgte leverandøren må anses å ha tatt et forbehold i strid med forskriftens § 15-10 (1) d) og § 15-12 (a), og skulle derfor vært avvist. Den valgte leverandøren oppfyller videre ikke kravene som er satt i konkurransegrunnlaget.

Det var i strid med likebehandlingsprinsippet at innklagede selv tok kontakt med Vestfold Anlegg og Freste Pukkverk for å innhente nærmere opplysninger om forholdet.

Innklagedes anførsler

1. Laveste pris

Postene 01.3.3., 01.3.4. og 01.2.10 er åpenbart priset feil og skal rettes. Det forelå to løsninger. Enten å forkaste tilbudet eller å foreta en retting. Innklagede valgte under tvil det siste, og mente at det ved å multiplisere postene med 10 ble riktig nivå.

Dersom prisene ikke var blitt rettet, ville dette føre til en konkurransevridning. Klager kunne da velge å utføre tilleggsarbeid med personell i kategoriene med "riktig" pris.

Prisene på postene er ikke uklare, og det var derfor ikke grunn til å avklare prisene med klager. Det avgjørende er om feilen er åpenbar eller ikke. Hva leverandøren vil svare på dette vil avhenge av avstanden til neste leverandør. Man kan ikke beholde en pris som åpenbart er feil, selv om leverandøren skulle påstå at prisen er riktig.

2. Deponi av overskuddsmasser

Hensikten med kravet om at det skulle fremlegges avtale med grunneier, var å sikre at massene ikke deponeres i ulovlige fyllinger. Klagers tilbud hadde med en erklæring fra en grunneier om fullmakt til å benytte et område for fylling av masser. Søknaden om tillatelse til massedeponi er ennå ikke behandlet. En slik avtale med grunneier er da av liten verdi.

VA forutsatte i tilbudet å kjøre overskuddsmasser til Freste Pukkverk. Det ble i tilbudet påpekt at dette er en eksisterende tipplass, og at det da ikke var nødvendig å legge ved avtale med grunneier.

Det oppsto uklarheter om Freste Pukkverk hadde godkjenning for mottak av masser, og det ble derfor tatt kontakt for å avklare dette. En slik fremgangsmåte er kurant.

Klagenemndas vurdering

Klager har deltatt i konkurransen og har saklig klageinteresse, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Arbeidet følger etter sin verdi reglene i forskrift om offentlige anskaffelser del III, jf. forskriftens § 2-1.

1. Laveste pris

Klagers prinsipale anførsel er at hans tilbud var lavest i pris og etter konkurransegrunnlaget skulle vært valgt.

Etter § 16-1 (3) i forskriften om offentlige anskaffelser har en oppdragsgiver som blir oppmerksom på åpenbare feil i tilbudet, adgang til (og plikt til) å rette disse dersom det er utvilsomt hvordan feilene skal rettes. Andre åpenbare feil skal vurderes etter reglene i forskriftens § 15-10.

Etter § 15-10 (1) bokstav d skal, ved åpen anbudskonkurranse, et tilbud avvises når det på grunn av feil eller uklarheter oppstår tvil om hvordan tilbudet skal bedømmes i forhold til de øvrige tilbudene. Før et tilbud avvises fordi det virker unormalt lavt, skal imidlertid etter § 15-11 (1) oppdragsgiver "skriftlig forlange relevante opplysninger om de enkelte delene av tilbudet og etterprøve disse på grunnlag av de forklaringer som blir gitt".

Innklagede gjorde ingen henvendelse til klager for å få klarlagt om de omhandlede timeprisene var korrekt oppgitt og var reelle, men foretok korreksjon ved å multiplisere prisene med 10, uten varsel til klager.

Under klagebehandlingen har klager fastholdt at de oppgitte timeprisene var reelle og at det ikke var noe grunnlag for å korrigere dem.

Så lenge klager således bestrider at det er feil ved prisingen av tilbudet, antar klagenemnda at dette må legges til grunn. Selv om det i konkurransegrunnlaget var forutsatt at prisene skulle gjenspeile de faktiske kostnadene knyttet til arbeidene, kunne innklagede etter klagenemndas mening ikke uten videre legge til grunn at det var tale om en feil uten å ha forlangt opplysninger om denne del av tilbudet i samsvar med forskriftens § 15-11 (1).

Uansett kan det ikke ha fremstått som utvilsomt hvordan feilene skulle rettes. Klagenemnda finner derfor at det ikke var berettiget av innklagede å oppjustere prisene i klagers tilbud. Endringen var således i strid med forskriftens § 16-1 (3).

2. Avvisning av det valgte tilbudet

Dette klagegrunnlag er anført subsidiært i klagen. Da klager får medhold på det prinsipale grunnlag, og da dessuten opplysningene om hvorvidt Vestfold Anlegg AS oppfylte anbudsvilkåret om godkjent deponeringsplass fremstår som til dels motstridende og uklare, finner klagenemnda ikke grunn til å ta stilling til denne del av klagen.

Konklusjon:

Tønsberg kommune har brutt forskrift om offentlige anskaffelser § 16-1 (3) ved å oppjustere delpriser i tilbudet fra Jan E. Ellefsen AS

For klagenemnda,
20.10.03

Jens Bugge



Forsiden
Nemndsmedlemmer
Saksbehandling
Regelverk
Innkomne saker
Statistikk
Årsrapporter
Dommer
Søk i avgjorte saker

Avgjorte saker:

[2003](#) [2004](#) [2005](#)

Besøksadresse

H. Heyerdalsgate 1
0033 Oslo

Postadresse

Postboks 8132 Dep
0033 Oslo

Tlf.: 22 33 70 10

Faks: 22 33 70 12

E-post:

postmottak@kofa.no

Avgjorte saker

Innklagede valgte tilbud i en konkurranse om byggeledertjenester, men gjorde deretter om beslutningen. Klagenemnda la til grunn at det må foreligge feil eller mangler ved beslutningen om valg av tilbud som kan ha påvirket resultatet, før denne kan omgjøres. Det var ikke tilfelle i den foreliggende saken, og omgjøringen var derfor i strid med forskriftens § 10-3 (3).

Klagenemndas avgjørelse av 17.10.2003 i sak 2003/183

Klager: Interconsult ASA

og

Reinertsen Engineering AS

Innklagede: Ullevål Universitetssykehus HF

**Klagenemndas medlemmer: Per
Christiansen, Inger Marie Dons Jensen,
Andreas Wahl**

Saken gjelder: Omgjøring av beslutning om tildeling av kontrakt, forskriften § 10-2 og 10-3 (3)

Bakgrunn:

Ullevål Universitetssykehus HF (heretter kalt ?innklagede?) kunngjorde 4.2.2003 anskaffelse av byggeledertjenester som en åpen anbudskonkurranse. I konkurransegrunnlaget ble det opplyst at leverandørens tekniske kvalifikasjoner, herunder faglig kompetanse, effektivitet, erfaring og pålitelighet, ville bli vurdert, og at det ville bli lagt vekt på leverandørens finansielle og økonomiske stilling. Det ble bedt om dokumentasjon på kvalifikasjonene.

Videre ble det opplyst at kontrakt ville bli tildelt på grunnlag av det økonomisk mest fordelaktige tilbud. Tildelingskriteriene i ikke-prioritert rekkefølge var ? Pris?, ?Forbehold?, ?Gjennomføringsplan med tilhørende bemanningsplan/ressursplan? og ?Referanser og kvalitetssystem?.

?Pris? skulle angis i ?Utfylt prisskjema?. Forbehold måtte framgå klart i eget følgeskriv til tilbudsbrevet. Det var tale om en fastpriskontrakt. Det skulle også oppgis pris i reklamasjonsperiode og priser for fem ressurskategorier. Regningsarbeid skulle avregnes etter avtalte satser og skriftlig spesifiserte oppgaver.

Tilbudene:

Innklagede mottok åtte tilbud, herunder fra Reinertsen Engineering AS og Interconsult ASA (heretter kalt ?klager?), som valgte å levere inn et felles tilbud. I klagers tilbud var samlet honorar kr 7.884.500 eks. mva. Det ble også oppgitt timepriser for fem ulike kategorier av arbeidskraft. Honorar for reklamasjonsperioden var kr 1.026.000. I den vedlagte gjennomføringsplanen ble det lagt til grunn til sammen 14.506 timer.

Innklagede mottok også et tilbud fra OPAK. Samlet honorar var kr 6.980.000 eks. mva. Honorar i reklamasjonsperioden var satt til kr. 200.000. Det ble angitt timepriser for fire kategorier arbeid. I gjennomføringsplan ble det angitt 12.560 timer.

Innklagedes opprinnelige evaluering

Innklagede engasjerte en innleid prosjektleder til å evaluere tilbudene. Prosjektlederen informerte leverandørene i brev 19.5.2003 om at klager ville bli tildelt kontrakt. Som begrunnelse ble oppgitt:

? - *Har dokumentert erfaring og referanser fra tilsvarende oppdrag. Tilbudte personell*

for alle byggelederfunksjonene innehar den rette kompetanse på område.

- *Gjennomføringsplan med tilhørende bemanningsplan/ressursplan indikerer at tilstrekkelige ressurser er stilt til rådighet for oppdraget slik at beskrevet ytelse blir ivaretatt på en tilfredsstillende måte.*

- *En pris som er konkurransedyktig og timepriser som er bransjenormale.*

- *Ingen forbehold av betydning.?*

Valg av tilbud ble påklaget av OPAK. I brevet til innklagede argumenterte OPAK med at oppdraget var en fastpriskontrakt, og at OPAKs tilbud var ca. 12 % lavere en klagers. Videre ble det gjort gjeldende at OPAK ikke hadde noen forbehold, at det var satt av ?nødvendige og kvalifiserte ressurser?, og at det var dokumentert ?mer enn gode nok referanser?.

I brev 19.6.03 ble klager informert om at beslutningen om tildeling av kontrakt var annullert, fordi beslutningen ikke var i samsvar med anskaffelsesforskriften § 10-2.

Nærmere begrunnelse for annullasjonen ble gitt i brev til klager 3.9.2003. Her ble det opplyst at prosjektlederen ved sin evaluering hadde gjort en feil ved å legge avgjørende vekt på at klager la fram ?en bedre gjennomføringsplan/bemanningsplan/ressursplan? enn OPAK. Etter innklagedes mening var det ikke anledning til å tillegge dette kriteriet samme vekt som pris, fordi kriteriet også var oppgitt som et kvalifikasjonskrav.

Videre mente innklagede at det var begått feil ved evalueringen av kriteriet ? pris?. OPAK skulle ikke ha fått et tillegg for å ha oppgitt lavere timeantall enn klager. Ved fastprisoppdrag som her, har leverandørene risikoen for at ytelsesspesifikasjonen blir oppfylt med det timeantallet som er angitt.

Ny evaluering

Innklagede nedsatte en ny evalueringsgruppe som innstilte på at OPAK skulle tildeles kontrakten. Gruppen var ikke kjent med den første evalueringen. Den visste at det var gjennomført avklaringsmøter, men ba ikke om referat eller informasjon om disse. Gruppen anså det heller ikke nødvendig å avholde nye avklaringsmøter.

Ved den nye evalueringen ble det konkludert med at OPAKs tilbud var det økonomisk mest fordelaktige, og innstilt på at dette tilbudet skulle velges.

Partenes anførsler

Klagers anførsler

1. Omgjøring av beslutning om å tildele klager kontrakten

Innklagedes første evaluering var verken usaklig eller urimelig, og beslutningen om tildeling av kontrakten til klager var ikke i strid med forskriftens § 10-2. Det er ikke opp til innklagedes frie skjønn om beslutningen skal omgjøres etter anskaffelsesforskriften § 10-3 (3).

Selv om tildelingskriteriet ?gjennomføringsplan med tilhørende bemanning/ressursplan? også var oppgitt som kvalifikasjonskriterium, er det ikke noe til hinder for at dette kriteriet vektlegges like mye som pris ved evaluering av tilbudene. Siden det ikke var angitt noen vekt på kriteriene på forhånd, skulle disse vært vektlagt like mye.

Det er heller ingen feil å legge vekt på planlagt timeforbruk ved evaluering av pris. En ytelsesspesifikasjon kan oppfylles på en god eller dårlig måte, avhengig av hvilke ressurser som benyttes. Vurderingen avspeiler derfor at innklagede ville få mer igjen for pengene ved å velge klagers tilbud. Lavt anslått timeantall medfører dessuten risiko for diskusjoner om tilleggsbetaling.

Selv om det ikke fremgår av evalueringen, er prisen i garantiperioden trolig vektlagt, uten at den har fått noen avgjørende betydning.

2. Den nye evalueringen

De retningslinjene for evalueringen og prinsippene for vektingen av kriteriene som den nye evalueringsgruppen utarbeidet, innebærer i realiteten en endring av konkurransegrunnlaget. Innklagende skulle derfor ha avlyst konkurransen og invitert til ny anbudskonkurranse.

Uansett skulle den nye evalueringen også vært foretatt av innklagedes prosjektleder som kjente prosjektet og kunne tatt hensyn til de mangler som innklagede påberopte seg ved den første evalueringen.

Tilbudene kommer ganske jevnt ut ved den nye evalueringen selv om OPAK skårer best på 'pris'. Dette kriteriet er tillagt dobbelt så stor vekt som de øvrige kriteriene til tross for at vurderingsgruppen selv uttaler at kompetanse til byggeledelse og anvendt tid må tillegges stor vekt. Resultatet er således vilkårlig.

Utvalget har i sin poenggivning lagt til grunn at klager skårer best på kriteriet 'kompetanse', både samlet og for hovedbyggeleder alene. Likevel brukes hovedbyggeleders kompetanse i den endelige totalvurderingen *mot* klager. Det hevdes her at klagers hovedbyggeleder har svært lite praktisk erfaring fra byggeplass de siste ti årene. Dette er en faktisk feil, og bruken av argumentet er uriktig og vilkårlig.

OPAKs tilbudte hovedbyggeleder har ikke noen vesentlig annen erfaring de siste 10 årene enn klagers, slik at det også foreligger usaklig forskjellsbehandling.

Klager har ikke tatt forbehold. Dette ble avklart i møte med prosjektleder hvor det ble konkludert med at det ikke var tale om forbehold, men om presisering av elementære og selvfølgelige forutsetninger i tilbudsgrunnlaget. Prosjektlederen konkluderte med at de aktuelle presiseringene ikke hadde noen prismessige eller andre konsekvenser ved tilbudsevalueringen. Den nye evalueringen bygger på feil faktisk grunnlag når det konkluderes med at forbeholdene innebærer en risiko i prosjektet.

Innklagedes anførsler

1. Omgjøring av beslutning om å tildele klager kontrakten

Det foreligger flere saksbehandlingsfeil ved den første evalueringen. Oppdragsgiver valgte derfor å omgjøre beslutningen om å tildele kontrakt etter anskaffelsesforskriften § 10-3 (3).

Omgjøringen kan bare overprøves dersom den er tilfeldig eller ubegrunnet. Omgjøringen er forsvarlig og begrunnet i tre forhold:

Det var feil av prosjektleder å gi OPAK et tillegg ved evalueringen av pris for differansen i oppgitt timeantall i forhold til forventet ressursbruk. OPAK var forpliktet til å utføre de beskrevne tjenestene og bar således risikoen for eget timeforbruk. Oppgitt timebruk sier noe om forventet ressursbruk, og skal vurderes i forhold til dette kriteriet, ikke i forhold til pris.

Det var feil av prosjektleder ikke å legge vekt på tilbudte priser i garantiperioden ved evalueringen av kriteriet 'pris'. En mulig risiko for en differanse på kr 800.000 skal hensyntas ved prissammenligningen.

Kriteriet 'gjennomføringsplan med tilhørende bemanning/ressursplan' ble tillagt avgjørende vekt av prosjektleder ved valg av tilbud. Det var imidlertid ikke lovlig adgang til å legge avgjørende vekt på dette kriteriet når dette både var et kvalifikasjonskrav og et tildelingskriterium. EF-domstolens praksis viser at egnethetskriterier kan anvendes i tildelingsomgangen, men da først og fremst som supplerende, sekundære tildelingskriterier. Dette innebærer at kriteriet først tas med i beregningen når avstanden mellom tilbudene er liten.

2. Den nye evalueringen

Presiseringen av tildelingskriteriene var ingen endring av konkurransegrunnlaget. Retningslinjene bygde på en naturlig allmenn forståelse av konkurransegrunnlaget og skulle sikre innklagede mot tilfeldige vurderinger og avgjørelser. Det forelå ingen adgang til å avlyse konkurransen, da det ikke var feil ved konkurransegrunnlaget.

Begrunnelsen for å oppnevne et nytt evalueringsutvalg var å sikre en forsvarlig saksbehandling i klageprosessen, herunder objektivitet og uavhengighet. Dette var ikke i strid med regelverket.

Retningslinjene forelå ikke ved utsendelse av konkurransegrunnlaget, og det var ikke mulig for innklagede å opplyse leverandørene om disse på forhånd. Prinsippene for vektningen forelå heller ikke før i ettertid. Det var således ingen plikt til å oppgi kriteriene i prioritert rekkefølge. Den nye evalueringen viser at det ble lagt 60 % vekt på kriteriet 'gjennomføringsplan med tilhørende bemanning/ressursplan?', og 40 % vekt på pris.

Det bestrides å være begått feil ved vektleggingen av pris og kompetanse/ressurser.

Den beregnede poengmessige forskjellen på tilbudene var liten. Formålet med totalvurderingen var å få frem de relative fordelene på tilbudene. Det ble da fremhevet at klagers tilbudte hovedbyggeleder ikke hadde praktisk erfaring fra byggeplass siste 10 år. Dette er en relativ svakhet, sammenlignet med tilbudet fra OPAK. Denne forskjellen fremkommer også av de konkrete evalueringene av tilbudene. Klagers tilbudte byggeleder fikk karakteren 3 på erfaring, mens OPAKS byggeleder fikk 4.

Det er ikke dokumentert at klagers hovedbyggeleder har relevant byggeplasserfaring fra de siste 10 år. Dette er det saklig å vektlegge, blant annet med tanke på den utvikling som har vært innenfor byggeplassforvaltningen i denne perioden. Dette er et faglig skjønn som klagenemnda ikke kan overprøve.

Det er ikke tatt hensyn til forbeholdene under kriteriet 'pris?'. Dette er imidlertid fremhevet i totalvurderingen, siden forbeholdene er en relativ ulempe og representerer en viss risiko. 'Forbehold?' er tilkjennegitt som et eget kriterium i konkurransegrunnlaget, og skal således vurderes ved evalueringen av tilbudene. Forbehold kan få betydning selv om de ikke kan prissettes. Klager var således klar over at forbeholdene kunne bli tillagt vekt.

Klagenemndas vurdering

Klager har deltatt i konkurransen og har saklig klageinteresse, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Anskaffelsen er en prioritert tjeneste, jf. forskrift om offentlige anskaffelser § 2-4, og overstiger terskelverdiene i forskriftens § 2-2. Anskaffelsen følger derfor reglene i forskriftens del II.

1. Adgangen til å omgjøre beslutningen om å tildele klager kontrakten

Forskriftens § 10-3 (3) lyder:

'Dersom oppdragsgiver etter at meddelelsen er gitt finner at beslutningen om å tildele kontrakten ikke er i samsvar med § 10-2, kan beslutningen annulleres frem til kontrakt er inngått?

'Med kontrakt er inngått?' menes tidspunkt for undertegning av kontrakt av begge parter, jf. forskriftens § 10-3 (1).

Bestemmelsen gir dels et vern for leverandørene, som kan påklage og få omgjort uriktige beslutninger om valg av tilbud før det foreligger bindende kontrakt. Dels gir den et vern for oppdragsgiver, som eventuelt kan rette opp feil, uten at dette medfører erstatningsansvar.

Bestemmelsen gir ikke oppdragsgiver en fri adgang til å omgjøre en beslutning om valg av tilbud. Utgangspunktet må være at det foreligger en feil eller mangel ved beslutningen som kan ha påvirket valget av tilbud. Beslutningen må være i strid med forskriften § 10-2.

I dette tilfellet er omgjøringen begrunnet i tre forhold:

For det første er det anført som en feil at prosjektleder ved evalueringen la avgjørende vekt på kriteriet "Gjennomføringsplan med tilhørende bemanningsplan/ressursplan" som også var et kvalifikasjonskriterium. Klagenemnda er ikke enig i at dette var i strid med regelverket. Tildelingskriteriene var angitt i ikke-prioritert rekkefølge. Oppdragsgiver har da et skjønn ved avveiningen av kriteriene ved valg av tilbud. Basert på de fremlagte opplysninger, finner ikke klagenemnda at prosjektleders skjønn var mangelfullt.

For det andre er det anført som en feil at prosjektleder tok hensyn til forskjeller i foreslått ressursbruk ved sammenligning av tilbudenes priser. Klagenemnda er enig med innklagede i at det ville vært galt å trekke inn timene under prisvurderingen. Det er tale om en fastpriskontrakt hvor leverandørene har risikoen for egen ressursbruk. Det fremgår imidlertid av prosjektleders redegjørelse at timene ikke ble tillagt vekt under prisvurderingen, men under vurderingen av ressursbruk. Basert på den fremlagte dokumentasjon finner ikke klagenemnda at det heftet feil ved prosjektleders vurdering av pris.

Innklagede har i ettertid anført at prosjektleder skal ha sett bort fra pris i reklamasjonstiden. Klager mener at dette kan ha blitt vektlagt. Av prosjektleders redegjørelse fremgår det at "pris i reklamasjonstiden" er hensyntatt. Ut fra de fremlagte dokumenter finner derfor klagenemnda at det heller ikke heftet feil ved denne del av den opprinnelige evalueringen av tilbudene.

Slik saken er opplyst, er det ikke sannsynliggjort at det ble gjort feil ved den første evalueringen som kan gi grunnlag for omgjøring. Innklagede hadde da heller ikke grunnlag for å velge et nytt tilbud som det økonomisk mest fordelaktige.

2. Den nye beslutningen om valg av tilbud

Under henvisning til drøftelsen av omgjøringsadgangen under pkt 1, er det ikke nødvendig for klagenemnda å kommentere den nye evalueringen.

Konklusjon:

Ut fra de opplysningene som foreligger, er det ikke sannsynliggjort at det ble gjort feil ved den første evalueringen som kan gi grunnlag for omgjøring av beslutningen om å tildele kontrakten til klager. Omgjøringen var således i strid med forskriftens § 10-3 (3).

For klagenemnda,
Jensen

Inger Marie Dons
17.10.2003



Forsiden
Nemndsmedlemmer
Saksbehandling
Regelverk
Innkomne saker
Statistikk
Årsrapporter
Dommer
Søk i avgjorte saker

Avgjorte saker:

[2003](#) [2004](#) [2005](#)

Besøksadresse

H. Heyerdalsgate 1
0033 Oslo

Postadresse

Postboks 8132 Dep
0033 Oslo

Tlf.: 22 33 70 10

Faks: 22 33 70 12

E-post:

postmottak@kofa.no

Avgjorte saker

Innklagede tok direkte kontakt med to selskaper for å få oppført 18 omsorgsboliger. Konkurransen ble ikke kunngjort i Doffin-databasen. Selskapet som fikk kontrakten, gikk konkurs, og kontrakten ble overdratt til morselskapet, for siden å bli overdratt til et nytt datterselskap. Klagenemnda konstaterer brudd på forskrift om offentlige anskaffelser § 11-1. Klagenemnda fant at det var tale om en bygge- og anleggskontrakt, som dermed skulle vært inngått i tråd med regelverkets prosedyrer. Videre utløste skifte av kontraktspart en plikt til å gjennomføre ny anskaffelsesprosess.

Klagenemndas avgjørelse 6. oktober 2003 i sak 2003/163

Klager: Arkitektlaget AS

Pb. 611

2204 Kongsvinger

Innklagede: Åsnes kommune

2270 Flisa

Klagenemndas medlemmer: Andreas Wahl, Inger Marie Dons Jensen, Per Christensen

Saken gjelder:

Regelverkets anvendelse på bygge- og anleggskontrakter, skifte av forhandlings- og kontraktspart.

Bakgrunn:

Åsnes kommune (heretter kalt "innklagede") kontaktet 29.8.2003 Vital Eiendom AS og Sjøberg & Stenberg arkitekter AS. Bakgrunnen var at innklagede ønsket å anskaffe 18 omsorgsboliger på en tomt eid av kommunen, og de to selskapene ble bedt om å levere inn tilbud. Konkurransen ble ikke kunngjort i DOFFIN-databasen, og andre selskaper ble ikke invitert til å levere inn tilbud. De to selskapene fikk en frist på tre dager til å levere inn sine tilbud. Begrunnelsen for at fristen var så kort, var behovet for å rekke Husbankens søknadsfrist for tilskudd (1.10.2001).

Fra 5.9.2001 og frem til 24.9.2001 ble tilbudene politisk behandlet, og kommunestyret besluttet 24.9.2001 å inngå kontrakt med Vital Eiendom AS.

Høsten 2001 gikk Vital Eiendom AS konkurs. Selskapet var eid av Perspektiv Eiendomsutvikling AS. I brev til innklagede 21.4.2002 ble det opplyst at tidligere ansatte i Vital Eiendom AS var blitt ansatt i Perspektiv Eiendomsutvikling AS, og at "et eventuelt prosjekt på Kjølarønnen i Åsnes kommune vil bli gjennomført under Perspektiv Eiendomsutvikling AS". Samtidig konkretiserte Perspektiv Eiendomsutvikling AS to alternative prosjektløsninger.

Innklagede opprettet en egen byggekomité for gjennomføringen av prosjektet. Komiteen besluttet i møte den 22.1.2003 at det skulle innledes kontraktsforhandlinger med Perspektiv Eiendomsutvikling AS.

Perspektiv Eiendomsutvikling AS stiftet så den 20.2.2003 et nytt selskap, Åsnes Utvikling AS. Den 4.3.2003 inngikk innklagede en kontrakt med "Åsnes Utvikling AS (Selskap under stiftelse) ved Perspektiv Eiendomsutvikling AS (Selger)". I avtalen fremgår det at innklagede overdrar Gnr. 97, Bnr. 104 for kr. 544.000 og at

"Kjøper skal ikke ha noen økonomiske forpliktelser og være fri for en hver risiko for gjennomføringen av omsorgsboligprosjektet.

Selger skal stå ansvarlig for prosjektet frem til alle boligene har mottatt brukstillatelse og det foreligger signert protokoll av omsorgsboligprosjektet."

Fra og med overtakelsesforretningen skal innklagede eie leilighetene og fellesarealene, og skal betale kr. 20.692.800 for dette.

Partenes anførsler*Klagers anførsler:*

Arkitektlaget AS (heretter kalt "klager") anfører at kommunen har brutt lov om offentlige anskaffelser med forskrifter. Oppdraget med gjennomføring av prosjektet skulle vært inngått etter en forutgående konkurranse i tråd med regelverket.

Innklagedes anførsler:

Innklagede erkjenner at konkurransen i 2001 skulle vært kunngjort i Norsk lysingsblads elektroniske database. Innklagede var imidlertid ikke kjent med kunngjøringsplikten på dette tidspunktet.

Det nye selskapet, Åsnes Utvikling AS, er et 100 % eid datterselskap av

Perspektiv Eiendomsutvikling AS, som overtok forpliktelsene fra Vital Eiendom AS. Bakgrunnen for opprettelsen av Åsnes Utvikling AS var å fristille innklagede fra eventuelle økonomiske forpliktelser og øvrig risiko forbundet med gjennomføringen av prosjektet. Om kontrakten er inngått med Perspektiv Eiendomsutvikling AS eller Åsnes Utvikling AS, er ikke avgjørende slik relasjonene mellom disse to selskapene er. Det var hele tiden meningen at prosjektet skulle legges ut i et eget selskap dersom Vital Eiendom AS ble valgt.

Klagenemndas vurdering

Innklagede er potensiell leverandør til anskaffelsen, og har saklig klageinteresse, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Kontrakt er inngått 4.3.2003, og klagen er således rettidig. Anskaffelsen følger etter sin verdi reglene i forskrift om offentlige anskaffelser del III, jf. forskriftens §§ 2-1 og 2-2.

Kontrakten som er inngått mellom innklagede og Åsnes Utvikling AS, er å anse som en bygge- og anleggskontrakt.

Utgangspunktet er at innklagede gjennomførte en konkurranse i strid med lov om offentlige anskaffelser med forskrifter i 2001. De to utvalgte leverandørene fikk en frist på tre dager til å utarbeide forslag til løsning med tilbud på gjennomføringen, og årsaken til at det ble slikt hastverk, må antas å skyldes mangelfull planlegging hos innklagede. Forskriftens § 11-2 første ledd bokstav d kommer derfor ikke til anvendelse.

Da den valgte leverandøren gikk konkurs, kunne innklagede ikke uten videre fortsette forhandlingene med henholdsvis morselskap, og deretter et nytt datterselskap. Dette er ulike rettssubjekter, og skifte av kontrakts-, eller forhandlingsmotpart kan i den foreliggende sak ikke skje uten å gjennomføre en ny anskaffelsesprosess.

Konklusjon:

Åsnes kommune har brutt forskrift om offentlige anskaffelser § 11-1 (1) ved å tildele Åsnes Utvikling AS en kontrakt for oppføring av omsorgsboliger, uten å følge anskaffelsesregelverket.

I medhold av forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 12 fjerde ledd ber klagenemnda Åsnes kommune svare på hva kommunen vil gjøre for å rette opp feilen og unngå at tilsvarende feil blir begått i fremtiden.

9. oktober 2003

For klagenemnda

Andreas Wahl



Forsiden
Nemndsmedlemmer
Saksbehandling
Regelverk
Innkommne saker
Statistikk
Årsrapporter
Dommer
Søk i avgjorte saker

Avgjorte saker:
[2003](#) [2004](#) [2005](#)

Besøksadresse
H. Heyerdalsgate 1
0033 Oslo

Postadresse
Postboks 8132 Dep
0033 Oslo

Tlf.: 22 33 70 10

Faks: 22 33 70 12

E-post:
postmottak@kofa.no

Avgjorte saker

Innklagede har gjennomført en anbudskonkurranse om rammeavtale for innleie av anleggsmaskiner samt utførelse av anleggsarbeid. Klagenemnda fant at innklagede hadde brutt kravet til likebehandling, gjennomsiktighet og etterprøvnbarhet ved ikke å angi forventet volum på anskaffelsen i konkurransegrunnlaget. Videre var regelverket for offentlige anskaffelser brutt ved at innklagede hadde vektlagt maskinenes alder til tross for at dette ikke var angitt som tildelingskriterium i konkurransegrunnlaget eller kunngjøringen. Innklagede kunne heller ikke påvise at samtlige oppgitte tildelingskriterier var blitt vurdert. Videre hadde innklagede benyttet "soliditet" som tildelingskriterium, selv om dette kriteriet knytter seg til forhold ved leverandøren og ikke kontraktens gjenstand. Evalueringen av tildelingskriteriet "referanser" var dessuten mangelfull og i strid med kravet til etterprøvnbarhet.

Klagenemndas avgjørelse 6. oktober i sak 2003/178

Klager: All Service AS
Spannaveien 151
5535 Haugesund

Innklaget: Haugesund kommune
Rådhuset
5500 Haugesund

Klagenemndas medlemmer: Per Christiansen, Inger Marie Dons Jensen, Andreas Wahl.

Saken gjelder: Evaluering av tildelingskriteriene ved valg av tilbud. Likebehandling. Etterprøvnbarhet.

Bakgrunn:

Den 15.5.2003 kunngjorde Haugesund kommune (heretter kalt "innklagede") sammen med Sveio kommune en åpen anbudskonkurranse med det siktemål å inngå en rammeavtale for leie av anleggsmaskiner. Nærmere bestemt ønsket kommunen tilbud på gravemaskiner, lastebiler og borerigger. Oppdraget var

benevnt som bygge- og anleggsarbeid, og det var forutsatt at leverandørene også skulle stille med mannskap og utføre det arbeid maskinene ble leid inn til. Omfanget av leveransene var ikke nærmere angitt verken i kunngjøringen eller i konkurransegrunnlaget. Kontraktperioden var tre år, med opsjon for forlengelse i inntil to år.

I konkurransegrunnlaget var det oppgitt at kontrakten ville bli tildelt leverandøren med det økonomisk mest fordelaktige tilbudet, og at tildelingskriteriene var "Organisasjon og soliditet", "Referanser", "Service", "Leveringsbetingelser", "Responstid", "Betalingsbetingelser", "Priser, prisbetingelser", "Transportkostnader" og "Statistikk". Tildelingskriteriene var ikke oppgitt i prioritert rekkefølge.

Konkurransegrunnlaget inneholdt prisskjemaer hvor leverandørene blant annet skulle fylle ut priser, anleggsmaskinens årsmodell og fabrikk, bestillingstid, oppsigelsestid og transportkostnad for de ulike maskinene. Konkurransgrunnlaget krevde også at "Responstid fra tjeneste/maskiner bestilles og til det er på plassen skal oppgis" og at "Leveringstid fra mottatt bestilling skal oppgis".

All Service AS (heretter kalt "klager") leverte et tilbud i samarbeid med firmaet Støland maskin. Bestillingstiden for lastebiler og gravemaskiner og oppsigelsestiden for gravemaskiner ble oppgitt til en dag. Bestillings- og oppsigelsestiden for boreriggen var tre dager.

Klagers tilbud omfattet også et følgebrev, der det blant annet fremgikk:

"Bestillingstiden er oppgitt i anbudsdokumentet med 1 dag.

Responstiden på:

Vanlige arbeidsdager vil være 3-4 timer

Lørdager-søndager vil være 1-2 timer

Høytidsdager vil være 1-2 timer

Natt utrykninger vil være 1-2 timer"

En av de andre deltakerne i konkurransen var O. J. Miljeteig AS. I dette selskapets tilbud var bestillingstiden for alle maskinene og oppsigelsestiden for boreriggen oppgitt til 2 timer. For øvrig forbeholdt ikke O. J. Miljeteig seg noen oppsigelsestid. Tilbudet inneholdt ingen opplysninger om responstid.

Det ble avholdt avklaringsmøter med klager og O. J. Miljeteig AS den 10.6.2003.

For å sammenligne tilbudene, som i all hovedsak var gitt i timepriser, utarbeidet innklagede et fiktivt regneeksempel hvor omfanget av tjenestene var vurdert ut fra "tidsbruk på en normal jobb i kommunen". I eksemplet var alle typene anleggsmaskiner tatt med, samt utgifter til sprengning og transport. Klagers tilbud ble påpluset et beløp tilsvarende en dags leie for gravemaskin under hensyn til at klager hadde satt en dags oppsigelsestid for gravemaskin. Oppsigelsestid for borerigg var ikke hensyntatt i regnestykket.

Med de forutsetningene innklagede la til grunn, beløp klagers tilbud seg til 133.887,50 kroner, mens O. J. Miljeteig AS' tilbud beløp seg til 130.625 kroner.

I forbindelse med regneeksemplet utarbeidet innklagede videre en intern

innstilling, der det blant annet fremkom at:

"på timebasis ligger All Service noe lågere. Men som vist i regneeksempelet har O J Miljeteig mye raskere responstid, tar bare transportkostnader for borerigg og har ingen oppsigelsestid. Etter det jeg kjenner til har kommunene mye av relativt små jobber der responstid og oppsigelsestid har stor betydning. Har man mer omfattende anleggsjobber vil det for disse bli innhentet egne anbud...."

Konklusjon: Gruppen er enig om at på grunnlag av de innsendte anbudsdokumenter og avklaringsmøtet den 10. juli 2003, anser man tilbudet fra O. J. Miljeteig AS som det økonomisk mest fordelaktige for kommunene. Man har da lagt særlig vekt på responstid og oppsigelsestid ved innleie til enkeltarbeidsoppgaver. Haugesund kommune har dessuten meget gode erfaringer med O J Miljeteig de årene man har hatt avtaler med firmaet".

I brev av 11.7.2003 meddelte innklagede klager at kommunen hadde til hensikt å inngå kontrakt med O. J. Miljeteig AS. Det fremgikk at:

"Begrunnelsen for beslutningen går på at man anser dette anbudet som det økonomisk mest gunstige for kommunene. Firmaet har gitt et gunstig pristilbud og i tillegg har man blant annet lagt vekt på responstid, oppsigelsestid og alder på maskinpark. Firmaet har eksempelvis ingen oppsigelsestid på innleide maskiner, låge fraktkostnader, noe som viser seg å slå gunstig ut på den typen arbeidsoperasjoner kommunene har".

Klager påklaget innklagedes beslutning i brev til kommunen av 28. og 30.7.2003 uten å få noen respons. Saken ble klaget inn for klagenemnda den 22.8.2003.

Anførsler:

Klagers anførsler:

Innklagede har brutt regelverket for offentlige anskaffelser ved ikke å vurdere alle de oppgitte tildelingskriteriene. I innklagedes interne innstillinger og i begrunnelsen for valg av tilbud fremkommer det ikke at tildelingskriteriene "organisasjon" "service", "betalingsbetingelser" og "statistikk" er vurdert.

"Soliditet" er vektlagt, men dette er ikke et lovlig tildelingskriterium, ettersom dette kriteriet ikke knytter seg til kontraktens gjenstand.

Innklagede har brutt regelverket ved å legge vekt på et kriterium som ikke var angitt i konkurransegrunnlaget, nemlig alderen på leverandørenes maskinparker.

Videre er innklagedes skjønnsmessige vurdering av tilbudene i relasjon til tildelingskriteriene feil. For det første synes det som om innklagede utelukkende har tatt hensyn til sine egne gode erfaringer med den valgte leverandøren, og unnlatt å legge vekt på andre leverandørers referanser i tråd med tildelingskriteriet "referanser".

For det andre er det feil å legge til grunn at det valgte tilbudet hadde bedre responstid og bedre oppsigelsestid enn klagers tilbud. Det er neppe mulig å forbeholde seg lavere responstid og oppsigelsestid enn klager har gjort.

For det tredje er det ikke riktig å legge så stor vekt på at klager har forbeholdt seg en dags oppsigelsestid. Kommunens tekniske ledelse må ha såpass oversikt over arbeidet at de kan avgjøre dagen før om oppdraget skal avsluttes neste dag.

Det er videre uriktig å legge så stor vekt på transportkostnader og responstid som innklagede har gjort. Rammeavtalen vil omfatte en rekke større arbeider der slike kostnader blir av liten betydning i forhold til timeprisene for leie av utstyr.

Innklagede har manipulert forutsetningene for det fiktive regnestykket som lå til grunn for sammenligningen av leverandørenes priser, slik at den valgte leverandørenes tilbud fremstår som det rimeligste. Eksemplet i regnestykket omfatter utgifter ved grøftegraving i sentrum, og ved slike arbeider er det ikke aktuelt å foreta sprengingsarbeider, blant annet av hensyn til den eksisterende bebyggelsen. Uten utgiftene til sprengning er klagers tilbud det rimeligste.

Innklagede har i tillegg vurdert alderen på klagers maskinpark feil. Hovedtyngden av klagers maskinpark er fra 2000 og 2002. Dessuten har klager opplyst overfor innklagede at minst en ny lastebil er under bestilling.

Innklagede har dessuten brutt kravet til likebehandling av deltakerne i konkurransen. Innklagede har forutsatt at rammeavtalen skal dekke en rekke vedtatte grøftearbeider i kommunen. Anskaffelsen beløper seg derfor i realiteten til flere millioner kroner. Den valgte leverandøren hadde kjennskap til dette som følge av sitt tidligere kontraktsforhold med innklagede. Innklagede har imidlertid unnlatt å informere de andre deltakerne i konkurransen om omfanget av rammeavtalen. Hadde klager vært kjent med anskaffelsens omfang, ville det vært mulig for klager å prise sitt tilbud på en annen måte, blant annet ved ikke å ta betalt for transportkostnader.

Innklagedes anførsler:

Alle tildelingskriteriene er hensyntatt i helhetsvurderingen. Innklagede fant ikke grunn til å fremheve tildelingskriterier hvor leverandørene sto likt.

Innklagede var berettiget til å legge vekt på alderen på leverandørenes maskinpark. Innklagede viser til at det i anbudsdokumentet er spurt etter maskinenes alder.

Soliditet er et lovlig tildelingskriterium. Det er en fordel for innklagede å velge en økonomisk solid leverandør.

Tildelingskriteriet "referanser" har selvsagt vært vektlagt. Det var imidlertid ikke nødvendig å innhente referanser fra eksterne oppdragsgivere, ettersom det i miljøene omkring kommunal teknisk drift er god kunnskap om de ulike entreprenørfirmaene som opererer i markedet.

Den valgte leverandørenes bestillingstid og oppsigelsestid er kortere enn klagers, og det valgte tilbudet ble derfor vurdert som bedre enn klagers på disse punktene.

Den rammeavtalen konkurransen gjaldt, er forutsatt å skulle dekke det løpende behov som oppstår i kommunene, herunder ikke-planlagte arbeidsoperasjoner av kort varighet. Ved slike oppdrag vil både bestillingstid og oppsigelsestid utgjøre vesentlige kostnader.

Innklagede har lagt til grunn de opplysninger klager har gitt i sitt tilbud angående maskinparkens alder. Her fremkommer at tilbudte maskiner er noe eldre enn det klager anfører, nemlig fra 1993, 1995-1998 og 2001.

Kravet til likebehandling er overholdt i hele anskaffelsesprosessen, ved at tildelingsvurderingen utelukkende baserte seg på opplysninger gitt i tilbudsdokumentene.

Klagenemndas vurdering:

Klager har deltatt i den aktuelle konkurransen og har saklig klageinteresse, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser av 15.11.2002 § 6. Klagen er rettidig.

I konkurransegrunnlaget er anskaffelsen beskrevet som leie av gravemaskiner, lastebiler og borerigger m.m. til utføring av anlegg og vedlikehold. Det er imidlertid forutsatt at leverandørene også skal stille med mannskap og utføre det arbeidet maskinene leies inn til. Innklagede har forutsatt at anskaffelsen er en bygge- og anleggskontrakt, og at anskaffelsens verdi ikke overstiger de aktuelle terskelverdiene. Klagenemnda legger dette til grunn. Anskaffelsen reguleres da av forskrift om offentlige anskaffelser av 15.6.2001 del I og III, jf. forskriftens § 2-1(1) og (2) jf. § 2-2(1).

Brudd på kravet til likebehandling

Innklagede har ikke angitt omfanget av rammeavtalen i konkurransegrunnlaget. Forventet volum er en sentral opplysning for potensielle leverandører, både for å kunne avgjøre om de skal delta i konkurransen, og for å kunne beregne priser. Den valgte leverandøren, som også var kommunens tidligere leverandør, må forutsettes å ha hatt et bedre grunnlag enn de andre leverandørene for å vite noe om realistisk omfang, og fikk på denne måten en uberettiget fordel. Ut fra kravet til likebehandling og gjennomsiktighet skulle innklagede – så langt det lot seg gjøre – ha angitt omfanget av avtalen i konkurransegrunnlaget.

Når dette ikke ble gjort, har verken innklagede eller klagenemnda det nødvendige grunnlag for å vurdere hvilket anbud som er det billigste, jf at konkurransen omhandler forskjellige ytelser med forskjellige enhetspriser. Dette er i strid med kravet til forutberegnelighet, dvs at anbyderne skal kunne sette seg inn i hvilke rammer som gjelder for vurdering av tilbudene, jf lov om offentlige anskaffelser § 5. I tillegg er manglende angivelse av volum i strid med prinsippet om etterprøvnbarhet når innklagede først etter tilbudsfristens utløp fastsetter hvilke volumer som skal legges til grunn ved vurdering av anbudene, jf lov om offentlige anskaffelser § 5.

Det er uklart om bestillingstid og responstid, slik de er brukt i konkurransegrunnlaget, har samme meningsinnhold. I klagers tilbud er bestillingstid oppgitt til henholdsvis en og tre dager, mens responstiden er oppgitt til henholdsvis 1-2 og 3-4 timer. Den valgte leverandøren har oppgitt to timers bestillingstid på samtlige maskiner, og innklagede har lagt til grunn at dette tilsvarer responstiden. Spørsmålet skal ha vært tema på

avklaringsmøtene. Det er likevel uklart om innklagede har lagt samme prinsipper for bestillingstid/responstid til grunn ved sammenligning av de to tilbudene. Ut fra de opplysninger som foreligger, har klagenemnda derfor ikke grunnlag for å ta stilling til innklagedes vurderinger på dette punkt.

Plikt til å opplyse om alle tildelingskriterier

Ved valg av leverandør basert på hvilket tilbud som er det økonomisk mest fordelaktige, plikter oppdragsgiver å opplyse i kunngjøringen eller i konkurransegrunnlaget om alle tildelingskriteriene som vil bli lagt til grunn for valget, jf. forskrift om offentlige anskaffelser § 17-2(2).

Innklagede opplyser å ha lagt vekt på alderen på leverandørenes maskinparker. Dette var ikke oppgitt som et tildelingskriterium, og kan derfor ikke vektlegges ved valg av tilbud. Dette gjelder selv om leverandørene ble bedt om å oppgi alderen på tilbudte maskiner.

Plikt til å vurdere alle angitte tildelingskriterier

Plikten til å opplyse om alle tildelingskriteriene omfatter også en plikt til å vektlegge samtlige angitte kriterier i tildelingsvurderingen. Innklagede opplyser å ha vektlagt alle tildelingskriteriene i en helhetsvurdering. Den interne innstillingen og begrunnelsen for valg av leverandør tyder imidlertid på at innklagede bare har vektlagt et fåtall av de angitte tildelingskriteriene. Ut fra kravet til etterprøvnbarhet i lov om offentlige anskaffelser av 16.7.1999 nr. 69 § 5 tredje ledd må det kunne kreves at oppdragsgiver påviser mer konkret hvordan kriteriene er evaluert. Dette har innklagede, til tross for anmodning fra klagenemnda, ikke gjort. Klagenemnda må da konkludere med at innklagedes skjønn har vært mangelfullt.

Tildelingskriteriet ”soliditet”

Oppdragsgivere har i utgangspunktet et vidt skjønn med hensyn til utformingen av tildelingskriteriene. Ett av de kravene som stilles, er imidlertid at kriteriet må være knyttet til kontraktens gjenstand, jf. EF-domstolens sak C-448/01 (Concordia Bus Finland) premiss 59. Med mindre dette vilkåret er oppfylt, vil ikke kriteriet tjene til å identifisere det økonomisk mest fordelaktige tilbudet.

Innklagede har i konkurransegrunnlaget oppgitt ”soliditet” som et tildelingskriterium. Dette er et kriterium som refererer seg til forhold ved leverandørene. Under en bygge- og anleggskontrakt som den foreliggende, vil kriteriet ikke kunne anses å påvirke vurderingen av hvilket tilbud som er det økonomisk mest fordelaktige. Kriteriet er ikke knyttet til kontraktens gjenstand, og innklagede har dermed ikke adgang til å benytte soliditet som et tildelingskriterium i foreliggende anskaffelse.

Forsvarlig og saklig vurdering av tildelingskriteriene

Til tildelingskriteriet ”referanser” opplyser innklagede at det ikke ble ansett nødvendig å innhente referanser fra andre oppdragsgivere, ettersom man i miljøene omkring kommunal teknisk drift har god kunnskap om de ulike entreprenørfirmaene som opererer i markedet.

Når innklagede uttrykkelig ba om referanser og tilkjennega at referanser ville bli

vektlagt ved valg av tilbud, skulle innklagede ha kontaktet de oppgitte referansene. Dette ble ikke gjort, og evalueringen av kriteriet har derfor vært mangelfull, uansett hva personer i kommunen måtte vite om leverandørene.

Konklusjon:

Haugesund kommune har brutt kravet til likebehandling, gjennomsiktighet og etterprøvnbarhet i lov om offentlige anskaffelser § 5 ved ikke å angi forventet volum på anskaffelsen i konkurransegrunnlaget.

Haugesund kommune har brutt forskrift om offentlige anskaffelser § 17-2(2) ved å vektlegge anleggsmaskinenes alder ved valg av tilbud til tross for at dette ikke var oppgitt som tildelingskriterium.

Haugesund kommune har brutt regelverket for offentlige anskaffelser ved å benytte "soliditet" som et tildelingskriterium.

Haugesund kommunes skjønnsutøvelse ved valg av tilbud er mangelfull da det ikke kan sees at samtlige tildelingskriterier er evaluert.

Haugesund kommunes evaluering av tildelingskriteriet "referanser" er mangelfull, siden leverandørenes referanser ikke ble kontaktet, slik man forutsatte i konkurransegrunnlaget.

Klagenemnda ber Haugesund kommune opplyse senest 29. oktober 2003 om hva som vil bli gjort for å rette de feil som er begått.

For klagenemnda,
6.10.2003

Inger Marie Dons Jensen



Forsiden
Nemndsmedlemmer
Saksbehandling
Regelverk
Innkomne saker
Statistikk
Årsrapporter
Dommer
Søk i avgjorte saker

Avgjorte saker:

[2003](#) [2004](#) [2005](#)

Besøksadresse

H. Heyerdalsgate 1
0033 Oslo

Postadresse

Postboks 8132 Dep
0033 Oslo

Tlf.: 22 33 70 10

Faks: 22 33 70 12

E-post:

postmottak@kofa.no

Avgjorte saker

Innklagede gjennomførte en åpen anbuds konkurranse for å få oppført 12 omsorgsboliger. Valg av tilbud skulle baseres på laveste pris. Klagenemnda fant at det ikke var anledning til å la tilleggsarbeider inngå i prisvurderingen, ettersom dette ikke fremgikk av anbudsforutsetningene. Klagers tilbud var i totalsum lavest, og klagenemnda uttalte at innklagedes begrunnelse bar preg av å ha hatt til hensikt å begrunne valget av en bestemt tilbyder. Brudd på forskrift om offentlige anskaffelser § 17-2 første ledd ble konstatert.

Klagenemndas avgjørelse 6. oktober 2003 i sak 2003/145

Klager: Naustdal Bygg AS

6817 Naustdal

Innklaget: Askvoll kommune

6980 Askvoll

Klagenemndas medlemmer: Per Christiansen, Inger Marie Dons Jensen, Andreas Wahl

Saken gjelder:

Valg av tilbud med laveste pris.

Vektlegging av forhold som ikke er angitt i konkurransegrunnlaget.

Sakens bakgrunn

Askvoll kommune (heretter kalt "innklagede") kunngjorde 5.3.2003 i Norsk lysingsblads elektroniske database (DOFFIN) en åpen anbudskonkurranse for oppføring av 12 omsorgsboliger. Oppføringen skulle skje i form av delentrepriser, herunder på tømmer- og betongarbeider.

I konkurransegrunnlaget ble det opplyst at valg av tilbud ville baseres på laveste pris. Det var tale om en *"fastsumkontrakt hvor den endelige avregning vil skje på grunnlag av anbudets priser og de mengder som blir lagt til grunn for kontrakten. Unntatt herfra er eventuelle poster i den tekniske beskrivelse hvor det er spesielt angitt at postene gjøres opp etter anbudets enhetspriser og medgåtte mengder bestemt i henhold til målereglene som er angitt i anbudsdokumentene"*.

Videre fremgikk det at *"Byggherren kan pålegge entreprenøren å utføre tilleggsarbeider som skal gjøres opp etter anbudets enhetspriser eller hvor disse ikke passer, etter tilbud (fast pris) fra entreprenøren eller som regningsarbeid"*.

Vedlagt konkurransegrunnlaget fulgte et tilbudsskjema, der leverandørene skulle angi totalsum – fordelt på angitte poster. En av postene var benevnt *"regningsarbeid"*. I tillegg skulle et eget skjema, kalt *"REGLER FOR REGNINGSARBEID"* fylles ut. Skjemaet opplyste at: *"For å kunne fastlegge kostnader ved bruk av regningsarbeid skal entreprenøren oppgi timerater for personell og utstyr i samsvar med opplistingen nedenfor...Priser for fagpersonell, betong:"*.

Klagers tilbud:

Klager leverte et tilbud på betongarbeider på kr. 1.765.494 inkl. mva. Dette var delt opp i fire poster, hvorav én post gjaldt *"regningsarbeid"*. Denne posten var fylt ut med kr. 105.000.

Når det gjaldt tømmerarbeid, var klagers tilbud på kr. 4.340.816 inkl. mva. Klager fordelte dette på to poster, *"Tømmerarbeid"* og *"Hjelparbeid"*. Post for regningsarbeider var strøket over, og det var ikke fylt ut noe beløp for denne posten. Påslag for tiltransport av øvrige entrepriser var 3 %.

Klager vedla utfylt skjema for regningsarbeid. Det fremgikk av denne at

timeprisene for regningsarbeid var fordelt på kr. 300 for formann, kr. 300 for fagarbeider og kr. 270 for lærling. Tilbudsskjemaets punkt om *"Priser for maskiner og utstyr, bygg"* var ikke fylt ut.

Det valgte tilbudet:

Også Otto Olset leverte inn tilbud. Tilbudet på betongarbeider var på kr. 1.821.341 inkl. mva. Dette var fordelt på de angitte poster, herunder med kr. 91.000 på regningsarbeid. I tilbudsskjemaet ble det opplyst at timeprisene var kr. 330 for formann, 260 for fagarbeider og kr. 200 for lærling. I tillegg ble det opplyst under *"Priser for maskiner og utstyr, bygg"* at timepris for mobilkran var kr. 740, for lastebilkran kr. 540 og lastebil kr. 480.

Otto Olset leverte også inn tilbud på tømmerarbeid. Tilbudet var her kr. 4.435.542 eks. mva. Det var ikke vedlagt noen utfylt skjema for de enkelte poster, og det fremgår derfor heller ikke hva posten regningsarbeid beløp seg til. Påslag for

tiltransport av øvrige entrepriser var

5 %.

I tilbudet ble det presisert at dersom Otto Olset fikk begge oppdragene, både for betong og tømmerarbeid, ville prisen reduseres med kr. 124.000 eks. mva.

Evaluering

Klager ble innstilt av kommunens arkitekt både på betongarbeid og tømmerarbeid, basert på at klager hadde laveste pris. I et eget brev til kommunen vurderte Sivilingeniør Edvin Helle AS totalkostnadene blant annet for betong og tømmer- og snekkerarbeidene. Det fremgikk her at:

"I tillegg vil det for prissamanlikninga ha betydning kor høge timeprisar det er på maskiner og arbeidarar. I betonganbodet har vi lagt inn ein post med 350 timar for evt skilnader i desse prisane skal kome fram i anbodssummen.

Dette er ikkje gjort i tømmer- og snikkaranbodet. Vi har derfor teke ei vurdering i vårt tilleggsnotat av 22.mai.

Som det vil fremgå av desse notata er Naustdal Bygg ca. 21.000,- billigare basert på mengdepostane i anbodet, men ved bruk av ca 420 timar regningsarbeid for fagarbeidar tippar det over i Olset sin favør".

I et notat vedlagt innstillingen fremgikk det videre at:

"Kor mange timar som kjem på regningsarbeid er usikkert.

I Betonganbudet har vi lagt inn ein post i anbodet som gjer at ulike timeprisar skal kome fram i anbodssummen. I betonganbodet har vi lagt inn 350 timar for fagarbeidar.

Ser vi på forholdet mellom storleik på tømmer- og betongarbeid vil dette tilsvare at vi la inn ca 700 timar for fagarbeid i tømmer- og snikkaranbodet...

Det er usikkert kor mange timar som kjem på regningsarbeid.

Men det vil heilt sikkert komme eit betydeleg tal. Bruk av formann og lærlinger vil og virke inn på endringar".

Det ble i notatet også presisert at klager hadde 3 % påslag for tiltransport av øvrige entrepriser og Otto Olset 5 %, og at "Dette går klart i favør av Naustdal Bygg dersom kommunen vel å tiltransportere nokre av de andre entreprisene".

Administrasjonen innstilte på at kontraktene skulle tildeles leverandøren med lavest tilbud. Plan- og byggenemnda i kommunen valgte i møte den 22.5.2003 å innlede kontraktsforhandlinger med Otto Olset både på betong- og tømmerarbeid.

Partenes anførsler

Klagers anførsler

Klager anfører at innklagede har brutt kravet til likebehandling av leverandørene, jf. lov om offentlige anskaffelser § 5. Videre anføres det at klager ble forbigått som laveste tilbyder.

Det fremgår at det er tatt i betraktning timepris for maskiner og arbeidere ved prissammenligning. Pris på maskiner inngår ikke i konkurransegrunnlaget for betong- og tømmerarbeider. I den grad maskinarbeid skal utføres, inngår dette i riggpøst.

Pris på maskiner var ikke angitt som kriterium i konkurransegrunnlaget. Det samme gjelder tillegg for regningsarbeider for tømmerarbeidene, der det ved prissammenligningen ble lagt inn 700 timer. Da disse to kriteriene ikke var med i konkurransegrunnlaget, skulle de heller ikke vært tatt i betraktning ved prissammenligningen.

Selv om tilleggsarbeid på 700 timer for tømmerarbeid tas i betraktning, er klagers tilbud lavest i pris. Ingeniøren har kun sammenlignet fagarbeiderlønn, og ikke tatt i betraktning at tilleggsarbeider normalt vil medføre tillegg også i masse. Det er vanlig at det ved tilleggsarbeid brukes en enhetspris i tilbudet, i den grad det er tale om likeartet arbeid.

Tilleggsarbeidene synes tatt inn i beregningen i den hensikt å få et grunnlag for å forbigå klager.

Klager krever erstatning på 10% av tilbudsprisen.

Innklagedes anførsler

Innklagede bestriker å ha brutt regelverket for offentlige anskaffelser.

Arkitekten har konkludert med at klagers tilbud er kr. 20.953 lavere enn det valgte tilbudet. Det er imidlertid da ikke tatt hensyn til kostnader byggherren vil få ved tilleggsarbeid/ regningsarbeid. Erfaringsmessig viser det seg at det alltid vil bli tilleggsarbeid ved prosjekt av denne størrelsen. Det kan komme uventede problemer med grunnarbeid, endringer i lover og forskrifter eller andre uforutsette forhold.

I et så stort arbeid som dette er det realistisk å regne med ca. 1.000 timer samlet på tømmer og betongdelen. Otto Olsets tilbud vil være lavest i pris dersom det legges til grunn 420 timer tilleggsarbeid.

Uansett mener innklagede at en erstatning på 10% av tilbudsprisen er for høy.

Klagenemndas vurdering

Klager har deltatt i konkurransen, og har saklig klageinteresse, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Anskaffelsen gjelder bygge- og anleggsarbeider, og følger etter sin verdi reglene i forskrift om offentlige anskaffelser del III, jf. forskriftens § 2-1.

Klagenemnda antar at kontrakten må anses som en fastpriskontrakt hvor det avgjørende er hvilket tilbud som har den laveste pris. Uforutsette tilleggsarbeider kan ikke inngå i denne prisvurdering, med mindre dette går frem av konkurransegrunnlaget. Innklagede måtte tatt med i kravspesifikasjonen i konkurransegrunnlaget at tilleggsarbeider ville være relevante og således kunne bli utslagsgivende ved valget, slik at tilbudene som kom inn var basert på et reelt omfang. Dét er ikke tilfelle her. Klagenemnda konstaterer at klagers tilbud har lavest pris.

Klagenemnda kan ikke se at de fremlagte dokumenter fra arkitekt eller ingeniør

egentlig støtter innklagedes valg av tilbud. Arkitekt og ingeniør har konkludert med hvilket tilbud som etter sin totalsum er lavest i pris, nemlig klagers, og deretter anslått hvor mange timer ekstraarbeid som må utføres før Otto Olsets tilbud blir lavest i pris. Innklagedes forutsetninger for valg av tilbud bærer således preg av å ha til hensikt å begrunne valg av Otto Olset.

I og med at kontrakt ikke er inngått, er erstatningsspørsmålet uaktuelt.

Konklusjon:

Askvoll kommune har brutt forskrift om offentlige anskaffelser 17-2(1) ved valg av tilbud for tømmer og betongarbeider for oppføring av omsorgsboliger på Askvollheimen.

For klagenemnda

Per Christiansen



Forsiden
Nemndsmedlemmer
Saksbehandling
Regelverk
Innkommne saker
Statistikk
Årsrapporter
Dommer
Søk i avgjorte saker

Avgjorte saker:
[2003](#) [2004](#) [2005](#)

Besøksadresse
H. Heyerdalsgate 1
0033 Oslo

Postadresse
Postboks 8132 Dep
0033 Oslo

Tlf.: 22 33 70 10

Faks: 22 33 70 12

E-post:

postmottak@kofa.no

Avgjorte saker

Klagenemndas avgjørelse 22. september 2003 i sak 2003/73

I forbindelse med en omorganisering overdro innklagede, et interkommunalt avfallsselskap, driftsansvaret for sine avfallsanlegg samt ansatte og utstyr ved anleggene til et privat selskap hvor innklagede eide 34 % av aksjene, og hvor daglig leder hos innklagende satt som styremedlem. Resten av selskapet var privateid. Samme selskap ble tildelt ulike sporadiske og løpende oppdrag fra innklagede, verdt ca kr 160.000 pr år. Innklagede gjennomførte dessuten en uformell konkurranse om ytterligere 14 transportoppdrag som hovedsakelig ble tildelt samme selskap. Klagenemnda fant at driftsavtalen, de 14 transportavtalene og løpende oppdrag ellers falt inn under regelverket for offentlige anskaffelser, og at forskrift om offentlige anskaffelser §§ 4-1 og 11-1 var overtrådt. Det kunne også være spørsmål om inhabilitet fordi daglig leder hos innklagede var styremedlem i det private aksjeselskapet.

Klager: Rørheims Bilruter AS

4187 Ombo

Innklaget: Ryfylke Miljøverk IKS

4130 Hjelmeland

Klagenemndas medlemmer: Inger Marie Dons Jensen, Kai Krüger, Inger Roll-Matthiesen.

Saken gjelder:

Egenregi. Beregning av terskelverdier. Inhabilitet.

Bakgrunn

Ryfylke Miljøverk IKS (heretter kalt "innklagede") er et interkommunalt selskap som eies av kommunene Kvitsøy, Hjelmeland, Finnøy, Suldal, Strand og Forsand. Innklagede organiserer renovasjonstjenester for eierkommunene. I tillegg eier innklagede ulike mottaks- og sorteringsanlegg for avfall. Frem til 1.1.2003 sto innklagede selv for driften av anleggene.

Fra 1.1.2003 ble driften av anleggene samt utstyr og personell overført til et privat aksjeselskap, Ryfylke Renovasjon AS (heretter kalt "RR"). Innklagede eier 34 % av aksjene i RR, mens to andre private selskaper innen transportsektoren eier de resterende aksjene med 33 % hver. I tillegg til driften av anleggene har RR påtatt seg ulike oppdrag for innklagede knyttet til transport av avfall.

Rørheims Bilruter AS (heretter kalt "klager") har tidligere hatt en rekke oppdrag for innklagede knyttet til transport av avfall, herunder utleie av containere. I forbindelse med at RR overtok driften av anleggene, ble klager orientert i brev fra RR om at utleieavtalen med klager ble sagt opp. Bakgrunnen for dette var at

RR ønsket å bruke egne containere ved driften av anleggene.

Den 18.3.2003 ba innklagede om pristilbud på 14 ulike oppdrag om transport av avfall. Oppdragene hadde en varighet fra 1.4.2003 til 1.10.2003. Hvert av transportoppdragene var beskrevet i et eget brev, utformet på samme måte og med samme dato. Innklagede anslo de to største oppdragene til henholdsvis kr. 40.000 og kr. 170.000. De øvrige oppdragene var sporadiske og av mindre verdi. Oppdragene skulle utføres i Suldal, Hjelmeland, Forsand og Finnøy, alle i Rogaland fylkeskommune. Ulike typer avfall måtte til dels transporteres separat.

Anmodningen om pristilbud ble sendt til fem leverandører, herunder til klager og RR. Frist for å komme med tilbud var 25.03.2003. Klager leverte inn tilbud. I brev av 28.3.2003 ble klager orientert om at oppdragene var blitt fordelt på tre selskaper, noen gikk til klager, de fleste til RR.

Daglig leder hos innklagede er styremedlem i RR. Da RR utarbeidet sitt tilbud, deltok han ikke i prosessen. Han var videre på ferie da pristilbudene kom inn til innklagede, og så derfor ikke de ulike tilbudene før de forelå samlet. Det var imidlertid han som underskrev brevet av 28.03.2003.

Partenes anførsler:

Klagers anførsler:

Avtalen mellom innklagede og RR om drift av avfallsanleggene ble inngått i strid med lov om offentlige anskaffelser. Det er ikke grunnlag for å legge driften til RR som ledd i egenregi. Det samme gjelder de store og små oppdragene som innklagede løpende har tildelt RR.

Anskaffelsen av de 14 transportoppdragene skjedde også i strid med regelverket for offentlige anskaffelser. Det er i realiteten tale om én anskaffelse av transport av avfall, og anskaffelsen overstiger således kr. 200 000. Alle oppdragene skal foregå innenfor et avgrenset geografisk område og tildeles av samme oppdragsgiver etter samme behandlingsmåte. I meddelelsen om valg av tilbud behandles alle oppdragene under ett.

Anskaffelsen ble ikke kunngjort, og det er ikke utarbeidet noe konkurransegrunnlag eller angitt noen kriterier for valg av tilbud. Klagers tilbud hadde laveste pris samlet sett, og klager skulle således vært tildelt oppdraget. Tilbudsfristen var for øvrig uforsvarlig kort. Innklagede har brutt en rekke regler i anskaffelsesregelverket, herunder også plikten til å begrunne valg av tilbud. Det valgte tilbudets priser skulle dessuten vært opplyst etter at klager ba om konkret informasjon om dette.

Tilbudet fra RR skulle uansett vært avvist som følge av inhabilitet. Innklagedes daglige leder er også styremedlem i RR.

Klagenemnda bes uttale seg om hvilke konsekvenser innklagedes feil får for inngåtte kontrakter og om erstatningsspørsmålet.

Innklagedes anførsler:

Avtalen om drift av anleggene er et resultat av en omorganisering, herunder overføring av ansatte og utstyr til RR, samtidig som innklagede overtok 34 % av aksjene i RR. Kontrakten må ses i sammenheng med dette, og faller da utenfor regelverket for offentlige anskaffelser. Driftsavtalen kunne uansett vært inngått med RR på en måte som ikke ville vært i strid med regelverket. Driftsavtalen har en varighet på seks år, noe som er en vanlig kontraktsperiode. Avtalen kan lyses ut til andre ved utløp av kontraktsperioden.

De andre oppdragene som RR har fått direkte, er også et ledd i omorganiseringen og vil bli utlyst gjennom konkurranse når man ser det reelle

behovet i en fremtidig organisasjonsløsning. De 14 transportoppdragene må vurderes hver for seg, slik at det enkelte oppdragets verdi ikke overstiger kr. 200 000. Det kunne dermed benyttes direkte anskaffelse. Det er tale om kortvarige avtaler om transport av forskjellige typer avfall som krever ulike kjøretøy, med ulik frekvens og geografi. Det er stor avstand mellom de aktuelle kommunene, med til dels dårlig veistandard. Transportene går ikke til samme avfallsområdet.

Det var følgelig ikke noe krav om kunngjøring. Tilbudsforespørselen oppfylte kravene til utforming av et konkurransegrunnlag. Pris alene skulle tillegges vekt. Tilbudsfristens lengde var tilstrekkelig, og leverandørene fikk tilstrekkelig begrunnelse for valg av tilbud. Uansett har innklagedes behandlingsmåte ikke vært til skade for klager. Innklagede tilbød leverandørene revisorbekreftelse på at laveste tilbyder er valgt. Ingen av leverandørene har bedt om dette. Innklagede ønsker utover dette ikke å opplyse om priser av hensyn til de anbudskonkurranser man har til hensikt å gjennomføre om kort tid.

Det foreligger ikke inhabilitet som følge av at innklagedes daglige leder var styremedlem i

RR. Konkurransen var basert på laveste pris. Det er derfor ikke tale om en avgjørelse basert på skjønn. Innklagedes daglige leder har ikke hatt tilknytning til saken på en slik måte at det kunne "påvirke hans standpunkt". Det foreligger heller ikke andre forhold som tilsier at han skulle ha veket sete.

Klagenemndas vurdering:

Klager har dels deltatt i konkurransen om de 14 transportoppdragene, dels vært en potensiell leverandør for så vidt gjelder de øvrige oppdragene som er tildelt RR direkte. Videre har klager opplyst at han ville hatt interesse av å konkurrere også om driften av avfallsanleggene. Klagenemnda finner på denne bakgrunn at klager har saklig klageinteresse, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig.

Kontrakt om drift av anleggene

Klagenemnda legger til grunn at kontrakten om drift av anleggene er en prioritert tjeneste, jf. forskriftens § 2-4 kategori (16). Klagenemnda antar ut fra det opplyste at verdien overstiger terskelverdiene i forskriftens del II, jf. forskriftens §§ 2-1 og 2-2. Det er således reglene i forskriftens del II som kommer til anvendelse.

Forskrift om offentlige anskaffelser gjelder ved tildeling av gjensidig bebyrdende kontrakter, jf. § 1-3 (1) og § 1-4 bokstav a). Dersom en oppdragsgiver velger å utføre arbeidet selv (i egenregi), foreligger det ingen kontrakt, og regelverket kommer da ikke til anvendelse. Regelverket gjelder imidlertid som hovedregel når oppdragsgiver vil inngå kontrakter med andre juridiske personer. Utgangspunktet er derfor at innklagede ikke kunne inngå kontrakt om drift av anleggene direkte med RR, uten å følge regelverkets krav til konkurranse.

Spørsmålet er så om oppdragsgivers eierandel og eventuelle kontroll over RR tilsier at man likevel må anse tildelingen av de aktuelle oppdrag som egenregi, slik innklagede har anført.

Grensen mellom egenregi og kontraktstildeling synes nå langt på vei avklart i EF-domstolens praksis. Domstolen har i sak C-107/98 (Teckal) lagt til grunn at en oppdragsgiver på nærmere vilkår kan tildele en kontrakt også til en annen juridisk person uten at regelverket kommer til anvendelse. Forutsetningen er for det første at oppdragsgiver har en kontroll over leverandøren som er like sterk som den oppdragsgiver har over egne interne organer. I tillegg må oppdragsgiveren stå for det vesentligste av leverandørens omsetning, i praksis

ansett for å utgjøre mer enn 80 %. Det er oppdragsgiver som må dokumentere at både kravet til kontroll og kravet til intern omsetning er oppfylt slik at forholdet kan bli å betrakte som egenregi og dermed kunne gjennomføres uten utlysning av konkurranse.

Utgangspunktet er etter nemndas oppfatning at en eierandel på 34 % i et selskap ikke gir en så sterk kontroll at det første vilkår for direkte tildeling av kontrakter i tråd med EF-domstolens praksis er oppfylt. Det er heller ikke opplyst om noen andre konkrete omstendigheter som skulle tilsi at oppdragsgiveren, til tross for den beskjedne eierandelen, skulle ha en så sterk kontroll. Klagenemnda finner derfor at RR er tildelt kontrakten om drift av anleggene i strid med regelverket for offentlige anskaffelser. Det er her uten betydning om RRs oppdragsmengde hovedsakelig gjelder innklagede. Det har i dette tilfellet heller ikke betydning at kontrakten var ledd i en omorganisering hvor også utstyr og personell ble overtatt av RR.

Direkte tildeling av kontrakten innebærer således et brudd på forskriftens § 4-1 (1).

Øvrige oppdrag

Klagen retter seg inn mot to ulike forhold. Det ene gjelder løpende bestillinger av store og små oppdrag, uten noen formell kontrakt. Det andre gjelder konkurransen om de 14 transportoppdragene.

Så langt klagenemnda kan se, retter de 14 transportoppdragene seg inn mot samme leverandørmarked. Verken geografiske forhold eller forskjellen i avfallstyper eller kjøretøy er av en slik art at det er tale om forskjellige typer tjenestekontrakter. Transportoppdragene ble tildelt samtidig av samme leverandør.

Klagenemnda legger til grunn at det er tale om ensartede tjenester, og at verdien av oppdragene derfor må regnes sammen ved vurderingen av anskaffelsens verdi, jf. forskrift om offentlige anskaffelser § 2-3 (5). Verdien overstiger da beløpsgrensen på kr. 200.000, jf. forskriftens § 11-2 (1) a), og konkurransen ble derfor gjennomført i strid med regelverket, jf. forskriftens § 11-1. Klagenemnda finner ikke grunn til å gå inn på alle de enkeltstående feil det her kan være tale om.

Når det gjelder de løpende bestillingene av store og små oppdrag, finner klagenemnda at mye kan tale for at også disse må ses i sammenheng ved beregning av terskelverdiene. Det nære samarbeidet mellom innklagede og RR, gjør det nærliggende å si at det foreligger en felles forståelse mellom partene om at bestillinger av denne typen skal tildeles RR. For løpende oppdrag, f.eks. leie av containere, kan ordningen bære mer preg av en uformell rammeavtale enn av sporadiske enkeltkjøp. Beregningsmetoden i forskriftens § 2-3 (7) er i så fall anvendelig, i alle fall for deler av oppdragene.

Klagenemnda har få opplysninger om disse løpende bestillingene. Klagenemnda finner det tilstrekkelig å peke på at selv om kontrakter under kr. 200.000 eks. mva. kunne vært ansett som dekket av hjemmelen for å foreta mer uformelle direktekjøp etter forskriftens § 11-2, er også slike anskaffelser underlagt det generelle prinsipp om konkurranse, jf. lov om offentlige anskaffelser § 5 og forskrift om offentlige anskaffelser § 3-1.

På bakgrunn av klagenemndas vurderinger ovenfor, er det unødvendig å gå nærmere inn på habilitetsspørsmålet, jf. forvaltningsloven § 6. Det bemerkes imidlertid at det fort kan oppstå habilitetsproblemer når oppdragsgivers daglige leder sitter som styremedlem hos leverandøren. Det vises også til Høyesteretts avgjørelse i Rt. 1998 s. 1398 (Torghatten) hvor det fremgår at habilitetsvurderingen generelt er strengere når det foreligger en konkurransesituasjon enn ellers.

De feil innklagede har begått, kan ikke sees å få direkte konsekvenser for avtaler som er inngått. Klagenemnda finner det ikke naturlig i en sak som denne å uttale seg om erstatningsspørsmålet.

Klagenemnda forstår innklagede slik at både driftsavtalen og oppdrag som knytter seg til transport av avfall, i fremtiden vil bli utlyst for konkurranse i tråd med regelverket for offentlige anskaffelser. Klagenemnda legger dette til grunn, men vil likevel be innklagede opplyse om driftsavtalen vil kunne sies opp og lyses ut på nytt før det er gått seks år.

Konklusjon:

Ryfylke Miljøverk IKS har brutt forskrift om offentlige anskaffelser § 4-1 ved inngåelsen av avtalen med Ryfylke Renovasjon AS om drift av avfallsmottakene.

Ryfylke Miljøverk IKS antas å ha brutt forskrift om offentlige anskaffelser § 11-1 ved å tildele Ryfylke Renovasjon visse løpende oppdrag knyttet til transport av avfall, derunder leie av containere, uten å gjennomføre en konkurranse i tråd med regelverket.

Ryfylke Miljøverk IKS har brutt forskrift om offentlige anskaffelser § 11-1 ved uformelt å sende ut en invitasjon til å gi tilbud på 14 transportoppdrag, uten å følge regelverkets prosedyrer for gjennomføring av konkurranser.

Klagenemnda ber opplyst innen 1.11.2003 hva som vil bli gjort med driftsavtalen.

For klagenemnda,
22.9.2003.

Inger Marie Dons Jensen



Forsiden
Nemndsmedlemmer
Saksbehandling
Regelverk
Innkomne saker
Statistikk
Årsrapporter
Dommer
Søk i avgjorte saker

Avgjorte saker:
[2003](#) [2004](#) [2005](#)

Besøksadresse
H. Heyerdalsgate 1
0033 Oslo

Postadresse
Postboks 8132 Dep
0033 Oslo

Tlf.: 22 33 70 10

Faks: 22 33 70 12

E-post:
postmottak@kofa.no

Avgjorte saker

Innklagede gjennomførte en konkurranse med forhandling. Tilbudene som kom inn, var imidlertid ikke direkte sammenlignbare med hensyn til forutsetninger i timepriser og estimat over antall timer som var nødvendig. Klagenemnda kom frem til at innklagede hadde brutt kravet til å føre reelle forhandlinger med leverandørene. Det fremgikk blant annet av protokollen at den valgte leverandøren fikk anledning til å revidere sitt tilbud, uten at det samme fremgikk i forhold til klager. Det avgjørende var likevel at innklagede skulle benyttet forhandlingene til å gjøre tilbudene sammenlignbare.

Klagenemndas avgjørelse 22. September 2003 i sak 2003/171

Klager: Byggplan Nord AS

Innklaget: Hemnes kommune

Klagenemndas medlemmer: Inger Marie Dons Jensen, Inger Roll-Matthiesen, Kai Krüger

Saken gjelder:

Plikt til å invitere til reelle forhandlinger. Forsvarlig vurdering av tildelingskriteriene.

Bakgrunn:

Hemnes kommune (heretter kalt "innklagede") arrangerte en konkurranse med forhandling om anskaffelse av byggeledertjenester ved ombygging/nybygging av Korgen og Hemnesberget sykehjem/omsorgssenter i Hemnes kommune. Konkurransen ble kunngjort i Norsk Lysningsblads elektroniske database (DOFFIN) den 25. mars 2003. Det fremgikk av kunngjøringen at:

"Byggeleder skal på vegne av tiltakshaver (kommunen v/prosjektleder) styre og kontrollere de samlede aktiviteter på byggeplassene, fra byggestart og til avslutning av reklamasjonsarbeidene. Byggeleder forventes i byggefasen i stor grad å være fysisk tilstede på arbeidsplassene".

Av konkurransegrunnlaget fremgikk det at:

" Tilbudet skal gis to delt:

Del 1 – Kontraheringsfasen (jfr. pkt. A i "Ytelsesbeskrivelse i byggeledelse"):

- *Her gis det pris time og pr. møte med møtested Korgen (Hemnes kommune). I møteprisen skal reisetid og alle bikostnader inkl. reiseutgifter være med. Timepris skal oppgis for byggeleder samt evt. sekretær.*

Del 2 – Utførelsesfasen (jfr. pkt. B-K i "Ytelsesbeskrivelse byggeledelse"):

- *Her oppgis en øvre kostnadsramme som dekker ordinære timer, reisetid og reise-/oppholdsutgifter for hele del 2, inkl. reklamasjonstiden som beskrevet i "Ytelsesbeskrivelse – byggeledelse".*

- *Her gis det (som for kontraheringsfasen) pris pr. time for h.h.v. byggeleder og sekretær.*

- *Videre oppgis reisetid og reiskostnader pr. konsulent pr. reise tur / retur Hemnes.*

- *Det oppgis også hvor mange arbeidstimer (ordinære timer) som er forutsatt i øvre kostnadsramme.*

- *Det er byggelederfirmaets ansvar at byggeleder er på byggeplass stort sett hver arbeidsdag for å utføre det som ligger innenfor byggeleder sitt mandat / ansvarsforhold.*

- *Prisstigning skal innkalkuleres i tilbudet.*

Det vil ved valg av byggeleder bli lagt vekt på følgende momenter:

- *Økonomiske vilkår*

- *Eventuelle forbehold, reservasjoner og presiseringer til tilbudsgrunnlaget*

- *Tilbyders og tilordnet personell sin kompetanse og kapasitet*

- *Firmaets og tilordnet personell sin erfaring fra tilsvarende prosjekter*

- *Tilbyders system for byggeledelse (herunder også økonomistyring og rapportering)*

- *Tilbyders system for kvalitetssikring og internkontroll*
- *Informasjon om firma og økonomisk soliditet".*

Tilbudene

Det kom inn tilbud fra fire leverandører, og innklagede forhandlet med tre av disse, deriblant Byggplan Nord AS (heretter kalt "klager"). Tilbudet fra klager oppga en timepris på kr. 600,- som inkluderte sekretærutgifter. Øvre kostnadsramme var kr. 1.350.000,- og inkluderte reisekostnader. Klager la til grunn 2000 timer for byggelederjobben. Tidsbruk for sekretær var ikke oppgitt.

Det kom også inn tilbud fra Nordland Teknisk AS (heretter kalt "det valgte tilbud"). Etter gjennomførte forhandlinger oppga det valgte tilbud kr. 550,- pr. time for byggeleder og kr. 350,- pr. time for sekretær. Reisekostnadene var inkludert i den øvre ramme på kr. 2.948.162. Det valgte tilbud la til grunn 4300 timer, hvorav 3457 var for byggelederjobben og det resterende for sekretærarbeidet.

-

-

Forhandlinger/avklaringer

Innklagede har utarbeidet og fremlagt møtereferater fra "avklaringsmøter" med den valgte leverandøren og med klager. Møtet med klager bærer preg av i hovedsak å omfatte klargjøringer av klagers tilbud. Det fremkommer i et sitat at "Rammen på 2000 timer er av BPN vurdert til å være tilstrekkelig for prosjektene".

Når det gjelder møtet med den valgte leverandøren, fremgår det derimot avslutningsvis at "Tilbudet på byggeledelse kan reduseres. NT gir tilbakemelding på eventuell revisjon av tilbudet". Innklagede mottok etter dette et revidert tilbudsskjema hvor den valgte leverandørens tilbudspris var justert. Det fremgår ikke av referatet eller dokumentene forøvrig at klager har fått oppfordring om å endre sitt tilbud.

-

Innstillingen

Hemnes kommune benyttet selskapet Medvita AS som prosjektkoordinator. I innstillingen til byggekomiteen i kommunen, fremgikk det at:

"Grunnlaget for evalueringen er de kriteriene som er oppgitt i kommunens tilbudsinnbydelse:

- **Økonomiske vilkår** (timepris, øvre kostnadsramme for utførelsesfasen, øvre timeramme)
- **Kompetanse** (firmakompetanse og tilordnet personell sin kompetanse)
- **Kapasitet** (firmaets generelle kapasitet, tilordnet personell sin kapasitet)
- **Andre forhold** (system for byggeledelse, system for

kvalitetssikring, godkjenningsstatus)

Hvert av disse kriteriene er i evalueringen vektet 25%.

Hvert tilbud er så karaktersatt og poengberegnet slik det framgår av de vedlagte evalueringsskjemaene”

I innstillingen er det lagt til grunn at klagers tilbud hadde lavest kostnadsramme. Tilbudet hadde imidlertid også forutsatt færrest arbeidstimer og hadde høyest timepris. Av innstillingen fremgikk at:

”Det lave timetallet som tilbyder nr. 1 har lagt til grunn samlet sett for de 2 prosjektene, vurderes som (for) lavt og kan bety problemer ved en eventuell kontraktsinngåelse. Kompetanse og kapasitet for oppdraget vurderes som tilfredsstillende. Firmaet vurderes å være med i konkurransen om å få tildelt kontrakten. Etter en helhetsvurdering prioriteres tilbudet som nr. 2”

Det fremgikk også at det valgte tilbud hadde nest høyeste kostnadsramme, og nest høyest timepris og timeramme. Videre fremgikk det om det valgte tilbudet at:

”Det noe høye timetallet som tilbyder nr. 3 har lagt til grunn samlet sett for de 2 prosjektene, vurderes som positivt og kan bety at Hemnes kommune får tilstrekkelig av personellinnsats fra byggeledelsen til å få utført jobben på en tilfredsstillende måte. Det er satt av en byggeleder for hvert av de 2 prosjektene tilsvarende hel stilling på hvert sted, samt en god del bruk av assistenter/rådgivere for øvrig. Kompetansen vurderes også som god. Firmaet vurderes å være med i konkurransen om å få tildelt kontrakten. Etter en helhetsvurdering prioriteres tilbudet som nr. 1.”

I innstillingen ble så tilbudene sammenlignet:

”Vi vurderer det slik etter en helhetsvurdering at tilbudet fra Nordland Teknisk AS er det beste tilbudet samlet sett, når vi også tar hensyn til en noe høyere øvre kostnads-/timeramme i deres tilbud enn i tilbudene som blir prioritert på 2.plass (Byggplan Nord AS) og på 3. plass (Intekno AS).

Vurdert ut fra kompetanse og kapasitet for oppdraget, system for byggeledelse, m.v. framstår de 3 ovennevnte tilbud som gode og nesten sidestilte, men også her vurderer vi Nordland Teknisk AS som det beste.

Det er også naturlig å vektlegge tilgjengelighet på byggeplassen, der fast kontor og ofte tilstedeværelse vurderes som en fordel. Nordland Teknisk AS kommer også best ut her.”

Byggekomiteen i Hemnes kommune besluttet etter dette at Nordland Teknisk AS skulle tildeles kontrakt.

Partenes anførsler:

Klagers anførsler:

Klager anfører at pris ikke har vært tilstrekkelig vektlagt ved valg av leverandør. Innklagede har valgt et tilbud som var ca. 120 % dyrere enn klagers tilbud. Klagers tilbud ga uttrykk for en riktig pris, ettersom byggeledelse normalt utgjør ca 2 % av entreprisestnadene.

Det er bedt om timepriser i kontraheringsfasen og en øvre kostnadsramme i utførelsesfasen. En slik øvre kostnadsramme er i realiteten en fast pris, og det vil være klagers risiko dersom timeantallet overstiger de 2000 timer som er angitt i tilbudet. Det er ikke bedt om et øvre timetall, og dette er ikke noe kriterium for valg av leverandør.

Det er ikke korrekt, som innklagede legger til grunn, at den øvre kostnadsrammen vil øke dersom klager bruker mer enn de stipulerte 2000 timer. Klager vil, som påpekt under forhandlingene, bruke den tid som er nødvendig for å gjennomføre byggeledelsen tilfredsstillende, og den øvre kostnadsramme vil uansett stå ved lag.

Innklagede har ikke tatt hensyn til at sekretærarbeidet er inkludert i klagers timepris for byggeleder. Dersom dette var blitt splittet, ville klagers timepris ligget på samme nivå som de øvrige tilbydernes timepris.

Innklagedes anførsler:

Innklagede bestrider at regelverket er brutt. Kommunen kunngjorde at oppdraget skulle tildeles leverandøren med det økonomisk mest fordelaktige tilbud. Det var således adgang til å velge andre leverandører enn den med lavest pris. To andre vesentlige forhold har også betydning for byggelederytelsen/prisen. For det første var det viktig å opprettholde driften i begge bygg i store deler av perioden. For det annet anses prosjektet i Korgen som mer krevende å være byggeleder for enn et vanlig nybygg/sykehjem. Det er således ikke mulig å legge til grunn 2 % av entreprisestnadene som en "riktig" pris for byggeledelse i foreliggende sak. Det er derfor riktig å akseptere en byggelederkostnad høyere enn det klager hevder er normalt nivå for byggeledelse. Dessuten var klagers tilbud på bare 1,2 % av entreprisestnadene.

Klager har avsatt et for lavt timeantall i forhold til de krav som er oppgitt i tilbudsmaterialet. Konkurranses grunnlaget ba om et øvre timeantall og en øvre kostnadsramme for gjennomføringen av oppdraget. Det anses ikke riktig og/eller hensiktsmessig å velge klager, som har et stipulert timeantall og hvor det forutsettes en endelig avklaring av den øvre kostnadsramme etter hvert. Dette vil også være i strid med prinsippet om likebehandling av leverandørene. Dette er dessuten en kontrakt i henhold til NS 8402 Alminnelige kontraktsbestemmelser for rådgivningsoppdrag, hvor honoreringen skjer i henhold til medgått tid, som skal dokumenteres med timelister, med tilbudt øvre time-/ kostnadsramme som "tak".

Klager har dessuten høyest timepris for byggeleder (kr 600 pr. time; de øvrige har kr. 530,-/550,- pr. time). De innhentede referanser er i hovedtrekk gode, men de gjelder ikke oppdrag av samme kategori eller omfang som de to prosjektene som skal gjennomføres i Hemnes kommune.

Klagenemndas vurdering

Klager har deltatt i konkurransen og har således saklig klageinteresse, jf. forskrift 15.11.2002 om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Anskaffelsens anslåtte verdi fremgår ikke av de fremlagte dokumenter. Basert på de fremlagte tilbud, legger imidlertid klagenemnda til grunn at anskaffelsen skal gjennomføres i henhold til forskrift 15.6.2001 om offentlige anskaffelser ("forskriften") del II, jf. forskriften §§ 2-2 og 2-3.

Vilkårene for konkurranse med forhandling etter forutgående kunngjøring

fremgår av forskriften § 4-2. De fremlagte opplysninger indikerer etter klagenemndas vurdering at vilkårene for å benytte konkurranse med forhandling ikke har vært tilstede i den foreliggende sak, jf. hovedregelen i forskriftens § 4-1 (1) om at tildeling av kontrakt skal skje ved anbudskonkurranse, sammenholdt med de snevre unntak fra hovedregelen i forskriftens §§ 4-2 og 4-3. Dette spørsmålet er imidlertid ikke berørt av partene, og klagenemnda vil derfor ikke gå nærmere inn i denne problemstillingen.

Krav til reelle forhandlinger

Klagenemnda finner at det er rimelig tvil om hvordan tilbudene skal forstås med hensyn til øvre kostnadsramme, timepris og timebruk. Dette skyldes hovedsaklig innklagede, som gjennom sin utforming av tilbudsskjemaet og konkurransegrunnlaget, herunder de oppstilte kontraktsvilkår, har skapt tvil om dette var en fastpriskontrakt med absolutt øvre kostnadsramme eller en kontrakt basert på honorering for medgått tid.

Det oppsto også tvil som følge av at klagers tilbud inkluderte pris for sekretær i sin timepris.

Det synes dessuten å være et faktum at leverandørene som har deltatt i konkurransen, har hatt svært forskjellig oppfatning av prosjektenes og kontraktens omfang. Klagenemnda vil anta at dette i hovedsak skyldes mangler i konkurransegrunnlagets beskrivelse av arbeidene.

Det avgjørende for klagenemnda er at tilbudene, slik de fremstår, ikke uten videre kan sammenlignes, slik at det kan medføre tvil om hvordan klagers tilbud skal bedømmes i forhold til det valgte tilbud.

Siden det her var invitert til en konkurranse med forhandling, må det "forhandles med alle leverandører som har levert inn gyldig tilbud, forutsatt at de har reell mulighet for å få tildelt kontrakten", jf. forskriften § 9-3 (3). Forskriftens forhandlingsregel innebærer en plikt for innklagede til å invitere både klager og den konkurrerende leverandør til *reelle* forhandlinger. Dette gjelder særlig når det foreligger tvil om hvordan tilbudene skal forstås, slik tilfellet er i vår sak. Da må oppdragsgiver sørge for å avklare innbyrdes uoverensstemmelser for å gjøre leverandørenes ytelser og priser sammenlignbare. Deretter må oppdragsgiver legge forholdene til rette for at de aktuelle leverandører kan revurdere sine tilbud både på pris og annet, jf. § 9-3 (4) som fastslår at det er

"...adgang til å forhandle om endringer eller suppleringer av alle sider ved tilbudene, så som forretningsmessige vilkår, pris og tekniske spesifikasjoner.

Bare gjennom reelle forhandlinger hvor tilbyderne innbyrdes gis like muligheter til å komme med reviderte tilbud, basert på oppdragsgivers klargjøringer av konkurransegrunnlaget, kan det grunnleggende kravet til likebehandling, jf. lov om offentlige anskaffelser § 5 og forskriften § 3-1, ivaretas. For å sikre etterprøvbarehet ved forhandlet konkurranse bør det sørges for at det føres protokoll med skriftlig møtereferat fra møtene med leverandørene. Det er gjort i dette tilfellet, men referatene etterlater tvil både om rammebetingelsene for forhandlingene ble tilstrekkelig klargjort, og om de to konkurrerende leverandører ble behandlet likt. Det står f.eks. i referatet med den valgte leverandøren at denne får frist for eventuell revisjon av tilbudet uten at tilsvarende mulighet synes å ha blitt gitt klager.

Etter klagenemndas oppfatning fremgår det ikke av fremlagte dokumenter at det er ført reelle forhandlinger med klager. Det vises her særlig til referatene fra avklaringsmøtene. Den alvorligste innvending ligger i at innklagede ikke har benyttet forhandlinger til å gjøre tilbudene sammenlignbare. Innklagede skulle ha sørget for at tilbudene bygget på like forutsetninger, både med hensyn til forståelse av oppdragsomfang, timebruk og timepriser, slik at sammenligningen av tilbudene kunne bli saklig og forsvarlig. Ved at dette ikke ble gjort, finner

klagenemnda at innklagede har brutt forskriften § 9-3 (3) og kravet til likebehandling jf. loven § 5 og forskriften § 3-1.

Bruk av tildelingskriterier

Det fremgår av drøftelsen ovenfor at det etter klagenemndas vurdering var tvil om hvordan tilbudene skulle forstås. Det grunnlag som innklagede baserte sine vurderinger på, er derfor mangelfullt. Klagenemnda finner etter dette ikke grunn til å gå inn på innklagedes skjønnsutøvelse knyttet til vektlegging av timepriser, kostnadsrammer, timeantall osv.

Det fremgår at innklagede i sin vurdering av leverandørens tilbud la vekt på "tilgjengelighet på byggeplassen." At dette skulle vektlegges som tema i en vurdering av hva som er økonomisk mest fordelaktig, fremgår verken av kunngjøringen eller av konkurransegrunnlaget. Det følger av forskriften § 10-2 (2) at oppdragsgiver skal angi alle tildelingskriteriene som vil bli lagt til grunn ved valg av det økonomisk mest fordelaktige tilbudet, enten i kunngjøringen eller i konkurransegrunnlaget, jf. forskriftens § 10-2. Alle kriterier skal evalueres, og det kan ikke legges vekt på andre kriterier enn de som er angitt. Innklagedes skjønn er således basert på et utenforliggende forhold. Dette innebærer et brudd på forskriften § 10-2 (2).

Konklusjon:

Klagenemnda finner at Hemnes kommune ved anskaffelse av byggeledertjenester ved ombygging/nybygging av Korgen og Hemnesberget sykehjem/omsorgssenter har brutt forskrift om offentlige anskaffelser § 9-3 (3) og kravet til likebehandling jf. lov om offentlige anskaffelser § 5 og forskrift om offentlige anskaffelser § 3-1 ved ikke å gjennomføre forhandlinger som har resultert i sammenlignbare tilbud, og ved ikke å ha gitt de konkurrerende leverandører samme mulighet til å justere sine tilbud under slike forhandlinger.

Klagenemnda finner at Hemnes kommune har overtrådt forskrift om offentlige anskaffelser § 10-2 ved å legge vekt på tilgjengelighet på byggeplassen, uten at dette var angitt som tildelingskriterium.

For klagenemnda,
22.9.2003

Inger Roll-Matthiesen



Forsiden
Nemndsmedlemmer
Saksbehandling
Regelverk
Innkomne saker
Statistikk
Årsrapporter
Dommer
Søk i avgjorte saker

Avgjorte saker:

[2003](#) [2004](#) [2005](#)

Besøksadresse

H. Heyerdalsgate 1
0033 Oslo

Postadresse

Postboks 8132 Dep
0033 Oslo

Tlf.: 22 33 70 10

Faks: 22 33 70 12

E-post:

postmottak@kofa.no

Avgjorte saker

Klagenemndas avgjørelse 2003 i sak 2003/119

Gaular kommune gjennomførte en åpen anbudskonkurranse av tilbygg med garderober og rehabilitering av svømmehall. Konkurransen ble kunngjort i lokalavisen, men ikke i Norsk lysingsblads elektroniske database. I anbudsprotokollen fremgikk at klagers tilbud var lavest i pris, mens Åsen og Øvrelid AS leverte det tredje laveste tilbud. I innstillingen til kommunen opplyste rådgivende arkitekt at Åsen og Øvrelid AS' tilbud om kortere byggetid trolig innebar store besparelser i forhold til den byggetid som var forutsatt i konkurransegrunnlaget. Åsen og Øvrelid AS ble dermed anbefalt dersom kortere byggetid var viktig for kommunen, mens tilbudet fra klager ble opplyst å "være et aktuelt alternativ" dersom kort byggetid var av mindre betydning. Kommune besluttet å inngå kontrakt med Åsen og Øvrelid AS. Klagenemnda fant at anskaffelsen skulle vært kunngjort i Norsk lysingsblads elektroniske database. Det var også i strid med regelverket å basere anskaffelsen på NS 3400. Det skulle dessuten vært klargjort i kunngjøringen eller konkurransegrunnlaget dersom leveringstid var et tildelingskriterium. Klagenemnda la til grunn at vilkårene for å få erstattet den positive kontraktsinteressen kunne være til stede.

Klagenemndas avgjørelse 8. september 2003 i sak 2003/119

Klager: Harald Kapstad AS

Innklaget: Gaular kommune

Klagenemndas medlemmer: Siri Teigum, Bjørg Ven, Morten Goller

Saken gjelder: Manglende kunngjøring. Feil faktum. Manglende evaluering av tildelingskriteriene. Krav på erstatning.

Bakgrunn:

Kunngjøring og konkurransegrunnlag

Gaular kommune (heretter kalt "innklagede") gjennomførte en åpen anbudskonkurranse vedrørende anskaffelse av tilbygg til Sande skule med garderober og rehabilitering av svømmehall. Fristen for å melde sin interesse var 10. mars 2003. Konkurransen ble ikke kunngjort i DOFFIN databasen.

Av konkurransegrunnlaget fremgikk følgende:

"Eventuelle spørsmål i samband med anbudsgrunnlaget kan rettast til dei respektive rådgjevarane innan for dei fristane som går fram av NS 3400".

Videre fremgikk:

"Arbeidet baserer seg på oppstart juni 2003.

a) - overlevering symjehall 15.12.03, overlevering øvrig areal: 01.04.04.

b) - i samsvar med anbudsbrief

(kryss av i aktuell rubrikk)".

Under punktet "Anbudsvilkår" ble følgende opplyst:

"Som generelle anbudsvilkår for dette prosjektet/denne entreprisa gjeld NS 3400 med følgjande supplement:

Val av anbud jfr. pkt. 13.

Ved val av anbud vil byggherren legge vekt på så vel pris, forventet kvalitet, kompetanse og kapasitet (best anbud-prinsippet)."

Det inkom seks tilbud innen tilbudsfristen, herunder fra Harald Kapstad AS (heretter kalt "klager") og fra firmaet Åsen & Øvreid AS.

Klagers tilbud

Klager tilbød å utføre arbeidet ved Sande skule for kr 2.925.031 inkl. mva. Forutsatt oppstart i juni 2003, tilbød klager overlevering av svømmehallen pr. 15.12.03 og det øvrige areal den 01.04.04.

Åsen og Øvreid AS' tilbud

Åsen og Øvreid AS tilbudssum var kr. 3.015.185,- inkl. mva. Forutsatt oppstart i uke 23, tilbød firmaet ferdigstilling av hele anlegget - bortsett fra utomhusarbeidene - innen 15. desember 2003.

Evaluering av tilbudene

I anbudsprotokollen fremgikk det at klagers tilbud på kr. 2 925 031,- var lavest i pris. Åsen & Øvreid AS leverte det tredje laveste tilbud på kr. 3 105 185,-.

Kommunens arkitekt, Arki Arkitektur AS ("ARKI"), foretok en kontrollgjennomgang av tilbudene og utarbeidet et evalueringsskjema. Klagers tilbud ble her gitt et prosentmessig påslag for tiltransport av tekniske entrepriser. Følgende ble rapportert til innklagede i brev av 11. april 2003:

"Etter kontrollgjennomgang inklusive kontroll med omsyn til manglende postar, korreksjon for indekstillegg og administrasjon blir dei evaluerte tilboda som følgjer: (avvik frå protokoll i parantes).

1. Harald Kopstad AS: 3.113.065 (+ 188.034)

2. Åsen & Øvrelid AS: 3.126.183 (+ 110.998)
3. O. Drage AS: 3.131.168 (+ 60.503) (..)

Alle tilbydarane med unntak av Åsen & Øvrelid AS har basert sine tilbod på byggherrens terminplan – det vil si ferdigstilling 01.04.04. Åsen & Øvrelid AS tilbyr heile prosjektet ferdig til 15.12.03, det vil si vesentleg kortare byggetid enn dei øvrige. Kortare byggetid vil gje reduksjon i indekstillegget og i tillegg vil kapitalkostnaden i byggeperioden bli redusert samanlikna med ei lengre byggetid. For samanlikning mellom tilboda vil tilbodet frå Åsen & Øvrelid AS få ein priskorreksjon for indeksregulering som er tilsvarande lågare enn for dei øvrige tilboda som skal indeksregulerast. Effekt av mindre kapitalkostnad er då ikkje inkludert.

Andre forhold som inngår i vurderinga er utslaget av ulik påslagsprosent for administrasjon. Når det gjeld ulike prisar for eventuelt rekningsarbeid vil det berre verte marginale utslag då omfang av rekningsarbeid er relativt beskjedent.

Utifrå kriteria opplista ovanfor er tilboda frå Kapstad AS, Åsen & Øvrelid AS og O. Drage AS økonomisk sett relativt likeverdige, jfr. evalueringskjema. Dersom fordelene for skuledrifta med kort byggetid i kombinasjon med redusert kapitalkostnad i byggeperioden vert vurdert å vere vesentleg, bør Kommunen vurdere å tildele kontrakta til Åsen & Øvrelid AS. Dersom kort byggetid er av mindre betydning kan tilbodet frå Kapstad AS vere eit aktuelt alternativ.”

Et notat av 8. april 2003 fra rektor og vaktmester ved Sande skule, sendt til ARKI og innklagede, understreket de positive virkninger av tidlig ferdigstilling, det vil si i løpet av desember 2003. Det ble blant annet påpekt at en forsering ville innebære en betydelig økonomisk besparelse.

Det ble avholdt kommunestyremøte den 21. mai 2003. Det fremgikk av møteboken at saksdokumentene i kommunestyresaken var anbudsinnstilling fra ARKI, redegjørelse fra økonomisjefen vedrørende renteberegning for alternativ utbygging og notat fra Sande skule v/ rektor. Det ble lagt til grunn at klagers tilbud var billigst i pris. Åsen & Øvrelid AS var nest billigst i pris. Det hitsettes fra saksutredelsen:

”Anbudsdocumentet åpner for alternativ ferdigstilling av byggearbeida og ferdigstillingsdato er eit konkurransemoment som vert å vurdere i samband med ”best anbud”-prinsippet. Dette er det åpna for i anbudsdocumentet, jfr. pkt 0.2. Byggetid/framdrift og pkt 0.6 Anbudsvilkår. Ein syner elles til lov og forskrifter om offentlige anskaffelser § 10-2, der det heiter at ein har rett til å velge det anbud som for kommunen vil vere det økonomisk beste anbudet.

Kortare byggetid vil gje reduksjon i indekstillegget og eventuelt vil kapitalkostnaden i byggeperioden verte redusert samanlikna med ei lengre byggetid. Kommunen har ikkje nytta eigne byggelån for byggeprosjekta, men oppstilling datert 12.05.2003 frå økonomisjef synes at ein vil spare inn kr. 85.333,- i kapitalkostnader.

ARKI arkitektar AS har i skriv datert 11.04.2003 konkludert med at anboda frå

Harald Kapstad AS, Åsen & Øvrelid AS og O. Drage AS er økonomisk sett relativt likeverdige. Dei har vidare konkludert med at dersom fordelene for skuledrifta med kort byggetid i kombinasjon med redusert kapitalkostnad i byggeperioden vert vurdert å vere vesentleg, bør kommunen vurdere å tildele kontrakta til Åsen & Øvrelid AS. Arkitektfirmaet nemner vidare i sitt skriv at dersom kort byggetid er av mindre betydning, kan tilbodet frå Harald Kapstad AS vere eit aktuelt alternativ.

Sande skule v/ rektor har i notat datert 08.04.2003 kome med merknader vedkommande ferdigstilling av bygget til 15. desember 2003. Dei ser svært positivt på at ein kan vere ferdig med byggeprosjektet til denne dato. Dette er grunna ut frå at det gamle garderobeanlegget er defekt, økonomiske og helsemessige fordelar, samt oppfølging av læreplan og kortare bandlegging av uteområde. (...)

Teknisk sjef tilrår ut frå totalvurdering at det vert å inngå kontraktsforhandlingar med Åsen & Øvrelid. I samsvar med reglementet for byggenemnda § 3, er det byggenemnda som har avgjerdsrett ved val av entreprenør."

Byggenemnda vedtok deretter - 2 stemmer mot 1, " å inngå kontraktsforhandlingar med Åsen & Øvrelid AS i samsvar med kontrollrekna og evaluert anbod på kr. 3.126.183,-".

Tilbyderne fikk deretter skriftlig orientering om at byggherren hadde valgt å inngå kontrakt om bygningsmessig hovedentreprise med Åsen & Øvrelid AS.

Partenes anførsler:

Klagers anførsler

Klager anfører at kommunen har brutt regelverket for offentlige anskaffelser ved ikke å kunngjøre anskaffelsen i Norsk lysingsblads elektroniske database.

Kommunen har også lagt feilaktige forutsetninger til grunn ved påslaget på klagers tilbud.

Det er vidare lagt til grunn feil faktum ved vurderingen av det valgte tilbudet, idet evalueringsskjemaets opplysninger om dette tilbudets protokollpris ikke stemmer overens med protokollen.

Det er i konkurransegrunnlaget sagt at anskaffelsen skal baseres på NS 3400. Dette innebærer et brudd på regelverket for offentlige anskaffelser, idet oppdragsgiver dermed baserer prosedyren på regler som til dels er i strid med gjeldende lov og forskrift.

Dersom alternativ byggetid skal tillates, må dette presiseres i kunngjøringen eller i konkurransegrunnlaget. Det er ikke gjort her, og det var derfor uberettiget å legge vekt på dette ved valg av tilbud. Dersom det hadde fremkommet at leveringstid ville bli vektlagt i konkurransen, ville også klager tilbudt tidligere ferdigstillelse.

Notat 8.4.2003 fra Sande skole og notat 12.5.2003 fra økonomisjefen kan ikke legges til grunn for evalueringen.

Innklagedes anførsler:

Det bestrides at regelverket for offentlige anskaffelser er brutt. Gaular kommune har valgt leverandør ut ifra en totalvurdering av det økonomisk mest fordelaktige tilbud.

Manglende kunngjøring i Norsk Lysningsblads elektroniske database vedkommer ikke kontraktstildelingen og har således ikke noe med klagen å gjøre.

Kriterier for valg av tilbud er spesifisert i tilbudsdokumentene, jf. side 02 og 03. Alternativ byggetid er et konkurransekriterium i samsvar med "best anbud"-prinsippet. Det er ikke forutsatt noen særskilt byggetid, alternativ byggetid er presisert, jf. pkt 02 i anbudsdokumentet.

Det har ikke hatt noen innvirkning at det er brukt feil påslagsprosent ved tiltransportering av tekniske sideentrepriser, da kommunen valgte å ikke tiltransportere de tekniske fagene.

At anbudsprotokollen hadde oppgitt feil sum ble oppdaget og rettet opp i innstillingen fra ARKI.

Notatene fra rektor ved Sande skole og økonomisjefen ble kun benyttet av kommunen ved vurdering i henhold til "best anbud"-prinsippet og ikke ved ARKIs evaluering og vurdering.

Klagenemndas vurdering:

Klager har deltatt i den aktuelle konkurransen, og har således saklig klageinteresse, jf. forskrift av 15.11.2002 om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig.

Regelverkets anvendelse - krav til kunngjøring – forskriften § 13-1

Lov av 16. juli 1999 om offentlige anskaffelser (heretter kalt "loven") med forskrifter gjelder i dette tilfelle, jf. loven § 2 bokstav b. På bakgrunn av fremlagt dokumentasjon i saken, legger klagenemnda til grunn at kontrakten ikke overstiger terskelverdiene for bygge- og anleggsprosjekter i forskrift av 15.6.2001 om offentlige anskaffelser (heretter kalt "forskriften") § 2-2(1). Det er derfor reglene i forskriften del III som kommer til anvendelse.

I henhold til forskriftens § 13-1 pliktet innklagede å kunngjøre anskaffelsen i Norsk Lysningsblads elektroniske database ("DOFFIN"). Unnlatelse av dette representerer følgelig et brudd på regelverket for offentlige anskaffelser. Klagenemnda kan imidlertid ikke se at dette har fått konsekvenser for klager.

Forholdet til NS 3400

Offentlige oppdragsgivere kunne tidligere basere seg på NS 3400 ved gjennomføringen av anbudskonkurranser for entrepriseoppdrag. Anbudsinnsbydelsen i foreliggende sak legger til grunn at denne formen fortsatt er anvendelig. NS 3400 regulerer på alle vesentlige punkter spørsmål som i dag er regulert av lov om offentlige anskaffelser med forskrifter. Loven og forskriftene må følges der disse gir andre regler enn NS 3400. Dette gjelder også for anskaffelser etter forskrift om offentlige anskaffelser del III (under terskelverdiene).

Evaluering av tilbudene - Tildelingskriterier

Oppdragsgiver kan etter forskriften § 17-2 (1) basere valg av tilbud på laveste pris eller på det økonomisk mest fordelaktige. Dersom annet enn pris skal vektlegges ved tildelingen, skal dette fremgå både ved at oppdragsgiver opplyser i kunngjøringen at det økonomisk mest fordelaktige tilbudet vil bli valgt.

I følge forskriften § 17-2 (2) skal alle tildelingskriteriene som vil bli lagt til grunn oppgis enten i kunngjøringen eller i konkurransegrunnlaget. Bestemmelsen slår uttrykkelig fast at det er adgang til å vektlegge blant annet "oppfyllelsestid". Tildelingskriteriene skal dessuten være formulert slik at det er mulig for alle rimelige opplyste og normalt påpasselige leverandører å tolke tildelingskriteriene på samme måte, jf. EF-domstolens dom C-19/00 (SIAC Construction).

I foreliggende sak opplyste konkurransegrunnlagets pkt. 0.6. at byggherren ved valg av anbud ville "legge vekt på så vel pris, forventet kvalitet, kompetanse og kapasitet (best anbud-prinsippet)." Det fremgikk verken av noen kunngjøring eller av konkurransegrunnlaget pkt 06 at leveringstid var et kriterium oppdragsgiver ville legge vekt på. Det var da ikke tillatt å legge vekt på dette ved valg av tilbud. Det var heller ikke tillatt å vektlegge eventuelle besparelser ved kortere byggetid, så lenge dette ikke var opplyst på forhånd. Det kan ikke være tilstrekkelig at konkurransegrunnlaget åpnet for at leverandørene selv kunne foreslå en alternativ byggetid, jf. konkurransegrunnlaget pkt 02, når det ikke var reflektert i pkt 06 at det ville bli lagt vekt på på dette ved valg av tilbud.. Heller ikke henvisningen til NS 3400 og best anbud-prinsippet kan anses å tilfredsstillende lovens krav til tilstrekkelig klargjøring av tildelingskriteriene.

Spørsmål om erstatning:

Utgangspunktet er at klager kan kreve erstatning for tapt fortjeneste (den positive kontraktsinteresse) dersom det foreligger vesentlige brudd på regelverket og det er klar sannsynlighetsovervekt for at klagers tilbud skulle vært valgt, jf. Rt. 2001 s. 1062. I vurderingen av om en feil er vesentlig må det legges vekt på feilens størrelse, type feil og i hvilken grad oppdragsgiver kan lastes for feilene.

Det er etter klagenemndas oppfatning begått alvorlige feil på grunnleggende regler. Det er et overordnet prinsipp at man ikke kan vektlegge andre kriterier ved valg av leverandør enn det som er opplyst på forhånd.

Den fremlagte dokumentasjon i saken, herunder rådgivers innstilling til innklagede, gir inntrykk av at klager ville blitt valgt dersom det ikke var blitt lagt vekt på leveringstid. Dette innebærer at vilkårene for erstatning for den positive kontraktsinteresse kan være oppfylt.

Feil påslagsprosent og feil angivelse av tilbudssum

Innklagede erkjenner å enkelte steder ha lagt til grunn feil påslagsprosent og feil tilbudssum. Dette kan imidlertid neppe ha hatt innflytelse på beslutningen om valg av tilbud, idet klagers tilbud uansett ble vurdert som det laveste i forhold til de kriterier som var angitt i konkurransegrunnlaget.

Konklusjon:

Innklagede har brutt regelverket for offentlige anskaffelser ved ikke å kunngjøre konkurransen i Norsk Lysningsblad elektroniske database.

Innklagede har brutt forskriften § 17-2 ved å ikke angi klare og entydige tildelingskriterier.

For klagenemnda,
Oslo, 8.9.2003

Siri Teigum



Forsiden
Nemndsmedlemmer
Saksbehandling
Regelverk
Innkomne saker
Statistikk
Årsrapporter
Dommer
Søk i avgjorte saker

Avgjorte saker:

[2003](#) [2004](#) [2005](#)

Besøksadresse

H. Heyerdalsgate 1
0033 Oslo

Postadresse

Postboks 8132 Dep
0033 Oslo

Tlf.: 22 33 70 10

Faks: 22 33 70 12

E-post:

postmottak@kofa.no

Avgjorte saker

Klagenemndas avgjørelse 1. september 2003 i sak 2003/84

Klager: Barlindhaug Consult AS
Postboks 716
8001 Bodø

Innklaget: Tromsø kommune
Rådhuset
9299 Tromsø

Klagenemndas medlemmer: Inger Marie Dons Jensen, Inger Roll-Matthiesen, Andreas Wahl

Saken gjelder: Plikt til å kunngjøre og gjennomføre anbudskonkurranse

Bakgrunn:

Den 13.12.2002 inngikk Tromsø kommune (heretter kalt "innklagede") en avtale med organisasjonen Grønn Hverdag med henblikk på å sertifisere samtlige kommunale enheter i Tromsø kommune i miljøsertifiseringsordningen Miljøfyrtårn. Det er opplyst at avtalen omfatter ca. 65 kommunale enheter. Avtalen omfattet i tillegg et oppdrag som gikk ut på å informere og motivere andre kommuner og privat næringsliv i regionen i forhold til miljøtenkning og miljøarbeide. Innklagede forpliktet seg til å betale 800.000 kroner til Grønn Hverdag over en treårsperiode. I tillegg har partene søkt om ytterligere 550.000 kroner fra SND og Miljøverndepartementet. Med ekstern støtte vil anskaffelsens totale verdi bli 1.350.000 kroner.

Barlindhaug Consult AS (heretter kalt "klager") er et firma som blant annet driver virksomhet innen miljørådgivning.

Anførsler:

Klagers anførsler:

Innklagede har brutt regelverket for offentlige anskaffelser ved å inngå avtalen med Grønn Hverdag uten forutgående kunngjøring og anbudskonkurranse. Vilkårene for direkte anskaffelse i forskrift 15.6.2001 om offentlige anskaffelser § 11-2(1) er ikke oppfylt. Flere leverandører kunne ha utført den aktuelle tjenesten, og § 11-2(1) bokstav b) kommer derfor ikke til anvendelse. Det er heller ikke riktig at tilbudet fra Grønn Hverdag var usedvanlig fordelaktig, jf. § 11-2(1) bokstav c).

Innklagedes anførsler:

Avtalen omfattet både konsulenttjenester med tanke på miljøsertifisering, og tjenester i forbindelse med holdningsskapende arbeid rettet mot offentlige og private parter i regionen. Disse to delene av avtalen lot seg ikke splitte på en hensiktsmessig måte. Til det holdningsskapende arbeidet var det kun aktuelt for kommunen å benytte seg av en ideell organisasjon. Ettersom ingen andre ideelle organisasjoner kunne levere konsulenttjenesten knyttet til sertifisering som Miljøfyrtårn, var det i realiteten kun én leverandør som kunne utføre arbeidet. Avtalen faller derfor inn under hjemmelen for direkte anskaffelser i § 11-2(1) bokstav b).

Avtalen med Grønn Hverdag er usedvanlig fordelaktig for innklagede, og § 11-2(1) bokstav c) kommer derfor også til anvendelse. Innklagede har beregnet kostnadene med sertifisering som Miljøfyrtårn til ca. 20.000 kroner pr. enhet, hvilket utgjør ca. 1.300.000 kroner for samtlige enheter i kommunen. Prisen innklagede har oppnådd hos Grønn Hverdag er betraktelig lavere, noe som henger sammen med at Grønn Hverdag er en ideell organisasjon, og at innklagede i praksis kun betaler kostpris for konsulenttjenestene.

Klagenemndas vurdering:

Klager er blitt avskåret fra å konkurrere om en anskaffelse av miljørådgivning innenfor firmaets normale arbeidsfelt. På denne bakgrunn finner klagenemnda at klager har saklig klageinteresse, jf. forskrift 15.11.2002 om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig.

Saken gjelder en sammensatt anskaffelse, og omfatter både miljørådgivning overfor innklagede, og holdningsskapende arbeid rettet mot eksterne parter. Begge ytelsene er tjenester som omfattes av regelverket for offentlige anskaffelser.

Spørsmålet i saken er om innklagede hadde adgang til å anvende direkte anskaffelse ved inngåelsen av avtalen med Grønn Hverdag. Hjemlene for å benytte direkte anskaffelser er listet opp i forskrift om offentlige anskaffelser § 11-2(1).

Avtalens verdi overstiger 200.000 kroner, som er verdigrensen for avtaler som kan inngås etter direkte anskaffelse, jf. § 11-2(1) bokstav a).

I følge § 11-2(1) bokstav b) kan en oppdragsgiver benytte direkte anskaffelse dersom anskaffelsen bare kan skje hos en leverandør i markedet. Den fremlagte dokumentasjonen viser at pr. 28.4.2003 var det ti Miljøfyrtårn-konsulenter i Troms fylke. Det er følgelig på det rene at flere enn én leverandør kunne levere rådgivningstjenester med tanke på å få de kommunale enhetene miljøsertifisert. Klagenemnda finner ikke sannsynliggjort at utelukkende Grønn Hverdag kunne utføre det holdningsskapende arbeidet rettet mot offentlige og private aktører i regionen. Klagenemnda bemerker at innklagedes ønske om å benytte en ideell organisasjon til dette arbeidet kunne ha blitt ivarettatt gjennom utformingen av kunngjøringen og konkurransegrunnlaget. § 11-2(1) bokstav b) kommer således ikke til anvendelse.

§ 11-2(1) bokstav c) åpner for direkte anskaffelser dersom det foreligger et usedvanlig fordelaktig tilbud som gjør det mulig å anskaffe ytelser til en pris som ligger vesentlig under normale markedspriser. Klagenemnda legger til grunn at avtalens omfang medfører at kostnadene forbundet med miljøsertifisering pr. enhet også med andre leverandører kunne bli betraktelig redusert. Klagenemnda kan dermed ikke se at avtalen med Grønn Hverdag var usedvanlig fordelaktig for innklagede. § 11-2(1) bokstav c) kommer etter dette heller ikke til anvendelse.

Ved inngåelsen av avtalen med Grønn Hverdag forelå ikke hjemmel for å benytte direkte anskaffelse. Innklagede har følgelig brutt regelverket ved ikke å kunngjøre anskaffelsen eller gjennomføre konkurranse i samsvar med regelverket.

Konklusjon:

Tromsø kommune har brutt regelverket i forbindelse med anskaffelsen av miljørådgivningstjenester ved ikke å kunngjøre anskaffelsen eller gjennomføre konkurranse i samsvar med regelverket.

For klagenemnda, 2. september 2003

Andreas Wahl



Forsiden
Nemndsmedlemmer
Saksbehandling
Regelverk
Innkomne saker
Statistikk
Årsrapporter
Dommer
Søk i avgjorte saker

Avgjorte saker:

[2003](#) [2004](#) [2005](#)

Besøksadresse

H. Heyerdalsgate 1
0033 Oslo

Postadresse

Postboks 8132 Dep
0033 Oslo

Tlf.: 22 33 70 10

Faks: 22 33 70 12

E-post:

postmottak@kofa.no

Avgjorte saker

Klagenemndas avgjørelse 1. september 2003 i sak 2003/138

Klager: Ole K. Karlsen
Postboks 63 Grefsen
0409 Oslo

Innklaget: Oslo kommune v/ Friluftsetaten
Postboks 4695 Nydalen
0405 Oslo

Klagenemndas medlemmer: Inger Marie Dons Jensen, Inger Roll-Matthiesen, Andreas Wahl

Saken gjelder: Spørsmål om plikt til å benytte fremforhandlede og balanserte kontraktsstandarder, avvisning på grunn av forbehold

Bakgrunn:

Oslo kommune v/Friluftsetaten (heretter kalt "innklagede") kunngjorde den 29.11.2002 en åpen anbudskonkurranse for totalentreprisen for oppføringen av en ny idrettshall. Idrettshallen skal oppføres i tilknytning til den allerede eksisterende Trasophallen i Oslo, og konkurransen omfatter i tillegg oppgradering og oppussing av den eksisterende idrettshallen.

Det fremgår av konkurransegrunnlaget at oppdraget skal reguleres av standardavtalen NS 3431 (Alminnelige kontraktsbestemmelser om utførelse av totalentrepriser). Innklagede har imidlertid gjort en rekke unntak fra standardavtalen. Innklagede har blant annet under punkt "9.2 Samlet dagmulkt" bestemt at NS 3431 pkt. 25.2 fjerde ledd skal utgå, noe som medfører at standardens begrensning av samlet dagmulkt til 10% av kontraktssummen ikke skal gjelde. Under punkt "10.1 Dagmulkt og erstatning" er NS 3431 pkt. 39.2 bokstav e) fraveket slik at skyldkravet ved totalentreprenørens erstatningsplikt for tap utover merkostnader ble senket fra

forsett eller grov uaktsomhet til simpel uaktsomhet. Videre har innklagede fraveket NS 3431 pkt. 4.1 bokstav b) og c) slik at konkurransegrunnlaget skal gå foran leverandørens tilbud i tilfelle av motstrid. Øvrige unntak er ikke av interesse i saken her.

Tilbudsfristen ble fastsatt til 28.2.2003. Ole K. Karlsen AS (heretter kalt "klager") var blant leverandørene som leverte tilbud. Av tilbudet fremgikk det at "Anbudet er basert på NS 3431 – totalentreprise". Det ble avholdt presentasjonsmøter med deltakerne i konkurransen. I etterkant av klagers presentasjonsmøte, sendte innklagede til klager en rekke spørsmål med ønske om "tilbakemelding/avklaring". Ett av spørsmålene relaterte seg til formuleringen i klagers tilbud om at anbudet var basert på NS 3431. Spørsmålet lød som følger: "Betyr dette at dere ikke aksepterer de spesielle vilkår som er oppgitt i konkurransegrunnlaget og som kan være i strid med NS 3431? Hvis ikke – spesifiser hvilke vilkår / punkter dette gjelder". I tillegg presiserte innklagede at "Generelt gjelder tilbudsbeskrivelsens ytelses- og funksjonskrav inklusive krav i lover og forskrifter fremfor eventuelle forutsetninger gjort i tilbudet/tilbudets delbeskrivelser".

Klager besvarte henvendelsen den 28.4.2003. Klager fremhevet at "Pkt. 9.2 på side 5 i kontraktsdokumentet kan ikke aksepteres. Pkt. 10.1 på side 6 i kontraktsdokumentet kan ikke aksepteres. Dvs. at standardens krav blir gjeldende". Klager presiserte her at konkurransegrunnlagets klausuler om samlet dagmulkt og skyldkrav ved erstatning for tap utover merkostnader ikke ble akseptert. I tillegg fremhevet klager at "Vi forutsetter at vårt tilbudsbrev med alle tilleggsopplysninger gjelder foran tilbudsbeskrivelsens ytelses- og funksjonskrav".

I brev av 23.6.2003 meddelte innklagede at klager var avvist fra konkurransen. Avvisningen var begrunnet med at tilbud som inneholder vesentlige forbehold skal avvises, jf. forskrift av 15.6.2001 om offentlige anskaffelser § 8-10(1) bokstav c) jf. § 8-6(3). Klager påklaget beslutningen overfor innklagede i brev av 27.6.2003. Den 1.7.2003 avviste innklagede klagen, og henviste samtidig til at klagers tilbud kunne vært avvist også etter § 8-10(1) bokstav c) jf. § 8-6(1) og etter § 8-10(1) bokstav d).

Anførsler:

Klagers anførsler:

Innklagede handlet i strid med pålegget i forskrift om offentlige anskaffelser § 3-9 om å benytte seg av fremforhandlede og balanserte kontraktsstandarder når slike foreligger.

Innklagede handlet i strid med regelverket ved å avvise klagers tilbud under henvisning til at klager la NS 3431 til grunn for oppdraget.

Klagers forbehold var uansett ikke vesentlige, og § 8-10(1) bokstav c) jf. § 8-6(3) hjemler da ikke avvisning.

§ 8-6(1) retter seg mot avvik fra konkurransegrunnlaget, og ikke mot forbehold i kontraktvilkårene. Bestemmelsen hjemler derfor ikke avvisning av klagers tilbud.

§ 8-10(1) bokstav d) er ikke relevant for vurderingen, ettersom forbehold mot de kontraktvilkår som fremgår i konkurransegrunnlaget, alene reguleres av § 8-10(1) bokstav c) jf. § 8-6(3).

Innklagedes anførsler:

§ 3-9 pålegger ikke innklagede en plikt til å bruke fremforhandlede og balanserte standardvilkår når slike foreligger. Bestemmelsen kan kun forstås

som en sterk oppfordring. Et eventuelt pålegg ville innebære et inngrep i partenes avtalefrihet som verken er hjemlet i lov om offentlige anskaffelser av 1999 nr. 69 eller forskrift om offentlige anskaffelser.

§ 3-9 kan ikke tolkes som et pålegg om å bruke standardkontrakten uforandret.

Det følger da av § 8-10(1) bokstav c) jf. § 8-6(3) at innklagede pliktet å avvise klagers forbehold mot de kontraktsbestemmelser innklagede hadde lagt til grunn, forutsatt at disse var vesentlige.

Klagers forbehold forskyver risikoen vedrørende grunnleggende elementer i totalentreprisen over på innklagede. Det må videre legges til grunn at klagers forbehold har virket inn på klagers samlede tilbudspris, og at de dermed medfører en betydelig fordreining av konkurransen mellom leverandørene. Forbeholdene er således vesentlige.

Klagers forbehold er umulige å prissette, slik at tilbudene ikke kan gjøres sammenlignbare. § 8-10(1) bokstav d) medfører da at klagers tilbud skal avvises. Det samme følger av § 8-10(1) bokstav c) jf. § 8-6(1).

Klagenemndas vurdering:

Klager har deltatt i den aktuelle konkurransen og har således saklig klageinteresse, jf. forskrift av 15.11.2002 om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig.

Innklagede har lagt til grunn at anskaffelsens verdi overstiger terskelverdiene, jf. forskrift om offentlige anskaffelser § 2-2(1). Klagenemnda legger dette til grunn. Anskaffelsen reguleres da av forskriftens del I og del II, jf. § 2-1(2).

Plikt til å bruke fremforhandlede og balanserte kontraktsstandarder

Av forskrift om offentlige anskaffelser § 3-9 følger at *"Der det finnes fremforhandlede og balanserte kontraktsstandarder skal disse som hovedregel brukes ved inngåelse av tjenestekontrakter og bygge- og anleggskontrakter"*. Spørsmålet er om bestemmelsen innebærer en plikt for innklagede til å benytte den aktuelle kontraktsstandard NS 3431 i avtalen som skal inngås.

Både ordlyden i § 3-9 og bestemmelsens forarbeider indikerer at innklagede har plikt til å benytte fremforhandlede og balanserte kontraktsstandarder der slike finnes. Nærings- og handelsdepartementets veileder til forskrift om offentlige anskaffelser forutsetter imidlertid at bestemmelsen kun oppstiller *"en klar anbefaling"* om å bruke fremforhandlede og balanserte kontraktsstandarder.

Etter klagenemndas oppfatning har det formodningen mot seg at bestemmelsen skal tolkes som noe mer enn en ordensforskrift. Lov og forskrift om offentlige anskaffelser regulerer i all hovedsak prosedyren frem til kontrakt er inngått. § 3-9 er et unntak. Dersom det er en aktuell problemstilling, skal oppdragsgiver i konkurransegrunnlaget orientere om hvilke kontraktsvilkår som skal benyttes, jf. forskriftens § 5-1(2) bokstav h). Verken lovens eller forskriftens formål er imidlertid å regulere avtaleforholdet mellom partene etter at kontrakt er inngått.

Klagenemnda legger til grunn at innklagede ikke har plikt til å benytte NS 3431 for anskaffelsen. Det kan da heller ikke leses inn i regelverket noe forbud mot å gjøre unntak fra en standardkontrakt som anvendes. Klagenemnda kan ikke se at innklagede har brutt regelverket om offentlige anskaffelser ved de unntak som er gjort.

Avvisning av klagers tilbud

Klager har lagt NS 3431 til grunn for sitt tilbud og ikke akseptert de unntakene innklagede har gjort. Spørsmålet er om klagers forbehold medfører en rett for innklagede til å avvise tilbudet.

I følge § 8-10(1) bokstav c) skal et tilbud avvises dersom det inneholder et avvik fra konkurransegrunnlaget som er i strid med reglene i § 8-6. I følge § 8-6(3) kan det ikke tas vesentlige forbehold mot kontraktsvilkårene. Det er følgelig på det rene at innklagede plikter å avvise et tilbud som inneholder vesentlige forbehold.

Klagers forbehold om at kontrakten skal reguleres av NS 3431 innebærer blant annet at samlet dagmulkt begrenses til 10 % av kontraktssummen, og at skyldkravet ved entreprenørens erstatningsplikt ved tap utover merkostnader skal være forsett eller grov uaktsomhet, ikke simpel uaktsomhet. Forbeholdene innebærer at risikoen for kontraktsmessig oppfyllelse forskyves i innklagedes disfavør ut fra innklagedes forutsetninger i konkurransegrunnlaget.

Partene har overfor klagenemnda ikke gjort noe forsøk på å prise disse forbeholdene, som utelukkende vil komme til anvendelse ved kontraktsbrudd fra leverandørens side. Klagenemnda kan da vanskelig ta stilling til de økonomiske konsekvensene av forbeholdene, all den tid dette vil avhenge av helt konkrete forhold som ikke er tilstrekkelig belyst gjennom den skriftlige saksbehandlingen for nemnda.

Forskriftens § 8-10(1) bokstav d) fastslår at oppdragsgivere plikter å avvise tilbud som inneholder forbehold som kan medføre tvil om hvordan tilbudet skal bedømmes i forhold til de øvrige tilbudene. Det er på det rene at bestemmelsen både retter seg mot forbehold mot kontraktsvilkårene og mot andre avvik fra konkurransegrunnlaget. De omtalte forbeholdene er i seg selv presise og entydige, men konsekvensene av forbeholdene fremstår som uklare, jf ovenfor. Basert på de fremlagte opplysninger finner ikke klagenemnda at det er grunnlag for å overprøve innklagedes vurdering om at forbeholdene skaper tvil om hvordan tilbudet skal bedømmes i forhold til de øvrige tilbudene, og at innklagede hadde hjemmel i § 8-10(1) bokstav d) for å avvise klagers tilbud.

Klagenemnda finner det etter dette ikke nødvendig å gå nærmere inn på andre avvisningsgrunnlag.

Konklusjon:

Det er ikke grunnlag for å konstatere at Oslo kommune, Friluftsetaten, har brutt regelverket for offentlige anskaffelser ved å avvise Ole K. Karlsen AS fra konkurransen om totalentreprisen om oppgradering og oppføring av ny idrettshall på Oppsal i Oslo.

For klagenemnda,
8.9.2003

Inger Roll-Matthiesen,



Forsiden
Nemndsmedlemmer
Saksbehandling
Regelverk
Innkomne saker
Statistikk
Årsrapporter
Dommer
Søk i avgjorte saker
Avgjorte saker:
[2003](#) [2004](#) [2005](#)

Besøksadresse
H. Heyerdalsgate 1
0033 Oslo

Postadresse
Postboks 8132 Dep
0033 Oslo

Tlf.: 22 33 70 10

Faks: 22 33 70 12

E-post:

postmottak@kofa.no

Avgjorte saker

Klagenemndas avgjørelse 14. august 2003 i sak 2003/149

Klager: Norgesbuss Østfold AS

Innklaget: Østfold Kollektivtrafikk (ØKT)

Klagenemndas medlemmer: Kai Krüger, Siri Teigum, Svein Dahl.

Saken gjelder:

Kontrakt om persontransport i rute. Forholdet mellom regelverk for offentlige anskaffelser og regelverk for konsesjonstildeling (lov om yrkestransport 21.6.2002 nr 45). Spørsmål om anvendelse av forsyningsforskrift 16.12.1994 nr 1110 eller forskrift om offentlige anskaffelser 15.6.2001. Saksbehandling og krav til begrunnelse. Forbehold i anbud. Sammenligningsgrunnlag for valg av tilbud basert på økonomisk mest fordelaktig tilbud med spesifiserte tildelingskriterier ved tilnærmet like priser. Likhetsprinsipp og forutberegnelighet.

Bakgrunn:

Østfold kollektivtrafikk (heretter kalt ØKT eller "innklagde") er en fylkeskommunal virksomhet innenfor Østfold fylkeskommune med ansvar for blant annet kollektivtrafikk, skolebartransport, syketransport. Virksomheten har 19 ansatte og har en omsetning på ca 200 mill pr år.

Innklagde kunngjorde 27.2.2003 en åpen anbudskonkurranse vedrørende lokale bussruter for 4-årsperioden 1.1.2004 - 31.12.2008.

Konkurransen omfattet tre ruteområder:

Ruteområde 1: Halden-regionen

Ruteområde 2: Mosse-regionen

Ruteområde 3: Askim-området (indre Østfold)

Konkurransen ble utlyst med to rutealternativer pr. ruteområde. Rutealternativ 1 er i hovedsak dagens ruteopplegg uten endringer eller justeringer. Rutealternativ 2 er et ruteopplegg utarbeidet av innklagde og som atskiller seg på visse punkter fra alternativ 1, dvs byrutene i Moss og Halden er koblet sammen til pendelruter, men hvor det samtidig er foretatt kutt i tilbudet på en del ruter. Dette alternativ er utarbeidet med utgangspunkt i ØKTs vurdering av markedet og eksisterende tilbud på strekningen.

Leverandørene ble i konkurransegrunnlaget anmodet om å gi pris på ruteområdene enkeltvis, men kunne i tillegg gi pris på kombinasjoner av ruteområder. Leverandørene kunne gi pris på begge rutealternativer, men det ble i tillegg åpnet for å foreslå

” alternative rutetilbud som kan gi mer effektive opplegg eller høyere frekvens (rutealternativ 3 i svarskjema). Kapasiteten morgen og ettermiddag bør minst være på nivå med det beskrevne.”

I tillegg inngikk særskilte "Skoleruter" der anbyderne ble anmodet om å fremkomme med tilbud på spesifisert skoleskyss alternativt med eller uten bruk av ståplasser. Dette er ikke en del av saken og omtales ikke nærmere.

I anbudsgrunnlaget var det presisert hvilken arbeidsdeling som skulle gjelde mellom oppdragsgiver og utøver. Utøver skulle hovedsakelig stå for trafikk- og driftsledelse samt billettsalg, mens oppdragsgiver i hovedsak skulle stå for det øvrige så som ruteplanlegging, inntektsansvar, takster og rabattordninger, bussterminaler og knutepunkt, holdeplasser og leskur o.a.

I eget punkt vedrørende "Betaling og regulering" fremgikk at innklagde skulle ha inntekter på billetter og skoleskyss samt reklameinntekter, godsinntekter, mens utøver skulle godtgjøres i henhold til tilbudt pris, dog med tillegg av "incitament" om rett til 10 % av inntekter på solgte billetter og kort. I tillegg var fastsatt egne regler om endret produksjonsomfang samt kompensasjon for pris- og kostnadsstigning.

Kriterier for valg av tilbud:

Det ble lagt til grunn at det økonomisk mest fordelaktige tilbudet ville bli valgt. Pris var hovedkriterium. Dersom prisforskjellen mellom laveste og nest laveste tilbud var mindre enn 5 %, ville følgende tilleggskriterier vurderes (i prioritert rekkefølge):

- "1. Ruteplan med høyere frekvens og/eller utvidet driftsperiode
2. Nyere busser enn minstekravet ved trafikkstart
3. Kompetanse og erfaring vedrørende drift av rutetransport"

Innlevering av tilbud

Det kom inn tre tilbud, herunder fra klager. Klager utarbeidet alternative rutforslag for ruteområdene 2 og 3. De alternative rutforslagene bygde på innklagdes rutealternativ 2, men hadde i tillegg flere avganger. De alternative ruteoppleggene er benevnt som rutealternativ 3.

Feil i anbudsgrunnlaget – korreksjonsrunde

Etter anbudsåpning påpekte klager feil i anbudsgrunnlaget med hensyn til angivelse av antall kilometer for de ulike rutene. Feilen besto i at antall rutekilometer, dvs. antall kilometer som bussene kjører når de er i rute, i konkurransegrunnlaget var nærmere 15 % for høyt. Dette vil påvirke prisen pr. rutekilometer, da kostnadene ved bussdrift består av kostnader som dels er kilometeravhengige, dels tidsavhengige og dels relatert til antall busser og faste kostnader (som for eksempel administrasjon og anlegg).

I tillegg til rutekilometer må bussene også kjøre en del "tomkilometer" pga. posisjonskjøring, vedlikehold, opplæring av sjåførere mv. Forholdet mellom kjørte "tomkilometre" og antall rutekilometre vil derfor også kunne påvirke prisen pr. rutekilometer.

Innklagde bestemte seg etter dette for å sende ut et korrigeret konkurransegrunnlag med ny angivelse av rutekilometer, og ba de tre tilbyderne om gi en korreksjonspris pr. rutekilometer for differansen i rutekilometer mellom opprinnelig konkurransegrunnlag og korrigeret konkurransegrunnlag. Leverandøren ble stilt fritt i å beregne egen korreksjonspris. Ny pris pr. rutekilometer ville bli beregnet av innklagde på basis av de opprinnelige tilbud og oppgitte korreksjonspris. Det korrigerede konkurransegrunnlaget gjaldt rutealternativ 2 for ruteområdene 1 og 2, og rutealternativ 1 og 2 i ruteområde 3.

Evaluering og innstilling

Innklagdes preferanser i innstillingen for tildeling pr 19.6.03 var som følger:

Ruteområde 1 – alternativ 2 med M O Schøyen Bilcentraler AS som den foretrukne anbyder

Ruteområde 2 - alternativ 2, også med Schøyen som den foretrukne anbyder

Ruteområde 3 – alternativ 1 (dagens ruteopplegg med klager) med klager som den foretrukne anbyder.

Begrunnelsen består i en henvisning til at grunnlaget for valget er det økonomisk mest fordelaktige resultat for oppdragsgiver. Siden differansen mellom laveste og nest laveste anbyder var mindre enn 5 % "...er derfor andre evalueringskriterier lagt til grunn i tillegg til pris"

uten at dette ble nærmere utdypet.

Det ble ved samme anledning orientert om klageordninger, og i den forbindelse varslet om at eventuelle bemerkninger eller innsigelser ved valg av utøver kunne fremsettes innen 10 dager fra offentliggjøring av valget. Samtidig ble det varslet om at det var muligheter for å få i stand et møte for en nærmere presentasjon av grunnlaget for innstillingen.

Innklagde valgte for ruteområde 3 å benytte ruteralternativ 1 (dagens ruteopplegg). Klager hadde ikke utarbeidet noe alternativt ruteopplegg basert på innklagdes rutealternativ 1.

For ruteområde 2 hadde klager fremmet et alternativt ruteopplegg til det alternativ som var beskrevet i anbudsdokumentasjonen. Dette (heretter omtalt som rutealternativ 3) ville innebære at klager ga et bedre tilbud på en bestemt rute 100 (Moss-Fredrikstad-Halden) uten ekstra kostnad for innklagde. Klagerens rutealternativ 3 har 27.200 flere rutekilometer enn innklagdes rutealternativ 2. Da totalprisen pr. år er den samme, får klagers rutealternativ dermed en lavere pris pr. rutekilometer.

Partenes anførsler

Klagers anførsler

1. Hvilket regelverk som kommer til anvendelse

Klager anfører at lov om offentlige anskaffelser med forskrift om offentlige anskaffelser kommer til anvendelse. Det er ikke tale om noen tjenestekonsesjon, da leverandørene ikke har vesentlig risiko forbundet med gjennomføringen av kontrakten. Hvis ikke reglene om tjenesteytelser skal brukes, er det forsyningsforskriften som i tilfelle kommer til anvendelse.

2. Begrunnelse for valg av tilbud og opplysninger om de innkomne tilbud

Klager har ikke fått rettmessig begrunnelse for valg av tilbud og opplysninger om de innkomne tilbud.

3. Tilbudt pris

Innklagde har ikke lagt til grunn en korrekt beregning av tilbudt pris i klagers tilbud. Klagers tilbud basert på rutealternativ 3 har en pris på kr. 23,63 pr. rutekilometer, ikke kr. 23,80 slik det er lagt til grunn for beslutning om valg av tilbud.

Dette er basert på at innklagde pliktet å legge til grunn rutealternativ 3 for ruteområde 1 og 2. Samtlige tilleggsavganger som ble tilbudt i rutealternativ 3 kjøres i dag og har vel 15.000 reisende pr. dag. Transporttilbudet de reisende henvises til er ikke tilfredsstillende. Videre er tilleggsavgangene etterspurt i rutealternativ 1. Det er riktig at avgangen Fredrikstad og Halden kl. 18.00 i innklagdes rutealternativ 2 ikke er tatt med i rutealternativ 3. Denne avgangen kjøres imidlertid ikke i dag, og er ikke etterspurt. Rutedøgnet er ikke redusert, idet avgangen kjøres på en annen strekning, men på tilsvarende tid av døgnet. Det kjøres tog på strekningen med ankomsttid som avviker 4 minutter fra den aktuelle bussavgangen. Det finnes således alternativt tilbud for denne avgangen.

4. Tilleggsriteriene

Klager burde vært rangert høyere enn klager i forhold til tilleggsriteriene. Klager er den eneste som har utarbeidet en ruteplan med høyere frekvens og/eller driftsperiode. Klager har nyere busser enn minstekravene. Videre har klager bred kompetanse og erfaring vedrørende drift av rutetransport generelt. Klager utfører rutetransporten i dag, og har derfor en organisasjon tilpasset denne. Klagers medarbeidere har stor lokalkunnskap, kjennskap til ruteområdene, skolebarnas behov m.v.

Også dersom rutealternativ 3 legges til grunn, burde tilleggsriterium 3 tilsi at klager fikk beholde alle ruteområdene.

5. Forbehold i tilbudet

Innklagde har tillagt klagers tilbud på rutealternativ 3 et forbehold som klager ikke har tatt. Dette kommer frem under et møte den 1.7.2003. Forbeholdet er lagt til grunn ved valg av tilbud.

6. Brudd på kravet til likebehandling og forutberegnelighet

De endringer som har vært gjort gjennom prosessen innebærer et brudd på kravet til likebehandling og forutberegnelighet. Usikkerhet med hensyn til produksjonsvolum og sammenhengen mellom de ulike ruteområdene har gjort

det vanskelig å forutse utfallet av prisingen.

Innklagdes anførsler

1. Hvilket regelverk som kommer til anvendelse

Konkurransen er avholdt etter yrkestransportloven som var trådt i kraft pr 1.7.2003 på den tid da konkurransen ble avholdt (loven avløser den tidligere samferdselsloven av 1976. Samme forhold kan ikke reguleres både av yrkestransportloven og lov om offentlige anskaffelser. Anskaffelsen gjelder videre en konsesjonskontrakt, og omfattes verken av forskrift om offentlige anskaffelser eller av forsyningsforskriften.

Subsidiært vil forsyningsforskriften få anvendelse, ikke forskrift om offentlige anskaffelser. Konkurransen skjer i forbindelse med innklagdes drift av rutenett beregnet på ytelse av offentlige tjenester for det rutenett som tilbys, og innklagde har betydelige oppgaver knyttet til de tjenester som tilbys de reisende.

2. Begrunnelse for valg av tilbud og opplysninger om de innkomne tilbud

Klager har gjennom hele konkurransen fått relevante opplysninger vedrørende de innkomne tilbud og begrunnelse for beslutning om tildeling av kontrakt. Dette har skjedd både gjennom brev og ved avholdt møte.

3. Tilbudt pris

Den valgte leverandøren hadde laveste pris for ruteområde 1 og 2. Dette er ikke bestridt om man holder ruteområde 2, rutealternativ 3 utenfor. Beslutningen om å legge avgjørende vekt på pris er innkjøpsfaglig forsvarlig, selv om prisforskjellen ikke var stor.

Beslutningen om å se bort fra klagers rutealternativ 3 er basert på et innkjøpsfaglig skjønn som ikke kan overprøves. De foreslåtte endringene for rutealternativ 3 gjelder ruter som kjøres under dagens kontrakt, men som innklagde i forbindelse med konkurransen ikke fant grunnlag for å opprettholde. Innklagde har lagt til grunn at "behovet for å kjøre rutene var lite og at det fantes alternative transporttilbud for de reisende som var vurdert som tilfredsstillende". I tillegg innebar den alternative løsningen at én av de avganger innklagde ønsket kjørt i den nye kontraktsperioden ble kuttet ut. Dette gjaldt en siste avgang og innebar at "rutedøgnet" på ruten ble redusert. For denne avgangen foreligger heller ikke noe alternativt tilbud.

Det eksisterer alternative reisemåter på strekningene som omfattes av alternativ 3. Disse er vurdert som tilfredsstillende. Dette er årsaken til at man ved et bevisst valg har tatt avgangene ut av rutealternativ 3. Dette i motsetning til alternativ 1 (dagens tilbud). Det finnes togtilbud på den aktuelle strekningen fra Fredrikstad til Halden kl. 1800. Togtilbudet er ikke vurdert som et reelt alternativ til lokale bussruter på noen av strekningene i konkurransegrunnlaget. Årsaken er at togtilbudet med dagens stoppmønster ikke omfatter mellomliggende stasjoner/holdeplasser. Passasjerene kan dessuten ikke benytte innklagdes pris- og rabattordninger.

Det er ikke prisforskjellen for alle tre ruteområdene som skal legges til grunn ved vurderingen. Dette ville i så fall ført til at prisforskjellen bare var ca. kr. 100.000,- i kontraktsperioden. Dette er feil så lenge innklagde samlet sett kunne komme billigere ut ved å vurdere ruteområde 3 atskilt fra ruteområde 1 og 2. Uansett beregningsmåte ville klagers tilbud vært dyrest i pris.

Innklagde anfører videre at det ved vurderingen av tilbudene skal tas hensyn til de

merinntekter den alternative løsningen ville gi, samt besparelser ved skifte av leverandør. Tildelingskriterier er imidlertid pris, ikke totale kostnader. Det er således ikke adgang til å legge vekt på mulige merinntekter eller merkostnader.

4. Tilleggsriteriene

Tilbudene er vurdert i forhold til alle fire tildelingskriteriene, men klager og Schøyen ble vurdert som jevnbyrdige i forhold til erfaring og alder på bussene. Den kunnskap og erfaring klager har opparbeidet seg gjennom dagens kontrakt er ikke av en slik karakter at klager bør vurderes som sterkere i forhold til kompetanse og erfaring.

Tilleggsrutene i klagers alternativ 3 tilbud var av svært liten, om noen, interesse. Dette var grunnen til at disse rutene ble tatt ut av ruteplanen under utarbeidelsen av konkurransegrunnlaget. Klagers tilbud var således heller ikke bedre i forhold til ruteplan.

Innklagde bestriker ikke klagerens passasjertall, men mener at det eksisterer alternative reisemåter på vedkommende strekninger, tilbud som innklagde har vurdert som tilfresstillende.

Klager har fremholdt at det finnes togtilbud på relevante strekninger. Slike tilbud er ikke vurdert som reelt alternativ til lokale bussruter på noen av strekningene i anbudsgrunnlaget. Med dagens stoppmønster omfatter togtilbudene ikke mellomliggende stasjoner/holdeplasser. Togpassasjerene kan dessuten ikke benytte ØKTs pris- og rabattordninger.

Innklagde har foretatt en saklig vurdering av klagers alternative tilbud for ruteområde 2. Klageren ville "rutesette" enkelte strekninger og avganger der innklagde ellers ville måtte kjøre bussene som tomme returer. Dette er ruter som innklagde ikke fant grunn til å opprettholde. I tillegg innebar den alternative løsningen at én av de avganger klager ønsket kjørt i den nye kontraktperioden ble kuttet ut. Dette var en siste avgang, slik at rutedøgnet på ruten ble redusert. For denne avgangen foreligger det heller ikke noe alternativt tilbud.

5. Forbehold i tilbudet

Innklagde fremholder at rutene og avgangene i den alternative løsningen kunne endres av innklagde, dvs. at kilometerne kunne "brukes" på andre strekninger og tider, eventuelt oppnå en reduksjon i vederlaget. Innklagde bestriker at denne forståelsen kan utledes av tilbudet, og at tilbudet i så fall uansett må anses for uklart. Innklagde må legge til grunn det alternativ som er minst gunstig for innklagde eller avvise tilbudet med hensyn til den alternative løsningen. Innklagde valgte første alternativ, men fant da ikke det alternative tilbudet interessant.

Subsidiært må det anses feil å ta hensyn til det alternative tilbudet ved beregning av gjennomsnittlig kilometerpris. Det riktige ville i så fall vært å ta hensyn til dette ved vurderingen av tilleggsriteriet for ruteplan.

6. Brudd på kravet til likebehandling og forutberegnelighet

Klager er den leverandøren som tjente på muligheten til å gi korreksjonspris. Dersom de

opprinnelige tilbudene hadde blitt lagt til grunn ville innklagde ikke blitt valgt for ruteområdene 1 og 2, idet prisene tilbudt av klager var vesentlig høyere, og at den korreksjonspris innklagde tilbød i sitt opprinnelige tilbud ville forverret klagers posisjon ytterligere.

Klagenemndas vurdering:

1. Klageinteresse m.v.

Klager har deltatt i konkurransen, og har saklig klageinteresse jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig.

Saken er meget omfattende og dokumentasjonen spenner over flere hundre sider, der en vesentlig del gjelder innkjøpsfaglige spørsmål som partene strides om. Klagenemnda har derfor vurdert om saken egner seg for den behandlingsform som gjelder for nemndas arbeid, jfr forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 9. Nemnda er etter en viss tvil kommet til at saken kan behandles.

2. Klagenemndas kompetanse. *Hvorvidt lov om offentlige anskaffelser kommer til anvendelse*

Lov 16. juli 1999 nr. 69 om offentlige anskaffelser med forskrifter gjelder for tildeling av kontrakter, herunder kontrakter om persontransport i og utenfor rute. Lov 21.6.2002 nr. 45 om yrkestransport med motorvogn og fartøy med forskrifter gjelder for konkurranser om tildeling av løyve for persontransport med motorvogn.

Innklagdes anførsel går ut på at fakultativ anbudsbehandling for løyve etter yrkestransportlovens § 8 (tidligere samferdselsloven) ligger utenfor Klagenemndas kompetanse fordi det ikke gjelder tildeling av *kontrakt*. Klagenemnda er ikke enig i det.

Konkurransen om rutene i Østfold fylke har et dobbelt preg. Løyve etter yrkestransportloven er en forutsetning for å drive personbefordring i området, jf. lovens § 6. Hvis konsesjonsmyndigheten (fylket, jf. lovens § 12) organiserer transportvirksomheten ved tildeling til private aktører som tillates å operere i henhold til gitte konsesjonsvilkår, gjelder det ikke tildeling av kontrakt og regelverket om offentlige anskaffelser vil ikke komme til anvendelse. "Torghatten"-dommen Rt. 2002 s 173 gir en illustrasjon til dette: Saken gjaldt tildeling av konsesjon med offentlig tilskudd og lå dermed under dagjeldende samferdselslov.

I vårt tilfelle står fylkeskommunen *selv* for transportvirksomheten med tjenester innkjøpt ved anbud. Et eget foretak ØKT er opprettet for formålet, og det fremgår klart av anbudsgrunnlaget at ØKT skal stå for en vesentlig del av driften. Den foretrukne leverandør skal utføre tjenestene til fastsatt pris i anbudet (dog med tillegg av en bonus som incitament) og skal ellers ha ansvar for trafikk- og driftsledelse samt billettsalg. På dette punkt skiller denne saken seg fra Torghatten-dommen, idet den fulgte anbudsregler om konsesjonstildeling fastsatt i samferdselsloven.

EF-domstolens praksis trekker rett nok i retning av at såkalte "tjenestekonsesjoner" ikke omfattes av direktiv 92/50 (tjenstedirektivet) eller direktiv 93/38 (forsyningsdirektivet), jf. sak C-324/98 (Telaustria) og C-358/00 (Die Deutsche Bibliothek). De nærmere vilkårene for når en kontrakt kan anses for en "tjenestekonsesjon" er imidlertid ikke endelig avklart (jf dog utkastet til nytt felles direktiv for offentlige anskaffelser COM(2000)275, Rådets utkast 28.5.2002 Art 18a, jf. definisjon Art 1 (3a) om at direktivutkastet ikke skal gjelde for "...a contract of the same type as a public service contract except for the fact that the consideration for the provision of services consists either solely in the right to exploit the service or in this right together with payment.").

Nemnda forstår den foreliggende praksis dit hen at dersom det i tillegg til konsesjonstildeling er tale om et kontraktsbasert kjøp av tjenester fra privat sektor som anskaffelsesmyndigheten selv organiserer og bærer kommersiell risiko for, handler det om et tjenestekjøp og anbudsdirektivene vil gjelde.

Klagenemnda viser til at det i saken er tale om en ordinær fast tilbudspris for tjenesten, og at kun 10 % av billettinntektene vil tilfalle leverandøren. Skulle man klassifisere rettsforholdet mellom utøver og innklagde ØKT, ville det være naturlig å beskrive dette som en samarbeidsavtale som består i at utøver med sin busspark og personell står som underleverandør og samarbeidspartner i forhold til ØKT ved etablering av det samlede transporttilbud til publikum. Kontrakten som forespeiles i konkurransegrunnlaget knesetter tradisjonelle bestanddeler i kontrakter, så som drifts-, funksjons- og utgiftsdeling, inntektsforhold og ansvar for ytelser som naturlig henhører under organisert busstrafikk for områdets publikum.

Konkurransen faller således inn under lov om offentlige anskaffelser.

3. Forskrift om offentlige anskaffelser eller forsyningsforskriften

Forskrift 15.6.2001 om offentlige anskaffelser får ikke anvendelse for oppdragsgivere som omfattes av forskrift 16.12.1994 om innkjøpsregler for oppdragsgivere innen vann- og energiforsyning, transport og telekommunikasjon (forsyningsforskriften). Dette gjelder imidlertid bare i den utstrekning anskaffelsen skjer som ledd i utøvelse av egen virksomhet som angitt i nevnte forskrift, jf. forskrift om offentlige anskaffelser § 1-2 (4).

Forsyningsforskriften kommer blant annet til anvendelse på virksomhet som utøves av oppdragsgiver som nevnt i forskriftens § 3 og som har til formål å "drive rutenett beregnet på ytelse av offentlige tjenester i forbindelse med transport med jernbane, automatiserte systemer, sporvei, trolleybuss, buss og kabel", jf. forskriftens § 4 (3). Det heter videre i bestemmelsens andre ledd at: "Når det gjelder transporttjenester, skal et nett antas å foreligge dersom driftsvilkårene for tjenesten er fastlagt av vedkommende myndighet i en EØS-stat. Driftsvilkår kan for eksempel være hvilke ruter som skal betjenes, hvor stor kapasiteten skal være og hvor ofte rutene skal betjenes".

Innklagde er en del av Østfold fylkeskommune, og er således en offentlig oppdragsgiver omfattet av regelverket. Utgangspunktet er etter klagenemndas oppfatning at en offentlig oppdragsgiver som ivaretar driften av et nett, og som i denne forbindelse vil inngå en kontrakt, omfattes av forsyningsforskriften.

Generaladvokatens uttalelse i sak C- 513/99 (Concordia Bus) synes riktignok å forutsette i at en mer fullstendig heldekkende egendrift på offentlig side er en forutsetning for at forsyningsforskriften kommer til anvendelse, jf. Generaladvokatens omtale i premiss 48 om drift ved hjelp *av eget personale og egne busser*. Dette punktet i Generaladvokatens uttalelse fikk imidlertid ikke tilslutning fra EF-domstolen, idet EF-domstolen valgte ikke å ta stilling til om det var forsyningsdirektivet eller tjenstedirektivet som kom til anvendelse. Saken gjaldt busstjenester i Helsingfors og har dermed sterke likhetstrekk med vårt tilfelle. Hvordan saken ville stilt seg dersom tjenesten skulle ytes av det offentlige med innleide busstjenester synes dermed ikke være stilt på spissen.

Klagenemnda konstaterer at ØKT ikke skal betjene rutene med egne busser og eget personale. Dette kunne tale for å følge Generaladvokatens argumentasjon i Concordia-saken. Allikevel mener nemnda at det mest naturlige er å se saken som en kontrahert "underleveranse" av tjenester, der den foretrukne tilbyder i en samarbeidsavtale skal levere sine ytelser til ØKT mot en fast pris. Klagenemnda mener dermed at forholdet følger forsyningsforskriften, noe som også er i best overensstemmelse med ordlyden i unntaksregelen i den norske anskaffelsesforskrift § 1-2 (4) som er sitert ovenfor.

Etter klagenemndas oppfatning er det i den foreliggende sak ikke tale om å overdra driften av et nett til tredjepart.

4. Terskelverdi

Etter det opplyste overstiger kontraktens omfang terskelverdiene for EØS-relevans uavhengig av om forsyningsforskriften eller forskrift om offentlige anskaffelser legges til grunn, jf. for forsyningsforskriftens del forskriftens § 12.

5. Innklagdes saksbehandling – korrigerte forutsetninger, begrunnelsesplikt og håndtering av innsigelser fra klager

Etter henvendelse fra klager vedrørende feil i produksjonsgrunnlaget foretok innklagde en korreksjon av saksunderlaget for anbudene. Dette skjedde ved en felles skrivelse til de tre leverandørene som deltok i konkurransen i brev av 2.6.2003. Leverandørene fikk anledning til å korrigere sine priser ut fra korrigerede tall. Leverandørene ble behandlet på lik linje, og det er så vidt skjønnes ikke reist innvendinger mot denne fremgangsmåten. Når det ikke forhandles med leverandørene, og de behandles på lik linje i samsvar med likhetsprinsippet, jf. anskaffelseslovens § 5 første ledd, kan nemnda ikke se at det kan reises kritikk mot at man gjør nødvendige rettelser og justeringer dersom det viser seg at de faktiske forutsetninger for anbudsregningen ikke kan opprettholdes.

Innstillingen på valg av de to anbyderne Schøyen og klager skjedde i brevet av 19.6.2003. Anskaffelsesforskriftens § 10-3 (2) fastslår for sitt virkeområde at meddelelse om tildeling skal inneholde en begrunnelse for valget og angi frist for leverandører til å klage over beslutningen. Denne bestemmelsen må ses i sammenheng med det såkalte "Alcatel"-prinsippet om at forbigått anbyder skal ha muligheter for å påklage prosedyren før kontrakt blir tildelt, dvs. kunne anlegge søksmål eller begjære prosessen stanset ved midlertidig forføyning etter lovens §§ 7 og 8a.

Samme forskrift har i § 3-8 (4) regler om en mer utførlig begrunnelse, som en part har krav på etter anmodning innen 15 dager etter at slik anmodning er mottatt. Utgangspunktet er at oppdragsgivers beslutning om hvem som skal tildeles kontrakt først skal skriftlig meddeles samtidig til alle deltakerne i rimelig tid før kontrakt inngås, jf. forskriftens § 10-3 (1). Dersom leverandøren skriftlig anmoder om det, skal det senest innen 15 dager etter at anmodningen er mottatt gis en nærmere begrunnelse om hvorfor leverandørens tilbud ikke er valgt. Dersom kontrakt er tildelt, skal navnet på den som fikk kontrakten opplyses sammen med det valgte tilbudets egenskaper og relative fordeler, jf. forskriftens § 3-8 (3).

Forsyningsforskriften er ikke helt sammenfallende med anskaffelsesforskriften på disse punkter, fordi håndhevelsesdirektiv Dir 92/13/EF Art 2 gir medlemsstatene og EFTA-statene (EØS) valget mellom en korreksjonsprosedyre og en prosedyre basert på erstatning og mulkt. Norge har valgt siste alternativ, og da slik at "Alcatel"-prinsippet blir uten anvendelse, jf. lov om offentlige anskaffelser § 7 annet ledd. Forsyningsforskriften har bare regler om begrunnelse etter anmodning.

Klager mottok en meddelelse om valg av tilbud datert 19.6.2003. I meddelelsen fremgikk det hvilke leverandører som var valgt, og de ulike leverandørenes pris på de aktuelle områdene. Videre ble det vist til at differansen mellom laveste og nest laveste tilbud var mindre enn 5 %, og at øvrige tildelingskriterier i henhold til konkurransegrunnlaget derfor ble lagt til grunn i tillegg til pris. Det fremgikk imidlertid ingen opplysninger om hvordan leverandørene ble vurdert på de øvrige tildelingskriteriene. I brev 26.6.2003 ba klager om en utfyllende begrunnelse for valg av tilbud. I svarbrev 27.6.2003 ble det vist til at meddelelsen datert 19.6.2003 om valg av tilbud henviste til at prisdifferansen var mindre enn 5 %, og at de øvrige tildelingskriteriene derfor ble lagt til grunn. Det ble samtidig invitert til et møte 1.7.2003, det vil si mindre enn 15 dager etter at klager skriftlig anmodet om det. I møtet ville det gis nærmere presentasjon av grunnlaget for innstillingen. Kontraktunderskriftning var forutsatt å skje tidligst i uke 29, mens det ble indikert at møtet kunne avholdes i uke 26.

Verken forsyningsforskriftens § 42 eller anskaffelsesforskriftens § 3-8 (4) stiller

krav om at den utvidede begrunnelsen for valg av tilbud skal skje skriftlig. Når det ble invitert til et møte hvor den nærmere begrunnelsen ble gitt, er dette derfor i samsvar med begrunnelseskravet uansett hvilket regelverk som legges til grunn, selv om klagenemnda allikevel vil bemerke at det av bevismessige grunner og med sikte på mulig senere tvist normalt bør legges opp til at et så viktig moment som begrunnelse for tildeling fremkommer i skriftform. Dette gjør det enklere i ettertid å etterprøve hva som har vært den reelle begrunnelsen for valg av tilbud.

6. Alternativt tilbud

Klageren valgte å inngi et tilbud betegnet som "alternativ 3", som innklagde ikke fant attraktivt nok. Det rettslige utgangspunktet er at oppdragsgiver fritt må kunne velge å se bort fra slike forslag til løsninger, selv om det er åpnet opp for å inngi alternative tilbud i konkurransegrunnlaget. Det er dermed ikke gjort noen formell feil ved at klagers alternativ 3 tilbud ikke nådde opp.

7. Forbehold i tilbudet

Konkurransegrunnlagets punkt 9.3. ga innklagde mulighet til å tilpasse produksjonen til trafikkvolum og struktur innenfor til sammen +/- 2% av den samlede beregnede produksjonen som omfattes av den enkelte kontrakt.

I tilbudet fra klager fremgikk det at "Tanken bak vårt forslag er å unngå en del av de lange tomkjøringene som oppstår, og heller rutesette en del av kjøringen... Rute for rute foreslår vi følgende endringer på mandag-fredag".

Spørsmålet er om innklagde ville hatt anledning til å omfordele de ekstra rutekilometerne som ble tilbudt under rutealternativ 3 på andre strekninger av større interesse. Klagenemnda antar at oppdragsgiver som følge av forhandlingsforbudet ved anbudskonkurranser ikke kunne tatt direkte kontakt med sikte på en avklaring av dette spørsmålet, jf. forutsetningsvis forsyningsforskriften § 17 nr 1, jf. § 1 nr 8a. Jf. også tilsvarende i anskaffelsesforskriftens § 9-1.

Forutsetningene som ble angitt i tilbudet, og den spesifikke angivelsen av hvilke ruter som ble tilbudt, ga ingen sikkerhet for at innklagde kunne benyttet seg av bestemmelsen i konkurransegrunnlagets punkt 9.3. til å senere omfordele disse rutekilometerne på andre strekninger. Det er da ikke grunnlag for innvendinger mot at innklagde la til grunn den løsning som var til ugunst for klager, nemlig at det ikke var noen slik adgang.

8. Tildelingskriterier og innklagdes faglige skjønn generelt.

Klageren anfekter den vurdering innklagde har gjort. Klagenemnda påpeker at nemnda bare kan prøve om innklagdes valg av kontraktspart er truffet på grunnlag av en riktig saksbehandling og riktig faktum. Nemnda foretar ikke en overprøving av

innklagdes innkjøpsfaglige skjønn, men prøver om det er samsvar mellom de utlyste tildelingskriterier og den faktiske begrunnelse som er gitt i innstilling for tildeling. Er det angitt presise og etterprøvbare kriterier til utdypning av "økonomisk mest fordelaktige", kan nemnda etterprøve prisforskjeller, men ikke sammensatte vurderinger av hva oppdragsgiver anser seg best tjent med.

Idet prisdifferansen mellom Schøyen og klager på ruteområde 1 og 2 synes å være mindre enn 5 %, pliktet oppdragsgiver i henhold til konkurransegrunnlagets bestemmelser å vurdere tilbudene også opp mot tilleggskriteriene.

Tilleggskriterium 1, angitt som det viktigste, var "Ruteplan med høyere frekvens og/eller lengre driftsdøgn". Klagers rutealternativ 3 dekket ruteområde 2, og ga i tillegg flere rutekilometer uten ekstra kostnader. Ruteområde 3 dekket imidlertid ikke en avgang forutsatt av innklagde i rutealternativ 2. I hvilken grad det finnes alternative transportmidler, og i hvilken grad det er ønskelig å opprettholde de rutestrekninger som ble tatt inn i rutealternativ 3 ligger innenfor innklagdes innkjøps- og transportfaglig skjønn. Klagenemnda har ikke grunn til å underkjenne innklagdes beslutning om å legge til grunn rutealternativ 2, istedenfor klagers rutealternativ 3. Det ligger derfor innenfor innklagdes innkjøpsfaglige skjønn å se bort fra rutealternativ 3 i sin helhet. Det var med denne forutsetningen heller ikke feil av innklagde å se bort fra de tilleggsavganger som ble tilbudt under rutealternativ 3 ved sammenligningen av tilbudene.

Tilleggskriterium 2 "Nyere busser enn minstekrav ved trafikkstart" er ikke omstridt.

Tilleggskriterium 3, "Leverandørens erfaring og kompetanse", ble etter det opplyst anvendt uten forskjell mellom Schøyen og klager, i det begge leverandører hadde generell erfaring og kompetanse. Det var etter klagenemndas oppfatning korrekt å se bort fra den ekstra erfaring klager måtte ha fått som følge av å ha kjørt rutene frem til nå.

Når det gjelder kriteriet "pris", referer dette seg til den godtgjørelse leverandøren krever for kjørt rutekilometer. Kriteriet, slik det er formulert, gir således ikke adgang til å legge vekt på omkostninger ved skifte av leverandør eller mulige ekstra billettinntekter.

Sammenligningen skulle således ta utgangspunkt i begge leverandørenes tilbud på rutealternativ 2, målt i tilbudt kilometerpris. Dette har innklagde gjort. Basert på disse forutsetningene, var Schøyen lavest i pris og tildeling av kontrakt til Schøyen må derfor anses som i full overensstemmelse både med "økonomisk mest fordelaktig" og med de vurderinger ØKT gjorde ved anvendelse av tilleggskriterium 1. Om innklagde ved dette alt i alt har gjort et godt eller heldig valg, er det ikke nemndas sak å etterprøve.

Klagenemnda har etter dette ikke grunnlag for å underkjenne den evaluering klager har foretatt av tilleggskriteriene.

9. Brudd på likebehandlingsprinsippet og kravet til forutberegnelighet

Det fremgår av konkurransegrunnlaget, og også i korrespondanse mellom klager og leverandørene, at anslaget på antall kilometer i rute var basert på "oppgaver fra dagens løyvehaver, oppmålinger på kart, trafikk- og inntektsstatistikk samt oppdragsgivers egne beregninger. Anslagene må derfor betraktes som veiledende og oppdragsgiver hefter ikke for eventuelle feil".

Opplysningene som ble lagt til grunn med hensyn til produksjonsvolum var således delvis basert på opplysninger fra klager selv, og klager hadde som innehaver av dagens ruteløyve bedre kjennskap til riktig produksjonsmengde enn konkurrentene. Videre ble produksjonsmengden korrigeret, og det ble gitt mulighet til å levere inn nye priser basert på korrekt produksjonsmengde. Klagenemnda kan med henvisning til ovenstående, ikke se at likhetsprinsippet er overtrådt eller at innklagde har forsømt seg med hensyn til manglende forutberegnelighet.

Konklusjon:

Østfold kollektivtrafikk har ikke brutt lov om offentlige anskaffelser med forskrifter i forbindelse med gjennomføring av anskaffelse av persontrafikk i rute.

For klagenemnda,
14.8.2003.

Kai Krüger



Forsiden
Nemndsmedlemmer
Saksbehandling
Regelverk
Innkomne saker
Statistikk
Årsrapporter
Dommer
Søk i avgjorte saker

Avgjorte saker:

[2003](#) [2004](#) [2005](#)

Besøksadresse

H. Heyerdalsgate 1
0033 Oslo

Postadresse

Postboks 8132 Dep
0033 Oslo

Tlf.: 22 33 70 10

Faks: 22 33 70 12

E-post:

postmottak@kofa.no

Avgjorte saker

Klagenemndas avgjørelse 14. august 2003 i sak 2003/70

Klager: Moen Kommunikasjon
Skovvn. 2
0257 Oslo

Innklaget: Norges vassdrag- og energidirektorat
Postboks 5091 Majorstua
0301 Oslo

Klagenemndas medlemmer: Kai Krüger, Siri Teigum, Bjørg Ven

Saken gjelder: Avvisning, krav til forhandlinger, plikt til utelukkende å legge vekt på pris ved valg av tilbud, vektlegging av andre ytelser enn de som var etterspurt, plikt til å gi en skriftlig meddelelse om valg av tilbud, begrunnelsesplikt, kravet til god forvaltningsskikk, erstatning.

Bakgrunn:

Norges vassdrags- og energidirektorat (heretter kalt "innklagede") kunngjorde den 2.12.2002 en konkurranse med forhandling for utarbeidelse og gjennomføring av et arrangement som skulle markere åpningen av ferskvannets år 2003. Tilbudet skulle inneholde en detaljert idéskisse og pris på praktisk gjennomføring av arrangementet. Under beskrivelsen av kontraktsgjenstanden i kunngjøringen og konkurransegrunnlaget var det i tillegg opplyst:

"Virkemidler: Det skal slippes mer vann i fossen. Norsk musikk, afrikansk musikk, bilder som vises på store lerret utendørs av norske vannmotiver og internasjonale vannmotiver".

I følge kunngjøringen skulle kontrakten tildeles det tilbudet som hadde lavest pris. Det var ikke opplyst om alternative tilbud ville bli tatt i betraktning. Av kunngjøringen fremgikk det videre at leverandørene skulle levere en liste *"over de arbeider som er utført de siste fem år"*.

Tilbudsfristen var 6.12.2002. Innklagede fikk inn tre tilbud og klager, Moen Kommunikasjon, var blant disse. Klagers tilbud inneholdt både et maksimumsopplegg, til en pris på 481.840 kroner, og et minimumsopplegg, til en pris på 288.920 kroner. Tilbudet var rettidig. En annen tilbyder, Dinamo Arena, leverte et tilbud med pris på 400.000 kroner, hvilket tilsvarte den økonomiske ramme innklagede hadde oppgitt i konkurransegrunnlaget. Det tredje tilbudet ble levert av firmaet Burson Marsteller. Dette ble levert etter fristens utløp. I forbindelse med tilbudsinnleveringen fikk Burson Marsteller anledning til å presentere sitt firma og sitt tilbud i møte med innklagede. I følge klager ble også klager gitt mulighet for en tilsvarende presentasjon som var forutsatt avholdt før tilbudsfristens utløp, men innklagede skal ha avvist å la klager presentere seg etter at tilbudsfristen løp ut.

Tilbudet fra Burson Marsteller ble senere avvist som for sent innlevert.

Omkring 20.12.2002 tok klager telefonisk kontakt med innklagede, og fikk da muntlig opplyst at innklagede hadde til hensikt å inngå kontrakt med Dinamo Arena.

Den 16.1.2003 sendte klager innklagede et brev der det ble påpekt at klager aldri hadde mottatt noen skriftlig meddelelse om hvilken tilbyder som var blitt valgt for oppdraget. Arrangementet var da allerede gjennomført, og klager påpekte at innklagedes fremgangsmåte har fratatt firmaet muligheten til å påklage beslutningen før kontrakt ble inngått. Brevet inneholdt også enkelte konkrete spørsmål vedrørende gjennomføringen av konkurransen. Klager purret på innklagedes svar i brev av 27.2.2003. Den 24.3.2003 besvarte innklagede henvendelsen.

Anførsler:

Klagers anførsler:

Klager anfører å ha levert tilbudet med lavest pris, og at firmaet således skulle ha vært tildelt kontrakten.

Innklagede har i strid med regelverket for offentlige anskaffelser lagt vekt på andre ytelser enn de som var etterspurt i konkurransegrunnlaget. Klager hevder at under en telefonsamtale med innklagede, fikk klager *"et klart inntrykk av at det hadde vært viktig for NVE at Dinamo hadde levert forslag/ideer som kunne brukes senere i forbindelse med Ferskvannets år, blant annet slagord"*.

Tilbudet fra Dinamo Arena omfattet ikke visning av lysbilder ute, noe som var et uttrykkelig krav til kontraktsgjenstanden i kunngjøringen. Tilbudene var derfor ikke sammenlignbare.

Kun én av deltakerne i konkurransen fikk anledning til å presentere sitt firma og sitt tilbud i møte med innklagede. Dette var ikke forenlig med den valgte konkurranseformen, konkurranse med forhandling.

Det er først i tilsvaret inngitt til klagenemnda at innklagede ga uttrykk for at klager skulle vært avvist fra konkurransen. Det er for sent å avvise klager på dette tidspunkt.

Subsidiært anføres at det ikke er grunnlag for å avvise klager fra konkurransen. Klager hadde ikke mulighet til å oppfylle kravet i kunngjøringen om å levere en liste over de arbeider firmaet har utført de siste fem år. Årsaken var at Moen Kommunikasjon ble opprettet i januar 2002. Klager hadde imidlertid redegjort for

den erfaring og de faglige kvalifikasjoner firmaets medarbeiderteam hadde opparbeidet seg gjennom mange år. Det anføres dessuten at heller ikke Dinamo Arena leverte en slik liste.

Innklagede har brutt regelverket for offentlige anskaffelser ved ikke å gi klager en skriftlig meddelelse om valg av tilbud. Innklagede har også overtrådt begrunnelsesplikten.

Det var i strid med god forvaltningsskikk og et brudd på forvaltningsloven at det tok så lang tid før innklagede besvarte klagers henvendelser.

Vilkårene for å kreve erstatning er oppfylt.

Innklagedes anførsler:

Klager hadde ikke oppfylt kunngjøringens krav om å levere en liste over arbeider utført de siste fem årene. I følge forskrift om offentlige anskaffelser § 15-12(1) bokstav a) skal klager da avvises fra konkurransen.

Det forhold at klager leverte alternative tilbud, medfører også at klagers tilbud må avvises. Det er kun anledning til å ta i betraktning alternative tilbud dersom tildelingen skal skje på grunnlag av hvilket tilbud som er det økonomisk mest fordelaktige.

Innklagede erkjenner å ha brutt plikten til å informere klager om avvisningen, jf. § 15-13(2) jf. § 3-8. Innklagede har ingen plikt til å fastsette en frist for å klage over avvisningsavgjørelser etter § 15-12.

Denne feilen har imidlertid ikke virket inn på innklagedes valg av leverandør, og vilkårene for erstatning er således ikke oppfylt.

Dersom klagers tilbud skulle realitetsvurderes, måtte innklagede legge til grunn klagers maksimale tilbudspris. Klagers laveste pristilbud var så lavt at det ikke kunne tilfredsstille kunngjøringens krav til kontraktsgjenstanden. Det valgte tilbudet hadde lavest pris når klagers maksimalpris legges til grunn.

Klagenemndas vurdering:

Klager har deltatt i den aktuelle konkurransen og har således saklig klageinteresse, jf. forskrift 15.11.2002 om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig.

Anskaffelsens verdi ligger under EØS' terskelverdier, og anskaffelsen reguleres av forskrift om offentlige anskaffelser del I og III, jf. § 2-1(2) jf. § 2-2(1).

Tilbudskonkurranse eller forhandlet konkurranse?

Klagenemnda konstaterer at innklagede har utlyst en forhandlet konkurranse, uten at det egentlig er opptrådt i henhold til dette i det etterfølgende arbeidet. Tvert imot gir saken inntrykk av vingling fra innklagedes side, ved at de strengere regler om tilbudskonkurranse synes lagt til grunn etter utlysningen. Det er grunnleggende forskjeller mellom tilbudskonkurranse og forhandlet konkurranse. De strenge formkrav som gjelder i første tilfelle kan lempes ved forhandlinger, f eks fordi de først "tilbudte" priser ved forhandlet konkurranse er et utgangspunkt for nærmere drøftelser. Innklagede har ikke holdt klare linjer her, og har ved dette overtrådt klarhetskrav og krav til forutberegnetlighet for

deltakerne i konkurransen.

Avvisning av klagers tilbud

Kunngjøringens krav om at leverandørene leverer en liste over arbeider utført de siste fem årene retter seg mot den dokumentasjon leverandørene må fremlegge for at de tilfredsstillere krav som er satt til deltakelse i konkurransen. Det følger da av § 15-12(2) bokstav g) at innklagede har en skjønnsmessig adgang til å avvise leverandører som unnlater å levere en slik liste. Innklagede synes å mene at klager ikke hadde oppfylt dette kravet og at klager derfor ble avvist – eller kunne avvises.

At klager muligens kunne vært avvist, er ikke ensbetydende med at avvisning faktisk er skjedd. Avvisning forutsetter et vedtak, og slikt vedtak skal meddeles vedkommende tilbyder snarest mulig, jf forskriftens § 3-8(1).

Det er ikke tilstrekkelig i denne sammenheng at innklagede i sitt tilsvar overfor klagenemnda, tre måneder etter at kontrakt ble inngått, gir uttrykk for at klager skulle ha vært avvist fra konkurransen.

Innklagedes anførsel om at klager *"må også avvises fordi de ga alternative tilbud"*, kan heller ikke føre frem. Begge klagers tilbud tilfredsstillere kunngjøringens krav til kontraktsgjenstanden. Eventuelle presiseringer kunne og skulle skjedd ved forhandlinger der de to gjenværende tilbyderne skulle vært gitt like muligheter til å argumentere for sine respektive løsninger. Klagers tilbud var således forskriftsmessig. Innklagede har ikke redegjort for at det er foretatt en forsvarlig utredning av innholdet av klagers tilbud, verken for minimums- eller maksimumsopplegget. Det er heller ikke godtgjort at innklagede har bedt klager om ytterligere opplysninger, slik oppdragsgiver har plikt til å gjøre iht forskriftens § 15-11(1) når oppdragsgiver vurderer å avvise et tilbud som "unormalt lavt".

Vektlegging av andre ytelser enn de som var etterspurt i kunngjøringen

I sitt tilbud har Dinamo Arena fremlagt *"tanker vi har gjort oss omkring et helhetskonsept om verdens ferskvannslår"*. Det fremgår at firmaet har tilbudt ytelser som går utover det kunngjøringen etterspurte. Den fremlagte dokumentasjon gir imidlertid ikke klagenemnda grunnlag for å fastslå at innklagede har vektlagt disse ekstra ytelsene i sin evaluering.

Plikt til å avvise det valgte tilbudet

I foreliggende sak er det i følge kunngjøringen et krav at oppdraget omfatter utendørs fremvisning av norske og internasjonale vannmotiver. Kravet til likebehandling av deltakerne i konkurransen innebærer at samtlige tilbud skal være i overensstemmelse med de krav til kontraktsgjenstanden som er fastsatt i det opprinnelige konkurransegrunnlaget, med mindre oppdragsgiver deretter gir alle tilbydere lik informasjon og lik mulighet til å levere tilbud på annet grunnlag, jf. EF-domstolens dom C-243/89 premiss 37.

Tilbudet fra Dinamo Arena omfattet blant annet **"AV-utstyr: Leie av teknisk utstyr for fremvisning av billedhow (lerret, fremviser)"**. Klagenemnda legger etter dette til grunn at Dinamo Arena faktisk oppfylte kunngjøringens krav til utendørs billedfremvisning. Innklagede handlet følgelig i samsvar med regelverket ved ikke å avvise Dinamo Arena på dette grunnlaget.

Krav til forhandlinger

Ved valg av prosedyren konkurranse med forhandlinger, er det som utgangspunkt en plikt til å forhandle med de aktuelle leverandørene, jf forskriftens § 16-3(3). Opplysningene i saken er noe snau, men det synes klart at iallfall klager ikke fikk noen mulighet til å argumentere for sin løsning, enn si

revurdere den tilbudte pris i lys av de priser som konkurrentene hadde tilbudt. Det er ikke opplyst noe som tyder på at klageren ikke skulle ha hatt "reell mulighet for å få tildelt kontrakten", jf forskriftens § 16-3(3). Innklagede har ved dette på vesentlig måte fratatt klager fra muligheten til å posisjonere seg for å vinne kontrakten, noe som nettopp er hovedpoenget når offentlige oppdrag skal tildeles ved konkurranse med forhandling.

Plikt til å tildele kontrakten tilbudet med lavest pris

Innklagede har oppgitt laveste pris som det eneste tildelingskriteriet i kunngjøringen. Innklagede pliktet da å velge tilbudet med laveste pris, jf. forskriftens § 17-2, vel å merke etter slutførte forhandlinger med de av tilbyderne som ble betraktet som reelle kandidater til oppdraget.

Det er på det rene at klagers minimumsopplegg var det tilbudet av de innkomne som, på tidspunktet for tilbudsåpningen, hadde lavest pris. I det innklagede ikke synes å ha gjennomført noen forhandlinger, har ikke klagenemnda grunnlag for å vurdere hvordan den endelige tilbudene ville ha blitt seende ut med hensyn til pris. Av den grunn kan klagenemnda heller ikke ta stilling til hvilket tilbud som skulle ha blitt valgt.

Brudd på § 17-3

Det er på det rene at innklagede ikke har gitt klager noen skriftlig meddelelse om valg av tilbud. Det er således klart at innklagede har brutt forskrift om offentlige anskaffelser § 17-3(1). Klagenemnda finner det kritikkverdig at innklagede på denne måten, i strid med regelverket, fratok klager enhver mulighet til å reise innsigelser mot valg av tilbud i tide før kontrakt ble inngått. I dette ligger at klager heller ikke har fått noen rettidig begrunnelse for de trufne beslutninger på innklagedes side, jf forskriftens § 17-3(2).

Brudd på forvaltningsloven og god forvaltningsskikk

Oppdragsgiver plikter å opptre i samsvar med god forretningsskikk, jf. lov om offentlige anskaffelser § 5 første ledd. Et offentligrettslig organs valg av leverandør innebærer imidlertid også utøvelse av forvaltningsmyndighet, jf. Rt. 1998 s. 1951. Oppdragsgiver må derfor også oppfylle grunnkravet til god forvaltningsskikk.

Dette innebærer at det må stilles visse krav til hvordan innklagede skal behandle henvendelser fra klager. I foreliggende sak har det tatt klager over to måneder å få et skriftlig svar på sitt brev av 16.1.2003. Som det fremgår ovenfor, medfører dette brudd på flere anskaffelsesrettslige regler. Klagenemnda finner det ikke i denne saken nødvendig å ta stilling til om det forsinkede svaret i seg selv utover dette også innebærer at innklagede har opptrådt i strid med kravet til god forvaltningsskikk.

Erstatning

Til tross for at prosedyren konkurranse med forhandling var valgt, gjennomførte innklagede anskaffelsen som en anbuds konkurranse. Dette representerer et alvorlig brudd med de forutsetninger klager la til grunn ved utarbeidelsen av sitt tilbud. Klagenemnda legger til grunn at klager ville ha avstått fra å levere inn tilbud dersom det på forhånd var klart at konkurransen ville bli gjennomført med så grov tilsidesettelse av anbudsrettslige krav til saksbehandlingen. Klagenemnda antar at vilkårene for å få erstatning for de kostnader som er påløpt i forbindelse med deltakelse i konkurransen er oppfylt, og viser til Høyesteretts uttalelser om bevisbedømmelsen i saker hvor det konstateres brudd på anskaffelsesreglene, jf. Rt. 1997 s. 574 (Firesafe).

Konklusjon:

Norges vassdrags- og energidirektorat har brutt forskrift om offentlige anskaffelser § 16-3(3) ved ikke å gjennomføre forhandlinger med deltakerne i konkurransen.

Norges vassdrags- og energidirektorat har brutt § 17-3(1) ved ikke å gi klager en skriftlig meddelelse om valg av tilbud i rimelig tid før kontrakt ble inngått. Norges vassdrags- og energidirektorat har videre brutt plikten i § 17-3(2) til å begrunne sitt valg av tilbud.

Vilkårene for å få erstattet de kostnader som er påløpt i forbindelse med deltakelse i konkurransen anses oppfylt.

For klagenemnda,
19.8.2003

Siri Teigum,



Forsiden
Nemndsmedlemmer
Saksbehandling
Regelverk
Innkommne saker
Statistikk
Årsrapporter
Dommer
Søk i avgjorte saker

Avgjorte saker:
[2003](#) [2004](#) [2005](#)

Besøksadresse
H. Heyerdalsgate 1
0033 Oslo

Postadresse
Postboks 8132 Dep
0033 Oslo

Tlf.: 22 33 70 10

Faks: 22 33 70 12

E-post:
postmottak@kofa.no

Avgjorte saker

Klagenemndas avgjørelse 14. august 2003 i sak 2003/85

Klager: ETERRA AS
St. Olavsvei 45
4631 Kristiansand

Innklaget: Kristiansand kommune
Postboks 417
4604 Kristiansand

Klagenemndas medlemmer: Kai Krüger, Siri Teigum, Bjørg Ven

Saken gjelder: Omfanget av rammeavtale

Bakgrunn:

Kristiansand kommune (heretter kalt "innklagede") gjennomførte i 2000 en anbudskonkurranse for anskaffelse av pc-er. Konkurransen gjaldt en rammeavtale for levering av pc-er og skrivere med programvare. Kontraksperioden var to år, med opsjon på ytterligere to år. I konkurransegrunnlaget fremgikk at omfanget av anskaffelsen var stipulert til "ca 3,5 mill NOK pr år, eksklusiv m.v.a. Basert på tidligere års normaluttak er årsvolumet for stasjonære Pc-er ca 350 stk og for skrivere ca 50 stk". Som en følge av konkurransen inngikk innklagede en rammeavtale (heretter kalt "rammeavtalen") med firmaet ScanComputers AS. Avtalen med ScanComputers AS løper ut den 30.11.2003.

Da denne rammeavtalen for levering av IT-utstyr til kommunen ble inngått, forelå det allerede en rammeavtale for levering av hjemmepc-er til kommuneansatte med firmaet Getronics Norge AS. I løpet av 2000 anskaffet innklagede 626 hjemmepc-er.

Høsten 2002 satte innklagede i gang en ny prosess med henblikk på å anskaffe hjemmepc-er til de kommuneansatte. Innklagede vurderte anskaffelsen til å omfattes av den eksisterende rammeavtalen med ScanComputers AS.

Innklagede inngikk den 27.2.2003 en tilleggs-rammeavtale med ScanComputers AS for levering av hjemmepc-er (heretter kalt "tilleggsavtalen"). Under tilleggsavtalen kjøpte innklagede i februar og april 2003 i alt 185 pc-er. Tilleggsavtalen omfatter også en levering av hjemmepc-er til desember 2003. Innklagede har ennå ikke bestilt pc-er til denne leveransen.

Anførsler:

Klagers anførsler:

Innklagede har brutt regelverket om offentlige anskaffelser ved å inngå tilleggsavtalen om levering av hjemmepc-er med ScanComputers AS uten å kunngjøre anskaffelsen eller gjennomføre anbudskonkurranse.

Det fremgikk ikke av konkurransegrunnlaget som lå til grunn for rammeavtalen for levering av IT-utstyr at hjemmepc-er var omfattet av konkurransen. Innklagede hadde da ikke adgang til å anskaffe hjemmepc-er under rammeavtalen.

Anskaffelsens verdi overstiger 200.000 kroner.

Innklagedes anførsler:

Innklagede bestrider å ha brutt regelverket om offentlige anskaffelser, ettersom anskaffelsen av hjemmepc-er faller inn under avtalen med ScanComputers AS. Ettersom det ble anskaffet over 600 hjemmepc-er i 2000, beregnet innklagede at anskaffelsen av hjemmepc-er under tilleggsavtalen ville få et atskillig mindre omfang enn den faktisk fikk.

Klagenemndas vurdering:

Som potensiell leverandør av hjemmepc-er til innklagede, anfører klager å ha blitt avskåret fra å delta i konkurransen om rammeavtalen for hjemmepc-er fordi kontrakt på slike leveranser ikke ble utlyst slik regelverket om offentlige anskaffelser forutsetter. Klagenemnda finner på denne bakgrunn at klager har saklig klageinteresse, jf. forskrift 15.11.2002 om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er fremsatt innen seks måneder etter at tilleggsavtalen ble inngått, og klagenemnda finner således at klagen er rettidig.

Omfanget av den omstridte hjemmepc-anskaffelsen er ikke opplyst. Klageren opplyser at anskaffelsen iallfall overstiger 200.000, noe klagenemnda finner sannsynlig. Anskaffelsen kan derfor ikke skje som direkte kjøp etter forskriftens § 11-2. Ettersom det allerede er anskaffet 185 hjemmepc-er under tilleggsavtalen, antar klagenemnda at anskaffelsens verdi overstiger EØS' terskelverdier. Hvis anskaffelsen ikke omfattes av den allerede foreliggende korrekt inngåtte rammeavtale med ScanComputers AS, synes det derfor på det rene at anskaffelsen skulle vært utlyst på EØS-nivå, jf. forskrift om offentlige anskaffelser del II, jf. § 2-1(2) jf. § 2-2(1).

Saken gjelder spørsmålet om den tilleggsavtalen innklagede inngikk med ScanComputers AS 27.2.2003 utgjør en separat anskaffelse, eller om den kan ses omfattet av den allerede eksisterende rammeavtalen mellom innklagede og ScanComputers AS.

Rammeavtalen er meget vidt formulert mht. levering av IT-utstyr og programvare. Det kan derfor fremstå som uklart om ikke også kommunens innkjøp av pc-er til hjemmebruk for sine ansatte må anses å ligge under avtalen. At man på det tidspunkt rammeavtalen ble inngått hadde en annen avtale om levering av hjemmepc-er, kan allikevel tyde på at det ikke har vært meningen å regulere denne type kjøp i rammeavtalen. Leveringen av hjemmepc-er omfatter

dessuten en del tilleggstjenester som for eksempel en telefonsupporttjeneste, presentasjon av utstyret for innklagedes ansatte, samt administrasjon av bestillinger og kontrakter med de ansatte, som ikke var aktuelle under rammeavtalen, og derfor heller ikke spesielt beskrevet. Det kan videre bemerkes at tilleggsavtalen har en særskilt tvisteløsningsbestemmelse som er en annen enn den rammeavtalen gir anvisning på.

Klagenemnda finner det nødvendig å ta standpunkt til dette tolkningsspørsmålet. Under enhver omstendighet vil det være slik at tilleggsavtalen går utover rammene for den avtale som ble inngått med ScanComputers AS i desember 2000. Denne rammeavtale skulle nemlig gjelde frem til 30.11.2002 med mulighet for forlengelse i to år. Innklagede opplyser i tilsvaret at den er forlenget med ett år, og utløper 30.11.2003. Tilleggsavtalen om kjøp av hjemmepc-er inngått 27.2.2003, og er gitt en varighet på tre år, hvilket innebærer at denne avtale vil ha en varighet på mer enn to år utover den opprinnelige rammeavtale.

Klagenemnda finner etter dette at innkjøp av hjemmepc-er til kommunens ansatte burde vært behandlet som et selvstendig kjøp. Innklagede handlet følgelig i strid med regelverket om offentlige anskaffelser ved ikke å kunngjøre tilleggsavtalen for levering av hjemmepc-er.

Konklusjon:

Innklagede har brutt regelverket om offentlige anskaffelser ved ikke å kunngjøre tilleggsavtalen for anskaffelse av hjemmepc-er.

For klagenemnda,

Bjørge Ven

15.08.2003



Forsiden
Nemndsmedlemmer
Saksbehandling
Regelverk
Innkomne saker
Statistikk
Årsrapporter
Dommer
Søk i avgjorte saker

Avgjorte saker:

[2003](#) [2004](#) [2005](#)

Besøksadresse

H. Heyerdalsgate 1
0033 Oslo

Postadresse

Postboks 8132 Dep
0033 Oslo

Tlf.: 22 33 70 10

Faks: 22 33 70 12

E-post:

postmottak@kofa.no

Avgjorte saker

Klagenemndas avgjørelse 14. august 2003 i sak 2003/130

Klager: Q-Free.Com AS
Postboks 3974 Leangen
7443 Trondheim

Innklaget: Avinor
Postboks 8124 Dep
0032 Oslo

Klagenemndas medlemmer: Kai Krüger, Siri Teigum, Bjørg Ven

Saken gjelder: Plikten til å opplyse om utvelgelseskriteriene i kunngjøringen, kravet til likebehandling.

Bakgrunn:

Den 18.10.2002 kunngjorde Luftfartsverket prekvalifiseringen i en konkurranse om drift av bilparkeringsanlegg ved Sola, Flesland, Værnes og Tromsø Lufthavn. Driftstjenestene omfattet i følge kravspesifikasjonen blant annet drift og håndheving av parkering, fjerning av kjøretøy, forvaltning av det parkeringstekniske utstyret, vedlikehold av skilter, renhold, snøbrøyting og forvaltning av grøntarealer. Det fremgikk av kunngjøringen at leverandørene skulle legge frem en *"Liste over de viktigste tjenesteytelsene/leveransene de siste tre år, herunder deres verdi og tidspunkt, offentlige eller private mottakere"*.

Luftfartsverket har etter tidspunktet for kunngjøringen skiftet navn til Avinor (heretter kalt "innklagede").

Frist for forespørsler om å delta i konkurransen var satt til 1.11.2002. Innklagede mottok ti forespørsler. Av disse ble åtte leverandører prekvalifisert.

Q-Free.Com AS (heretter kalt "klager") leverte forespørsel om deltakelse i konkurransen. Den 3.1.2003 ble klager meddelt at firmaet ikke var prekvalifisert. I brev av 3.2.2003 begrunnet innklagede sin beslutning med at *"Den innsendte søknad fra Q-Free.Com AS kunne ikke vise til relevante referanser fra drift av parkeringsanlegg"*. Det ble opplyst om at alle de prekvalifiserte leverandørene hadde levert slike referanser.

Blant de prekvalifiserte leverandørene var det tre firmaer, Securitas AS, Synchron AS og Tromsø Parkering KF, som i følge anbudsprotokollen ikke var *"store på parkeringsområdet"*. Det fremgikk at disse leverandørene anses prekvalifisert fordi de *"i dag drifter hhv Sola, Værnes og Tromsø"*.

Anførsler:

Klagers anførsler:

Innklagede hadde ikke adgang til å avvise klager fra konkurransen på grunnlag av at klager ikke hadde levert relevante referanser fra drift av parkeringsanlegg. Dette var ikke etterspurt i kunngjøringen. Kravet til forutberegnelighet utelukker at kunngjøringens krav om en liste over arbeid utført de siste tre årene skulle omfatte et krav om at leverandørene dokumenterte spesifikk erfaring med drift av parkeringsanlegg.

Det var usaklig ikke å prekvalifisere klager, ettersom klager hadde dokumentert erfaring fra drift av tilsvarende systemer. Innklagede hadde ikke adgang til å kreve mer enn det som skal til for å sikre at leverandørene er egnet til å oppfylle kontraktsforpliktelsene.

Innklagede har gjort unntak fra kvalifikasjonskravene for Securitas AS, Synchron AS og Tromsø Parkering KF. Disse firmaene hadde mindre erfaring og kompetanse enn klager, og hadde ikke dokumentert verdien av arbeidene utført de siste tre år, slik kunngjøringen krevde.

Innklagedes anførsler:

Kunngjøringens krav om at leverandørene leverer en liste over arbeid utført de siste tre år, omfatter et krav om at leverandørene dokumenterer erfaring med drift av parkeringsanlegg. Innklagede avviser å ha noen plikt til å definere kvalifikasjonskravene i detalj.

Det var ikke i strid med kravene til forutsigbarhet i konkurransen å legge stor vekt på om leverandørene hadde erfaring med drift av parkeringsanlegg.

De referanser klager har fremlagt dokumenterer ikke at klager har en kompetanse som tilsvarer drift av parkeringsanlegg. Drift av parkeringsanlegg omfatter viktige elementer som

- a) Kundeorientering, der de parkerende og deres behov på best mulig måte skal tilgodeses innenfor kontraktens rammer.
- b) *Bruk av omsetningsstimulerende tiltak, herunder utarbeidelse og rullering av markedsstrategier*
- c) *Bruke statistisk materiale til optimalisering under pkt. b.*
- d) *Kombinere og optimalisere sett av tjenester knyttet til parkeringsområder"*.

Innklagede avviser å ha gjort unntak fra kvalifikasjonskravene for Securitas AS, Synchron AS og Tromsø Parkering KF, som var mindre aktører på markedet for drift av parkeringsanlegg.

Klagenemndas vurdering:

Klager har deltatt i den aktuelle konkurransen og har således saklig klageinteresse, jf. forskrift 15.11.2002 om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig.

Klagenemnda finner at anskaffelsen av driftstjenester for parkeringsanlegg i foreliggende sak skjer som ledd i innklagedes utnyttelse av et geografisk område til terminalanlegg for lufttransport. Anskaffelsen faller således inn under det saklige virkeområdet til forskrift 16.12.1994 om gjennomføring av EØS-avtalen vedlegg XVI punkt 4 om samordning av innkjøpsreglene for oppdragsgivere innen vann- og energiforsyning, transport og telekommunikasjon (forsyningsforskriften). Dette følger av forskrift 15.6.2001 om offentlige anskaffelser § 1-2(4), jf. forsyningsforskriftens § 4 nr. 2. Det Avinor har opplyst om kontraktens verdi, viser at den langt overstiger forsyningsforskriftens terskelverdier, jf. forskriftens § 12 nr. 1. Det er følgelig klart at anskaffelsen reguleres av forsyningsforskriften. Dessuten reguleres anskaffelsen av lov om offentlige anskaffelser, jf. lovens § 2 bokstav c).

Kravet om dokumentasjon av erfaring med parkeringsanlegg

I følge forsyningsforskriften § 28 nr. 12 skal kunngjøringen av en konkurranse med forhandling inneholde de tekniske minstekrav som må være oppfylt for at leverandøren skal få delta i konkurransen. I foreliggende sak har innklagede krevd at leverandørene leverer en *"Liste over de viktigste tjenesteytelsene/leveransene de siste tre år, herunder deres verdi og tidspunkt, offentlige eller private mottakere"*. Klager har oppfylt dette kravet.

I den senere utvelgelse har innklagede i tillegg operert med et materielt krav om at leverandørene skal ha erfaring med drift av parkeringsanlegg. Dette kravet fremgår ikke eksplisitt av kunngjøringen. Etter klagenemndas oppfatning kan heller ikke kunngjøringens generelle krav om en liste over utførte arbeider de siste tre år, anses å omfatte dette kravet. I følge forsyningsforskriften § 37 skal utvelgelsen skje i samsvar med objektive kriterier og regler som er tilgjengelige for alle interesserte leverandører. EF-domstolen har i sak C-470/99 (Universale Bau) uttalt seg om plikten til å gjøre kriteriene tilgjengelige for leverandørene. I dommens premiss 100 uttaler domstolen at *"...direktiv 93/37 skal fortolkes således, at den ordregivende myndighet, såfremt den i forbindelse med et begrenset udbud på forhånd har fastsatt reglene for afvejning af kriterierne for udvælgelse af de ansøgere, der vil blive opfordret til at afgive bud, er forpligtet til at angive disse i udbudsbekendtgørelsen eller i udbudsmaterialet"*.

Dersom oppdragsgiver har bestemt seg for kriteriene for utvelgelsen, skal disse følgelig gjøres kjent for leverandørene. Dette gjelder selv om oppdragsgiver ikke har noen ubetinget plikt til å definere kvalifikasjonskriteriene i detalj eller angi hvilket nivå som kreves oppfylt, jf. KOFA 2003/7. Nevnte sak 2003/7 gjelder forøvrig et noe annet saksforhold, nemlig krav til angivelse kvalifikasjonskriterier etter forskriften av 15.6.2001 del II. Forsyningsforskriftens § 37 oppstiller strengere krav med hensyn til forhåndsopplysning av utvelgelseskriterier.

På bakgrunn av den informasjon som er fremlagt i saken, legger klagenemnda til grunn at kravet om tidligere erfaring med drift av parkeringsanlegg har vært sentralt og avgjørende for innklagede under hele konkurransen. Det er da på det rene at innklagede skulle ha opplyst om dette i kunngjøringen. Innklagede har følgelig brutt regelverket ved å benytte seg av et utvelgelseskriterium det ikke var opplyst om.

Unntak fra kvalifikasjonskravene for Securitas AS, Synchron AS og Tromsø Parkering KF

Det fremgår av anbudsprotokollen at Securitas AS, Synchron AS og Tromsø Parkering KF *"er ikke store på parkeringsområdet, men tas med hovedsakelig fordi de i dag drifter hhv Sola, Værenes og Tromsø"*. Den fremlagte dokumentasjon viser at samtlige av disse tre firmaene har tilfredsstilt kravet om å dokumentere arbeider utført de siste tre år. Tromsø Parkering KF ble omdannet fra en ordinær kommunal etat til kommunalt foretak den 1.3.2002, og har riktignok vist til arbeider utført av det kommunale organet, uten at det får noen betydning i saken. Oppdragenes omfang og verdi fremgår indirekte av referanselistene, og det får ingen betydning for saken at Securitas AS og Tromsø Parkering KF ikke uttrykkelig har oppgitt arbeidernes verdi i referanselisten. Klagenemnda finner det ikke godtgjort at innklagede har gjort unntak fra kvalifikasjonskravene for Securitas AS, Synchron AS og Tromsø Parkering KF.

Konklusjon:

Innklagede har benyttet seg av et utvelgelseskriterium det ikke var opplyst om. Beslutningen om å utelukke klager fra konkurransen med henvisning til dette kvalifikasjonskravet er dermed i strid med forsyningsforskriften § 37.

Innklagede har ikke gjort unntak fra kvalifikasjonskravene for Securitas AS, Synchron AS og Tromsø Parkering KF.

For klagenemnda,
15.8.2003

Björg Ven,



Forsiden
Nemndsmedlemmer
Saksbehandling
Regelverk
Innkomne saker
Statistikk
Årsrapporter
Dommer
Søk i avgjorte saker

Avgjorte saker:

[2003](#) [2004](#) [2005](#)

Besøksadresse

H. Heyerdalsgate 1
0033 Oslo

Postadresse

Postboks 8132 Dep
0033 Oslo

Tlf.: 22 33 70 10

Faks: 22 33 70 12

E-post:

postmottak@kofa.no

Avgjorte saker

Klager har deltatt i to konkurranser for utvikling av software, såkalt skjermbaserte aktiviteter. Den første konkurransen omfattet i tillegg en rekke andre tjenester og utstyr. Det viste seg at ingen av de innkomne tilbudene omfattet alle de etterspurte elementene, og innklagede skilte deretter ut de skjermbaserte aktivitetene til en egen konkurranse. Det er denne konkurransen saken gjelder. I forbindelse med begge konkurransene fikk innklagede bistand ved utarbeidelsen av kravspesifikasjonene av en ekstern konsulent. Denne konsulenten var ansatt i ett av de tre firmaene som leverte tilbud i konkurransen om skjermbaserte aktiviteter, og dette firmaet ble til slutt tildelt kontrakten. Klagenemnda fant at konsulenten også hadde deltatt i evalueringen av tilbudene, og at det derfor forelå brudd både på forskriften § 3-4 og § 3-6. Ved å benytte en inhabil konsulent hadde innklagede brutt kravene til likebehandling og god anbuds- og forretningsskikk. Innklagede hadde heller ikke gjennomført forhandlinger med leverandørene, til tross for at prosedyren konkurranse med forhandlinger var valgt. På bakgrunn av den fremlagte dokumentasjon, fant klagenemnda at vilkårene for å få erstattet kostnadene ved utarbeidelsen av tilbudet var oppfylt.

Klagenemndas avgjørelse 8. september 2003 i sak 2003/86

Klager: Media Farm AS

Travbaneveien 1

4033 Stavanger

Innklaget: Jernbaneverket Norsk Jernbanemuseum

Postboks 491

2304 Hamar

Klagenemndas medlemmer: Siri Teigum, Bjørg Ven, Morten Goller.

Saken gjelder: Inhabilitet. Bruk av rådgiver som selv deltar i konkurransen. Erstatning for negativ kontraktsinteresse.

Bakgrunn:

På forsommeren 2002 kunngjorde Jernbaneverket Norsk Jernbanemuseum (heretter kalt "innklagede") en konkurranse med forhandling for anskaffelse av audiovisuelle installasjoner. Konkurransen omfattet både teknisk utstyr, lyd- og filmproduksjoner, opplæring, forhandling av rettigheter og support. Ett av tilbudene ble levert av tre samarbeidende virksomheter, hvorav Media Farm AS (heretter kalt "klager") blant annet skulle stå for den delen av prosjektet som dreide seg om skjermbaserte aktiviteter, hvilket innebar spesialutviklet software til bruk i museets "lek- og læravdeling". Etter tilbudsåpningen viste det seg at ingen av tilbudene omfattet alle de etterspurte elementer. Innklagede inngikk deretter avtale med et firma for levering av teknisk utstyr, mens de øvrige tjenestene ble skilt ut for senere innkjøp.

Deretter ble fire leverandører, deriblant klager, kontaktet og invitert til å levere tilbud for den delen av konkurransen som gjaldt skjermbaserte aktiviteter. Det er denne konkurransen klagesaken gjelder. Konkurransen ble ikke kunngjort. Tre av leverandørene leverte tilbud innen fristen 20.1.2003. Blant disse var firmaet XX AS og klager. Klager ble den 31.1.2003 opplyst om at innklagede hadde innstilt firmaet XX AS som leverandør av skjermaktiviteter. Innklagede inngikk kontrakt med XX AS den 10.2.2003.

I forbindelse med gjennomføringen av de to konkurransene, benyttet innklagede seg av flere tekniske konsulenter. En av disse konsulentene, YY, var ansatt i XX AS. Dette konsulentoppdraget bygget på en konsulentavtale mellom innklagede og XX AS, som ble inngått 7.2.2002. Det er opplyst at den aktuelle konsulenten deltok i utformingen av konkurransegrunnlagets kravspesifikasjon i begge konkurransene. Konsulenten deltok videre i evalueringen i den samlede konkurransen om audiovisuelle installasjoner. XX AS leverte ikke tilbud i denne konkurransen. Under sakens behandling i klagenemnda har det vært uklart hvorvidt konsulenten deltok i evalueringen av tilbudene i konkurransen om skjermbaserte aktiviteter, som altså både klager og XX AS deltok i. Innklagede hevdet i sitt tilsvarende inngitt til klagenemnda at konsulenten ikke hadde deltatt i evalueringen. Samtidig la innklagede frem en tabell som inneholdt en sammenlignende evaluering av tilbudene, og hvor det flere steder er påført kommentarer fra en person benevnt med initialene "YY". Da innklagede ble anmodet om å kommentere dette, svarte innklagede som følger:

" Mens det i vårt brev av 21.5.2003 står at YY ikke var del av evalueringen, har vi i løpet av saksbehandlingen etter henvendelsen fra KOFA sett at hun nok har vært det. Initialene YY kan neppe stå for noen annen..."

For øvrig er det på det rene at det var den aktuelle konsulenten som inviterte klager til å delta i konkurransen om skjermbaserte aktiviteter på vegne av innklagede. Videre har konsulenten sendt innklagede en e-post den 16.1.2003, dvs. fire dager før tilbudsfristen gikk ut, og en dag før XX AS leverte sitt tilbud. I e-posten viser konsulenten til programvare som kan brukes i prosjektet, og anmoder innklagede om å videresende denne informasjonen til alle deltakerne i konkurransen.

Innklagede opplyser at ansvaret for evalueringen og administrasjonen av begge konkurransene har ligget hos en annen konsulent. Denne har også skrevet innstillingene for valg av leverandør.

Anførsler:

Klagers anførsler:

Innklagede har brutt forskrift 15.6.2001 om offentlige anskaffelser § 3-4, jf. forvaltningsloven (fvl) § 6. På bakgrunn av de fremlagte dokumenter er det nærliggende å legge til grunn at konsulenten deltok i evalueringen av tilbudene i konkurransen om skjermbaserte aktiviteter. Uansett fikk konsulenten, gjennom sitt arbeid for innklagede, kjennskap til innklagedes ønsker med hensyn til oppdraget for skjermbaserte aktiviteter. I tillegg fikk konsulenten inngående kjennskap til innholdet og detaljnivået i tilbudene til de av leverandørene som

hadde levert tilbud på denne ytelsen i den samlede konkurransen om audiovisuelle installasjoner. Ettersom oppdragene for skjermbaserte aktiviteter i de to konkurransene skilte seg lite fra hverandre, medførte denne kunnskapen en klar konkurransefordel for konsulentens firma.

§ 3-4 kommer til anvendelse uavhengig av om konsulenten identifiseres med XX AS, og dermed blir part i saken, jf. fvl § 6 første ledd, eller om konsulentens rolle utgjør et særegent forhold, jf. fvl § 6 annet ledd.

Vilkårene for erstatning for den negative kontraktsinteressen er oppfylt.

Innklagedes anførsler:

Innklagede avviser å ha brutt regelverkets habilitetsbestemmelser. Innklagede erkjenner imidlertid at den aktuelle konsulenten *"nok har vært ... del av evalueringen"* av tilbudene på skjermbaserte aktiviteter.

Klagenemndas vurdering:

Klager har deltatt i den aktuelle konkurransen og har således saklig klageinteresse, jf. forskrift 15.11.2002 om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig.

Klagenemnda legger til grunn at drift av jernbanemuseet er virksomhet som reguleres av forskrift om offentlige anskaffelser, og ikke av forskrift 16.12.1994 om innkjøpsregler for oppdragsgivere innen vann- og energiforsyning, transport og telekommunikasjon (forsyningsforskriften).

Verdien av anskaffelsen for skjermbaserte aktiviteter ligger klart under EØS' terskelverdier. Klagenemnda legger til grunn at anskaffelsen av skjermbaserte aktiviteter er å anse som en separat anskaffelse, og ikke en del av den samlede konkurransen om audiovisuelle installasjoner. Klagenemnda viser her til at det er snakk om forskjelligartede ytelser som retter seg mot forskjellige markeder av leverandører. Kontrakten som ble inngått på bakgrunn av konkurransen om audiovisuelle installasjoner er en varekontrakt, mens konkurransen om skjermbaserte aktiviteter gjelder en tjenestekontrakt. Anskaffelsen reguleres følgelig av forskrift om offentlige anskaffelser del I og III, jf. § 2-1(2) jf. § 2-2(1).

Brudd på habilitetsreglene

Forskrift om offentlige anskaffelser § 3-4 gir habilitetsreglene i forvaltningsloven § 6 til § 10 direkte anvendelse ved offentlige anskaffelser. Habilitetsreglene gjelder ikke bare offentlige tjenestemenn som direkte treffer eller tilrettelegger grunnlaget for en avgjørelse. Reglene gjelder også for andre *"som utfører tjeneste eller arbeid for et forvaltningsorgan"*, jfr. forvaltningsloven § 10. Det er ingen tvil om at konsulenten ansatt i XX AS har utført arbeid eller tjeneste for innklagede, og således omfattes av habilitetsreglenes personelle anvendelsesområde.

Klagenemnda legger, som innklagede, til grunn at konsulenten ansatt i XX AS til en viss grad har deltatt i evalueringen av tilbudene på skjermbaserte aktiviteter. De kommentarene som tilskrives den aktuelle konsulenten, må være utarbeidet av en person som har hatt tilgang til tekniske detaljer i klagers og en tredje konsulents tilbud. På denne bakgrunn legger klagenemnda til grunn at konsulenten ansatt i XX AS har deltatt i tilretteleggelsen av grunnlaget for valg av leverandør.

Konsulenten kan selv ikke anses som en part i saken. Klagenemnda finner imidlertid, på bakgrunn av de foreliggende opplysninger, at hennes ansettelsesforhold til en av deltakerne i konkurransen utgjør et særegent forhold som er egnet til å svekke tilliten til hennes upartiskhet. Konsulenten var følgelig

inhabil til å delta i tilretteleggelsen av grunnlaget for innklagedes valg av leverandør.

Klagenemnda finner også at konsulentens ansettelsesforhold i en av konkurransedeltakerne representerer et brudd på forskrift om offentlige anskaffelser § 3-6. Bestemmelsen setter grenser for oppdragsgivers adgang til å bruke rådgivere under en anskaffelsesprosess. Oppdragsgiveren har ikke adgang til å søke eller motta råd som kan bli benyttet under utarbeidelsen av spesifikasjoner for en bestemt anskaffelse fra noen som kan ha økonomisk interesse i anskaffelsen når dette skjer på en måte som vil kunne utelukke konkurranse.

I foreliggende sak deltok konsulenten i utformingen av spesifikasjonene i konkurransegrunnlaget i begge konkurransene samtidig som hun var ansatt i et selskap som deltok i den siste konkurransen. Så langt klagenemnda kan se, innebærer dette at innklagede har mottatt eller søkt råd som kan benyttes under utarbeidelsen av spesifikasjonene på en måte som var egnet til å utelukke konkurranse. Klagenemnda finner etter dette at innklagede har brutt § 3-6.

Det er i denne sammenheng irrelevant hvorvidt konsulenten faktisk opptrådte partisk eller ikke ved evalueringen. Uavhengig av dette spørsmålet, vil klagenemnda imidlertid bemerke at konsulenten, gjennom sitt arbeid for innklagede, fikk tilgang til kunnskap som var egnet til å gi XX AS et klart konkurransefortrinn. Konsulenten fikk inngående kunnskap om innklagedes ønsker og behov, og hvilket kvalitativt nivå konkurrentene hadde lagt seg på i den forutgående konkurransen om audiovisuelle installasjoner. XX AS hadde anledning til å skreddersy sitt tilbud i samsvar med denne kunnskapen. I tillegg fikk ikke de øvrige deltakerne i konkurransen mulighet til å forhandle, og derigjennom forbedre og justere sine tilbud i samsvar med innklagedes behov, til tross for at innklagede hadde valgt prosedyren konkurranse med forhandlinger.

Klagenemnda finner at innklagede, ved å benytte en konsulent på denne måten, har overtrådt regelverkets krav til likebehandling av leverandørene, samt kravene til god anbuds- og forretningsskikk, jf. lov om offentlige anskaffelser av 16.6.1999 nr. 69 § 5 og forskrift om offentlige anskaffelser § 3-1(2).

Erstatning

For å få erstattet kostnadene forbundet med utarbeidelsen av tilbudet er det et vilkår at klager, dersom han var kjent med hvordan konkurransen ville bli gjennomført, overhodet ikke ville ha deltatt i konkurransen, jf. Rt. 1997 s. 574 (Firesafe).

Innklagedes gjennomføring av konkurransen levner, etter klagenemndas oppfatning, alvorlig tvil ved om klager hadde reell mulighet til å bli tildelt kontrakten i forbindelse med konkurransen om skjermbaserte aktiviteter. Det vises her til at en av deltakerne i konkurransen fikk delta i evalueringen, samt at klager ikke fikk noen mulighet til å forbedre sine sjanser gjennom forhandlinger.

På den annen side hadde klager allerede utarbeidet tilbudet på skjermbaserte aktiviteter i forbindelse med den forutgående konkurransen om audiovisuelle installasjoner. Det legges til grunn at det ikke var nødvendig å foreta store endringer i tilbudet for å tilpasse det konkurransen som kun rettet seg mot skjermbaserte aktiviteter. Det vises her til at klager har gitt uttrykk for at kravspesifikasjonene for skjermbaserte aktiviteter i de to konkurransene skilte seg lite fra hverandre. Klager hadde således lite å tape på å utarbeide og levere inn tilbud i konkurransen klagesaken gjelder.

Klagenemnda finner at de regelbrudd innklagede har begått i prosessen er av

en slik art at det må legges til grunn at klager, med kunnskap om innklagedes fremgangsmåte, neppe ville ha deltatt i konkurransen om skjermbaserte aktiviteter. På bakgrunn av den fremlagte informasjon, vil klagenemnda anta at vilkårene for å få erstattet de merkostnader som påløp i forbindelse med utarbeidelsen av det siste tilbudet er oppfylt.

Konklusjon:

Jernbaneverket Norsk Jernbanemuseum har brutt regelverkets krav til likebehandling av leverandørene, samt kravene til god anbuds- og forretningskikk, jf. lov om offentlige anskaffelser § 5 og forskrift om offentlige anskaffelser §§ 3-1(2), 3-4 og 3-6.

Vilkårene for å få erstattet de merkostnader som er påløpt i forbindelse med deltakelse i den siste konkurransen anses oppfylt.

For klagenemnda,
8.9.2003

Morten Goller

Oslo,



Forsiden
Nemndsmedlemmer
Saksbehandling
Regelverk
Innkomne saker
Statistikk
Årsrapporter
Dommer
Søk i avgjorte saker

Avgjorte saker:

[2003](#) [2004](#) [2005](#)

Besøksadresse

H. Heyerdalsgate 1
0033 Oslo

Postadresse

Postboks 8132 Dep
0033 Oslo

Tlf.: 22 33 70 10

Faks: 22 33 70 12

E-post:

postmottak@kofa.no

Avgjorte saker

Klagenemndas avgjørelse 4. august 2003 i sak 2003/57

Klager: Securitas AS
Postboks 35 Grønland
0133 Oslo

Innklaget: Statsbygg
Postboks 8106 Dep
0032 Oslo

Klagenemndas medlemmer: Morten Goller, Siri Teigum, Bjørg Ven

Saken gjelder: Kvalifikasjonskrav, delvis avlysning av konkurransen, vurdering og prioritering av tildelingskriteriene.

Bakgrunn:

Den 13.1.2003 kunngjorde Statsbygg (heretter kalt "innklagede") en åpen anbudskonkurranse i forbindelse med byggingen av nytt operahus i Oslo. Konkurransen gjaldt vaktholdtjenester på byggeplassen, og kontraktperioden var beregnet å strekke seg fra 1.3.2003 til 31.12.2007.

Arbeidene var delt opp i tre faser, hvor omfanget av vaktholdtjenestene varierte i samsvar med byggarbeidenes fremdrift og inngjerding av byggeplassen. Hensikten var at fase 1 skulle strekke seg fra 1.3.2003 til 1.6.2003, fase 2 fra 1.6.2003 til 1.6.2005, og fase 3 fra 1.6.2005 til 1.1.2008. For fase 3 anga konkurransegrunnlaget at

"Området skal sikres slik at all innkjøring skal skje gjennom adgangskontrollert port.

Vaktholdet i porten skal skje fra 0600 til 1800. I denne perioden skal det og være tre streifvakter på byggeplass og innvendig i operabygget.

Fra 1800 til 0600 skal det være vakthold med hund".

I konkurransegrunnlagets punkt 1.4 hadde innklagede stilt opp "Utvelgelses- og tildelingskriterier". Som dokumentasjon på utvelgelseskriteriet kompetanse, krevde innklagede "Godkjennelse fra Sikker vakt eller tilsvarende (www.sikkervakt.org)". Sikker Vakt er en bransjeorganisasjon som godkjenner vaktelskaper. I konkurransegrunnlagets punkt 4.1.4.3 var det bestemt at et tilbud skal avvises når "tilbyderen ikke er funnet kvalifisert i.h.t. konkurransegrunnlagets/kunngjøringens utvelgelseskriterier".

Tildelingskriteriene var fastsatt til pris, gjennomføring og kapasitet.

Innen tilbudsfristen 10.2.2003 fikk innklagede inn fire tilbud. Ett av disse var levert av Securitas AS (heretter kalt "klager"). Før tilbudsfristen løp ut, mottok innklagede et brev fra klager med enkelte spørsmål til konkurransegrunnlaget, blant annet angående omfanget av det etterspurte vaktholdet i fase 3. Brevet var datert 31.1.2003, og ble i følge innklagede mottatt av prosjektledelsen fem dager før tilbudsfristen løp ut. Innklagede tok som følge av dette telefonisk kontakt med klager, hvor det ble avvist å gi tilleggsopplysninger så sent i prosessen. Under telefonsamtalen bekreftet imidlertid innklagede den forståelse klager hadde av konkurransegrunnlagets angivelse av omfanget av vaktholdet i fase 3. De øvrige leverandørene i konkurransen ble ikke gjort kjent med telefonsamtalen eller innholdet av den.

Etter tilbudsåpningen den 11.2.2003 ble det klart at deltakerne i konkurransen hadde tolket konkurransegrunnlagets angivelse av vaktholdstjenestens omfang i fase 3 på to ulike måter. Tolkingsvilen relaterte seg til kravet om tre streifvakter på byggeplassen i tidsrommet 0600 til 1800. To leverandører hadde tolket dette til å omfatte tre vektere som hele tiden var til stede på byggeplassen og streifet rundt på området, og hadde gitt tilbud i samsvar med denne forståelsen. To leverandører hadde lagt til grunn at det krevdes en person som streifet gjennom området tre ganger i løpet av tidsrommet 0600 til 1800. Sistnevnte forståelse var innklagedes opprinnelige mening. De ulike tolkningene medførte at tilbudsprisen til de to førstnevnte leverandørene lå ca. 7.000.000 kroner over tilbudsprisen til de andre leverandørene.

Innklagede la til grunn at de fire tilbudene ikke var sammenlignbare, og valgte å avlyse konkurransen for fase 3. Innklagede ønsket å avgjøre den foreliggende konkurransen alene på grunnlag av tilbudene for fase 1 og 2. Alle deltakerne i konkurransen samtykket skriftlig i å vedstå seg den delen av tilbudet som gjaldt fase 1 og 2, under den endrede forutsetning om at konkurransen skulle avgjøres alene på grunnlag av disse delene. Innklagede opplyste om at vakthold i fase 3 ville bli utlyst som en separat konkurranse på et senere tidspunkt.

I brev av 4.3.2003 ble klager meddelt at innklagede hadde til hensikt å inngå avtale med Hafslund Sikkerhet Bedrift AS. Valget ble begrunnet med at firmaet hadde levert tilbudet med lavest pris. Klager påklaget beslutningen til innklagede, og den 11.3.2003 avviste innklagede klagen. Kontrakt ble inngått 14.3.2003.

Anførsler:

Klagers anførsler:

Innklagede hadde ikke adgang til å forkaste samtlige tilbud på fase 3. Innklagede pliktet å meddele alle deltakerne i konkurransen den presisering som ble foretatt overfor klager om omfanget av vaktholdet i fase 3, jf. forskrift 15.6.2001 om offentlige anskaffelser § 5-4(2). Når innklagede ikke oppfylte denne plikten, utgjorde det ingen saklig grunn til å forkaste denne delen av

samtligte tilbud at to av fire leverandører misforsto omfanget av de etterspurte tjenestene, jf. § 10-1(2).

Innklagede har brutt forskriftens § 8-12(1) bokstav a) ved ikke å avvise Hafslund Sikkerhet Bedrift AS. Bakgrunnen er at dette firmaet ikke hadde godkjenning fra Sikker Vakt ved tilbudsfristens utløp. Selv om konkurransegrunnlaget åpnet for at leverandørene kan dokumentere sin kompetanse ved "tilsvarende" godkjenning, var det et krav at slik godkjenning forelå ved tilbudsfristens utløp.

Innklagede har ikke foretatt en forsvarlig vurdering av alle tildelingskriteriene som ble oppgitt i konkurransegrunnlaget. Innklagedes begrunnelse for valg av tilbud henviste utelukkende til at det valgte tilbudet hadde lavest pris. Dersom tilbudene vurderes på grunnlag av alle kontraktens tre faser, leverte klager tilbudet med lavest pris.

Det var videre i strid med regelverket ikke å oppgi tildelingskriteriene i prioritert rekkefølge.

Vilkårene for erstatning for den positive kontraktsinteressen er oppfylt.

Innklagedes anførsler:

Innklagede hadde ingen plikt til å informere alle deltakerne i konkurransen om det som ble sagt til klager pr. telefon før tilbudsfristen løp ut. Telefonsamtalen ble ikke ansett som tilleggsopplysninger etter § 7-1(5). Innklagede var derfor berettiget til å avlyse konkurransen for den del som gjaldt fase 3.

Hafslund Sikkerhet Bedrift AS opplyste i sitt tilbud at Sikker Vakt, på det tidspunkt tilbudsfristen løp ut, var i ferd med å behandle firmaets søknad om godkjenning. Innklagede kontaktet deretter Sikker Vakt, og fikk bekreftet at Hafslund Sikkerhet Bedrift AS ville få slik godkjenning. Når konkurransegrunnlaget krevde at leverandørens kompetanse skulle dokumenteres med slik godkjenning "eller tilsvarende", ble Hafslund Sikkerhet Bedrift AS vurdert til å ha oppfylt dette kravet.

Alle tildelingskriteriene som var oppgitt i konkurransegrunnlaget har blitt vurdert. Da de innkomne tilbudene var likeverdige med hensyn til tildelingskriteriene gjennomføring og kapasitet, la innklagede avgjørende vekt på pris.

Misforståelsen med hensyn til omfanget av vaktholdet i fase 3 medførte at de fire tilbudene ikke var sammenlignbare. Skulle alle kontraktens tre faser tas i betraktning, var det ikke mulig å avgjøre hvilket tilbud som hadde den laveste prisen.

Innklagede har ikke prioritert tildelingskriteriene på en uventet og uforutsigbar måte som utløser en plikt til å opplyse om prioriteringen. Uansett har oppdragsgivere ingen ubetinget plikt til å opplyse om prioriteringen av tildelingskriteriene i konkurransegrunnlaget, jf. uttrykket "om mulig" i § 10-2(2) annet punktum.

Klagenemndas vurdering:

Klager har deltatt i den aktuelle konkurransen og har saklig klageinteresse, jf. forskrift 15.11.2002 om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig.

Vaktholdtjenester er en uprioritert tjeneste, jf. forskrift om offentlige anskaffelser § 2-5 (kategori 23). Anskaffelsen reguleres således av forskriftens del I og III, jf. § 2-1(3).

Adgang til delvis avlysning av konkurransen

Forskrift om offentlige anskaffelser gir adgang til å avlyse hele anbudskonkurransen dersom det foreligger saklig grunn, mens delvis avlysning er ikke uttrykkelig regulert. Spørsmålet er heller ikke behandlet i norsk praksis eller av EF-domstolen. Det foreligger noe dansk forvaltningspraksis på området, som er sprikende. I den danske boken *EU'S UDBUDSREGLER I PRAKSIS* (2002) anfører Jesper Fabricius og René Offersen på side 265 at *"Det kan derimot ikke i alle tilfælde være udelukket at foretage en delvis aflysning, og det kan ikke være ulovlig at tage et forbehold om hel eller delvis aflysning, hvis det dels klargøres, at aflysningen i givet fald skal skje på et sagligt grundlag, og det dels i hvert fald i hovedtræk præciseres hvad den delvise aflysningen kan omfatte, således at det ikke bliver helt uklart, hvad der er udbudt"*.

En slik delvis avlysning kan resultere i en forrykkelse av konkurransen, ettersom tilbudene er utformet og inngitt på grunnlag av anbudet i sin helhet. Delvis avlysning kan på den annen side være svært praktisk i gitte situasjoner. I foreliggende sak hadde to av fire leverandører misforstått konkurransegrunnlagets beskrivelse av omfanget av vaktholdet i fase 3, slik at tilbudene ikke var sammenlignbare. Innklagedes fremgangsmåte har neppe forhindret potensielle leverandører fra å delta i konkurransen. I tillegg har samtlige deltakere i konkurransen uttrykkelig og uten forbehold samtykket i den delvise avlysningen og vedstått seg sine priser for fase 1 og 2. Klagenemnda bemerker at alternativet til en delvis avlysning var å utlyse hele konkurransen på nytt. Dette ville være en atskillig dårligere løsning for leverandørene, ettersom de samlede tilbudsprisene allerede var gjort kjent.

Etter en samlet vurdering finner klagenemnda at innklagede i dette tilfellet måtte ha adgang til å avlyse konkurransen for kontraktens fase 3, og at avlysningen var saklig begrunnet.

Plikt til å avvise Hafslund Sikkerhet Bedrift AS

I følge konkurransegrunnlaget er *"kompetanse"* et *"utvelgelseskriterium"* som *"vil bli lagt til grunn ved vurdering av tilbyderne"*. Godkjenning fra Sikker Vakt skal i følge konkurransegrunnlaget tjene som dokumentasjon på at kvalifikasjonskriteriet kompetanse er oppfylt. Konkurransegrunnlaget bestemmer videre at et tilbud skal avvises når *"tilbyderen ikke er funnet kvalifisert i.h.t. konkurransegrunnlagets/kunngjøringens utvelgelseskriterier"*. Den samme regelen følger av forskriftens § 15-12(1) bokstav a). At en leverandør har unnlatt å gi opplysninger om oppfyllelsen av kvalifikasjonskravene, medfører imidlertid ingen plikt til å avvise leverandøren, jf. § 15-12(2) bokstav g).

I foreliggende sak hadde innklagede tatt kontakt med bransjeorganisasjonen Sikker Vakt og fått bekreftet at Hafslund Sikkerhet Bedrift AS ville bli tildelt godkjenning på et nært forestående styremøte. Det fremgår av den fremlagte dokumentasjonen at bransjeorganisasjonen godkjente Hafslund Sikkerhet Bedrift AS' kvalifikasjoner samme dag som kontrakt ble inngått (14 mars), samt at innklagede allerede i e-post av 10 mars ble gjort kjent med at vedtak ville bli truffet 14 mars, og at Hafslund Sikkerhet da *"vil ..bli formelt godkjent"*. Klagenemnda legger dermed til grunn at innklagede har foretatt en forsvarlig vurdering og funnet at Hafslund Sikkerhet Bedrift AS faktisk innehadde den nødvendige kompetansen på tidspunktet for tilbudsfristens utløp. Det er ikke avgjørende at selve godkjenningen ikke forelå da tilbudsfristen løp ut, jf. KOFA 2003/60. Det forelå således ingen plikt til å avvise Hafslund Sikkerhet Bedrift AS fra konkurransen.

Forsvarlig vurdering av tildelingskriteriene

I sin meddelelse om valg av tilbud har innklagede begrunnet valget utelukkende

med en henvisning til at den valgte leverandøren "har levert det laveste pristilbud". Formuleringen er egnet til å gi inntrykk av at innklagede ikke har vurdert andre tildelingskriterier enn pris. Det er imidlertid fremlagt dokumentasjon for klagenemnda som viser flere runder med evalueringer av samtlige av de oppgitte tildelingskriteriene. Klagenemnda finner det på denne bakgrunn ikke godtgjort at innklagede ikke har foretatt en forsvarlig vurdering av samtlige tildelingskriterier.

Plikten til å oppgi tildelingskriteriene i prioritert rekkefølge

Dersom en oppdragsgiver på forhånd har foretatt en prioritering av tildelingskriteriene, plikter oppdragsgiveren å opplyse leverandørene om dette enten i kunngjøringen eller i konkurransegrunnlaget, jf. EF-domstolens sak C-470/99 (Universale-Bau). Det vises videre til klagenemndas avgjørelser i KOFA 2003/3 og KOFA 2003/38. I den foreliggende sak har klagenemnda ikke grunnlag for å konkludere med at innklagede hadde prioritert tildelingskriteriene før kunngjøringen eller utarbeidelsen av konkurransegrunnlaget.

Klagenemnda finner etter dette ikke grunn til å ta stilling til erstatningsspørsmålet.

Konklusjon:

Statsbygg har ikke brutt lov om offentlig anskaffelser med forskrifter ved anskaffelse av vaktholdtjenester i forbindelse med oppføringen av nytt operabygg i Oslo.

For klagenemnda,
6.8.2003

Siri Teigum,



Forsiden
Nemndsmedlemmer
Saksbehandling
Regelverk
Innkomne saker
Statistikk
Årsrapporter
Dommer
Søk i avgjorte saker

Avgjorte saker:
[2003](#) [2004](#) [2005](#)

Besøksadresse
H. Heyerdalsgate 1
0033 Oslo

Postadresse
Postboks 8132 Dep
0033 Oslo

Tlf.: 22 33 70 10

Faks: 22 33 70 12

E-post:

postmottak@kofa.no

Avgjorte saker

Klagenemndas avgjørelse 4. august 2003 i sak 2003/60

Klager: Onyx Industriservice AS (Oslo og Follo Miljø AS)

Tomteveien 20

1454 Fagerstrand

Innklaget: Fredrikstad kommune

Postboks 1405

1602 Fredrikstad

Klagenemndas medlemmer: Morten Goller, Siri Teigum, Bjørg Ven

Saken gjelder: Forsvarlig vurdering av tildelingskriteriene, feil faktisk grunnlag for evalueringen.

Bakgrunn:

Fredrikstad kommune (heretter kalt "innklagede") kunngjorde høsten 2002 en åpen anbudskonkurranse for anskaffelse av slamtømmingstjenester. Oppdraget besto av tre typer tjenester, nærmere bestemt tømming av oppsamlingstanker, spyle- og sugetjenester for vann og avløp, og spyle- og sugetjenester for vei. Formålet med konkurransen var å inngå en rammeavtale med en leverandør for leveranse til virksomheter og brukersteder i kommunen.

Av konkurransegrunnlaget fremgikk at kontrakten ville bli tildelt det økonomisk mest fordelaktige tilbudet. Tildelingskriteriene ble opplyst å være "*bl.a. pris, kvalitet, service, miljøhensyn og leverandørens økonomiske situasjon*". Det fremgikk uttrykkelig at tildelingskriteriene ikke var oppgitt i prioritert rekkefølge.

I konkurransegrunnlaget, under overskriften "*Oppdragsgivers krav til leverandøren*", var det opplyst at innklagede la stor vekt på miljøeffektive innkjøp. I den forbindelse listet konkurransegrunnlaget opp en rekke krav til leverandørene, bl.a. til redegjørelser for bruk av miljømerkeordninger, bruk av resirkulert materiale osv.

Innen tilbudsfristen den 31.11.2002 fikk innklagede inn to tilbud. Oslo og Follo Miljø AS, som senere har skiftet navn til Onyx Industriservice AS (heretter kalt "klager"), leverte et tilbud med samlet tilbudspris på 2.458.399 kroner. Pettersen & Pinderød AS leverte et tilbud med tilbudspris på 2.551.985 kroner. Klager ble i brev av 18.12.2002 meddelt at innklagede hadde delt opp kontrakten, og tildelt klager spyle- og sugetjenester for vei. Pettersen & Pinderød AS var tildelt tjenestene "slam(renovasjon)" og spyle- og sugetjenester for vann og avløp.

Klager gjorde deretter innklagede oppmerksom på at konkurransegrunnlaget ikke åpnet for å dele opp kontrakten, hvorpå innklagede annullerte tildelingen.

Etter en ny vurdering ble klager meddelt at innklagede hadde vurdert tilbudet fra Pettersen & Pinderød AS som det økonomisk mest fordelaktige. Det ble opplyst at

"Tildelingen er foretatt etter kriteriene i anbudsdokumentet. Her var det angitt det totaløkonomisk mest fordelaktige, det er ut fra disse kriteriene tildelingen er foretatt.

I vurderingen er pris et element her var det marginale forskjeller hvor Onyx var noe lavere, men da vi ikke har absolutte verdier er det foretatt en skjønn i saksbehandlingen. Det samme er gjort på de øvrige kriterier".

Klager påklaget beslutningen til innklagede, og i korrespondansen som fulgte fremkommer det blant annet at prisdifferansen mellom tilbudene ikke ble tillagt vekt fordi det var "knyttet en del usikkerhet angående bla. volum". Det valgte tilbudet hadde videre blitt vurdert som noe bedre under tildelingskriteriet service, ettersom klager i sin firmapresentasjon hadde oppgitt å "være på stedet få timer fra innkommet ordre". Konkurransegrunnlaget satte to timer som maksimal tidsramme for gjennomføring av ikke-planlagte tømning av sluk. Videre fremgår det av brev fra innklagede av 6.3.2003 at "Under miljø har Pettersen og Pinderød en fordel ved at hovedkontor ligger i kommunen slik at miljø siden vil bli lite belastet ved tiltransport av utstyr".

I en intern innstilling utarbeidet av innklagede fremgår det at

"Det innstilles på Pettersen & Pinderød.

Det er liten prisdifferanse og 70% av anbudet dekkes innenfor en gruppe. På denne gruppen er det helt marginal forskjell...

De øvrige kriteriene er miljø, service, kvalitet

Det vurderes her at service og kvalitet vil være høy hos Pettersen & Pinderød. Begrunnelsen er at disse har drevet et registreringsarbeide i den perioden de har vært leverandør. Dette sikrer kommunen lite timeforbruk og sikkerhet for at tømmeplanter er registrert.

Miljøaspektet framkommer til fordel Pettersen & Pinderød fordi de har kort vei til oppdragssted og forurenses derfor lite det ytre miljø.

Tilsvarende vurderinger er foretatt mot Follo miljø og valget er derfor Tatt ut fra en totaløkonomisk vurdering".

Anførsler:

Klagers anførsler:

Innklagede hadde ikke anledning til å legge vekt på hvor leverandørene hadde sitt hovedkontor, da dette ikke er oppgitt som et tildelingskriterium i kunngjøringen eller i konkurransegrunnlaget. I alle tilfeller har klager et avdelingskontor i kommunen, hvilket medfører at de miljømessige belastningene som følge av transport holdes lave.

Innklagede hadde heller ikke adgang til å legge vekt på at den valgte leverandøren hadde et komplett kartverk over tømmingspunkter som følge av et tidligere kontraktsforhold med innklagede. Erfaringer fra tidligere kontraktsforhold var ikke angitt som et tildelingskriterium i konkurransegrunnlaget, og vil også utestenge øvrige leverandører fra konkurransen.

Innklagedes vurdering av klagers responstid var feilaktig. Klager hadde i sitt tilbud godtatt alle konkurransegrunnlagets krav, inkludert kravet om at ikke-planlagte tømming av sluk skal være gjennomført innen to timer. Den generelle opplysningen i firmapresentasjonen om at firmaet kunne være på stedet i løpet av få timer ved ordrer på kvelds- og nattetid, var ikke *"en direkte del"* av tilbudet. I alle fall må anbuds brevet, som klager uttrykkelig har godtatt, gå foran opplysningen i firmapresentasjonen.

Innklagedes begrunnelse for tildeling av kontrakt vitner om at vurderingen ikke har vært forsvarlig. Enkelte punkter som blir trukket fram som negative i klagers tilbud refererer seg til den delen av kontrakten klager i første omgang ble tildelt. Det synes derfor underlig at disse argumentene kan begrunne hvorfor klager ikke skal tildeles kontrakten.

Innklagedes anførsler:

Pris ble ikke utslagsgivende i tildelingsvurderingen da det kun var marginale prisforskjeller mellom de to tilbudene. Det ble derimot lagt avgjørende vekt på maksimal responstid ved ikke-planlagte tømming av sluk. På dette punktet var klagers tilbud uklart, og av den grunn ble det valgte tilbudet vurdert som bedre.

Det ble videre lagt vekt på at klager måtte påregne lange transportetapper, noe som medførte en belastning på det ytre miljø. Utover dette er det ikke lagt vekt på hvor leverandørene har sitt hovedkontor.

Det ble ikke lagt særlig vekt på at den valgte leverandøren kjente til alle tømmingspunktene fra det tidligere kontraktsforholdet med innklagede. Innklagede anfører at den *"eneste og marginale forskjell på dette punkt var derfor den nesten spøkefullt nevnte tanke på at oppdragsgiver nå ble spart for en smule innføring"*.

Klagenemndas vurdering:

Klager har deltatt i den aktuelle konkurransen og har saklig klageinteresse, jf. forskrift 15.11.2002 om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig.

Det er på det rene at kontraktens verdi overstiger EØS' terskelverdier. Anskaffelsen reguleres således av forskrift 15.6.2001 om offentlige anskaffelser del I og II.

Tildelingskriterier – lokaliseringen av leverandørens hovedkontor

Når valg av tilbud skal foretas på grunnlag av det økonomisk mest fordelaktige

tilbudet, plikter oppdragsgiver å oppgi alle tildelingskriteriene som vil bli lagt til grunn i kunngjøringen eller i konkurransegrunnlaget, jf. § forskriftens § 10-2(2). Dette medfører at oppdragsgiver ikke har adgang til å vektlegge andre tildelingskriterier enn de som fremkommer av kunngjøringen eller konkurransegrunnlaget.

Tildelingskriteriene skal være formulert på en slik måte at det er mulig for alle rimelig opplyste og normalt påpasselige leverandører å tolke kriteriene på samme måte. Lokaliseringen av leverandørens hovedkontor kan etter dette ikke falle inn under tildelingskriteriet "*miljøhensyn*".

Det vil videre være i strid med forbudet mot diskriminering på grunnlag av lokal eller nasjonal tilhørighet å legge vekt på lokaliseringen av leverandørens hovedkontor. I sitt tilsvarende svar avviser innklagede å ha lagt vekt på hvor leverandørene administrativt hørte til. Det fremgår imidlertid av brev av 6.3.2003 fra innklagede til klager at dette forholdet har blitt tillagt en viss vekt.

Tildelingskriterier – vektlegging av tidligere kontraktsforhold

Det fremgår av sakens dokumenter at innklagede har lagt vekt på at den valgte leverandøren i et tidligere kontraktsforhold med innklagede har drevet registreringsarbeide over tømingssteder, og derfor har god kjennskap til disse. Kravet til likebehandling i forskriftens § 3-1(2) medfører imidlertid at innklagede plikter å se bort fra de erfaringer én av deltakerne i konkurransen har gjort seg i tidligere kontraktsforhold, jf Rt. 2001 s. 1062 (Nucleus-dommen). Innklagede har følgelig brutt likebehandlingsprinsippet ved å vektlegge at Pettersen & Pinderød AS har god kjennskap til aktuelle tømingssteder.

Evalueringen – responstid ved ikke-planlagte tømning av sluk

Under tildelingskriteriet "*service*" opplyser innklagede at det har blitt tillagt avgjørende vekt at klagers tilbud inneholdt en opplysning om at klager i hovedsak vil kunne være på stedet i løpet av få timer. Denne opplysningen fremkommer under klagers generelle presentasjon av firmaet, og retter seg kun mot ikke-planlagte tømninger på kvelds- og nattetid. Innklagede har selv presisert i brev til leverandørene at kravet om maksimal responstid på to timer kun gjelder innenfor ordinær arbeidstid, og at det aksepteres noe lengre responstid resten av døgnet. I tillegg har klager, i selve tilbudsteksten, uttrykkelig akseptert alle konkurransegrunnlagets betingelser, herunder tidsgrensen på to timer ved ikke-planlagte tømning av sluk. Klagers tilbud må således anses å være i tråd med konkurransegrunnlagets forutsetninger.

Klagenemnda finner etter dette at det faktiske grunnlaget for innklagedes evaluering var feil. Innklagede har således handlet i strid med kravet til likebehandling av leverandørene.

Saklig og forsvarlig vurdering

Innklagede informerer i brev av 18.12.2002 om at "*ut fra en totaløkonomisk vurdering*" er klagers tilbud valgt innenfor området "*Spyle og sugetjenester (vei)*". Denne tildelingen ble annullert. Av innklagedes tilsvarende svar inngitt til klagenemnda, fremgår det at i den etterfølgende evalueringen ble klagers opplysninger om responstid ved ikke-planlagte tømning av sluk innen området

spyle- og sugetjenester (vei) tillagt avgjørende betydning i beslutningen om å tildele Pettersen & Pinderød AS kontrakten. Klagenemnda finner begrunnelsen så vidt inkonsekvent at den levner alvorlig tvil med hensyn til om innklagede har foretatt en forsvarlig vurdering av tilbudene i relasjon til de oppgitte tildelingskriteriene.

Konklusjon:

Fredrikstad kommune brøt regelverket ved å henføre hensynet til lokaliseringen av leverandørens hovedkontor under tildelingskriteriet miljøhensyn.

Fredrikstad kommune handlet i strid med kravet til likebehandling ved å legge vekt på at den valgte leverandøren, som følge av et tidligere kontraktsforhold med kommunen, hadde et komplett kartverk over aktuelle tømmingssteder.

Fredrikstad kommune la til grunn feil faktisk grunnlag ved å forutsette at Onyx Industriservice AS ikke tilfredsstilte konkurransegrunnlagets krav til maksimal responstid ved ikke-planlagte tømming av sluk.

For klagenemnda,
5.8.2003

Björg Ven,



[Forsiden](#)
[Nemndsmedlemmer](#)
[Saksbehandling](#)
[Regelverk](#)
[Innkomne saker](#)
[Statistikk](#)
[Årsrapporter](#)
[Dommer](#)
Søk i avgjorte saker

Avgjorte saker:
[2003](#) [2004](#) [2005](#)

Besøksadresse
H. Heyerdalsgate 1
0033 Oslo

Postadresse
Postboks 8132 Dep
0033 Oslo

Tlf.: 22 33 70 10

Faks: 22 33 70 12

E-post:

postmottak@kofa.no

Avgjorte saker

Klagenemndas avgjørelse 4. august 2003 i sak 2003/66

Klager: Brødrene Bjerkli AS

Innklagede: Malvik kommune

Klagenemndas medlemmer: Morten Goller, Siri Teigum, Bjørg Ven.

Saken gjelder:

Evaluering av forventet kvalitet ut fra tidligere negative erfaringer med en leverandør.

Bakgrunn:

I forbindelse med utbygging av Motrøtunet omsorgsenter, kunngjorde Malvik kommune (heretter kalt "innklagede") den 15.1.2003 en åpen anbudskonkurranse for anskaffelse av vegarbeid.

Det ble i kunngjøringen opplyst at det økonomisk mest fordelaktige tilbud ville bli valgt på grunnlag av:

- " - *Levering- eller ferdigstillelsesdato.*
- *Tilgjengelighet av reservedeler.*
- *Service og teknisk bistand etter levering.*
- *Driftskostnader.*
- *Pris.*
- *Kvalitet."*

Det ble ikke opplyst om kriteriene var i prioritert eller ikke-prioritert rekkefølge.

I konkurransegrunnlaget fremgikk det at:

"Generelt gjelder "Lov om offentlige anskaffelser" av 16. juli 1999 nr. 69, samt Malvik kommunes "Reglement vedr. kjøp etter anbudskonkurranse, og alminnelige kontraktsbestemmelser om prosjektering, rådgivning og utførelse av bygg- og anleggsarbeider". Reglementet er vedlagt".

Reglementet det her ble vist til ble ikke oversendt deltakerne i konkurransen. Av reglementet fremgår det blant annet at:

"Av de anbud som ikke blir avvist, skal det anbud som har laveste pris velges.

Regelen kan fravikes av overordnet politisk utvalg (nivå THU, Plan og byggekomite), når utvalget finner at

- a. omstendigheter i forbindelse med anbyderens leveringsforhold, produksjon og økonomi, servicetjenester m.v. fører til at et annet tilbud må anses å være det mest fordelaktige for kjøperen
- b. et anbud med lavere pris er avgitt av en anbyder som ved tidligere leveranser har vist et slikt forhold at det vil være uforsvarlig å overlate leveransen til ham."

Ved anbudsåpning var tilbudet fra Brødrene Bjerkli AS (heretter kalt "klager") lavest i pris, mens tilbudet var Torleif Moen Maskin AS var nest laveste. Differansen var kr. 8.000,-.

Innklagede meddelte leverandørene 18.3.2003 at kommunen ville inngå kontrakt med Torleif Moen Maskin AS. Klager påklaget beslutningen, og innklagede ga en mer detaljert begrunnelse i brev 27.3.2003:

"Grunnlaget for vårt valg av entreprenør er at vi betraktet anbudet fra Br. Bjerkli A/S og Torleif Moen Maskin AS som prismessig å ligge på samme nivå. Når det gjelder referanser eller tidligere erfaringer er erfaringer med Br. Bjerkli A/S mindre gode eller ikke tilfredsstillende, jfr evaluering av VVA-anlegg Sjølyst og Gullhaugvegen.

I anbudsvurderingen som ble sendt alle anbyderne fremgikk bl.a. at referanser/erfaringer var et av kriteriene for valg av entreprenør. For Br. Bjerkli A/S som tidligere hadde fått tilsendt vår evaluering av tidligere prosjekter burde begrunnelsen være ganske klar uten at det også måtte opplyses i detalj for alle de øvrige entreprenørene."

Evalueringen det her ble vist til består av et skjema, datert 18.2.2003, med angivelse av hvilket prosjekt evalueringen gjelder. Det er i skjemaet angitt syv kriterier, og hvert av kriteriene er gitt en karakter mellom 1 og 6, hvor 6 er best. Klager fikk sin beste karakter på kriteriet "Kvalitet på det leverte arbeid", som var 4. Den laveste karakter var 1 på kriteriene "Leveringstider" og "Samarbeid mellom entreprenør og berørte naboer på anleggsområdet". På kriteriet "Total vurdering av hvordan entreprenørarb. ble gjennomført" ble det gitt karakteren 2. Evalueringen ble sendt til klager i brev 20.2.2003. Det ble gitt frist til 3.3.2003 for klagers eventuelle kommentarer til evalueringen, uten at klager benyttet seg av denne muligheten.

Videre fremgår følgende vurdering av klager av rådmannens innstilling i saken:

"Avgjørende kriterier for valg av entreprenør er pris, fremdrift og tidligere referanser... For tiden arbeider Moen Maskin med rehabilitering VA-ledninger ved Vikhammerløkka. Pr. dato har vi også gode erfaringer med denne entreprenør. Moen Maskin har også gode referanser fra Trondheim og Stjørdal.

Når det gjelder Br. Bjerkli hadde de to prosjekt for oss i 2001/2002 hvor erfaringene ble heller dårlig. Fra evalueringen er det spesielt å merke at entreprenøren på begge anleggene lett kom i konflikt med beboerne i området."

Partenes anførsler

Klagers anførsler:

Klager anfører at innklagede har lagt vekt på et kriterium som ikke var angitt i kunngjøringen, nemlig referanser/erfaringer. Kommunen må være avskåret fra å legge til grunn kriteriene for valg av tilbud angitt i reglementet. Det kan heller ikke legges vekt på erfaring med entreprenøren under kriteriet "kvalitet". Tidligere erfaring er et kvalifikasjonskriterium, jf. forskriftens § 12-5. Valg av tilbud må skje på grunnlag av den ytelse som faktisk er tilbudt.

En prisdifferanse på kr. 8.000,- kan ikke medføre at tilbudene kan likestilles prismessig.

Innklagedes anførsler:

Kommunens reglement må kunne gjøres gjeldende så lenge bestemmelsene i denne ikke strider mot lov om offentlige anskaffelser med forskrifter.

Dårlig erfaringer fra tidligere arbeid vurderes som en kvalitetsreduksjon, samtidig som innklagede påføres ekstra kostnader. Valg av tilbud har således ikke skjedd på grunnlag av andre kriterier enn de som er angitt i kunngjøringsteksten og konkurransegrunnlaget.

Vurderingen av Br. Bjerkli er ikke så alvorlig at det medfører avvisning av deres tilbud.

Subsidiært anføres at en prisforskjell på kr. 8.000,- er så liten at tilbudene kan likestilles prismessig. Innklagede må da kunne vektlegge tidligere erfaringer for å gjøre sitt valg.

Klagenemndas vurdering

Klager har deltatt i den aktuelle konkurransen, og har saklig klageinteresse, jf. forskrift 15.11.2002 om offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Anskaffelsen følger etter sin verdi reglene i forskriftens del III, jf. forskriftens § 2-2.

I kunngjøringen fremgikk det at det blant annet ville legges vekt på kvalitet ved valg av tilbud. Negative erfaringer med tidligere utført arbeid kan være en indikasjon på hvilken kvalitet oppdragsgiver kan vente seg på den tilbudte ytelsen. Negative erfaringer kan således være relevant ved evalueringen.

Når det gjelder den konkrete informasjonen, finner klagenemnda grunn til å peke på at evalueringen av det tidligere arbeidet ikke er bestridt av klager, at den var nedfelt skriftlig og av nyere dato. Det var således saklig og forsvarlig av innklagede å vektlegge denne informasjonen.

Klagenemnda påpeker at nemnda bare kan prøve om innklagedes valg av kontraktspart er truffet på grunnlag av en riktig saksbehandling, riktig faktum, og om avgjørelsen fremstår som usaklig, vilkårlig eller kvalifisert urimelig. Nemnda foretar således ikke en detaljert overprøving av innklagedes innkjøpsfaglige skjønn. Klagenemnda har ingen rettslige innvendinger mot den avveining oppdragsgiver har foretatt av prisdifferansen på tilbudene og antatt forskjell på kvalitet.

Konklusjon:

Malvik kommune har ikke brutt lov om offentlige anskaffelser med forskrifter ved anskaffelse av anleggsarbeider for utvidelse og oppgradering av eksisterende veger i forbindelse med utbygging av Motrøtunet omsorgsenter

For klagenemnda,
4.8.2003

Morten Goller



Forsiden
Nemndsmedlemmer
Saksbehandling
Regelverk
Innkomne saker
Statistikk
Årsrapporter
Dommer
Søk i avgjorte saker

Avgjorte saker:

[2003](#) [2004](#) [2005](#)

Besøksadresse

H. Heyerdalsgate 1
0033 Oslo

Postadresse

Postboks 8132 Dep
0033 Oslo

Tlf.: 22 33 70 10

Faks: 22 33 70 12

E-post:

postmottak@kofa.no

Avgjorte saker

Klagenemndas avgjørelse 10. juli 2003 i sak 2003/105

Klager: Siemens AS
Postboks 1
0613 Oslo

Innklaget: Helse Øst RHF
Postboks 4353
2308 Hamar

Prosessfullmektig: Simonsen og Føyen Advokatfirma
v/ advokat Birgitte Araldsen
Postboks 6641 St. Olavs Plass
0129 Oslo

Klagenemndas medlemmer: Jens Bugge, Svein Dahl, Morten Goller

Saken gjelder: Plikt til å opplyse om prioriteringen av tildelingskriteriene, plikt til å fremlegge utarbeidet evalueringsmodell, plikt til å ferdigstille evalueringsmodellen før tilbudsfristens utløp, omfanget av forhandlingsplikten, endring av tildelingskriteriene, forsvarlig vurdering av tildelingskriteriene.

Bakgrunn:

Helse Øst RHF (heretter kalt "innklagede") avlyste 8.10.2002 en anbudskonkurranse for anskaffelse av en felles applikasjon for elektronisk pasientadministrasjon og pasientjournal. Begrunnelsen var at det ikke lot seg gjøre å fastsette tilstrekkelig nøyaktige spesifikasjoner. Det ble i brev til leverandørene som deltok i konkurransen fremhevet at helseforetakene har

ulike utgangspunkt med hensyn til integrasjonsbehov og tiltrettelegging, noe som gjorde det vanskelig å spesifisere en entydig kravspesifikasjon.

Den 9. og 15.11.2002 ble anskaffelsen kunngjort på nytt i DOFFIN, denne gang som en konkurranse med forhandling. I konkurransegrunnlaget var det opplyst at det økonomisk mest fordelaktige tilbudet ville bli valgt, og at tilbudsfristen var 10.2.2003. Tildelingskriteriene var oppgitt å være:

Økonomi

- *PAS/EPJ-kjerne*
- *Opsjoner*
- *Kontraktuelle forbehold*
- *Forbedringspotensial*

Kvalitet

- *Funksjonalitet iht. funksjonell kravspesifikasjon*
- *Teknologi iht. teknisk kravspesifikasjon*
- *Bruksscenarioer*

Leverandør

- *Finansiell styrke*
- *Eierstruktur*
- *Produktstrategi*
- *Firmastrategi*
- *Kompetanse*
- *Innflytelse på produktutvikling*
- *Kundereferanser*
- *Support, service og teknisk bistand*

Risiko

- *Gjennomføringsevne*
- *Manglende forankring av valg*
- *Uferdig løsning*

- *Integrasjon*
- *Kostnadsoverskridelser*

Det ble holdt en tilbyderkonferanse den 21.1.2003. I forkant av denne, og under resten av tilbudsfristens løp mottok innklagede en rekke spørsmål fra interesserte leverandører. Flere av spørsmålene relaterte seg til forholdet mellom tildelingskriterier og kvalifikasjonskrav, og det ble hevdet fra leverandørenes side at innklagede ikke hadde adgang til å oppstille "*Leverandør*" som et tildelingskriterium. Som en følge av dette valgte innklagede å stryke "*Leverandør*" med tilhørende delkriterier. Innklagede hevder at dette ble meddelt leverandørene den 31.1.2003. I tillegg ble samtlige spørsmål besvart, og samlet tilsendt leverandørene den 4.2.2003, seks dager før tilbudsfristen utløp.

For utarbeidelsen av kravspesifikasjonen og evaluering av tilbudene opprettet innklagede en prosjektgruppe bestående av leger, sykepleiere, kontorpersonell, IT fagfolk og sykehusledere fra forskjellige helseforetak. Prosjektgruppen utarbeidet en evalueringsmodell parallelt med utarbeidelsen av tildelingskriteriene. Evalueringsmodellen ble justert i samsvar med justeringen av tildelingskriteriene før tilbudsfristen løp ut. Innklagede opplyser at evalueringsmodellen ble ferdigstilt før tilbudsfristens utløp. Evalueringsmodellen ble endelig godkjent av prosjektets styringsgruppe den 20. 2.2003, det vil si ti dager etter tilbudsfristen utløp.

Siemens AS (heretter kalt "klager") leverte tilbud, og ble invitert til forhandlingsmøte den 19.2.2003. Etter møtet sendte innklagede klager en rekke spørsmål vedrørende klagers tilbud. Her ble klager blant annet bedt om å fremme et nytt pristilbud, samt å presisere enkelte forretningsmessige og tekniske detaljer. Spørsmålene ble besvart den 20. og 21.2.2003. Klager ble deretter innkalt til et nytt møte, der klager skulle presentere bruksscenarioer til to fiktive sykdomshistorier. Møtet ble avholdt den 25.2.2003. Klager fikk tilsendt nye spørsmål i etterkant av dette møtet, som ble besvart den 28.2.2003. Klager ble deretter innkalt til et nytt forhandlingsmøte den 4.3.2003.

Den 18.3.2003 sendte klager innklagede et nytt pristilbud, der prisen var senket til henholdsvis 56 og 52 millioner kroner ekskl. mva for desentralisert og sentralisert løsning. Imidlertid opplyste innklagede i brev av 24.3.2003 om at det "*på bakgrunn av den tilbudte funksjonalitet og de tilbudte priser ikke er aktuelt å foreta ytterligere forhandlinger med Siemens på det nåværende tidspunkt*".

Klager påklaget denne beslutningen til innklagede i brev av 1.4.2003. Innklagede avviste klagen i brev av 4.4.2003, der det også ble fremhevet at forhandlingene ikke var avsluttet, og at det på et senere tidspunkt kunne bli aktuelt å gjenoppta forhandlingene med klager.

Prosjektgruppen la frem sin innstilling på valg av leverandør for prosjektets styringsgruppe den 28.3.2003. Prosjektgruppen innstilte på at kontrakten skulle tildeles Dips ASA. Innstillingen inneholdt også en oversikt over den relative vekten tildelingskriteriene var tildelt. Det fremgikk at tildelingskriteriet økonomi utgjorde 23% av samlet vekt, tildelingskriteriet kvalitet utgjorde 65%, og tildelingskriteriet risiko utgjorde 12%.

Tildelingskriteriet kvalitet – underkriteriet "funksjonalitet"

Kravspesifikasjonen omfattet 833 krav til tilbudenes funksjonalitet. Leverandørene ble bedt om å besvare om det enkelte krav var oppfylt i dagens applikasjon, ville bli utviklet i løpet av 2003, 2004, 2005, eller om det kunne utvikles til egen pris. Leverandørene kunne også svare at man ikke kunne etterkomme kravet. Oppfyllelse av krav frem i tid ble tillagt gradvis mindre vekt

enn krav som allerede var oppfylt. Det fremgikk av innstilling at Dips ASA oppfylte 622 krav, firmaet TietoEnator oppfylte 528 og klager 510. Krav som ble ansett som spesielt viktige var betegnet som "skal-poeng". Her skåret Dips 310 poeng, TietoEnator 273 poeng og klager 283 poeng.

Tildelingskriteriet risiko - underkriteriet "uferdig løsning"

Tildelingskriteriet risiko besto av følgende hovedelementer: gjennomføringsevne, manglende forankring av valg blant sykehus som er potensielle kunder under rammeavtalen, uferdig løsning og risiko for kostnadsoverskridelser. Det ble lagt størst vekt på gjennomføringsevne, mens de øvrige elementene ble tillagt relativt lik vekt.

I innstillingen ble det opplyst at: *"DIPS har en noe høyere skår enn Tieto Enator, og disse leverandørene har en langt høyere skår enn Siemens... En vesentlig årsak til at vi vurderer Siemens' risikoprofil som høy, er at Siemens innen aktuelle frister ikke har nødvendig funksjonalitet ift de i konkurransegrunnlaget spesifiserte krav (fortrinnsvis innen psykiatri) og fordi den komplette tilbudte løsning ikke er i drift ved noe sykehus per i dag".* På delkriteriet uferdig løsning fikk Siemens 0 poeng, TietoEnator 70 poeng og Dips 90 poeng.

Vurderingen under "uferdig løsning" var nærmere beskrevet:

"Med kriteriet Risiko/"uferdig løsning" menes den risikoen som knytter seg til at ikke tilstrekkelig funksjonalitet foreligger ved avrop og senere implementering ved det enkelte helseforetak.

Vår overordnede vurdering er at Siemens' løsning ikke er tilfredsstillende ift vurdering av dette risikokriteriet (se nedenfor). Konkurrentenes løsninger og risikoprofil mht "uferdig løsning" anses som akseptable. Ved denne vurderingen er det blant annet lagt vekt på leverandørens gjennomgang av bruksscenarier samt leverandørens angivelse av når funksjonalitet vil foreligge og dermed kunne utgjøre en del av tilbudt løsning.

Bakgrunnen for Siemens' score er at det gjennom vurdering av tilbud og Siemens presentasjoner er fremkommet at Siemens ikke vil kunne levere nødvendig funksjonalitet innen akseptable frister under rammeavtalen. Dette gjelder fortrinnsvis funksjonalitet som skal brukes innen psykiatrien.

Dips' løsningsforslag er mht dette risikokriteriet vurdert som noe bedre enn Tieto Enator sitt og begge. Dette skyldes blant annet at Dips kan vise til at nødvendig og ønsket funksjonalitet i størst grad allerede er implementert ved relevant helseforetak".

Innstillingen ble enstemmig vedtatt av styringsgruppen, og prosjektgruppen fikk i oppdrag å sluttforhandle kontrakten med den valgte leverandøren. Klager ble informert om innklagedes valg av tilbud i brev av 15.5.2003, og den 23.5.2003 ble det gitt en nærmere begrunnelse for valg av tilbud. Det fremgikk her at det valgte tilbudet ble vurdert som best innenfor alle tildelingskriteriene. Det valgte tilbudet skilte seg klart fra de øvrige ved vurderingen av kvalitet og økonomi, mens tilbudene var mer jevne når det gjaldt risiko. Begrunnelsen inneholdt videre en sammenligning av hvordan tilbudene hadde blitt vurdert for alle delkriteriene som var angitt i konkurransegrunnlaget. De delkriteriene som opprinnelig var oppført under tildelingskriteriet "Leverandør" var delvis utelatt. Delkriteriet "opsjoner" var slått sammen med delkriteriet "PAS/EPJ-kjerne". Delkriteriet "integrasjon" var slått sammen med "teknologi".

Anførsler:*Klagers anførsler:*

Innklagede har brutt regelverket om offentlige anskaffelser ved ikke å gjennomføre reelle forhandlinger med klager. Forhandlingsmøtene bar preg av rene presentasjonsmøter, og klager fikk ingen tilbakemelding på hvilke forhold i tilbudet som burde ha blitt forbedret. De spørsmål klager fikk i forbindelse med forhandlingsmøtene, besto i all hovedsak av avklaringer i tilbudet. Konsekvensen av dette var at klager ble fratatt muligheten til å forbedre sitt tilbud for de delkriteriene hvor tilbudene ble vurdert som jevn gode.

Innklagede har i vesentlig grad endret sine vurderingsvilkår, uten at dette har blitt meddelt klager. Følgende delkriterier, som var spesifisert i konkurransegrunnlaget, var ikke vektlagt i innklagedes innstilling til valg av tilbud: "opsjoner", "finansiell styrke", "eierstruktur", "produktstrategi", "firmastrategi", "kompetanse", "kundereferanser" og "integrasjon".

Innklagede har brutt regelverket om offentlige anskaffelser ved ikke å gjøre deltakerne i konkurransen kjent med den evalueringsmodell som ble utarbeidet før tilbudsfristen var utløpt. Det var videre i strid med regelverket ikke å endelig godkjenne denne evalueringsmodellen før tilbudsfristen løp ut.

Innklagedes vurderingen av klagers tilbud for delkriteriet "uferdig løsning" er direkte feilaktig. Av de 832 etterspurte kravene er 510 på plass ved gjennomføringen av bruksscenarioene, og de fleste øvrige ville være på plass i 2004.

Det kan ikke medføre riktighet at klagers tilbud er vesentlig mye dyrere enn konkurrentenes. Klager viser her til innstillingen utarbeidet av prosjektgruppen, hvor det fremgår at det er relativt beskjedne prisforskjeller mellom leverandørene.

Innklagedes anførsler:

Det ble ført reelle forhandlinger om forskjellige sider ved tilbudet, herunder forretningsmessige vilkår, priser og tekniske forhold med klager. Innklagede viser her til de spørsmål klager fikk tilsendt og besvarte skriftlig etter de to første forhandlingsmøtene.

Innklagede foretok en lovlig endring av tildelingskriteriene før tilbudsfristen løp ut. Endringen ble foretatt for å skille kvalifiseringskravene fra tildelingskriteriene, slik at "Leverandør" med tilhørende delkriterier ble strøket. Dette gjaldt delkriteriene "finansiell styrke", "eierstruktur", "produktstrategi", "firmastrategi", "kompetanse" og "kundereferanser". Endringen ble meddelt deltakerne i tide.

Når det gjaldt delkriteriet "opsjoner", ble dette vurdert sammen med delkriteriet "PAS/EPJ-kjerne". Grunnen var at tilbudene varierte med hensyn til hva som ble tilbudt som opsjoner, og hva som ble tilbudt som PAS/EPJ-kjerne. Delkriteriet integrasjon ble evaluert av teknisk arbeidsgruppe sammen med deres evaluering av "Teknologi iht. funksjonell kravspesifikasjon", som var et delkriterium under "Kvalitet". Dette kriteriet ble ikke nærmere omtalt i innstillingen fordi alle tilbudene var jevn gode på dette punktet.

Klagers tilbud ble vurdert som det svakeste innenfor samtlige av de tre tildelingskriteriene økonomi, kvalitet og risiko. Spesielt med hensyn til funksjonalitet ble klagers tilbud vurdert som svakt i forhold til de øvrige tilbudene. Dette forholdet, i kombinasjon med at klagers tilbudspris lå langt over konkurrentenes, var hovedgrunnene til at klagers tilbud ikke ble valgt. Videre scoret klagers tilbud dårligere enn konkurrentenes på tildelingskriteriet "Uferdig løsning" og "Kostnadsoverskridelser". Innklagede avviser at vurderingen av tildelingskriteriet "uferdig løsning" var feilaktig.

Innklagede erkjenner at prioriteringen av tildelingskriteriene burde vært meddelt potensielle leverandører. Dette har imidlertid ikke hatt betydning for leverandørene, ettersom det, på bakgrunn av utformingen av konkurransegrunnlaget, må ha fremstått som klart hvordan prioriteringen var. Unnlatelsen innebærer således ikke et brudd på kravene til forutberegnelighet, gjennomsiktighet og etterprøvnbarhet, jf. lov om offentlige anskaffelser § 5. Innklagede hadde ikke plikt til å tilkjenne hele evalueringsmodellen for klager før tilbudsfristens utløp.

Det var ikke i strid med regelverket at den endelige godkjenningen av evalueringsmodellen først forelå ti dager etter tilbudsfristens utløp. Det er på det rene at evalueringsmodellen ikke ble endret for å tilpasses innkomne tilbud etter at modellen var ferdig utarbeidet den 4.2.2003.

Klagenemndas vurdering:

Klager har deltatt i den aktuelle konkurransen, og har således saklig klageinteresse, jf. forskrift 15.11.2002 om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Det er på det rene at anskaffelsen etter sin verdi følger reglene i forskrift 15.6.2001 om offentlige anskaffelser del II.

Plikt til å opplyse om tildelingskriteriene

Innklagede har ikke i konkurransegrunnlaget gitt opplysninger om den prioritering som ved kunngjøringen var foretatt av tildelingskriteriene. Klagenemnda er imidlertid enig med innklagede i at leverandørene må anses å ha fått tilstrekkelig opplysning om prioriteringen gjennom konkurransegrunnlaget og den fokus som der er lagt på funksjonalitet og kvalitet.

Plikt til fremlegge evalueringsmodellen

Oppdragsgiver skal, der det forut for kunngjøringen er fastsatt regler for vektingen av kvalifikasjonskriteriene, opplyse leverandørene om disse reglene, jf. EF-domstolens dom C-470/99 (Universale-Bau), premiss 99:

"Det følger heraf, at en fortolkning, hvorefter den ordregivende myndighed i tilfælde, hvor den i forbindelse med et begrænset udbud forud for offentliggørelsen af udbudsbekendtgørelsen har fastsat reglerne for afvejning af de udvælgelseskriterier, den påtænker at benytte, er forpligtet til på forhånd at oplyse ansøgerne om disse regler, er den eneste fortolkning, som er i overensstemmelse med formålet med direktiv 93/37, således som det er præciseret i denne doms præmis 89-92, eftersom den er den eneste, der kan sikre en tilstrækkelig grad af gennemsigtighed og dermed, at princippet om ligebehandling af tilbudsgiverne i forbindelse med de udbudsprocedurer, for hvilke direktivet finder anvendelse, overholdes."

Klagenemnda har i sin praksis tidligere lagt til grunn at denne plikten også må gjelde for tildelingskriteriene, jf. sak 2003/3 og 2003/38. I foreliggende sak er det på det rene at evalueringsmodellen ikke var endelig fastsatt før kunngjøringen av anskaffelsen. Allerede av den grunn finner klagenemnda at innklagede ikke pliktet å fremlegge evalueringsmodellen for deltakerne i konkurransen før tilbudsfristen løp ut.

Plikt til å ferdigstille evalueringsmodellen før tilbudene mottas og åpnes

Utgangspunktet er at dersom innklagede ikke har angitt noen bestemt vekting av tildelingskriteriene på forhånd, vil dette samtidig sette rammer for oppdragsgivers skjønn ved evalueringen av tilbudene. En helt uventet

vektlegging av enkelte kriterier kan således fremstå som usaklig eller vilkårlig. Kriteriene kan heller ikke gis en bestemt vekt i den hensikt å favorisere en bestemt leverandør.

Innenfor denne rammen må oppdragsgiver kunne utarbeide en evalueringsmodell også etter at tilbudene er mottatt og åpnet. Klagenemnda kan dermed ikke se at innklagede var avskåret fra å utarbeide en evalueringsmodell, selv om denne ble endelig godkjent først etter tilbudene var mottatt og åpnet.

Plikten til å forhandle

Oppdragsgiver skal forhandle med alle leverandører som har levert inn gyldig tilbud, forutsatt at de har reell mulighet for å få tildelt kontrakten, jf. forskriftens § 9-3(3) annet punktum. Forhandlingene skal gjennomføres på en måte som fremmer en åpen og reell konkurranse og likebehandler leverandørene, jf. forskriftens § 3-1.

Klagenemnda kan imidlertid ikke se at det er grunnlag for å statuere en plikt for oppdragsgiver til å påpeke alle sider ved leverandørens tilbud som kan forbedres. I den foreliggende sak ble klager invitert til å inngi nye pristilbud, noe klager også gjorde. Det fremgår videre at pris var et kriterium hvor klager skåret lavere enn konkurrentene.

Endring av tildelingskriteriene

Innen tilbudsfristens utløp har oppdragsgiver rett til å foreta rettelser, suppleringer og endringer av konkurransegrunnlaget som ikke er vesentlige, jf. forskrift om offentlige anskaffelser § 5-4(1). Det ble i e-post til leverandørene, herunder til klager 4.2.2003, opplyst at: *"Når det gjelder underkriteriene til hovedkriteriet "Leverandør", "Innflytelse på produktutvikling" og "Support, service og vedlikehold", flyttes disse til hovedkriteriet "Kvalitet". Hovedkriteriet "Leverandør" med gjenværende underkriterier strykes"*. Klagenemnda kan etter dette ikke se at det her foreligger brudd på regelverket.

Klagenemnda kan ikke se at innklagede har begått noen feil ved å vurdere kriteriet *"opsjoner"* sammen med delkriteriet *"PAS/EPJ-kjerne"*. Klagenemnda legger videre til grunn innklagedes forklaring om at kriteriet integrasjon ble evaluert, og at dette ikke ble omtalt i innstillingen fordi alle tilbudene var jevn gode på dette punktet. Klagenemnda kan således ikke se at det foreligger brudd på regelverket.

Forsvarlig vurdering av tildelingskriteriet "Uferdig løsning"

Innklagede har i innstillingen opplyst at kriteriet refererer seg til risikoen for at ikke tilstrekkelig funksjonalitet foreligger ved avrop og senere implementering ved det enkelte helseforetak. Det er således også lagt vekt på når funksjonalitet vil foreligge, og dermed kunne utgjøre en del av tilbudt løsning. Det fremgår av innstillingen at det etter en gjennomgang av klagers tilbud og klagers presentasjoner er lagt til grunn at klager ikke vil kunne levere nødvendig funksjonalitet innen akseptable frister.

Klager har vist til at av 832 etterspurte krav var 510 allerede på plass på tidspunktet for evalueringen av tilbudene, og de fleste øvrige ville være på plass i 2004. Det fremgår imidlertid av innstillingen at den valgte leverandøren innfridde 622 krav og TietoEnator 528 krav på samme tidspunkt.

Klagenemnda kan etter dette ikke se at innklagedes vurdering har blitt truffet på

et uriktig faktisk grunnlag eller er vilkårlig, usaklig eller kvalifisert urimelig.

Forsvarlig vurdering av tildelingskriteriet "Pris"

Klager har vist til at det ikke kan være riktig at klages tilbud er *"vesentlig mye dyrere"* enn konkurrentenes, og har vist til innstillingen hvor det er benyttet uttrykket *"beskjedne prisforskjeller"*.

Klagenemnda viser her til evalueringsskjemaet innarbeidet i innstillingen, hvor klager er blitt tildelt ca. 35 poeng, TietoEnator ca. 60 poeng og Dips ca. 70 poeng på dette kriteriet. Klagenemnda kan da ikke se at klagers anførsel knyttet til innklagedes uttrykksmåte kan få noen rettslig betydning.

Konklusjon:

Innklagede har ikke i konkurransegrunnlaget gitt opplysninger om den prioritering som ved kunngjøringen var foretatt av tildelingskriteriene. Klagenemnda finner imidlertid at regelverket om offentlige anskaffelser med dette ikke kan anses brutt, i det leverandørene må anses på annen måte å ha vært tilstrekkelig opplyst om prioriteringen. Heller ikke før øvrig har innklagede brutt lov om offentlige anskaffelser med forskrifter ved gjennomføringen av anskaffelsen av en felles applikasjon for elektronisk pasientadministrasjon og pasientjournal.

For klagenemnda,
11.7.2003

Svein Dahl,



Forsiden
Nemndsmedlemmer
Saksbehandling
Regelverk
Innkomne saker
Statistikk
Årsrapporter
Dommer
Søk i avgjorte saker

Avgjorte saker:

[2003](#) [2004](#) [2005](#)

Besøksadresse

H. Heyerdalsgate 1
0033 Oslo

Postadresse

Postboks 8132 Dep
0033 Oslo

Tlf.: 22 33 70 10

Faks: 22 33 70 12

E-post:

postmottak@kofa.no

Avgjorte saker

Klagenemndas avgjørelse 10. juli 2003 i sak 2003/110

Klager: TietoEnator AS
Postboks 6518 Etterstad
0606 Oslo

Innklaget: Helse Øst RHF
Postboks 4353
2308 Hamar

Prosessfullmektig: Simonsen og Føyen Advokatfirma
v/ advokat Birgitte Araldsen
Postboks 6641 St. Olavs Plass
0129 Oslo

Klagenemndas medlemmer: Jens Bugge, Svein Dahl, Morten Goller

Saken gjelder: Plikt til å opplyse om prioriteringen av tildelingskriteriene, plikt til å fremlegge utarbeidet evalueringsmodell, plikt til å ferdigstille evalueringsmodellen før tilbudsfristens utløp, forsvarlig vektlegging av tildelingskriteriene, forsvarlig vurdering av tilbudene i relasjon til tildelingskriteriene, likebehandling.

Bakgrunn:

Helse Øst RHF (heretter kalt "innklagede") avlyste 8.10.2002 en anbudskonkurranse for anskaffelse av en felles applikasjon for elektronisk pasientadministrasjon og pasientjournal. Begrunnelsen var at det ikke lot seg

gjøre å fastsette tilstrekkelig nøyaktige spesifikasjoner. Det ble i brev til leverandørene som deltok i konkurransen fremhevet at helseforetakene har ulike utgangspunkt med hensyn til integrasjonsbehov og tiltrettelegging, noe som gjorde det vanskelig å spesifisere en entydig kravspesifikasjon.

Den 9. og 15.11.2002 ble anskaffelsen kunngjort på nytt i DOFFIN, denne gang som en konkurranse med forhandling. Tilbudsfristen var satt til 10.2.2003. I konkurransegrunnlaget var det opplyst at det økonomisk mest fordelaktige tilbudet ville bli valgt. Tildelingskriteriene var oppgitt å være:

”Økonomi

- *PAS/EPJ-kjerne*
- *Opsjoner*
- *Kontraktuelle forbehold*
- *Forbedringspotensial*

Kvalitet

- *Funksjonalitet iht. funksjonell kravspesifikasjon*
- *Teknologi iht. teknisk kravspesifikasjon*
- *Bruksscenarier*

Leverandør

- *Finansiell styrke*
- *Eierstruktur*
- *Produktstrategi*
- *Firmastrategi*
- *Kompetanse*
- *Innflytelse på produktutvikling*
- *Kundereferanser*
- *Support, service og teknisk bistand*

Risiko

- *Gjennomføringsevne*
- *Manglende forankring av valg*

- *Uferdig løsning*
- *Integrasjon*
- *Kostnadsoverskridelser*

Det ble holdt en tilbyderkonferanse den 21.1.2003. I forkant av denne, og under resten av tilbudsfristens løp mottok innklagede en rekke spørsmål fra interesserte leverandører. Flere av spørsmålene relaterte seg til forholdet mellom tildelingskriterier og kvalifikasjonskrav, og det ble hevdet fra leverandørenes side at innklagede ikke hadde adgang til å oppstille "*Leverandør*" som et tildelingskriterium. Som en følge av dette valgte innklagede å stryke "*Leverandør*" med tilhørende delkriterier. Innklagede hevder at dette ble meddelt leverandørene den 31.1.2003. I tillegg ble samtlige spørsmål besvart, og samlet tilsendt leverandørene den 4.2.2003, seks dager før tilbudsfristen utløp.

For utarbeidelsen av kravspesifikasjonen og evaluering av tilbudene opprettet innklagede en prosjektgruppe bestående av leger, sykepleiere, kontorpersonell, IT fagfolk og sykehusledere fra forskjellige helseforetak. Innklagede opplyser at prosjektgruppen også utarbeidet en evalueringsmodell parallelt med utarbeidelsen av tildelingskriteriene. Evalueringsmodellen ble justert i samsvar med justeringen av tildelingskriteriene før tilbudsfristen løp ut. Innklagede opplyser at evalueringsmodellen ble ferdigstilt før tilbudsfristens utløp. Evalueringsmodellen ble endelig godkjent av prosjektets styringsgruppe den 20.2.2003, det vil si 10 dager etter tilbudsfristen utløp.

En av deltakerne i konkurransen var TietoEnator AS (heretter kalt "klager"). Det ble avholdt et forhandlingsmøte med klager den 18.2.2003. Den 26.2.2003 ble det avholdt et nytt møte, hvor klager presenterte bruksscenarioer til to fiktive sykdomshistorier for innklagede. Den 5. og 14.3.2003 ble det avholdt atter nye forhandlingsmøter med klager. Klager leverte et revidert pristilbud den 20.3.2003.

Den 28.3.2003 la prosjektgruppen frem sin innstilling på valg av leverandør for prosjektets styringsgruppe. Prosjektgruppen innstilte på at kontrakten skulle tildeles Dips ASA. Innstillingen inneholdt også en oversikt over den relative vekten tildelingskriteriene var tildelt. Det fremgikk at tildelingskriteriet økonomi utgjorde 23% av samlet vekt, tildelingskriteriet kvalitet utgjorde 65%, og tildelingskriteriet risiko utgjorde 12%.

I brev datert den 12.5.2003 anmodet klager om en mer utførlig begrunnelse for de vurderinger som fremgikk av dokumentasjonen som lå tilgjengelig på internett. Denne anmodningen ble besvart av innklagede den 23.5.2003. I mellomtiden, den 15.5.2003, meddelte innklagede klager om at innklagede hadde til hensikt å inngå avtale med Dips ASA. Valget var i brevet begrunnet med at "*Dips ASA sitt tilbud er vurdert som det økonomisk mest fordelaktige tilbudet og best i forhold til alle de tre overordnede tildelingskriteriene – økonomi, kvalitet og risiko*".

I brevet av 23.5.2003 ga innklagede en nærmere redegjørelse for valg av tilbud. Det fremgikk at det valgte tilbudet ble vurdert som best innenfor alle tildelingskriteriene. Det valgte tilbudet skilte seg klart fra de øvrige ved vurderingen av kvalitet og økonomi, mens tilbudene var mer jevne når det gjaldt risiko. Begrunnelsen inneholdt videre en sammenligning av hvordan tilbudene hadde blitt vurdert for alle delkriteriene som var angitt i konkurransegrunnlaget. De delkriteriene som opprinnelig var oppført under tildelingskriteriet "*Leverandør*" var delvis utelatt. Delkriteriet "*opsjoner*" var slått sammen med delkriteriet "*PAS/EPJ-kjerne*". Delkriteriet "*integrasjon*" var slått sammen med "*teknologi*".

Anførsler:*Klagers anførsler:*

Innklagede har brutt regelverket om offentlige anskaffelser ved ikke å gjøre klager kjent med den evalueringsmodellen som ble utarbeidet for vekting av de forskjellige tildelingskriteriene, og som ble ferdigstilt før tilbudsfristens utløp. Evalueringsmodellen innebar en detaljert prioritering og vekting av tildelingskriteriene, som innklagede i følge forskriftens § 10-2(2) og retts- og nemndspraksis pliktet å gjøre kjent for deltakerne i konkurransen. Dette regelbruddet fratok klager muligheten til å ta hensyn til innklagedes vekting under utarbeidelsen av tilbudet og forhandlingsrundene.

Dersom modellen først ble ferdigstilt etter at konkurransegrunnlaget var utsendt til deltakerne i konkurransen, innebar dette en supplering og endring i konkurransegrunnlaget som innklagede pliktet å meddele deltakerne i konkurransen om, jf. forskriftens § 5-4(2) første punktum.

Det var videre i strid med regelverket å ferdigstille evalueringsmodellen før tilbudsfristen løp ut, men først endelig godkjenne denne etter fristen utløp. Denne fremgangsmåten er egnet til å i etterkant tilpasse evalueringsmodellen et av tilbudene.

Vektleggingen av de forskjellige tildelingskriteriene var påfallende, og har medført at bedømmelsen ikke tilfredsstillende de krav regelverket stiller til objektivitet, forutberegnelighet, gjennomsiktighet og etterprøvnbarhet. Når vektingen eller prioriteringen av tildelingskriteriene ikke var oppgitt i konkurransegrunnlaget, var det nærliggende å legge til grunn at alle tildelingskriteriene hadde samme vekt, eller eventuelt at kriteriene var angitt etter viktighet, slik at det viktigste kom først. Innklagede har imidlertid lagt påfallende stor vekt på funksjonalitet, og påfallende liten vekt på tildelingskriterier som pris, kontraktuelle forbehold og gjennomføringsevne. Det er videre påfallende at de delkriterier som er vektet svært høyt er de samme som det valgte tilbudet scoret best på i konkurransen med de øvrige leverandørene. De delkriterier klagers tilbud var best på, var alle vektet svært lavt.

Innklagede har ikke tatt hensyn til viktige priselementer som var etterspurt i konkurransegrunnlaget. Dette gjelder delprisene på database, spesialutvikling, dokumentasjon, gjennomføringsprosjekt, kurs/opplæring, brukerstøtte og tjenester. Klagers tilbud var spesielt sterkt på flere disse underpunktene, og det er derfor sannsynlig at utelatelsen har påvirket valg av leverandør.

Innklagedes vurdering av delkriteriet funksjonalitet fremstår som uforståelig. Klager scoret kun 30 poeng på dette punktet, til tross for at firmaet opplyste at 94,7 % av de funksjonelle kravene vil være tilfredsstillende innen innføringslutt. Til sammenligning scoret det valgte tilbudet 80 poeng på samme delkriterium.

Innklagede har ikke vurdert delkriteriet integrasjon på selvstendig grunnlag. Klager hadde en berettiget forventning om at dette delkriteriet ville bli tillagt stor vekt i evalueringen. Bakgrunnen var at integrasjonsbehov ble fremhevet som vesentlig da den første konkurransen ble avlyst den 8.10.2002. Innklagede opplyser å ha vurdert integrasjon under delkriteriet "teknologi". Det fremgår imidlertid av innklagedes innstilling at dette kriteriet har blitt tillagt forholdsmessig liten vekt i den samlede evalueringen - kun 13 %. Nedtoningen av dette delkriteriet rokker videre ved selve grunnlaget for å anskaffelsesformen konkurranse med forhandlinger.

Når det gjelder delkriteriet "Innflytelse på produktutvikling" opplyser innklagede at tilbudene ble vurdert som likeverdige. Dette samsvarer dårlig med

prosjektgruppens innstilling, der det fremkom at det valgte tilbudet scoret vesentlig bedre enn klagers på dette punktet.

Videre fremstår innklagedes evaluering av delkriteriet "*kostnadsoverskridelser*" som uforståelig. Leverandørene har gitt fastpris, men likevel har klagers tilbuds kun scoret 55 poeng på dette kriteriet. Til sammenligning har det valgte tilbudet scoret 82 poeng.

Innklagede har foretatt en inkonsekvent behandling av det ufravikelige kravet til demonstrasjon av tidligere installasjon av tilbudt løsning i andre sykehus, fortrinnsvis i Skandinavia. Én leverandør ble umiddelbart avvist på grunn av dette kravet, mens en annen leverandør fikk realitetsbehandlet sitt tilbud før det ble forkastet, blant annet med henvisning til samme krav.

Innklagedes anførsler:

Anskaffelsesprosessen har ivaretatt kravene til objektivitet, forutberegnelighet, gjennomsiktighet og etterprøvnbarhet.

Innklagede erkjenner at prioriteringen av tildelingskriteriene burde vært meddelt potensielle leverandører før tilbudsfristen utløp. Dette har imidlertid ikke hatt noen betydning for leverandørenes deltakelse i konkurransen, ettersom prioriteringen må ha fremstått som klar for deltakerne i konkurransen. Unnlattelsen av å opplyse om prioriteringen innebærer således ikke et brudd på kravene til forutberegnelighet, gjennomsiktighet og etterprøvnbarhet, jf. lov om offentlige anskaffelser § 5.

Innklagede avviser å ha noen plikt til å meddele deltakerne i konkurransen hvilken relativ vekt de forskjellige tildelingskriteriene hadde. Innklagede hadde således ingen plikt til å gjøre hele evalueringsmodellen kjent for leverandørene før tilbudsfristen utløp.

Det var ikke i strid med regelverket at den endelige godkjenningen av evalueringsmodellen først forelå ti dager etter tilbudsfristens utløp. Det er på det rene at evalueringsmodellen ikke ble endret for å tilpasses innkomne tilbud etter at modellen var ferdig utarbeidet den 4.2.2003.

Innklagede avviser at den sterke vektleggingen av delkriteriet "*funksjonalitet*" var påfallende og uforutsett for deltakerne i konkurransen. Funksjonalitet sto sentralt i hele anskaffelsesprosessen, blant annet gjennom en meget detaljert funksjonell kravspesifikasjon, ufravikelig krav om demonstrasjon av bruksscenarier, og innklagedes opplysninger om hensikten med anskaffelsen i konkurransegrunnlaget. Betydningen av funksjonalitet fremkom også gjennom forhandlingene med klager. Den aktivitet klager utviste blant annet under forhandlingene indikerer at klager har forstått at funksjonalitet var av helt sentral betydning for innklagede, og at dette punktet ville bli tillagt stor vekt ved valg av leverandør. Uansett har innklagede problemer med å forstå hvordan det ville være mulig for klager å forbedre tilbudet med hensyn til de funksjonelle krav. Grunnen er at klager har tilbudt et standardprodukt, som klager ikke ville ha muligheten til å endre egenskapene ved.

Innklagede avviser at det var naturlig å forstå konkurransegrunnlaget slik at alle tildelingskriteriene skulle ha samme vekt i evalueringen, eller at tildelingskriteriene var angitt i prioritert rekkefølge med det viktigste først. Ved å lese tildelingskriteriene i sammenheng med konkurransegrunnlaget, og ved å sammenligne detaljeringsgraden i de forskjellige kriteriene, må det ha fremstått som klart at kvalitet var viktigst, økonomi var nest viktigst, og risiko minst viktig. Klager burde ha avklart eventuell tvil med hensyn til vektningen av tildelingskriteriene ved direkte spørsmål til innklagede.

Det er opp til oppdragsgiverens skjønn å fastsette hvilke tildelingskriterier som skal legges til grunn for valg av tilbud, samt den relative vekten de forskjellige

tildelingskriteriene skal tillegges. De tildelingskriteriene innklagede hadde fastsatt var objektive, ikke-diskriminerende, og saklige og relevante i forhold til anskaffelsens gjenstand. Innklagede har således overholdt de krav regelverket stiller til tildelingskriteriene.

Det er videre opp til oppdragsgivers skjønn å fastsette hvilken score de forskjellige tilbudene oppnår under tildelingskriteriene. Så lenge det er benyttet objektive tildelingskriterier som er anvendt likt i forhold til alle leverandørene, er regelverkets krav oppfylt. Når det gjelder tildelingskriteriene funksjonalitet og bruksscenarier, gir prosjektgruppens innstilling uttrykk for en relativ vurdering av de ulike leverandørene. Dette forklarer de sterkt varierende poengsummene tilbudene oppnådde.

Delkriteriet "opsjoner" under tildelingskriteriet "økonomi" ble vurdert sammen med "PAS/EPJ-kjerne". Årsaken var at tilbudene varierte med hensyn til hva som ble tilbudt som PAS/EPJ-kjerne og hva som ble tilbudt som opsjoner. Å slå disse delkriteriene sammen sikret derfor likebehandling mellom leverandørene.

Delkriteriet "integrasjon" ble vurdert sammen med delkriteriet "teknologi", men beholdt likevel sin opprinnelige betydning ved at den relative vekten for teknologi fikk en forholdsmessig høyere vekt. Innklagede avviser i tillegg at betydningen av integrasjon har blitt nedtonet, slik at det rokker ved grunnlaget for å benytte anskaffelsesformen konkurranse med forhandling.

Delkriteriet "kostnadsoverskridelser" er vurdert korrekt. Det er i innstillingen lagt til grunn at det knytter seg større usikkerhet og risiko til utvikling av fremtidig funksjonalitet enn til eksisterende funksjonalitet. Når leverandørene binder seg til faste priser for fremtidig funksjonalitet må det legges visse forutsetninger til grunn for utforming av løsning. Disse forutsetningene vil kunne endre seg underveis, og således påvirke prisbildet. Den valgte leverandøren oppfylder flere av kravene på evalueringstidspunktet enn klager, noe som påvirker resultatet og gir en dårligere score på dette punktet.

Innklagede har tatt hensyn til alle priselementene som ble nevnt i konkurransegrunnlaget. Disse var ikke tildelingskriterier, men fremgikk av en matrise leverandørene fikk utdelt før tilbudsfristen løp ut. At ikke alle elementene ble nevnt i prosjektgruppens innstilling, henger sammen med at dette var en komprimert og overordnet fremstilling av de viktigste elementene. Det var her ikke relevant å gå i detalj for de enkelte priselementene.

Innklagede avviser å ha praktisert det ufravikelige kravet om demonstrasjon av tidligere installasjon av tilbudt løsning i andre sykehus i Skandinavia ulikt for de forskjellige deltakerne i konkurransen. For én leverandør ble det tidlig klart at dette kravet ikke var oppfylt, mens det tok lengre tid å avklare dette for den andre leverandøren. Sistnevnte leverandør ble da avvist, blant annet med denne begrunnelse. Dette har imidlertid ingen betydning for klagers stilling i konkurransen.

Klagenemndas vurdering:

Klager har deltatt i den aktuelle konkurransen og har således saklig klageinteresse, jf. forskrift 15.11.2002 om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Det er på det rene at anskaffelsen etter sin verdi følger reglene i forskrift 15.6.2001 om offentlige anskaffelser del II.

Plikt til å opplyse om prioriteringen av tildelingskriteriene

Innklagede har ikke i konkurransegrunnlaget gitt opplysninger om den prioritering som ved kunngjøringen var foretatt av tildelingskriteriene. Klagenemnda er imidlertid enig med innklagede i at leverandørene må anses å

ha fått tilstrekkelig opplysning om prioriteringen gjennom konkurransegrunnlaget og den fokus som der er lagt på funksjonalitet og kvalitet.

Plikt til å fremlegge hele evalueringsmodellen for leverandørene før tilbudsfristen utløp

Oppdragsgiver skal, der det forut for kunngjøringen er fastsatt reglene for vektingen av kvalifikasjonskriteriene, opplyse leverandørene om disse reglene, jf. EF-domstolens sak C-470/99 (Universale-Bau), premiss 99:

”Det følger heraf, at en fortolkning, hvorefter den ordregivende myndighed i tilfælde, hvor den i forbindelse med et begrænset udbud forud for offentliggørelsen af udbudsbekendtgørelsen har fastsat reglerne for afvejning af de udvælgelseskriterier, den påtænker at benytte, er forpligtet til på forhånd at oplyse ansøgerne om disse regler, er den eneste fortolkning, som er i overensstemmelse med formålet med direktiv 93/37, således som det er præciseret i denne doms præmis 89-92, eftersom den er den eneste, der kan sikre en tilstrækkelig grad af gennemsigtighed og dermed, at princippet om ligebehandling af tilbudsgiverne i forbindelse med de udbudsprocedurer, for hvilke direktivet finder anvendelse, overholdes.”

Klagenemnda har i sin praksis tidligere lagt til grunn at denne plikten også må gjelde for tildelingskriteriene, jf. sak 2003/3 og 2003/38. I foreliggende sak er det imidlertid på det rene at evalueringsmodellen ikke var fastsatt før kunngjøringen av anskaffelsen Allerede av den grunn finner klagenemnda at innklagede ikke pliktet å fremlegge evalueringsmodellen for deltakerne i konkurransen før tilbudsfristen løp ut.

Plikt til å ferdigstille evalueringsmodellen før tilbudene mottas og åpnes

Utgangspunktet er at dersom innklagede ikke har angitt noen bestemt vekting av tildelingskriteriene på forhånd, vil dette sette rammer for oppdragsgivers skjønn ved evalueringen av tilbudene. En helt uventet vektlegging av enkelte kriterier kan således fremstå som usaklig eller vilkårlig. Kriteriene kan heller ikke gis en bestemt vekt i den hensikt å favorisere en bestemt leverandør.

Innenfor denne rammen må oppdragsgiver kunne utarbeide en evalueringsmodell også etter at tilbudene er mottatt og åpnet. Klagenemnda kan dermed ikke se at innklagede var avskåret fra å utarbeide en evalueringsmodell, selv om denne ble endelig godkjent først etter tilbudene var mottatt og åpnet.

Spørsmålet om den relative vektleggingen av tildelingskriteriene var forsvarlig

Selv om prioriteringen av tildelingskriteriene ikke var eksplisitt oppgitt, er det ikke grunnlag for å legge til grunn at alle tildelingskriteriene skulle ha samme vekt eller at kriteriene var angitt etter viktighet.

Anskaffelsen relaterer seg til anskaffelse av IT-utstyr som skal benyttes i medisinsk sammenheng, og av flere ulike sykehus. Klagenemnda har på denne bakgrunn ikke grunnlag for å fastslå at kvalitet har blitt tillagt for stor vekt.

Forsvarlig vurdering av tilbudene i relasjon til tildelingskriteriene

Det fremgår av innstillingen at klager på evalueringstidspunktet oppfylte 528 av til sammen 833 krav, mens den valgte leverandøren oppfylte 622. Det fremgår

imidlertid at det også ville vektlegges i hvilken grad de enkelte krav ville bli utviklet i løpet av 2003, 2004, 2005 eller kunne utvikles til egen pris. Oppfyllelse av krav frem i tid ble tillagt gradvis mindre vekt enn krav som var oppfylt på evalueringstidspunktet. Videre fremgår det at av krav som ble ansett som spesielt viktig oppfylte det valgte tilbudet 310, mens klager oppfylt 273.

Klagenemnda kan på dette grunnlaget ikke se at klager har kunnet underbygge anførselen om at kriteriet "*funksjonalitet*" har vært uforsvarlig vurdert, idet det kun er henvist til at klager oppfylte 94,7% av de funksjonelle kravene. Det er således ikke vist til hvor mange krav den valgte leverandøren oppfylte, og når (eventuelt om) henholdsvis den valgte leverandøren og klager ville oppfylle de øvrige krav. Heller ikke forskjellen med hensyn til oppfyllelsen av spesielt viktige krav er det vist til.

Klagenemnda har ikke grunnlag for å overprøve vektleggingen av kriteriet integrasjon.

Det fremgår av innstillingen at "*det ikke er vesentlige forskjeller mellom leverandørene*" for kriteriet "*Innflytelse på produktutvikling*". Det nevnes også at både klager og den valgte leverandøren har et brukerforum. Klagenemnda kan ikke se at det kan reises rettslige innvendinger mot innklagedes vurdering og konklusjon på dette punktet.

Det fremgår av innstillingen at det ved vurderingen av kostnadsoverskridelser elementet er lagt vekt på utviklingsbehov, prisnivå i tilbudet generelt, opptreden og åpenhet med hensyn til estimater og kostnadsbilde i forhandlingsperioden. Klagenemnda legger, ut fra fremlagte dokumentasjon, til grunn at klagers tilbud ikke innebar en fast pris også på utvikling av fremtidige funksjoner og etterfølgende arbeid, for eksempel installasjon og integrasjon. Klagenemnda har da ikke rettslige innvendinger mot den poenggivning innklagede har lagt til grunn på dette punktet.

Forsvarlig vurdering av priselementene som var oppgitt i konkurransegrunnlaget

Innklagede har vist til at priselementene klager viser til er vurdert, men ikke gjengitt i innstillingen idet innstillingen var en komprimert og overordnet fremstilling av evalueringens viktigste elementer. Klagenemnda legger således til grunn at elementene er hensyntatt.

Likebehandling av leverandørene i forhold til det ufravikelige kravet om demonstrasjon av tidligere installasjon av tilbudt utstyr på sykehus i Skandinavia

Klagenemnda kan ikke se at innklagede overfor klager har brutt regelverket ved å avvise én leverandør umiddelbart fordi kravet om demonstrasjon av tidligere installasjon av tilbudt løsning i andre sykehus ikke var oppfylt, mens en annen leverandør fikk realitetsbehandlet sitt tilbud før det ble forkastet. Innklagede har vist til at det tok lengre tid å avklare om kravet var oppfylt med den andre leverandøren, noe klagenemnda ikke har innvendinger mot. Klagenemnda kan for øvrig ikke se at dette kan ha hatt betydning for klagers stilling.

Konklusjon:

Innklagede har ikke i konkurransegrunnlaget gitt opplysninger om den prioritering som ved kunngjøringen var foretatt av tildelingskriteriene. Klagenemnda finner imidlertid at regelverket om offentlige anskaffelser med dette ikke kan anses brutt, i det leverandørene må anses på annen måte å ha

vært tilstrekkelig opplyst om prioriteringen. Heller ikke for øvrig har innklagede brutt lov om offentlige anskaffelser med forskrifter ved gjennomføringen av anskaffelsen av en felles applikasjon for elektronisk pasientadministrasjon og pasientjournal.

For klagenemnda,
11.7.2003

Svein Dahl



Forsiden
Nemndsmedlemmer
Saksbehandling
Regelverk
Innkomne saker
Statistikk
Årsrapporter
Dommer
Søk i avgjorte saker

Avgjorte saker:
[2003](#) [2004](#) [2005](#)

Besøksadresse
H. Heyerdalsgate 1
0033 Oslo

Postadresse
Postboks 8132 Dep
0033 Oslo

Tlf.: 22 33 70 10

Faks: 22 33 70 12

E-post:
postmottak@kofa.no

Avgjorte saker

Klagenemndas avgjørelse 26. juni 2003 i sak 2003/75

Klager: Hemsedal Maskinlag AS
3560 Hemsedal

Prosessfullmektig: Maskinentreprenørenes Forbund
v/ advokatfullmektig Thomas Kollerød
Fred Olsens gt. 3
0152 Oslo

Innklaget: Hemsedal kommune
3560 Hemsedal

Klagenemndas medlemmer: Jens Bugge, Morten Goller, Siri Teigum

Saken gjelder: Avlysning av konkurranse

Bakgrunn:

Hemsedal kommune (heretter kalt "innklagede") kunngjorde i en lokalavis i oktober 2002 en anbudskonkurranse for brøyting/snørydding av kommunale veier og plasser. Konkurransen ble avlyst i oktober 2002. Årsaken var at konkurransen ved en saksbehandlingsfeil ikke var kunngjort i Norsk lysingsblads elektroniske database (DOFFIN).

Den 1.11.2002 kunngjorde innklagede anskaffelsen på nytt, som en åpen anbudskonkurranse, og denne gangen i DOFFIN. Tilbudsfristen var 20.12.2002. I kunngjøringen fremgikk at konkurransen gjaldt en femårskontrakt, med varighet fra 1.1.2003 til 31.12.2007.

Innklagede mottok tre tilbud. Av disse ble ett avvist på grunn av manglende

dokumentasjon. De øvrige deltakerne i konkurransen var Hemsedal Maskinlag AS (heretter kalt "klager"), og en sammenslutning bestående av Torgeir Haug, Rune Andsjøen og Tormod Eitrheim.

Innklagede meddelte klager i brev av 10.1.2003 at kontrakten var tildelt Haug/Andsjøen/Eitrheim. Begrunnelsen var som følger: "*Kriteria som vart lagt til grunn for avgjersla fylgjer av det som vart referert under anbodsopninga: pris, leveringssikkerhet og kvalitet, samt § 12-5 i Forskrift om offentlege anskaffelsar*". De samme tildelingskriteriene var også oppgitt i kunngjøringen.

Klager påklaget beslutningen til innklagede den 11.1.2003. Som følge av dette oppdaget innklagede at Haug/Andsjøen/Eitrheim ikke hadde levert skatteattest, og denne leverandøren ble deretter avvist fra konkurransen. Etter dette gjensto kun én deltaker i konkurransen, det vil si klager. Den 13.2.2003 avlyste innklagede hele anbudskonkurransen på grunn av manglende konkurranse.

Klager påklaget beslutningen om avlysning til innklagede den 26.2.2003. Klager anførte der at de samme leverandørene hadde deltatt i de to avlyste anbudskonkurransene, og at det derfor var liten sannsynlighet for at nye leverandører ville delta i en tredje konkurranse. På denne bakgrunn mente klager at de måtte bli tildelt kontrakten. Innklagede opprettholdt sitt vedtak om å avlyse konkurransen.

Anførsler:

Klagers anførsler:

Innklagede hadde ikke grunnlag i regelverket for offentlige anskaffelser for å avlyse anbudskonkurransen. Selv om to av tre leverandører ble avvist, var det tilstrekkelig konkurranse. Regelverkets formål om å gi flest mulig leverandører muligheten til å delta i konkurransen, ble ivaretatt gjennom de to anbudskonkurransene som allerede var gjennomført. At det har vært tilstrekkelig konkurranse bekreftes av det forhold at de samme leverandørene har deltatt i de to gjennomførte anbudskonkurransene.

Ettersom klager var den eneste kvalifiserte leverandøren, pliktet innklagede å tildele klager kontrakten. Vilkårene for erstatning er oppfylt.

Innklagedes anførsler:

Innklagede avviser å ha brutt regelverket om offentlige anskaffelser.

Klagenemndas vurdering:

Klager har deltatt i den aktuelle konkurransen, og har således saklig klageinteresse, jf. forskrift av 15.11.2002 om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig.

Innklagede har beregnet den årlige prisen i de innkomne tilbudene til minst henholdsvis 478.590 kroner og 536.740 kroner. Konkurransen gjaldt en femårskontrakt, og i forhold til terskelverdiene skal anskaffelsens verdi da beregnes til den månedlige rate multiplisert med 48, jf. forskrift 15.6.2002 om offentlige anskaffelser § 2-3(7). Dette medfører at anskaffelsens verdi ligger over EØS' terskelverdier. Forskrift om offentlige anskaffelser del II regulerer derfor anskaffelsen, jf. § 2-1(2) jf. § 2-2(1).

Adgang til å avlyse konkurransen

Innklagede kan i følge § 10-1(1) avlyse konkurransen dersom det foreligger saklig grunn. Dette må avgjøres ut fra en helhetsvurdering, der det tas hensyn så vel til hvilken omstendighet som utløste avlysningen som til hva

oppdragsgiveren ønsket å oppnå med den. Hensynet til en effektiv konkurranse vil ofte være praktisk umulig å ivareta når kun én leverandør kvalifiserer seg. EF-domstolen har lagt til grunn at det i slike situasjoner ikke foreligger noen generell kontraheringsplikt, jf. domstolens sak C-27/98. Konsekvensen er således at mangelfull deltakelse kan være saklig grunn for å avlyse konkurransen. Klagenemnda finner, på bakgrunn av de opplysninger som er fremlagt for nemnda, at avlysningen fremstår som saklig begrunnet.

Klagenemnda har funnet at innklagede hadde adgang til å avlyse konkurransen, jf. § 10-1(1). Nemnda finner da ikke grunn til å vurdere erstatningsspørsmålet.

Konklusjon:

Innklagede hadde saklig grunn til å avlyse konkurransen, og har således ikke brutt § 10-1(1).

For klagenemnda,

Morten Goller,

27.6.2003



Forsiden
Nemndsmedlemmer
Saksbehandling
Regelverk
Innkomne saker
Statistikk
Årsrapporter
Dommer
Søk i avgjorte saker

Avgjorte saker:
[2003](#) [2004](#) [2005](#)

Besøksadresse
H. Heyerdalsgate 1
0033 Oslo

Postadresse
Postboks 8132 Dep
0033 Oslo

Tlf.: 22 33 70 10

Faks: 22 33 70 12

E-post:

postmottak@kofa.no

Avgjorte saker

Klagenemndas avgjørelse 26.6.2003 i sak 2003/97

Klager: Open Human Digital AS

Innklaget: Sykehuset i Vestfold HF

Klagenemndas medlemmer: Jens Bugge, Morten Goller, Siri Teigum.

Saken gjelder:

Bruk av teknisk spesifikasjoner. Forsvarlig saksbehandling. Begrunnelse for valg av tilbud.

Bakgrunn:

Sykehuset i Vestfold HF (heretter kalt "innklagede") kunngjorde 18.2.2003 en konkurranse med forhandling for anskaffelse av videokonferanseutstyr i DOFFIN-databasen. I konkurransegrunnlaget som ble utlevert til potensielle leverandører ble det opplyst at det mest fordelaktige tilbud ville bli valg ut fra følgende kriterier (i uprioritert rekkefølge): pris og leveransekostnader, leveringstid, leveringssikkerhet, erfaringer/referanser, funksjonsmessige egenskaper, teknisk bistand/montasje, miljøforhold (støy, utslipp m.v.), sikkerhet i driftsprosessen, driftskostnader, service og responstid, servicevennlighet, opplæringsprogram, dokumentasjon, design og ergonomi. Det ble videre angitt: "NB utstyret skal kunne kommunisere med utstyret hos de øvrige foretakene i helseregion Helse SØR RHF (se kravspesifikasjon)".

Den vedlagte kravspesifikasjonen stilte dels tekniske og dels funksjonelle systemkrav. Kravene var angitt i til sammen 73 punkter, dels angitt som obligatorisk krav (benevnt som "skal-krav") og dels som ønsket funksjonalitet (benevnt som "bør – krav"). Det ble opplyst at 16 nærmere angitte sykehus allerede benyttet Tandberg 6000 som videokonferanseutstyr, og utstyret måtte derfor kommunisere problemfritt "med ett eller flere av disse systemer".

Innklagede utarbeidet et tilleggsdokument til konkurransegrunnlaget hvor konkrete spørsmål fra leverandørene ble besvart. Et av spørsmålene kom fra klager. Klager bemerket at kravspesifikasjonen så ut til å beskrive Tandbergs videokonferansesystemer, og spurte om innklagede allerede hadde bestemt seg for å anskaffe utstyr fra Tandberg. Det ble bedt opplyst hvor mange "skal-krav" som kunne fravikes før tilbudet ble uaktuelt for innklagede.

Som svar på dette ble det i oppdragsgivers tilleggsdokument opplyst at "Dette er en avveining de som vurderer anbudssvarene må ta stilling til når disse er innlevert og åpnet".

Videre reiste klager spørsmål om det er "vurdert hvilke av elementene som står

her som er viktige for bruken". Innklagede uttalte til dette at: "SiV har gjort en vurdering av hva som er viktig for bruken av utstyret. Noe av dette gjenspeiles i kravspesifikasjonen".

En av de påmeldte innbyderne påpekte: "Når det gjelder MCU og gateway løsning har vi også moderne løsninger som har en helt unik funksjonalitet og som nå er i 7. generasjon (mot generasjon 1 på Tandberg plattform) for IP. Dette er løsninger som bl.a. gjør det mulig å benytte USB kamera til enklere konferanser med (.....) og også invitasjonssystem fra bla. A Microsoft Outlook og Windows messenger. (...) Spørsmålet blir da er man i det hele tatt interessert i andre systemer?" Innklagede uttalte videre at "Ja, Sykehuset i Vestfold HF er interessert i alle systemer som gir oss den funksjonalitet vi etterspør".

Åtte leverandører, herunder Open Human Digital AS (heretter kalt "klager") leverte inn tilbud. Fem av leverandørene baserte tilbudene på enhetspriser, de øvrige tre innga totalpriser. Av de sistnevnte leverte Eterra AS det dyreste tilbudet med kr. 1.207.642,20,-. Klager baserte sitt tilbud på to alternative løsninger fra Sony, First Virtual, Radivision, VCON, Polycom og Aethra, angitt med enhetspriser. Klager ba gjentatte ganger om å få demonstrere sine løsninger for innklagede. Henvendelsene ble dels ikke besvart, dels avslått.

Oppdragsgiver nedsatte en intern arbeidsgruppe for å evaluere i hvilken grad tilbudene oppfylte de tekniske og funksjonelle systemkravene. Det ble som grunnlag for vurderingen utarbeidet en matrise basert på poenggivning. Fire av tilbudene, som alle baserte seg på Tandberg utstyr, fikk 57 poeng. De fire andre tilbudene var basert på andre merker, og fikk mellom 32,5 og 47,5 poeng.

Innklagede har utarbeidet et notat kalt "Konklusjon Videokonferanse", hvor det blant annet fremkommer at:

"Tandberg kommer best ut med hensyn til funksjonalitet. SiV's konklusjon er at Tandberg bør velges for å oppfylle kravene i SiV's kravspesifikasjon. Her er noen underargumenter som bygger opp rundt dette:

- 1) *Hovedvekten av sykehus i Helseregion Sør (HRS) kjører Tandberg systemer. Med tanke på 100 % kompatibilitet og samordning i helseregionen er dette et viktig utvalgs-kriterie for SiV. Dette vil lette oppkobling og konfigurering/drift av systemene.*
- 2) *For å sikre muligheter for god medisinsk kvalitet velges et system hvor leverandør har erfaring med tilsvarende leveranser til øvrige sykehus i HRS som siv vil ha et nært samarbeide med.*
- 3) *Medisinsk fagpersonell har gitt anbefalinger med hensyn til bildekvalitet og valg av leverandør. Det medisinske fagpersonell har i tillegg lagt stor vekt på brukervennlighet og referanser fra tilsvarende fagmiljøer.*

...

4 leverandører har levert tilbud på Tandberg utstyr disse kommer da likt ut med hensyn til kravspesifikasjonen. For øvrig kan vi ikke se å ha mottatt svar på kravspesifikasjonen fra 2 av leverandørene. Leverandørene som har levert tilbud på Tandberg er:

- *MultiMedia AudioVisual*
- *AVnor*

- *Bravida*
- *Eterra*

Av disse leverandører er det kun 2 som i følge Tandberg er Tandberg partnere, dette er Bravida og Eterra. SiV velger derfor bort MultiMedia AudioVisual og AVnor på grunnlag av dette. SiV ser ut i fra tilbudene til leverandørene som er Tandberg partnere at disse har et langt bedre service og oppfølgingsapparat tilgjengelig innen fagområdet videokonferanse.

Av de 2 gjenstående leverandører har Bravida best pris, men med grunnlag i referanser og andre tungtveiende årsaker vil SiV velge Eterra som leverandør av Videokonferanseutstyr fra Tandberg:

1) *Supportapparat*

a) *Fjerndrifts*

b) *Satsning på videokonferanse*

2) *Bravidas eksponering i pressen den siste tiden. Med vekt på Bravidas økonomiske situasjon og nedbemanning.*

3) *Referanser i forbindelse med levering av Tandberg utstyr til Fjordkraft AS..."*

Innklagede har, til tross for gjentatte anmodninger om det fra klager, ikke ønsket å få klagers utstyr demonstrert. Innklagede har overfor klagenemnda opplyst at heller ingen av de andre leverandørene har fått anledning til å demonstrere sitt utstyr. Det er derfor noe uklart hva det medisinske personalets anbefalinger med hensyn til bildekvalitet er basert på.

I e-post 2.5.2003 ble deltakerne i konkurransen meddelt at "Etter nøye vurdering og med basis i det for SiV økonomisk mest fordelaktige tilbud er det besluttet å tildele Eterra AS leveransen".

Partenes anførsler:

Klagers anførsler:

Konkurranses grunnlaget er i strid med regelverket for offentlige anskaffelser ved at det er tilpasset Tandbergs videokonferanseløsninger, og flere av punktene i spesifikasjonen som følge av dette ikke er relevante ved valg av videokonferanseutstyr. Det ville vært mulig å lage en generell spesifikasjon som er relevant for markedsstandard videokonferanseløsninger (ITU, H323 og H320 m.v). På direkte forespørsel ga innklagede uttrykk for at oppdragsgiver ønsket tilbud på konkurrerende systemer og at Tandberg-spesifikasjonene ikke var absolutte. Dette er årsaken til at klager valgte å bruke tid og ressurser på å utarbeide tilbud.

Leverandørene er ikke likebehandlet. Klager fikk ikke anledning til å demonstrere sine løsninger. Innklagede har fra før kjennskap til Tandbergs

videokonferanseutstyr, men har ikke sett klagers produkter i bruk. Dette gir Tandbergs utstyr en urimelig fordel. Innklagede skulle forsøkt å kompensere dette ved å la klager demonstrere sitt utstyr. Innklagedes saksbehandling har gjennom dette også vært uforsvarlig. Videokonferanseutstyr lar seg ikke i tilstrekkelig grad beskrive ved bilder og ord. Det er uforsvarlig å avstå fra å få tilbudt utstyr demonstrert, idet grunnlaget for beslutningen om valg av tilbud dermed blir mangelfullt.

Innklagede har ikke i meddelelse om valg av tilbud kunnet gi tilfredsstillende begrunnelse for valg av tilbud. Det er ikke opplyst hvordan tilbudene skåret på de ulike tildelingskriteriene, og heller ikke noe om prisforskjellen mellom klagers tilbud og det valgte tilbudet. Dette medfører at det ikke lar seg etterprøve om oppdragsgiver har valg det (økonomisk) mest fordelaktige tilbud.

Innklagede har anført:

Valg av tilbud er basert på det økonomisk mest fordelaktige ut fra kriteriene i konkurransegrunnlaget. Klager ble rangert som nummer seks i konkurransen om å oppfylle kravspesifikasjonene.

Det ble laget et tilleggskravdokument med presisering på spørsmål fra leverandørene forut for tilbudsfristen. Dette ble sendt til alle leverandørene samtidig. Leverandørene er således likebehandlet.

Å be om demonstrasjon av de tilbudte løsninger var en mulighet for innklagede, ikke obligatorisk. Innklagede fant det ikke aktuelt å be om demonstrasjon fra klager.

Påstanden om brudd på kravet til forsvarlig saksbehandling faller på sin egen urimelighet.

Innklagede er godt kjent med regelverket for offentlige anskaffelser og besitter omfattende kompetanse og erfaringer relatert til IKT-utstyr. Videokonferanseutstyr er i så måte langt fra ukjent, noe som konkurransegrunnlaget og kravspesifikasjonen vitner om. Det har derfor ikke vært nødvendig å benytte ekstern hjelp eller konsultasjon ved vurderinger og valg.

I tilsvaret påpeker innklagede at klager kontaktet SiV etter å ha mottatt anbudsdokumentene, informerte om at firmaets utstyr ikke møtte kravspesifikasjonene, men spurte om SiV allikevel var interessert i å vurdere et tilbud fra firmaet. Dette ble bekreftet og innklagedes tilbud ble tatt med i vurderingen, men nådde ikke opp.

I brev til klagenemnda (e-post av 19 juni 2003) påpeker innklagede imidlertid " Det er (utelukket) at SiV kan anskaffe utstyr som ikke dekker "skal"-kravene i vår kravsspesifikasjon, som er en forutsetning for anskaffelsen. (...) Anbudet ble utlyst som konkurranse med forhandling med behov i tilsvarende eller kompatibelt utstyr. Av de 8 leverte anbud var halvparten akseptable og aktuelle for forhandling".

Det går frem av innklagedes interne notat av 4 april 2003, som var vedlagt denne e-posten, at 4 av 8 leverandører hadde tilbudt Tandbergbaserte løsninger. Klagenemnda legger således til grunn at det bare var denne gruppen innklagede anså akseptable og aktuelle for forhandling.

Innklagede opplyser i e-post av 19 juni 2003 at kravspesifikasjonen i hovedsak ble benyttet for å velge ut hvilke leverandører som kunne levere det teknisk riktige utstyret for SiV. I tillegg ble enkelte av de andre utvalgskriteriene benyttet videre i prosessen for å skille ut hvilken leverandør SiV ønsket å inngå forhandlinger med. Dette gjaldt for eksempel erfaringer/referanser, sikkerhet i driftsprosessen, driftskostnader, service og responstid og opplæringsprogram.

Disse kriteriene ble benyttet ved første og andre gangs gjennomgang av anbudsbesvarelsene for å skille leverandørene. Det var planlagt å benytte disse, og de øvrige kriteriene i kravspesifikasjonen, ved start av forhandlingene.

Klagenemndas vurdering:

Klager har deltatt i konkurransen og har således saklig klageinteresse, jf. forskrift 15.11.2002 om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Anskaffelsen følger etter sin verdi reglene i forskrift 15.6.2001 om offentlige anskaffelser del III, jf. forskriftens §§ 2-2 og 2-3.

Alle tilbudene som baserte seg på Tandberg-produkter oppfylte alle kravene i innklagedes kravspesifikasjon. Ingen av de andre tilbudene basert på andre merker klarte dette. Dette gjør det i utgangspunktet i seg selv vanskelig å utelukke at den tekniske spesifikasjonen i realiteten "omtaler varer av et bestemt fabrikat", jf. forskrift fastsatt ved kgl. res. 15.6.2001 § 12-2. Innklagedes redegjørelser overfor klagenemnda kan til dels trekke i samme retning. En slik spesifikasjon kan benyttes "når kontraktsgjenstanden berettiger det". Klager har gjort gjeldende at markedsstandard videokonferanseløsninger som dekker det som skisseres i punkt 4 (øyensynlig behovsangivelsen i kravspesifikasjonen) ville vært tilstrekkelig i dette tilfellet. Innklagede har imidlertid ikke anført for klagenemnda at det var berettiget å kreve at utstyret var av merket Tandberg i dette tilfellet iht § 12-2, eller at det i realiteten var et slik krav som var fremsatt.

Det avgjørende for vurderingen av denne saken må således bli at innklagede i konkurransegrunnlaget og i svar på konkrete spørsmål ga signaler til leverandørene om at det *ikke* var et krav at merket måtte være Tandberg. Innklagedes uttalelser var videre egnet til å så tvil om "skal-kravene" nødvendigvis var absolutte krav.

I kravspesifikasjonen går det frem at de sykehus SiV skal kommunisere med, i hovedsak har systemer basert på Tandberg 6000, og at systemet for Sykehuset i Vestfold HF må kunne kommunisere "*vanlig*" med ett eller flere av disse systemer. Evalueringsskjemaet gir foranledning til spørsmål om kravet til "problemfri" kommunikasjon med Tandberg 6000 systemene opprinnelig var - eller senere ble - ytterligere kvalifisert uten at dette var blitt gjort tilstrekkelig klart for tilbyderne innledningsvis. Det opplyses i skjemaet: "Hovedvekten av sykehus i Helseregion Sør (HRS) kjører Tandberg systemer. Med tanke på 100% kompatibilitet og samordning i helseregionen er dette et viktig utvalgs-kriterie for SiV". Det fremgår for øvrig også av skjemaet at "(f)or å sikre muligheter for god medisinsk kvalitet velges et system hvor leverandør har erfaring med tilsvarende leveranser til øvrige sykehus i HRS som siv vil ha et nært samarbeide med". Det er således vært ansett viktig at leverandøren har levert utstyr til Helseregion Sør tidligere. Heller ikke dette ble uttrykkelig opplyst i tilbudsforespørselen. På bakgrunn av det faktum som er presentert for nemnda, er det vanskelig å utelukke at klager kan ha rett i at en leverandør for å være aktuell for oppdragsgiver måtte ha levert utstyr fra Tandberg tidligere og tilby dette nå.

Det fremgår av evalueringen at det er lagt vekt på anbefalinger fra medisinsk fagpersonell med hensyn til bildekvalitet. Selv om bildekvalitet etter sin natur må være et poeng i forbindelse med videokonferanseutstyr, finner klagenemnda grunn til bemerke at dette ikke uttrykkelig var oppgitt som et evalueringskriterium i "utvalgs-kriteriene" eller kravspesifikasjonen i tilbudsforespørselen. Det er ikke opplyst hvilket utstyr fagpersonellet har vurdert. Dersom bildekvaliteten var viktig, og dette kan anses å være dekket av noen av de mer generelle kriteriene i tilbudsforespørselen, finner imidlertid klagenemnda det utilfredsstillende at de ulike aktuelle leverandørene ikke fikk anledning til å vise frem sine produkter i bruk. I mangel av klare holdepunkter for at de aktuelle leverandørenes alternative produkter var inkompatible med de Tandberg-løsninger de skulle kommunisere "problemfritt", skulle en demonstrasjon være et poeng også i forhold til dette kriteriet. De opplysninger som er fremlagt for nemnda, gir ikke nemnda tilstrekkelige holdepunkter for å fastslå at det var dokumentert at "problemfri" kommunikasjon basert på annet

enn Tandberg-løsninger var utelukket, uansett om også oppdragsgivers IKT-avdeling "har vært involvert" i anskaffelsesprosessen og "besitter omfattende kompetanse og erfaring relatert til IKT-utstyr"..

En forsvarlig saksbehandling ville etter klagenemndas oppfatning i dette tilfellet tilsi at en testing av bildekvalitet og kommunikasjon for de ulike aktuelle systemene fant sted *før* leverandør ble valgt.

Det er vanskelig for klagenemnda å se at innklagede kan ha foretatt en reell vurdering av kvalitet og kompatibilitet i dette tilfellet, så lenge klager ikke har fått anledning til å vise frem sitt utstyr. Dokumentasjonen for klagenemnda tillater ikke klagenemnda å ta endelig stilling til om de oppstilte krav har vært lovlige, og eventuelt om klagers utstyr tilfredsstillende disse.

Klagenemnda kan etter dette ikke se at innklagedes saksbehandling har vært forsvarlig, og kommer følgelig til at kravet til likebehandling av leverandørene er brutt.

Konklusjon:

Sykehuset i Vestfold har brutt kravet til likebehandling av leverandørene ved gjennomføring av anskaffelse av videokonferanseutstyr.

Klagenemnda ber Sykehuset i Vestfold opplyse innen 4. august 2003 hva som vil bli gjort for å rette opp i de feil som er begått.

For klagenemnda,
26.6.2003

Siri Teigum

Oslo



Forsiden
Nemndsmedlemmer
Saksbehandling
Regelverk
Innkomne saker
Statistikk
Årsrapporter
Dommer
Søk i avgjorte saker

Avgjorte saker:

[2003](#) [2004](#) [2005](#)

Besøksadresse

H. Heyerdalsgate 1
0033 Oslo

Postadresse

Postboks 8132 Dep
0033 Oslo

Tlf.: 22 33 70 10

Faks: 22 33 70 12

E-post:

postmottak@kofa.no

Avgjorte saker

Klagenemndas avgjørelse 26. juni 2003 i sak 2003/108

Klager: Topaas og Haug Entreprenørforretning AS

Innklaget: Oslo kommune

v/friluftsetaten

Klagenemndas medlemmer: Jens Bugge, Morten Goller, Siri Teigum.

Saken gjelder:

Frist for deltakelse i konkurransen. Krav til konkurranse.

Bakgrunn:

Oslo kommune (heretter kalt "innklagede") kunngjorde i Norsk lysingsblads elektroniske database (DOFFIN) 13.5.2003 en konkurranse med forhandling for grunnarbeid på kunstgressbanene på Vestli, Løren og Valle Hovin. Anskaffelsen ble kunngjort etter reglene i forskrift 15.6.2001 om offentlige anskaffelser del III.

Innklagede sendte kunngjøring til Norsk lysingsblad 12.5.2003, og det var i denne satt "Frist for forespørsel om deltakelse" til 19.5.2003.

Topaas og Haug Entreprenørforretning AS (heretter kalt "klager") sendte innklagede en e-post med forespørsel om å få utlevert konkurransegrunnlaget den 21.5.2003 kl. 13.44. Forespørselen ble avvist under henvisning til at fristen for å få utlevert konkurransegrunnlaget gikk ut 19.5.2003.

Partenes anførsler:

Klagers anførsler:

Klager anfører at fristen 19.5.2003 for forespørsel om deltagelse – bare fire virkedager – var så kort at den må ansees for å være i strid med regelverket for offentlige anskaffelser.

Det vises til klagenemndas avgjørelse i sak 2003/22, som i likhet med den foreliggende sak gjaldt frist fastsatt av oppdragsgiver for å levere forespørsel om å få delta i konkurransen. Fristen var i sak 2003/22 fem virkedager. At det der også var tale om å levere inn skatteattest og HMS-erklæring kan ikke medføre at vurderingen av kravene til tidsfristenes lengde kan bli annerledes.

Det er ikke relevant at klager tidligere har meldt sin interesse for å delta i andre konkurranser innenfor fastsatte frister. Heller ikke er det relevant at andre markedsaktører har levert inn forespørsel om å delta i den foreliggende konkurransen innenfor fristen.

I vurderingen av om fristens lengde var for kort, må det legges vekt på at anskaffelsen i kunngjøringen ikke var nøyaktig og presist beskrevet.

En henvendelse fra firmaet Brende i Trøndelag ble avvist da den ble registrert mottatt etter normal arbeidstid, men før kl. 24.00, den 19. mai 2003. Det er således ikke riktig at fristen varte til kl. 24.00.

Innklagedes anførsler:

Innklagede anfører at den angitte fristen ikke var for kort i forhold til kravene i regelverket for offentlige anskaffelser. I følge Norsk lysingsblad skal kunngjøringen med sikkerhet ha blitt lagt inn i DOFFIN senest 12.5.2003 kl. 24. Med frist for å få utlevert konkurransegrunnlaget til den 19.5.2003 kl. 24 er fristen på fem hele virkedager.

Det var av hensyn til likebehandling av andre potensielle leverandører ikke mulig å etterkomme leverandørens ønske om å få utlevert konkurransegrunnlaget etter fristen. Arbeidet som skal utføres er sesongarbeid svært væravhengig. Det var derfor heller ikke mulig å utsette fristen, siden det var viktig å komme i gang med arbeidene.

Innklagede har ved flere anledninger brukt én uke som frist til å melde seg i anskaffelser hvor kjøp etter forhandlinger i ett trinn er brukt. Bransjen er inneforstått med innholdet i prosedyren og dennes frister.

Det var ikke anledning til å avlyse konkurransen, idet den korte fristen ikke kunne sies å utgjøre en saklig grunn for dette. En urettmessig avlysning kunne pådratt innklagede erstatningsansvar.

I sak 2003/22 var det nødvendig for leverandørene å innhente HMS-erklæring og skatteattest, for deretter å sende dette inn sammen med forespørselen om å delta i konkurransen. I den foreliggende sak var det imidlertid ikke krav om annet enn å ta kontakt med innklagede for å få tilsendt konkurransegrunnlaget. Oppdragsgivere må kunne forutsette at en potensiell leverandør, som profesjonell part, holder seg løpende orientert om nye kunngjøringer i DOFFIN-databasen. En frist på fem virkedager er derfor forsvarlig.

Leverandører tar ofte kontakt med oppdragsgivere, herunder innklagede, med ønske om utsatt tilbudsfrist dersom fristen for å få utlevert konkurransegrunnlaget settes for nær fristen for innlevering av tilbud. Fristen ble i denne saken satt for å unngå slike anmodninger om fristutsettelse.

En frist på en uke er for øvrig i samsvar med de anbefalinger Norsk lysingsblad gir på direkte forespørsel fra oppdragsgivere.

Anskaffelsen var tilstrekkelig beskrevet i kunngjøringen.

Klagenemndas vurdering:

Klager har hatt til hensikt å delta i den aktuelle anskaffelsen, og har således

saklig klageinteresse, jf. forskrift 15.11.2002 om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Det er enighet mellom partene om at anskaffelsens verdi ikke overstiger terskelverdiene i forskrift 15.6.2001 om offentlige anskaffelser § 2-2, og således følger reglene i forskriften del III.

I forskriften 15.6.2001 del II er det gitt minstefrister for hvor lang tid leverandørene skal ha for å melde sin interesse for å delta i konkurransen. Fristen skal være 37 dager, men kan i hastetilfeller reduseres til 15 dager, jf. forskriftens §§ 7-3 og 7-4.

I forskriftens del III er det derimot ikke gitt noen regler for dette. Utgangspunktet er da at oppdragsgiver må stå fritt ved fristfastsettelsen, innenfor de grunnleggende krav til konkurransen, jf. lov om offentlige anskaffelser § 5, forskriftens § 3-1 og det alminnelige krav om at konkurransevilkår som fastsettes av oppdragsgiver skal være saklig begrunnet.

Klagenemnda vil når noe bestemt krav til fristen lengde ikke følger av regelverket, være tilbakeholden med å overprøve oppdragsgivers skjønn med hensyn til hvilken frist som i den foreliggende situasjon måtte ansees nødvendig og hensiktsmessig.

Innklagede har pekt på at arbeidet er sesongbetont og væravhengig, og at det derfor er et ønske om å unngå anmodninger fra leverandører om utsettelse av tilbudsfristen som følge av at de har mottatt konkurransegrunnlag sent. Det er således gitt en saklig grunn for fristfastsettelsen.

Klager har ikke anført noen grunn til at han ikke kunne rekke å overholde fristen. Det er heller ikke vist til at andre leverandører ikke har deltatt i konkurransen på grunn av for kort frist. Fristen antas derfor, basert på de fremlagte opplysninger, ikke å ha vært egnet til å virke begrensende på konkurransen.

Saken skiller seg fra klagenemndas sak 2003/22. I den saken var det nødvendig for leverandørene å innhente HMS-erklæring og skatteattest, for deretter å vedlegge dette i forespørselen om å delta i konkurransen. Noe slikt krav var ikke oppstilt i den foreliggende sak, idet en henvendelse på telefon eller e-post ville vært tilstrekkelig.

Konklusjon:

Oslo kommune har ikke brutt regelverket for offentlige anskaffelser ved fastsettelse av frist for forespørsler om å delta i konkurranse om utførelse av grunnarbeid på kunstgressbane på Vestli, Løren og Valle Hovin.

For klagenemnda,
2003.

Morten Goller

26. juni



Forsiden
Nemndsmedlemmer
Saksbehandling
Regelverk
Innkomne saker
Statistikk
Årsrapporter
Dommer
Søk i avgjorte saker

Avgjorte saker:
[2003](#) [2004](#) [2005](#)

Besøksadresse
H. Heyerdalsgate 1
0033 Oslo

Postadresse
Postboks 8132 Dep
0033 Oslo

Tlf.: 22 33 70 10

Faks: 22 33 70 12

E-post:

postmottak@kofa.no

Avgjorte saker

Klagenemndas avgjørelse 26.6.2003 i sak 2003/109

Klager: Norske Arkitekters Landsforbund

og

Norges Praktiserende Arkitekter

Innklaget: Studentsamskipnaden i Oslo

Klagenemndas medlemmer: Jens Bugge, Morten Goller, Siri Teigum.

Klagesaken gjelder:

Forholdet mellom plan- og designkonkurranse og anbudskonkurranse. Tidsfrister for innlevering av tilbud. Forhandlingsforbudet ved anbudskonkurranser. Antall deltakere ved begrenset anbudskonkurranse. Kvalifikasjonskrav og tildelingskriterier.

Bakgrunn:

Studentsamskipnaden i Oslo (heretter kalt "innklagede") kunngjorde 8.5.2003 i DOFFIN-databasen en konkurranse for anskaffelse av arkitekttjenester. I kunngjøringen ble både betegnelsen "Hastetilfelle – begrenset anbudskonkurranse" og "invitasjon til begrenset arkitektkonkurranse" benyttet. Kontraktens varighet ble angitt å være 18 måneder og omfattet "Utarbeidelse av materiale for forprosjekt, materiale for søknad om rammetillatelse og igangsettingstillatelse, anbudsmateriale for totalentreprise, prosjektering og gjennomføring av denne". Frist for forespørsel om deltakelse var satt til 19.5.2003.

Det var utarbeidet et eget konkurransegrunnlag, som ble sendt til leverandørene den 19.5.2003. Tilbudsfristen ble oppgitt å være 2.6.2003. Det ble i konkurransegrunnlaget stilt følgende kvalifikasjonskrav: 1. Dokumentert erfaring med studentboligprosjekt, 2. Dokumentert kapasitet iht. vedlagt fremdriftsplan og 3. Kontor i Oslo.

Tildelingskriteriene var:

"- *Pris/honorar*

o *Forprosjekt*

- o *Hele prosjektet*
- *Totalvurdering av prosjektet med vekt på byggekost og livsløpkostnad i form av fremtidige driftskostnader.*
- *Arealeffektivitet; Hensiktmessig arealutnyttelse og gode planløsninger (Prosjektet er delvis finansiert ved statstilskudd som er knyttet opp til antall beboere)*
- *Arkitektonisk kvalitet*
- *Referanser”*

Det ble videre presisert at det innsendte materialet måtte inneholde:

” 1. Skisseforslag

- *skisser, 1:200 av:*
 - o *Oppriss, fasade*
 - o *Etasjeplaner*
 - o *Perspektivskisse*
- *Modell over arbeidet forventes ikke.*

2. Pris:

- *Forprosjekt*
- *Hele prosjektet som en totalentreprisekontrakt*

3. Referanseprosjekter”.

Det ble angitt enkelte elementer for ønsket romprogram, herunder at bygget skal romme minimum 150 studenter, fellesvaskeri og at 10% av boenhetene tilrettelegges for bevegelseshemmede.

Flere arkitekter har meddelt innklagede at de vil avstå fra konkurransen som følge av at det ikke var nedsatt en jury som skulle vurdere forslagene, manglende honorering av prosjektforslagene og knappe tidsfrister. En leverandør sendte videre e-post til innklagede 20.5.2003 hvor det fremgikk at:

”Vi lurer på om det er nedsatt noen jury som skal arbeide 2.juni – 3.juni og om det er noen arkitekter i denne juryen?

Vi ønsker jo at vårt arbeid skal bli rettferdig, faglig bedømt med en skriftlig begrunnelse av prosjektene”.

I e-post tilbake opplyste innklagede at kriteriene forslagene vil bli bedømt etter fremgår av konkurransegrunnlaget. Det ble videre opplyst at:

"Vi forutsetter at vi som oppdragsgiver selv er istand til å foreta en vurdering av konkurranseforslag ut i fra de konkurransevilkår/-parametre som vi har oppstilt i grunnlaget.

Dersom De er usikker på hvorvidt De kan ha tillit til oss som oppdragsgiver finner vi grunn til å nevne at deltakelse i konkurransen er frivillig og at det fra vår side ikke synes som et heldig utgangspunkt for et evt. videre samarbeide".

Partenes anførsler

Klagers anførsler:

Konkurransen er kunngjort som tjenestekjøp "Under terskelverdi". Dette er feil. Det skal bygges ca. 5000 m2 kombinert bolig/næring. Samlede byggekostnader vil ligge i størrelsesorden 60-70 millioner kroner. Dette betinger en samlet prosjekteringsinnsats på langt over terskelverdien på 1,3 mill. kr.

Konkurransen er i realiteten en plan- og designkonkurranse. At den er betegnet som en begrenset anbudskonkurranse er derfor feil. Deltakerne i konkurransen skal utarbeide løsningsforslag og i tillegg gi tilbud på honorar for prosjekteringsarbeidet. I en anbudskonkurranse er det forhandlingsforbud. Løsningsforslaget vil aldri være helt identisk med det endelige prosjektet, og det vil derfor ikke være mulig å komme frem til en bindende anbudspris uten å forhandle etter avsluttet konkurranse.

Deltakerne er gitt to uker til å arbeide med oppgaven, noe som er en uforsvarlig kort frist.

Det er benyttet "Hasteparagrafen" i forskriften uten å angi i kunngjøring hva som berettiger til dette, og uten at det foreligger gyldig grunn.

Viktige opplysninger er utelatt i kunngjøringen. Blant annet gjelder dette antall deltakere som vil bli valgt ut for å delta i konkurransen.

Det er i strid med regelverket å oppstille krav om at leverandørene må ha kontor i Oslo, idet dette diskriminerer leverandørene på grunnlag av lokal tilhørighet.

Krav om at selskapet skal dokumentere tidligere erfaring med studentboliger er unødvendig konkurransebegrensende. Dette er ikke en spesiell eller krevende type oppgave. Det må være tilstrekkelig å dokumentere erfaring med prosjektering av boliganlegg. Siden innklagede er den helt dominerende aktør i bygging av studentboliger i Oslo-området vil kombinasjonen av dette kravet, og kravet om kontor i Oslo medføre at alle kandidater som ikke har hatt innklagede som oppdragsgivere tidligere blir utelukket fra konkurransen.

Tildelingskriteriet "referanser" er i strid med regelverket.

Innklagede har utvist utilbørlig og diskriminerende opptreden. En av leverandørene har i e-post stilt et naturlig spørsmål. Det er myndighetsmisbruk når innklagede i svar tilbake uttaler at spørsmålet røper slik mistillit til innklagede at vedkommende ikke anses aktuell for eventuelt senere oppdrag.

Innklagede anfører:

Det er verdien av kontrakten mellom innklagede og arkitekten som må legges til grunn ved vurderingen av om det er forskriftens del II eller del III som kommer til anvendelse. Det er tale om separate kontrakter og kontraktstyper med

forskjellige fag- og yrkesgrupper.

Anskaffelsen er kunngjort som en begrenset anbudskonkurranse. Hvilken type konkurranse det er tale om må avgjøres ut fra dens innhold. Det er i det vesentligste økonomiske forhold som innklagede, ikke en jury, skal benytte ved valg av tilbud. Det er således tale om en "ren" anbudssituasjon. Det vesentligste av arbeidet knyttet til utforming av løsningsforslag vil bestå i utarbeidelse av illustrasjoner. Dette endrer ikke realiteten i konkurransen.

Konkurransen er utlyst etter forskriften del III. Innklagede har ikke påberopt seg hasteparagrafen i forskriften § 7-4. Det er imidlertid lagt opp til en streng fremdrift i saken, og meningen har vært å fremheve dette. De tidsmessige rammer var et vilkår for prosjektets eksistens og ikke gjenstand for innklagedes kontroll. Vedkommende eiendom har vært gjenstand for årelang forhandling med Statsbygg, hvor hensikten har vært å komme frem til vilkår som begge parter har kunnet akseptere. Dette har ikke lyktes, og prosjektet ble "lagt død" for en tid tilbake. På bakgrunn av dialog mellom andre parter via ulike politiske kanaler og føringer ble innklagede først i begynnelsen av mai informert om at prosjektet allikevel kanskje kunne realiseres som et studentboligprosjekt. Dette betinger imidlertid en fremdrift som innebærer at bygge- og gravarbeid igangsettes inneværende år. Dette er rammebetingelser innklagede må forholde seg til selv om en meget stram fremdrift oppleves som kort og ubehagelig for leverandørene. Tilbudsfristen er således tilstrekkelig i forhold til regelverkets krav.

Regelverket åpner for at oppdragsgiver kan fastsette en øvre eller nedre grense for antall deltakere. Dette innebærer at oppdragsgiver står fritt til å velge dette eller å la være.

De innkomne forslag blir vurdert og evaluert slik de foreligger. Anførselen om at den valgte konkurranseform forutsetter forhandlinger etter at tilbud er valgt må derfor avvises. Det kan ikke tas stilling til om etterfølgende forhandlinger er nødvendig uten å kjenne innholdet i de innkomne forslag.

Krav om kontor i Oslo innebærer at leverandøren som velges forplikter seg til å opprette en kontorplass i Oslo, for eksempel ved at man leier seg plass i et kontorfellesskap. Dette står det alle utenbys arkitekter fritt til å gjøre, og det er således ikke noen diskriminering.

Etter innklagedes vurdering er det påkrevd med erfaring fra studentboliger for å kunne prosjektere optimalt i forhold til en studentsamskipnads særskilte behov. Prosjektets stramme fremdrift øker også kravet til dette. Vilkåret er ikke usaklig konkurransebegrensende.

Det ble stilt krav om dokumentert erfaring fra studentboliger i konkurransegrunnlaget. Klager har ikke evnet å forstå de faktiske forhold og klagers problemstilling er uriktig. Nedre grense for dokumentasjon av alle prekvalifiseringsvilkårene anser innklagede oppfylt ved inneståelseserklæring fra deltakerne. I konkurransegrunnlagets er "referanser" oppført som tildelingskriterium. Med dette siktes det i utgangspunktet til de mer subjektive forhold hos leverandøren, som for eksempel samarbeidsevne, ryddighet etc. Det er derfor ulike forhold som bes dokumentert.

Det er ikke utilbørlig eller diskriminerende å påpeke overfor en konkurransedeltaker at en eventuell mistillit i forhold til oppdragsgiver og dennes vurderingsevne er et uheldig utgangspunkt for et eventuelt videre samarbeid.

Klagenemndas vurdering:

Den aktuelle anskaffelsen retter seg blant annet mot yrkesgruppen arkitekter. Som henholdsvis medlemsorganisasjon og bransjeorganisasjon for arkitekter, finner klagenemnda at Norske Arkitekters Landsforbund og Norges

Praktiserende Arkitekter ANS har saklig klageinteresse, jf. forskrift fastsatt ved kgl. res. 15.11.2002 nr. 1288 om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig.

Terskelverdi og hvilke deler av regelverket som kommer til anvendelse

Forskrift av 15.6.2001 om offentlige anskaffelser del II gjelder for kontrakter der den anslåtte verdi, eksklusiv merverdiavgift, overstiger 1,6 mill. kroner eks. mva. for vare- og tjenestekontrakter og 40,5 mill. kroner eks. mva. for bygge- og anleggskontrakter, jf. forskriften § 2-2 (1). For statlige oppdragsgivere er terskelverdien 1,3 mill. kroner eks. mva. for vare- og tjenestekontrakter, jf. forskriften § 2-2 (2).

Forskriften definerer bygge- og anleggskontrakter som "kontrakt som omhandler enten utførelse, eller både utførelse og planlegging av arbeider....", jf. forskriften § 1-4 bokstav c). Det er uomstridt at den påtenkte kontrakten med arkitekt ikke gjelder utførelse av byggearbeider, og det således tale om anskaffelse av en tjenestekontrakt. Klagenemnda kan da ikke se at det er grunnlag for å legge sammen verdien av tjenestekontrakten med verdien av eventuelt senere bygge- og anleggsarbeider ved vurderingen av anskaffelsens verdi.

Oppdragsgiver plikter å gjøre en forsvarlig vurdering av anskaffelsens antatte verdi på kunngjøringstidspunktet. Det er ikke fremlagt tilstrekkelig informasjon til å vurdere om innklagedes forutsetning om at anskaffelsens verdi ikke overstiger 1,6 mill. kroner var forsvarlig. Klagenemnda vil derfor begrense seg til å vurdere om regelverket er brutt innenfor den prosedyre innklagede faktisk har benyttet, dvs. forskriftens del III.

Tidsfrister og hasteprosedyrer

Utgangspunktet er at tilbudsfristen skal fastsettes slik at leverandørene får tilstrekkelig tid til å foreta de nødvendige undersøkelser og beregninger, jf. forskriften § 14-1. Det er i regelverkets del III ikke noen bestemmelse om hastetilfeller som kan betinge kortere tilbudsfrister, slik som i forskriften § 7-4. At det haster å gjennomføre anskaffelsen vil imidlertid være et tungtveiende moment ved vurdering av om det er gitt tilstrekkelig tid etter forskriftens § 14-1.

Tilbudsfristen var fra 19.5.2003 til 2.6.2003, og således svært kort. Det er imidlertid ikke, slik som i forskriftens del II, gitt konkrete minimumsfrister for innlevering av tilbud i forskriftens del III. Vurderingen vil derfor måtte bli konkret, og klagenemnda vil være tilbakeholden med å overprøve innklagedes skjønn, så lenge fristen er saklig begrunnet og den faktisk ikke har vært til hinder for konkurranse.

Leverandørene hadde naturlig et behov for noe lengre tidsfrister for utarbeidelsen av tilbudene i den foreliggende sak, enn hva som er vanlig. Klagenemnda viser her til at det blant annet skulle utarbeides skisser som skulle vedlegges tilbudet.

På den annen side har innklagede gitt en forklaring på hvorfor innklagede anså det nødvendig med en så knapp frist, og anført at årsaken til behov lå utenfor innklagedes kontroll. Etter klagenemndas oppfatning, har innklagede med dette gitt en saklig grunn for fristfastsettelsen.

Det er da ikke grunnlag for klagenemnda til å konkludere med at fristen var i strid med forskriftens § 14-1.

Prosedyre

Anskaffelsen er kunngjort som en begrenset anbudskonkurranse, og dette er

også forutsatt i konkurransegrunnlaget. Klagenemnda kan da ikke se at det er grunnlag for å anføre at prosedyren i realiteten er en plan- og designkonkurranse, jf. forskriften § 18-1 og § 1-4 bokstav l). En plan- og designkonkurranse forutsetter oppnevning av en jury, og har regler om hvordan juryen skal sammensettes. Noen jury er ikke nedsatt i den foreliggende konkurransen. Klagenemnda kan ikke se at leverandørene kan ha noe rettslig krav på at en konkurranse skal skje i form av oppnevning av en jury eller for øvrig kunngjøres som en plan- og designkonkurranse.

Klagenemnda kan ikke se noe rettslig forbud mot at det som en del av tilbudet i en anbudskonkurranse skal utarbeides illustrasjoner, og at disse blir vurdert i forhold til de angitte tildelingskriteriene. At det skal utarbeides illustrasjoner kan således ikke i seg selv medføre at det er tale om en plan- og designkonkurranse.

Om det vil vise seg å være nødvendig med forhandlinger mellom leverandør og oppdragsgiver etter inngåelsen av kontrakt, vil i stor grad avhenge av hvordan kontrakten utformes. Videre er utgangspunktet at forhandlingsforbudet bare gjelder frem til tildeling av kontrakt, jf. forskriftens § 16-1 og klagenemndas avgjørelse i sak 2003/58 (Trondheim kommune).

Fastsettelse av antall deltakere i konkurransen

Ved begrenset anbudskonkurranse kan oppdragsgiver fastsette en øvre og en nedre grense for antallet leverandører som skal inviteres til å delta, jf. forskriftens § 15-4 (2). Oppdragsgiver kan således velge å ikke fastsette noen grense, for dermed å overlate dette til en konkret vurdering i etterhånd. Klagenemnda kan på denne bakgrunn ikke se at innklagede har brutt forskriftens § 15-4 ved ikke å angi antall deltakere som skal være med i konkurransen.

Krav om kontor i Oslo

Oppdragsgiver skal ikke diskriminere leverandører på grunn av nasjonalitet eller lokal tilhørighet, jf. forskriftens § 3-1 (3). Å stille krav om kontor i Oslo vil være en diskriminering av leverandører som ikke har kontor i Oslo, og således være i strid med bestemmelsen. Innklagedes anførsel om at kravet bare forplikter leverandørene til å opprette en kontorplass i Oslo har ikke støtte i kunngjøringsteksten.

Klagenemnda finner etter dette at innklagede har brutt diskrimineringsforbudet i forskriftens § 3-1 (3) ved å stille krav om at leverandørene skal ha kontor i Oslo.

Krav om erfaring fra studentboliger

Oppdragsgiver kan stille krav til leverandørene, herunder til leverandørenes tekniske kvalifikasjoner, jf. forskriftens § 12-5 (1). Kravene skal sikre at leverandørene er egnet til å kunne oppfylle kontraktsforpliktelsene og skal stå i forhold til den ytelse som skal leveres, jf. forskriftens § 12-5 (2).

I vurderingen av om et krav til leverandørene er egnet til å kunne oppfylle kontraktsforpliktelsene, og om kravet står i forhold til den ytelse som skal leveres, må oppdragsgiver ha et betydelig skjønn. Det avgjørende må være om oppdragsgiver har gjort en saklig og forsvarlig vurdering ved fastsettingen av de kvalitative kravene. Klagenemndas kompetanse til å underkjenne oppdragsgivers skjønnutøvelse vil på dette punkt være begrenset til tilfeller hvor skjønnen fremstår som usaklig, vilkårlig eller kvalifisert urimelig.

Klagenemnda vurderte en lignende problemstilling i sak 2003/31 (Asker kommune). Det var her blant annet tale om erfaring med bygging av skoler, mens det i foreliggende sak er tale om erfaring med bygging av studentboliger.

Det kan ha vært saklig begrunnet å stille krav om erfaring fra studentboligprosjekter. Spørsmålet er om kravet står i forhold til den ytelse som skal leveres.

Klagenemnda antar det i denne vurderingen kan være relevant å legge vekt både på oppdragets kompleksitet og vanskelighetsgrad, og på hvor mye det hastet med å gjennomføre prosjektet. Klagenemnda finner grunn til å uttrykke tvil om dette spørsmålet, og kan i utgangspunktet vanskelig å se at studentboliger skiller seg så vesentlig fra prosjektering og bygging av andre hybelhus mv. Klagenemnda har likevel ikke nok faktum i den foreliggende sak til å konkludere i dette spørsmålet.

Bruk av referanser som tildelingskriterium

Referanser er av innklagede benyttet både som grunnlag for å vurdere leverandørenes kvalifikasjoner og til å vurdere tilbudets økonomiske verdi (forventet kvalitet).

Vurderingen av kvalifikasjonskravene og tildelingskriteriene er to atskilte prosesser med ulikt formål. Klagenemnda kan ikke se at regelverket er til hinder for at referanser benyttes både til å vurdere om leverandørene oppfyller kvalifikasjonskravene og til å vurdere tilbudets økonomiske verdi (kvalitet).

Utilbørlig og diskriminerende uttalelser

Klagenemnda kan ikke se at innklagede ved sin uttalelse, selv om den er tilspisset i formen, har brutt regelverket for offentlige anskaffelser.

Konklusjon:

Studentsamskipnaden i Oslo har brutt ikke-diskrimineringsforbudet i forskriftens § 3-1 (3) ved å stille krav om at leverandørene skal ha kontor i Oslo. For øvrig tas klagen ikke til følge.

For klagenemnda,
26.6.2003

Morten Goller



Forsiden
Nemndsmedlemmer
Saksbehandling
Regelverk
Innkomne saker
Statistikk
Årsrapporter
Dommer
Søk i avgjorte saker

Avgjorte saker:

[2003](#) [2004](#) [2005](#)

Besøksadresse

H. Heyerdalsgate 1
0033 Oslo

Postadresse

Postboks 8132 Dep
0033 Oslo

Tlf.: 22 33 70 10

Faks: 22 33 70 12

E-post:

postmottak@kofa.no

Avgjorte saker

Klagenemndas avgjørelse 19. juni 2003 i sak 2003/25

Klager: Bravida Sør AS

Baneveien 32

3612 Kongsberg

Prosessfullmektig: Simonsen Føyen Advokatfirma

v/ advokatfullmektig Lillann Bugge

Postboks 6641 St. Olavs Plass

Innklaget: Kongsberg kommune v/ Kongsberg kommunale eiendom
KF

Postboks 115

3602 Kongsberg

Klagenemndas medlemmer: Per Christiansen, Inger Marie Dons Jensen,
Andreas Wahl

Saken gjelder: Plikt til å kunngjøre, adgangen til å angi bestemte fabrikater i de tekniske spesifikasjonene, plikt til å opplyse om tildelingskriteriene, avvisning, oppdragsgivers adgang til å oppjustere tilbudsprisen etter tilbudsåpningen, begrunnelsesplikt, erstatning for positiv kontraktsinteresse.

Bakgrunn:

Saken gjelder anskaffelsen av et nytt elektroteknisk anlegg til en fløy av Gamlegrendåsen skole i Kongsberg kommune. Kongsberg kommune v/ Kongsberg kommunale eiendom KF (heretter kalt "innklagede") var byggherre for prosjektet. Innklagede satte den praktiske gjennomføringen av anskaffelsen bort til ingeniørfirmaet Kåre Skallerud AS (heretter kalt "KS"). På vegne av

innklagede inviterte KS i løpet av første halvår 2002 enkelte utvalgte leverandører til en begrenset anbudskonkurranse. Anbudskonkurransen ble ikke kunngjort i Norsk lysingsblads elektroniske database (DOFFIN).

I konkurransegrunnlaget var de tekniske spesifikasjonene for belyningsutstyr beskrevet på følgende måte:

"Komponentliste:

Vedlagt komponentliste som angir hvilke armaturer eller funksjonskrav som skal legges til grunn for anbudet. For enkelte armaturkoder er det et overordnet krav at visse typer skal tilbys, for andre armaturkoder er dette mindre viktig. I komponentlisten er denne forskjellen angitt i nest siste kolonne hvor "Ja" betyr at tilsvarende typer kan tilbys, mens "Nei" betyr at beskrevet produkt skal tilbys".

I komponentlisten var det oppgitt at produsenten Fagerhult skulle benyttes for alle armaturene, med unntak av en type armaturer, hvor produsenten Defa skulle benyttes. Det var videre markert at det var adgang til å tilby alternative typer for samtlige armaturer.

I konkurransegrunnlaget var det ikke opplyst om kontrakten skulle tildeles tilbudet med lavest pris eller det økonomisk mest fordelaktige tilbudet. Det var heller ikke oppgitt noen tildelingskriterier. Konkurransegrunnlaget henviste imidlertid til dokumentet "Anbudsdokumenter - Del II. Generelle anbuds- og kontraktsbestemmelser", som klager fikk tilsendt over ni måneder etter at tilbudsfristen løp ut. Her fremgikk at kontrakten skulle tildeles det økonomisk mest fordelaktige tilbudet, og at tildelingskriteriene var "pris og anbyders kapasitet, samt tekniske, økonomiske, administrative kvalifikasjoner, service, referanser og teknisk bistand (best anbudprinsippet)".

Tilbudsfristen var 17.6.2002. Syv leverandører leverte tilbud innen fristen. En av disse var Bravida Sør AS (heretter kalt "klager"). Tilbudsprisen var på 899.314 kroner, hvilket utgjorde den laveste tilbudsprisen blant de innkomne tilbudene. Klager hadde tilbudt armaturer fra Thorn Lighting AS.

Innklagedes rådgivende ingeniør, KS, sammenlignet tilbudene. Alle tilbudene, bortsett fra det fra klager, benyttet lysarmaturer fra Fagerhult. For å gjøre alle tilbudene sammenlignbare, la KS til 94.227 kroner til klagers tilbudspris. KS skriver i sin innstilling: "For å få en mest mulig rettferdig vurdering/nullstilling har vi brukt det gamle og allment aksepterte prinsipp med å benytte gjennomsnittet av pristilbudene på de øvrige anbyderes post 442. Dette er således ikke noe påslag, men en nullstilling!" Med dette tillegget endte klagers tilbud opp som det tredje billigste tilbudet.

KS utarbeidet en innstilling til valg av tilbud den 19.6.2002. Klager ble gjort kjent med denne innstillingen, og protesterte mot de vurderinger som var gjort. KS sendte klager en mer utførlig begrunnelse for innstillingen den 29.7.2002. Den 20.8.2002 vedtok plan- og byggekomiteen i Kongsberg kommune å tildele Krøderen Elektro AS kontrakten. Innklagede meddelte klager dette vedtaket i brev av 23.8.2002. Her fremgikk at Krøderen Elektro AS var "billigste anbyder... etter våre vurderinger". Det fremgikk videre at hovedgrunnen til at klagers tilbud ikke ble valgt, var at belyningsutstyret klager tilbød ikke ble vurdert som tilfredsstillende. Brevet inneholdt ingen frist til å klage over beslutningen. I brev til klager av 18.10.2002 opplyste innklagede at kontrakt var inngått den 8.10.2002.

Anførsler:

Klagers anførsler:

Innklagede har brutt forskrift 15.6.2001 om offentlige anskaffelser § 13-1 ved ikke å kunngjøre anskaffelsen i Norsk lysingsblads elektroniske database

(DOFFIN).

Innklagede har handlet i strid med § 12-2 ved å benytte tekniske spesifikasjoner som omtaler varer av et bestemt fabrikkat.

Innklagede har brutt § 17-2 ved å unnlate å opplyse om tildeling av kontrakten skal skje på basis av det økonomisk mest fordelaktige tilbudet, eller utelukkende ut fra hvilket tilbud som har den laveste prisen. Konsekvensen er at innklagede plikket å velge tilbudet med lavest pris, og at klager derfor skulle ha blitt tildelt kontrakten. Subsidiært anføres at innklagede har brutt § 12-1(1) bokstav b) 4 og § 17-2(2) ved ikke å oppgi hvilke tildelingskriterier som lå til grunn for valget i konkurransegrunnlaget.

De lysarmaturer klager tilbød var av tilsvarende kvalitet som lysarmaturer fra Fagerhult. Av den grunn hadde innklagede ikke adgang til å avvise klagers tilbud etter forskriftens § 15-10.

Innklagede hadde ikke adgang til å oppjustere klagers tilbudspris. Under ingen omstendigheter var det adgang til å gjøre endringer i tilbudet etter tilbudsfristens utløp, jf. §16-1(1). Dessuten var klagers tilbud i samsvar med de tekniske spesifikasjonene, ettersom konkurransegrunnlaget åpnet for alternative lysarmaturer.

Innklagede har brutt § 17-3(1) ved ikke å gi klager en skriftlig meddelelse om valg av tilbud i rimelig tid før kontrakt ble inngått. Det følger da at innklagede i tillegg har brutt plikten til å begrunne valg av tilbud i § 17-3(2).

Vilkårene for erstatning for henholdsvis den positive eller den negative kontraktsinteressen er oppfylt.

Innklagedes anførsler:

Innklagede erkjenner at unnlattelsen av å kunngjøre anskaffelsen var i strid med regelverket om offentlige anskaffelser. Dette har imidlertid ikke hatt betydning for klager, ettersom firmaet ble invitert til å levere tilbud.

De lysarmaturer klager tilbød tilfredsstilte ikke de krav til form, design, materialbruk og belysningstekniske egenskaper som fulgte av konkurransegrunnlaget. Klager hadde derfor i realiteten ikke levert tilbud på denne posten, og klagers tilbud kunne på dette grunnlag ha blitt avvist.

Dette medførte også at innklagede måtte oppjustere klagers tilbudspris for å gjøre den sammenlignbar med de øvrige tilbudene. Innklagede anfører at *"En sammenligning av prisene her vil derfor ikke bli rettfærdig da dette utstyret er adskillig rimeligere innkjøp. For å få en rimelig nullstilling har vi for denne post 442 justert opp til gjennomsnittet av de øvrige anbydere"*.

Klagenemndas vurdering:

Klager har deltatt i den aktuelle konkurransen og har således saklig klageinteresse, jf. forskrift 15.11.2002 om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig.

Anskaffelsens verdi er beregnet til under EØS' terskelverdier, og anskaffelsen reguleres følgelig av forskrift 16.6.2001 om offentlige anskaffelser del III, jf. § 2-1(2) jf. § 2-2(1).

Plikt til å kunngjøre anskaffelsen

Oppdragsgiver plikter i følge § 13-1 å kunngjøre alle offentlige anskaffelser hvor

anskaffelsens verdi overstiger 200.000 kroner. Innklagede erkjenner å ha brutt denne bestemmelsen.

Utformingen av de tekniske spesifikasjonene

Tekniske spesifikasjoner i konkurransegrunnlaget omhandles i forskrift om offentlige anskaffelser § 12-2(2):

"Det kan ikke benyttes tekniske spesifikasjoner som omtaler varer av et bestemt fabrikk eller opprinnelse, eller angir en særlig produksjonsmetode, dersom dette favoriserer enkelte foretak. En slik spesifikasjon kan likevel foretas når kontraktsgjenstanden berettiger til det. Det er heller ikke tillatt å angi varemerker, patenter eller typer. Kan kontraktsgjenstanden ikke beskrives tilfredsstillende på annen måte, er det likevel tillatt å bruke slik angivelse når den er ledsaget av ordene "eller tilsvarende"."

Innklagede har ikke godtgjort overfor klagenemnda at belyningsutstyret ikke kunne beskrives uten henvisning til et bestemt fabrikk. Innklagede har følgelig utformet de tekniske spesifikasjonene i strid med § 12-2(2).

Kriterier for valg av tilbud

Oppdragsgiver har plikt til å opplyse i konkurransegrunnlaget om kontrakten skal tildeles tilbudet med lavest pris eller det økonomisk mest fordelaktige tilbudet, jf. § 12-1(1) bokstav b) 4. Når denne plikten ikke er overholdt, blir spørsmålet hvilket av disse to kriteriene som skal legges til grunn for valget. I § 17-2 fremstår valg av tilbud på grunnlag av laveste pris som det fravelige utgangspunkt, jf. KOFA 2003/11. Dersom annet enn pris skal vektlegges, skal dette fremgå ved at oppdragsgiver opplyser i kunngjøringen eller i konkurransegrunnlaget at det økonomisk mest fordelaktige tilbudet vil bli valgt. Klagenemnda er av den oppfatning at når dette ikke er gjort, er konsekvensen at innklagede pliktet, ved valg av tilbud, å velge tilbudet med lavest pris. "Anbudsdokumenter – Del II. Generelle anbuds- og kontraktsbestemmelser" må det ses bort fra, ettersom dette dokumentet først ble sendt ut ni måneder etter tilbudsfristens utløp.

Adgang til å avvise klagers tilbud

På bakgrunn av foreliggende dokumentasjon har klagenemnda ikke grunnlag for å ta stilling til om belyningsutstyret klager tilbød var av tilsvarende kvalitet som belyningsutstyr fra Fagerhult. Klagenemnda bemerker at innklagede ikke har avvist klagers tilbud.

Adgang til å oppjustere klagers tilbudspris

Det fremgår av materialet i saken at innklagede vurderte de lysarmaturer klager tilbød som av dårligere kvalitet enn Fagerhult. For å utligne denne kvalitetsforskjellen ved sammenligningen av tilbudene, ga innklagede derfor klagers tilbud et påslag i prisen. Som nevnt finner imidlertid klagenemnda at innklagede i den foreliggende situasjon ikke hadde adgang til å vektlegge andre kriterier enn pris ved valg av tilbud. Klagenemnda finner da at innklagede ikke hadde adgang til å legge til grunn en "oppjustert" pris ved sammenligning av tilbudene.

Brudd på § 17-3

Oppdragsgivers beslutning om hvem som skal tildeles kontrakt, skal meddeles samtlige deltakere i konkurransen i rimelig tid før kontrakt inngås, jf. § 17-3(1). Denne meddelelsen skal innholde en begrunnelse, og det skal samtidig angis en frist for leverandører til å klage over beslutningen, jf. § 17-3(2). Formålet med disse reglene er å gi leverandørene en reell mulighet til å etterprøve og eventuelt påklage oppdragsgivers beslutning før kontrakt inngås.

Innklagede har meddelt klager valg av tilbud i brev av 23.8.2002. Meddelelsen henviser til de innstillinger og redegjørelser klager har mottatt fra KS. Blant disse dokumentene er en oversikt over tilbudsprisene til de fire billigste tilbudene. Disse dokumentene må ses under ett ved vurderingen av om innklagede har oppfylt begrunnelsesplikten etter § 17-3(2). På denne bakgrunn finner nemnda at innklagede har oppfylt begrunnelsesplikten.

Innklagede har forsømt å gi klager en frist til å klage over beslutningen før kontrakt ble inngått. Klagenemnda finner at innklagede har brutt plikten i § 17-3(2) til å gi klager en frist til å klage over beslutningen om valg av tilbud.

Erstatning

Utgangspunktet er at klager kan kreve erstatning for den positive kontraktsinteressen dersom det foreligger vesentlige brudd på regelverket, og det samtidig er klar sannsynlighetsovervekt for at klagers tilbud skulle ha vært valgt, jf. Rt. 2001 s. 1062 (Nucleus). I vurderingen av om en feil er vesentlig må det legges vekt feilens størrelse, type feil og i hvilken grad oppdragsgiver kan lastes for feilen.

Klagenemnda finner det ikke godtgjort, slik saken foreligger for klagenemnda, at det er klar sannsynlighetsovervekt for at klagers tilbud ville ha blitt valgt dersom innklagede hadde gjennomført anskaffelsen i samsvar med regelverket. Det vises her til at nemnda ikke har tilstrekkelig grunnlag for å avgjøre om innklagede hadde adgang til å avvise klagers tilbud.

Konklusjon:

Innklagede brøt forskrift om offentlige anskaffelser § 13-1 ved ikke å kunngjøre anskaffelsen.

Innklagede brøt § 12-2(2) ved å benytte et bestemt fabrikkat i kravspesifikasjonen.

Innklagede overholdt ikke plikten til å opplyse i konkurransegrunnlaget om tildelingen av kontrakt skulle skje på grunnlag av det økonomisk mest fordelaktige tilbudet, eller utelukkende ut fra hvilket tilbud som hadde den laveste prisen, jf. § 12-1(1) bokstav b) 4. Innklagede pliktet da å velge tilbudet med lavest pris.

Klagenemnda har ikke grunnlag for å ta stilling til om innklagede hadde adgang til å avvise klagers tilbud etter forskriftens § 15-10.

Innklagede brøt regelverket ved å oppjustere klagers tilbudspris.

Innklagede brøt § 17-3(2) ved ikke å gi klager frist til å klage over beslutningen om valg av tilbud i rimelig tid før kontrakt ble inngått.

Klagenemnda finner det ikke godtgjort at vilkårene for å få erstattet den positive kontraktsinteressen er oppfylt.

For klagenemnda,
26.6.2003

Per Christiansen,



Forsiden
Nemndsmedlemmer
Saksbehandling
Regelverk
Innkomne saker
Statistikk
Årsrapporter
Dommer
Søk i avgjorte saker

Avgjorte saker:

[2003](#) [2004](#) [2005](#)

Besøksadresse

H. Heyerdalsgate 1
0033 Oslo

Postadresse

Postboks 8132 Dep
0033 Oslo

Tlf.: 22 33 70 10

Faks: 22 33 70 12

E-post:

postmottak@kofa.no

Avgjorte saker

Klagenemndas avgjørelse 19. juni 2003 i sak 2003/61

Klager: Klinikk Stokkan Tromsø AS
Skippergt. 7a
9008 Tromsø

Prosessfullmektig: Advokatfirmaet Steenstrup Stordrange
v/ advokat Trond Skogly
Postboks 1088
9261 Tromsø

Innklaget: Rikstrygdeverket v/ Fylkestrygdekontoret i Troms
Drammensveien 60
0241 Oslo

Klagenemndas medlemmer: Per Christiansen, Inger Marie Dons Jensen, Andreas Wahl

Saken gjelder: Avvisning på grunn av forhold ved leverandøren, forsvarlig vurdering av tildelingskriteriene, vektlegging av lokal tilhørighet, feil faktisk grunnlag for valg av tilbud, krav til nærmere begrunnelse etter forskriften § 3-8 (4).

Bakgrunn:

Rikstrygdeverket v/ Fylkestrygdekontoret i Troms (heretter kalt "innklagede") utlyste den 14. november 2002 en konkurranse med forhandlinger for anskaffelse av helsetjenester.

I kunngjøringen var det angitt at "Behandlingsinstitusjonen som skal utføre operative inngrep må ha forsikring omfattet av/tilsvarende Norsk Pasientskade

Erstatning”.

Tilbudsfristen var i konkurransegrunnlaget bestemt til 17.1.2003. Det var videre opplyst at kontrakten skulle tildeles det økonomisk mest fordelaktige tilbudet. Kriterier for tildeling av kontrakt var (i ikke-prioritert rekkefølge):

”1. Pris

2. Diagnosetyper som kan behandles

3. Ventetid for behandling/operasjon/utredning

4. Leveringssikkerhet (dvs behandlingsskapitet)

5. Kvalitet

6. Service overfor pasient, trygdeetat og primærlege

7. Tilgjengelighet for pasienten”

Klinikk Stokkan Tromsø AS (heretter kalt ”klager”) leverte inn tilbud den 5.1.2003. Det ble avholdt et forhandlingsmøte med klager den 6.2.2003.

Etter forhandlingsmøtene med deltakerne i konkurransen utarbeidet innklagede skjemaer for vurdering av tilbudene. For flere av operasjonstypene er det notert:

”Vi har her to tilbydere som stiller veldig likt på mange av vurderingskriteriene.

Hva skiller dem:

...

2.

Ishavsklinikken gjør bruk av lokale krefter som har sitt arbeidsområde på UNN [Universitetssykehuset Nord-Norge] eller allerede er etablert ved Ishavsklinikken.

Klinikk Stokkan gjør hovedsakelig bruk av leger fra Oslo eller Trondheim

3.

Ishavsklinikken opererer i ukedagene.

Klinikk Stokkan opererer i helgene”

Innklagede sendte den 19.2.2003 klager et brev der det fremgikk at klager var blitt tildelt deler av kontrakten, nærmere bestemt utredning og operasjon for kroppsdelene hånd, albue, rygg og hofter, samt utredning og operasjon for brystreduksjon og korsbåndsrekonstruksjoner – kne. En vesentlig del av kontrakten var imidlertid blitt tildelt en annen leverandør, Ishavsklinikken. Denne delen av kontrakten omfattet tjenester for kroppsdelene fot/ankel, knær og skulder.

Innklagede har overfor klager begrunnet valget på følgende måte:

"Ved vurderingen har vi lagt vekt på:

- Tilgjengelighet for pasient. Det er her lagt vekt på at klinikken [klager] utfører undersøkelser/operasjoner i helgene.*
- Pris"*

Klager påklaget valget overfor innklagede den 2.3.2003. I denne forbindelse ba klager om en nærmere begrunnelse for hva som skilte deres tilbud fra det valgte på områdene kne- og skulderoperasjoner. I brev av 11.3.2003 avviste innklagede klagen. Innklagede utdypet begrunnelsen på følgende måte:

"Pris:

Klinikken har tilbudt en pris på behandling som ligger noe høyere enn konkurrerende tilbydere. Så lenge begge tilbydere oppfyller de krav som er satt, er det behandlingsprisen som må legges til grunn ved vår vurdering.

Tilgjengelighet:

Ved vurderingen har vi lagt til grunn at operasjoner i ukedager gir en bedre tilgjengelighet for våre brukere, bl. annet offentlig transport og mulig behov for ekstra overnatting. Ved konkurrerende tilbud har dette fått betydning.

Vi vil imidlertid vise til at Klinikk Stokkan er valgt som hovedleverandør på enkelte områder og som 2. leverandør på noen områder, slik at dette punktet har ikke vært totalt diskvalifiserende."

Anførsler:

Klagers anførsler:

Innklagede brøt regelverket om offentlige anskaffelser ved ikke å avvise Ishavsklinikken, ettersom Ishavsklinikken ikke tilfredsstilte kunngjøringens krav til forsikringsordninger.

Innklagede har brutt regelverket om offentlige anskaffelser ved ikke å underkaste tildelingskriteriene en saklig og forsvarlig vurdering. Innklagede har ikke vektlagt kvalitet i tilstrekkelig grad, men kun benyttet dette tildelingskriteriet som en minstestandard som måtte oppfylles. I denne forbindelse viser klager til en telefonsamtale med innklagedes rådgivende lege, hvor det i følge klager fremgikk at denne legen avviste å legge vekt på kvaliteten i leverandørens tilbud. Denne uttalelsen *"sår alvorlig tvil om hvorvidt tildelingen har funnet sted i henhold til det regelverk innklagede plikter å forholde seg til"*.

Klager anfører videre at den kvalitet klager tilbyr under alle omstendigheter er atskillig bedre enn kvaliteten på Ishavsklinikkens tjenester.

Innklagedes vurdering av kriteriet tilgjengelighet var uforsvarlig og vilkårlig. For det første er det ikke lagt vekt på at klager har to uker kortere ventetid enn den valgte leverandøren for skulderoperasjoner. For det andre anfører klager at det må stilles spørsmålsteget om tilgjengeligheten for pasienter faktisk er bedre

på ukedager enn på helgedager. Videre kan innklagede ikke ha adgang til å legge negativ vekt på dette tildelingskriteriet. Begrunnelsen er at innklagede under forhandlingsmøtene unnlot å gjøre klager oppmerksom på at dette punktet ble vurdert som negativt i klagers tilbud.

Innklagedes vurdering av tildelingskriteriet "*diagnosetyper som skal behandles*" var vilkårlig og uforsvarlig. Det var feil ikke å legge vekt på at klager utfører alle typer kneoperasjoner, mens den valgte leverandøren ikke utfører korsbåndoperasjoner. Dette har også betydning for tilbudenes kvalitet. Innklagede la ikke tilstrekkelig vekt på tildelingskriteriet leveringssikkerhet. Videre har innklagede under tildelingskriteriet "*pris*" forsømt å ta hensyn til "*de øvrige forhold som virker inn på den reelle kostnad*" for fylkestrygdekontoret, som for eksempel sykepengeutgifter ved lange rekonvalesensperioder.

Innklagede brøt regelverket om offentlige anskaffelser ved å legge vekt på lokal tilhørighet ved valg av tilbud.

Det faktum innklagede la til grunn ved valg av tilbud var feil og unøyaktig. Innklagede har lagt til grunn at klagers tilbud ikke omfatter anestesi for skulderinngrep hvor narkose ikke er normalt. Av klagers tilbud fremgår imidlertid at anestesi faktisk er inkludert i alle de aktuelle operasjonene. I tillegg er det feil når innklagede legger til grunn at Ishavsklinikkens pris for fot/ankeloperasjoner er lavere enn klagers.

Innklagedes begrunnelse av 11.3.2003 tilfredsstillende ikke kravene til en "*nærmere begrunnelse*" i § 3-8(4). Begrunnelsen angir ikke det valgte tilbudets relative fordeler, og bidrar derfor ikke til sakens opplysning utover det som allerede følger av meddelelsen om valg av tilbud av 19.2.2003.

Innklagedes anførsler:

Innklagede bestrider å ha brutt regelverket om offentlige anskaffelser, og anfører at vurderingen av leverandørenes tilbud var forsvarlig, og knyttet opp til tildelingskriteriene som var fastsatt i konkurransegrunnlaget. Tilbudsprisen må bli avgjørende når alle deltakerne i konkurransen oppfyller de øvrige tildelingskriteriene. Innklagede avviser å ha tatt hensyn til slike synspunkter som klager gjengir fra telefonsamtalen med innklagedes rådgivende lege.

Kriteriet tilgjengelighet er underkastet en saklig og forsvarlig vurdering. Innklagede viser til at dette kriteriet ikke har vært "*diskvalifiserende*" for klagers del. Innklagede anfører i tillegg at det ikke forelå noen plikt til å gjøre klager oppmerksom på at tilgjengeligheten i klagers tilbud ikke ble vurdert som optimal.

Begrunnelsen for valg av tilbud tilfredsstilte regelverkets krav.

Klagenemndas vurdering:

Klager har deltatt i den aktuelle konkurransen, og har således saklig klageinteresse, jf. forskrift 15.11.2002 om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig.

Klagenemnda bemerker at anskaffelsen gjelder uprioriterte tjenester, jf. forskrift 15.6.2001 om offentlige anskaffelser § 2-5. Konkurransen reguleres derfor av forskriftens del III, jf. § 2-1(3).

Klagenemnda påpeker at nemnda bare kan prøve om innklagedes valg av kontraktspart er truffet på grunnlag av en riktig saksbehandling, riktig faktum, og om avgjørelsen fremstår som usaklig, vilkårlig eller kvalifisert urimelig. Nemnda foretar således ikke en detaljert overprøving av innklagedes innkjøpsfaglige skjønn.

Avvisning av Ishavsklinikkens tilbud på grunn av manglende forsikringer

Innklagede plikter i følge § 15-12(1) bokstav a) å avvise et tilbud dersom leverandøren ikke tilfredsstillende de krav som er satt til leverandørens deltakelse i konkurransen. Av brev fra Ishavsklinikken til innklagede fremgår det at Ishavsklinikken pr. 18.2.2003 ikke hadde "forsikring som tilsvarer den NPE har". Spørsmålet er om kunngjøringens krav om "forsikring omfattet av/tilsvarende Norsk Pasientskade Erstatning" er et krav som er satt til leverandørens deltakelse i konkurransen.

Kravet om forsikring omfattet av/tilsvarende Norsk Pasientskadeerstatning fremkommer under overskriften "Eventuelle andre opplysninger, kvalifikasjonskrav etc". Kravet står sammen med andre krav om blant annet godkjennelse av det medisinske personell og leverandørens tiltenkte rolle i kontraktsforholdet. Når det i tillegg ikke er satt noen bestemt frist for når kravet skal være oppfylt er det mest nærliggende å forstå kravet om forsikring som et vilkår som må være oppfylt under gjennomføring av eventuell leveranse, og ikke som et vilkår for leverandørens deltakelse i konkurransen. Klagenemnda er derfor kommet til at innklagede ikke hadde plikt til å avvise Ishavsklinikkens tilbud etter § 15-12(1) bokstav a).

Forsvarlig og saklig vurdering av tildelingskriteriene

Etter konkurransegrunnlaget fremstår kvalitet som et tildelingskriterium som skal inngå i en skjønnsmessig helhetsvurdering av de innkomne tilbud. Med grunnlag i den fremlagte dokumentasjon er det uklart om innklagede har utøvet et slikt skjønn eller kun brukt kvalitet som et minstekrav. Klagenemnda viser her til uttalelsen fra innklagedes rådgivende lege, samt innklagedes tilsvarende, der det fremgår at både klager og den valgte leverandøren "oppfyller de krav som er satt, det er da behandlingsprisen som må legges til grunn ved vurderingen". Tilsvarende gir innklagedes evalueringsskjemaer inntrykk av at kvalitet ble vurdert som et minstekrav.

For de delene av kontrakten klager faktisk ble tildelt, synes innklagede likevel å ha foretatt en helhetsvurdering der både kvalitet og pris har inngått. Her synes kvalitet følgelig ikke å ha vært benyttet som et minstekrav. På denne bakgrunn, finner klagenemnda ikke grunnlag for å konkludere med at innklagede kun har benyttet kvalitet som en minstekrav, og nemnda er derfor heller ikke kommet til

at innklagede har opptrådt i strid med konkurransegrunnlaget.

Om innklagedes vurdering av kvaliteten er tilstrekkelig grundig og forsvarlig, har ikke klagenemnda i den foreliggende sak tilstrekkelig grunnlag til å ta stilling til. Anførselen på dette punkt kan derfor ikke realitetsbehandles av klagenemnda.

I konkurransegrunnlaget fremgikk det at tilgjengelighet var et av tildelingskriteriene. Det er da klart at innklagede pliktet å legge vekt på dette kriteriet, uavhengig av om innklagedes rettleiding under forhandlingene var mangelfull.

Manglende rettleiding under forhandlingene kan innebære et brudd på regelverket, for eksempel ved at kravene til gjennomsiktighet og likebehandling ikke oppfylles. Det kan imidlertid ikke oppstilles noen generell plikt for oppdragsgiver til å peke ut alle svake sider ved leverandørens tilbud. I den foreliggende sak har klagenemnda kommet til at det ikke er sannsynliggjort brudd på regelverket.

Innklagede har lagt til grunn at operasjoner på ukedager innebærer bedre tilgjengelighet enn operasjoner i helgene. Hva som rent faktisk gir best tilgjengelighet, har nemnda ikke grunnlag for å vurdere. Klagenemnda har heller ikke kommet til at innklagedes tolkning av tildelingskriteriet tilgjengelighet er i strid med regelverket.

Basert på den fremlagte dokumentasjon er det usikkert om innklagede har lagt vekt på hvilken ventetid leverandørene tilbyr for skulderoperasjoner. I den valgte leverandørens tilbud fremgår det at ventetiden er 2-6 uker, mens klager tilbyr operasjoner etter 4 ukers ventetid. Klagenemnda har imidlertid ikke grunnlag for å konkludere med at innklagede ikke har vurdert ventetidens betydning. Det er også usikkert om innklagede har lagt vekt på at klager kan tilby mer fullstendige kneoperasjoner enn Ishavsklinikken, jf. kriteriet "*Diagnosetyper som kan behandles*". Klagenemnda kan imidlertid ikke se at dette ved en totalvurdering kunne fått betydning for innklagedes valg av leverandør for kneoperasjoner.

Den fremlagte dokumentasjon skaper usikkerhet med hensyn til om tildelingskriteriet leveringssikkerhet er vurdert. Klagenemnda har imidlertid ikke grunnlag for å konkludere med at innklagede ikke har vurdert betydningen av de forskjellige tilbudenes leveringssikkerhet.

Klagenemnda finner ikke at tildelingskriteriet "*pris*", slik det er definert i konkurransegrunnlaget, omfatter "*øvrige forhold som virker inn på den reelle kostnad*", som for eksempel økte sykepengekostnader for trygdeetaten og menneskelige hensyn. Generelt er det ingen ting i veien for at oppdragsgiver kan vektlegge slike hensyn, men dette må da fremgå klart av kunngjøringen eller konkurransegrunnlaget.

Vektlegging av hensynet til lokal tilhørighet

Når innklagede eksplisitt har omtalt forskjeller ved tilbudenes lokale tilhørighet i evalueringsinnstillingene, skaper dette uklarhet med hensyn til om diskrimineringsforbudet er overholdt. Samlet sett er likevel nemndas inntrykk at innklagede ikke har forskjellsbehandlet tilbyderne, og klagenemnda finner ikke at det er sannsynliggjort at innklagede har lagt vekt på lokal tilhørighet i strid med diskrimineringsforbudet i forskriften § 3-1.

Det faktiske grunnlaget for valg av tilbud

Innklagede har lagt til grunn at klagers tilbud på skulderoperasjoner ikke inkluderer anestesi *"der dette ikke er normalt"*. På side 1 i klagers tilbud fremkommer det at *"Utgifter til narkose er inkludert i alle operasjoner hvor dette er standard (inngrepene er merket med * bak prisen i d/p-listen). Tilleggs kostnad for narkose... vil således kun meget sjelden komme til anvendelse (dvs kun ved inngrep som rutinemessig utføres i lokalbedøvelse, men hvor det av helt spesielle forhold likevel blir gitt narkose)"*. I klagers liste er alle skulderinngrep markert med stjerne.

Klagenemnda kan ikke se at innklagedes forståelse av når anestesi er inkludert for skulderinngrep fraviker en naturlig forståelse av klagers tilbud. Klagenemnda finner uansett ikke sannsynliggjort at forståelsen har hatt betydning for innklagedes valg av tilbud, ettersom klagers tilbud på skulderoperasjoner er atskillig dyrere enn Ishavsklinikkens både med og uten tillegg for anestesi.

Klager anfører at det var feil å legge til grunn at klagers tilbud var dyrere enn tilbudet fra den valgte leverandøren på området fot/ankel. Innklagedes merknad om at det valgte tilbudet er *"Litt dyrere enn tilbud fra Trondheim"*, kan ikke nødvendigvis tas til inntekt for at det valgte tilbudet også er litt dyrere enn klagers tilbud. Årsaken er at innklagede mottok fire tilbud fra Trondheim, og nemnda har ingen opplysninger om hvilket tilbud innklagede refererer til i evalueringsinnstillingen. Etter en sammenligning av de respektive tilbudenes priser finner klagenemnda at det ikke er grunnlag for anførselen om at klagers tilbud er billigere enn det valgte tilbudet for fot/ankel-operasjoner.

Nærmere begrunnelse, jf. § 3-8(4)

I følge § 3-8(4) skal innklagede, dersom en leverandør skriftlig anmoder om det, gi *"en nærmere begrunnelse"* for hvorfor klagers tilbud ikke ble valgt. Videre skal begrunnelsen opplyse om *"det valgte tilbudets egenskaper og relative fordeler"*.

Kravene til begrunnelsens innhold og omfang vil til en viss grad måtte fastsettes på bakgrunn av innholdet i leverandørens skriftlige anmodning. I foreliggende sak anmodet klager om *"en mer detaljert redegjørelse for hvert enkelt punkt om hva som skilte vårt anbud fra det anbudet som ble valgt for kne og skulderoperasjoner"*.

Innklagedes begrunnelse ga, så langt klagenemnda kan se, svar på de forhold klager ønsket nærmere begrunnet. Det vises i den forbindelse til at det i begrunnelsen fremkom at det valgte tilbudet hadde laveste pris, og at det også skåret bedre på tilgjengelighet. Begrunnelsen var imidlertid egnet til å kunne misforstås, da det synes som om de øvrige tildelingskriteriene har blitt vurdert som minstekrav. Etter en konkret vurdering finner klagenemnda imidlertid at begrunnelsen samlet sett ga klager tilstrekkelig informasjon om hvorfor hans tilbud ikke nådde frem. Det er således ikke grunnlag for å konkludere med at innklagede har brutt § 3-8(4).

Konklusjon:

Innklagede har ikke brutt § 15-12(1) bokstav a) ved ikke å avvise Ishavsklinikken på grunn av manglende forsikringsordninger ved tilbudsfristens utløp.

Den foreliggende dokumentasjon gir ikke klagenemnda grunnlag for å konkludere med at innklagede har vurdert tildelingskriteriene på en uforsvarlig måte, at innklagede har lagt vekt på hensynet til lokal tilhørighet ved valg av tilbud, eller at innklagede bygget på feil faktum ved valg av tilbud.

Innklagede brøt ikke kravene til en nærmere begrunnelse etter oppfordring fra klager, jf. § 3-8(4).

For klagenemnda,

Per Christiansen,

26.6.2003

for Inger Marie Dons Jensen



Forsiden
Nemndsmedlemmer
Saksbehandling
Regelverk
Innkomne saker
Statistikk
Årsrapporter
Dommer
Søk i avgjorte saker

Avgjorte saker:
[2003](#) [2004](#) [2005](#)

Besøksadresse
H. Heyerdalsgate 1
0033 Oslo

Postadresse
Postboks 8132 Dep
0033 Oslo

Tlf.: 22 33 70 10

Faks: 22 33 70 12

E-post:
postmottak@kofa.no

Avgjorte saker

Klagenemndas avgjørelse 19. juni 2003 i sak 2003/93

Klager: Løkse AS

Salangverket

9350 Sjøvegen

Innklaget: Målselv kommune

Kommunehuset

9255 Moen

Saken gjelder:

Tekniske spesifikasjoner. Krav til gjennomføringen av oppdraget. Favorisering av bestemte foretak.

Bakgrunn:

Målselv kommune (heretter kalt "innklagede") planla våren 2003 å inngå kontrakt med Senja Avfallsselskap IKS (heretter kalt "SA") om tømning av slamtanker, uten forutgående konkurranse. SA er et interkommunalt renovasjonsselskap eid av kommuner i Indre Troms, hvor innklagede har en begrenset eierandel.

Saken ble klaget inn for EFTAs overvåkingsorgan, idet det ble anført at direkte tildeling av kontrakten til selskapet ville være i strid med regelverket for offentlige anskaffelser. Innklagede besluttet å stanse den påbegynte prosessen med å tildele SA den aktuelle kontrakten, og valgte å gjennomføre en konkurranse i tråd med regelverket for offentlige anskaffelser. Saken er etter det klagenemnda er kjent med ennå ikke avsluttet hos EFTAs overvåkingsorgan.

Konkurransen ble deretter kunngjort i Norsk lysingsblads elektroniske database (DOFFIN) den 12.3.2003. Det ble i et eget konkurransegrunnlag opplyst at arbeidet besto i tømning av ca. 1450 slamavskillere (septiktanker) med avvanning uten kjemikalietilsetting.

Klager benytter KSA MOOS slam-, suge- og spylebiler der kjemikaliet polymer benyttes. Klager leverte inn et tilbud på kjemikaliefri tømning, men inga samtidig også et alternativt tilbud med bruk av polymer.

Innklagede har i meddelelse til klager opplyst at SA leverte inn det laveste tilbudet. Leverandørene ble vurdert likt med hensyn til de øvrige kriteriene. Innklagede ønsker derfor å inngå kontrakt med SA.

Anførsler:

Klagers anførsler:

Formålet med kontrakten er å få tømt slamtanker på en miljø- og kostnadseffektiv måte. Innklagede har spesifisert anskaffelsen slik at den favoriserer de foretak som har tilrettelagt sin virksomhet for kjemikaliefri håndtering av slammet. Kontraktsgjenstandens art berettiger ikke innsnevring av konkurransen til å gjelde kjemikaliefri løsninger.

Klagers system med polymer som fortykningsmiddel benyttes i over 400 av landets kommuner, uten at det er registrert problemer med tetting av infiltrasjon. Innklagedes anførsel om at bruk av polymer medfører en tetting av infiltrasjonen er ukorrekt og udokumentert. Årsaken til en tetting hos abonnentene er mest sannsynlig jordsmonnet, feil bruk av infiltrasjonsmasser eller slamtanker med tekniske feil.

SA baserer seg på et MDU avvanningssystem, der slammet skal tynnes ut med vann, avvannes mekanisk og tilbakeføres til tankene igjen. MDU er også konstruert for å benytte et kjemikalium, aluminiumsulfid, i avvanningsprosessen. Vannet som tilbakeføres, vil ha et høyere finstoffinnhold enn ved bruk av polymer. Følgelig foreligger det en større sjanse for tetting av infiltrasjonen med MDU-systemet.

Innklagedes tidligere anførsel om at kjemikaliefri håndtering er nødvendig fordi 30 % av abonnentene ikke ønsker rejektivannet tilbake i tanken er ikke en holdbar antagelse. Abonnentene ønsker alt innhold i tanken fjernet. De har ikke interesse i hvordan selve avvanningen skjer; de skal i alle tilfelle ikke ha noe rejektivann tilbake. Det er ikke korrekt at 30% av abonnentene ønsker en fullstendig fjerning fordi de har innvendinger mot bruk av polymer. Det store flertallet ønsker tanken tømt helt fordi de uriktig tror at dette er bedre, da det vil ta lengre tid før tanken blir full. Majoriteten, dvs. 70 % har ikke innsigelser mot bruk av polymer.

Det er ingen holdepunkter for å anføre at bruken av polymer har negative miljømessige konsekvenser. Det er derimot tvilsomt om tømning med bruk av MDU-systemet tilfredsstillende kravene i forurensingsloven.

Innklagede selv benytter kjemikalier ved sine egne rense- og avvanningsanlegg.

Kravet om kjemikaliefri avvanning kan på denne bakgrunn ikke begrunnes i kontraktsgjenstanden. Sett i sammenheng med den tidligere prosessen – der SA hadde posisjonert seg i forhold til kjemikaliefri håndtering – fremtrer kravet som satt for å tilpasse konkurransen til SA. Kravet er derfor usaklig motivert og diskriminerende.

Innklagedes anførsler:

Syv firmaer kontaktet kommunen og ba om informasjon etter kunngjøringen. Ingen av disse, med unntak av klager, oppfattet krav om kjemikaliefritt avvanningssystem som diskriminerende. To firmaer ville ikke gå videre på grunn av lang avstand til oppdragsgiver. Fem ba om å få tilsendt konkurransegrunnlag. Tre av de fem leverte inn tilbud. Også klager har levert et tilbud basert på kjemikaliefritt avvanningssystem.

Det må være leverandørens oppgave å tilpasse seg oppdragsgiverne, ikke omvendt. Det er ikke korrekt at MDU er konstruert for å benytte aluminiumsulfid i avvanningsprosessen.

Da innklagede valgte å konkurransesette tjenesten var motivet å få et tømme-system som tilfredsstilte innbyggernes ønsker, ikke å tilpasse det til et firmas ønske. Klager var imidlertid dyrest i pris, både med og uten kjemikalier.

Klagenemndas vurdering:

Klager har deltatt i den aktuelle konkurransen og har derfor saklig klageinteresse, jf. forskrift 15.11.2002 om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Anskaffelsens verdi overstiger ikke terskelverdiene i forskriften § 2-2 (1) og følger derfor reglene i forskriften del I og del III.

Klagenemnda finner at innklagedes krav om kjemikaliefri slamtømming omfattes av reglene for tekniske spesifikasjoner, jf. forskriften § 1-4 bokstav p). Adgangen til å oppstille kravet er dermed begrenset, jf. forskriften § 12-2 som lyder:

”Det kan ikke benyttes tekniske spesifikasjoner som omtaler varer av et bestemt fabrikk eller opprinnelse, eller angir en særlig produksjonsmetode dersom dette favoriserer enkelte foretak. En slik spesifikasjon kan likevel foretas når kontraktsgjenstandens art berettiger til det. Det er heller ikke tillatt å angi varemerker, patenter eller typer. Kan kontraktsgjenstanden ikke beskrives tilfredsstillende på annen måte, er det likevel tillatt å bruke slik angivelse når den er ledsaget av ordene ”eller tilsvarende”.

Det er på det rene at et krav om at det skal benyttes et kjemikaliefritt slamtømmingssystem favoriserer foretak som har utstyr for dette. Bestemmelsens vilkår om at den tekniske spesifikasjonen ikke skal ”favorisere (r) enkelte foretak” retter seg imidlertid ikke mot en slik situasjon, men mot tilfeller hvor oppdragsgiver oppstiller krav i den hensikt å velge ut en eller flere bestemte virksomheter. Det vises i den forbindelse til Europa-kommisjonens anførsler i premiss 80 i sak C-513/99 (Concordia).

Innklagede har i det vesentlige begrunnet kravet med at innbyggerne ønsket kjemikaliefri rensing, miljøhensyn og med at kravet er nødvendig for å unngå tetting av infiltrasjonen. Klagenemnda finner ikke grunnlag for å overprøve innklagedes vurdering av hva kommunens innbyggere måtte ønske seg i denne saken. Når det gjelder miljøkonsekvenser og risikoen for tetting av infiltrasjonen, er partene uenige om hvilken effekt henholdsvis bruk av polymer og kjemikaliefri avvanning kan ha. De fremlagte dokumenter gir ikke klagenemnda grunnlag for å konkludere med at oppdragsgivers beslutning om å oppstille det aktuelle kravet bygger på feil faktiske forutsetninger.

Når det gjelder klagers anførsel om at det foreligger usaklige motiver bak oppstillingen av kravet, er det vist til at innklagede selv benytter kjemikalier ved sine egne rense- og avvanningsanlegg, og at innklagede tidligere forsøkte å tildele SA kontrakt direkte. Klagenemndas skriftlige saksbehandling gir klare begrensninger i muligheten til å avklare denne type spørsmål, og de indisier klager peker på, gir ikke tilstrekkelig grunnlag for klagenemnda til å konkludere med at kravet var usaklig motivert.

Konklusjon:

Målselv kommune har ikke brutt regelverket for offentlige anskaffelser ved å stille krav om kjemikaliefri avvanning ved gjennomføring av konkurranse om tømming av slamtanker.

For klagenemnda,
Oslo 19.6.2003

Andreas Wahl



[Forsiden](#)
[Nemndsmedlemmer](#)
[Saksbehandling](#)
[Regelverk](#)
[Innkomne saker](#)
[Statistikk](#)
[Årsrapporter](#)
[Dommer](#)
Søk i avgjorte saker

Avgjorte saker:
[2003](#) [2004](#) [2005](#)

Besøksadresse
H. Heyerdalsgate 1
0033 Oslo

Postadresse
Postboks 8132 Dep
0033 Oslo

Tlf.: 22 33 70 10

Faks: 22 33 70 12

E-post:
postmottak@kofa.no

Avgjorte saker

Klagenemndas avgjørelse 5. juni 2003 i sak 2003/27

Klager: Normeca AS

Pb. 404

1471 Skårer

Innklaget: Forsvarets logistikkorganisasjon

1306 Bærum

Klagenemndas medlemmer: Svein Dahl, Kai Krüger, Inger Roll-Matthiesen.

Saken gjelder:

EØS-avtalens art. 123. Forsvarsanskaffelser.

Bakgrunn:

Forsvarets logistikkorganisasjon (heretter kalt "FLO") gjennomførte høsten 2002 en anskaffelse av en plattform for livreddende kirurgisk virksomhet og kritisk pleie i et stridsmiljø (kirurgisk enhet). FLO var blant annet i kontakt med UniTeam AS og Normeca AS (heretter kalt "klager"), men valgte å senere å inngå kontrakt med Marshall SV. Anskaffelsen ble ikke gjennomført etter reglene i lov om offentlige anskaffelser.

Formålet med anskaffelsen har vært å etablere et militært feltsykehus til bruk ved militære kamphandlinger. Det er derfor stilt en rekke militærspesifikke krav til produktet. Den kirurgiske enheten skal således beskytte mot atom-, biologiske- og kjemiske våpen (ABC-våpen). Utover dette er det uenighet mellom partene om hvilke funksjoner enheten har.

Anførsler:

Klagers anførsler:

Klager anfører at anskaffelsen var omfattet av lov om offentlige anskaffelser med forskrifter. FLO har derfor brutt loven og forskrift om offentlige anskaffelser ved ikke å følge de angitte prosedyrer ved inngåelsen av kontrakten.

Enheten er ikke beregnet på, eller egnet for bruk i første linje ved kamphandlinger. Enheten er beregnet for bruk i bakre del av et kampområde da enheten er stor og kompleks.

Alle moduler i enheten benyttes både til militære og sivile formål. Klager har levert medisinske containere til Forsvaret som ved to anledninger er lånt ut til

norske sykehus. Klager har også levert medisinske containere til det Emiratiske forsvar. Dette ble benyttet nesten utelukkende i sivil sammenheng i mer enn tre år i Kosovo. Klager har videre levert containersykehus i Banja Luka som ble drevet av en humanitær organisasjon, hvor pasientene utelukkende var sivile. Tilsvarende containersykehus ble også brukt av danskene under jordskjelvet i India i 2001. Enheten egner seg derfor like godt til sivile formål som militære. ABC-beskyttelse ved hjelp av filter og overtrykk er mer militært enn sivilt, men dette skyldes i mange tilfeller kun mangel på økonomi hos de humanitære organisasjoner.

Forsvarets sanitet har i et informasjonshefte om den nye kirurgiske enheten i mars 2003 selv opplyst at "Enheten skal også brukes til samme oppgave i humanitære formål eller ved en nasjonal krise". Dette viser at enheten også er tiltenkt sivil bruk.

Innklagedes anførsler:

Innklagede anfører at anskaffelsen omfattes av EØS-avtalens art. 123, og dermed faller utenfor anvendelsesområdet for lov om offentlige anskaffelser. Den kirurgiske enheten er uunnværlig for forsvarsformål og vesentlig for Forsvarets sikkerhet.

Formålet med anskaffelsen er å etablere et militært feltsykehus som skal fungere i militære kamphandlinger. Det er stilt en rekke militærspesifikke krav til produktet, herunder ABC-beskyttelse. Det er ikke et sivilt marked for systemet eller tilsvarende systemer. Det er betydelige forskjeller på enheten og de feltsykehus som sivile hjelpeorganisasjoner benytter seg av i dag.

Klagenemndas vurdering:

Klager har deltatt, eller har vært i posisjon til å kunne delta, i den aktuelle konkurransen og har derfor saklig klageinteresse, jf. forskrift 15.11.2002 om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig.

Utgangspunktet er at offentlige oppdragsgiveres anskaffelser av varer, tjenester og bygge- og anleggsarbeider omfattes av lov 16. juli 1999 nr. 69 om offentlige anskaffelser § 2. Dette gjelder også Forsvarets anskaffelser. I loven er det likevel gjort unntak for anskaffelser som kan unntas etter EØS-avtalen artikkel 123, jf. § 3. Dette er en snever unntaksregel.

EØS-avtalen artikkel 123 bokstav b) lyder:

"Bestemmelsene i denne avtalen skal ikke hindre en avtalepart i å treffe tiltak:...

...

b) som angår produksjon av eller handel med våpen, ammunisjon og krigsmateriell eller andre varer som er uunnværlige for forsvarsformål, eller forskning, utvikling eller produksjon som er uunnværlig for forsvarsformål, såfremt disse tiltak ikke endrer konkurransevilkårene for varer som ikke er bestemt for direkte militære formål".

Det er enighet mellom partene at andre produkter som benyttes i tilknytning til den kirurgiske enheten, som bord, stoler, annet inventar og medisinsk materiell omfattes av lov om offentlige anskaffelser med forskrifter og skal inngås etter de angitte prosedyrer i regelverket.

Det er enighet mellom FLO og klager om at anskaffelsen av den kirurgiske enheten ikke ble gjennomført etter prosedyrene i lov om offentlige anskaffelser. Problemstillingen er derfor om anskaffelsen av den kirurgiske enheten kunne unntas fra loven med hjemmel i EØS-avtalens artikkel 123. Vesentlige deler av saksdokumentene er gradert, og klager er ikke gitt innsyn i disse. Klagenemnda

anser dette ikke for nødvendig for å kunne ta stilling til om anskaffelsen omfattes av lov om offentlige anskaffelser.

Bestemmelsen gir hjemmel for å "treffe tiltak" for anskaffelse av alle varer som er uunnværlige for forsvarsformål. De aktuelle tiltak kan for eksempel være å sikkerhetsgradere anskaffelsen eller å helt eller delvis unnta den fra lov om offentlige anskaffelser med forskrifter, herunder kravet til likebehandling av leverandører. I dette tilfellet består tiltaket i å gjøre unntak fra lov om offentlige anskaffelser med forskrifter i sin helhet.

Bestemmelsen sonderer mellom to grupper av varer som begge kan være uunnværlige for forsvarsformål. Første kategori gjelder produkter som er bestemt for direkte militære formål. For denne gruppen er det ikke oppstilt noen vilkår for å treffe "tiltak". Andre kategori gjelder produkter som ikke er bestemt for direkte militære formål. Det kan da bare treffes "tiltak" som ikke endrer konkurransevilkårene mellom leverandørene. Dette innebærer en begrensning blant annet i muligheten til å forskjellsbehandle leverandørene.

I den foreliggende sak må det anses for uomtvistet at produktet er uunnværlig for forsvarsformål. Klagenemnda legger videre til grunn at partene er enig om at produktet er bestemt direkte for militært bruk. Klagenemnda viser her til klagers kommentarer hvor det fremheves at enheten "er beregnet til bruk i bakre del av et kampområde...".

At varer bestemt direkte for militær bruk også har et sivilt marked, medfører ikke noen begrensning i muligheten for å unnta anskaffelsen fra lov om offentlige anskaffelser med forskrifter. Anskaffelsen gjelder da den kategori produkter hvor det kan treffes tiltak som innebærer endring i konkurransevilkårene mellom leverandørene.

Klagenemnda finner etter dette at FLO kunne unnta anskaffelsen fra lov om offentlige anskaffelser med forskrifter, med hjemmel i EØS-avtalen artikkel 123. FLO kan derfor ikke anses å ha opptrådt i strid med loven.

Konklusjon:

Forsvarets logistikkorganisasjon har ikke brutt lov om offentlige anskaffelser ved kjøp av kirurgisk enhet fra Marshall SV.

For klagenemnda,
juni 2003

Svein Dahl

Oslo, 5.



Forsiden
Nemndsmedlemmer
Saksbehandling
Regelverk
Innkomne saker
Statistikk
Årsrapporter
Dommer
Søk i avgjorte saker

Avgjorte saker:

[2003](#) [2004](#) [2005](#)

Besøksadresse

H. Heyerdalsgate 1
0033 Oslo

Postadresse

Postboks 8132 Dep
0033 Oslo

Tlf.: 22 33 70 10

Faks: 22 33 70 12

E-post:

postmottak@kofa.no

Avgjorte saker

Klagenemndas avgjørelse 5. juni 2003 i sak 2003/31

Klager: Norske Arkitekters Landsforbund
Josefines gt. 34
0351 Oslo
og
Norges Praktiserende Arkitekter ANS

Innklaget: Asker kommune
Pb. 353
1372 Asker

Klagenemndas medlemmer: Svein Dahl, Kai Krüger, Inger Roll-Matthiesen.

Saken gjelder:

Krav til leverandørenes kvalifikasjoner.

Bakgrunn:

I forbindelse med rehabilitering og utvidelse av Vetre skole, kunngjorde Asker kommune (heretter kalt "innklagede") en anskaffelse av prosjekteringstjenester i Norsk lysingsblads elektroniske database (DOFFIN) 4.12.2002. Anskaffelsen ble kunngjort som en åpen anbudskonkurranse etter reglene i forskrift fastsatt ved kgl. res. 15. juni 2003 om offentlige anskaffelser del II.

I kunngjøringens punkt 13: "Minstekrav" fremgikk det blant annet: "Prosjekteringsgruppen må ved innlevering av anbudet oppgi referanser for tidligere skoleprosjekter som er gjennomført av samme gruppe. Det skal videre vektlegges CV med referanser, for gruppens medlemmer, inkludert prosjekteringsgruppeleder". Innklagede utarbeidet et eget konkurransegrunnlag. Det fremgikk av dette at "Prosjekteringsgruppen skal ha gjennomført samarbeid

om skoleprosjekt(er) tidligere”.

Ved tilbudsfristens utløp var det kommet inn 32 tilbud. Det fremgår av brev datert 17.2.2003 fra innklagede til leverandørene som leverte inn tilbud at:

”Flere grupper har ikke oppfylt minstekravet i kunngjøringen, dvs. at hele gruppen i fellesskap har gjennomført (=fullført) skoleprosjekt(er) tidligere. Det har vært til dels tidkrevende å finne ut om gruppene oppfyller minstekravet. Svært mange har vedlagt

sine respektive referanselister og latt det være opp til oss å sammenligne listene innenfor gruppen. Noen grupper har gjennomført felles prosjekter fram til og med detaljprosjektering. Andre har for tiden sitt felles prosjekt under utførelse. Atter andre grupper har gjennomført prosjekter hvor de fleste medlemmene med unntak av ett av dem, deltok.”

Innklagede vurderte 14 av leverandørgruppene til å ha felles erfaring fra skoleprosjekter i løpet av de siste tre år.

Partenes anførsler:

Klagers anførsler:

Klager anfører at de fastsatte krav om at alle deltakerne i gruppen skal ha gjennomført et skoleprosjekt i fellesskap tidligere er i strid med kravet til åpen og reell konkurranse, idet antallet potensielle leverandører begrenses uten saklig grunn. Klager viser til at 14 grupper ikke oppfylte kravet, men likevel valgte å innlevere tilbud. Dette indikerer klart at kravet er konkurransebegrensende.

Innklagedes anførsler:

Innklagede anfører at skolebygg er spesielle og kompliserte, og at erfaring fra oppføring av skolebygg derfor er viktig og nødvendig for å kunne gi ”positive innspill” til planleggingen av prosjektet.

Det er viktig at rådgivningsgruppen fungerer godt internt, og at det er nødvendig med et tett samarbeid mellom fagene. Det er da en fordel om gruppen har gjennomført felles prosjekter tidligere. Det gir en ekstra kvalitetssikring når deltakerne i gruppen har kunnskap om hverandres arbeidsform, styrker og svakheter.

Innklagede anfører videre at det er opp til oppdragsgiver å fastsette hvor strenge kravene til kvalifikasjonene skal være, så lenge de ikke virker diskriminerende på lokalt eller nasjonalt grunnlag. At 18 av 32 grupper ble funnet å tilfredsstille kravet, viser dessuten at kravet ikke kan ha vært konkurransebegrensende.

Klagenemndas vurdering:

Den aktuelle anskaffelsen retter seg blant annet mot yrkesgruppen arkitekter. Som bransjeorganisasjoner for arkitekter, finner klagenemnda at Norske Arkitekters Landsforbund og Norges Praktiserende Arkitekter ANS har saklig klageinteresse, jf. forskrift fastsatt ved kgl. res. 15.11.2002 nr. 1288 om offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Anskaffelsen er en tjenestekontrakt, og det er lagt til grunn at anskaffelsen, på grunn av dens verdi, følger reglene i forskrift 15.06.2001 om offentlige anskaffelser del II.

Oppdragsgiver kan stille krav til leverandørenes kvalifikasjoner, jf. forskrift om offentlige anskaffelser § 5-5. Forskriften gir imidlertid ingen opplisting av hvilke

kvalitative krav som kan stilles. I forskriften § 5-11 er det gitt en uttømmende liste over hvilke former for informasjon og dokumentasjon på leverandørenes tekniske kvalifikasjoner oppdragsgiver kan kreve fremlagt. Basert på de kvalitative temaer som fremgår av § 5-11, kan oppdragsgiver stille krav til leverandørenes tekniske kvalifikasjoner etter § 5-5.

Det fremgår av § 5-11 (1) bokstav c) punkt 1 at oppdragsgiver kan be om en liste over de viktigste leveranser eller utførte tjenester de siste tre år. Selv om bestemmelsen er formulert generelt, mener klagenemnda at det er adgang til å spesifisere kravene til opplysninger om tidligere kontrakter til den type kontrakt den aktuelle anskaffelsen omfatter. Dette må etter klagenemndas oppfatning gi oppdragsgiver rom for å begrense kravet om dokumentasjon til å bare gjelde en viss kategori arbeid; i dette tilfellet tjenester knyttet til prosjektering av skolebygg.

Klagenemnda kan derfor ikke se at reglene om dokumentasjon kan begrense oppdragsgivers mulighet til å kreve dokumentasjon på erfaring fra oppføring av skolebygg.

Klager har ikke anført at dokumentasjonen skulle vært begrenset til siste tre år, og klagenemnda finner derfor ikke grunn til å konkludere om reglene er brutt på dette punktet.

Spørsmålet er deretter i hvilken grad det er adgang til å stille krav om at samtlige leverandører i en gruppe, i fellesskap skal ha gjennomført samarbeid om et skoleprosjekt. Det følger av forskriften § 5-5 (2) at kravene skal sikre at leverandørene er egnet til å kunne oppfylle kontraktsforpliktelsene og skal stå i forhold til den ytelse som skal leveres. Forskriften § 3-1 stiller også opp krav om at enhver anskaffelse skal så langt det er mulig baseres på konkurranse. Krav som oppstilles innenfor rammene av § 5-5 (2) vil imidlertid regnes for å være en saklig, og dermed lovlig, begrensning av konkurransen. Klagenemnda kan derfor ikke se at forskriften § 3-1 får selvstendig betydning utover rammene i § 5-5.

I vurderingen av om et krav til leverandørene er egnet til å kunne oppfylle kontraktsforpliktelsene, og om kravet står i forhold til den ytelse som skal leveres, må oppdragsgiver ha et betydelig skjønn. Det avgjørende må være om oppdragsgiver har gjort en saklig og forsvarlig vurdering ved fastsettingen av de kvalitative kravene.

Klagenemnda viser her til den forklaring som er gitt fra innklagede om behovet for å sikre at leverandørgruppene samarbeider godt og behovet for erfaring med skolebygg, slik at innklagede kan motta positive innspill underveis i prosessen. Klagenemnda kan ikke underkjenne oppdragsgivers rent innkjøpsfaglige vurderinger, selv om det kan reises spørsmål ved om det er i innklagedes egen interesse å stille opp så strenge krav som i den foreliggende sak. Klagenemndas kompetanse til å underkjenne oppdragsgivers skønnsutøvelse vil på dette punkt være begrenset til tilfeller hvor skønnet fremstår som usaklig, vilkårlig eller kvalifisert urimelig. Klagenemnda har ikke grunnlag for å legge dette til grunn i den foreliggende sak.

Konklusjon:

Asker kommune har ikke brutt lov om offentlige anskaffelser med forskrifter ved anskaffelse av prosjekteringstjenester for oppføring av Vetre skole.

For klagenemnda,
juni 2003.

Inger Roll-Matthiesen

5.



Forsiden
Nemndsmedlemmer
Saksbehandling
Regelverk
Innkomne saker
Statistikk
Årsrapporter
Dommer
Søk i avgjorte saker

Avgjorte saker:
[2003](#) [2004](#) [2005](#)

Besøksadresse
H. Heyerdalsgate 1
0033 Oslo

Postadresse
Postboks 8132 Dep
0033 Oslo

Tlf.: 22 33 70 10

Faks: 22 33 70 12

E-post:

postmottak@kofa.no

Avgjorte saker

Klagenemndas avgjørelse 5. juni 2003 i sak 2003/35

Klager: Asplan Viak Sør AS

Serviceboks 701

4808 Arendal

Innklaget: Ålesund kommune

Rådhuset

6025 Ålesund

Klagenemndas medlemmer: Svein Dahl, Kai Krüger, Inger Roll-Matthiesen

Saken gjelder: Forhandlingsforbudet

Bakgrunn:

Ålesund kommune (heretter kalt ?innklagede?) kunngjorde i løpet av første halvår 2002 en åpen anbudskonkurranse i Norsk lysingsblads elektroniske database (DOFFIN). Anbudskonkurransen gjaldt detaljprosjektering, utarbeidelse av anbudsdokumenter og byggeledelse i forbindelse med rehabiliteringen av Ålesund Vannbehandlingsanlegg.

Som en del av konkurransegrunnlaget fikk interesserte leverandører utdelt et ? *anbudsbrev*?, som skulle innleveres i utfylt stand som en del av leverandørens tilbud. I anbudsbrevet punkt 1.2.6 fremgikk at ?*Kostnader i forbindelse med reise til/fra er inkludert*?

Fristen for å levere inn tilbud var 31.8.2002, og ved fristens utløp hadde innklagede mottatt tre tilbud. Alle ble vurdert som kvalifiserte.

Ett av de tre tilbudene ble levert av Interconsult ASA. Firmaet returnerte ? *anbudsbrevet*? i underskrevet stand. Verken under rubrikken ?*forbehold*? eller andre steder i anbudsbrevet hadde firmaet tatt forbehold mot forutsetningen om at kostnader i forbindelse med reiser skulle være inkludert. I tillegg leverte Interconsult ASA det de omtalte som et kompletterende tilbud med mer utfyllende informasjon om tilbudet. Her repeterte firmaet de priser som var gjengitt i anbudsbrevet. Det fremgikk imidlertid også at ?*I tillegg til ovennevnte honorarrammer og angitte timepriser kommer: - reise og diett etter Statens satser*?

Innklagede fant at dette sitatet var i strid med det anbudsbrief Interconsult ASA hadde returnert, hvor firmaet hadde underskrevet på forutsetningen om at ? *Kostnader i forbindelse med reise til/fra er inkludert?*. Innklagede tok derfor kontakt med Interconsult ASA for å avklare denne uklarheten. I e-post av 18.9.2002 opplyste Interconsult ASA at utgifter i forbindelse med reiser var inkludert i den pris som var opplyst i anbudsbriefet.

Interconsult ASA har i sitt tilbud oppgitt en pris på 960.000 kroner. I tillegg har firmaet beregnet honorar for byggeledelse på 275.000 kroner. Interconsult ASAs totale tilbudspris var således 1.234.045 kroner.

Asplan Viak Sør AS (heretter kalt ?klager?) var en av de andre deltakerne i konkurransen. Klagers tilbudspris var 1.263.449 kroner. Differansen mellom klagers og Interconsult ASAs tilbud var følgelig på 29.404 kroner i favør av Interconsult ASA.

Den 11.11.2002 mottok klager en meddelelse om at innklagede hadde til hensikt å inngå kontrakt med Interconsult ASA. Klager påklaget beslutningen til innklagede i brev av 12.11.2002. Innklagede avviste klagen, og inngikk kontrakt med Interconsult ASA den 3.1.2003.

Anførsler:

Klagers anførsler:

Innklagede har overtrådt forhandlingsforbudet i forskrift 15.6.2002 om offentlige anskaffelser § 16-1(1). Kontakten mellom innklagede og Interconsult ASA etter tilbudsåpningen endret i realiteten Interconsult ASAs tilbud.

Innklagedes anførsler:

Innklagede bestrider å ha overtrådt forhandlingsforbudet i § 16-1(1). Avklaringen av om reiser var inkludert i Interconsult ASAs tilbud var en lovlig avklaring med hjemmel i § 16-1(2) bokstav a).

Klagenemndas vurdering:

Klager har deltatt i den aktuelle konkurransen, og har således saklig klageinteresse, jf. forskrift 15.11.2002 om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig.

Anskaffelsens verdi ligger under EØS? terskelverdier, og reglene i forskrift om offentlige anskaffelser del III får derfor anvendelse, jf. § 2-1(2) jf. § 2-2(1).

Brudd på forhandlingsforbudet

Saken gjelder grensen mellom forhandlingsforbudet i § 16-1(1) og tillatte avklaringer etter § 16-1(2) bokstav a). Forhandlingsforbudet er et sentralt prinsipp i anbudsretten, og ivaretar kravet til likebehandling og etterprøvnbarhet i anbudskonkurranser. Tilliten til anbudssystemet tilsier at grensene for de tillatte avklaringer er meget restriktiv.

I følge § 16-1(2) bokstav a) har oppdragsgiver ikke adgang til avklaringer dersom tilbudet inneholder uklarheter av en slik art at tilbudet skulle ha vært avvist etter § 15-10. § 15-10(1) bokstav d) bestemmer at tilbudet skal avvises dersom det på grunn av feil eller uklarheter kan medføre tvil om hvordan tilbudet

skal bedømmes i forhold til de øvrige tilbudene. Dette innebærer at oppdragsgiver ikke har adgang til en avklaring som påvirker rangeringen av tilbudene.

Uklarheten i Interconsult ASAs tilbud dreier seg om reiser i forbindelse med tjenestekontrakten er inkludert eller ikke. I Interconsult ASAs kompletterende tilbud fremgår det uttrykkelig at reiser ikke er inkludert. I anbudsbrevet, som er utarbeidet av innklagede og akseptert av Interconsult ASA, fremgår det derimot at reiser er inkludert. Kostnadene til reiser er av partene beregnet til minst 50.000 kroner. Dette medfører at spørsmålet om reiser var inkludert er avgjørende for hvilket av de to tilbudene som har lavest pris.

Ettersom avklaringen av om reiser var inkludert i Interconsult ASAs tilbud kan ha påvirket rangeringen av tilbudene, er det klart at avklaringen var i strid med § 16-1(2) bokstav a). Innklagede har således brutt forhandlingsforbudet i § 16-1(1).

Konklusjon:

Innklagede handlet i strid med forhandlingsforbudet i § 16-1(1) ved å avklare om reiser var inkludert i Interconsult ASAs tilbud eller ikke. Interconsult ASAs tilbud inneholdt en så vesentlig uklarhet at det skulle ha vært avvist, jf. § 15-10(1) bokstav d).

For klagenemnda,
6.6.2003

Inger Roll-Matthiesen,

Oslo,



Forsiden
Nemndsmedlemmer
Saksbehandling
Regelverk
Innkomne saker
Statistikk
Årsrapporter
Dommer
Søk i avgjorte saker

Avgjorte saker:

[2003](#) [2004](#) [2005](#)

Besøksadresse

H. Heyerdalsgate 1
0033 Oslo

Postadresse

Postboks 8132 Dep
0033 Oslo

Tlf.: 22 33 70 10

Faks: 22 33 70 12

E-post:

postmottak@kofa.no

Avgjorte saker

Klagenemndas avgjørelse 5. juni 2003 i sak 2003/67

Klager: Tradbo AS

6670 Øydegard

Innklaget: Eide kommune

6490 Eide

Klagenemndas medlemmer: Svein Dahl, Kai Krüger, Inger Roll-Matthiesen.

Saken gjelder: Forbud mot at selskaper hvor ansatte hos oppdragsgiver har eierandeler deltar i konkurransen. Tilbudsfrist.

Bakgrunn:

Eide kommune ved Plan og Næringsetaten (heretter kalt ?innklagede?) kunngjorde 21.2.2003 en anskaffelse av hovedentreprise for bygging av fem omsorgsboliger. I konkurransegrunnlaget ble det opplyst at tilbudsfristen var 20.3.2003 kl. 14.

Leverandørene som hadde fått utlevert konkurransegrunnlaget fikk i brev 11.3.2003 opplyst at:

?På grunn av at fristen blir knapp for å få inn tilbud fra underleverandører utsettes fristen for innlevering av anbud for nye omsorgsboliger til

Torsdag 27. mars 2003?.

Kommunens saksbehandler ble kontaktet av tre leverandører den 26. og 27. mars med forespørsel om presisering av innleveringsfristen. En av disse var Eide Byggservice AS. Kommunens saksbehandler svarte at innleveringsfristen var ?ut dagen? den 27.3.2003, og at anbudsåpning var neste dag.

Litt før kl. 14 den 27. mars møtte fem leverandører, herunder klager, opp i Eide rådhus for å levere sine tilbud og for å være med på tilbudsåpningen. Leverandørene ga uttrykk for at tilbudsfristen måtte være kl. 14, slik som angitt i konkurransegrunnlaget før endringen av dato.

Kommunens representant forsøkte å kontakte saksbehandler på telefon. Denne var imidlertid fullt opptatt med gårdsarbeid og hadde ikke tid til å drøfte dette nærmere over telefon. Saksbehandleren skal imidlertid ha sagt at han tok det til etterretning? at anbudsåpning da ville skje umiddelbart.

Etter dette ble det besluttet å gjennomføre tilbudsåpning. Den startet kl. 14.10 og var avsluttet kl. 14.30. Det var da kommet inn åtte tilbud.

Eide Byggservice AS møtte opp kl. 15.15 og leverte inn sitt tilbud. Eide Byggservice AS viste til samtalen med kommunens representant, og anførte at tilbudsfristen måtte anses å være ut dagen.

Innklagede valgte å ta med tilbudet fra Eide Byggservice AS i evalueringen. Klager leverte inn et tilbud på kr. 3 816 520,- eks. mva. og et alternativt tilbud på kr. 3 532 813,- eks. mva. Eide Byggservice AS leverte inn laveste tilbud på kr. 3 496 330,- eks. mva.

Innklagede har i meddelelse til leverandørene opplyst at tilbudet fra Eide Byggservice AS vil bli valgt.

En avdelingsleder i kommunens avdeling Drift? eier 35 % av aksjene i Eide Byggservice AS. Hans bror eier 15 %. Fra 1.5.2003 ble avdeling Drift? slått sammen med avdeling Plan og næring?. Avdelingslederen har kontor i samme bygg som tilbudsåpningen fant sted. Avstanden til kontorene til Eide Byggservice AS er ca. 1,5 km. Det fremgår av saken at vedkommende avdelingsleder ikke hadde befatning med den aktuelle anskaffelse. Det er for øvrig dokumentert at vedkommende var ute på oppdrag da tilbudsåpningen skjedde og saken ble behandlet.

Partenes anførsler

Klagers anførsler:

Klager anfører at endringen av fristen for innlevering av tilbud kun omfattet dato, ikke klokkeslett. Tilbudet fra Eide Byggservice AS ble derfor levert for sent, og skulle vært avvist. Kommunens saksbehandler ble ikke presset eller villedet av leverandørene til å gjennomføre åpningen kl. 14.

Eide Byggservice AS er avskåret fra å kunne delta i konkurransen på grunn av avdelingslederen i kommunens eierandeler i selskapet. Han må her identifiseres med sin brors eierandeler.

Dersom det inngås kontrakt med Eide Byggservice AS må klager ha krav på erstatning for den positive kontraktsinteressen. Klager hadde nest laveste tilbud, og det eneste tildelingskriteriet var pris. Subsidiært må klager ha krav på den negative kontraktsinteresse. Klager ville ikke deltatt i konkurransen dersom han hadde visst at konkurransen ble gjennomført på denne måten.

Innklagedes anførsler:

Fristen for innlevering av tilbud var ut dagen den 27.3.2003.

Kommunens representant ble presset og villedet av de fremmøtte leverandørene til å åpne tilbudene, og det er derfor de selv som er ansvarlige for at deres tilbud ble åpnet før fristen.

Det er usannsynlig at Eide Byggservice AS kan ha fått tilgang til prisene fra tilbudsåpningen. Det er i den forbindelse relevant at prisforskjellen på tilbudet fra Eide Byggservice AS og det nest laveste tilbudet var stor. Feilen kan derfor uansett ikke ha hatt betydning for utfallet av konkurransen.

Det er ikke grunnlag for å identifisere avdelingslederen i kommunens eierandeler med hans brors eierandeler i Eide Byggservice AS. Uansett kan forbudet mot at firma som helt eller i overveiende grad eies av ansatte hos oppdragsgiver deltar i konkurransen bare gjelde for eierandeler som er *mer* enn 50%. Avdelingslederen har ikke på noe tidspunkt være involvert i prosjektet.

Klagenemndas vurdering:

Klager har deltatt i konkurransen og har saklig klageinteresse, jf. forskrift fastsatt ved kgl. res. 15.11.2002 nr. 1288 om klagenemnda for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Anskaffelsens verdi overstiger ikke terskelverdiene i forskrift fastsatt ved kgl. res. 15.6.2001 om offentlige anskaffelser § 2-2, og følger således reglene i forskriften del III.

Tilbudsfristen:

Utgangspunktet for vurderingen er at konkurransegrunnlaget fastsatte tilbudsfristen til

20.3.2003 kl. 14?, og at meddelelsen 11.3.2003 som endret tidspunktet for tilbudsåpningen ikke anga noe klokkeslett for åpningen. Isolert sett ville det dermed ligge nær å tolke meddelelsen 11.3.2003 slik de fremmøtte leverandører åpenbart har gjort, nemlig at det bare gjaldt en forskyvning av dato, ikke av klokkeslett for tilbudsåpningen som fortsatt var kl 14.00. Men det rådet åpenbart en viss forvirring innen kommunen om dette, all den stund det på kommunens vegne ble sagt til blant annet Eide Byggservice AS at fristen denne dagen var forskjøvet til ut dagen den 27.3, det vil si før kontortidens slutt. Dette er for øvrig i tråd med alminnelige anbudsrettslige prinsipper. Om det ikke er angitt noe annet utløper tilbudsfristen ved kontortidens slutt den fastsatte tilbudsdato. Innklagde hadde dermed gitt innbyrdes motstridende opplysninger om tidspunktet for tilbudsåpningen. Det korrekte ville da være å holde fast ved at fristen gjaldt til utløpet av dagen, slik Eide Byggservice AS hadde fått beskjed om. Eide Byggservice AS ville riktignok oppnådd to timer lengre frist enn de øvrige leverandørene. Klagenemnda anser imidlertid dette for å være av mer underordnet betydning.

Siden vedkommende kommunale saksbehandler ikke var tilgjengelig på det kritiske tidspunktet, forelå det så vidt klagenemnda forstår ikke noen mulighet til å få avklart hvilke beskjeder som faktisk var gitt. Gjennomfører man tilbudsåpning på ulike tidspunkter, vil den som kommer senere med sitt tilbud ha en teknisk mulighet for å gjøre seg kjent med konkurrentenes priser og forholde seg til disse. Klagenemnda har ingen grunn til å tro at det i dette tilfelle ble lekket opplysninger på irregulær måte, men reglene må tolkes slik at en slik mulighet for dette *generelt* utelukkes. Det var derfor en feil av kommunen å godta at Eide Byggservice AS fikk delta. Feilen kunne imidlertid heller ikke vært rettet ved å *avvise* Eide Byggservice AS, fordi denne forholdt seg til den melding som faktisk var blitt gitt. Slik saken sto, ville det eneste korrekte derfor være å avlyse hele konkurransen og starte prosessen på ny. At leverandørene i et slikt tilfelle kjenner hverandres priser er ingen hindring; dette forhold vil gjelde samtlige deltagere og kan ikke misbrukes ved en ny konkurranse. Likhetsprinsippet overholdes dermed.

Habilitet:

Det følger av forskrift fastsatt ved kgl. res. 15.11.2001 om offentlige anskaffelser § 3-5 (1) at en ansatt hos oppdragsgiveren ikke kan delta i konkurranse eller inngå kontrakt med den administrasjon hvor han gjør tjeneste. Det samme gjelder firma som helt eller i overveiende grad eies av en eller flere av

oppdragsgivers ansatte.

Det følger av en naturlig forståelse av ordlyden at ?i overveiende grad? betyr mer enn 50 % eierandeler. At avdelingslederen i kommunen hadde en eierandel på 35 % i selskapet er derfor ikke tilstrekkelig til at selskapet skal utelukkes fra konkurransen alene av denne årsak.

Ut fra det opplyste legger klagenemnda for øvrig til grunn at avdelingslederens bror med de resterende eierandeler i Eide Byggservice AS ikke er ansatt i kommunen. Klagenemnda kan ikke se at det er grunnlag i denne saken for noen identifikasjon mellom ansattes eierandeler i et firma og nærstående eller familiemedlemmers eierandeler.

Klagenemnda tilføyer at vedkommende avdelingsleder ikke har deltatt i saksbehandlingen og klagenemnda behøver derfor ikke berøre reglene om forvaltningsrettslig ugyldighet, jf forvaltningslovens § 6 annet ledd, som også kommer til anvendelse ved offentlige anskaffelser. Omorganisering av kommunens administrasjon fant under enhver omstendighet sted senere enn de hendelser saken gjelder og har derfor ingen betydning.

Konklusjon:

Eide kommune har brutt reglene for offentlige anskaffelser ved å anvende ulike tilbudsfrister for konkurrerende leverandører, samt fullføre konkurransen ved tildeling til en leverandør uten å ivareta likhetsprinsippet i lov om offentlige anskaffelser § 5 første ledd, jf forskrift om offentlige anskaffelser § 3-1(2).

Klagenemnda ber opplyst innen 2. juli 2003 hva Eide kommune vil gjøre for å rette den feil som er begått.

For klagenemnda,
5.6..2003

Kai Krüger,



Forsiden
Nemndsmedlemmer
Saksbehandling
Regelverk
Innkomne saker
Statistikk
Årsrapporter
Dommer
Søk i avgjorte saker

Avgjorte saker:

[2003](#) [2004](#) [2005](#)

Besøksadresse

H. Heyerdalsgate 1
0033 Oslo

Postadresse

Postboks 8132 Dep
0033 Oslo

Tlf.: 22 33 70 10

Faks: 22 33 70 12

E-post:

postmottak@kofa.no

Avgjorte saker

Klagenemndas avgjørelse 5. juni 2003 i sak 2003/74

Klager: ILJE AS
Kolbotnvn. 33
1410 Kolbotn

Innklaget: Vestby kommune
Postboks 144
1540 Vestby

Klagenemndas medlemmer: Svein Dahl, Kai Krüger, Bjørg Ven

Saken gjelder: Tildelingskriterier, plikten til å opplyse om disse i kunngjøringen eller i konkurransegrunnlaget, kravet til likebehandling, inhabil rådgiver og erstatning.

Bakgrunn:

Vestby kommune (heretter kalt ?innklagede?) kunngjorde i januar 2003 en konkurranse med forhandlinger for utarbeidelse av forprosjekt for oppføringen av Vestby sykehjem. Det var allerede utarbeidet et skisseprosjekt av arkitektfirmaet Ottar Arkitekter AS. Den kunngjorte konkurransen omfattet supplering av skisseprosjektet, søknad om rammetillatelse, utarbeidelse av konkurransegrunnlag for totalentreprise, gjennomføring av anbudskonkurranse og kontrahering av entreprenør. Siste frist for anmodning om deltakelse i konkurransen var 11.2.2003, og tilbudsfristen var 25.2.2003.

I konkurransegrunnlaget var det opplyst ?*Evalueringen baserer seg på en totalvurdering av hvilket tilbud som er det økonomisk mest fordelaktige for byggherren. Tilbudene vil bli vurdert etter en helhetsvurdering der erfaring, kompetanse og pris vektlegges?*

En av deltakerne i konkurransen var ILJE AS (heretter kalt ?klager?). Klagers tilbud var timepriset, og som en honorarramme hadde klager anslått ?*kr. 600,- x 800 t = kr. 480.000,-eks.mva.?* Fem av deltakerne i konkurransen ble invitert til videre forhandlingsmøter. Klager var blant disse fem.

En av de andre deltakerne i konkurransen var Ottar Arkitekter AS. Firmaets tilbudspris var 2.042.000 kroner, hvilket gjorde tilbudet til ett av de dyreste som kom inn. Innklagede ønsket likevel å forhandle med Ottar Arkitekter AS, og forhandlingsmøtet ble avholdt den 11.3.2003. I fremlagte referater fra møtet med Ottar Arkitekter AS fremgår det at *?? tror det blir dem. Nå er målet å finne ut hva/hvordan vi kan forsvare valget. Får studere forskriften nærmere?.* Innklagede avholdt likevel forhandlingsmøter med de øvrige leverandørene i dagene som fulgte. For klagers del ble forhandlingsmøtet avholdt den 12.3.2003.

Det er på det rene at under forhandlingsmøtet med Ottar Arkitekter AS var firmaets høye tilbudspris et tema. I notatene utarbeidet til forhandlingsmøtet fremgår:

?Spørsmål:

- *Billigste tilbud er kr. 604.000 (fast, en ramme er under 500?). Tom Ottar har pr tlf gitt en del innspill på hva konsekvensen kan være av manglende detaljering og uheldig valg av entreprenør. Likevel, tilbudet fra tom ottar er det mangedobbelte av det billigste. Hvor lavt ned kan prisen reduseres og likevel kunne være forsvarlig??*

Etter dette forhandlingsmøtet den 11.3.2003 var innklagede i kontakt med Ottar Arkitekter AS minst to ganger til, den 17.3.2003 og den 18.3.2003. I forbindelse med en telefonsamtale den 18.3.2003, noterte innklagede: *?950? eks mva. Er dette lavt nok??.* Ottar Arkitekter AS leverte et revidert tilbud den 18.3.2003, der prisen var senket til 946.000 kroner.

Den 25.3.2003 mottok klager en e-post fra innklagede med meddelelse om at kontrakten ville bli tildelt Ottar Arkitekter AS. Valg av tilbud var begrunnet på følgende måte:

?Begrunnelsen for å velge dette tilbudet er en vurdering basert på tildelingskriteriene i tilbudsgrunnlaget som var erfaring, kompetanse og pris. I tillegg er det lagt vekt på selve tilbudets innhold som bla oppgaveforståelse og brukermedvirkning som ble presentert på intervjumøtene. Tilbudet som er valgt skiller seg fra de øvrige ved at helhetsgrepet (plassering og utforming av bygget) vil bli vurdert og fordeling av ressursbruk. De er valgt å supplere skisseprosjektet mer enn for de øvrige og detaljering av romskjema som kommunen ser som viktig for gjennomføringen av anbudskonkurransen med entreprenørene?.

Klager påklaget tildelingen til innklagede den 28.3.2003. I brev av 3.4.2003 avviste innklagede klagen, og utdypet samtidig begrunnelsen for valg av tilbud, jf. forskrift 15.6.2001 om offentlige anskaffelser § 3-8(4).

Anførsler:

Klagers anførsler:

Klager anfører at innklagede har brutt § 17-2 i sitt valg av tilbud. Innklagede har benyttet tildelingskriterier som ikke var oppgitt i konkurransegrunnlaget. I tillegg har innklagede handlet i strid med regelverket ved å benytte kvalifikasjonskrav som tildelingskriterier.

Klager anfører videre at *?Vestby kommune har under konkurranse med forhandling ikke sørget for å likestille de anbydere som var invitert til å forhandle. Det har ikke vært forhandlet om forretningsmessige vilkår, pris og*

tekniske spesifikasjoner. Valg av Ottar arkitekter as har skjedd på grunnlag av ytelser som ikke var oppgitt i konkurransegrunnlaget, og som heller ikke ble tatt opp under forhandlingsmøtet og som kun Ottar arkitekter as hadde forutsetninger om?.

Innklagede har delt tjenestekontrakten opp i flere gjennomføringsfaser i den hensikt å komme under terskelverdiene. Anskaffelsen skulle således fulgt reglene i forskriftens del II. Ettersom vilkårene for å benytte konkurranse med forhandlinger ikke var oppfylt, hadde innklagede ikke adgang til å benytte denne konkurranseformen.

Innklagede har brutt § 3-6, og tildelt kontrakten inhabil rådgiver. Bakgrunnen er at Ottar Arkitekter AS både utarbeidet skisseprosjektet og deltok i selve konkurransen.

Innklagede har brutt taushetsplikten i § 16-3(5) ved å røpe detaljer i klagers tilbud til Ottar Arkitekter AS. Bakgrunnen er at Ottar Arkitekter AS i forbindelse med en annen sak skal ha uttalt at det var stor forskjell på de innkomne tilbud på Vestby sykehjem, og at én leverandør hadde kommet med et svært lavt tilbud.

Vilkårene for erstatning for positiv kontraktsinteresse er oppfylt.

Innklagedes anførsler:

Innklagede bestrider å ha brutt regelverket om offentlige anskaffelser.

Ottar Arkitekter AS var ikke var inhabile til å delta i konkurransen. Konkurransegrunnlaget ble utarbeidet av innklagede selv *?på bakgrunn av andre gjennomførte og pågående prosjekter i egen kommune?.*

Kontraktens verdi ble beregnet til under EØS? terskelverdier, og forskrift om offentlige anskaffelser del III regulerte således konkurransen. Det var derfor anledning til å benytte konkurranseformen konkurranse med forhandling.

Taushetsplikten er overholdt, og kravet til likebehandling er ivaretatt både gjennom forhandlingene og ellers i konkurransen.

Valg av tilbud er foretatt i samsvar med § 17-2, og elementene som kommunen oppga å ha vektlagt i e-post av 25.3.2003, referer seg alle til tildelingskriteriene som er oppgitt i konkurransegrunnlaget.

Klagenemndas vurdering:

Klager deltok i den aktuelle konkurransen, og har således saklig klageinteresse, jf. forskrift 15.11.2002 om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig.

Adgang til å benytte konkurranse med forhandlinger

Innklagede har beregnet forprosjektets verdi til ca. 700.000 kroner. Klagenemnda har ingen holdepunkter for at innklagede har delt opp prosjekteringstjenestene i flere kontrakter i den hensikt å komme under terskelverdiene. Klagenemnda legger derfor til grunn at anskaffelsens verdi ligger under terskelverdiene, og at konkurransen reguleres av forskrift om offentlige anskaffelser del III, jf. § 2-1(2) jf. § 2-2(1). Innklagede sto da fritt til å benytte anskaffelsesprosedyren konkurranse med forhandling.

Tildeling til inhabil rådgiver, jf. § 3-6

§ 3-6 setter grenser for oppdragsgivers adgang til å bruke rådgivere under en anskaffelsesprosess. Oppdragsgiveren har ikke adgang til å søke eller motta råd som kan bli benyttet under utarbeidelsen av spesifikasjoner for en bestemt anskaffelse fra noen som kan ha økonomisk interesse i anskaffelsen når dette skjer på en måte som vil kunne utelukke konkurranse.

Ottar Arkitekter AS har deltatt både i konkurransen og utarbeidet skissegrunnlaget som forprosjektet skulle legge til grunn for videre bearbeidelse. Så langt klagenemnda kan se, innebærer ikke dette at innklagede har mottatt eller søkt råd som kan benyttes under utarbeidelsen av spesifikasjonene. I alle tilfeller kan klagenemnda ikke se at utarbeidelsen av skisseprosjektet var egnet til å utelukke konkurranse.

Klagenemnda finner etter dette at innklagede ikke har brutt § 3-6.

Lovligheten av tildelingskriteriene ?kompetanse? og ?erfaring?

Som to av tildelingskriteriene har innklagede stilt opp ?kompetanse? og ?erfaring?. Selv om disse kriteriene knytter seg til forhold ved leverandøren, kan kriteriene også påvirke verdien av selve tilbudet, jf. EF-domstolens dom T-4/01 (Strabag).

At leverandørens kompetanse og erfaring påvirker tilbudets verdi, må i alle fall gjelde for kontrakter som består av en innsatsforpliktelse. Ved tjenestekontrakten som består i konsulentoppdrag vil det ofte være ugjørlig å skille vurderingen av leverandørens kvalifikasjoner fra vurderingen av tilbudets kvalitet. Dette er nettopp tilfellet i foreliggende sak, hvor det fremgår av konkurransegrunnlaget at gjenstand for konkurransen blant annet er implementering av ?byggetekniske, VVS-tekniske og elektrotekniske forutsetninger i prosjektet?, ?kvalitetssikring? av overordnede brann- og lydkrav, ?utarbeidelse av anbudsunderlag for totalentreprise?, herunder ?utomhusplan? og ?Funksjonsbeskrivelse/kravspesifikasjon?. Det er således klart at kontrakten har vesentlige elementer av innsatsforpliktelse.

Klagenemnda har etter dette kommet til at innklagede ikke har brutt regelverket ved å benytte kompetanse og erfaring som tildelingskriterier.

Plikten til å oppgi alle tildelingskriteriene i kunngjøringen eller i konkurransegrunnlaget

I følge forskrift om offentlige anskaffelser § 17-2(2) skal alle tildelingskriteriene som vil bli lagt til grunn oppgis enten i kunngjøringen eller i konkurransegrunnlaget. Tildelingskriteriene skal være formulert slik at det er mulig for alle rimelige opplyste og normalt påpasselige leverandører å tolke tildelingskriteriene på samme måte, jf. EF-domstolens dom C-19/00 (SIAC Construction).

Ved valg av tilbud har innklagede opplyst ?i tillegg? å ha lagt vekt på ?selve tilbudets innhold som bla oppgaveforståelse og brukermedvirkning?, ?helhetsgrepet (plassering og utforming av bygget?, ?fordeling av ressursbruk? og ?detaljer av romskjema?. Innklagede anfører at de nevnte elementene faller inn under tildelingskriteriene kompetanse og pris, og at plikten til å opplyse om tildelingskriteriene dermed er oppfylt. Klagenemnda finner at enkelte av elementene i prinsippet kan gi indikasjoner på leverandørens kompetanse eller påvirke tilbudets pris. Det avgjørende må imidlertid være at deltakerne i konkurransen, så langt klagenemnda kan se, ikke hadde tilstrekkelige forutsetninger for å forstå at innklagede ville legge vekt på disse elementene.

Innklagedes egen tolking av innholdet i tildelingskriteriene fremstår som så vidt spesiell at det neppe kan legges til grunn at alle rimelige opplyste og normalt påpasselige leverandører vil tolke kriteriene på samme måte.

Klagenemnda finner etter dette at innklagede har brutt § 17-2(2).

Brudd på kravet om likebehandling

Ved konkurranser med forhandlinger har oppdragsgiver et forholdsvis vidt skjønn med hensyn til hvordan forhandlingsprosedyren skal gjennomføres. Oppdragsgiver plikter imidlertid å likebehandle leverandørene gjennom hele prosessen, jf. forskrift om offentlige anskaffelser § 16-3(5) og § 3-1(2).

Alle de utvalgte leverandørene ble innkalt til avklaringsmøter. Partene er enige om at klager under sitt møte ikke fikk anledning til å forhandle om forretningsmessige vilkår, priser eller tekniske spesifikasjoner. Av de fremlagte notater ser det ut som det samme var tilfellet med de øvrige tre leverandører.

Mellom innklagede og Ottar Arkitekter AS fant det derimot sted materielle forhandlinger, som resulterte i at firmaets tilbudspris ble redusert fra 2.042.000 kroner til 946.000 kroner. Ottar Arkitekter AS var videre den eneste leverandøren som fikk anledning til å levere et revidert tilbud på en *forenklet beskrivelse?* i etterkant av avklaringsmøtet. Det første tilbudet fra Ottar Arkitekter AS var blant de høyest prisede, og innklagedes handlemåte var således klart i strid med kravet til likebehandling, jf. § 16-3(5) og § 3-1(2).

Klagenemnda bemerker for øvrig at samtidig som Ottar Arkitekter AS senket prisen i sitt reviderte tilbud, ble prisen på en annen del av arbeidet, som ikke inngikk i tilbudet, økt med et tilsvarende beløp. Dette foranlediger spørsmålet om prisen i Ottar Arkitekter AS' reviderte tilbud er reell.

Brudd på taushetsplikten

Klagenemnda kan ikke se at det foreliggende materialet gir grunnlag for å ta stilling til denne anførselen.

Erstatningsspørsmålet

Utgangspunktet er at klager kan kreve erstatning for den positive kontraktsinteressen dersom det foreligger vesentlige brudd på regelverket, og det samtidig er klar sannsynlighetsovervekt for at klagers tilbud skulle ha vært valgt, jf. Rt. 2001 s. 1062 (Nucleus).

Klagenemnda finner at de feil innklagede har begått i saken må karakteriseres som vesentlige brudd på regelverket. På bakgrunn av materialet kan klagenemnda imidlertid ikke se at det er godtgjort at klager ville blitt tildelt kontrakten dersom feilene ikke hadde blitt begått. Det er her et poeng at tre andre leverandører deltok i konkurransen på linje med klager og Ottar Arkitekter AS, og at valg av tilbud ikke bare skulle baseres på pris, men også på kriteriene kompetanse og erfaring.

Klagenemnda antar at klager ikke ville ha deltatt i konkurransen dersom de på forhånd hadde vært kjent med hvordan forhandlingene ville bli gjennomført. Klagenemnda finner således av vilkårene for erstatning for den negative kontraktsinteressen kan være oppfylt, jf. Rt. 1997 s. 574 (Firesafe).

Konklusjon:

Innklagede har ikke brutt regelverket ved å benytte anskaffelsesprosedyren konkurranse med forhandling.

Innklagede har ikke brutt § 3-6.

Innklagede har ikke brutt regelverket ved å benytte kvalifikasjonskrav som tildelingskriterier.

Innklagede har brutt § 17-2(2) ved ikke å oppgi alle tildelingskriterier som ville bli vektlagt enten i kunngjøringen eller i konkurransegrunnlaget.

Innklagede har gjennomført forhandlingsprosedyren i strid med kravet om likebehandling, jf. § 16-3(5) og § 3-1(2).

Klagenemnda har ikke grunnlag for å ta stilling til om innklagede har brutt taushetsplikten, jf. § 16-3(5)

Klagenemnda har ikke grunnlag for å ta stilling til om vilkårene for erstatning for positiv kontraktsinteresse er oppfylt, men legger til grunn at vilkårene for å få erstattet den negative kontraktsinteressen kan være til stede.

For klagenemnda,
5.6.2003

Svein Dahl

Oslo,



Forsiden
Nemndsmedlemmer
Saksbehandling
Regelverk
Innkomne saker
Statistikk
Årsrapporter
Dommer
Søk i avgjorte saker

Avgjorte saker:
[2003](#) [2004](#) [2005](#)

Besøksadresse
H. Heyerdalsgate 1
0033 Oslo

Postadresse
Postboks 8132 Dep
0033 Oslo

Tlf.: 22 33 70 10

Faks: 22 33 70 12

E-post:

postmottak@kofa.no

Avgjorte saker

Klagenemndas avgjørelse 5. juni 2003 i sak 2003/88

Klager: ProBA AS

Innklaget: Forsvarsbygg

Klagenemndas medlemmer: Svein Dahl, Kai Krüger, Inger Roll-Matthiesen.

Saken gjelder:

Begrunnelse. Oppdragsgivers skjønnsutøvelse ved valg av tilbud.

Bakgrunn:

Forsvarsbygg (heretter kalt ?innklagede?) kunngjorde i Norsk lysingsblads elektroniske database DOFFIN den 7.3.2003 anskaffelse av rådgivningstjenester for eiendomsutvikling. Anskaffelsen ble kunngjort som en åpen anbudskonkurranse etter reglene i forskrift 15.6.2001 om offentlige anskaffelser del III.

Det ble i kunngjøringen opplyst at tildelingskriteriene var leveringssikkerhet, pris og kvalitet. Det ble videre bedt om blant annet dokumentasjon på leverandørenes faglige og akademiske kvalifikasjoner og en liste over de viktigste tjenesteytelsene de siste tre år, med angivelse av verdi og tidspunkt, og om det var offentlige eller private oppdragsgivere.

Innklagede kunngjorde også anskaffelsen i avisene Fædrelandsvennen, Stavanger Aftenblad og Bergens Tidende. Av disse kunngjøringene fremgikk det at: ?Det forutsettes derfor inngående kjennskap til lokale forhold om planprosesser og byutvikling, og erfaring i å følge større utviklingsprosjekt i de respektive områder?.

I et eget konkurransegrunnlaget ble det opplyst at Forsvaret ikke lenger har bruk for flere eiendommer i Kristiansund, Stavanger og Bergen. Eiendommene skal derfor avhendes, og det ble opplyst at ?Det skal derfor gjennomføres vurdering om arealbruk og utnyttelse i samspill med kommunale planmyndigheter og private utbyggere. Rådgiverne skal bistå Forsvarsbygg i disse vurderingene?.

Det ble opplyst at deltilbud aksepteres under følgende forutsetninger:

?Innenfor rådgivning eiendomsutvikling kan det inngås separate avtaler for hvert av byområdene Kristiansand, Stavanger og Bergen. Man kan inngi tilbud på alle byområdene eller kun en eller to av disse?.

I konkurransegrunnlaget ble tildelingskriteriene endret. Det ble opplyst at det ville bli lagt vekt på, i prioritert rekkefølge:

?1. I hvilken grad personene som skal utføre oppdraget innehar lokal kjennskap og

erfaring i arealplanlegging/eiendomsutvikling.

- 2. I hvilken grad personene som skal utføre oppdraget innehar kunnskap om strategiske grep i forhold til kommunal administrasjon og lokalpolitiske myndigheter.*
- 3. Nettverk mot andre som for eksempel entreprenørbransjen, arkitekter oa*
- 4. Pris. Reiseutgifter forbundet til oppdraget skal også angis.?*

Det kom inn til sammen 21 tilbud på rådgivningstjenester for eiendom.

ProBA AS (heretter kalt ?klager?) levert inn et tilbud med en timepris på kr. 420,- eks. mva. Arbeidet ville i hovedsak utføres av daglig leder, og det var vedlagt opplysninger om utdanning som ingeniør, til sammen 33 års praksis fra statlig og kommunal virksomhet og privat virksomhet.

Scandiaconsult tilbød i hovedsak to sivilingeniører og en sivilarkitekt til oppdraget. Det tilbudte personell fremla CV, og det ble redegjort for organisasjonens generelle kompetanse, herunder tidligere oppdrag for Forsvaret. Tilbudt timepris var kr. 700,- eks. mva.

Opus Bergen AS leverte et tilbud i samarbeid med Link Arkitekter AS. Det var i tilbudet lagt ved CV på tre medarbeider i Opus Bergen AS, i tillegg til en generell redegjørelse for virksomheten til Link Arkitekter AS. Tilbudt pris var ? mellom kr. 450,- og kr. 700,- pr time eks. mva med et snitt på kr. 600,-?.

Unico AS leverte inn et tilbud for regionene Kristiansand og Stavanger. Det ble opplyst at ?Det forutsettes at man sammen med oppdragsgiver setter sammen det optimale prosjektteam basert på hva som tjener det enkelte delprosjekt best?. Det ble lagt ved CV for de aktuelle syv medarbeiderne. Timepriser varierte fra kr. 750,- eks. mva. til kr. 950,- eks. mva. for de ulike personene.

I anskaffelsesprotokollen punkt 12.1. er det opplyst at tildelingskriterier var:

?Inngående kjennskap til lokale forhold om planprosesser og byutvikling.

Erfaring i å følge større utviklingsprosjekter i de respektive områder

Faglig bredde?.

Det ble innstilt på at Unica AS ble valgt som rådgivere for eiendomsutvikling Kristiansand og Stavanger og at Opus og Scandiaconsult AS ble valgt som rådgivere for eiendomsutvikling Bergen.

I anskaffelsesprotokollen er det videre opplyst:

?Begrunnelsen for valg av leverandør er i begge tilfeller den lange erfaringen som disse kontorene har til planprosesser og byutvikling både lokalt og regionalt. I tillegg har de haft lang erfaring med å følge større utviklingsprosjekter i de respektive regionene. Alle leverandørene representerer kontorer med stor faglig bredde som vil gjøre det lettere for oppdragsgivere til å få en kontinuitet i de prosjektene som disse vil bli delta i.?

I brev 6.5.2003 ble klager orientert om valg av leverandører. Det opplyst at begrunnelsen for valget var ?Deres inngående kjennskap til lokale forhold om planprosesser og byutvikling samt lang erfaringhet i å følge større utviklingsprosjekt i de respektive områdene?.

Anførsler:*Klagers anførsler:*

Klager anfører at pris ikke har vært tilstrekkelig vektlagt ved valg av leverandør, og at de valgte tilbudenes prisnivå skulle fremkommet i begrunnelsen for valg av tilbud.

Klager anfører at innklagede har utøvet et usaklig eller vilkårlig skjønn ved vurderingen av klagers og de valgte leverandørenes kjennskap til lokale forhold og erfaring.

Det har ikke vært vurdert om det skal inngås separate avtaler for hvert av byområdene Kristiansand, Stavanger og Bergen.

Innklagedes anførsler:

Pris er angitt sist som ett av fire prioriterte tildelingskriterier. Pris skal derfor ikke være avgjørende for valg av tilbud. Det er ingen plikt til å umiddelbart oppgi timepris i begrunnelser. Timepriser kan, etter en konkret vurdering, måtte anses som forretningshemmeligheter. Angivelse av timepriser kan også ha en negativ innvirkning på fremtidige konkurranser. Begrunnelsen tok utgangspunkt kun i tildelingskriteriet som var prioritert som viktigst. Det erkjennes at begrunnelsen ikke var tilstrekkelig i forhold til å gi klager mulighet til å vurdere om tildelingen var korrekt.

Klager har en viss erfaring med planarbeid. Det er imidlertid ikke dokumentert erfaring og kompetanse i forbindelse med utvikling av eiendom med tanke på salg. Det er nødvendig at rådgiverne dokumenterer at de har erfaring fra sammensatte og komplekse prosjekter. Klager har god kompetanse på prosjektledelse i forbindelse med bygging, noe som imidlertid ikke er ettspurt.

Basert på dokumentasjon vedlagt tilbudene fremsto de valgte leverandørene som bedre egnet enn klager.

Selv om klager har lavere timepris, mer enn oppveier leverandørenes dokumenterte oppdragspesifikke kompetanse den høyere timeprisen.

Klagenemndas vurdering:

Klager har deltatt i den aktuelle konkurransen, og har derfor saklig klageinteresse, jf. forskrift 15.11.2002 om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig.

I følge forskrift om offentlige anskaffelser § 17-2 (2) skal alle tildelingskriteriene som vil bli lagt til grunn oppgis enten i kunngjøringen eller i konkurransegrunnlaget. Tildelingskriteriene skal være formulert slik at det er mulig for alle rimelige opplyste og normalt påpasselige leverandører å tolke tildelingskriteriene på samme måte, jf. EF-domstolens dom C-19/00 (SIAC Construction). Når tildelingskriteriene først er angitt uttrykkelig i kunngjøringen i Norsk lysingsblads elektroniske database (DOFFIN), er det ut fra hensynet til likebehandling av leverandørene begrensede muligheter til å senere kriteriene.

I den foreliggende sak har innklagede angitt ulike kriterier for valg av tilbud i den

offisielle kunngjøringen i Norsk lysingsblads elektroniske database og i lokale kunngjøringer, i tillegg til at kriteriene senere ble endret i konkurransegrunnlaget, for deretter å endres på nytt i anskaffelsesprotokollen.

Forskriftens § 12-4 (1) er til hinder for vesentlige endringer i konkurransegrunnlaget senere enn tilbudsfristens utløp. Endring av tildelingskriteriene omfattes av dette. Det er etter dette åpenbart at de krav som stilles til klarhet i angivelsen og opprettholdelse av tildelingskriteriene etter forskriften ikke er overholdt, jf også SIAC-saken nevnt ovenfor. Leverandørene har i den foreliggende sak hatt små eller ingen mulighet til å danne seg noe sikkert bilde av hvordan anskaffelsen rent faktisk ville bli håndtert av innklagede når de innleverte tilbud skulle sammenlignes. Begrunnelsen for tildelingen bærer da også preg av denne uklarhet.

Den endelige begrunnelse for tildeling forholder seg bare delvis til de kriterier som er omhandlet i sakens tidlige faser, og er også ufullstendig. Blant annet er pris?, som var nevnt som tildelingskriterium både i kunngjøringen og i konkurransegrunnlaget, overhodet ikke er berørt. I tilsvaret fra innklagede under klagebehandlingen anføres det at pris er vektlagt, men ikke funnet tilstrekkelig tungtveiende til å oppveie forskjell i leverandørenes erfaring og kompetanse. Anførselen er imidlertid ikke nærmere underbygget, og har heller ikke støtte i sakens fremlagte dokumenter.

Det er etter dette uklart hvilke tildelingskriterier som faktisk gjaldt ved valg av tilbud i den foreliggende sak, herunder om pris har vært et moment i vurderingen. Det er således på det rene at heller ikke den begrunnelse innklagede har gitt for valg av tilbud, jf. forskriften §§ 3-8 (4) og 17-3 egentlig ikke vil kunne tilfredsstille fullt ut de krav som stilles for at forbigåtte leverandører skal kunne anfekte prosessen. Kjenner man ikke anskaffelsesmyndighetens kriterier og prioriteringer fordi disse som følge av fortløpende endringer er uklare, kan en begrunnelse ikke gi holdepunkt for å kontrollere om tildelingen er foretatt på korrekt måte. Begrunnelsen som fremstår i anskaffelsesprotokollen er derfor ikke ? og kan heller ikke bli ? akseptabel.

Klagenemnda finner etter dette at innklagedes saksbehandling ikke har vært i overensstemmelse med de krav som gjeldende regler stiller. Feilen lar seg vanskelig rette uten ved en avlysning av konkurransen og gjenopptagelse av anskaffelsen, hvor rammebetingelser og tildelingskriterier fremgår klart og tydelig.

Konklusjon:

Forsvarsbygg har brutt forskrift om offentlige anskaffelser § 12-4 (1) ved å ha foretatt endringer i konkurransegrunnlaget etter tilbudsfristens utløp. Forsvarsbygg har brutt forskriften § 17-2 ved å ikke angi klare og enhetlige tildelingskriterier. Forsvarsbygg har brutt § 17-3 (2) om begrunnelse for valg av tilbyder. Forsvarsbygg har brutt kravet til likebehandling ved å endre kriteriene angitt i kunngjøringen om valg av tilbud.

For klagenemnda,
5.6.2003

Kai Krüger

Oslo,



Forsiden
Nemndsmedlemmer
Saksbehandling
Regelverk
Innkomne saker
Statistikk
Årsrapporter
Dommer
Søk i avgjorte saker
Avgjorte saker:
[2003](#) [2004](#) [2005](#)

Besøksadresse
H. Heyerdalsgate 1
0033 Oslo

Postadresse
Postboks 8132 Dep
0033 Oslo

Tlf.: 22 33 70 10

Faks: 22 33 70 12

E-post:

postmottak@kofa.no

Avgjorte saker

Klagenemndas avgjørelse 4. juni 2003 i sak 2003/94

Klager: Finnmark Kontorservice AS

Innklaget: Alta kommune

Klagenemndas medlemmer: Inger Marie Dons Jensen, Kai Krüger, Bjørg Ven.

Saken gjelder:

Bruk av tekniske spesifikasjoner.

Bakgrunn:

Alta kommune (heretter kalt innklagede) kunngjorde 30.1.2003 en konkurranse med forhandling for anskaffelse av møbler til kontor, oppholdsrom og kantine ved Sandfallet skole i Norsk lysingsblads elektroniske database (DOFFIN).

Arkitektfirmaet Atelier 2 AS utarbeidet på oppdrag fra innklagede et konkurransegrunnlag. Dette tok utgangspunkt i Statsbyggs standarder for gjennomføring av entreprisoppdrag (?blåbok?) uten tilpasninger til at det her var tale om et varekjøp.

I beskrivelsen av anskaffelsen er det angitt en rekke ulike produkter, herunder bord, skjermvegger, stoler etc. Nær sagt alle produktene er angitt med produktnavn. Dette gjelder særlig produkter fra Hov Dokka, Fora Form og Håg. Det fremgår av konkurransegrunnlaget, blåboka punkt 2.2.4, at ?Dersom konkurransegrunnlaget unntaksvis angir produktnavn eller lignende kan tilsvarende produkter tilbys. Tilbyderen må dokumentere at kvalitets- og funksjonskravene er oppfylt?.

Det ble opplyst i konkurransegrunnlaget at det ville bli lagt vekt på pris, kvalitet, forbehold, miljømessige forhold, funksjonalitet / løsning ved valg av tilbud. Kriteriene var angitt i ikke-prioritert rekkefølge.

Klager leverte inn et tilbud datert 23.2.03. I tilbudet er det satt inn alternative produktnavn, etterfulgt av en pris på dette. Også Kontor og grafisk AS leverte inn et tilbud. Det er i dette tilbudet i begrenset grad angitt alternative

produkt navn. I hovedsak synes dette å gjelde produkter fra ?Aarsland?, som er erstattet med produkter fra ?Svendheim?.

Det ble gjennomført et forhandlingsmøte med både klager og Kontor og Grafisk AS den 22. april. Atelier 2 AS evaluerte deretter tilbudene og avga innstilling til innklagede 6. mai 2003 om valg av tilbud. Klagers tilbud var på kr. 1 251 005,- og tilbudet fra Kontor og Grafisk AS på kr. 1 244 545,-. Det ble opplyst at ?Da produktene kan anses som tilnærmet likeverdige anbefaler vi at det innledes kontraktsforhandlinger med Kontor og Grafisk AS. I kontraktsforhandlinger fastsettes de endelige masser?.

Samme dag, den 6. mai 2003, sendte innklagede ut et brev til klager hvor det ble orientert om valg av tilbud. Det ble her opplyst at:

?Etter gjennomført forhandling hvor alternative produkter ble fremvist og priser tilbudt, vurderer Alta kommune at tilbydernes produkter kan sidestilles med hensyn til kvalitet, funksjon, design m.m i hht. tildelingskriterier listet opp i tilbudsbeskrivelsen.

På bakgrunn av denne vurdering beslutter Alta kommune at tildelingen skal skje ut fra det rimeligste tilbud.

?

Ut fra ovenstående informeres de herved om at Alta kommune har til hensikt å tildele kontrakt for levering av møbler til kontor- og lærerarbeidsplasser til firma Kontor og Grafisk AS, med revidert tilbudssum kr. 1.244.545,- eks mva.?

Anførsler:

Klagers anførsler:

Klager viser til at kravspesifikasjonen beskriver møbler av konkurrerende fabrikat, og anfører at beskrivelsen skulle vært nøytral i forhold til funksjonalitet og kvalitet. Skjermvegger og hyller over bord er beskrevet med målene 70 + 70 cm, og det er ikke akseptert alternative mål. Dette medfører at kun et bestemt fabrikat kan benyttes. Klager må ha spesialtilpasninger som er dyrere. Dette favoriserer den valgte leverandøren.

Klagers tilbud var lavest i pris. På kontorstoler foreslo klager en stol som anføres å være tilsvarende Håg H03, som angitt i kravspesifikasjonen. Under forhandlingene ble det bedt om pris på en langt dyrere modell som klager oppga som et alternativ til opprinnelig tilbud. Prisdifferansen var her 41 %. Dette medfører en økning i klagers tilbud på kr. 59 670,- uten at konkurrerende leverandørs tilbud ble oppgradert tilsvarende. Dermed kan ikke tilbydernes produkter sidestilles med hensyn til kvalitet.

Gjennomgående er det fra klagers tilbud lagt til grunn de dyreste produkter, slik at totalpris ble hevet med kr. 111 308,-. Når et spesielt merke er beskrevet, er det i praksis vanskelig å finne alternative produkter som er 100 % tilsvarende, enten det gjelder kvalitet eller funksjon.

På postene 02.62/02-65/02.110 var det spurt om pris på til sammen 4 meter benker med veggfeste. I grunnlaget for tildelingen er dette økt til 70 meter. Klager ga beskjed om at en ny pris var avhengig av endelig antall meter, oppdeling og antall fester. Likevel ble klager ikke gitt mulighet til å gi ny pris. Innklagede valgte derimot å stipulere enhetspris ut fra tilbudet på 4 meter. På 70 meter ville fraktkostnadene være lavere, og klager ville fått større rabatt, noe som ville resultert i en lavere tilbudt pris. Dette utgjør mer enn prisforskjellen mellom tilbyderne på kr. 6 460,-.

Innklagede har lagt feil pris til grunn i 27 av postene i klagers tilbud. I tillegg samsvarer ikke antallet på post 02.74.1 med opprinnelig tilbudsforespørsel, hvilket urettmessig øker tilbudsprisen med kr. 1 750,- .

Innklagedes anførsler:

Innklagede anfører at konkurransegrunnlaget angir et begrenset sortiment av produkter hvor enkelte er beskrevet med en spesifikk produkttype. I dette tilfellet er dette gjort for å illustrere en kvalitet, funksjon og design?. Det var anledning til å gi tilbud på alternativer til disse. Dette har klager også oppfattet.

Innklagede opplyser videre at det vil etter all sannsynlighet, også i dette tilfelle, vært mulig å spesifisere det ønskede produkt med spesifikke funksjons-, material-, form-, og kvalitetskrav. En slik spesifisering vil, etter vårt syn, uansett medføre at de forskjellige leverandører måtte fravike denne spesifisering og angi alternativer ut fra eget sortiment. Vi har ut fra dette valgt å benytte et kjent produkt som retningsgivende og gitt tilbyderne anledning til å gi pris på alternativer ut fra eget sortiment. Dette er en praksis som har vært gjeldende og er praktisert i lang tid??.

For å oppnå tilfredsstillende avstand for bl.a. rullestolbrukere (90 cm) mellom arbeidsplassene kan ikke skillevegger ha større bredde enn 70 cm. Dette fremgår for øvrig av innretningsplan som er vedlagt konkurransegrunnlaget.

I forhandlingsmøtet ble de tilbudte varer prøvet. Det ble da påpekt at betjeningsfunksjonen for kontorstolen var lite brukervennlig og hensiktsmessig i forhold til eksemplet i beskrivelsen, og at produktet derfor ikke kunne anses å ha tilsvarende enkle betjeningsfunksjon som den som var beskrevet. Klager fremviste da en alternativ kontorstol som ble prøvet og akseptert som et produkt tilsvarende det beskrevne, og det ble avtalt at det skulle gis pris på dette alternativet. Klager opplyste at stolen var noe dyrere enn den opprinnelig tilbudte, men det ble ikke oppgitt noen eksakt pris. Det ble da lagt til grunn at dette var det produkt klager ønsket å inngi pris på som alternativ.

Når det gjelder benker, ble det ved en feil i konkurransegrunnlaget ikke tatt med det korrekte antall lengde på benkene. Ved forhandlingsmøtet ble det opplyst at det i det reviderte tilbud skulle medregnes ca. 50 meter med benker. De reviderte tilbudene hadde ikke korrigeret mengden for denne posten. Kontor og grafisk AS opplyste i følgeskriv at mengdekorreksjonen ikke medførte noen endring av enhetsprisene. Det ble derfor antatt at dette gjaldt tilsvarende for klager. Uansett beregningsmetode vil ikke dette medføre noen endring i utfallet av konkurransen.

Det er ved kontrollregning i ettertid funnet avvik i åtte av postene, ikke 27 som klager hevder. Prisdifferansen har som følge av dette nå økt til kr. 13 201,- eks. mva. til fordel for den valgte leverandør.

Klagenemndas vurdering:

Klager har deltatt i konkurransen, og har klageinteresse, jf. forskrift 15.11.2002 om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Anskaffelsen følger reglene i forskrift av 15.6.2001 om offentlige anskaffelser del III.

Klagenemnda vil innledningsvis bemerke at kommunen har anvendt et standard konkurransegrunnlag med vilkår og oppsett av poster beregnet for entrepriser. Det er som følge av dette blant annet bedt om priser på ingeniører og lærlinger, påslagsprosenter for tiltransport av underentrepriser mv. uten at dette har noen relevans for kjøp av kontormøbler. Klagenemnda finner dette uheldig da alle leverandører har krav på et konkurransegrunnlag som er entydig og klart.

Det følger av forskrift om offentlige anskaffelser § 12-2 at det ikke kan benyttes tekniske spesifikasjoner som omtaler varer av et bestemt fabrikkat eller

opprinnelse, eller angir en særlig produksjonsmetode, dersom dette favoriserer enkelte foretak. En slik spesifisering kan likevel foretas når kontraktsgjenstanden berettiger til det. I dette tilfellet dreier det seg om kjøp av møbler som må kunne beskrives og spesifiseres med funksjoner, mål og egenskaper uten å angi bestemte produkter.

Klagenemnda legger til grunn at angivelsen av de aktuelle produkter favoriserte Kontor og grafisk AS, i og med at dette firma er enerepresentant for svært mange av de navngitte produkter. Denne leverandøren har da også, i motsetning til klager, i det vesentlige lagt de beskrevne produkter til grunn. Klagenemnda kan ikke se at kontraktsgjenstandens art skulle berettige en slik spesifisering, og dette er heller ikke blitt anført av innklagede.

Klagenemnda finner på denne bakgrunn at innklagede har brutt forskrift om offentlige anskaffelser § 12-2 ved å benytte navngitte produkter i kravspesifikasjonen.

Klagenemnda har merket seg at det ennå ikke er inngått noen kontrakt for anskaffelsen, og finner det derfor ikke nødvendig å gå inn på spørsmålet om hvilket tilbud som var lavest i pris. Klagenemnda kan vanskelig se at de feil som er gjort kan rettes opp uten at forhandlingene gjenopptas på bakgrunn av et nøytralt konkurransegrunnlag utarbeidet i samsvar med forskriften § 12-2 jf. ovenfor.

Konklusjon:

Alta kommune har brutt forskrift om offentlige anskaffelser § 12-2 ved å angi konkrete produktnavn i konkurransegrunnlaget i forbindelse med anskaffelse av inventar til Sandfallet skole.

Klagenemnda ber opplyst innen 1. juli 2003 hva kommunen vil gjøre for å rette feilen.

For klagenemnda,

Bjørg Ven,

4.6.2003



Forsiden
Nemndsmedlemmer
Saksbehandling
Regelverk
Innkomne saker
Statistikk
Årsrapporter
Dommer
Søk i avgjorte saker

Avgjorte saker:
[2003](#) [2004](#) [2005](#)

Besøksadresse
H. Heyerdalsgate 1
0033 Oslo

Postadresse
Postboks 8132 Dep
0033 Oslo

Tlf.: 22 33 70 10

Faks: 22 33 70 12

E-post:
postmottak@kofa.no

Avgjorte saker

Klagenemndas avgjørelse 26. mai 2003 i sak 2003/38

Klager: Norsk Sykepleietjeneste AS

Theresesgt. 14

0452 Oslo

Innklaget: Bærum kommune

Pb. 593

1302 Sandvika

Klagenemndas medlemmer: Jens Bugge, Morten Goller, Siri Teigum.

Saken gjelder:

Klagefrist, krav til kunngjøring, parallelle rammeavtaler, beskrivelse av tildelingskriterier,

utvelgelse til å delta i forhandlinger, avvisning på grunn av manglende dokumentasjon.

Bakgrunn:

Bærum kommune (heretter kalt "innklagede") kunngjorde 13.11.2002 en begrenset anbudskonkurranse i Norsk lysingsblads elektroniske database ("DOFFIN") for innleie av helsepersonell. Anskaffelsen ble kunngjort etter reglene i forskrift fastsatt ved kgl. res. 15. juni 2001 om offentlige anskaffelser del III. Det ble i kunngjøringen opplyst at anskaffelsen gjaldt CPV-kode 85 000 000 ("Helse- og sosiaitying"). Det fremgikk av kunngjøringen at Bærum kommune var oppdragsgiver, og at antatt kontraktsverdi var "3 millioner".

I konkurransegrunnlaget ble det opplyst at:

"Dette er en anbudsinnbydelse for Bærum Kommune, men også andre kommuner i Vestregionen skal etter ønske kunne tiltrå denne avtale... Leveringsstedene er enheter under kommunal forvaltning. I tillegg kan private virksomheter/institusjoner som Kommunen støtter økonomisk knytte seg til denne avtalen, men disse står fritt til å kjøpe fra andre leverandører.

...

Samlet antall **årlig forbruk er ca 3.mill. eksklusive merverdiavgift.**

Det overstående er estimert forbruk for Bærum Kommune, og kommunene er ikke forpliktet med hensyn til volum.

Det tas forbehold om at anbudet/leveransen kan deles på flere leverandører.

Kontrakten skal ikke være til hinder for at kjøp innen de angitte produktgrupper i spesielle tilfelle (tids kritisk, spesielt produkter og lignende) kan foretas utenom rammeavtalene fra andre leverandører.

...

Priser skal oppgis ekskl. mva. Timepris på spesialsykepleier, sykepleier, vernepleier, hjelpepleier, omsorgsarbeider, ufaglært og helsesekretær.

Tilbudte tjenester utover de som fremkommer i anbudsoversikten skal fremgå av produktkatalog/ oversikt som vedlegges. Det må derfor fremgå hvilke rabatter som tilbys på kjøp av tjenester utenom de direkte forespurte".

Det ble oppgitt følgende kriterier i ikke-prioritert rekkefølge for valg av tilbud:

pris, leveringssikkerhet, kvalitet, service/tilgjengelighet og referanser.

Det er til dels uoverensstemmende krav til dokumentasjon i kunngjøringen og det som fremgår av konkurransegrunnlaget. I forbindelse med evalueringen av tilbudene utarbeidet innklagede en matrise over tilbudsprisene, og en matrise for dokumentasjon vedlagt tilbudene. Matrisen inneholder angivelse av dokumentasjon som ikke var etterspurt, verken i kunngjøringen eller i konkurransegrunnlaget.

Innklagede mottok spørsmål om hvordan enkelte deler av konkurransegrunnlaget skulle forstås. Innklagede utarbeidet skriftlige svar på spørsmålene, og distribuerte disse 12.12.2002 til deltakerne i konkurransen. Det ble blant annet opplyst at kommunene som var omfattet av "Vestregionen", var kommunene Drammen, Nedre Eiker og Øvre Eiker, Hurum, Asker og Bærum.

Innklagede mottok 16 tilbud, herav ett fra Norsk Sykepleietjeneste AS (heretter kalt "klager"). Av disse ble åtte invitert til intervju og avklaringsmøter.

Det fremgår av matrisen at Achima Helse AS og Proffice Care ikke vedla skatteattest for merverdiavgift.

I brev 26.2.2003 ble leverandørene orientert om at innklagede valgte tilbudene fra Manpower AS, Adecco Norge AS, Proffice Care AS, Top Temp og Achima Helse AS.

Det ble opplyst at rammeavtale "vil bli tegnet i løpet av uke 11".

Innklagede har under klagebehandlingen anslått den faktiske omsetningen til nærmere seks millioner kroner. Beløpet på tre millioner kroner ble anslått på grunnlag av regnskapsbeløp i første halvår 2002 multiplisert med to. Innklagede har opplyst at kommunen i ettertid ser at beløpet for annet halvår kan bli en del større enn første halvår, blant annet fordi vikarer i forbindelse med ferieavvikling for sommer og jul ligger i denne halvdel av regnskapsåret.

I etterkant har kommunene Drammen, Nedre Eiker og Øvre Eiker valgt å trekke seg fra prosessen. Det er således Asker og Bærum kommuner som gjenstår som oppdragsgivere. Det fremkommer ikke hvor stor omsetning Asker kommune vil ha, og dette er heller ikke tatt med i beregningsgrunnlaget.

Anførsler:

Klagers anførsler:

- 1) Klager anfører at det ikke er satt noen frist for å klage i meddelelsen om valg av tilbud, og at innklagede derfor har brutt kravet i forskrift fastsatt ved kgl. res. 15.11.2001 om offentlige anskaffelser til å gi en klagefrist i meddelelsen om valg av tilbud.
- 2) Anskaffelsens verdi er nærmere seks millioner, ikke tre millioner som opplyst i kunngjøringen. Det foreligger derfor et vesentlig avvik fra anslått omsetning og faktisk omsetning. Det er i strid med regelverket å gjennomføre anskaffelsen når det foreligger et så stort objektivt avvik. I hvert fall skulle innklagede ha forsøkt å reparere dette da han ble oppmerksom på avviket.
- 3) Det er ikke klart nok skille mellom leverandører og parallelle rammeavtaler. Klagenemnda legger til grunn at klager med dette mener at det ikke er etablert tilstrekkelige mekanismer for å forutsi fordelingen av bestillinger mellom leverandørene som har blitt tildelt rammeavtaler.
- 4) Innklagede har brutt regelverket ved å ikke angi planlagt oppdeling av anskaffelsen, jf. forbeholdet om å kunne gi tilbud på deler av tilbudet. Det vil ellers åpnes adgang for å plukke de beste elementene fra de ulike tilbudene.
- 5) Innholdet i kriteriene leveringssikkerhet, service/tilgjengelighet og kvalitet er for uklare, og dermed i strid med regelverket for offentlige anskaffelser.
- 6) Innklagede har brutt regelverket ved å ikke opplyse på forhånd at alle kriterier vil ha like stor vekt. Klagenemnda legger til grunn at klager med dette mener at innklagede hadde bestemt seg for vektingen på forhånd, og at vektingen derfor skulle vært angitt.
- 7) Innklagede har brutt regelverket ved utvelgelsen av hvem som skal inviteres til forhandlinger, ved at det bare er lagt vekt på pris.
- 8) Tilbudene fra Achima Helse AS og Proffice Care skulle vært avvist, idet den forespurte dokumentasjonen ikke var vedlagt deres tilbud.

Innklagedes anførsler:

Innklagede bestrider å ha brutt regelverket for offentlige anskaffelser.

- 1) Klagefrist fremgår tilstrekkelig klart av meddelelsen om valg av tilbud, idet det er opplyst om tidspunkt for undertegning av kontrakt. Regelverket stiller ikke krav om at klagefristen skal angis med en bestemt dato. Det er tilstrekkelig at det settes en frist. Klager har klaget og fått sin klage behandlet. Det er da ikke grunnlag for å kreve konkurransen utlyst på nytt.
- 2) Anslått omsetning må legges til grunn, ikke hva som i ettertid viser seg å være faktisk omsetning. Leverandørene ble uttrykkelig gjort oppmerksom på usikkerheten knyttet til angivelsen av volum.
- 3) Det fremgår klart av konkurransegrunnlaget at det dreier seg om ulike vikartjenester, jf. punkt 2.7, og at det skal oppgis priser innenfor de ulike områdene spesialsykepleier, sykepleier, vernepleier, hjelpepleier, omsorgsarbeider, ufaglært og helsesekretær. Priser og art av tjenester er derfor presisert i forhold til rammeavtalene. Det er et særlig behov for fleksibilitet for de tjenester rammeavtalene omfatter. Det er ikke mulig å angi nøyaktig hvilke tjenester som skal kjøpes av den enkelte på forhånd. Vikartjenester må kjøpes der hvor de er tilgjengelige på det tidspunkt det er behov for tjenesten. En leverandør kan være tom for hjelpepleiere, mens en annen kan være tom for sykepleiere. Det er da urimelig å pålegge kommunen å angi en nærmere fordelingsnøkkel eller mekanisme for valg av tjenester.

4) Konkurransen omfatter 11 sykehjem og legevakt/hjembaserte tjenester, og disse har ulike behov med hensyn til hvilke type vikarer de trenger. De fem utvalgte leverandørene har noe ulik kompetanseprofil i form av sykepleiere, spesialsykepleiere, hjelpepleiere, legesekretærer og ufaglærte pleieassistenter. I sum utfyller disse hverandre til en komplett tjeneste, og den oppdeling som ble foretatt ga derfor den beste løsningen for kommunen. Det følger av kunngjøringsteksten at det skal inngås en rammeavtale. De planlagte skiller mellom delene det kan gis tilbud på er klart angitt.

5) Tildelingskriteriene er ikke uklare, og kriteriene er for øvrig i overensstemmelse med eksemplene gitt i forskriften § 17-2. Kommunen har ikke hatt problemer med å skille de ulike kriteriene fra hverandre.

6) Kommunen hadde ikke bestemt seg for kriterienes vekt på forhånd. Det er derfor ikke et brudd på regelverket at kriteriene ikke var vektet på forhånd.

7) Pris har ikke alene vært avgjørende for valg av leverandør. Utvelgelsen av hvem som skulle inviteres til avklaringsmøter har vært basert på den fremlagte dokumentasjon fra leverandørene. Leverandøren med laveste pris og den minste leverandøren var ikke aktuelle for leveransen. Av de seksten leverandørene valgte kommunen å konsentrere seg først om de åtte med laveste pris, og samtidig evaluere de øvrige kriteriene hos disse. Fem av leverandørene med laveste pris oppfylte de øvrige kriteriene, og det var således ikke nødvendig å evaluere de resterende åtte leverandørene. Disse ville uansett ikke bli tatt i betraktning.

8) Alle leverandører har sendt inn HMS-erklæring og skatteattest. Skatteattest for merverdiavgift ble ettersendt av Achima Helse AS etter anbudsåpning, idet selskapet ble gitt en fristforlengelse i tråd med regelverket. De øvrige forhold hvor det er krysset av "NEI" i malen har ikke hatt slik betydning at det har vært aktuelt å avvise leverandørene. Proffice Care har gjennom sin advokat bekreftet at de ikke kan få ut noen merverdiavgiftsattest, idet selskapet ikke er merverdiavgiftspliktig.

Klagenemndas vurdering:

Klager har deltatt i konkurransen, og har derfor saklig klageinteresse, jf. forskrift 15.11.2002 om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Innklagede har lagt til grunn at anskaffelsen følger reglene i forskrift fastsatt ved kgl. res. 15. juni 2001 om offentlige anskaffelser del III som uprioriterte tjenester. Dette er ikke bestridt av klager. Klagenemnda legger til grunn at anskaffelsen omfattes av CPC referanse 872 om utvelgelse og rekruttering av personell, jf. forskriften § 2-5 kategori (22), og således er en uprioritert tjeneste.

1. Frist for å klage

Forskrift fastsatt ved kgl. res. 15. juni 2001 om offentlige anskaffelser § 17-3 angir at oppdragsgivers beslutning om hvem som skal tildeles kontrakt skriftlig skal meddeles samtidig til alle deltakerne i rimelig tid før kontrakt inngås. Meddelelsen skal inneholde en begrunnelse for valget og angi frist for leverandører til å klage over beslutningen.

I innklagedes meddelelse om valg av tilbud fremgikk det ikke at det var adgang til å klage, og heller ingen uttrykkelig klagefrist. Meddelelsen anga kun hvilken uke kontrakt ville bli inngått i.

Klagenemnda antar at meddelelsen ikke samsvarer med kravene i forskriften § 17-3, men går ikke nærmere inn på spørsmålet siden dette ikke har hatt betydning i saken. Klager har levert inn en klage til oppdragsgiver, og fått denne realitetsbehandlet.

2. Angivelsen av antatt omsetning

Innklagede har i kunngjøringen kun tatt med et anslag over eget forbruk, og angitt dette til tre millioner kroner. Det er i kunngjøringen ikke sagt noe om at andre kommuner skal kunne slutte seg til avtalen.

At kunngjøringen ikke omtaler mulige tiltredende kommuners opsjoner gir markedet et uriktig bilde av anskaffelsen og dennes verdi. Når anslaget over eget forbruk noen måneder senere i tillegg viser seg å være det dobbelte av hva som ble anslått i kunngjøringen, finner klagenemnda at den informasjon som ble gitt i kunngjøringen ikke tilfredsstillende kravene til forutberegnelighet i lov 16. juli 1999 nr. 69 om offentlige anskaffelser § 5. Dette gjelder uavhengig av om opplysningene senere fremgikk av konkurransegrunnlaget.

3. Bruken av parallelle rammeavtaler

En tilsvarende problemstilling har vært behandlet i klagenemndas sak 2003/30. Det ble her fremhevet at oppdragsgiver skal ivareta hensynet til forutberegnelighet, gjennomsiktighet og etterprøvbarehet i anskaffelsesprosessen, jf. loven § 5.

I de foreliggende rammeavtalene er det ikke fastsatt noen fordelingsnøkkel eller mekanisme for fordeling av bestillingene mellom leverandørene. Ordningen bærer derfor preg av å være en "uferdig" konkurranse, der det i realiteten ikke er tatt en endelig beslutning om hvilket tilbud som er det beste basert på tildelingskriteriene.

Uten at oppdragsgiver har tatt stilling til hvem som skal få leveransen, eventuelt hvordan leveransene skal fordeles mellom de valgte leverandørene, kan klagenemnda i det foreliggende tilfellet ikke se at de grunnleggende kravene til gjennomsiktighet og etterprøvbarehet i loven § 5 er oppfylt. Dette endres ikke selv om priser og tjenestens art er angitt i rammeavtalene, og heller ikke av om det skulle være et særlig behov for fleksibilitet for denne type anskaffelser.

Klagenemnda oppfatter lovens krav, og også regelverket innenfor EU, slik at det er oppdragsgivers ansvar å finne frem til en mekanisme eller fordelingsnøkkel for bestillinger i henhold til rammeavtalene som ivaretar lovens grunnleggende krav. Dette kan for eksempel gjøres ved en prioritering av leverandørene og de aktuelle tjenestene.

Rammeavtalene oppfylder derfor ikke grunnleggende krav i regelverket. De foreliggende rammeavtalene kan da etter klagenemndas mening ikke fritta innklagede fra å følge forskrift om offentlige anskaffelser ved senere kjøp av vikartjenester.

4. Angivelse av planlagt oppdeling av ytelsen

Klagenemnda finner partenes anførsler på dette punkt noe uklare, og viser til punktet om parallelle rammeavtaler ovenfor, herunder kravet til fordelingsnøkkel eller mekanisme for fordeling av bestillingene mellom leverandørene.

5. Utformingen av tildelingskriteriene

Forskriften § 17-2 (2) slår fast at dersom tildeling av kontrakt skal skje på grunnlag av det økonomisk mest fordelaktige tilbud, skal alle kriterier som vil bli lagt til grunn oppgis enten i konkurransegrunnlaget eller i kunngjøringen. Kriteriene skal om mulig angis i prioritert rekkefølge. Det kan benyttes slike kriterier som pris, kvalitet, teknisk verdi, estetiske og funksjonsmessige egenskaper, service og tekniske bistand, oppfyllelsestid mv.

I EF-domstolens avgjørelse C-19/00 (SIAC Construction) premiss 42 til 44 er det lagt til grunn følgende om kravene til utformingen av tildelingskriteriene:

" 42 Dette betyr nærmere bestemt, at kriteriene for tildeling skal angives i

udbudsbetingelserne eller i udbudsbekendtgørelsen således, at det gøres muligt for alle rimeligt oplyste og normalt påpasselige bydende, at fortolke dem på samme måte.

43 Denne gennemsigtighedsforpligtelse indebærer også, at den ordregivende myndighed skal fastholde den samme fortolkning af kriterierne for tildeling i løbet af hele udbuddet (jf. i denne retning dommen i sagen Kommissionen mod Belgien, præmis 88 og 89).

44 Endelig skal kriterierne for tildeling i forbindelse med vurderingen af buddene anvendes på en objektiv og ensartet måte over for alle bydende.

Klagenemndas utgangspunkt blir etter dette om det kan legges til grunn at leverandører av vikartjenester til helsesektoren vil oppfatte innholdet i kriteriene leveringssikkerhet, service/tilgjengelighet og kvalitet på samme måte. Det er som oftest forståelsen av begrepet kvalitet som kan gi grunnlag for usikkerhet. Klagenemnda legger imidlertid til grunn at anskaffelsens art i dette tilfellet ikke medfører særlig grad av tvil om innholdet i de angitte tildelingskriteriene, herunder kriteriet "kvalitet". Klagenemnda legger derfor til grunn at tildelingskriteriene er angitt tilstrekkelig klart og presist.

6. Angivelse av kriterienes vekt

Det følger av forskriften § 17-2 (2) at tildelingskriteriene "om mulig" skal angis i prioritert rekkefølge. Når oppdragsgiver har vektet eller prioritert kriteriene på forhånd skal denne vektingen eller prioriteringen fremgå av kunngjøringen eller konkurransegrunnlaget, jf. EF-domstolens avgjørelse i sak C-470/99 premiss 97.

I den foreliggende sak legger klagenemnda til grunn at innklagede ikke hadde foretatt en vekting eller prioritering av kriteriene på forhånd. Bestemmelsen innebærer da bare en anbefaling om å prioritere kriteriene, ikke en plikt, jf. EF-domstolens avgjørelse i sak T-183/2000 premiss 77.

Klagenemnda finner at innklagede ikke har brutt forskriften § 17-2 ved å angi kriteriene i ikke-prioritert rekkefølge.

7. Utvelgelse til å delta i forhandlingene

Klagenemnda vil bemerke at det i kunngjøringen er opplyst at det er en åpen anbudskonkurranse, mens det i konkurransegrunnlaget fremgår at det er en konkurranse med forhandling. Klagenemnda legger til grunn at det er det siste som er ment.

I sitt tilsvaret til klagenemnda opplyser innklagede at:

"Av de 16 kvalifiserte tilbydere valgte kommunen først å konsentrere seg om de åtte med laveste pris og samtidig evaluere de øvrige kriterier hos disse. De øvrige åtte tilbud lå over i pris slik at de uansett ikke ville bli tatt i betraktning dersom et tilstrekkelig antall av de første åtte oppfylte kommunens krav til de øvrige kriterier. De ble derfor foreløpig lagt til side. Fem av de rimeligste tilbyderne oppfylte de øvrige kriteriene og det var således ikke nødvendig å evaluere de resterende åtte i tildelingsfasen."

Klagenemnda finner dette noe uklart, men oppfatter det slik at det dels er lagt vekt på tilbudspriser, dels på fremlagt dokumentasjon på leverandørens kvalifikasjoner ved utvelgelsen av hvem som skal få delta i forhandlingene.

Utvelgelsen av hvilke leverandører som skal inviteres til å delta i forhandlingene "skal skje på grunnlag av den foreliggende informasjon om leverandørens stilling og tekniske, økonomiske og finansielle kapasitet, jf. § 12-5

(kvalifikasjonskrav)", jf. forskriften § 16-3 (2).

Det fremgår av innklagedes anførsler at det dels er lagt vekt på tilbudspriser, dels på fremlagt dokumentasjon på leverandørens kvalifikasjoner ved utvelgelsen av hvem som skal få delta i forhandlingene.

Klagenemnda kan på denne bakgrunn ikke se at saksbehandlingen har vært i samsvar med forskriften § 16-3 (2) når tilbudt pris har dannet grunnlag for vurderingen av hvem som skal velges ut til forhandlingene.

8. Avvisning av leverandører som følge av manglende dokumentasjon

Oppdragsgiver kan stille krav til leverandørene, herunder til leverandørens tekniske kvalifikasjoner og finansielle og økonomiske stilling, jf. forskriften § 12-5. Kunngjøringen skal angi krav til dokumentasjon av at kravene til leverandøren er oppfylt.

Klagenemnda finner grunn til å påpeke at det ikke er fullt samsvar mellom kravene til dokumentasjon i henholdsvis kunngjøringen og konkurransegrunnlaget. I konkurransegrunnlaget er det således stilt krav om at leverandørene skal levere inn et egenerklæringsskjema for om visse miljøkrav er oppfylt. Det er heller ikke fullt samsvar mellom kravene i kunngjøringen og konkurransegrunnlaget og det som faktisk er blitt etterprøvet. Det fremkommer således i matrisen at det er krysset av for om tilbudene var vedlagt en "Miljøpolicy".

Utgangspunktet er at leverandører som ikke oppfyller krav som er satt til leverandørens deltakelse i konkurransen skal avvises, jf. forskriften § 15-12. Dette var også uttrykkelig sagt i kunngjøringen og i konkurransegrunnlaget. Klagenemnda kan imidlertid ikke se at det var stilt krav om fremleggelse av noen "Miljøpolicy", og dette kan derfor ikke danne grunnlag for noen avvisning. Når det gjelder kravet om fremleggelse av en egenerklæring for oppfyllelse av miljøkrav, er det etter klagenemndas oppfatning ikke naturlig å forstå dette som et krav for å i det hele tatt delta i konkurransen. Heller ikke dette punktet medfører derfor noen plikt for oppdragsgiver til avvisning.

Når det gjelder fremleggelse av skatteattest for merverdiavgift og skatt, følger det av forskriften § 12-9 (3) at det er anledning til å be om ettersendelse. Klagenemnda kan derfor ikke se at den manglende innlevering av skatteattest sammen med tilbudet skal medføre en plikt til å avvise Achima Helse AS.

Når Proffice Care på en tilfredsstillende måte har godtgjort at selskapet ikke er oppført i merverdiavgiftsregisteret, og heller ikke har noen plikt til å registrere seg her, kan klagenemnda ikke se at det er grunnlag for å avvise selskapet. Klagenemnda legger derfor til grunn at innklagede ikke pliktet å avvise Proffice Care.

Konklusjon:

Klagenemnda finner at rammeavtalene ikke vil frita Bærum kommune fra å kunngjøre konkurranse om anskaffelse av vikartjenester etter reglene i forskrift om offentlige anskaffelser.

For klagenemnda,
26.5.2003

Morten Goller

Oslo,



Forsiden
Nemndsmedlemmer
Saksbehandling
Regelverk
Innkomne saker
Statistikk
Årsrapporter
Dommer
Søk i avgjorte saker

Avgjorte saker:
[2003](#) [2004](#) [2005](#)

Besøksadresse
H. Heyerdalsgate 1
0033 Oslo

Postadresse
Postboks 8132 Dep
0033 Oslo

Tlf.: 22 33 70 10

Faks: 22 33 70 12

E-post:

postmottak@kofa.no

Avgjorte saker

Klagenemndas avgjørelse 15. mai 2003 i sak 2003/50

Klager: Victoria AS

Pb. 84, Godvik

5882 Bergen

Innklaget: Sandnes kommune

Pb. 583

4305 Sandnes

Klagenemndas medlemmer: Bjørg Ven, Inger Marie Dons Jensen, Andreas Wahl.

Saken gjelder:

Tildelingskriterier. Krav til kvalitet på ytelsen. Evaluering av tilbud.

Bakgrunn:

Sandnes kommune (heretter kalt "innklagede") kunngjorde 19.11.2002 en anskaffelse av arbeidstøy og personlig verneutstyr i Norsk Lysingsblads elektroniske database ("DOFFIN"). Bakgrunnen for kunngjøringen var at dagens rammeavtale mellom innklagede og Victoria AS (heretter kalt "klager") om levering av arbeidstøy og personlig verneutstyr utløp 1.3.2003. Anskaffelsen ble kunngjort som en åpen anbudskonkurranse, og det ble opplyst at det ville bli inngått en rammeavtale for to år, med mulighet for forlengelse i "1+1 år".

Innklagede utarbeidet et eget konkurransegrunnlag for anskaffelsen. Det ble her opplyst at leverandørene må kunne tilby et produktsortiment som dekker kommunens behov.

Konkurransegrunnlaget inneholdt en matrise med angivelse av et utvalg produkter. Leverandørene ble bedt om å levere inn tilbud med priser for de utvalgte produktene, i tillegg til å levere produktkatalog for det totale

produktspekteret.

Antatt forbruk av det enkelte produkt var ikke tatt inn i matrisen. Klager skulle i henhold til den eksisterende rammeavtalen med innklagede oversende dette hvert halvår. Statistikk ble imidlertid først oversendt 6.2.2003, og antatt forbruk ble derfor først lagt inn i matrisen etter at tilbudene var mottatt.

Matrisen i konkurransegrunnlaget var utformet på følgende måte når det gjaldt regntøy og vernefottøy/fottøy:

"Produktspekteret bør inkludere men ikke være begrenset til:

Produkt	Klasse	Standard
<i>Regnbukse</i>	<i>CE klasse 2</i>	<i>NS-EN 471</i>
<i>Regnbukse grønn</i>		

..... osv. med spesifikasjon av en rekke produkter.

Konkurransegrunnlaget opplyste videre når det gjaldt arbeidstøyet at:

"Alle produkter skal være av tilfredsstillende kvalitet..."

Stoffkvalitet:

Sandnes kommunes CE merkede arbeidstøy skal være i henhold til NS-EN471 og være merket med antall vask plagget er godkjent for. Følgende sertifikater skal vedlegges tilbudet:

- EU-sertifikat på tekstilet*
- EU-sertifikat på refleks*
- EU-sertifikat på det ferdige produktet.*

Avdeling for park og utemiljø skal ha arbeidstøy i henhold til sortiment og kvalitet beskrevet i vedlegg 2 (Blåkläder eller tilsvarende). Øvrig arbeidstøy skal ha en stoffkvalitet som er smuss og vannavstøtende og tåle vask opptil 85°C. For alt arbeidstøy gjelder at stoffkvalitet – inklusive fôr, skal være av en slik kvalitet at det tåler normal bruk. Alle plagg skal leveres med solide sømmer og være vedlikeholdsmerket. Stoffprøve(r) skal vedlegges tilbudet."

Vedlegg 2 viste til fire eksempler på arbeidstøy, men ikke til regntøy eller fottøy. Det ble imidlertid opplyst at tilbudt vernefottøy skal være konstruert og utformet i henhold til "NS-EN 345 – Spesifikasjon for sikkerhetssko til yrkesbruk".

Det var i konkurransegrunnlaget tatt inn et eget punkt om "Garanti, avvisninger, retur", hvor det fremgikk at:

"Dersom produkter ikke tilfredsstillende forventet kvalitet (normal levetid), skal dette produktet erstattes med et tilsvarende produkt til samme pris".

Det ble opplyst at innklagede ville velge det økonomisk mest fordelaktige tilbud, basert på: "Pris", "Prisjusteringer", "Leveringsbetingelser", "Betalingsbetingelser", "Fakturering til Sandnes kommune", "E-handel" og "Service, opplæring og teknisk bistand". Kriteriene var oppgitt i ikke-prioritert

rekkefølge, og ble nærmere beskrevet i egne punkter.

Når det gjaldt kriteriet pris, ble det opplyst at:

"Priser oppgis under punkt 4. Prisskjema. Priser på beslektede produkter som ikke er listet under punkt 4. Prisskjema, ønskes tilbudt med faste rabattsatser referende til tilbyders grunnprislister, som vedlegges tilbudet".

Punkt 4. Prisskjema benyttet samme produktangivelsene som matrisen i konkurransegrunnlaget som beskrev ytelsen. Kolonnen for "eget design" var imidlertid byttet ut med en kolonne hvor leverandørene kunne fylle ut pris.

Det ble levert inn syv tilbud innen tilbudsfristens utløp. Tre av leverandørene som leverte inn tilbud ble vurdert som kvalifiserte, herunder klager og ICM. Begge hadde oppgitt priser på den type produkter som var etterspurt.

I ICMs tilbud var det opplyst at regntøyet var produsert av Aalesund Oljekledefabrikk AS, og det var vedlagt et sertifikat som viste samsvar med EN 471:1994 og EN 343:95 standardene.

I klagers tilbud var det ved beskrivelsen av regntøyet vist til den vedlagte produktkatalogen. Klagenemnda kan ikke se at henvisningen gjaldt noe spesifikt produkt i katalogen. Den må oppfattes som en generell henvisning til produktene i den aktuelle produktgruppen.

Evalueringen av tilbudene:

Før evalueringen av tilbudene ble ICM invitert til å vise frem sine modeller og produkter. For øvrig la innklagede til grunn et antatt årlig forbruk for de enkelte produkttypene i matrisen ved vurderingen av hvilken samlet pris leverandørene hadde tilbudt for sine produkter. Antatt årlig forbruk ble beregnet som et gjennomsnitt av årlig forbruk de to foregående år.

I note til prissammenligningen for regntøyet var følgende kommentar knyttet til tilbudet fra klager:

"Lagt inn priser for det regntøy vi har kjøpt til nå – tilbudt nettoppris for tynnere regntøy. For øvrig manglet sertifikat på regntøy."

Innklagede la til grunn en forskjell i pris på 4% i ICMs favør. De øvrige tildelingskriteriene er evaluert i forhold til om de er godkjent eller ikke. Både tilbudene fra klager og ICM ble ansett for å tilfredsstillende de øvrige kriteriene.

Anførsler:

Klagers anførsler:

Klager anfører at innklagede har brutt kravet om likebehandling når bare ICM har fått vise frem sine modeller og produkter.

Klager anfører også at det ikke er opplyst noen krav til vekt og kvalitet på regntøyet i konkurransegrunnlaget. Det tilbudte produktet er godkjent Helly Hansen regntøy og er av bra kvalitet. Innklagede kan da ikke legge til grunn en annen kvalitet uten at klager har fått gitt spesialpriser på regntøy av slik kvalitet.

Videre anfører klager at det er lagt til grunn feil priser i matrisen ved utregning

av tilbudte priser på fottøy.

Endelig anføres det at forbruk av verneutstyr burde vært tatt med i vurderingen av tilbudene. Dette er tilbud hvor klager anfører å ha lavere priser enn konkurrentene. Ved at dette er utelatt i vurderingen, blir ikke bildet av de tilbudte priser korrekt.

Innklagedes anførsler:

Innklagede bestrider å ha brutt lov om offentlige anskaffelser.

Innklagede er kjent med klagers produkter og modeller gjennom den eksisterende rammeavtalen. Innklagede anfører derfor at det ikke innebærer noe brudd på likebehandlingsprinsippet at klager ikke er invitert til å vise frem sine modeller og produkter.

Innklagede opplyser at det er forsøkt å legge vekt på tilnærmet like produkter og kvaliteter i sammenligningen av tilbudene. Tilbudt regntøy fra Helly Hansen var av tynnere kvalitet enn det kommunen har kjøpt fra klager siste tre år, og det var ikke vedlagt sertifikat på EN-471 godkjenning. For å være sikker på at det ble sammenlignet produkter av tilsvarende kvalitet, er det lagt inn tilbudte priser for tyngre kvalitet i henhold til tilbudet (prisliste – rabatt).

Personlig verneutstyr er en liten produktgruppe og er derfor ikke tatt med i sammenligningen.

Når det gjelder vernesko, erkjenner innklagede at spesifiseringen burde vært klarere, da det finnes flere kvaliteter innen hver klasse. Tilbudt vernesko fra klager er av kvalitet S1, og vernesko fra ICM er av kvalitet S2. I matrisen er det tatt utgangspunkt i prisliste minus tilbudt rabatt ("nettopriser") for tilsvarende kvalitet (S1) for to produkter fra ICM. For klager er det benyttet nettopriser for fire produkter.

Klagenemndas vurdering:

Klager har deltatt i konkurransen, og har saklig klageinteresse, jf. forskrift 15.11.2002 om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig.

Konkurranses grunnlaget oppstiller visse minstekrav til kvalitet på regntøy og fottøy. For begge produktkategorier kan det utledes av konkurranses grunnlaget en forutsetning om at produktene skal oppfylle rimelige forventninger med hensyn til levetid og slitestyrke ved normal bruk. Utover dette er det stilt krav til smuss- og vannavstøtende egenskaper for regntøyet, og krav om at det skal tåle vask på opptil 85°C. For øvrig er det så langt klagenemnda kan se ikke stilt krav til kvalitet.

Dersom produktene ikke oppfyller minstekravene, skal tilbudet avvises. Her er tilbudene ikke avvist, og klagenemnda legger derfor til grunn at minstekravene var oppfylt.

Ved valg av tilbud kan oppdragsgiver for øvrig bare legge vekt på de kriterier for valg av tilbud som er angitt i kunngjøringen eller i konkurranses grunnlaget. Kvalitet var her ikke oppgitt som tildelingskriterium, verken for regntøy eller fottøy.

Klagenemnda finner etter dette at innklagede ikke kunne ta hensyn til forskjeller i kvalitet ved evalueringen av tilbudene. Når kvalitet ikke er angitt som tildelingskriterium, kan kvalitet heller ikke indirekte vektlegges ved å bytte ut de produkter som er tilbudt med andre produkter fra vedkommende leverandør. Når innklagede likevel gjorde dette, var det utslagsgivende for at Victoria kom dårligere ut enn ICM prismessig. Klagenemnda finner at denne fremgangsmåte er i strid med kravet om å opplyse i kunngjøringen eller i konkurranses grunnlaget

alle kriterier som vil bli lagt til grunn ved valg av tilbud, jf. forskrift fastsatt ved kgl. res. 15.6.2001 om offentlige anskaffelser § 10-2 (2).

Heller ikke prisene som er lagt til grunn ved evalueringen av tilbudet på fottøy, er i samsvar med de priser klager har oppgitt i sitt tilbud. Klagenemnda legger til grunn at årsaken også her er at innklagede har byttet ut tilbudt skotøy med annet skotøy i produktkatalogen, fordi man i realiteten vektla kvalitet. Også for fottøy finner klagenemnda at innklagedes vurdering er i strid med forskrift fastsatt ved kgl. res. 15.6.2001 om offentlige anskaffelser § 10-2 (2), jf. drøftelsen ovenfor.

Oppdragsgivers utvalgelse av produkter i matrisen for beregning av tilbudsprisene skal være saklig og forsvarlig. Det avgjørende vil være om det kan forventes at de utvalgte produktene vil gi et representativt bilde på de forventede faktiske kostnadene knyttet til innkjøpene. Siden verneutstyr utgjør en liten andel av den aktuelle anskaffelsen, kan ikke klagenemnda se at det var i strid med regelverket å ikke ta med verneutstyret i matrisen.

Når det gjelder anførselen om at likebehandlingsprinsippet er brutt ved at klager ikke fikk anledning til å fremvise sine produkter, har kommunen hevdet at dette var unødvendig fordi de kjente produktene etter tre års samarbeid. Ikke desto mindre er det viktig at prinsippene om lik behandling av alle blir fulgt. Klagenemnda har f. eks. merket seg at det Helly Hansen regntøy klager hadde tilbudt og priset i matrisen, ifølge innklagedes egen anførsel var av annen og tynnere kvalitet enn det kommunen har kjøpt fra klager til nå. Man kan således ikke se bort fra at det kommer frem opplysninger av betydning på det slikt møte.

Konklusjon:

Sandnes kommune har brutt forskrift om offentlige anskaffelser § 10-2 ved evalueringen av tilbudt regntøy og fottøy ved anskaffelse av rammeavtale for arbeidstøy og personlig verneutstyr.

For klagenemnda

16.5.2003

Andreas Wahl



Forsiden
Nemndsmedlemmer
Saksbehandling
Regelverk
Innkomne saker
Statistikk
Årsrapporter
Dommer
Søk i avgjorte saker

Avgjorte saker:
[2003](#) [2004](#) [2005](#)

Besøksadresse
H. Heyerdalsgate 1
0033 Oslo

Postadresse
Postboks 8132 Dep
0033 Oslo

Tlf.: 22 33 70 10

Faks: 22 33 70 12

E-post:

postmottak@kofa.no

Avgjorte saker

Klagenemndas avgjørelse 15/5-2003 i sak 2003/58

Klager 1: Norges Praktiserende Arkitekter ANS

Norske Arkitekters Landsforbund

Klager 2: NCC Construction AS

Prosessfullmektig for klager 2: Adv. firm. Haavind Vislie

Ved adv. Tor Wilhelm Seim

Innklaget: Trondheim kommune

Prosessfullmektig: Adv. firm. Røstum, Bjerkan & Stav ANS

Ved adv. Knut Røstum

...

Klagenemndas medlemmer: Jens Bugge, Inger Marie Dons Jensen, Andreas Wahl.

Saken gjelder:

Forhandlingsforbudet ved anbudskonkurranser. Avvik fra kravspesifikasjon.

Sakens bakgrunn:

Trondheim kommune (heretter kalt "innklagede") kunngjorde 6.7.2003 en begrenset anbudskonkurranse i Norsk lysingsblads elektroniske database ("DOFFIN"). Anskaffelsen omfattet konseptutvikling og pristilbud på prosjektering og oppføring (totalentreprise) av en idrettshall og to ungdomsskoler (Åsheim og Charlottenlund).

Følgende kriterier for valg av tilbud fremgikk av kunngjøringen i ikke-prioritert rekkefølge:

- Oppfyllelse av funksjonsprogram

- Arealeffektive løsninger
- Pris
- Generalitet/fleksibilitet i planløsninger
- Estetisk verdi
- Utviklingspotensiale i tilbud løsning
- System for kvalitetssikring

I kunngjøringens punkt 3 b ble det opplyst at anskaffelsen omfattet "konseptutvikling og pristilbud på prosjektene". Videre ble det opplyst at "Det vil bli gitt klare føringer fra byggherre på tomtediskonering og planløsninger... Etter kontraktstildeling kan det være aktuelt å videreutvikle prosjektet mht. løsning og pris. Dette vil da skje i nært samarbeid (samspill) mellom byggherre og entreprenør".

Nærmere om konkurransegrunnlaget:

I april 2002 ble det etablert en plangruppe for hver skole som skulle utføre et forberedende arbeid for byggesaken. Plangruppens hovedoppgave var å utarbeide et rom- og funksjonsprogram for skolene før den reelle planleggingen (idékonkurransen) startet. Plangruppens konklusjoner ble meddelt leverandørene gjennom konkurransegrunnlaget.

Funksjonsprogrammet består dels av noen generelle målsetninger og dels av funksjonskrav knyttet til de enkelte deler av bruksarealet.

I romprogrammet er det oppført arealtall for de ulike funksjoner. Samtidig er det opplyst i konkurransegrunnlaget at romprogrammet har status som veiledende. Det heter videre:

"Begge skolene skal romme ca. 450 elever. ... Etter at vinner av konkurransen er utpekt, kan det være aktuelt å videreutvikle prosjektet mht. løsninger og pris. Dette vil da skje i nært samarbeid (samspill) mellom byggherre og entreprenør

...

Romprogram, funksjonsprogram og plan-/funksjons-diagram er altså plangruppenes konklusjon på deres arbeid, og som anses viktig å få formidlet til konkurransedeltakerne. Romprogrammet er matematisk eksakt (men har status som veiledende). Plan- / funksjons-program illustrerer det plangruppen anser som de mest funksjonelle sammenhenger."

Et romprogram for skolene var vedlagt konkurransegrunnlaget. Det fremgikk at dette var veiledende, og at bygningene skulle romme ca. 450 elever. Det ble her gitt en detaljert oversikt over ulike rom for elever, spesialrom, rom i idrettshall og rom for administrasjonen og personale. Rommene var angitt med antall kvadratmeter. Kvadratmeterne ble deretter summert, og utgjorde 4280 kvm. for Charlottenlund og 5863 kvm. for Åsheim med idrettshall. Uten idrettshall var Åsheim på 4190 kvm.

Det ble invitert til et orienteringsmøte for leverandørene den 28.10.2002, hvor konkurransegrunnlaget ble gjennomgått og utdypet.

Tilbudene:

Både NCC Construction AS (heretter kalt "NCC") og Reinertsen Anlegg AS (heretter kalt Reinertsen) leverte inn tilbud 7.2.2003.

I tilbudet fra Reinertsen ble det opplyst:

"Våre konseptuelle løsninger er basert på Funksjons- og romprogrammet gitt i konkurransegrunnlaget. Vi har tatt utgangspunkt i at romprogrammet er spesifisert som veiledende og har gjennomført flere analyser av alternativer. Resultatet av dette er at vi har implementert noen forslag til videreutvikling av romprogrammet, som blant annet gir noe reduksjon i arealer. Det understrekes, at dette på ingen måte reduserer konseptet sin fleksibilitet med hensyn på videre utvikling av romprogrammet, i en samspillfase med Byggherren.

...

Vi tilbyr å gjennomføre prosjektet med å bygge Åsheim og Charlottenlund Ungdomsskoler samt Åsheim Idrettsbygg eksklusive utomhusanlegg for en tilbudssum på totalt:

kr. 113.643.594,- eksklusive merverdiavgift

Inklusive utomhusanlegg blir tilbudssummen totalt:

kr. 127.849.700,- eksklusive merverdiavgift

I del 3 i vedlagte tilbudsbok er det inkludert noen opsjoner som Byggherren kan velge blant. I forbindelse med samhandlingsfasen vil det bli utarbeidet en prisbok som kan benyttes som grunnlag for ytterligere valg.

...

Det kan fort bli betydelige arealmessige konsekvenser også av den nye skolemodellen. For å holde investerings- og driftskostnader under kontroll har vi derfor lagt mye arbeid i å finne muligheter for sambruk, overlapping og kombinasjonsmuligheter med sikte på effektiv arealutnyttelse, uten å forringe læringsmiljøet".

I tilbudet fra NCC fremgikk det en samlet tilbudt pris på kr. 150 661 905 eks. mva. Dette fordelte seg på kr. 60 997 594,- eks. mva. for Åsheim ungdomsskole, kr. 28 325 587,- eks. mva. for Åsheim idrettsbygg og kr. 61 338 724,- eks. mva. for Charlottenlund ungdomsskole.

I tilbudet het det videre:

"Anbudet omfatter alle arbeider i henhold til spesifikasjoner i mottatte tilbudsmateriale, med de presiseringer som fremkommer av vedlagte prosjektbeskrivelse."

Evalueringen av tilbudene:

Trondheim eiendom gjennomførte en evaluering av tilbudene. I notat til Kommunaldirektøren for UST 7.3.2003 ble de ulike tildelingskriteriene gjennomgått i forhold til hvert av tilbudene. Det ble uttalt følgende om tilbudet fra NCC:

"Oppfyllelse av funksjonsprogram: De aller fleste ønsker oppfylt, konkurransens beste løsning. Beliggenheten av HC-avdeling for perifer.

Arealeffektive løsninger: Generelt høyt arealbruk, konkurransens høyeste. Både fellesarealer og til dels bruksarealer er romslig dimensjonert, dette medfører stort bruttoareal. Gjelder også idrettshall.

Generalitet/fleksibilitet i planløsningen: Tildels god, basearealer er vist med mulighet for ulike løsningsalternativer. Oppdelingen av bygningen i flere volumer vanskeliggjør fleksibilitet utover hvert volums arealer.

Utviklingspotensiale i tilbud løsning: God funksjonalitet i den viste løsning. Kan arealreduksjoner bringe prosjektet ned i pris, uten å miste funksjonalitet? Kan fritidsklubb Charlottenlund legges i sokkel/kjeller, - forbundet med vist trapp fra vestibyle, og HC-avdeling plasseres i fritidsklubb-posisjon?

Estetisk verdi: Enkelt harmonisk anlegg, oppdeling av hovedform bryter ned dimensjonene. På Charlottenlund: Oppdelt volum gunstig mot naboer i øst, og mot skolegård/barneskole. På Åsheim: Fint utformet idrettshall, godt samspill mellom denne og skolen/kunstgressbanen.

Pris: Høy pris, knyttet til høyeste arealbruk."

Tilbudet fra Reinertsen ble beskrevet med følgende kommentarer:

"Oppfyllelse av funksjonsprogram: Mange gode grep. Basearealer for dårlig utformet. Ikke vist sammenheng mellom natur og miljø og kunst og håndverk. Personalromsplassering ikke optimal i forhold til grendahus-utleie. Fritidsklubb uten sammenheng med allrom.

Arealeffektive løsninger: Ekstremt arealeffektiv, til dels arealknapphet. HC-avdeling, basearealer, formidlingsrom, garderobes, lærerarbeidsplasser og trafikkarealer er for knapt dimensjonert.

Generalitet/fleksibilitet i planløsning: Generelt gode muligheter. Ventilasjonsrom i 2. etasje må flyttes til kjeller. Frigjort areale benyttes til å optimalisere planløsning i 2. etasje. Basearealer må omformes noe, midrareale i vist løsning er for støytsatt fra fellesareale. Idrettsbygget må løses i hht regelverk fra Kulturdepartementet.

Estetisk verdi: Enkel og (for) nøktern materialbruk som må diskuteres. Tilnærming til materialbruk på barneskolen ønskelig på Charlottenlund. Unyansert og lang vegg mot naboer i øst på Charlottenlund. Åsheim: Nedsenket idrettsbygg positivt.

Pris: Lavest, pga lavt bruttoareal."

Det fremgikk videre at:

"Som det fremgår av ovenstående, er det svært få negative kommentarer knyttet til utkastet fra NCC Construction AS, bortsett fra høy pris. Utkastet kan funksjonelt sett realiseres slik det er fremstilt pr dato, med små justeringer. Utkastet fra Reinertsen Anlegg er gitt både positive og negative kommentarer, de fleste negative er knyttet til en nærmest ekstrem arealøkonomisering. Utkastet kan funksjonelt sett ikke realiseres slik det er fremstilt pr dato. Ved kontrollregning av arealene er det fremkommet en arealmanko på ca 1000 m2 netto i forhold til romprogram...Arealet i prosjektet må økes i samsvar med dette, noe som vil måtte løses i en samspillfase. Dette vil medføre risiko for en relativt stor prisøkning, slik at prisdifferansen mellom de to aktuelle blir betydelig mindre enn det tilbudssummene viser.

Konklusjon: I konkurransekunngjøringen ble det som overordnet tildelingskriterium valgt "Økonomisk mest fordelaktige tilbud", kfr Forskrift om offentlige anskaffelser, § 10-2, og med de ovenfor listede underkriterier i ikke-prioritert rekkefølge. Tilbudet fra Reinertsen Anlegg AS er det som samlet sett oppfyller dette kriterium best. Konseptet er fleksibelt og kan utvikles med hensyn til areal, funksjonalitet, med mer, og det vil være rimeligst i pris selv etter en høyst nødvendig arealjustering."

Innklagede opplyser at det i kommunen ble foretatt en intern prismessig sammenligning av de tilbudte løsningene. Det ble hensyntatt at arealet i Reinertsens tilbud var ca 1 000 kvm. mindre enn det areal som var oppgitt i veiledende romprogram. Sammenligningen viste en prisforskjell på ca. 15 millioner kr. i favør av Reinertsen.

I brev 13.3.2003 til leverandørene ble det opplyst at innklagede hadde valgt tilbudet fra Reinertsen. Det ble gitt en begrunnelse for valget sammen med en klagefrist, hvor det blant annet ble opplyst:

"- Arealeffektive løsninger: Utkastet er ekstremt arealeffektivt, til dels med arealmanko. Fellesarealer i baser, grupperom, formidlingsrom, garderober, lærerarbeidsplasser, trafikkarealer og HC-avdelinger er for knapt dimensjonert. Areal må økes til minimum romprogramareal.

...

- Pris: Konkurransens laveste pris, mer eller mindre knyttet opp mot lavt netto- og bruttoareal. Selv med antatt prisendring for arealkorreksjon, vil tilbudet fra Reinertsen Anlegg AS fremstå som det klart rimeligste."

I brev fra innklagede til Trondheim eiendom 12.3.2003 opplyses det at:

"Vi er også enig i den skriftlige stikkordsvurdering av de to utkastene som er gjennomført. Reinertsen Anlegg AS sitt tilbud skiller seg ut ved pris og arealeffektivitet. Prisforskjellen er stor i forhold til totalprosjektet, men vesentlig mindre når det gjelder pris pr. kvadratmeter. Når to prosjekt står så nær hverandre i en total vurdering, er jeg enig i at det mest prisgunstige må foretrekkes. Vår vurdering er også at det ikke vil være noen forskjell i de årlige driftskostandene for disse prosjektene. Ut fra dette kan vi slutte oss til Trondheim eiendoms konklusjon om å tildele Reinertsen Anlegg AS denne entreprisen."

Partenes anførsler:

NPA/NALs anførsler:

NPA/NAL anfører at tilbudet fra Reinertsen skulle vært avvist. Det vises til at tilbudet oppga arealer som betydelig avviker fra veiledende netto romprogram. Videre er bruttoarealer oppgitt feil i tilbudet, til Reinertsens fordel. Dette avviket er ikke klart spesifisert i tilbudet. Tilbudet tilfredsstiller heller ikke tildelingskriteriet "arealeffektive løsninger".

Avvikene er så store at det må føres forhandlinger i strid med forhandlingsforbudet for at prosjektet skal tilfredsstille konkurransegrunnlaget. Tilbudet må regnes som et alternativt tilbud. I konkurransegrunnlagets bok 0,8.8.2 § 2 fremgår det at det bare er adgang til å gi alternative tilbud i tillegg til det som fremgår av konkurransegrunnlaget. Tilbudet oppfylte dermed ikke vilkårene for å kunne godtas som et alternativt tilbud.

NCC Construction AS' anførsler:

NCC anfører at tilbudet fra Reinertsen skulle vært avvist, idet tilbudet ikke oppfyller minimumskravene i konkurransegrunnlaget mht. nødvendig areal for de skolebygg konkurransen gjaldt. Romprogrammet fremsto ikke som veiledende under anbudskonkurransen, og det er dette som er avgjørende. Reinertsen har ikke svart på oppgaven, og det er derfor umulig å sammenligne disse tilbudene slik at samtlige leverandører likebehandles. Oppdragsgiver har tenkt å løse arealmankoen ved kontraktsforhandlinger. En arealendring som omfatter utvidelse på ca. 1000 kvm. er ikke en mindre justering. En slik justering er i strid med forhandlingsforbudet ved anbudskonkurranser.

I den grad det åpnes for videreutvikling av prosjektet, må dette anses å være i strid med regelverket idet man har valgt en prosedyre som ikke tillater forhandlinger. Kommunens opplegg gir anvisning på en begrenset anbudskonkurranse med forhandling.

Reinertsen har i tilbudet fremhevet hvor det avviker fra romprogrammet. Dette viser at tilbudet må anses som et alternativt tilbud. Det var imidlertid ikke anledning til å levere inn alternative tilbud, med mindre det samtidig ble levert inn et tilbud som tilfredsstilte kravene i konkurransegrunnlaget. Det var derfor ikke adgang til å anse Reinertsens tilbud som et alternativt tilbud.

Årsaken til at Reinertsens tilbud fremstår som bedre enn de øvrige skyldes arealavviket.

Innklagedes anførsler:

Innklagede bestrider å ha brutt regelverket for offentlige anskaffelser.

Arealoppgaven har status som veiledende, og det oppfordres samtidig til arealeffektivitet og sambruk for å redusere arealbehovet. Avvik fra arealoppgaven kan ikke føre til avvisning så lenge leverandøren lojalt har holdt seg til funksjonsbeskrivelsen i konkurransegrunnlaget. Tilbudet er et svar på konkurransegrunnlaget.

Kommunen var klar over tilbudets forhold til det veiledende romprogrammet, og avviket i forhold til arealoppgaven. Tilbudet fremsto likevel som det økonomisk mest fordelaktige.

Forhandlingsforbudet rekker bare frem til kontrakt er tildelt. Det har så langt ikke vært ført forhandlinger om endringer og pris. Videreutvikling etter kontraktstildeling dreier seg om byggherrens ønsker om justeringer innenfor leverandørens konsept. Den konkrete utforming av disse justeringene må utføres i samarbeid med entreprenøren og arkitekt. Justeringen har også en prismessig konsekvens. Regelverket har ikke forbud mot adgangen til endringer etter at kontraktstildeling har funnet sted.

Klagenemndas vurdering:

NCC har deltatt i konkurransen. Eggen Arkitekter AS er deleier i NPA. Eggen Arkitekter AS har som medlem i prosjekteringsgruppen til NCC bedt NAL og NPA om å bistå seg. Klagenemnda finner at NPA/NAL og NCC Construction AS har "saklig interesse" i å fremme klagen, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig.

Det er på det rene at anskaffelsens verdi overstiger terskelverdiene i forskrift fastsatt ved kgl. res. 15.6.2001 om offentlige anskaffelser § 2-2, og således følger reglene i forskriften del II.

Spørsmålet om det foreligger et avvik fra konkurransegrunnlaget:

Klagenemnda legger til grunn at det i følge kunngjøringen og konkurransegrunnlaget skulle leveres tilbud på konseptutvikling sammen med pristilbud på prosjektering og oppføring av de konsept som ble foreslått. I tillegg fremgikk det at konseptet skulle videreutvikles i et samspill mellom leverandøren og kommunen. Arealoppgavene som fulgte med var veiledende, noe som fremgikk uttrykkelig. Det var fra kommunens side understreket at det ville bli lagt vesentlig vekt på å komme frem til arealeffektive løsninger.

Det fremstår dermed som klart at tilbudet fra Reinertsen tilfredstilte kravene i kunngjøringen og konkurransegrunnlaget, og da heller ikke kan anses for å være et alternativt tilbud. Det var da ikke grunnlag for å avvise tilbudet, jf. forskrift fastsatt ved kgl. res. 15.6.2001 om offentlige anskaffelser § 8-10.

Forhandlingsforbudt, forskriftens § 9-1:

Som nevnt hadde kommunen uttrykkelig presisert at det etter kontraktstildeling ville bli aktuelt å videreutvikle prosjektet. Forbudet etter forskriften § 9-1 går ut på at det ikke er tillatt å endre tilbudene i en anbudskonkurranse gjennom forhandlinger. Klagenemnda er, i utgangspunktet, enig med kommunen i at reglene må forstås slik at forhandlingsforbudet gjelder frem til konkurransen er avsluttet.

Innklagede har for klagenemnda anført at kommunen ikke har forhandlet med noen i denne perioden. Det eneste man har sagt er at det må gjøres visse endringer i det valgte prosjekt, noe som mest praktisk må tas i kontraktsfasen. Klagenemnda legger dette til grunn, og kan da ikke se at det er grunnlag for å fastslå at kommunen har handlet i strid med forhandlingsforbudet.

Valg av tilbud:

Det fremgår av de fremlagte dokumenter at innklagede har vurdert samtlige angitte tildelingskriterier, og det fremkommer ikke opplysninger om at andre kriterier har blitt tillagt vekt. Klagenemnda har ikke grunnlag for å underkjenne den vekting innklagede har foretatt mellom de ulike kriteriene.

Vurderingen av tildelingskriteriet "pris" har etter det opplyste hensyntatt behovet for å justere arealet som lå til grunn for Reinertsens tilbud. Klagenemnda kan derfor ikke se at det er grunnlag for å underkjenne valget av Reinertsen på dette grunnlag.

Konklusjon:

Klagenemnda finner at Trondheim kommune ikke har brutt lov om offentlige anskaffelser med forskrifter ved anbudskonkurranse om konseptutvikling og pristilbud på prosjektering og oppføring av Charlottenlund og Åsheim ungdomsskoler.

For klagenemnda

15.5.03

Andreas Wahl



Forsiden
Nemndsmedlemmer
Saksbehandling
Regelverk
Innkomne saker
Statistikk
Årsrapporter
Dommer
Søk i avgjorte saker

Avgjorte saker:

[2003](#) [2004](#) [2005](#)

Besøksadresse

H. Heyerdalsgate 1
0033 Oslo

Postadresse

Postboks 8132 Dep
0033 Oslo

Tlf.: 22 33 70 10

Faks: 22 33 70 12

E-post:

postmottak@kofa.no

Avgjorte saker

Klagenemndas avgjørelse 15. mai 2003 i sak 2003/65

Klager: Selmer Skanska AS

Prosessfullmektig: adv. firm. Schjødt AS

Adv. Trygve Olavson Laake

Pb. 2444 Solli

0201 Oslo

Innklaget: Haram kommune

Storgt. 19

6290 Brattvåg

Prosessfullmektig: adv. firma Larhammer & Aarseth ANS

Adv. Odd Larhammer

Pb. 248

6401 Molde

Klagenemndas medlemmer: Jens Bugge, Inger Marie Dons Jensen, Bjørg Ven.

Saken gjelder: Invitasjon til å delta i forhandlinger etter § 4-3 a). Kvalifikasjonskrav. Plikt til å avvise et forhandlingsutspill som for sent levert. Krav på å bli invitert til å delta i forhandlinger, jf. § 9-3(3).

Bakgrunn:

Haram kommune (heretter kalt "innklagede") kunngjorde i løpet av januar 2002 en begrenset anbudskonkurranse. Konkurransen gjaldt en totalentreprise for prosjektering og oppføring av sykehjem/omsorgsboliger og næringsareal.

I forbindelse med prosjektet inngikk innklagede en samarbeidsavtale med Veidekke Eiendom AS, som eide den aktuelle tomten. Avtalen gikk ut på at Veidekke Eiendom AS skulle bistå kommunen som fagkyndig under anbudskonkurransen og fungere som byggherre. Hensikten var også at Veidekke Eiendom AS skulle overta næringsdelen av prosjektet når dette ble ferdigstilt.

I kunngjøringen var det stilt som betingelse for deltakelse i konkurransen at leverandørene hadde "*Sentral eller lokal godkjenning iht. plan og bygningsloven*".

Konkurransesgrunnlaget ble sendt ut den 10.5.2002, og fristen til å levere inn tilbud ble fastsatt til 5.7.2002.

Konkurransesgrunnlaget oppstilte følgende tildelingskriterier:

" **Funksjonalitet og driftsøkonomi**

Pris

Kvalitet og teknisk standard mv

Tilbyders faglige og administrative opplegg mv, herunder kvalitetssikringn(KS) og HMS, fremdriftsoppfølging samt tilbudt nøkkelpersonells erfaring fra tilsvarende arbeidsoppgaver.

Byggherren vil velge det tilbud som etter en samlet vurdering av ovennevnte vurderingskriterier fremstår som det økonomisk mest fordelaktige ..."

Tre leverandører leverte inn tilbud, blant disse var Selmer Skanska AS (heretter kalt "klager") og Rolf Olset AS. Samtlige tilbud ble avvist; Rolf Olset AS' tilbud fordi firmaet ikke oppfylte kravene til sentral eller lokal godkjenning, og de to andre fordi byggetiden avvek fra konkurransegrunnlaget.

Innklagede besluttet etter dette å videreføre prosedyren som en konkurranse med forhandlinger. Hjemmelen er forskrift 15.6.2001 om offentlige anskaffelser § 4-3 a).

Alle deltakerne i den mislykkede anbudskonkurransen ble invitert til å delta i konkurransen med forhandlinger. Ny frist for å levere inn reviderte tilbud ble satt til 30.8.2002. Anbudsåpningen fant sted 30.8.2002.

Prosjektet ble behandlet i kommunestyret den 19.9.2002. I denne forbindelse ble en rekke detaljer i tilbudene gjort offentlig kjent, herunder priser, byggetid og tegninger. På dette tidspunktet ble det klart at kostnadene forbundet med prosjektet oversteg kommunens budsjettramme. Tilbudsprisene varierte fra 123 til 137 millioner kroner. Kommunestyret fastsatte den 19.9.2002 budsjettrammen for prosjektet til 118 millioner kroner. Som en konsekvens av dette vedtaket trakk kommunens samarbeidspartner og fagkyndige byggherre, Veidekke Eiendom AS, seg fra prosjektet. Det samme gjorde en av deltakerne i konkurransen.

Innklagede ønsket å videreføre prosjektet, og inngikk avtale med en ny samarbeidspartner, Coop Møre/Nordvestlandet Eiendom AS. For å tilpasse prosjektet den nye samarbeidspartnerens behov, ble det gjort enkelte endringer i prosjektet. På bakgrunn av disse endringene fikk de gjenværende deltakerne i konkurransen, klager og Rolf Olset AS, utlevert atter et nytt revidert

konkurransesgrunnlag den 7.1.2003. Klagenemnda har fått opplyst av innklagede at formålet med revisjonen ikke bare var å gjennomføre de tekniske endringene, men også å forsøke å presse tilbudsprisene inn under kommunens budsjettamme. Av konkurransegrunnlaget av 7.1.2003 fremgikk at ny frist for å levere inn tilbud var 28.1.2003.

Deltakerne i konkurransen leverte inn nye tilbud innen fristen den 28.1.2003. Den 17.2.2003 inviterte innklagede pr. e-post leverandørene til nye forhandlingsmøter den 19.2.2003. Målet med møtet ble opplyst å være *"å komme innanfor den økonomiske ramma og velje eit prosjekt / entreprenør som det skal inngåast avtale med"*. Temaet for møtene med leverandørene ble oppgitt å være

" – Presentasjon. Evt forslag til vurdering. ((tilbyder)

- Innspel til endringar og forbetringar. (byggherre)"

I referatene fra møtene fremgår det at leverandørene fikk frist til 27.2.2003 til å innlevere *"svar på sonderingsrunden"*. Rolf Olset AS skulle levere sitt svar i møte kl. 8.30, mens klager skulle levere sitt svar i møte kl. 12. Det fremgår videre at på møtene 27.2.2003 skulle *"Revidert utkast presenterast med høve til spørsmål og avklaringar"*. Klager hevder å ha fått opplyst fra innklagede at den endelige tilbudsprisen skulle leveres i møtet den 27.2.2003. Innklagede hevder at Rolf Olset AS etter en direkte forespørsel fikk opplyst fra kommunen at firmaet ikke trengte å levere justert pris i møtet. Innklagede opplyser videre at *"Dette ble meddelt Selmer da kommunen senere på dagen hadde møte med denne entreprenøren, men Selmer ønsket likevel å inngi pris"*. Så vidt klagenemnda kan se av klagers annet innlegg, bestrides dette ikke.

Klager leverte sitt svar 27.2.2003 kl 12. Svaret omfattet både nye tekniske løsninger og justert tilbudspris. Svaret ble straks åpnet. Klager fikk opplyst at Rolf Olset AS' svar kun omfattet forslag til tekniske løsninger, og ikke justert tilbudspris. Innklagede har opplyst at Rolf Olset AS leverte sin justerte pris senere samme dag.

I brev av 5.3.2003 meddelte innklagede deltakerne i konkurransen at Rolf Olset AS' tilbud var vurdert som det mest økonomisk fordelaktige.

Senere har innklagede i brev av 3.4.2003 til klager opplyst at *"Skulle forhandlingene med Olset vise at tilbudet fra Olset er mindre gunstig enn hva man foreløpig har lagt til grunn, er kommunen både åpen og interessert i å innlede forhandlinger med Selmer"*. I tilsvaret, som er datert 25.4.2003 avviser innklagede videre å gi klager innsyn i de evalueringene som hittil er gjort, fordi *"forhandlingene med entreprenørene ikke er avsluttet"*.

Anførsler:

Klagers anførsler:

Klager anfører for det første at innklagede har brutt forskrift 15.6.2001 om offentlige anskaffelser § 4-3 a) jf. § 3-1 ved å invitere Rolf Olset AS til å forhandle til tross for at firmaet ikke oppfylte de fastsatte kvalifikasjonskriteriene ved utløpet av tilbudsfristen i den opprinnelige, mislykkede anbudskonkurransen.

Klager anfører for det andre at innklagede har brutt forskriftens § 8-12(1) a) ved ikke å avvise Rolf Olset AS' tilbud av 30.8.2002 i den etterfølgende konkurransen med forhandlinger. Klager begrunner dette med at Rolf Olset AS på dette tidspunktet ikke oppfylte kravene til sentral og lokal godkjenning.

Klager anfører for det tredje at innklagede har brutt forskriftens § 8-10(1) a) ved ikke å avvise det tilbud Rolf Olset AS leverte den 27.2.2003. Rolf Olset AS

overholdt ikke den frist som var satt med hensyn til å levere inn justert tilbudspris.

For det fjerde anfører klager at innklagede plikter å forhandle videre med klager, ettersom alle som har en reell mulighet til å få tildelt kontrakten skal inviteres til forhandlinger, jf. forskriftens § 9-3(3). At klager hadde og fortsatt har en reell mulighet til å få tildelt kontrakten, begrunner klager med at innklagede har foretatt en uriktig anvendelse av tildelingskriteriene.

Innklagedes anførsler:

Innklagede bestrider å ha brutt regelverket om offentlige anskaffelser. Innklagede anfører for det første at en korrekt tolkning av § 4-3 a) åpner for å invitere til forhandlinger leverandører som har blitt avvist fordi de ikke oppfyller de opprinnelige kvalifikasjonskravene.

Innklagede anfører videre at Rolf Olset AS ikke oversatt fristen for å levere justert tilbudspris, og at innklagede derfor verken har rett eller plikt til å avvise tilbudet på dette grunnlaget, jf. § 8-10(1) a). En naturlig forståelse av referatet fra møtet avholdt den 19.2.2003 innebar at tilbudsprisen kunne leveres i etterkant av møtet. Innklagede hadde dessuten overfor Rolf Olset AS bekreftet at det ikke var nødvendig å levere den justerte tilbudsprisen på møtet. Innklagede avviser i tillegg å ha anvendt tildelingskriteriene uriktig, og anfører at klager ikke hadde noen reell mulighet til å få tildelt kontrakten.

Klagenemndas vurdering:

Klager har deltatt i den aktuelle konkurransen, og har derfor saklig klageinteresse, jf. forskrift 15.11.2002 om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig.

Innklagede har beregnet prosjektets kostnader til ca. 120 millioner kroner. Det er således klart at kontrakten reguleres av forskrift om offentlige anskaffelser del II, jf. § 2-2(1).

1. Handlet innklagede i strid med § 4-3 a) ved å invitere Rolf Olset AS til forhandlinger på tross av at firmaet ikke tilfredstilte fastsatte kvalifikasjonskriterier ved utløpet av tilbudsfristen i den opprinnelige anbudskonkurransen?

Klagenemnda bemerker at grunnen til at Rolf Olset AS' tilbud i den opprinnelige anbudskonkurransen ble avvist, var at firmaet ikke oppfylte kravet til Sentral eller lokal godkjenning iht. plan og bygningsloven, slik innklagede hadde stilt krav om i kunngjøringen.

Forskrift om offentlige anskaffelser § 5-11(1) litra a), e) og f) stiller opp en uttømmende liste over hvilken dokumentasjon av leverandørens tekniske kvalifikasjoner oppdragsgiver kan kreve for bygge- og anleggskontrakter. Sentral eller lokal godkjenning som gis i henhold til plan- og bygningsloven er ikke nevnt i disse bestemmelsene. Det kan etter klagenemndas oppfatning derfor reises spørsmål ved om oppdragsgiver har adgang til å stille kvalifikasjonskrav i denne form, av hensyn til at leverandører fra hele EØS-området skal kunne delta i konkurransen. Klagenemnda går ikke nærmere inn på dette, da det etter det opplyste må legges til grunn at Rolf Olset AS faktisk oppfylte de kvalifikasjonskrav som stilles for slik godkjenning etter plan- og bygningsloven.

Klagenemnda finner etter dette at innklagede ikke har handlet i strid med § 4-3 a) ved å invitere Rolf Olset AS til forhandlinger.

2. Plikt til å avvise Rolf Olset AS' tilbud av 27.2.2003 fordi det ble levert for sent, jf. § 8-10(1) a)

Under forhandlingsmøtene som ble avholdt den 19.2.2003, ble det bestemt at leverandørene skulle presentere "reviderte prosjekt" i møte med innklagede den 27.2.2003. Møtet med Rolf Olset AS begynte kl. 8.30, mens møtet med klager begynte kl. 12. Innklagede har opplyst at Rolf Olset AS fikk frist ut dagen med å levere sin justerte tilbudspris, og at klager ble tilbudt samme fristforlengelse. Klager har som nevnt ikke bestridt dette. Klagenemnda finner det ikke nødvendig å ta stilling til om en naturlig forståelse av referatet fra møtet avholdt den 19.2.2003 åpnet for at justert tilbudspris kunne leveres i etterkant av møtet.

Det legges til grunn at både Rolf Olset AS og klager fikk tilbud om utsettelse av fristen for innlevering av justert tilbudspris ut dagen 27.2.2003. Hensynet til likebehandling er dermed ivaretatt, og klagenemnda kan ikke se at innklagede handlet i strid med regelverket ved å gi den aktuelle fristutsettelsen. Det må i den forbindelse bemerkes at det gjelder en konkurranse med forhandlinger, og ikke en anbuds konkurranse. At klager takket nei til innklagedes tilbud, kan ikke endre klagenemndas syn på dette punktet. Klagenemnda finner på denne bakgrunn at Rolf Olset AS ikke leverte sitt justerte tilbud for sent.

Det følger av dette at innklagede ikke hadde plikt til å avvise Rolf Olset AS' tilbud av 27.2.2003.

3. Plikt til å invitere klager til forhandlinger, jf. § 9-3(3)

Innklagede har i tilsvaret til klagenemnda anført at "Kommunen har ikke ment å utelukke Selmer fra videre forhandlinger så fremt det skulle vise seg at det er reell mulighet for at Selmer vil bli valgt som entreprenør". Videre har innklagede anført i brev til klager datert 3.4.2003 at "Skulle forhandlingene med Olset vise at tilbudet fra Olset er mindre gunstig enn hva man foreløpig har lagt til grunn, er kommunen både åpen og interessert i å innlede forhandlinger med Selmer".

På den annen side har klagenemnda fått tilsendt presseklipp som viser at Rolf Olset AS allerede er engasjert for visse grunnarbeider som er startet opp.

På bakgrunn av materialet i saken finner klagenemnda det uklart om de materielle forhandlingene faktisk er avsluttet eller ikke. Dersom det er slik at forhandlingene ikke er avsluttet, forutsetter klagenemnda at innklagede praktiserer kravet til likebehandling frem til forhandlingene er avsluttet og kontrakt er tildelt.

Konklusjon:

Innklagede brøt ikke forskrift om offentlige anskaffelser § 4-3 a) ved å invitere Rolf Olset AS til forhandlinger.

Innklagede handlet i samsvar med regelverket ved ikke å avvise Rolf Olset AS' tilbud av 27.2.2003, da dette ikke var levert for sent.

Dersom forhandlingene ikke er avsluttet, plikter kommunen å praktisere likebehandling frem til forhandlingene er avsluttet og kontrakt er tildelt.

For klagenemnda,
16.5.2003

Bjørge Ven,



Forsiden
Nemndsmedlemmer
Saksbehandling
Regelverk
Innkomne saker
Statistikk
Årsrapporter
Dommer
Søk i avgjorte saker

Avgjorte saker:

[2003](#) [2004](#) [2005](#)

Besøksadresse

H. Heyerdalsgate 1
0033 Oslo

Postadresse

Postboks 8132 Dep
0033 Oslo

Tlf.: 22 33 70 10

Faks: 22 33 70 12

E-post:

postmottak@kofa.no

Avgjorte saker

Klagenemndas avgjørelse 15/5-2003 i sak 2003/68

Klager: Byggholt AS (tidligere Prosjektfinans AS)

Prosessfullmektig: Adv. Stein Løitegaard

Pb. 73

3901 Porsgrunn

Innklaget: Porsgrunn kommune

Prosessfullmektig: Adv. Annie Krefting

Pb. 1633 Vika

0119 Oslo

Klagenemndas medlemmer: Inger Marie Dons Jensen, Bjørg Ven, Andreas Wahl

Saken gjelder:

Krav til god forretningsskikk. Krav til saklig og forsvarlig valg av tilbud. Habilitet.

Sakens bakgrunn:

Om anskaffelsen:

Porsgrunn kommune (heretter kalt innklagede) kunngjorde 26. september 2001 en begrenset anbudskonkurranse vedrørende totalentreprise på oppføring av nytt sykehjem og rehabiliteringssenter. Et eget konkurransegrunnlag ble sendt ut til utvalgte kvalifiserte leverandører 18.12.2001. I konkurransegrunnlaget ble det opplyst at det økonomisk mest fordelaktige tilbudet ville bli valgt. Det ble også oppgitt kriterier for valget.

Første evaluering:

Innklagede mottok fire tilbud. Tilbudene ble anonymt vurdert av en evalueringskomité, satt sammen av en komitéleder og fem faggrupper.

Komitéleder samt den enkelte gruppeleder (til sammen seks personer) utgjorde en styringsgruppe for evalueringsgruppen. Faggruppene ble benevnt brukere, arkitekt, drift, teknisk og økonomi.

Det var utarbeidet en matrise for evalueringen av tilbudene med 5 hovedkriterier og 26 underkriterier. Hovedkriteriene var funksjonalitet, arkitektur/estetikk, økonomi, kvalitet og materialbruk samt miljømessige konsekvenser. Poengskalaen gikk fra 1 til 4 hvor 1 innebar at kriteriet ikke var tilfredsstillt, og 4 at kriteriet ble oppfylt på best mulig måte.

Poengene fra de enkelte grupper ble summert, og gjennomsnittet ble ganget med valgte vektall. Resultatet av utregningen ble så summert til en poengsum.

Basert på evalueringskomitéens karaktersetning ble klagers prosjekt vurdert som nummer tre med 2,51 poeng og tilbudet fra Hus & Hyttebygg AS (heretter kalt H&H) som nummer to med 2,67 poeng. Kommunen har opplyst at poenggivningen for H&H ble forbyttet ved den første evalueringen. Innklagede har senere fremlagt den riktige evalueringen for H&H som viste en poengsum på 2,47.

Administrasjonen fant ikke å kunne anbefale at kommunen inngikk kontrakt med noen av leverandørene. Det ble derfor fremmet forslag om at tilbudet fra H&H og tilbudet som var innstilt som nummer en, ble avvist, idet tilbudene avvek vesentlig fra bebyggelsesplanen og kommunens økonomiske ramme. Det ble også anbefalt at tilbudet fra klager ble forkastet, idet funksjonaliteten ikke var tilfredsstillende. Videre anbefalte administrasjonen at det ble innledet forhandlinger med leverandørene, og at kommunens faste utvalg for nybygg (heretter kalt FUN) ble gitt fullmakt til å godkjenne et eventuelt forhandlingsresultat innenfor en kostnadsramme på kr. 180 mill. Dette utvalget består av tre representanter fra de politiske partiene i bystyret.

Formannskapet innstilte på vedtak i bystyret i tråd med administrasjonens forslag. Bystyret traff deretter vedtak i samsvar med forslagene den 20.6.2002.

Ny evaluering:

Leverandørene leverte etter forhandlingene inn reviderte tilbud. Det var forutsatt at kriteriene og deres vekt, slik de fremkom i matrisen for evaluering av de opprinnelige tilbudene, skulle benyttes også ved vurderingen av de reviderte tilbudene. De opprinnelige karakterene for prosjektene var derfor utgangspunkt for bedømmingen, og karakterene ble justert henholdsvis opp eller ned i forhold til hverandre?.

Evalueringskomitéen la følgende vurderinger til grunn for så vidt gjaldt de reviderte tilbudene:

Klagers tilbud:

?Forglemmegei har siden første utkast gjennomgått store endringer. Endringene har ført til et prosjekt med gode funksjonelle løsninger og gode uteområder i forhold til aktiviteter.

Driftsmessig har prosjektet gode løsninger for alle prosjektets deler. Gode valg mhp. materialvalg.

Forglemmegei ligger på samme nivå som Hyasint med driftskostnader og livsløpskostnader.

Grei fleksibel løsning når det gjelder ombygging av omsorgsboliger til sykehjemsplasser.

Konverterer 8 omsorgsboliger til 15 sykehjemsplasser.?

Tilbudet fra H & H:

?Prosjektet har nå en godt bearbeidet løsning innenfor gjeldende bebyggelsesplan.

God utendørs planløsning. Prosjektet er kompakt og med gode materialvalg innvendig.

Omsorgsboligene har en god planløsning, rehabiliteringsavdelingen har gode behandlingsrom, treningsalen har muligheter for flerbruk i og med at den kan deles i fem, men dette har sine begrensninger pga. av søylene. Helse/aktivitetssenteret kan fortsatt med fordel innredes noe annerledes. Plassering av administrasjonsbasen synes noe tungvint.

Hyasint ligger midt på treet når det gjelder driftskostnader og livssyklus kostnader.

Det konverterer 8 omsorgsboliger til 14 sykehjemsplasser?.

Ved den nye evalueringen ble Forglemmegei gitt 3,01 poeng, mens Hyasint ble gitt 2,95 poeng.

Administrasjonen avga følgende innstilling til FUN med begrunnelse:

?Forglemmegei og Hyasint har gjennomgått store endringer og blitt to gode prosjekter. Prosjektene har etter revisjon blitt like på mange punkter, noe poengsummene illustrerer. Utifra dette er det derfor vanskelig å få et entydig skille mellom de to prosjektene.

Begge prosjektene tilfredsstillende vår beskrivelse. Det er likevel slik at vi må velge utifra en helhetsvurdering jfr. best-anbuds-prinsippet, hvor de fem hovedelementene funksjonalitet, arkitektur/estetikk, økonomi, kvaliteter/materialbruk og miljømessige konsekvenser inngår.

Ved vurderingen har Forglemmegei høyest poengsum på 4 av de 5 kriteriene,

mens Hyasint har høyest poengsum på ett område, økonomi, herunder er forskjellene mhp. kostnader tatt opp. Poenggivningen til de to prosjektene på henholdsvis 3,01 og 2,95 gir en forskjell på 2 prosentpoeng i favør Forglemmegei.

Forskjellen på økonomi kommer av prosjektkostnader som er en engangsinvestering. På årlige kostnader som drift og vedlikehold stiller prosjektene likt. Ved vurderingen av funksjonskrav har Forglemmegei fått noe høyere poengsum enn Hyasint.

Konklusjon

Forskjellene på de to prosjektene er små, bare 2 % av kriteriesummen. Det er heller ingen andre forhold utenfor det som inngår i kriteriesummen, av formell art, som gir grunnlag for å skille de to prosjektene ytterligere. Vi har ikke funnet grunnlag for ikke å legge vår kriterievurdering til grunn og innstiller derfor på å inngå kontraktsforhandlinger med Prosjektfinans as. Dersom kontraktsforhandlingene ikke fører frem vil vi ha en god 2.kandidat å søke kontraktsforhandlinger med.?

Korrespondanse mellom H&H og innklagede:

I brev til innklagede datert 6.12.2002 kommenterer H&H innstillingen fra administrasjonen, blant annet ?Brannteknisk? hvor klager fikk 3 poeng, mens H&H fikk 2 poeng. H&H skriver om sitt eget prosjekt at alle branntekniske krav er ivaretatt, og at det er lagt inn egne brannceller. Om klagers prosjekt uttales det at:

??Forglemmegei? har imidlertid ingen rømningsmuligheter fra kontor for hjemmehjelpen, unntatt hovedtrappen, det finnes ingen alternative rømningsveier, og de har også en hovedrømning fra hele sykehjemsfløyen som leder de som rømmer midt ute i foajé/vestilbylearealet, og dette vil aldri kunne godkjennes som rømningsvei, da man ikke kan rømme fra en brannsoner og inn i en annen soner?.

Dette ble gjentatt i brev fra selskapets advokat 16.12.2002. I senere brev har H&H reist tvil om poenggivningen i første runde var byttet om, og mener dette bare gjaldt funksjonalitet.

Behandlingen i FUN 13.1.2003:

Ved behandlingen av saken i FUN foreslo representanten Vågsæther at det ble inngått kontraktsforhandlinger med H&H. Forslaget ble begrunnet ut fra en ? helhetsvurdering, hvor det inngår at Hus og Hyttebyggs prosjekt er billigere og at arkitektens vurdering av prosjektet er bedre enn Forglemmegei?.

Forslaget fra Vågsæther ble vedtatt med to mot en stemme. Representanten Fiala stemte for å velge H&Hs tilbud, mens representanten Brubakken stemte for å velge klagers tilbud. Flertallet skal først ha vært avvisende til å skulle begrunne beslutningen nærmere. I brev fra kommunens advokat 7.2.2002 ble de imidlertid orientert om plikten til å begrunne vedtaket, og at det kun var anledning til å endre poenggivningen, ikke vektingen av de ulike kriteriene. Vågsæther og Fiala utarbeidet etter dette følgende begrunnelse for valg av tilbud:

?Begrunnelsen baseres på 5 pkt. som ikke er nevnt i arkitektens vurdering, men som er svært viktig. Det er dette som har ført til at man har falt ned på at Hyasinter er det beste prosjektet.

1. 30 omsorgsboliger i fellesskap. Disse skulle etter forutsetningene deles i 4 grupper à 7.8 og skulle ligge samlet med fellesstuer 2 og 2. Dette er gjort i Hyasinter i.h.t. spesifikasjonen. Hos Forglemmegei er disse delt i 3 grupper à 10, hvor 1 av disse er lagt langt vekk fra de øvrige 20 i 3.etg. i annen fløy.

2. Administrasjonsbasene var forutsatt å ligge samlet. Disse ligger i Forglemmegei i 2 etg. en del i 1.etg. og en del i 2.etg. i annen fløy.

3. Varelevering/søppelhåndtering/avfallscontainer. I Hyasinter foregår dette fra utvendig nedkjøringsrampe inn i u.etg. sentralt med adgang for høye biler, mens det i Forglemmegei er varelevering/søppelhåndtering lagt midt inne i en p-kjeller ? ikke anvist plass til containere, hvordan skal vare-søppelbiler komme inn i denne kjeller.

4. Hjelpemiddelsentralen er hos Forglemmegei tegnet kun med 60% av etterspurt behovsønske/romprogr. Dette synes ikke å ha blitt kommentert/vektlagt i.f.m. karaktergivningen. Hvis den var blitt foreslått som forutsatt måtte anbudssummen ha blitt betydelig høyere.

5. Brev fra Hus og Hyttebygg A/S av 05.12.02 og 03.01.03, hvor den generelle beskrivelse av Hyasinter og Forglemmegei fra evalueringen i 1.runde er nevnt i punkt 10 i brevet, er uforståelig for meg. At disse to sterkt sprikende oppsummeringer skulle gi begge prosjektene karakter 2 er ikke mulig å forstå, og det er hele grunnlaget for karaktergivningen i runde 2.

At Hus og Hyttebygg A/S føler seg ført bak lyset ved disse påståtte feil karakterer sett opp mot prosjektkarakteristikken er høyst forståelig, og gir etter vår mening et forvrengt bilde av hele karaktergivningen i runde 2.

Vurdering av endrede karakterer.

Forglemmegei:

Pkt. 1-3 Kommunikasjon internt i avd/grupper reduseres fra 3,0 til 2,5 red. 0,02

Pkt. 1-3 Generell funksjonalitet reduseres fra 3,1 til 2,6 red.
0,055

Pkt. 4 Prosjektkostnader reduseres fra 3,5 til 3,0. red.
0,04

Total reduksjon -
0,115

Hyasinter:

<i>Fleksibilitet heves fra 2,6 til 3,0</i>	<i>økning 0,01</i>
<i>Brann hevet fra 2,0 til 3,5</i>	<i>økning 0,015</i>
<i>Total økning</i>	<i>+ 0,025?</i>

Den første behandlingen i klagenemnda:

Klager brakte deretter saken inn for klagenemnda for offentlige anskaffelser. Vågsæther hadde en sentral stilling i Grenland Bygningsarbeiderforbund. Som følge av forbundets sterke engasjement i saken, fant klagenemnda at han var inhabil. Siden inhabiliteten kunne ha hatt betydning for utfallet av saken, konkluderte klagenemnda med at utvalgets beslutning var ugyldig.

Behandling i FUN 7.4.2003:

Etter dette ble saken forelagt FUN på nytt den 7.4.2003. Utvalget behandlet først spørsmålet om Vågsæthers habilitet. Fiala stemte mot at Vågsæther skulle anses inhabil. Saken ble imidlertid avgjort ved at Brubakken som var leder av utvalget og brukte sin dobbeltstemme, mente at Vågsæther var inhabil. Representanten Kjørholt overtok deretter som vara for Vågsæther.

Administrasjonens innstilling gikk også denne gang ut på at klagers tilbud skulle velges. Fiala la da frem forslag om at man skulle velge tilbudet fra H&H. Med to mot en stemme ble H&Hs tilbud valgt. I sin begrunnelse gjenga Fiala og Kjørholt ordrett den begrunnelsen som var utarbeidet av Vågsæther og Fiala i første runde.

Saken ble på nytt klaget inn for klagenemnda.

Klagenemndas saksforberedelse:

Under saksforberedelsen har klagenemnda bedt innklagede gi en grundig, konkret og detaljert redegjørelse for utvalgsmedlemmenes individuelle vurdering og for den endring i poenggivningen som utvalget foretok, samt for medlemmenes faglige bakgrunn og deres forundersøkelser i forbindelse med det nye vedtaket.

I svarbrev fra representantene Fiala og Kjørholt datert 21.4.2003 uttales det:

?Det faste utvalget for nybygg (FUN) er et politisk organ oppnevnt av Bystyret og med delegert myndighet fra dette.

I prinsippet vil det si at medlemmene kan ha hvilken som helst bakgrunn: Det kan ikke forlanges spesiell faglig bakgrunn for å bli medlem.

Det forhold at både Bjørn Fiala og Ole Johnny Kjørholt har byggeteknisk bakgrunn er således uvedkommende for deltagelsen i utvalget. Kommuneloven har heller ingen paragrafer som kan benyttes til å pålegge medlemmer av politiske utvalg noen særbakgrunn.

?

Utvalget har hatt alle anbudsdokumenter, tilbud og tekningsmaterialer tilgjengelig for vurderinger. I tillegg har administrasjonens saksvurdering og den detaljerte poengoppstillingen fra utvalgelseskomiteen vært en del av

saksgrunnlaget. Dette grunnlaget har gitt mulighet for medlemmene av FUN å foreta en selvstendig vurdering av poenggivningen. Det er i gjennomgangen av dette det har vært aktuelt å endre poenggivningen som det fremgår av begrunnelsen for vedtaket. Disse punktene trenger således ingen videre utdypning.

Klager bruker som eksempel at utvalget besluttet ?uten nærmere begrunnelse? å gi flere poeng for kriteriet ?brann? i Hus og Hyttebyggs tilbud. Vi vil derfor begynne det noe mer her.

I H&Hs tilbud har alle bygg som går over flere etasjer to branntrygge trapperom. Avstand til trapperommene overstiger ikke 30 m. Alle trapperom fører ut i det fri via rømningsdør. Byggholts tilbud manglet to rømningsveier for hjemmetjenesten. Hovedtrapp ved resepsjonen fører ut i foajeen og ikke ut i det fri.

Branntrygghet i pleieinstitusjoner er vesentlig og skal vurderes strengt, ikke minst med de mange ulykker som har vært de seneste år. ?

Partenes anførsler:

Klagers anførsler:

Klager viser til at hans tilbud ble vurdert som det økonomisk mest fordelaktige av administrasjonen og utvalgelseskomitéen, og anfører at kommunen har brutt lov om offentlige anskaffelser § 5 og forskriftene § 3-1 jf § 10-2 ved å velge H&Hs tilbud.

Klager anfører at FUN ikke hadde noen, eventuelt bare en svært begrenset, adgang til å overprøve den prosjektmessige evalueringen som var foretatt, og viser til at det var nedsatt en egen fagkyndig utvalgelseskomité som skulle foreta denne vurderingen. FUN hadde heller ikke anledning til å endre vektingen av tildelingskriteriene, slik flertallet har gjort.

Videre anfører klager at det må stilles skjerpede krav til begrunnelsen når et politisk utvalg velger å fravike administrasjonens innstilling. I dette tilfellet er det ikke påvist noen saklig grunn for å fravike de spesifiserte evalueringskriteriene som hele tiden har ligget til grunn i saken. I realiteten har flertallet i utvalget ikke gjennomgått saken på nytt, bare forsøkt å reparere den tidligere begrunnelsen for å unngå at vedtaket ble opphevet og kommunen ilagt erstatningsansvar.

Det vises ellers til at innklagede uten snev av begrunnelse har hevet H&Hs karakter på området ?brann? fra 2,0 til 3,5, og at ingen av medlemmene i FUN har faglig kompetanse på dette området. Slik lemfeldig behandling tilsier også at vedtaket er ugyldig.

Det anføres også at utvalgets vedtak er ugyldig på grunn av inhabilitet. Fiala var i flertall ved første gangs behandling sammen med Vågsæther som var inhabil sist, og samme begrunnelse er brukt. Hele utvalget burde vært byttet ut.

Klager anfører at vilkårene for erstatning er til stede.

Innklagedes anførsler:

Innklagede avviser at det foreligger inhabilitet. Verken Brubakken, Fiala eller Kjørholt har noen tilknytning til saken. At Fiala var i flertall sammen med Vågsæther i første runde og har hatt samme begrunnelse som Vågsæther, kan

ikke i seg selv føre til inhabilitet.

Det anføres at FUN har full kompetanse til å endre administrasjonens innstilling og utvelgelseskomitéens evaluering, så lenge utvalget holder seg til konkurransekriteriene. Tilbudene ble vurdert som ganske like, og innklagede må da ha større adgang til å utøve skjønn enn dersom det foreligger en markert forskjell på prosjektene. Utvalget har endret karaktergivningen på enkelte punkter, men det er ikke trukket inn utenforliggende hensyn. I konkurransegrunnlaget er det opplyst at den endelige avgjørelsen vil tas av utvalget, og at utvelgelseskomitéen bare er rådgivende. Det gjelder ikke skjerpede krav til saksbehandlingen ved fravikelse av administrasjonens innstilling, og utvalget har behandlet saken grundig og i henhold til vanlige saksbehandlingsregler, nå i tre omganger.

Innklagede avviser at vilkårene for erstatning er til stede.

Klagenemndas vurdering:

Klager har deltatt i konkurransen om å bli tildelt kontrakten og har ?saklig interesse? i å fremme klagen, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig.

Inhabilitet:

Forskrift om offentlige anskaffelser § 3-4 gir habilitetsreglene i forvaltningsloven § 6 direkte anvendelse ved offentlige anskaffelser. Spørsmålet er nå om representanten Fiala, som delte konklusjon og begrunnelse med Vågsæther i første runde, er blitt påvirket av Vågsæther og hans begrunnelse på en slik måte at han må anses inhabil ved den nye behandlingen. Klagenemnda har imidlertid ikke grunnlag for å vurdere dette. Det er uklart hvem som utformet begrunnelsen i første runde, og uansett kan Fiala, uavhengig av Vågsæther, ha hatt samme syn. Brubakken og Kjørholt er åpenbart ikke inhabile.

Vurdering av saksbehandlingen:

Innklagedes beslutning om valg av tilbud må bygge på god forretningsskikk og en forsvarlig saksbehandling.

Ut fra opplysningene i saken har den administrative saksbehandlingen og evalueringen av tilbudene vært svært grundig. Faglige kriterier er blitt lagt til grunn, og kriteriene har vært vurdert av fagekspertise på områdene. Dette må få betydning både for kravene til saksbehandlingen og begrunnelsen når FUN endrer karaktergivningen.

Flertallet i FUN begrunner sitt standpunkt og sin nye poenggivning ved å trekke frem konkrete elementer i forhold til funksjonalitet og arkitektur i prosjektene. Begrunnelsen er basert på ?5 pkt. som ikke er nevnt i arkitektens vurdering, men som er svært viktig?.

Det antas at flertallet her refererer til den siste arkitektvurderingen av 28. august 2002 som må forutsettes å bygge videre på en arkitektvurdering fra første evalueringsrunde. Det er uklart om de aktuelle forhold er hensyntatt der, slik at flertallet bygger på feil faktiske forutsetninger.

Flertallet i FUN tar utgangspunkt i at omsorgsboligene skulle deles i 4 grupper, og at administrasjonsbasene skulle ligge samlet, mens de i Forglemmegei er delt på flere steder. Det er uklart om flertallet mener at klagers tilbud ikke oppfyller kommunens kravspesifikasjon, eller om dette hensyntas i karaktersetningen under kriteriet ?funksjonalitet?.

Klagenemnda har i den forbindelse merket seg klagers kommentarer til dette punktet:

?1. Vedr plassering av omsorgsboliger i fellesskap

Da vi kom til at prosjektet totalt sett ville være bedre tjent med å dele og plassere bofellesskapene slik vi gjorde, så tok vi dette opp i forhandlingene før vi endelig plasserte bofellesskapene (vi kunne selvsagt også laget dette i 4 bofellesskap, men mente av vår løsning med 3 noe større bofellesskap med til sammen like mange boliger var bedre) Vi fikk positiv tilbakemelding på vårt innspill for å forbedre vår prosjektidé med dette grepet.

?

2. Administrasjonsbaser

Også på dette punktet fantes flere alternative muligheter for plassering. Også når det gjaldt plasseringen av disse drøftet vi noen mulige alternative plasseringer i bygningsmassen med kommunen under forhandlingene. Man gav da uttrykk for at særlig rehabiliteringsavdelingens administrasjonsbase burde ligge nærmest mulig rehabiliteringsavdelingen(treningsalen) Dette er gjort i vårt prosjekt. I konkurrentens prosjekt ligger dette hhv i tredje og første etasje.

Det hevdes videre fra politikerne at administrasjonsbasene skulle ligge samlet. Dette er faktisk feil. Det sies intet i funksjonsbeskrivelsen om at disse skal ligge samlet. Det vedlegges kopi av funksjonsbeskrivelsen bilag 5 som dokumenterer dette.

Våre administrasjonsbaser ligger samlet.?

Det fremstår etter dette som uklart om flertallet bygger på riktige faktiske forutsetninger.

Det er videre opplyst at: ?i Forglemmegei er varelevering/søppelhåndtering lagt midt inne i en p-kjeller ? ikke anvist plass til containere, hvordan skal vare-søppelbiler komme inn i denne kjeller?. Flertallet har på denne bakgrunn satt ned klagers karakter under kriteriet ?generell funksjonalitet?.

Klagenemnda vil også her vise til klagers innvendinger mot flertallets vurdering:

?Det er elementært for alle arkitekter at man tester ut adkomstforholdene for kjørende trafikk. Dette gjøres med det som på fagspråket kalles ? kjøresjabloner?. Dvs. at man tester ut svingradius, høyder og manøvreringdyktighet for de kjøretøyer som skal ut og inn. Dette er selvsagt gjort i vårt prosjekt, og kan dokumenteres. Videre er det faktisk feil når politikerne hevder at vi ikke har anvist plass til søppelcontainere. Det er da vitterlig tegnet inn et eget avfallsrom på 15,6 kvm i kjeller tett inntil kjøreadkomst for renovasjonsbil. Her er det rikelig plass til rullecontainere av forskjellig slag. ?

Flertallets begrunnelse for endring i poenggivning syns på denne bakgrunn basert på feil faktiske forutsetninger.

Videre skriver flertallet i sin begrunnelse at: ?Hjelpemiddelsentralen er hos Forglemmegei tegnet kun med 60% av etterspurt behovsønske/romprogr. Dette synes ikke å ha blitt kommentert/vektlagt i.f.m. karaktergivningen. Hvis den var blitt foreslått som forutsatt måtte anbudssummen ha blitt betydelig høyere?.

Flertallet synes uten videre å ha lagt til grunn at eventuelle kostnader ved en ombygging skal belastes kommunen. Klagenemnda har ikke grunnlag for å ta stilling til om dette i så fall faktisk vil være en riktig forutsetning.

Representantene har ikke gjort noen forsøk på å tallfeste hva en eventuell ombygging måtte beløpe seg til, men skjønnsmessig satt ned karakteren fra 3,5 til 3,0. Dette fremstår som vilkårlig.

Klagenemnda finner igjen grunn til å sitere klagers bemerkninger:

?Det er riktig at det i romprogrammet for opprinnelig anbudskonkurranse er angitt lagerplass på 300 kvm. Ut fra vår kunnskap om at hovedhjelpemiddelsentralen for Grenland fortsatt skal ligge på TSS i Skien vurderte vi dette til å være et noe overdrevent behov. Dette har administrasjonen i ettertid erkjent at kan være riktig. Med funksjonsbeskrivelsens beskrevne frihetsgrad i minnet gjorde vi en tilpasning rundt dette med et noe mindre lager på 164,3 m²? Konklusjonen på dette ble i forhandlingene at man kan oppnå inntil ca 350 kvm lagerplass dersom man ønsket dette. Denne problemstillingen har blitt vurdert av utvalgelseskomiteen. Påstanden om at dette ville ha påvirket vår prosjektpriis i betydelig grad er positivt feil. Det dreier seg om svært beskjedne kostnader for å få dette realisert.?

Utvalgets flertall har videre lagt H&Hs påstander til grunn når det gjelder branntekniske mangler ved klagers prosjekt. Til tross for anmodning fra klagenemnda har flertallet ikke opplyst om de har undersøkt riktigheten av påstandene. De har heller ikke imøtegått klagers anførsler om at de mangler brannteknisk ekspertise på området.

Det er for klagenemnda lagt frem håndskrevne notater fra teknisk underutvalg i tilknytning til den første evalueringen av ?brannteknisk?. Det fremgår at kriteriet brannteknisk er delt inn i følgende punkter: Arealoppdeling, etasjeskillere, branncellebegrensninger, tilkomst brannvesen, sprinkling, rømningsforhold og varslingsanlegg. Det fremgår således at den branntekniske vurderingen er adskillig mer sammensatt og komplisert enn det som fremgår av flertallets begrunnelse. Begrunnelsen gjør det ikke mulig å etterprøve om alle momenter har vært vurdert.

Det forhold som er trukket frem, skulle eventuelt ha ledet til at klager fikk lavere poengsum. I stedet har flertallet uten noen nærmere begrunnelse økt H&Hs skår fra 2 til 3,5 poeng. Klagenemnda finner at karaktersettingen er vilkårlig.

Flertallet uttaler videre at det er lite samsvar mellom oppsummeringen av prosjektbeskrivelsene og den poenggivningen som er gitt, og at det er høyst forståelig at H&H ?føler seg ført bak lyset ved disse påståtte feil karakterer sett opp mot prosjektkarakteristikken?.

Klager har opplyst at administrasjonen skal ha begrunnet bruk av poenggivning med at man ville unngå strid om tolkninger av ord og uttrykk i beskrivelsen av prosjektene i ettertid. Dette er synspunkter klagenemnda kan slutte seg til.

Etter klagenemndas mening tilsier god forvaltningsskikk at utvalgets medlemmer burde konsultert administrasjonen, eventuelt fagutvalgene, for å få avklart den eventuelle uoverensstemmelsen på dette punkt. Det fremgår ikke at dette er gjort. Av møteprotokollen fremgår det at møtet 7.4.2002 bare varte i 35 minutter. Det er ikke forsvarlig uten videre å konstatere at poenggivningen gir et ?forvrent bilde av hele karaktergivningen i runde 2?.

Klagenemnda er etter dette kommet til at Porsgrunn kommune har brutt reglene for god forretningsskikk, og at det ikke er foretatt et saklig og forsvarlig valg av tilbud. Saksbehandlingen og skjønnsetningen har vært mangelfull og til dels vilkårlig fra flertallet side i FUN. Feilene kan ha hatt betydning for vedtaket som må anses ugyldig.

Etter det opplyste er kontrakt fortsatt ikke inngått, slik at erstatningsspørsmålet ikke er aktuelt.

Konklusjon:

Klagenemnda finner at Porsgrunn kommune har brutt kravet til god forretningsskikk i lov om offentlige anskaffelser § 5 ved at saksbehandlingen i Det faste utvalget for nybygg har vært mangelfull.

Klagenemnda finner at Porsgrunn kommune har brutt kravet i forskrift om offentlige anskaffelser § 10-2 om å foreta et saklig og forsvarlig valg basert på de oppgitte tildelingskriterier.

Klagenemnda legger etter dette til grunn at beslutningen om valg av tilbud truffet av Det faste utvalget for nybygg er ugyldig.

Klagenemnda ber Porsgrunn kommune redegjøre for hvordan feilen vil bli rettet innen 10. juni 2003.

For klagenemnda:
Jensen

Inger Marie Dons
15/5-03



Forsiden
Nemndsmedlemmer
Saksbehandling
Regelverk
Innkomne saker
Statistikk
Årsrapporter
Dommer
Søk i avgjorte saker

Avgjorte saker:

[2003](#) [2004](#) [2005](#)

Besøksadresse

H. Heyerdalsgate 1
0033 Oslo

Postadresse

Postboks 8132 Dep
0033 Oslo

Tlf.: 22 33 70 10

Faks: 22 33 70 12

E-post:

postmottak@kofa.no

Avgjorte saker

Klagenemndas avgjørelse 5. mai 2003 i sak 2003/36

Klager: Låsservice Midt-Norge AS

Pb. 5474

7442 Trondheim

Innklaget: Sør-Trøndelag fylkeskommune

Posttuttak

7004 Trondheim

Klagenemndas medlemmer: Svein Dahl, Kai Krüger, Inger Roll-Matthiesen.

Saken gjelder: Bruk av rådgiver som selv deltar som selv deltar i konkurransen. Forbud mot å angi konkrete produkttyper i kravspesifikasjonen. Likebehandling. God anbudsskikk. Gjennomsliktighet.

Bakgrunn:

Sør-Trøndelag fylkeskommune (heretter kalt "innklagede") kunngjorde i Norsk Lysingsblads elektroniske database (DOFFIN) 10.2.2003 en åpen anbudskonkurranse for "Byggherrestyrte delentrepriser...Utførelse av påbygg og ombygging av Melhus videregående skole".

Anskaffelsen var delt opp i fem entrepriser. En av entreprisene, "E2401 – Hovedentreprise bygg", var videre delt opp i 11 ulike bygningsarbeider, herunder "Tømmer og snekkerarbeider". Anskaffelsen av tømmer- og snekkerarbeidene omfattet låser og beslag til en anslått verdi av kr. 270 000,-

Innklagede har en rammeavtale med Industribeslag AS om levering av låser og beslag til fylkeskommunen. Innklagede engasjerte Lusparken arkitekter AS til å utarbeide kravspesifikasjonen for entreprisen "E2401 – Hovedentreprise bygg", men ba om at Industribeslag AS skulle utarbeide kravspesifikasjonen for låsene og beslagene.

Industribeslag AS deltok deretter i selve konkurransen, ved å levere inn et tilbud

på låser og beslag.

Nærmere om konkurransegrunnlaget og kravspesifikasjonen:

Kravspesifikasjonen av låser og beslag som ble utarbeidet av Industribeslag AS, inneholdt en liste over sylindere, låskasser, dørvidere mv., beskrevet med en angivelse av en sifferkode. Denne sifferkoden er hentet fra TrioVings produktkatalog, og er dermed en angivelse av konkrete produkttyper fra denne produsenten. Åtte av produktene viste kun til Industribeslag AS sine interne produktkoder. Det var ikke tatt inn noen angivelse av at det kunne gis tilbud på tilsvarende produkter i listen.

I den øvrige del av konkurransegrunnlaget, post 06.24A.243, var det under "Tømrer og snekkerarbeider" tatt inn følgende:

"For dører som ikke skal ha terskel, skal det leveres og monteres rustfritt beslag i hele karmens bredde, inkludert i enhetsprisen for dørene. Beslaget skal skrus til underlaget, og legges etter at gulvbelegget er lagt....Type dør: Skellefteå Snickerisentral el tilsvarende kvalitet. Leverandør oppgis...

...

INNERDØRER...Vrider/ skilt: Iht. beslagsskjema...For øvrig gjelder generell beskrivelse".

I konkurransegrunnlagets Bok 0, pkt. 1.3. var det videre tatt inn følgende:

"Krav til innleverte tilbud...Postbeskrivelsen skal fylles ut uten tilføyelser. Evt. endringer skal angis som alternative priser og fylles ut i et eget følgebrev til tilbudet."

I tilbudsskjema vedlagt konkurransegrunnlaget ble det i "2.2 FORBEHOLD, ALTERNATIVE PRISER ETC" opplyst at:

"...Eventuelle alternative priser til løsninger / funksjoner skal føres opp i eget følgebrev til tilbudet. Han skal angi konsekvensene dette har for andre entrepriser eller andre elementer i entreprisen Disse vil ikke bli vurdert dersom tilbyder ikke har levert inn tilbud som angitt".

Partenes anførsler:

Klagers anførsler:

Klager anfører at det i bransjen er vanlig at leverandører utarbeider kravspesifikasjoner vederlagsfritt, mot at de får spesifisere egne produkter. Leverandørene får i tillegg inngående kjennskap til prosjektet og store fordeler i anbudsfasen. Klager anfører at Industribeslag AS ikke skulle fått delta i konkurransen når de får konkurransefordeler ved å være fylkeskommunens faste leverandør, har vært engasjert til å utarbeide kravspesifikasjonen og kravspesifikasjonen tar utgangspunkt i produkter Industribeslag AS fører.

Klager anfører at vilkårene for å angi konkrete produktnavn i kravspesifikasjonen ikke er oppfylt. Klager viser til at det er mulig å bruke nøytrale beskrivelser av låser og beslag, idet klager ved flere anledninger har deltatt i konkurranser om kontrakter med dette som utgangspunkt.

Klager anfører videre at innklagede ved å benytte Industribeslag AS som rådgiver ved utarbeidelsen av kravspesifikasjonen og deretter tillate at Industribeslag AS deltar i konkurransen har opptrådt i strid med forskrift fastsatt ved kgl. res. 15.6.2001 om offentlige anskaffelser § 3-6.

Innklagedes anførsler:

Klager anfører prinsipalt at det er tatt inn "eller tilsvarende" i angivelsen av låser og beslag. Klager anfører at alle de beskrevne produktene er tilgjengelig for alle i bransjen. Leverandørene kunne dermed gi tilbud på tilsvarende produkter også fra andre låsprodusenter enn TrioVing, og produktbeskrivelsen kan ikke anses konkurransevridende og dermed ulovlig. Det har kommet inn seks tilbud, og i hvert fall ett tilbud er lavere priset enn Industribeslag AS sitt tilbud. Dette viser at kravspesifikasjonen ikke har vært konkurransevridende.

Subsidiært anfører innklagede at det under enhver omstendighet ikke får noen betydning uansett om formuleringen "eller tilsvarende" kan anses benyttet eller ikke. Innklagede viser her til at det fremgår av konkurransegrunnlaget at det er anledning til å gi alternative tilbud.

Industribeslag AS har særlig kompetanse og kunnskap om innklagedes virksomhet, og det må derfor være tillatt å benytte disse som rådgivere ved utarbeidelsen av kravspesifikasjonen.

Verdien av de åtte beslagene hvor det bare var vist til Industribeslag AS sine interne produktkoder var begrenset til kr. 800,-, og kan derfor ikke ha hatt noen betydning.

Klagenemndas vurdering:

Klager er leverandør av låser og beslag, og klagenemnda finner at han har saklig klageinteresse i forhold til den aktuelle anskaffelsen. Klagen er rettidig, jf. forskrift fastsatt ved kgl. res. 15.11.2002 nr. 1288 om klagenemnda for offentlige anskaffelser § 6. Innklagede har i kunngjøringen av anskaffelsen tatt utgangspunkt i at den følger reglene i forskriften del III, og klagenemnda legger dette til grunn. Saken gjelder en delentreprise.

Saken reiser tre spørsmål, nemlig (1) hvorvidt innklagdes bruk av Industribeslag AS var i strid med habilitetsregelen i forskriftens § 3-6, (2) hvorvidt Industribeslag AS skulle vært avvist fra deltagelse i konkurransen om tømmer og snekkerarbeider fordi låser og beslag innen Industribeslag AS sitt produktregister var inntatt i kontraktsunderlaget etter råd og anvisning fra samme – og (3) hvorvidt kontraktsgrunnlagets referanser til et bestemt låsfabrikat som Industribeslag AS forhandlet innebar et brudd på forskriftens § 12.2(2).

Ad (1) om bruk av Industribeslag AS som rådgiver. Forskriften § 3-6 fastsetter forbud mot at oppdragsgiver søker eller mottar råd som kan bli benyttet under utarbeidelsen av spesifikasjonen for en bestemt anskaffelse fra noen som har en økonomisk interesse i anskaffelsen når dette skjer på en måte som vil kunne utelukke konkurranse. I NOU 1997:21 s. 132 er det nevnt som eksempel på anvendelsen av bestemmelsen at vedkommende ved utarbeidelsen av konkurransegrunnlaget utformer prosjektbeskrivelsen på en slik måte at det spesielt tilpasses hans eget produksjonsapparat. I slikt tilfelle vil rådgiveren ikke være uhildet når han bistår anbudsinnbyder, og han skal derfor ikke engasjeres fordi dette vil kunne undergrave fri konkurranse om oppdraget. Bestemmelsen forutsetter at konkurranse vil kunne utelukkes, men må tolkes slik at også risiko for konkurranseforvridning av betydning i favør av vedkommende rådgiver omfattes. Slik saken er opplyst, mener klagenemnda at innklagde ikke skulle anvendt Industribeslag AS fordi dette foretak etter alt å dømme hadde en egeninteresse i bruk av et bestemt låsprodukt.

Ad (2) om hvorvidt Industribeslag AS skulle vært avvist fra anbudskonkurransen fordi dette foretak allerede hadde deltatt som rådgiver med anvisning om bruk av det låsprodukt som rådgiveren i egenskap av tilbyder ville ha fordel av å levere. Bestemmelsen i § 3-6 er en prosedyreregulering og avgrensner seg til å gjelde valg av rådgivere. Den vedrører etter sitt innhold ikke spørsmålet om hvorvidt rådgiver som er i den stilling som § 3-6 omhandler -

etter å ha vært rådspurt i strid med forskriften - allikevel tillates å delta i den etterfølgende konkurranse. Forskriftens regler om avvisning med henvisning til forhold ved leverandøren omhandles i forskriftens (Del III) § 15-12 og er i hovedsak ment å skulle være uttømmende. Hvis rådgivers deltagelse i konkurransen kan sies å være et utslag av "alvorlige forsømmelser mot faglige og etiske krav i vedkommende bransje", kan avvisning skje etter § 15-12(2) bokstav d. Men nemnda har ikke materiale til å uttale seg om et slikt spørsmål. I utgangspunktet er det ellers ikke hjemmel for å avvise en tilbyder som har deltatt som rådgiver i strid med § 3-6, slik som når det gjelder tilbud fra ansatte hos oppdragsgiver etter § 3-5. Deltar rådgiveren allikevel, skjerpes kravene til fullstendig og ikke-diskriminerende håndtering av oppdragets opplysningsunderlag, og særlig i relasjon til prinsippet om konkurranse, likebehandling av tilbydere – og krav til "god anbudsskikk" nedfelt i lov om offentlige anskaffelser § 5 første og annet ledd, jf tilsvarende forskriftens § 3-1. Enten må oppdragsgiver i slikt tilfelle selv sørge for at likhetsprinsippet ivaretas ved håndteringen av saken, eller han må engasjere en ny og uhildet rådgiver til å forberede kontraktsdokumentasjonen. Den følgende drøftelse av bruk av produktrelaterte kontraktsspesifikasjoner må ses i lys av dette.

Ad (3) om hvorvidt kontraktsgrunnlagets referanser knyttet opp mot ett av flere konkurrerende produkter i markedet er i strid med regelverket.

Tekniske spesifikasjoner i kontraktsunderlaget omhandles i forskriftens § 12-2 (2):

"Det kan ikke benyttes tekniske spesifikasjoner som omtaler varer av et bestemt fabrikkat eller opprinnelse, eller angir en særlig produksjonsmetode, dersom dette favoriserer enkelte foretak. En slik spesifikasjon kan likevel foretas når kontraktsgjenstanden berettiger til det. Det er heller ikke tillatt å angi varemerker, patenter eller typer. Kan kontraktsgjenstanden ikke beskrives tilfredsstillende på annen måte, er det likevel tillatt å bruke slik angivelse når den er ledsaget av ordene "eller tilsvarende"."

Klagenemnda konstaterer at anbudsgrunnlaget anvender spesifikasjoner for et bestemt låsprodukt, men kan ikke se at innklagede har godtgjort at vilkårene for å gjøre dette foreligger etter den refererte bestemmelse. Klageren har fremholdt at det finnes andre låsprodukter i markedet og innklagede har ikke vist at kontraktsgjenstanden – posten dørlåssystemer - er til hinder for å benytte en nøytral funksjonsbeskrivelse. Klagenemnda finner imidlertid ikke grunn til å komme nærmere inn på dette, idet det under enhver omstendighet ikke fremkomme tilstrekkelig klart av konkurransegrunnlaget at det kan gis tilbud på produkter "tilsvarende" det som er spesifisert. Generelle eller spesielle bestemmelser om adgang til å levere inn alternative tilbud, jf innklagedes anførsler gjengitt ovenfor, oppfyller ikke forskriftens mer presise krav, klarligvis heller ikke oppfatninger i bransjen eller praksis om at leverandører vanligvis legger til grunn at det kan gis tilbud på "tilsvarende" produkter. Vilårene for å benytte en produktbeskrivelse slik som i det foreliggende tilfelle kan derfor uansett ikke anses å være tilstede. Klagenemnda vil tilføye: Det er etter nemndas oppfatning uforenlig med grunnleggende krav om konkurranse, likebehandling og god anbudsskikk å la anbudsinnbyders faste rådgiver utarbeide en kravspesifikasjon som angir produkttyper som vedkommende rådgiver selv er forhandler av, når samme rådgiver senere gis adgang til å delta i konkurransen.

Klagenemnda sammenfatter sitt syn på saken ved å uttale at Industribeslag AS sine ulike roller, og det endelige resultat av rådgivningsprosessen, må medføre dels at Industribeslag AS med sin kombinerte egeninteresse som rådgiver og forhandler ikke skulle vært engasjert som rådgiver, at Industribeslag AS tross dette nok kunne deltatt i konkurransen, men da under forutsetning av at kontraktsspesifikasjon ikke gir dette foretak noen fordeler og ganske særlig ikke dreies inn mot rådgiverens leverandør av et bestemt merkeprodukt. På de anførte punkter mener klagenemnda at det er tale om brudd dels på kravet til likebehandling og god anbudsskikk i forskriften § 3-1, dels på forskriftens § 12-2 om tekniske spesifikasjoner.

Konklusjon:

Sør-Trøndelag fylkeskommune har brutt plikten til å likebehandle leverandørene og kravet til god anbudsskikk i forskrift om offentlige anskaffelser § 3-1 ved gjennomføring av konkurranse om påbygg og ombygging av Melhus videregående skole. Sør-Trøndelag fylkeskommune har videre brutt forbudet mot bruk av tekniske spesifikasjoner i forskriften § 12-2.

For klagenemnda,
7.5.2003

Svein Dahl,



Forsiden
Nemndsmedlemmer
Saksbehandling
Regelverk
Innkomne saker
Statistikk
Årsrapporter
Dommer
Søk i avgjorte saker

Avgjorte saker:
[2003](#) [2004](#) [2005](#)

Besøksadresse
H. Heyerdalsgate 1
0033 Oslo

Postadresse
Postboks 8132 Dep
0033 Oslo

Tlf.: 22 33 70 10

Faks: 22 33 70 12

E-post:

postmottak@kofa.no

Avgjorte saker

Klagenemndas avgjørelse 5. mai 2003 i sak 2003/49

Klager: Toyota Nordvik AS

Stormyrv. 25

8041 Bodø

Innklaget: Vestvågøy kommune

8370 Leknes

Klagenemndas medlemmer: Svein Dahl, Inger Roll-Matthiesen, Kai Krüger.

Saken gjelder:

Tolkning av kravspesifikasjonene og begrunnelse for valg av tilbud.

Bakgrunn:

Vestvågøy kommune (heretter kalt "innklagede") kunngjorde den 18.11.2002 en konkurranse med forhandlinger i Norsk Lysingsblads elektroniske database (DOFFIN). Konkurransen gjaldt inngåelse av fireårige leiekontrakter for biler til ulike formål i kommunen. Konkurranses grunnlaget inneholdt en spesifisering av hvilke typer biler kommunen ønsket leid. I tillegg fremgikk det at tilbudet skulle omfatte "pris på leie, inkludert forsikring, årsavgift og service/vedlikehold. Vestvågøy Kommunes utgifter skal da foruten leiepris kun omfatte drivstoffutgifter og egenandel ved eventuelle skader".

I kunngjøringen var det opplyst at det økonomisk mest fordelaktige tilbud ville bli valgt, og kriteriene for å identifisere dette var formulert som "driftskostnader, pris, leveringssikkerhet, kvalitet, service og teknisk bistand etter levering". I konkurransegrunnlaget var tildelingskriteriene oppgitt å være "Totalkostnad, herunder både leiepris, og forventet driftskostnad (drivstofforbruk)", "Driftssikkerhet til bilene" og "Servicenivå fra bedriften, herunder maksimal responstid for service, og maksimal tid for å få erstatningsbil ved skade". Verken i kunngjøringen eller i konkurransegrunnlaget er det oppgitt om tildelingskriteriene var oppstilt i prioritert rekkefølge. I kunngjøringen var det videre opplyst at alternative tilbud ikke ville bli tatt i betraktning. I tillegg fremgikk at tilbud kunne omfatte hele eller deler av kontrakten.

Klager anfører for det første at innklagede har brutt regelverket om offentlige anskaffelser ved at valg av tilbud ikke er skjedd i henhold til konkurransegrunnlaget og kunngjøringen. Klager begrunner dette med konkurransegrunnlaget indikerer at vask av bilene skal inkluderes i tilbudet, og at innklagede derfor har handlet i strid med anbudsdocumentene ved ikke å legge vekt på dette momentet i klagers tilbud. For det andre anfører klager at firmaet bør få muligheten til å trekke ut vaskens verdi av tilbudsprisen, for at tilbudene deretter skal underkastes en ny vurdering. Klager anfører for det tredje at begrunnelsen for valg av tilbud ikke er i samsvar med regelverket, ettersom det ikke er noen forklarlig sammenheng mellom tildelingskriteriene og valg av tilbud.

Innklagedes anførsler:

Innklagede bestrider å ha brutt regelverket om offentlige anskaffelser, og avviser å ha plikt til å legge vekt på vask av bilene ved valg av tilbud. Innklagede anfører videre at klager ikke nådde opp i konkurransen i forhold til kravene om totalpris og funksjonalitet på bilene.

Klagenemndas vurdering:

Klager deltok i den aktuelle konkurransen, og har saklig klageinteresse, jf. forskrift 15.11.2002 om klagenemnd om offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig.

Kontrakten gjelder varekontrakt, jf. forskrift 15.6.2001 om offentlige anskaffelser § 1-4 bokstav b. Det er uomtvistet at kontraktens verdi er over terskelverdiene på 1,3 millioner kroner, jf. forskriftens § 2-2(2). Klagenemnda legger derfor til grunn at kontrakten reguleres av forskriftens del II.

Klagenemnda bemerker at kontrakten er utlyst og gjennomført som en konkurranse med forhandlinger. Klagenemnda har imidlertid ikke fått opplyst hvorvidt vilkårene for denne anskaffelsesprosedyren er oppfylt, jf. forskrift om offentlige anskaffelser § 4-2, som har nokså snevre vilkår for å fravike hovedregelen i § 4-1(1) om at alle anskaffelser som reguleres av forskriftens Del II skal skje ved anbudskonkurranse. Men siden dette verken er påberopt eller nærmere belyst i saken slik den er fremlagt, går klagenemnda ikke nærmere inn på dette spørsmålet.

Klagenemnda bemerker videre at innklagede har til hensikt å dele opp avtalen, og således inngå leiekontrakt for de forskjellige bilmodellene med forskjellige leverandører. I kunngjøringen klargjøres det at leverandørene kan levere tilbud på deler av kontrakten, men det fremkommer ikke at oppdragsgiver betinger seg muligheten til å selv dele opp de innkomne tilbud. Klageren har åpenbart tilbudt leie for alle de etterspurte biltypene. Det er ikke anført at oppdragsgiver med dette har opptrådt i strid med anskaffelsesreglene, og nemnda finner derfor heller ikke her grunn til å komme nærmere inn på dette spørsmålet.

Innklagedes plikt til å legge vekt på vask ved valg av tilbud

Hvorvidt innklagede hadde plikt til å legge vekt på vask av bilene ved valg av tilbud beror på om vask etter en tolkning av kravspesifikasjonene faller inn under kontraktens gjenstand. Ordlyden i konkurransegrunnlaget nevner ikke vask eksplisitt. At tilbudsprisen skal omfatte "service/vedlikehold" kan for så vidt tale for at vask er en del av kontraktsgjenstanden. Det er imidlertid mer nærliggende å tolke denne delen av konkurransegrunnlaget som en fordeling av utgiftene mellom leverandør og oppdragsgiver, enn en angivelse av hvilke tilleggsytelser leverandøren skal prestere. Det må videre forutsettes at det må fremgå klart av konkurransegrunnlaget dersom en varekontrakt skulle omfatte tjenesteyting av såpass omfattende karakter.

Partenes etterfølgende opptreden indikerer også at deres felles oppfatning av konkurransegrunnlaget var at vask ikke skulle inkluderes. Klagenemnda viser her til at klager tilbød vask og støvsugning av bilene som en gratis tilleggsytelse for å gjøre sitt tilbud mer attraktivt. Et annet moment er det skjemaet samtlige leverandører sendte inn til innklagede i forkant av forhandlingsmøtene. På dette skjemaet var en rekke poster listet opp. Hensikten var at deltakerne skulle kunne presisere hvilke ytelser tilbudene omfattet. Vask var ikke en av disse postene. Klager anførte heller ikke vask som en inkludert post under rubrikken "annet".

Saken gjelder en konkurranse med forhandlinger, og ikke en anbudskonkurranse. I den grad det kunne herske tvil om hvordan konkurransegrunnlaget skulle forstås, tilsier likebehandlingsprinsippet, jf. forskrift om offentlige anskaffelser § 3-1(2), at dette avklares under forhandlingene. På bakgrunn av opplysningene i saken, legger klagenemnda til grunn at klager må eller burde ha forstått at vasketjenester ikke var etterspurt. Når klager likevel tilbyr vask og støvsugning av bilene, blir dette derfor en tilleggsytelse som faller utenfor oppdragets omfang. Etter dette konkluderer klagenemnda med at vask ikke var en del av kontraktens gjenstand. Innklagede hadde således verken rett eller plikt til å legge vekt på denne delen av klagers tilbud i evalueringen.

Plikt til å la klager trekke verdien av vask fra tilbudsprisen

Klagers vasketilbud var priset. Tilbudet ble fremsatt i etterkant av forhandlingene, nemlig i brev innstemplet hos kommunen 10.2.2003, to uker før valg av tilbud ble gjort i brev av 24.2.2003. Innklagdes valg berodde på en samlet vurdering av ulike momenter, der det må antas at klagers tilbud også uten beløpet for vasketjenester har vært korrekt vurdert. Klagenemnda legger til grunn at vasketilbudet derfor ikke har innvirket på beslutningen om kontraktstildeling.

For øvrig bemerker klagenemnda at leverandøren selv må bære ansvaret og risikoen for at tilbudet er rett priset når tilbudet skal evalueres av oppdragsgiver. Klagenemnda finner på denne bakgrunn at innklagde ikke plikter å trekke verdien av vask fra klagers tilbudspris.

Begrunnelse for valg av tilbud

I følge forskrift om offentlige anskaffelser § 10-3(2) skal oppdragsgiver ved meddelelse om hvem som skal tildeles kontrakt begrunne valg av tilbud uoppfordret i rimelig tid før kontrakt inngås. Dersom en oppdragsgiver skriftlig anmoder om det, skal det i tillegg gis en "nærmere begrunnelse" etter forskriften § 3-8 innen 15 dager fra slik anmodning. Begrunnelsen etter § 10-3 (2) skal omtale det valgte tilbudets egenskaper, mens begrunnelsen etter § 3-8 må forutsettes å skulle sammenligne mer inngående det valgte tilbudet med tilbudet fra leverandøren som har anmodet om den "nærmere" begrunnelse.

Idet begrunnelsen etter § 3-8 regelmessig vil komme etter at kontrakt er inngått, må innholdet i begrunnelsen etter § 10-3 inneholde tilstrekkelig informasjon til at leverandøren kan vurdere om oppdragsgivers valg av tilbud har vært saklig og forsvarelig, basert på et korrekt faktisk grunnlag, og i samsvar med de angitte tildelingskriterier. Klager vil ellers ikke ha tilstrekkelig informasjon til å kunne vurdere om det er grunnlag for å begjære midlertidig forføyning før kontrakt inngås. Når oppdragsgiveren velger å tildele kontrakten til det økonomisk mest fordelaktige tilbudet, og dette ikke har lavest pris, må begrunnelsen synliggjøre hvilke fordeler det valgte tilbudet har som mer enn oppveier den høyere prisen.

Klagenemnda finner det klart at den knappe begrunnelsen innklagede ga i brevet av 24.2.2003 ikke tilfredsstillende regelverkets krav. Innklagde har imidlertid gitt en mer utførlig begrunnelse i brev av 11.3.2003, og klagenemnda finner å legge denne begrunnelsen til grunn ved vurderingen av om begrunnelsesplikten

er oppfylt.

For fire av de valgte bilmodellene er valg av tilbud begrunnet med "*Totalpris inkl. drivstoffutg.*". Ettersom saken dreier seg om en konkurranse med forhandlinger, der den endelige tilbudsprisen ikke er kjent, kan dette ikke anses å gi klager tilstrekkelig grunnlag for å etterprøve innklagedes skjønnsutøvelse. For de resterende tre bilmodellene er det oppgitt som begrunnelse ulike foretrukne kjøreegenskaper, komfort og førermiljø. Disse kvalitetene

er imidlertid ikke holdt opp mot tilbudenes priser etter slutførte forhandlinger. Klager har derfor ingen muligheter til å vurdere hvordan de oppgitte egenskapspreferanser er vurdert i forhold til de aktuelle priser med sikte på å etterprøve forholdet mellom pris og bruksegenskaper. Klagenemnda legger etter dette til grunn at innklagede har brutt plikten til å begrunne valg av tilbud i § 10-3 (2), jfr § 3-8(4).

Konklusjon:

Klagenemnda finner at Vestvågøy kommune ikke brøt regelverket om offentlige anskaffelser ved å avvise å legge vekt på vask av bilene ved valg av tilbud. På samme måte finner klagenemnda at innklagede ikke har plikt til å trekke verdien av vask fra klagers tilbudspris. Klagenemnda finner derimot at Vestvågøy kommune har brutt forskrift om offentlige anskaffelser § 10-3(2) om begrunnelse av valg av tilbud og at heller ikke den senere begrunnelse som etter klagers anmodning ble gitt 11.3.2003 er tilfredsstillende etter forskriftens § 3-8(4).



Forsiden
Nemndsmedlemmer
Saksbehandling
Regelverk
Innkomne saker
Statistikk
Årsrapporter
Dommer
Søk i avgjorte saker

Avgjorte saker:

[2003](#) [2004](#) [2005](#)

Besøksadresse

H. Heyerdalsgate 1
0033 Oslo

Postadresse

Postboks 8132 Dep
0033 Oslo

Tlf.: 22 33 70 10

Faks: 22 33 70 12

E-post:

postmottak@kofa.no

Avgjorte saker

Klagenemndas avgjørelse 5. mai 2003 i sak 2003/81

Klager: Nirab AS

Pb. 127

7601 Levanger

Innklaget: Statens vegvesen, Bergen distrikt

Pb. 3645

5845 Bergen

Klagenemndas medlemmer: Svein Dahl, Kai Krüger, Inger Roll-Matthiesen.

Saken gjelder: Avvisning av tilbud.

Bakgrunn:

Statens vegvesen, Bergen distrikt (heretter kalt "innklagede") kunngjorde 4.3.2003 i Norsk Lysingsblads elektroniske database ("DOFFIN") anskaffelse av betongrehabiliteringsarbeider på Tofterøybru i Sund kommune. Anskaffelsen ble kunngjort som en åpen anbudskonkurranse, med senere revidert tilbudsfrist 24.4.2003 kl. 12. Det ble i kunngjøringen opplyst at tilbud skulle leveres til Statens vegvesens sitt kontor i Leikanger.

Det ble i konkurransegrunnlaget opplyst at "Tilbud er levert i tide dersom det er kommet frem til innleveringsstedet før tilbudsfristens utløp. Tidligere regel om at det er dokumentert sendt senest dagen før, gjelder ikke". Videre ble det opplyst at "Telefaks eller annen form for automatisk dokumentoverføring aksepteres ikke som tilbud".

Nirab AS (heretter kalt "klager") leverte inn et tilbud med Postens "Bedriftspakke Ekspress – over natten" den 23.4.2003. Klager ble oppmerksom på at tilbudet ikke var kommet frem dagen etter til innklagede, og sendte inn tilbudet også som telefaks den 24.4.2003 kl. 11.56. Det ble vedlagt et brev fra Posten Norge datert 24.4.2003 om at:

"Herved bekrefter vi at sending av anbud til gjeldende mottager av kolli er forsinket/ikke kommet frem til mottager innen tidsfrist 24.04.2003. Feilen skyldes ikke avsender av pakken ,i følge fremsendingstid skulle dette kolliet være fremme i dag torsdag 24.04.2003. Feilen skyldes enten avvik/feil av Posten Norge AS eller handler ved flyplass i Trondheim".

I brev fra innklagede datert 25.4.2003 fikk klager opplyst at tilbudet var avvist, da tilbudet som var sendt i posten ikke var kommet frem. Det er i ettertid opplyst at tilbudet ble mottatt av innklagede 28.4.2003.

Anførsler:

Klagers anførsler:

Klager anfører at intensjonen med at tilbud skal være sendt i lukket konvolutt er at det ikke skal være mulig for andre leverandører å få innsyn i tilbudet før tilbudsfristens utløp. Tilbudet er avgitt i lukket konvolutt, og også oversendt på telefaks innen tilbudsfristens utløp. Telefaksen er sendt så nært opp til tilbudsfristens utløp at det ikke vil være praktisk mulig for andre leverandører å skaffe seg kunnskap om innholdet i tilbudet før tilbudsfristens utløp. Hensynet bak reglene er således ivaretatt.

Klager har også anført at Posten Norge har opplyst at postgangen til Leikanger er svær sen, og at det må påregnes opp til to til tre virkedager før posten kommer frem. Klager anfører at dette burde vært opplyst av innklagede, og at innklagede ved å unnlate dette har medvirket til at tilbudet kom inn for sent.

Innklagedes anførsler:

Innklagede bestrider å ha brutt regelverket for offentlige anskaffelser. Innklagede viser til at regelverket og konkurransegrunnlaget er absolutte, og ikke åpner for rimelighetsbetraktninger som anført av klager.

Klagenemndas vurdering:

Klager har deltatt i konkurransen, og har derfor saklig klageinteresse, jf. forskrift fastsatt ved kgl. res. 15.11.2002 om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Innklagede har tatt utgangspunkt i at anskaffelsen omfattes av forskrift fastsatt ved kgl. res. 15.6.2001 om offentlige anskaffelser del III. Klagenemnda velger å legge dette til grunn.

Det rettslige utgangspunktet er forskriften § 15-5 om at tilbud skal være skriftlig og avgis i lukket og merket forsendelse, enten direkte eller pr. post. Dersom et tilbud ikke er levert i samsvar med formkravene i bestemmelsen, eller er levert for sent, skal tilbudet avvises, jf. forskriften § 8-10 (1).

Forskriften åpner for at tilbud kan oversendes med elektroniske middel, forutsatt at konkurransegrunnlaget åpner for det, jf. forskriften § 15-5 (2). I dette tilfellet ble det imidlertid uttrykkelig presisert at telefaks ikke ville bli akseptert. At telefaksen ble sendt fire minutter før tilbudsfristens utløp kan etter klagenemndas oppfatning da ikke få noen betydning for saken. Vurderingen må knyttes til tilbudet som ble innlevert gjennom Posten, slik det var stilt krav om i konkurransegrunnlaget.

Det er leverandørene selv som må svare for forsinkelser som følge av uforutsette omstendigheter. Når innklagedes konkurransegrunnlag presiserer at tilbudet skal være "kommet frem" før tilbudsfristens utløp, må klager selv bære risikoen for forsinkelser i postgangen. Idet tilbudet først kom frem med Posten den 28.4.2003 må tilbudet således anses levert for sent.

Konklusjon:

Klagenemnda finner etter det anførte ikke at Statens vegvesen har brutt lov om offentlige anskaffelser med forskrifter, ved å avvise tilbudet fra Nirab AS.

For klagenemnda,

Kai Krüger

6.5.2003



Forsiden
Nemndsmedlemmer
Saksbehandling
Regelverk
Innkomne saker
Statistikk
Årsrapporter
Dommer
Søk i avgjorte saker

Avgjorte saker:

[2003](#) [2004](#) [2005](#)

Besøksadresse

H. Heyerdalsgate 1
0033 Oslo

Postadresse

Postboks 8132 Dep
0033 Oslo

Tlf.: 22 33 70 10

Faks: 22 33 70 12

E-post:

postmottak@kofa.no

Avgjorte saker

Klagenemndas avgjørelse 30. april 2003 i sak 2003/17

Klager: AS Planas, Pb. 797, 9488 Harstad

PW Arkitekter AS, Pb. 716, 9487 Harstad

ElektroRådgiverne Harstad AS, Pb. 555, 9485 Harstad

Solhaug AS, Pb. 9486 Harstad

Prosessfullmektig: adv. firm. Nilsen og Fagerholt DA

v/ adv. flm. Øystein Sagen

Pb. 866

9488 Harstad

Innklaget: Troms fylkeskommune

Strandveien 13

9007 Tromsø

Klagenemndas medlemmer: Siri Teigum, Bjørg Ven, Andreas Wahl

Saken gjelder: Veklegging av lokal tilknytning ved valg av tilbud. Negativ kontraktsinteresse.

Bakgrunn:

Troms fylkeskommune (heretter kalt "innklagede") kunngjorde i Norsk lysingsblads elektroniske database (DOFFIN) 26. juli 2002 en åpen

anbudskonkurranse for prosjektering og byggeledelse av nybygg ved Breivang videregående skole. Anskaffelsen var delt i to faser. Første fasen omfattet perioden frem til og med godkjent forprosjekt, den andre frem til og med avsluttede arbeider etter garantibefaringen.

Leverandørene ble i konkurransegrunnlaget invitert til å gi tilbud på begge faser. Det ble imidlertid samtidig opplyst at beslutning om videreføring av prosjektet etter første fase først ville bli tatt etter at forprosjektet med kostnadsoverslag var godkjent.

Konkurransegrunnlaget oppga følgende kriterier for valg av tilbud:

Vurderingskriterier	Vekttall
Kompetanse	40
Faglig kompetanse	
Organisatorisk kompetanse	
Referanser	
Sikkerhet	10
Kvalitetssikring av prosess og løsninger	
Kvalitetssikring av anbuds dokumentasjon	
Kapasitet	20
Ressursanvendelse	
CV'er til ansvarlige saksbehandlere	
Databasert utstyr	
Gjennomføring	20
Leveringsbetingelser	
Prosjektorganisering	
Pris	10
Honorar	
Godtgjørelser	
Andre prisrelaterte betingelser/forhold	

Dersom en eller flere anbydere står likt etter evalueringen vil prosjekteringsgruppe/byggeleder med lokal tilknytning bli foretrukket."

Det kom inn ti tilbud, og alle leverandørene som leverte inn tilbud ble vurdert som kvalifiserte. En prosjekteringsgruppe bestående av AS Planas, PW Arkitekter AS, ElektroRådgiverne Harstad AS og Solhaug AS (heretter kalt "klager"), leverte inn laveste tilbud. Første fase ble i tilbudet priset til kr. 1 969 000,- eks. mva. og andre fase til kr. 3 351 000,- eks. mva. Til sammen var tilbudet på kr. 5 320 000,- eks. mva. for begge faser.

En prosjekteringsgruppe bestående av Statkraft Grøner AS, Contur Arkitektur og design AS, Siv.ing. Øystein Gjerdrum AS og ElektroRådgiverne AMI AS (heretter kalt "Statkraft Grønners gruppe") leverte inn det nest laveste tilbudet. Første fase ble priset til kr. 1 659 000,- eks. mva. og andre fase til kr. 3 959 000,- eks. mva. Til sammen var tilbudet på kr. 5 618 000,- eks. mva. for begge faser.

I den interne evalueringen av tilbudene, datert 1.10.2002, ble det konkludert med at de tre prosjekteringsgruppene som leverte inn de laveste tilbudene hadde "solid og likeverdig kompetanse, kapasitet og databasert utstyr til gjennomføringen av prosjektet". Evalueringen la videre til grunn at klagers tilbud og tilbudet fra Statkraft Grønners gruppe var likeverdige i forhold til kriteriene for valg av tilbud. Statkraft Grønners gruppe hadde imidlertid base i Tromsø, og innklagede anså dette for å "være av relativt stor verdi for prosjektet både i prosjekteringsfasen og gjennomføringsfasen".

Fylkeskommunens administrasjon innstilte etter dette på at kontrakt skulle tildeles Statkraft Grønners gruppe. I en særmerknad fra fylkesbyggesjefen i innstillingen ble det tatt inn følgende:

"Fylkesbyggesjefen vurderer som Dalsbøe at det er beste at prosjekteringsgruppa har tilholdssted i Tromsø. I Statkraft Grøner`s gruppe har tre av de fire deltakerne base i Tromsø mens for gruppa til Planas AS har alle fire deltakerne tilholdssted i Harstad. Fordelen av å ha tilholdssted i Tromsø under selve byggeprosessen anser fylkesbyggesjefen som enda viktigere enn under selv prosjekteringen. Da er det spesielt viktig at de prosjekterende kan stille på kort varsel".

Innklagede besluttet etter dette at kontrakt skulle tildeles Statkraft Grønners gruppe. Deltakerne i konkurransen ble orientert om dette i brev av 25.10.2002, hvor det ble gitt følgende begrunnelse:

"Alle tilbyderne ble vurdert som kvalifisert til å utføre jobben. Prismessig var Planas AS med gruppe konkurransedyktig. Statskraft Grøner`s gruppe ble valgt fordi det totalt sett har større kapasitet og ressurser enn dere etter vår vurdering. Når så de fleste av gruppens deltakere har base i Tromsø ble også dette vektlagt til fordel av Statskraft Grøner`s gruppe."

Klager protesterte på vektleggingen av lokal tilknytning i brev til innklagede 4.11.2003. Innklagede begrunnet etter dette, i brev 18.11.2002, beslutningen som følger:

"Kompetansemessig – vurderte vi gruppen til Statskraft Grøner AS som bedre enn Planas AS. Først og fremst på grunn av den brede kompetansen som Statskraft Grøner`s gruppe totalt innehar. Foruten ARK, RIB og RIE innehar Statskraft Grøner`s gruppe rådgivere innenfor fagområder som f. eks akustikk, lyd, brann, geoteknikk og landskapsarkitektur. Dette er kompetanse som vi anser som viktig og som vil få betydning i forbindelse med gjennomføringen av prosjektet.

Det må også tillegges at vi har forutsett at det skal utredes bruk av naturlig ventilasjon på prosjektet. Vi kunne ikke se av anbudene fra Planas AS og Statkraft Grøner AS at de har vært involvert i prosjekt med naturlig ventilasjon eller utredet bruken. Det ble derfor tatt kontakt med begge grupper pr telefon og anmodet om ytterligere informasjon om temaet. I brev av 18.09.02 bekrefter Planas AS at de har fulgt vår forespørsel og at ønskede ytelser inngå. Dokumentasjon ble ikke vedlagt. Statkraft Grøner AS oversendte utfyllende informasjon og dokumentasjon i brev av 17.09.02.

Sikkerhet – Begge grupper vurdert som tilnærmet likeverdige.

Kapasitet – Begge gruppene har etter vår mening kapasitet til å kunne gjennomføre prosjektet. Bygge- og eiendomsetaten legger imidlertid vekt på at Statkraft Grøner's gruppe har betydelig større kapasitet og ressurser tilgjengelige enn Planas's gruppe jf punktet om kompetanse.

Gjennomføring – Begge gruppene vurdert som tilnærmet likeverdige.

Pris – Planas med gruppe har den laveste prisen for trinn 1 og 2 samlet, differanse kr. 248.000,- Dette er en liten prisdifferanse, under 5% av anbudssummen. Statkraft med gruppe har den laveste prisen for trinn 1, differanse kr. 335.000,- Oppgitte beløp er eksklusive merverdiavgift.

I og med at vi har forutsatt at engasjeringen skal skje i to trinn, kan Troms fylkeskommune ikke utelukke at prosjektet avbrytes når første trinn er avsluttet. Prisen fra Statkraft Grøner er da mest fordelaktig for oss. Motsatt dersom trinn 1 og 2 gjennomføres. Med så små marginer, så vurderer vi dermed gruppene prismessig å stå likt.

Andre pris relaterte betingelser/forhold jf punkt 1.3.2. i utvelgelseskriterier – Som De nevner så har Planas AS medtatt alle møtene som er angitt i anbudsgrunnlaget. Vår erfaring er at det må avholdes en rekke formelle og uformelle møter mellom partene utover de møtene som er angitt i anbudsgrunnlaget. Kostnadene ved å ta hele eller deler av prosjekteringsgruppa fra Harstad til Tromsø for å gjennomføre ikke planlagte møter er betydelig. Dette vil selvsagt innvirke på den totale prosjekteringskostnaden for prosjektet dersom vi skulle ha engasjert Planas AS.

I byggefasen er det etter vår mening en stor fordel at prosjekteringsgruppa har tilholdssted i Tromsø. Det skjer ofte at vi blir varslet av utførende entreprenør/er at det er avdekket uklarheter eller sågar mangler i anbudsgrunnlaget som må avklares omgående for å unngå merkostnader. At de prosjekterende da kan stille opp på kort varsel er selvsagt en stor fordel, i det ventetid som kjent koster penger. ”

Det ble samtidig varslet om at kontrakt ville bli inngått 20.11.2002. Kontrakt ble imidlertid først undertegnet av Statkraft Grønners gruppe 19.12.2002 og av fylkesordføreren den 17.2.2003.

Anførsler:

Klagers anførsler:

Klager anfører at innklagede har brutt regelverket for offentlige anskaffelser ved å legge vekt på kapasiteten, ressursene og kompetansen til Statkraft Grønners gruppe utover det som er nødvendig for å utføre oppdraget (overkapasiteten). Klager viser i den forbindelse til at prosjektet ikke er spesielt komplisert.

Klager anfører også at innklagede har gjort feil ved vurderingen av prosjekteringsgruppens kvalifikasjoner. Det vises til at Solhaug AS er et av 18 firmaer i landet og to i landsdelen som har sentral godkjenning innenfor området PRO/KPR.126.3 Prosjektering av inn klima tiltaksklasse 3. Dette må være tilstrekkelig dokumentasjon for kompetanse innenfor naturlig ventilasjon. Videre anføres det at Contur arkitektur og design AS ikke har lengre erfaring og større ressurser enn PW Arkitekter AS.

Klager anfører videre at innklagede har brutt prinsippet om likebehandling ved å bare avholde avklaringsmøter med prosjekteringsgruppen til Statkraft Grøner. Dersom overkapasitet kan vektlegges, er dette et selvstendig argument for at avklaringsmøter også måtte avholdes også med klager, slik at begge gruppers kapasitetssituasjon kunne nøye presiseres.

Videre anfører klager at det er vektlagt lokal tilknytning i strid med forbudet mot diskriminering på grunn av nasjonalitet og lokal tilhørighet. Klager anfører at innklagede ikke kan bringe inn et ikke-målbart kriterium i utvelgelsen, nemlig et ukjent antall reiser som ikke er beskrevet i konkurransegrunnlaget. Videre anfører klager at det i deres tilbud var regnet med alle kostnader ved reise for å delta i møter, og det tar knappe tre timer å reise fra Harstad til Tromsø. Det er også tilgang på moderne kommunikasjonsteknologi som for eksempel videokonferanse. Vektleggingen av lokal tilknytning er derfor ikke saklig begrunnet.

Innklagedes anførsler:

Innklagede bestrider å ha brutt regelverket for offentlige anskaffelser. Innklagede viser til at det var stilt krav om kompetanse på naturlig ventilasjon i konkurransegrunnlaget. Klager har i brev av 18.9.2002 bekreftet at naturlig ventilasjon inngår i gruppens kompetanse, uten å dokumentere dette.

Innklagede anfører at Statkraft Grønners gruppe har "noe mer" kompetanse, ressurser og kapasitet. Prisene i de to tilbudene var omtrent likeverdige, idet Statkraft Grønners tilbud var lavest dersom innklagede besluttet å ikke gjennomføre fase 2, mens klagers tilbud var rimeligst dersom fase 2 ble gjennomført. Valget av tilbudet fra Statkraft Grønners gruppe var derfor saklig og forsvarlig.

Klagenemndas vurdering:

Klager har deltatt i konkurransen, og har derfor saklig klageinteresse, jf. forskrift 15.11.2002 om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig.

Klagenemnda finner grunn til bemerke at innklagede har valgt å undertegne kontrakten med Statkraft Grønners gruppe ti dager etter oversendelsen av klagen fra klagenemnda. Det ble ikke gitt noe forvarsel om dette til klager eller klagenemnda, til tross for at klagenemnda i samsvar med forskrift 15.11.2002 om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 10 andre ledd skriftlig hadde anmodet innklagede om å opplyse om kontrakt ville bli inngått før klagenemndas uttalelse forelå. Klagenemnda finner innklagedes handlemåte på dette punkt beklagelig.

Evalueringen av de innkomne tilbudene:

Klagenemnda konstaterer at det er sprik mellom den evaluering innklagede gir av tilbudene i brevet til klager datert 18.11.2002 og i tilsvaret til klagenemnda. I innstillingen til vedtak i fylkeskommunen opplyser administrasjonen at begge leverandørene anses å ha solid og likeverdig kompetanse, kapasitet og databasert utstyr. Det opplyses også at tilbudene anses likeverdige ut fra prisingen av de to aktuelle fasene. Dette gjentas uttrykkelig i særmerknad fra fylkesbyggesjefen i innstillingen og i meddelelsen om valg av tilbud. Innklagedes anførsel om at forskjellen på klagers og den valgte leverandørens kompetanse og kapasitet var så vidt vesentlig at den måtte bli avgjørende for valg av tilbud fremstår på denne bakgrunn som ubegrunnet.

Forbudet mot diskriminering av leverandører på nasjonalt eller lokalt grunnlag er et av anskaffelsesreglenes grunnleggende prinsipper, jf. lov om offentlige anskaffelser § 5 og forskrift om offentlige anskaffelser § 3-1. Klagenemnda vil bemerke at vilkåret i innklagedes konkurransegrunnlag om at lokale leverandører vil bli foretrukket dersom "en eller flere anbydere står likt etter evalueringen" klart er lovstridig.

Klagenemnda konstaterer videre at det i innstillingen og i begrunnelsen for valg av tilbud uttrykkelig er uttalt at det er lagt vekt på lokal tilknytning. Det er ikke gitt noen overbevisende forklaring fra innklagede på at dette skal forstås slik at lokal tilknytning kun indirekte er vektlagt, gjennom lavere priser for gjennomføring av uventede møter. Innklagede har således ikke forsøkt å anslå hvor mange møter dette kan dreie seg om, eller forsøkt å vise at kostnadene forbundet med slike uforutsette møter ikke kan anses inkludert i klagers tilbud.

Innklagedes sammenligning av tilbudene ville på denne bakgrunn måtte anses basert på et mangelfullt grunnlag. Klagenemnda finner det på denne bakgrunn sannsynlig at innklagede har lagt vekt på lokal tilknytning som sådan, og at forbudet mot diskriminering på lokalt og nasjonalt grunnlag, jf. forskriften § 3-1 er brutt.

Klagenemnda har således konstatert at klager ved sin tildeling av kontrakt har brutt anskaffelsesreglenes grunnleggende forbud mot diskriminering mellom leverandørene på grunnlag av lokal tilhørighet. Videre konstaterer klagenemnda at innklagedes opptreden under saksbehandlingen for klagenemnda har utelukket klagers mulighet til å få stanset kontraktstildelingen ved midlertidig forføyning. Klagenemnda har imidlertid ikke tilstrekkelig grunnlag til å ta stilling om denne opptredenen er erstatningsbetingende.

Konklusjon:

Troms fylkeskommune har brutt lov om offentlige anskaffelser § 5 og forskrift om offentlige anskaffelser § 3-1 ved å legge vekt på lokal tilknytning ved valg av tilbud for prosjektering og byggeledelse av nybygg ved Breivang videregående skole.

For klagenemnda,

Björg Ven

2.5.2003



Forsiden
Nemndsmedlemmer
Saksbehandling
Regelverk
Innkomne saker
Statistikk
Årsrapporter
Dommer
Søk i avgjorte saker

Avgjorte saker:
[2003](#) [2004](#) [2005](#)

Besøksadresse
H. Heyerdalsgate 1
0033 Oslo

Postadresse
Postboks 8132 Dep
0033 Oslo

Tlf.: 22 33 70 10

Faks: 22 33 70 12

E-post:

postmottak@kofa.no

Avgjorte saker

Klagenemndas avgjørelse 30. april 2003 i sak 2003/30

Klager: Lek & Trivsel AS

Dika AS

Lek & Sikkerhet AS

Innklaget: Kommunene Asker, Bærum, Hurum, Lier, Nedre Eiker, Røyken og Øvre Eiker

Klagenemndas medlemmer: Siri Teigum, Bjørg Ven, Andreas Wahl.

Saken gjelder: Parallele rammeavtaler.

Bakgrunn:

Nedre Eiker kommune kunngjorde 8.7.2002 en åpen anbudskonkurranse i Norsk Lysingsblads elektroniske database (DOFFIN). Konkurransen gjaldt rammeavtale for kjøp av utelekeapparater for kommunene Asker, Bærum, Hurum, Lier, Nedre Eiker, Røyken og Øvre Eiker (heretter kalt "innklagede"), med opsjon for kommunene Kongsberg, Ringerike og Svelvik til å tiltre avtalen i etterkant.

Nærmere om forutsetningene for anskaffelsen:

Av konkurransegrunnlaget fremgikk det at det ville bli inngått en rammeavtale for to år, med ensidig opsjon for oppdragsgiver på forlengelse i ytterligere "1+1+1 år". Årlig omsetning under rammeavtalen var anslått til kr. 4 100 000,- eks. mva.

Av konkurransegrunnlaget fremgikk også:

"En rammeavtale er i hovedsak ment å skulle dekke kommunenes behov for løpende drift og vedlikehold i avtaleperioden. Ved større arbeider/prosjekt forbeholder Oppdragsgiver seg retten til å innhente egne anbud. Dette gjelder også ved suppleringer til eksisterende anlegg.

...

Oppdragsgiver forbeholder seg retten til å dele leveransen/rammeavtalen mellom flere leverandører (jfr pkt 13). Dersom anbyder inngir priser som er avhengig av tildeling på hele forespørselen må dette stilles opp på en slik måte at det klart fremkommer hvilke priser som vil gjelde dersom Oppdragsgiver velger å dele avtalen.

...

Vi gjør oppmerksom på at kommunene ikke forplikter seg til noe bestemt volum. Det understrekes at de oppgitte tall kun er estimater fra statistikk og opplysninger hentet fra regnskapene. Endringer i budsjett og rutiner kan påvirke totalvolumene."

Det ble videre opplyst at det ved valg av tilbud ville bli lagt vekt på:

"Produktkvalitet/ garantier – Service/ettersyn – Sortimentsbredde – Leveringstid og – forpliktelser – Miljøprofil – Pris og betingelser (se prisskjema vedlegg A) – Referanser (innhenting av)".

...

Det ønskes oppgitt hvilke %-rabatt(er) som innrømmes på den til enhver tid gjeldende veil. prisliste. Basert på disse rabattene skal eksemplene i vedlegg A nettoprises (dvs som veil.pris fratrukket tilbudt rabatt). Eksemplene er hentet fra flere ulike leverandører, og er ment å representere et ikke-diskriminerende utsnitt av de vanligste variantene på markedet innen de ulike aldersgrupper. Vi ber den enkelte anbyder prissette sin nærmeste tilsvarende utgave av forespurt variant. Under kommentarkolonnen eller på eget ark ber vi om at det blir opplyst om eventuelle "avvik" fra forespurt eksempel. Sammen med besvarelsen skal følge katalog og veil.prisliste."

Det ble i konkurransegrunnlaget også vedlagt et sett med generelle innkjøpsvilkår, hvor det i punkt 3 fremgikk:

"De avtalte prisene er som hovedregel faste, og gjelder for 1 år fra avtaletidspunktet. Prisene skal oppgis eks. mva...Prisendringer skal begrunnes skriftlig med minst 2 måneder før ikrafttredelse, og kan ikke settes i kraft før oppdragsgiver har godkjent prisendringen. Forslag om prisendringer vil være gjenstand for forhandlinger".

Gjennomføringen av anskaffelsen:

Det kom inn ni tilbud fra ulike leverandører. Etter en gjennomgang av tilbudene besluttet innklagede å inngå fire rammeavtaler med fire av leverandørene. Rammeavtalene dekker samme produktgrupper og samme tidsperiode. Det ble ikke opplyst noe om hvordan bestillingene i henhold til rammeavtalen skal fordeles.

I anskaffelsesprotokollen er valg av tilbud begrunnet nærmere:

"Med bakgrunn i ovennevnte vedlegg/sammenstillinger har vurderingen i hovedvekt blitt lagt på kvalitet (herunder soliditet og lekeverdi) og sortimentsbredde. Det har blitt brukt mye tid på gjennomgang av de ulike anbyders produktkataloger. Erfaringen viste at en prissammenligning var vanskelig (vedlegg B). De oppgitte produkter var ikke sammenlignbare i særlig grad (ulike produkter, ulik lekeverdi, ulike materialvalg etc.). Pris har derfor blitt tillagt mindre vekt i totalvurderingen. Brukergruppen har derfor vurdert kombinasjonen Nifo Lappset, Claussen & Heyerdal, Kompan og Søve til å være den økonomisk mest fordelaktige løsningen. Øvrige anbydere har de primært falt ut pga at de har blitt vurdert som ikke fullt så gode på kvalitet (herunder soliditet og lekeverdi) og sortimentsbredde som kombinasjonen Nifo Lappset, Claussen & Heyerdal, Kompan og Søve... Brukergruppen innstiller på at det inngås rammeavtaler ... med følgende anbydere: Nifo Lappset, Claussen & Heyerdal, Kompan og Søve".

Partenes anførsler:

Klagers anførsler:

Lek & Trivsel AS, Dika AS og Lek & Sikkerhet AS (heretter kalt "klager") leverte inn tilbud, men var ikke blant de som ble tildelt noen rammeavtale. Klager anfører at innklagede har brutt regelverket for offentlige anskaffelser ved å inngå de aktuelle rammeavtalene. Klager begrunner dette med at rammeavtalene ikke kan anses for "gjensidig bebyrdende avtaler", og derfor ikke omfattes av forskrift om offentlige anskaffelser. Inngåelsen av rammeavtalene kan derfor ikke ha noen frigjørende virkning i forhold til plikten til å følge forskriftens prosedyre ved hver enkelt bestilling under rammeavtalene.

Klager anfører også at det ikke er mulig å vurdere "det økonomisk mest fordelaktige tilbud" ved den aktuelle rammeavtalen, og viser til at leverandørene har ulike produkter, materialvalg mv.

Subsidiært anføres at rammeavtalens lengde på fem år er i strid med regelverket for offentlige anskaffelser, idet lengden ikke kan begrunnes i forretningsmessige hensyn. Ut fra at det er tale om veiledende priser kan ikke avtalens lengde overstige ett år.

Innklagedes anførsler:

Innklagede bestrider å ha brutt regelverket for offentlige anskaffelser. Innklagede anfører at rammeavtalene er "gjensidig bebyrdende avtaler" i henhold til forskrift om offentlige anskaffelser. Innklagede anfører i den forbindelse at det foreligger en kjøpsplikt for kommunene i henhold til kommunenes interne reglementer, og at avtalene inneholder alle nødvendige og bindende betingelser.

Det kan ikke stilles noe krav om at det bare kan utpekes én vinner av konkurransen, og dermed bare inngås én rammeavtale. Dette ville medføre monopoldannelser. Det kan heller ikke oppstilles noe krav om at det ved parallelle rammeavtaler skal fremgå en bindende fordeling av bestillingene under rammeavtalene, idet dette vil medføre betydelige praktiske problemer å få til.

Når det gjelder vurderingen av hvilket tilbud som er det økonomisk mest fordelaktige, så må det være opp til oppdragsgiver å vurdere dette ut fra en skjønnsmessig vurdering. I dette tilfellet ble vurderingen foretatt av en brukergruppe med inngående kunnskap om brukernes behov, og vurderingen må anses for å være i samsvar med regelverket.

Avtaleperiodens lengde er i samsvar med praksis i offentlig sektor, og også i

samsvar med regelverket for offentlige anskaffelser.

Klagenemndas vurdering:

Klager har deltatt i den aktuelle konkurransen og har saklig klageinteresse. Klagen er rettidig, jf. forskrift fastsatt ved kgl. res. 15.11.2002 nr. 1288 om klagenemnda for offentlige anskaffelser § 6.

Det rettslige utgangspunktet er at "anskaffelser av varer" omfattes av lov 16. juli 1999 nr. 69 om offentlige anskaffelser, jf. loven § 3. Dette innebærer blant annet at oppdragsgiver skal ivareta hensynet til forutberegnelighet, gjennomsiktighet og etterprøvnbarhet i anskaffelsesprosessen, jf. loven § 5. Anskaffelsen skal i tillegg gjennomføres i henhold til reglene i forskrift fastsatt ved kgl. res. 15.06.2001 om offentlige anskaffelser dersom det skal inngås en "gjensidig bebyrdende kontrakt", jf. forskriften §§ 1-3 og 1-4 bokstav a) og de øvrige vilkårene for forskriftens anvendelse er oppfylt

Verken klager eller innklagede har reist spørsmål om oppdragsgivere har adgang til å slutte seg til en inngått rammeavtale etter at konkurransen er gjennomført. Klagenemnda vil derfor ikke komme nærmere inn på dette spørsmålet.

Klagenemnda finner grunn til å peke på at det er knyttet usikkerhet til om samme oppdragsgiver kan inngå flere parallelle rammeavtaler for samme produkter i samme periode. Dette gjelder både i norsk rett og i EF-retten.

I de foreliggende rammeavtalene er det ikke fastsatt noen fordelingsnøkkel eller mekanisme for fordeling av bestillingene mellom leverandørene. Ordningen bærer derfor preg av å være en "uferdig" konkurranse, der det i realiteten ikke er tatt en endelig beslutning om hvilket tilbud som er det beste basert på tildelingskriteriene. Uten at oppdragsgiver har tatt stilling til hvem som skal få leveransen, evt hvordan leveransene skal fordeles mellom de valgte anbydere, kan klagenemnda i det foreliggende tilfellet ikke se at de grunnleggende kravene til gjennomsiktighet og etterprøvnbarhet i loven § 5 er oppfylt. Rammeavtalene oppfylder derfor ikke grunnleggende krav i regelverket, uavhengig av om det er tale om gjensidig bebyrdende avtaler eller ikke. De foreliggende rammeavtalene kan da etter klagenemndas mening heller ikke fritta innklagede fra å følge forskrift om offentlige anskaffelser ved senere kjøp av utelekeapparater fra de leverandører det er inngått rammeavtale med.

Klagenemnda finner det etter dette ikke nødvendig å komme nærmere inn på spørsmålet om rammeavtalene kan anses for gjensidig bebyrdende avtaler. Klagenemnda finner det heller ikke nødvendig å ta stilling til de øvrige anførsler fra klager.

Konklusjon:

Klagenemnda finner at rammeavtalene inngått av kommunene Asker, Bærum, Hurum, Lier, Nedre Eiker, Røyken og Øvre Eiker ikke fritar fra å følge forskrift om offentlige anskaffelser ved bestillinger av utelekeapparater.

For klagenemnda,
8.5.2003

Andreas Wahl,



Forsiden
Nemndsmedlemmer
Saksbehandling
Regelverk
Innkømne saker
Statistikk
Årsrapporter
Dommer
Søk i avgjorte saker

Avgjorte saker:
[2003](#) [2004](#) [2005](#)

Besøksadresse
H. Heyerdalsgate 1
0033 Oslo

Postadresse
Postboks 8132 Dep
0033 Oslo

Tlf.: 22 33 70 10

Faks: 22 33 70 12

E-post:
postmottak@kofa.no

Avgjorte saker

Klagenemndas avgjørelse 30. april 2003 i sak 2003/59

Klager: Norges Praktiserende Arkitekter

Josefinesgt. 34

0351 Oslo

og

Norske Arkitekters Landsforbund

Innklaget: Bodø kommune

v/Bolig- og eiendomsetaten

Postboks 543

8001 Bodø

Klagenemndas medlemmer: Siri Teigum, Bjørg Ven, Andreas Wahl.

Saken gjelder:

Krav til god anbudsskikk, begrunnelse for valg av tilbud og tildelingskriterier.

Bakgrunn:

Bodø kommune (heretter kalt "innklagede") kunngjorde 6.1.2003 en åpen anbudskonkurranse vedrørende planleggingen av en ny skole i Bodøsjøen i Bodø kommune. Planleggingen omfattet blant annet prosjekteringsledelse, samt arkitekt- og rådgivertjenester. I følge konkurransegrunnlaget ville tildeling av kontrakt skje på grunnlag av det økonomisk mest fordelaktige tilbudet. Kriteriene for valg av tilbud var angitt i ikke-prioritert rekkefølge, og var formulert på følgende måte:

"1. Tilbudets utforming/komplett tilbud

2. Honorar/timepriser/utgifter

3. Forbehold

4. Evt underkonsulenter (dersom ikke kompetanse i eget firma)

5. Kapasitet

6. Kompetanse/referanse firma

7. Kompetanse/referanse tilbudt personell

8. Økonomisk soliditet"

Innklagede engasjerte ProsjektPartner Bodø AS til å bistå med den praktiske gjennomføringen av anbudskonkurransen. ProsjektPartner Bodø AS skulle blant annet motta tilbudene, sammenstille faktaopplysninger og innklagedes vurderinger i matriser, samt sende ut brev til leverandørene.

Innklagede fikk inn seks tilbud. I ett av tilbudene deltok ProsjektPartner Bodø AS som et av medlemmene i prosjekteringsgruppen. Den 5.3.2003 sendte innklagede en tilbudsinnstilling til leverandørene. Det fremgikk at innklagede ville inngå kontrakt med Naustvoll og Aursand Arkitekter AS. Denne prosjekteringsgruppen var en annen enn den ProsjektPartner Bodø AS deltok i. I tilbudsinnstillingen var valget av tilbud ikke begrunnet, og det var heller ikke angitt noen frist for å klage over beslutningen. I et senere brev, datert 19.3.2003, opplyste innklagede at: "Tilbudene er evaluert i henhold til krav til dokumentasjon og tilbudskriterier oppgitt i tilbudsforespørselen" og at "Eventuelle innsigelser mot dette må være levert innen 02.04.03".

Anførsler:

Klagers anførsler:

Norges Praktiserende Arkitekter og Norske Arkitekters Landsforbund (heretter kalt "klager") anfører for det første at innklagede har brutt habilitetsreglene i forskrift om offentlige anskaffelser § 3-4, jfr. forvaltningsloven § 6 annet ledd og § 10. Klager viser her til at innklagede engasjerte ProsjektPartner Bodø AS til den praktiske gjennomføringen av anbudskonkurransen, samtidig som ProsjektPartner Bodø AS deltok i en av prosjektgruppene som innga tilbud i konkurransen. For det andre anfører klager at innklagedes begrunnelse for valg av tilbud ikke tilfredsstilte lovens krav, og at innklagede ikke har gitt leverandørene tilstrekkelig frist til å klage over beslutningen. For det tredje anfører klager at innklagede har benyttet ulovlige tildelingskriterier.

Innklagedes anførsler:

Innklagede bestrider å ha brutt lov om offentlige anskaffelser med forskrifter. Innklagede anfører at anbudskonkurransen ikke er avholdt i strid med habilitetsreglene, og viser her til at det var kommunens tjenestemann som ledet evalueringen og bestemte karakterer for utvelgelseskriteriene. Videre anfører innklagede å ha gitt tilstrekkelig klagefrist og begrunnelse for valg av tilbud.

Klagenemndas vurdering:

Norges Praktiserende Arkitekter og Norske Arkitekters Landsforbund er bransjeorganisasjoner for arkitekter. Klagenemnda har fått opplyst at minst en av deltakerne i konkurransen er medlem i en av organisasjonene, og klagenemnda finner at klager har klageinteresse, jf. forskrift 15.11.2002 om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig.

Brudd på habilitetsreglene:

Forskrift om offentlige anskaffelser § 3-4 gir habilitetsreglene i forvaltningsloven § 6 til § 10 direkte anvendelse ved offentlige anskaffelser. Habilitetsreglene gjelder ikke bare offentlige tjenestemenn som direkte treffer eller tilrettelegger grunnlaget for en avgjørelse. Reglene gjelder også for andre "som utfører tjeneste eller arbeid for et forvaltningsorgan", jfr. forvaltningsloven § 10. Det å tilrettelegge grunnlaget for en avgjørelse innbefatter i utgangspunktet ikke arbeid av mer kontorteknisk art, så som mottak av tilbud og sammenstilling av disse. Klagenemnda finner det derfor tvilsomt om den type arbeid ProsjektPartner Bodø AS ble tildelt, faller inn under habilitetsreglenes anvendelsesområde.

Det må imidlertid reises spørsmål ved om innklagede brøt kravet om god anbudsskikk, jf. forskrift om offentlige anskaffelser § 3-1(2). Bakgrunnen for dette er den situasjon som oppstod ved at en av deltakerne i konkurransen både skulle være mottaker av tilbudene og senere skulle sammenstille disse.

ProsjektPartner Bodø AS ble her satt i en posisjon som lett kunne misbrukes, og at det kan oppstå tvil med hensyn til om konkurransen har foregått på like vilkår. Videre ga denne posisjonen ProsjektPartner Bodø AS muligheten til å gjøre seg kjent med sensitive opplysninger og forretningshemmeligheter i samtlige tilbud. Dette kan potensielt forhindre leverandører fra å levere inn tilbud, hvilket vil hemme konkurransen. Klagenemnda har etter dette kommet til at innklagede har brutt kravet til god anbudsskikk, jfr. forskrift om offentlige anskaffelser § 3-1 (2).

Begrunnelse for valg av tilbud og klagefrist:

Forskrift om offentlige anskaffelser § 10-3(2) pålegger oppdragsgiver å begrunne valg av tilbud og å gi en frist for å klage over beslutningen. Formålet med disse reglene er å gi leverandørene en reell mulighet til å etterprøve og å påklage oppdragsgivers beslutning før kontrakt inngås.

Innklagedes tilbudsinnstilling inneholdt ingen begrunnelse, og heller ingen klagefrist. Klagenemnda finner at det avgjørende er en vurdering av innklagedes brev av 19.3.2003. Klagenemnda kan ikke se at den begrunnelsen som fremkommer der, tilfredsstilte lovens krav, og legger derfor til grunn at innklagede har brutt plikten til å begrunne valg av tilbud i § 10-3(2). Brevet inneholder en klagefrist på to uker. Klagenemnda finner imidlertid ikke grunn til å kommentere lovligheten av klagefristens lengde, så lenge begrunnelsen innholdsmessig ikke er i samsvar med forskriftens krav.

Tildelingskriterier:

Det rettslige utgangspunktet er at oppdragsgiveren har et visst skjønns med hensyn til hvilke kriterier som skal legges til grunn for å identifisere det økonomisk mest fordelaktige tilbudet. Tildelingskriteriene skal imidlertid være knyttet til kontraktens gjenstand, og kan heller ikke være så vage at de i realiteten gir oppdragsgiveren et ubetinget fritt valg, jfr. EF-domstolens sak i C-513/99 (Concordia Bus Finland). I tillegg må kriteriet være relevant for tilbudets verdi, jfr. klagenemndas uttalelse i sak 2003/3.

Klagenemnda finner at en rekke av innklagedes kriterier for valg av tilbud mangler den nødvendige tilknytningen til kontraktens gjenstand, og heller ikke relaterer seg til tilbudets verdi. Dette gjelder kriteriene "1. Tilbudets utforming/komplett tilbud", "4. Evt underkonsulenter (dersom ikke kompetanse i eget firma)", "5. Kapasitet",^[1] "6. Kompetanse/referanse firma" og "8. Økonomisk soliditet". Kriteriene 1. og 4. er for øvrig så vidt vage at klagenemnda har problemer med å se hva som reelt sett ligger i disse. Kriteriene åpner for så mange tolkninger at de må anses i strid med regelverket.

Innklagede har videre benyttet kriteriet "3. Forbehold". Forbehold kan begrunne en avvisning av tilbudet, men som tildelingskriterium finner klagenemnda at kriteriet ikke har den nødvendige tilknytningen til kontraktsgjenstanden.

Kriteriet "7. *Kompetanse/referanse tilbudt personell*" knytter seg i utgangspunktet til egenskaper ved leverandøren. I foreliggende sak omfatter imidlertid kontraktsgjenstanden både arkitekttjenester og rådgivende tjenester, og elementet av innsatsforpliktelse er således betydelig. Av denne grunn legger klagenemnda til grunn at kriteriet knytter seg til kontraktens gjenstand, og derfor er lovlig. Innklagedes kriterium "2. *Honorar/timeprisers/utgifter*" er et lovlig kriterium, jf. forskrift om offentlige anskaffelser § 10-2 (2) tredje punktum.

Konklusjon:

Bodø kommune har brutt plikten til å opptre i samsvar med god anbudsskikk, jf. lov om offentlige anskaffelser § 5, ved å la en av deltakerne i en anbudskonkurranse vedrørende planleggingen av en ny skole i Bodøsjøen i Bodø kommune ta imot tilbudene og sammenstille disse på vegne av kommunen.

Bodø kommune har brutt plikten til å gi begrunnelse for valg av tilbud med klagefrist før kontrakt inngås, jf. forskrift om offentlige anskaffelser § 10-3.

Bodø kommune har brutt forskrift om offentlige anskaffelser § 10-2 ved å benytte "Tilbudets utforming/komplett tilbud", "Evt underkonsulenter (dersom ikke kompetanse i eget firma)", "Kapasitet", "Kompetanse/referanse firma", "Økonomisk soliditet", og "Forbehold" som kriterier for valg av tilbud.

For klagenemnda,

Siri Teigum

2.5.2003



Forsiden
Nemndsmedlemmer
Saksbehandling
Regelverk
Innkomne saker
Statistikk
Årsrapporter
Dommer
Søk i avgjorte saker
Avgjorte saker:
[2003](#) [2004](#) [2005](#)

Besøksadresse
H. Heyerdalsgate 1
0033 Oslo

Postadresse
Postboks 8132 Dep
0033 Oslo

Tlf.: 22 33 70 10

Faks: 22 33 70 12

E-post:
postmottak@kofa.no

Avgjorte saker

Klagenemndas avgjørelse 7. april 2003 i sak 2003/20

Klager: Stenab AS

Kurödsvegen 10

451 55 Udevalla

Sverige

Prosessfullmektig: Adv. firm. PricewaterhouseCoopers DA

v/ adv. Sigurd Knudtzon

0245 Oslo

Innklaget: Oslo kommune

v/Undervisningsbygg KF

Pb. 6473 Etterstad

0605 Oslo

Klagenemndas medlemmer: Inger Marie Dons Jensen, Bjørg Ven, Andreas Wahl.

Saken gjelder:

Avvisning av tilbud som følge av uklarheter.

Bakgrunn:

Oslo kommune, v/Undervisningsbygg KF (heretter kalt "innklagede") skal ombygge og rehabilitere Linderud skole. Arbeidene ble kunngjort som en åpen anbudskonkurranse 26.6.2002 i Norsk lysingsblads elektroniske database (DOFFIN).

I konkurransegrunnlaget fremgikk det at innklagede også ville innhente tilbud fra ventilasjonsentreprenør, rørlegger, elektroentreprenør, heisentreprenør og automatikkleverandør. Det ble anslått at verdien av underentreprisene var ca. kr. 26 mill. Det ble videre opplyst at

"Valgte tekniske entreprenører vil bli tiltransportert bygningsentreprenør som

underentreprise. Bygningsentreprenør vil være hovedentreprenør. Kfr. Vedlagte tiltransportekklæring. Bygningsentreprenør er samordner iht. PBL. Bygningsentreprenør er HMS-koordinator i utførelsesfasen. Arkitekt er HMS-koordinator i prosjekteringsfasen”.

Det fremgikk at det økonomisk mest fordelaktige tilbudet ville bli valgt, basert på ”Pris, herunder forbehold og reserverasjoner i tilbudet”. Tilbudsfrist var 27.8.2002.

Innklagede mottok fire tilbud. Klager leverte tilbud på alle tre faser, og var nest lavest i pris med kr. 44 007 776,- eks. mva.. Byggholt leverte laveste tilbud med kr. 40 828 295,- eks. mva. Byggholts tilbud tok forbehold knyttet til ”at de tiltransporterte underentreprenørene har tilstrekkelig kapasitet”, ”dagmulkt på utbedring av feil og mangler” og ”ferdigstillelse av væravhengige utvendige arbeider”.

Innklagede avholdt avklaringsmøte med Byggholt 9.9.2002. I møtet ble det avdekket at Byggholt anså vederlaget for tiltransport av entreprisene for ikke å være inkludert i prisen, og Byggholt beregnet at dette i så fall måtte medføre et pristillegg på 15 %. Innklagede forela spørsmålet for Norges Byggstandardiseringsråd, som i brev 29.10.2002 ga uttrykk for at posten burde anses inkludert i Byggholts tilbud.

I mellomtiden ble klager innkalt til et avklaringsmøte 8.10.2002, som senere ble avlyst. Videre opplyste innklagedes representant, Arkitektkontoret Sæther og Gythfeldt AS, i brev av 16.10 2002 at leverandør ennå ikke var valgt, og leverandørene ble bedt om å vedstå seg sine tilbud i ytterligere fire uker.

Byggholt orienterte i brev av 24.10.2002 innklagede om at kontrakt ikke ville bli inngått før det var enighet om punktene tiltransport og rigg og drift. Innklagede avholdt på denne bakgrunn et avklaringsmøte med klager 31.10.2002, og det ble avtalt kontraktsmøte 6.11.2002. Samtidig sendte innklagede varsel til Byggholt om erstatningsansvar dersom kontrakten ikke ble undertegnet. I telefaks fra Byggholts advokat 5.11.2002 ble det opplyst at Byggholt ville undertegne kontrakten, men det ble samtidig tatt forbehold om at tilleggskravet ikke var frafalt, og at dette ville bli reist senere. Innklagede avlyste samme dag kontraktsmøtet med klager. Innklagede mottok undertegnet kontrakt fra Byggholt 14.11.2002. Klager ble orientert om kontraktsinngåelsen i brev av 19.11.2002.

Partenes anførsler:

Klagers anførsler:

Klager anfører at tilbudet fra Byggholt skulle vært avvist umiddelbart fordi innklagede og Byggholt er uenige om hvordan konkurransegrunnlaget (og dermed tilbudet) skal forstås. Basert på hva Byggholt har ment med sitt tilbud, inneholder tilbudet et avvik fra konkurransegrunnlaget som må medføre avvisning. Selv om Byggholts tilbud skulle vise seg å være lavest i pris, selv med et pristillegg for tiltransport av kontraktene, kan dette ikke hindre avvisning av tilbudet. Dersom man ser bort fra Byggholts tilbud, var klagers tilbud det økonomisk mest fordelaktige, og klager skulle derfor vært tildelt kontrakten. Klager anfører videre at vilkårene for å kreve erstatning er oppfylt.

Innklagedes anførsler:

Innklagede bestrider at det i regelverket er noen plikt til umiddelbar avvisning. Uansett er det ikke grunnlag for å avvise Byggholts tilbud, idet Byggholts tilbud må anses for å være klart. At Byggholt i ettertid krever en merbetaling, kan ikke i seg selv medføre at tilbudet må avvises.

Klagenemndas vurdering:

Klager har deltatt i konkurransen og har saklig klageinteresse, jf. forskrift 15.11.2002 om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig.

Klagen gjelder en bygge- og anleggskontrakt, og kontrakten overstiger terskelverdiene i forskrift 15. juni 2001 om offentlige anskaffelser § 2-2 (1). Det er således forskriften del II som kommer til anvendelse.

Utgangspunktet for klagenemnda er at Byggholts tilbud etter sin ordlyd ikke inneholder noe anført avvik fra konkurransegrunnlaget. Uenigheten mellom innklagede og Byggholt synes å bunne i ulikt syn på hvordan konkurransegrunnlaget må forstås, og dermed indirekte på innholdet i tilbudet fra Byggholt. Klagenemnda kan ikke se at det er grunnlag for å underkjenne den tolkning av konkurransegrunnlaget innklagede har lagt til grunn, en tolkning som klager for så vidt er enig i. Det er da heller ikke grunnlag for å underkjenne innklagedes vurdering av innholdet i tilbudet fra Byggholt. Klagenemnda kan derfor ikke se at det forelå noen plikt for innklagede til umiddelbart å avvise tilbudet.

Dersom uklarheter ved et tilbud kan medføre tvil om hvordan tilbudet skal vurderes i forhold til de øvrige tilbudene i en anbudskonkurranse, skal tilbudet avvises, jf. forskrift om offentlige anskaffelser § 8-10 (1) bokstav c). Uklarheten må imidlertid i utgangspunktet referere seg til tilbudet, slik dette må forstås på innleveringstidspunktet. Dersom en leverandør anfører en uriktig forståelse av tilbudets innhold, vil ikke dette i seg selv medføre at tilbudet blir uklart. Klagenemnda kan derfor ikke se at innklagede pliktet å avvise tilbudet fra Byggholt alene fordi Byggholt i avklaringsmøtet anførte en annen forståelse av tilbudets innhold enn den innklagede har lagt til grunn.

Klagenemnda kan heller ikke se at Byggholts forbehold om å komme tilbake til tilleggskravet i etterkant, er et forbehold som må medføre avvisning av tilbudet etter forskrift om offentlige anskaffelser § 8-10 (1) bokstav d).

Konklusjon:

Oslo kommune, v/Undervisningsbygg KF har ikke brutt forskrift om offentlige anskaffelser § 8-10 (1) bokstav d) ved ikke å avvise tilbudet fra Byggholt.

For klagenemnda,
7.4.2003

Bjørg Ven

Oslo,



Forsiden
Nemndsmedlemmer
Saksbehandling
Regelverk
Innkomne saker
Statistikk
Årsrapporter
Dommer
Søk i avgjorte saker

Avgjorte saker:
[2003](#) [2004](#) [2005](#)

Besøksadresse
H. Heyerdalsgate 1
0033 Oslo

Postadresse
Postboks 8132 Dep
0033 Oslo

Tlf.: 22 33 70 10

Faks: 22 33 70 12

E-post:

postmottak@kofa.no

Avgjorte saker

Klagenemndas avgjørelse 7. april 2003 i sak 2003/42

Klager: Maskinentreprenørenes forbund

Fred Olsens gate 3

0152 Oslo

Innklaget: Aetat Sør-Trøndelag v/AetatTrondheim Øst

Lade Allé 65 b

7004 Trondheim

Klagenemndas medlemmer: Inger Marie Dons Jensen, Bjørg Ven, Andreas Wahl.

Saken gjelder:

Rett til deltakelse i konkurranse. Plikt til å levere ut konkurransegrunnlag. Begrensning av antallet deltakere i en konkurranse med forhandling.

Bakgrunn:

Aetat Trondheim Øst (heretter kalt "innklagede") kunngjorde anskaffelse av arbeidsmarkedskurs (anleggsmaskinførerkurs) i Norsk Lysingsblads elektroniske database (DOFFIN). Anskaffelsen ble kunngjort som en konkurranse med forhandling etter forskrift om offentlige anskaffelser del III. Frist for forespørsler om å delta i konkurransen var 14.3.2003 og tilbudsfrist var 31.3.2003. Det ble opplyst at tildelingskriteriene var oppgitt i konkurransegrunnlaget, og at dokumentasjon kunne fås ved henvendelse til oppdragsgiver. Videre ble det opplyst at mellom en og fire leverandører ville bli invitert til å forhandle.

Maskinentreprenørenes forbund (heretter kalt "klager") ønsket å delta i konkurransen, og kontaktet innklagede for å få utlevert konkurransegrunnlaget. Innklagede opplyste imidlertid at det allerede var fire interesserte leverandører, og at klager av den grunn ikke ville få konkurransegrunnlaget utlevert. I brev datert 10.3.2003 viser innklagede til at det ved begrenset anbudskonkurranse er adgang til å fastsette en øvre og nedre grense for antall leverandører som skal inviteres til å delta.

Anførsler:

Klagers anførsler:

Klager anfører at innklagede har brutt lov om offentlige anskaffelser med

forskrifter ved ikke klart å presisere om det er valgt begrenset anbudskonkurranse eller konkurranse med forhandling. Det anføres også at innklagede ikke har anledning til å nekte å ta imot en forespørsel om å delta i konkurransen. Videre anføres at det ikke er anledning til å begrense antallet deltakere før det er avklart hvem som tilfredsstiller kvalifikasjonskravene.

Innklagedes anførsler:

Innklagede har ikke kommet med anførsler overfor klagenemnda, men kun oversendt etterspurte dokumenter. Klagenemnda antar imidlertid at innklagede har ment å anføre, i tråd med brevet av 10.3.2003, at det var adgang til å fastsette en øvre og nedre grense for antall leverandører som skulle inviteres til å delta i konkurransen, og at avvisningen av klager var i tråd med dette.

Klagenemndas vurdering:

Klager har ønsket å delta i den aktuelle konkurransen, og har derfor saklig klageinteresse, jf. forskrift 15.11.2002 om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig.

Klagenemnda konstaterer at det i overskriften i kunngjøringen klart fremgår at det er tale om en konkurranse med forhandling. Valg av prosedyre anses derfor tilstrekkelig klargjort.

Det følger av forskrift 15. juni 2001 om offentlige anskaffelser § 16-3 (1) at oppdragsgiver skal velge ut hvem som skal inviteres til å forhandle "blant leverandører som tilfredsstiller kravene for deltakelse i konkurransen". Videre følger det av § 16-3 (2) at "Utvelgelsen skal skje på grunnlag av den foreliggende informasjon om leverandørens stilling og tekniske, økonomiske og finansielle kapasitet, jf. § 12-5 (kvalifikasjonskrav)".

Før oppdragsgiver kan velge ut hvem som skal inviteres til å levere inn tilbud eller forhandle, skal følgelig leverandørene ha levert inn dokumentasjon på sine kvalifikasjoner, og oppdragsgiver skal ha vurdert om kvalifikasjonskravene er oppfylt. Innklagede hadde etter dette ikke anledning til å nekte klager adgang til konkurransegrunnlaget før dette tidspunktet. Å nekte å utlevere konkurransegrunnlaget fordi fire leverandører allerede hadde vist interesse for å delta i konkurransen, er derfor i strid med forskriften § 16-3.

Konklusjon:

Aetat Sør-Trøndelag v/Aetat Trondheim Øst har brutt forskrift om offentlige anskaffelser § 16-3 ved å nekte å utlevere konkurransegrunnlaget for anskaffelse av maskinførerkurs til Maskinentreprenørenes forbund.

Klagenemnda finner grunn til å be Aetat Sør-Trøndelag v/Aetat Trondheim Øst opplyse innen 14.4.2003 om hva som vil bli gjort for å rette feilen, og for å unngå tilsvarende feil i fremtiden.

For klagenemnda,
7.4.2003

Andreas Wahl

Oslo,



Forsiden
Nemndsmedlemmer
Saksbehandling
Regelverk
Innkomne saker
Statistikk
Årsrapporter
Dommer
Søk i avgjorte saker

Avgjorte saker:

[2003](#) [2004](#) [2005](#)

Besøksadresse

H. Heyerdalsgate 1
0033 Oslo

Postadresse

Postboks 8132 Dep
0033 Oslo

Tlf.: 22 33 70 10

Faks: 22 33 70 12

E-post:

postmottak@kofa.no

Avgjorte saker

Klagenemndas avgjørelse 24/3-2003 i sak 2003/14

Klager: Maskinentreprenørenes forbund

Fred. Olsens gate 3

0152 Oslo

Innklaget: Leksvik kommune

7120 Leksvik

Klagenemndas medlemmer: Svein Dahl, Kai Krüger, Inger Roll-Matthiesen

Saken gjelder:

HMS-erklæring. Tilleggsfrist for ettersendelse. Plikt til å avvise leverandør.

Bakgrunn:

Leksvik kommune (heretter kalt "innklagede") kunngjorde en anskaffelse av bygge- og anleggsarbeid i forbindelse med ny vann- og avløpsledning i kommunen. Anskaffelsen ble kunngjort i Norsk Lysingsblads elektroniske database ("DOFFIN") som en åpen anbudskonkurranse med tilbudsfrist 25.10.2002. I kunngjøringen og i konkurransegrunnlaget ble det stilt krav om skatteattest og HMS-erklæring. Videre ble det i konkurransegrunnlaget opplyst at skatteattest og HMS-erklæring skal være vedlagt tilbudet, og at tilbudet i motsatt fall ville bli avvist.

Fire av tilbudene hadde ikke vedlagt HMS-erklæring. RG-prosjekt AS, som var engasjert av innklagede som rådgivende ingeniør i anskaffelsesprosessen, opplyste i brev datert 1.11.2002 til de aktuelle leverandørene, at de ville anbefale kommunen å avvise disse tilbudene. Innklagede ga imidlertid i brev datert 6.11.2002 til leverandørene en tilleggsfrist til 12.11.2002 med å ettersende HMS-erklæringen. Samtlige av leverandørene leverte inn HMS-erklæringen innenfor tilleggsfristen.

Innklagede besluttet 17.12.2002 å inngå kontrakt med Røstad E-verk og Maskin, som var en av leverandørene som ikke hadde vedlagt HMS-erklæring i

tilbudet.

Partenes anførsler:

Klagers anførsler:

Klager anfører at innklagede ikke hadde anledning til å sette en tilleggsfrist for innsendelse av HMS-erklæringer, og at tilbudet fra Røstad E-verk og Maskin derfor skulle vært avvist. Klager viser til at det uttrykkelig sto i konkurransegrunnlaget at tilbud som ikke hadde HMS-erklæring vedlagt ville bli avvist. Klager anfører på denne bakgrunn at det er i strid med prinsippet om likebehandling og forutberegnelighet likevel å gi en tilleggsfrist for innsendelse.

Innklagedes anførsler:

Innklagede anfører at regelverket gir anledning til å sette en kort tilleggsfrist for ettersendelse av HMS-erklæring, selv om det ble opplyst i konkurransegrunnlaget at tilbud uten denne vedlagt ville bli avvist. Innklagede viser videre til at Røstad E-verk og Maskin AS har hatt flere andre oppdrag for kommunen, og at kommunen gjennom dette har blitt kjent med at de har et "fungerende HMS-system".

Klagenemndas vurdering:

Maskinentreprenørenes Forbund er en bransje- og arbeidsgiverorganisasjon, og flere av leverandørene som deltok i anskaffelsesprosessen er medlemmer i organisasjonen. Klagenemnda finner etter dette at Maskinentreprenørenes Forbund har saklig klageinteresse, jf. forskrift om offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig.

Saken gjelder en anskaffelse av vann- og avløpsledning til kommunen. Det kan reises spørsmål ved om det dreier seg om en anskaffelse etter forskrift fastsatt ved kgl. res. 16.12.1994 om innkjøpsregler for oppdragsgivere innen vann- og energiforsyning, transport og telekommunikasjon (heretter kalt "forsyningsforskriften"). Klagenemnda viser til forskrift fastsatt ved kgl. res. 15. juni 2001 om offentlige anskaffelser (heretter kalt "forskrift om offentlige anskaffelser") § 1-2 (4) som lyder:

"Forskriften får ikke anvendelse for oppdragsgivere som omfattes av forskrift om innkjøpsregler for oppdragsgivere innen vann- og energiforsynings, transport og telekommunikasjon (forsyningsforskriften). Dette gjelder imidlertid bare i den utstrekning anskaffelsen skjer som ledd i utøvelse av egen virksomhet som angitt i nevnte forskrift."

Videre fremgår det av forsyningsforskriften §§ 4 og 9:

*"§ 4. Virksomhetssektorer som omfattes av forskriften
Denne forskrift kommer til anvendelse på virksomhet som utøves av oppdragsgivere som nevnt i § 3 og som har til formål:*

1. å stille til rådighet eller drive faste nettverk beregnet på ytelse av offentlige tjenester i forbindelse med produksjon, transport eller distribusjon av:

a) drikkevann...

...

§ 9. Kontrakter om særskilte prosjekter innen vannforsyningssektoren

Forskriften kommer til anvendelse på kontrakter og prosjektkonkurranser som tildeles eller arrangeres av oppdragsgivere som utøver en virksomhet som nevnt i § 4 nr. 1 bokstav a), og som:

a)...

b) er forbundet med tømming eller rensing av avløpsvann”.

Både klager og innklagede legger til grunn at anskaffelsen omfattes av forskrift om offentlige anskaffelser, og ikke av forsyningsforskriften. Klagenemnda har ikke tilstrekkelig opplysninger til å kunne overprøve partenes vurdering i dette spørsmålet, og legger derfor til grunn at det er forskrift om offentlige anskaffelser som kommer til anvendelse. Ut fra anskaffelsens verdi, er det forskrift om offentlige anskaffelser del III som må legges til grunn.

Det rettslige utgangspunktet er at oppdragsgiver skal angi innleveringsmåte og angi tidspunktet for innlevering av HMS-egenerklæringen, men at den må foreligge senest ved tilbudsfristens utløp, jf. forskriften § 12-10 (2). Dersom en eller flere leverandører ikke har levert HMS-egenerklæringen kan oppdragsgiver fastsette en kort tilleggsfrist for ettersendelse, jf. forskriften § 12-10 (3).

Formålet med § 12-10 (3) er å sikre tilstrekkelig deltakelse i konkurransen, og det har formodningen mot seg at innklagede skulle ha ment å avskjære seg fra å kunne gi en tilleggsfrist etter denne bestemmelsen. Kunngjøringen ble satt inn i DOFFIN 27.9.2002 og tilbudsfristen var 25.10.2002. Med en slik frist ser ikke klagenemnda

det som sannsynlig at noen leverandører har avstått fra å delta i

konkurransen som følge av innklagedes formulering i konkurransegrunnlaget.

At det ble gitt tilleggsfrist til tross for den noe uheldige formulering

medførte derfor bare at det heller ble større konkurranse enn det ellers

ville ha vært - noe som er formålet med bestemmelsen i § 12-10(3).

Etter klagenemndas oppfatning må konkurransegrunnlaget derfor forstås slik at muligheten til å gi en kort tilleggsfrist etter § 5-16 (3) anses underforstått. Dersom HMS-egenerklæringen ikke er gitt sammen med tilbudet skal tilbudet avvise, med mindre oppdragsgiver velger å gi en kort tilleggsfrist. Det forelå derfor ingen plikt for innklagede til å avvise tilbudet fra Røstad E-verk og Maskin AS, når HMS-egenerklæringen ble gitt innenfor tilleggsfristen.

Konklusjon:

Leksvik kommune har etter det anførte ikke brutt lov om offentlige anskaffelser med forskrifter ved å ikke avvise tilbudet fra Røstad E-verk og Maskin AS.

For klagenemnda,

Svein Dahl

18/3 -03



Forsiden
Nemndsmedlemmer
Saksbehandling
Regelverk
Innkomne saker
Statistikk
Årsrapporter
Dommer
Søk i avgjorte saker

Avgjorte saker:
[2003](#) [2004](#) [2005](#)

Besøksadresse
H. Heyerdalsgate 1
0033 Oslo

Postadresse
Postboks 8132 Dep
0033 Oslo

Tlf.: 22 33 70 10

Faks: 22 33 70 12

E-post:

postmottak@kofa.no

Avgjorte saker

Klagenemndas avgjørelse 24. mars 2003 i sak 2003/21

Klager: Kågen´s Linjebygg

6330 Verma

Innklaget: Det frivillige Skyttervesen

Pb. 298 Økern

0511 Oslo

Klagenemndas medlemmer: Svein Dahl, Kai Krüger, Inger Roll-Matthiesen

Saken gjelder: *Tildeling av bygge- og anleggskontrakt for støyutbedring av skytebane. Offentligrettslig organ. Manglende kunngjøring. Laveste pris eneste tildelingskriterium når ikke basis for valg av tilbud er opplyst. Vurdering av alternative tilbud. Manglende meddelelse om valg av tilbud, herunder manglende begrunnelse og opplysning om klagefrist før inngåelse av kontrakt. Klagenemnda legger til grunn at vilkårene for erstatning for den positive kontraktsinteressen kan være oppfylt.*

Bakgrunn:

Det frivillige Skyttervesen (heretter kalt "innklagede") ble opprettet ved Stortingsbeslutning 30. juli 1892, og har som formål å fremme praktisk skyteferdighet innen det norske folk og "derved dyktiggjøre det for landets forsvar". Skytterlagene har et nært samarbeid med de ulike forsvarsavdelingene, og Forsvaret bidrar med støtte når skytterlaget arrangerer stevner. Det frivillige Skyttervesen er inndelt i rundt 1 000 skytterlag, som eier og vedlikeholder ca. 850 utendørs skytebaner. Innklagede er i hovedsak finansiert over statsbudsjettet, og har statlig oppnevnt representasjon i styret.

Det har siden 1992 pågått et prosjekt for støyutbedring ved skytebanene. Innklagede mottar fem millioner kroner i 2003 over Forsvarsbudsjettet til dette. Innklagede inviterte på denne bakgrunn syv leverandører til å delta i en begrenset anbudskonkurranse for utbygging av støydempet standplass og oppføring av standplassoverbygg for Isfjorden og Åndalsnes skytterlag. Konkurransen ble ikke kunngjort i Norsk Lysingsblads elektroniske database ("DOFFIN"). Det var verken i kunngjøringen eller i konkurransegrunnlaget opplyst noen tildelingskriterier.

Det ønskede arbeidet fremgikk detaljert av konkurransegrunnlaget, med et vedlagt tilbudsskjema hvor anskaffelsen var delt opp i 102 elementer. Leverandørene ble bedt om å spesifisere delprisene for hver av de 102 elementene.

Det kom inn tre tilbud innen tilbudsfristens utløp. Klagers tilbud var lavest i pris med kr. 844 652,-, og Knut Straume var nest lavest i pris med kr. 872 579,-. Det fremgår av tilbudet fra Knut Straume at "Isfjorden skytebane ligger på en av de kaldeste stedene i Romsdal. Av den grunn velger jeg å isolere både fundamenter og standplassdekke for å hindre frosten å gjøre skade".

Innklagede orienterte klager om valg av tilbud 4. februar 2003, uten begrunnelse for valget. Samme dag ble Knut Straume meddelt at hans tilbud var akseptert.

Partenes anførsler:

Klagers anførsler:

Klager anfører at hans tilbud skulle vært valgt, idet dette hadde laveste pris. Videre anføres at det ikke er gitt noen begrunnelse for valg av tilbud i henhold til regelverket for offentlige anskaffelser.

Innklagedes anførsler:

Innklagede erkjenner at Det frivillige Skyttervesen er et offentligrettslig organ, og dermed omfattes av lov om offentlige anskaffelser med forskrifter. Klager opplyser at det ved alle anskaffelser siden 1992 har vært lagt vekt på en samlet vurdering av graden av uklare eller uakseptable forbehold, pris, entreprenørens eventuelle erfaring som vår hovedentreprenør i tilsvarende saker, helhetsvurdering av tilbudet og entreprenørens soliditet. Innklagede anfører at disse tildelingskriteriene følger implisitt av NS 3400, og siden det i konkurransegrunnlaget er vist til NS 3400 har alle leverandørene vært kjent med kriteriene for valg av tilbud.

Innklagede anfører at Knut Straume leverte tilbudet med laveste samlede pris. Klager opplyser at anskaffelsen består av to komponenter, en som Det frivillige Skyttervesen skal betale og en som det lokale skytterlaget selv skal dekke. Det er lagt vekt på den totale prisen, hvor Knut Straumes tilbud var på kr. 901 490,- og klagers tilbud på kr. 904 984,-.

Innklagedes anfører at anbudsprotokollen på dette punktet derfor er misvisende. Videre opplyser klager at det ved siden av pris ble lagt vekt på den meget gode erfaring innklagede har hatt med Knut Straume, senest i 2002.

Klagenemndas vurdering:

Klager har deltatt i den aktuelle konkurransen og har saklig klageinteresse. Klagen er rettidig, jf. forskrift fastsatt ved kgl. res. 15.11.2002 nr. 1288 om klagenemnda for offentlige anskaffelser § 6.

Regelverkets anvendelse - krav til kunngjøring – forskriften § 13-1

Innklagede erkjenner at lov 16. juli 2001 nr. 69 om offentlige anskaffelser (heretter kalt "loven") gjelder i dette tilfelle, jf. loven § 2 bokstav b. Det er på det rene at kontrakten ikke overstiger terskelverdiene i forskrift fastsatt ved kgl. res. 15.6.2001 om offentlige anskaffelser (heretter kalt "forskriften") § 2-2. Det er

derfor reglene i forskriften del III som kommer til anvendelse. Anskaffelsen skulle vært kunngjort i Norsk Lysingsblads elektroniske database ("DOFFIN"), noe innklagede har unnlatt.

Forholdet til NS 3400

Offentlige oppdragsgivere kunne tidligere basere seg på NS 3400 ved gjennomføringen av anbudskonkurranser for entrepriseoppdrag. Utsendelsen av anbudsinnbydelsen er i denne saken åpenbart basert på den misforståelse at denne formen fortsatt er anvendelig. NS 3400 er på alle vesentlige punkter nå erstattet av de prosedyrer som følger av lov om offentlige anskaffelser med forskrifter, herunder for bortsetting av bygg- og anleggskontrakter, og er derfor ikke lenger anvendelig ved offentlige anbudskonkurranser. Dette gjelder også for anskaffelser etter forskriften del III (under terskelverdiene).

Tildelingskriterier – alternative løsninger – forskriften § 17-2 og § 15-6

Oppdragsgiver kan etter forskriften § 17-2 (1) basere valg av tilbud på laveste pris eller på det økonomisk mest fordelaktige. Dersom oppdragsgiver skal velge det økonomisk mest fordelaktige tilbudet, må alle kriteriene som vil bli lagt til grunn oppgis enten i konkurransegrunnlaget eller i kunngjøringen, jf. forskriften § 17-2 (2). Dersom annet enn pris skal vektlegges ved tildelingen, skal dette fremgå både ved at oppdragsgiver opplyser i kunngjøringen at det økonomisk mest fordelaktige tilbudet vil bli valgt og ved at *kriteriene* for valget opplyses enten i kunngjøringen eller i konkurransegrunnlaget. Dette er ikke gjort i dette tilfellet.

Når kriteriene for valg av tilbud ikke er opplyst, må derfor tildelingen baseres på laveste pris. Dette er i tråd med bestemmelsens ordlyd og også det eneste objektive holdepunkt leverandørene vil ha ved utarbeidelsen av sitt tilbud. Innklagede har påberopt seg at tildelingskriteriene følger av henvisningen til bransjens standard for anbudskonkurranser innen bygg og anlegg, men dette må klagenemnda tilbakevise. NS 3400 pkt 13.1. gir anbudsinnbyder fullstendig frihet til å velge hvilket som helst av de innleverte tilbud – og til å forkaste samtlige – uten krav om forhåndskunngjøring. En slik ordning for tildeling av kontrakter er i direkte strid med regelverket for offentlige anskaffelser, slik det fremgår av det refererte. NS 3400 må det derfor ses bort fra.

Når oppdragsgiver ikke har valgt å tildele kontrakt på basis av det økonomisk mest fordelaktige tilbud, er derfor pris det eneste kriterium innklagede kunne legge vekt på. Det var ikke anledning til å legge vekt på innklagedes tidligere erfaring med Knut Straume.

Klagerens konkurrent, Knut Straume, har i sitt tilbud tatt inn forslag til frostsikring. Dette var ikke etterspurt i konkurransegrunnlaget, og må etter klagenemndas mening forstås som et alternativt tilbud. Det følger av forskriften § 15-6 (2) at det bare er adgang til å ta i betraktning alternative tilbud dersom tildeling av kontrakt skal skje på bakgrunn av det økonomisk mest fordelaktige tilbud. Når det bare var anledning til å legge vekt på pris, måtte derfor innklagede ved valg av tilbud se bort fra at Knut Straumes tilbud også gjaldt frostsikring. Anbudskunngjøringen er feilaktig på dette punkt fordi den uttrykkelig inviterer til alternative løsninger. Så lenge både klagers tilbud og tilbudet fra Knut Straume oppfylte de tekniske spesifikasjonene, måtte derfor pris alene være avgjørende. Innklagede har ikke påberopt seg at Straumes tilbud uten frostsikring ville endret rekkefølgen mellom tilbudene, og det er derfor ikke nødvendig å ta opp spørsmål om avvisning etter forskriftens § 15-10(1) bokstav d.

Innklagede har anført at med begge priskomponenter, både den del som skal dekkes av innklagede og den del som skal dekkes av det lokale skytterlaget, var Knut Straumes tilbud på kr. 901 490,- og klagers tilbud på kr. 904 984,-. Det fremgår imidlertid av klagers tilbud at prisen var kr. 844 652,04 inkl. mva.,

inkludert det som det lokale skytterlaget skulle betale. Klager hadde i tillegg gitt tilbud på bygging av en standplassbu til kr. 26 600,- eks. mva. Denne inngår ikke i anbudssummen. Ut fra de innsendte tilbudene legger derfor klagenemnda til grunn at klagers tilbud var lavest i pris, uansett om tilleggsarbeidet det lokale skytterlaget skulle dekke selv tas med i vurderingen eller ikke. Klagenemnda er etter dette av den oppfatning at innklagede ikke hadde anledning til å velge Knut Straumes tilbud fremfor tilbudet fra klager, som var det laveste.

Begrunnelse, klagefrist – frist før tildeling av kontraktforskriften § 17-3

Meddelelsen til klager, datert 4.2.2002, inneholder ingen begrunnelse for valg av tilbud eller klagefrist, slik forskriftens § 17-3 (2) krever. Kontrakt er dessuten tildelt konkurrerende anbyder uten iakttagelse av fristen etter § 17-3 (1).

Spørsmål om erstatning

Utgangspunktet er at klager kan kreve erstatning for den positive kontraktsinteresse dersom det foreligger vesentlige brudd på regelverket og det er klar sannsynlighetsovervekt for at klagers tilbud skulle vært valgt, jf. Rt. 2001 s. 1062. I vurderingen av om en feil er vesentlig må det legges vekt på feilens størrelse, type feil og i hvilken grad oppdragsgiver kan lastes for feilene.

Klagenemnda legger til grunn at innklagede har begått flere feil og at feilene samlet må anses som vesentlige: Forsømt kunngjøring, misforståelser ved bruk av NS 3400 og valg av annet enn tilbudet med laveste pris. Klagers tilbud var klart lavest i pris, og det var ikke angitt andre tildelingskriterier. Valg av tilbud ble ikke begrunnet og det ble ikke orientert om klageadgang. Ut fra at klager leverte tilbudet med laveste pris synes det å foreligge klar sannsynlighetsovervekt for at klagers tilbud ville blitt valgt dersom feilene ikke var begått. Basert på de opplysninger som foreligger for klagenemnda, finner den etter dette at vilkårene for å kreve erstatning kan være oppfylt.

Konklusjon:

Klagenemnda finner at Det frivillige Skyttervesen har brutt lov om offentlige anskaffelser med forskrifter ved valg av tilbud for utbygging av støydempet standplass og bygging av standplassoverbygg for Isfjorden og Åndalsnes skytterlag.

Klagenemnda finner at innklagede har begått vesentlige feil og at det foreligger klar sannsynlighetsovervekt for at klager ville fått kontrakten dersom feilene ikke var blitt begått. Klagenemnda antar derfor at klager kan ha krav på erstatning for den positive kontraktsinteresse.

For klagenemnda,

Kai Krüger

26/3-03



Forsiden
Nemndsmedlemmer
Saksbehandling
Regelverk
Innkommne saker
Statistikk
Årsrapporter
Dommer
Søk i avgjorte saker

Avgjorte saker:
[2003](#) [2004](#) [2005](#)

Besøksadresse
H. Heyerdalsgate 1
0033 Oslo

Postadresse
Postboks 8132 Dep
0033 Oslo

Tlf.: 22 33 70 10

Faks: 22 33 70 12

E-post:

postmottak@kofa.no

Avgjorte saker

Klagenemndas avgjørelse 24. mars 2003 i sak 2003/23

Klager: Helle AS
5430 Bremnes
Innklaget: Bømlo Vatn og Avløpsselskap AS
Pb. 214
5445 Bremnes

Klagenemndas medlemmer: Svein Dahl, Kai Krüger, Inger Roll-Matthiesen

Saken gjelder: *Anskaffelse av rammeavtale for rørleggertjenester til kommunalt eid vann- og avløpsselskap. Krav til forutberegnelighet og etterprøvbarehet ved anskaffelse som omfattes av lov om offentlige anskaffelser, men som ikke reguleres i gjeldende forskrifter (under forsyningsforskriftens terskelverdier)*

Bakgrunn:

I august 2002 inviterte Bømlo kommune til åpen anbudskonkurranse i forbindelse med kjøp av rørleggertjenester og noen deleleveranser. Anskaffelsen ble kunngjort i Norsk lysingsblads elektroniske database ("DOFFIN"). Kommunen ønsket å inngå rammeavtale med en kontraktperiode på to år og med anslått årlig verdi inntil kr. 500.000. Det ble i kunngjøringen opplyst at kommunen allerede hadde inngått en rammeavtale med firma Brødrene Dahl for leveranse av rør, rørdeler, annet vvs-materiell og diverse betongprodukt.

Kommunen mottok ingen tilbud, og innkalte derfor av eget tiltak de lokale leverandørene Helle AS (heretter kalt "klager") og VVS Bømlo AS til forhandlingsmøte. Klager leverte inn tilbud og ble deretter tildelt en to-årig rammeavtale som eneleverandør av rørleggertjenester til kommunen, med opsjon for kommunen til forlengelse i ytterligere to år. Det synes å fremgå av saken at man på denne tid var kjent med at kommunen var i ferd med å skille ut vann- og avløpstjenestene i kommunen til eget kommunalt heleid selskap.

Kommunen stiftet 17.12.2002 Bømlo Vatn og Avløpsselskap AS

(heretter kalt "innklagede"). Kommunen er eneaksjonær i selskapet. Eiendomsretten og ansvaret for alle vann- og avløpsanlegg i kommunen ble overtatt av innklagede fra 1.1.2003. For så vidt gjaldt de rammeavtaler som kommunen hadde inngått, herunder ovennevnte rammeavtaler, ble foretaket, som er sakens innklagede, stilt fritt til å tiltre disse. I brev fra Bømlo kommune til innklagede datert 27.12.2002 er det opplyst om dette:

"Under føresetnad av aksept frå leverandørane tilbyr Bømlo kommune bedrifter i kommunalt eige og bedrifter som frå det offentlege mottok driftsstøtte til dekning av 50% av driftskostnadane eller meir, å ta del i kommunale innkjøpsavtaler som er inngått og som vil bli inngått. Det vil i så fall være valfritt kva avtale ein ønskjer å ta del i, men ein må sjølvstøtt være lojal til dei avtaler ein deltek i. Så vidt me kjenner til fell dykkjar bedrift inn under ein av dei 3 nemnde kategoriar. Dersom De ønskjer å delta i ein eller fleire av våre rammeavtaler kan De melde frå til underteikna som vil sette opp ein avtale mellom partane."

Innklagede tiltrådte den eksisterende rammeavtalen kommunen hadde med firmaet Brødrene Dahl AS. Denne avtalen gjaldt bare leveranser, ikke tjenester. Den allerede inngåtte avtale mellom klager og kommunen ble ikke tiltrådt. Overfor klagenemnda er dette valget begrunnet med at avtalen med klager ikke var tilpasset innklagedes behov.

Innklagede inviterte deretter to lokale leverandører (hvor klager var den ene) til separate møter. Disse ble avholdt i januar 2003. Hensikten var å redegjøre for innklagedes behov og klargjøre om selskapene var villig til å gi tilbud på rørleggertjenester. Det ble ikke utarbeidet noe referat fra møtene, og det ble ikke laget noe konkurransegrunnlag.

Klager og VVS Bømlo AS sendte begge inn tilbud til innklagede i etterkant av disse møtene. Klagers tilbud var datert 29.1.2003.

I brev 30.1.2003 ble klager orientert om at kontrakten var tildelt VVS Bømlo AS, med begrunnelse: "Grunn til det er ein totalvurdering".

Innklagede har opplyst at det forventes en omsetning i henhold til den inngåtte kontrakt på 400 000 - 500 000 kroner pr. år. Avtaleperioden er to år. Innklagede har utarbeidet en matrise for å sammenligne tilbudenes prissetting, og har ut fra gitte forutsetninger vurdert VVS Bømlo AS tilbud til å være kr. 70 500,- rimeligere enn det tilbud klager gav i januar 2003. Matrisen ble utarbeidet 30.1.2003, dvs i etterkant av de slutførte forhandlinger.

Partenes anførsler:

Klagers anførsler:

Klager anfører at anskaffelsen skulle vært kunngjort i DOFFIN, og at konkurransen for øvrig ikke har vært gjennomført i samsvar med regelverket for offentlige anskaffelser. Klager opplyser at han ikke forsto i møtet den 17.1.2003 at det var noen ny anbudsrunde han deltok i, og at han oppfattet sitt tilbud 29.1.2003 for å være i henhold til tidligere rammeavtale med kommunen. Klager anfører videre at hans tilbud skulle vært valgt, og at stipulert årsuttak i innklagedes matrise ikke nødvendigvis gir et korrekt bilde på hvilket tilbud som var lavest i pris.

Innklagedes anførsler:

Innklagede bestrider at anskaffelsen ikke har skjedd i samsvar med regelverket for offentlige anskaffelser. Innklagede anfører at leverandørene har vært likebehandlet, og at beslutningsgrunnlaget for valg av tilbud var vært tilfredsstillende. Tilbudet fra VVS Bømlo AS var lavest i pris.

Klagenemndas vurdering:

Klager har deltatt i den aktuelle konkurransen og har saklig klageinteresse. Klagen er rettidig, jf. forskrift om klagenemnda for offentlige anskaffelser. Saken gjelder anskaffelser innen forsyningssektoren (vannforsyning).

Innklagede er et kommunalt heleid vann- og avløpselskap og omfattes av lov 16. juli 1999 nr. 69 om offentlige anskaffelser (heretter kalt "loven"), jf. loven § 2 bokstav c, i det selskapet er å anse som et

"Rettssubjekt(er) som driver virksomhet innenfor sektorene vannforsyning,

[]

Dette gjelder likevel bare i den utstrekning rettssubjektet

1. []

2. er kontrollert av det offentlige"

Når foretaket er heleid av kommunen, er det kontrollert av det offentlige i lovens forstand. Klagenemnda legger til grunn at den aktuelle anskaffelsen i utgangspunktet omfattes av forskrift fastsatt ved kgl. res. 16.12.1994 om innkjøpsregler for oppdragsgivere innen vann- og energiforsyning, transport og telekommunikasjon (heretter kalt "forsyningsforskriften").

I forsyningsforskriften § 4 nr. 1 heter det:

*"§ 4. Virksomhetssektorer som omfattes av forskriften
Denne forskrift kommer til anvendelse på virksomhet som utøves av oppdragsgivere som nevnt i § 3 og som har til formål:*

1. å stille til rådighet eller drive faste nettverk beregnet på ytelse av offentlige tjenester i forbindelse med produksjon, transport eller distribusjon av:

a) drikkevann..."

...

Med opplyst kontraktsvolum i kontraktperioden ligger anskaffelsen under forsyningsforskriftens terskelverdier, jf. § 12, slik at forsyningsforskriften likevel ikke kommer til anvendelse. Dette innebærer at den aktuelle og anskaffelsen må vurderes i henhold til de generelle bestemmelsene i lov om offentlige anskaffelser. I loven § 5 heter det:

"§ 5 Grunnleggende krav

Oppdragsgiver skal opptre i samsvar med god forretningsikk, sikre høy forretningsetisk standard i den interne saksbehandling og sikre at det ikke finner sted forskjellsbehandling mellom leverandørene.

En anskaffelse skal så langt det er mulig være basert på konkurranse.

Oppdragsgiver skal sikre at hensyn til forutberegnelighet, gjennomsiktighet og etterprøvnbarhet ivaretas gjennom anskaffelsesprosessen.

Utvelgelsen av kvalifiserte anbydere og tildeling av kontrakter skal skje på grunnlag av objektive og ikke-diskriminerende kriterier".

Klagenemnda holder seg til partenes anførsler og går derfor ikke inn på

spørsmålet om hvilket betydning det kan ha hatt at kommunen, etter å ha inngått avtale med klager, fristilte sitt eget nyopprettede selskap med sikte på å få i stand en ny rammeavtale. Hva som tilsa at innklagede ikke fant klagerens tilbud tilpasset sine behov når kommunen nettopp hadde inngått en avtale står også som et uavklart spørsmål. Heller ikke har klagenemnda foranledning til å gå inn på om den rammeavtale som først ble utlyst og inngått, men uten synliggjorte rettigheter for de valgte leverandører, i seg selv ville være i overensstemmelse med regelverket. Klagenemnda begrenser seg til å vurdere innklagedes egen håndtering av saken, uavhengig av sakens forhistorie.

Kunngjøring og konkurranse:

Loven § 5 annet ledd krever, så langt det er mulig, konkurranse om tildeling av offentlige kontrakter. I kravet til konkurranse må det innfortolkes et krav om en reell konkurranse. Det kan imidlertid ikke oppstilles et absolutt krav om kunngjøring, f. eks. når kontrakten er av beskjedent omfang. I den foreliggende saken hadde kommunen kunngjort en konkurranse om rørleggertjenester uten resultat, og innklagede henvendte seg noen måneder senere direkte til de to aktuelle leverandørene i området med forespørsel om å gi tilbud. Klagenemnda legger etter dette til grunn at innklagede ikke har opptrådt i strid med lovens krav til å sikre reell konkurranse, ved å unnlate å kunngjøre oppdraget.

Gjennomføring av forhandlingene:

Oppdragsgiver skal sikre at hensynet til forutberegnelighet, gjennomsiktighet og etterprøvnbarhet ivaretas gjennom anskaffelsesprosessen, jf. loven § 5 tredje ledd. Videre følger det av bestemmelsens fjerde ledd at tildeling av kontrakter skal skje på grunnlag av objektive og ikke-diskriminerende kriterier.

Innklagede utarbeidet ikke noe skriftlig konkurransegrunnlag, og det foreligger ingen referater fra de avholdte møtene i januar 2002. Leverandørene hadde således få objektive holdepunkter å forholde seg til i forhold til gjennomføringen av konkurransen og hvilke forhold som ville bli, og som ble vektlagt ved tildeling av kontrakt. Dette må anses klart i strid med de grunnleggende prinsippene om gjennomsiktighet og forutberegnelighet i anskaffelsesprosessen.

Sakens spesielle bakgrunn tilsa at innklagede burde ha klarlagt premisene for disse forhandlingene. For klager måtte det fortone seg som uklart om innklagede ønsket å tiltre rammeavtalen med kommunen, eller om forhandlingene var helt uavhengig av kommunens eksisterende rammeavtale og tidligere konkurransegrunnlag. Siden det gjaldt en helt ny avtale, finner klagenemnda at det skulle vært utarbeidet et skriftlig konkurransegrunnlag, med i det minste opplysninger om kontraktsforutsetninger, kontraktens varighet og avropsordning. Så langt klagenemnda har bragt på det rene, leverte ikke VVS Bømlo AS noe tilbud i forkant av forhandlingene, og det var da desto viktigere å sørge for likestilling av de to som nå konkurrerte om oppdraget.

Klagenemnda finner dessuten at innklagede ved ikke å sørge for utførlig referat fra disse forhandlingene ikke i tilstrekkelig grad sikret at lovens krav til gjennomsiktighet og etterprøvnbarhet ble ivaretatt.

Heller ikke de presise forutsetninger om antatt forbruk i 2003 som oppdragsgiver benyttet ved vurderingen av tilbudene synes å ha vært tilkjennegitt overfor leverandørene før utarbeidelsen av tilbudene. Ut fra hensynene til gjennomsiktighet og forutberegnelighet, mener klagenemnda at disse forutsetningene skulle vært opplyst til leverandørene i forkant av utarbeidelsen av tilbudene.

Valg av tilbud:

Innklagede har ved tildelingen benyttet et matriseskjema med klare forutsetninger i forhold til forventet timeforbruk og innkjøp av forskjellig utstyr.

På bakgrunn av plikten til å basere tildelingen av kontrakter på objektive kriterier og de ovennevnte krav til forutberegnlighet, gjennomsiktighet og etterprøvbarhet, påpeker klagenemnda at de kriterier som fremkommer i dette matriseskjemaet skulle vært presentert skriftlig for leverandørene ved forhandlingsstart.

Når innklagede ikke ga til kjenne om valg av tilbud ville skje på basis av laveste pris eller det økonomisk mest fordelaktige tilbud, følger det av kravet til forutberegnlighet i loven § 5 at innklagede bare kunne legge vekt på pris. Dette er det eneste kjente og objektive kriteriet deltakerne i konkurransen kunne ha forventninger om. Innklagende har i sin begrunnelse for valg av tilbud vist til en totalvurdering. I den grad innklagede har lagt vekt på andre kriterier enn pris er dette i strid med det tildelingskriteriet som skulle gjelde for denne anskaffelsen.

I vurderingen av hvilket tilbud som var lavest i pris har innklagede satt opp enkelte forutsetninger om anslått uttak i 2003. Klagenemnda vil peke på at en vurdering over anslått forbruk må bygge på en saklig og forsvarlig vurdering. Klagenemnda har imidlertid ikke tilstrekkelig opplysninger eller forklaringer fra innklagede på dette punktet til å kunne etterprøve, og eventuelt underkjenne, det valg av tilbud som er gjort.

Konklusjon:

Klagenemnda finner at Bømlo Vatn og Avløpsselskap AS ved inngåelse av rammeavtale for rørleggertjenester har brutt kravene til forutberegnlighet, forutsigbarhet og etterprøvbarhet og kravet til å basere tildeling av kontrakt på objektive kriterier i lov om offentlige anskaffelser § 5.

For klagenemnda,

Inger Roll-Matthiesen

25/3-03



Forsiden
Nemndsmedlemmer
Saksbehandling
Regelverk
Innkomne saker
Statistikk
Årsrapporter
Dommer
Søk i avgjorte saker

Avgjorte saker:

[2003](#) [2004](#) [2005](#)

Besøksadresse

H. Heyerdalsgate 1
0033 Oslo

Postadresse

Postboks 8132 Dep
0033 Oslo

Tlf.: 22 33 70 10

Faks: 22 33 70 12

E-post:

postmottak@kofa.no

Avgjorte saker

Klagenemndas avgjørelse 18. mars 2003 i sak 2003/9

Klager: Securitas Norge AS

Pb. 35, Grønland

0133 Oslo

Prosessfullmektig: Adv.firm. Storeng, Beck & Due Lund

v/ adv. Jens Kristian Johansen

Pb. 36 Bygdøy

0211 Oslo

Innklaget: Posten Norge AS

Konsernstab Økonomi

Konserninnkjøp

0001 Oslo

Klagenemndas medlemmer: Jens Bugge, Svein Dahl, Inger Marie Dons Jensen.

Saken gjelder:

Plikt til å avvise tilbud på grunn av manglende kvalifikasjoner. Krav til oppdragsgivers vurdering ved valg av tilbud.

Bakgrunn:

Posten Norge AS (heretter kalt ?innklagede?) kunngjorde en åpen anbudskonkurranse vedrørende pengetransporttjenester i Norsk lysingsblads elektroniske database (DOFFIN) 27. september 2002. Anskaffelsen omfattet

pengetransport mellom lokalavdelingene til Norsk Kontanthåndtering AS (NOKAS) og Postens egendrevne enheter (Posthandel og Bedriftssenter) og levering av kontanter til en del av enhetene som drives av underleverandører av innklagede (Post i butikk).

Det ble i kunngjøringen opplyst at anskaffelsen var forbeholdt en bestemt yrkesgruppe, og at det var nødvendig med godkjenning etter lov 5. januar 2001 nr. 1 om vaktvirksomhet. Under rubrikken "minstekrav" ba innklagede leverandørene om å sende inn en oversikt over teknisk personell og tekniske avdelinger leverandøren disponerer over, "enten de tilhører foretaket selv eller ikke?". I konkurransegrunnlaget ble leverandørene bedt om å opplyse "hvor stor del av kontrakten leverandøren har til hensikt å overlate til underleverandører?".

Kriteriene for valg av tilbud var pris, reserveløsning, transportløsning, kvalitet, miljøaspekter og referanser. Det ble uttrykkelig gjort oppmerksom på at kriteriene var oppgitt i ikke-prioritert rekkefølge.

Det kom inn seks tilbud, herunder fra klager og fra Norsk Kontantservice AS (NOKAS). Innklagede valgte tilbudet fra NOKAS som det økonomisk mest fordelaktige, og i brev til leverandørene 17. desember 2002 ble det opplyst at NOKAS "er valgt på grunnlag av laveste pris og totaløkonomi for Posten Norge AS?".

Klager gjorde i brev til innklagede 21. desember 2002 oppmerksom på at det er nødvendig med godkjenning etter lov 5. januar 2001 nr. 1 om vaktvirksomhet for å utføre verditransporttjeneste mot vederlag, og at NOKAS ikke hadde slik tillatelse. Innklagede valgte på denne bakgrunn å inngå en midlertidig avtale med Hafslund Sikkerhet AS. Avtalen kan sies opp med en måneds varsel og gir NOKAS rett til å tre inn i avtalen som kontraktspart frem til 15. april 2003, forutsatt at godkjenning etter vaktvirksomhetsloven er gitt, eller det er avklart at slik godkjenning ikke er nødvendig. Etter eventuell inntreden i kontrakten vil Hafslund Sikkerhet AS og Siemens Security være underleverandører, som beskrevet i tilbudet fra NOKAS.

Partenes anførsler:

Klagers anførsler:

Klager anfører at tilbudet fra NOKAS skulle vært avvist fordi selskapet ikke har godkjenning etter vaktvirksomhetsloven, og dermed ikke fylte kvalifikasjonskravene. NOKAS oppga i sitt anbudsbrief uttrykkelig "at Norsk Kontantservice AS (NOKAS) vil være juridisk motpart ved en eventuell kontraktsinngåelse?".

Det anføres også at inngåelsen av den midlertidige kontrakten med Hafslund Sikkerhet AS er et brudd på punkt 1.4. i konkurransegrunnlaget hvorefter kontraktsperioden er to år fra 1.1.03.

Klager anfører videre at det i meddelelsen om valg av tilbud ikke er opplyst annet enn at leverandøren er valgt på grunnlag av "laveste pris og totaløkonomi for Posten Norge AS", og at innklagede derfor ikke kan ha foretatt sitt valg av tilbud i henhold til de angitte tildelingskriteriene.

Innklagedes anførsler:

Innklagede viser til at det i tilbudet fra NOKAS var understreket at transportdelen ville utføres av Siemens Security og Hafslund Sikkerhet, og det må fokuseres på tilbudet som et hele, og ikke kun på den enkelte juridiske enhet. NOKAS rolle er ikke å drive vaktvirksomhet eller verditransport, og

kvalifikasjonskravet kan derfor ikke være relevant i forhold til NOKAS. Hafslund Sikkerhet og Siemens Security har nødvendig godkjenning, og dette må være tilstrekkelig. Innklagede viser videre til at et tverrfaglig evalueringsteam, herunder med representanter fra sikkerhetsavdelingen, har funnet NOKAS tilbudet med underleverandører å være kvalifisert til å utføre arbeidet.

Innklagede anfører at evalueringsteamet vurderte tilbudene fra NOKAS og Securitas som tilnærmet like når det gjaldt kriteriene reserveløsning, transportløsning, kvalitet, miljøaspekter og referanser. Det avgjørende kriteriet blir da pris, og NOKAS tilbud var her vesentlig lavere.

Klagenemndas vurdering:

Klager har deltatt i den aktuelle konkurransen og har saklig klageinteresse. Klagen er rettidig, jf. forskrift om klagenemnda for offentlige anskaffelser § 6. Det er på det rene at kontrakten overstiger terskelverdiene i forskrift om offentlige anskaffelser § 2-2, og at det er reglene i del II som kommer til anvendelse.

Kvalifikasjonskrav

Det var i kunngjøringen og i konkurransegrunnlaget stilt krav om at leverandørene skal ha godkjenning etter vaktvirksomhetsloven, og spørsmålet er om innklagede pliktet å avvise tilbudet fra NOKAS når bare underleverandørene, og ikke NOKAS selv, har slik godkjenning.

Det rettslige utgangspunkt er her at leverandører som leverer inn tilbud, kan vise til ressurser andre selskaper besitter, forutsatt at leverandøren om nødvendig kan dokumentere at han råder over disse. Dette innebærer at en leverandør ved tjenestekontrakter kan basere seg på underleverandørers kvalifikasjoner som han reelt disponerer over. Klagenemnda viser her til EF-domstolens avgjørelse i C-176/98 (Holst Italia), premiss 26 følgende hvor det heter:

26 Det fremgår således af disse bestemmelsers formål og ordlyd, at ingen kan udelukkes fra at deltage i en udbudsprocedure vedrørende en offentlig tjenesteydelseskontrakt alene med den begrundelse, at han ved aftalens opfyldelse agter at benytte ressourcer, som han ikke selv er i besiddelse af, men som tilhører en eller flere andre juridiske personer (jf. på linje hermed for så vidt angår direktiv 71/304 og 71/305, Ballast Nedam Grøp I-dommen, præmis 15).

27 En tjenesteyder, der ikke alene opfylder mindstekravene for deltagelse i en udbudsprocedure vedrørende en offentlig tjenesteydelseskontrakt, kan således over for den ordregivende myndighed henvise til kvalifikationer hos tredjemænd, som agtes benyttet, såfremt kontrakten tildeles ham.

29 Når et selskab godtgør sin tekniske, finansielle og økonomiske kapacitet for at få adgang til at deltage i en udbudsprocedure og herved henviser til kapaciteten i sammenslutninger eller virksomheder, som det indirekte eller direkte er knyttet til, uanset hvorledes denne tilknytning juridisk er beskaffen, må det således godtgøre, at det reelt disponerer over disse sammenslutningers eller virksomheders ressourcer, som det ikke selv ejer, og som er fornødne for aftalens opfyldelse (jf. på linje hermed for så vidt angår direktiv 71/304 og 71/305, Ballast Nedam Grøp I-dommen, præmis 17).

I sitt tilbud oppga NOKAS at selskapets verditransporttjenester i hovedsak ville være basert på bruk av underleverandører for utførelse av selve transportelementet, og at det foreliggende tilbud var resultat av et samarbeide med Siemens Security og Hafslund Sikkerhet. Det ble presisert at NOKAS ville være juridisk motpart i kontrakten med Posten, men at tilbudet var basert på et tett samarbeide med våre partnere og underleverandører Siemens Security

og Hafslund Sikkerhet?. Som bilag til NOKAS tilbud fulgte egne undertegnede anbudsbrief fra Siemens Building Technology og Hafslund Sikkerhet AS.

Klagenemnda utleder av EF-domstolens avgjørelse i Holst Italia saken at innklagede ikke ville hatt adgang til å avvise tilbudet fra NOKAS på det grunnlaget at NOKAS selv ikke hadde godkjenning som nevnt i konkurransegrunnlaget. Klagenemnda finner på denne bakgrunn ikke grunnlag for å konstatere at innklagede har opptrådt i strid med forskrift om offentlige anskaffelser.

Valg av tilbud

Som nevnt oppga innklagede i konkurransegrunnlaget uttrykkelig at tildelingskriteriene var angitt i ikke-prioritert rekkefølge. Klagenemnda vil peke på at dette kan synes mindre godt forenlig med bestemmelsen § 10-2 (2) om at tildelingskriteriene ?om mulig? skal angis i prioritert rekkefølge. Men da dette ikke er tatt opp i klagen, finner klagenemnda ikke grunn til å ta det opp til vurdering.

Det følger etter klagenemndas oppfatning av forskriften § 10-2 at oppdragsgiver må foreta en saklig og forsvarlig vurdering av hvilket tilbud som er det økonomisk mest fordelaktige, basert på alle de kriterier som er angitt i kunngjøringen eller i konkurransegrunnlaget. I meddelelsen om valg av tilbud av 17.12.2002 var det, som klager anfører, bare uttalt at NOKAS var valgt på grunnlag av ?laveste pris og totaløkonomi for Posten Norge AS?. I følge forskriftens § 3-8 (4) skal oppdragsgiver dersom leverandør skriftlig anmoder om det, gi en nærmere begrunnelse for valg av tilbud, og dersom kontrakt er tildelt, opplyse om det valgte tilbudets ?relative fordeler?. For klagenemnda har innklagede lagt frem kopi av anbudsprotokollen, hvor det etter åpning av tilbudene 12.11.2002 er anført følgende om

EVALUERING OG BESLUTNING

Tilbudsvurdering og avgjørelse relatert til tildelingskriteriene i tilbudsgrunnlaget

Evalueringsskriteriene er pris, reserveløsning, transportløsning, kvalitet, miljøaspekter og referanser. Avtalen varer i 2 år med mulighet for 1 år forlengelse. Den økonomisk mest fordelaktige anbyder etter evalueringsskriteriene er NOKAS.

De har klart lavest pris for PH landsdekkende, som er den mest kostnadsintensive delen, (over 90% av totalen). De har klart lavest pris for PIB, men dekker ikke et fåtall lokasjoner i vest-Finnmark og vest/nordvestlandet . De er nr 3 for BS.

De har reserveløsning dimensjonert med 20% ekstra antall biler, er fleksible med hensyn til hvilke dager det skal kjøres, overstiger FG kravene til kvalitet, og har et bredt utvalg referanser.

Securitas tilfredsstillende alle evalueringsskriteriene, og dekker hele landet, men prisnivået er dels vesentlig over NOKAS, spesielt i Finnmark, hvor det enkelte stopp bærer full kostnad for hele turen. Andre løsninger bør her vurderes (Postens Sikkerhetsbrev).

Klagenemnda bemerker at protokollen fremstår som svært kortfattet, ettersom

det ikke fremkommer noen punktvis sammenligning av tilbudene i forhold til de enkelte tildelingskriteriene. Protokollen lest i sammenheng må imidlertid forstås slik at både klagers og tilbud og NOKAS tilbud er blitt vurdert i henhold til samtlige evalueringskriterier. Det konstateres deretter at prisnivået hos Securitas er vesentlig over NOKAS, spesielt i Finnmark. Klagenemnda finner etter dette ikke grunnlag for å konstatere at evalueringen ikke bygger på en saklig og forsvarlig vurdering, når NOKAS er foretrukket på grunnlag av laveste pris.

Den midlertidige avtale med Hafslund Sikkerhet AS:

I lys av avgjørelsene ovenfor har klagenemnda ikke noe å bemerke til at innklagede har funnet det hensiktsmessig å inngå en midlertidig avtale med Hafslund Sikkerhet AS i påvente av klagesaken.

Konklusjon:

Klagenemnda finner etter det anførte ikke at Posten Norge har brutt lov og forskrift om offentlige anskaffelser ved ikke å avvise tilbudet fra NOKAS eller ved valget av tilbud.

For klagenemnda,

Svein Dahl

18/3-03



Forsiden
Nemndsmedlemmer
Saksbehandling
Regelverk
Innkomne saker
Statistikk
Årsrapporter
Dommer
Søk i avgjorte saker

Avgjorte saker:
[2003](#) [2004](#) [2005](#)

Besøksadresse
H. Heyerdalsgate 1
0033 Oslo

Postadresse
Postboks 8132 Dep
0033 Oslo

Tlf.: 22 33 70 10

Faks: 22 33 70 12

E-post:
postmottak@kofa.no

Avgjorte saker

Klagenemndas avgjørelse 18. mars 2003 i sak 2003/12

Klager: Enervent AS

Pb. 5234 Tromsdalen

9285 Tromsø

Innklaget: Finnmark fylkeskommune

Eiendomsavdelingen

Henry Karlsens plass 1

9815 Vadsø

Klagenemndas medlemmer: Jens Bugge, Morten Goller, Siri Teigum

Saken gjelder:

Avvisning av tilbud. Valg av det økonomisk mest fordelaktige tilbud.

Bakgrunn:

Finnmark fylkeskommune (heretter kalt "innklagede") inviterte til en anbudskonkurranse av luftbehandlingsentreprise i forbindelse med rehabilitering av Hammerfest videregående skole. Innklagede benyttet et rådgivende ingeniørfirma, Sletten Finnmark AS, til å bistå seg i prosessen. Sletten Finnmark AS utarbeidet et konkurransegrunnlag datert 9. september 2002, som ble sendt til ulike leverandører.

I konkurransegrunnlaget ble det opplyst at tilbudsfristen var 20. desember 2002 og at det ville bli lagt vekt på pris, kvalitet og leveringstid ved valg av tilbud. Konkurransegrunnlaget inneholdt tekniske spesifikasjoner for aggregatene som skulle benyttes, og det ble stilt krav om at komplett utstyrsespesifikasjon skulle vedlegges tilbudene.

I de tekniske spesifikasjonene fremgikk det at det skulle leveres en roterende varmegjenvinner uten fuktighetsoverføring med en virkningsgrad på 75 % ved – 15 grader utetemperatur og +22 grader fraluftstemperatur, og at det skulle leveres en asksiradiell vifte med en kapasitet på 15000 m³/h. De tekniske spesifikasjonene var tatt inn i et forhåndsskrevet tilbudsformular vedlagt konkurransegrunnlaget som leverandørene skulle benytte ved innsendelsen av

tilbudene. Selv om anskaffelsen ikke ble kunngjort i Norsk lysingsblads elektroniske database (DOFFIN) i samsvar med forskrift om offentlige anskaffelser, kom det inn til sammen fem tilbud. Klagers tilbud hadde laveste pris, kr. 1 835 671,- eks. mva. Det ble oppdaget en summeringsfeil i tilbudet, og tilbudssummen ble som følge av dette økt med kr. 6 697,- eks. mva. Selskapet EnergiProsjekt AS leverte inn det nest laveste tilbudet på kr. 1 859 930,- eks. mva. Det var ikke vedlagt dokumentasjon på aggregatene verken i klagers tilbud

eller i tilbudet fra EnergiProsjekt AS. Begge tilbudene var imidlertid utarbeidet på tilbudsformularet, slik at leverandørene forpliktet seg til å levere i henhold til de tekniske spesifikasjonene i konkurransegrunnlaget.

I forbindelse med utarbeidelse av sitt tilbud hadde klager innhentet tilbud på aggregat fra selskapet Covent 16. desember 2002. Covent utarbeidet sitt tilbud til klager basert på den tekniske kravspesifikasjonen i konkurransegrunnlaget, men det tilbudte aggregatet tilfredsstilte likevel ikke fullt ut kravspesifikasjonen. Aggregatet som ble tilbudt av Covent 16. desember 2002 hadde bare en virkningsgrad på min. 72,8 % ved – 15 grader utetemperatur og + 22 grader fraluftstemperatur, og omfattet en sentrifugalvifte istedenfor asksiradiell vifte. Dette ble imidlertid ikke kommentert av klager ved utarbeidelsen av hans tilbud.

Klagers tilbud ble innlevert 20. desember 2002. Det fremgikk av tilbudet at det ville bli levert aggregater fra Covent, men ikke hvilken modell eller type aggregat.

Innklagedes håndtering og evaluering av tilbudene

Sletten Finnmark AS oppdaget ved gjennomgangen av tilbudene at dokumentasjon på aggregatene ikke var vedlagt tilbudene fra klager og fra EnergiProsjekt AS, og ba i e-post 30.12.2002 om at dette ble sendt inn "snarest mulig".

EnergiProsjekt AS sendte inn dokumentasjonen 2. januar 2003 for aggregater av type Flåkt, og dokumentasjon på aggregat av merket Covent som alternativt utstyr, men da med en prisreduksjon på kr. 29 000,-.

Klager sendte, etter å ha mottatt to telefoniske purringer, dokumentasjon på telefaks til Sletten Finnmark AS 6. januar 2003. Klager ble like etter oppmerksom på at dokumentasjonen ikke var i samsvar med kravspesifikasjonen. Verken Sletten Finnmark AS eller Finnmark Fylkeskommune fikk etter det opplyste varsel om dette. Klager tok derimot kontakt med Covent, som leverte klager dokumentasjon på et annet aggregat som oppfylte de tekniske spesifikasjonene. Klager sendte dette uoppfordret til innklagede den 8. januar 2003. Klager redegjorde samtidig for avviket fra de tekniske spesifikasjonene i dokumentasjonen som ble oversendt 6. januar 2003.

Sletten Finnmark AS bygde i sin evaluering på den dokumentasjon klager sendte inn 6. januar 2003, og ikke dokumentasjonen sendt inn 8. januar 2003. Aggregatet som ble tilbudt gjennom dokumentasjonen av 6. januar oppfylte dermed ikke kravspesifikasjonen, og Sletten Finnmark AS stipulerte et pristillegg på kr. 39 000,- for å kompensere for dette. Klager var dermed ikke lenger lavest i pris. Sletten Finnmark AS innstilte på at kontrakt ble tildelt EnergiProsjekt AS, noe innklagede la til grunn for sitt valg.

Partenes anførsler:

Klagers anførsler:

Klager anfører at innklagede skulle lagt til grunn dokumentasjonen som ble sendt inn 8. januar, og at tilbudet derfor var i samsvar med kravspesifikasjonen. Pristillegget på klagers tilbud var derfor urettmessig. Uten dette ville klagers tilbud vært lavest i pris, og også det økonomisk mest fordelaktige.

Innklagedes anførsler:

Innklagede bestrider at tilbudet oppfylte de tekniske spesifikasjonene, og anfører at det er dokumentasjonen som ble levert inn 6. januar og ikke 8. januar som må legges til grunn. Innklagede anfører at det er korrekt å gi tilbudet fra klager et stipulert pristillegg, men at pristillegget skulle vært kr. 29 000,- eks. mva., ikke kr. 39 000,- eks. mva. Aggregatet som klager leverte inn dokumentasjon på 6. januar 2003 tilsvarer det alternative tilbudet fra EnergiProsjekt AS med aggregat fra Covent, som lå kr. 29 000,- lavere i pris enn det prinsipale tilbudet fra EnergiProsjekt AS med aggregater fra Flåkt, og som tilfredsstilte de tekniske spesifikasjonene.

Innklagede opplyser at dersom tilbudet ikke hadde blitt gitt et stipulert pristillegg, ville utfallet av konkurransen vært den samme, idet man da måtte lagt vekt på at kvaliteten på leveransen var lavere enn kravene i konkurransegrunnlaget. Hensikten med å legge til det stipulerte pristillegget var å gjøre tilbudene teknisk likeverdige og dermed sammenlignbare.

Klagenemndas vurdering:

Klager har deltatt i den aktuelle konkurransen og har saklig klageinteresse. Klagen er rettidig, jf. forskrift om klagenemnda for offentlige anskaffelser § 6.

Det rettslige utgangspunktet er at innklagede hadde en rett, men ikke en plikt, til å avvise tilbudene som ikke hadde dokumentasjonen vedlagt, jf. forskrift om offentlige anskaffelser § 8-10 (2) bokstav a). Klager ble den 30. desember 2002 skriftlig anmodet om å ettersende den nødvendige dokumentasjonen "snarest mulig". Det ble purret på ettersendelsen to ganger. Når klager leverte dokumentasjon uten noe forbehold den 6. januar, kan ikke klagenemnda se at innklagede hadde plikt til å legge til grunn den nye dokumentasjonen som deretter ble levert inn 8. januar. Klagenemnda viser i den forbindelse til innklagedes anførsel om at innsendelsen den 8. januar ble oppfattet som et forsøk på å gjøre tilpasninger i de foreliggende tilbud i ettertid for å oppnå en konkurransefordel. Klagenemnda finner ikke grunn til å underkjenne denne vurderingen.

Når innklagede etter dette fant å måtte legge til grunn dokumentasjonen av 6. januar, måtte innklagede etter klagenemndas oppfatning kunne velge om klagers tilbud skulle gis et pristillegg for å gjøre det teknisk sammenlignbart med de øvrige tilbudene, eller om tilbudet skulle avvises. Klagenemnda kan derfor ikke se at det var i strid med regelverket å stipulere et pristillegg ved sammenligningen av tilbudene.

Konklusjon:

Finnmark fylkeskommune har ikke brutt lov og forskrift for offentlige anskaffelser ved ikke å tildele klager kontrakten.

For klagenemnda,

Siri Teigum

18/3-03



Forsiden
Nemndsmedlemmer
Saksbehandling
Regelverk
Innkomne saker
Statistikk
Årsrapporter
Dommer
Søk i avgjorte saker

Avgjorte saker:
[2003](#) [2004](#) [2005](#)

Besøksadresse
H. Heyerdalsgate 1
0033 Oslo

Postadresse
Postboks 8132 Dep
0033 Oslo

Tlf.: 22 33 70 10

Faks: 22 33 70 12

E-post:

postmottak@kofa.no

Avgjorte saker

Klagenemndas avgjørelse 10. mars 2003 i sak 2003/7

Klager ble avvist fra en konkurranse om anskaffelse av byggeledertjenester. Klager er organisert som et aksjeselskap med en ansatt, og innklagede fant av den grunn at klager ikke var egnet til å påta seg kontraktsforpliktelsene. Anskaffelsen ville innebære utførelse av 2060 egne arbeidstimer over en periode på 1 ½ år. Klager hadde bare forpliktende samarbeid innenfor tilbudsprisen med avløser for 60 dager. Klagenemnda kom frem til at avvisningen ikke var i strid med regelverket for offentlige anskaffelser.

Klager: Siviling. Jach Larsen AS

Pb. 92

2026 Skjetten

Innklaget: Oslo kommune

Undervisningsbygg Oslo KF

Pb. 6437 Etterstad

0605 Oslo

Klagenemndas medlemmer: Per Christiansen, Inger Marie Dons Jensen, Andreas Wahl

Saken gjelder:

Avvisning fra konkurranse om byggeledertjenester på grunn av forhold ved leverandøren.

Sakens bakgrunn:

Om anskaffelsen:

I forbindelse med oppføring av skole på Kastellet i bydel Nordstrand kunngjorte Oslo kommune, Undervisningsbygg Oslo KF, (heretter kalt "innklagede") en åpen anbudskonkurranse for anskaffelse av byggeledelse.

Konkurransen ble kunngjort i Norsk Lysingsblads elektroniske database 24. mai 2002, og tilbudsfrist var 1. juli 2002 kl. 13. I kunngjøringen ble det stilt følgende

krav til leverandørenes kvalifikasjoner og krav til dokumentasjon:

"Økonomisk og finansiell kapasitet – dokumentasjon som kreves: Firmaets økonomiske soliditet.

Teknisk kapasitet – dokumentasjon som kreves: Firmaets kompetanse og kapasitet. Redegjørelse vedr. firmaets kvalitetssikringsystem/-styringssystem.

Referanseliste over relevante oppdrag leverandøren har utført de siste 3 år."

Innklagede sendte ut et konkurransegrunnlag hvor det ble stilt ytterligere krav:

"Leverandøren skal dokumentere å inneha kompetanse til å oppfylle kontraktsforpliktelsene. Oppdragsgiver legger vekt på leverandørens tekniske kvalifikasjoner, herunder faglig kompetanse, effektivitet, erfaring og pålitelighet. Videre vektlegges leverandørens finansielle og økonomiske stilling."

Videre ble det i konkurransegrunnlaget krevd ytterligere dokumentasjon, herunder årsregnskap, oversikt over leverandørens bemanning og opplysninger om hvor stor del av kontrakten som ville bli overdratt til under- og sideleverandører.

Det ble i konkurransegrunnlaget opplyst at tildeling av kontrakt ville skje på basis av det økonomisk mest fordelaktige tilbud. I vurderingen ville det bli lagt vekt på: "- Pris, herunder forbehold og reservasjoner i tilbudet. – Oppdragsforståelse gjennomføring"

Om klagers organisasjon og tilbud:

Klager er organisert som et aksjeselskap med en ansatt og har til formål å selge ingeniør- og konsulenttenester til kommunale etater og private oppdragsgivere. Selskapet som ble stiftet i 1992, hadde i 2001 driftsinntekter på ca. kr (tatt ut av Internett-versjonen) og et årsunderskudd på ca. kr (tatt ut av Internett-versjonen). I klagers tilbud var det lagt opp til et samarbeid med Erichsen & Horgen AS vedrørende byggeledelse av VVS arbeider og med AS Rasmussen & Strand vedrørende byggeledelse av elektrotekniske arbeider. Det var forutsatt at disse to selskapene ville utføre 418 timer med arbeid. Det var i tilbudet vedlagt en erklæring om at selskapet Siv.ing. Hans P. Brekkan AS ville tre inn i klagers kontraktsforpliktelser i en periode på inntil 60 dager dersom klager skulle bli "indisponert".

Gjennomføringen av konkurransen:

Det kom inn 13 tilbud, herunder tilbudet fra klager. I brev til leverandørene 3. september 2002 informerte innklagede om at et av tilbudene var valgt ut som det økonomisk mest fordelaktige. Det kom inn flere klager på innklagedes valg av tilbud før klagefristens utløp, og innklagede gjorde på denne bakgrunn en ny vurdering. I brev til leverandørene 25. september 2002 ble leverandørene orientert om resultatet av den nye evalueringen.

Under den nye evalueringen ble innklagede oppmerksom på mangler ved klagers kvalifikasjoner, og avviste klager fra konkurransen. I brev til klager 25. september 2002 viste innklagede til at klager var organisert som et enkeltmannsforetak, og begrunnet forkastelsen med at klager ikke hadde dokumentert tilstrekkelig evne til å oppfylle kontraktsforpliktelsene.

Partenes anførsler

Klagers anførsler:

Klager har anført at avvisningen var i strid med regelverket for offentlige anskaffelser. Han anfører at kriteriet "pålitelighet" er for uklart til å kunne begrunne avvisning, og at det var urimelig å ikke anse klager for å oppfylle dette kvalifikasjonskravet. Klager anfører videre at forkastelsen skjedde for sent, jf. kravet i forskriften § 8-13 om at avvisning skal skje "snaest mulig".

Klager anfører også at innklagede har brutt sin opplysningsplikt ved ikke å opplyse klager om vinnertilbudets pris.

Klager anfører videre at innklagede har brutt regelverket for offentlige anskaffelser ved å benytte "oppdragsforståelse" som tildelingskriterium. Kriteriet er uklart og gir ingen økonomisk merverdi for innklagede når leverandørene først anses for kvalifisert for oppdraget. Videre anføres at kriteriet er et kvalifikasjonskriterium og av den grunn ikke kan benyttes som et tildelingskriterium. Klager anfører at det som følge av dette bare kunne legges vekt på pris, og at innklagede pliktet å velge klagers tilbud.

Subsidiært anfører klager at innklagede har brutt regelverket for offentlige anskaffelser ved ikke å prioritere tildelingskriteriene. Klager viser til at innklagede har benyttet et vektingsystem ved valg av tilbud, og at en prioritering derfor var mulig.

Innklagedes anførsler:

Innklagede bestrider å ha brutt regelverket for offentlige anskaffelser under gjennomføringen av anskaffelsesprosessen.

Innklagede anfører at avvisningen var rettmessig, idet klager var organisert som et enkeltmannsforetak og derfor sårbar når arbeidsomfanget ville være på 2478 (2060 egne) timer i løpet av 1 1/2 år. Tilbudet fra Siv.ing Hans Brekkan AS om å tre inn i kontrakten for en periode på 60 dager dersom klager ble "indisponert", kunne ikke anses tilstrekkelig til å endre denne vurderingen.

Innklagede bestrider at kvalifikasjons- og tildelingskriteriene var uklare, og at det ikke ble gitt tilstrekkelige opplysninger om det valgte tilbudet.

Subsidiært anføres at klagers tilbud uansett ikke var det økonomisk mest fordelaktige tilbudet, idet forbeholdet fra Siv.ing. Hans Brekkan AS om å tre inn i kontrakten kun for en periode på 60 dager må prises inn i tilbudet før det kan sammenlignes med de øvrige tilbudene. Tilbudet måtte prises opp med ca. kr 320 000,- eks. mva., og ville da være dyrere enn det valgte tilbudet.

Klagenemndas vurdering:

Klager har deltatt i konkurransen om å bli tildelt kontrakten, og klagenemnda finner derfor at klager har "saklig interesse" i å fremme klagen, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig.

Avvisning av klager etter forskrift om offentlige anskaffelser § 8-12 (1) a:

Oppdragsgiver kan stille krav til leverandørene som skal delta i konkurransen for å sikre at de er egnet til å oppfylle kontraktsforpliktelsene, jf. forskrift om offentlige anskaffelser § 5-5. Hvilke krav som stilles, vil indirekte komme til uttrykk gjennom hvilken dokumentasjon av leverandørens tekniske kvalifikasjoner og finansielle og økonomiske stilling som kreves fremlagt, jf. forskriften §§ 5-10 og 5-11. Oppdragsgiver plikter å angi i kunngjøringen hvilke krav som "i hovedtrekk" stilles til leverandørens kvalifikasjoner. Dette innebærer imidlertid i utgangspunktet ikke en plikt til å definere kvalifikasjonskravene i detalj eller å angi nivået som kreves oppfylt. Angivelsen av kvalifikasjonskravene kan imidlertid ikke være så vag eller upresis at det i

realiteten gir oppdragsgiver et for vidt skjønn i kvalifiseringen.

Når det gjelder kravet til leverandørens "pålitelighet", må dette ses i sammenheng med kravet om at leverandørene skulle levere inn dokumentasjon på bemanning og CV for nøkkelpersoner. På denne bakgrunn finner klagenemnda at kvalifikasjonskravet er tilstrekkelig presist til å oppfylle forskriftens krav.

Når oppdragsgiver ikke angir kvalifikasjonskravene gjennom absolutte krav, vil det være rom for et visst skjønn i vurderingen av om den enkelte leverandør er kvalifisert til å påta seg de aktuelle kontraktsforpliktelsene. Klagenemnda kan prøve om vurderingen er basert på riktig faktum, og om saksbehandlingen har vært forsvarlig, i tillegg til om selve skjønnet er urimelig, usaklig eller vilkårlig. Videre kan klagenemnda prøve om kravet som er stilt, står i forhold til den ytelse som skal leveres, jf. forskriften § 5-5 (2), og om kravet er i strid med andre bestemmelser i regelverket.

Det er ikke anført av klager at det var planer om å øke bemanningen i selskapet, og det må derfor legges til grunn at det i det vesentligste bare ville være en person til å utføre arbeidet. Det må anses på det rene at på grunn av den lange tidsperioden (1 ½ år) og det store antallet arbeidstimer (2060 på klager selv) vil det være risiko for at kontrakten kan bli misligholdt som følge av at det bare er avsatt en person til arbeidet. Klagenemnda kan ikke se at innklagedes vurdering på dette punktet er urimelig, vilkårlig eller usaklig. Dette kan ikke oppveies ved at et annet selskap forpliktet seg til å tre inn i kontrakten på samme vilkår for en periode på 60 dager, idet dette bare vil gjelde en begrenset del av kontraktsperioden.

Det er ikke indikasjoner på at innklagede har lagt et annet nivå til grunn i forhold til øvrige leverandører i konkurransen. Klagenemnda viser i den forbindelse til at den valgte leverandør har et betydelig antall ansatte, og at risikoen for mislighold av den grunn isolert sett vil være mindre. Det er derfor ikke grunnlag for å hevde at det har skjedd en usaklig forskjellsbehandling.

Klagenemnda kan etter dette ikke se at avvisningen av klager er i strid med lov om offentlige anskaffelser med forskrifter.

Spørsmålet om avvisningen skjedde for sent:

Innklagedes mulighet for å foreta en revurdering av leverandørens egnethet uten at det foreligger nye opplysninger eller leverandørens egnethet er endret, kan være begrenset. Klagenemnda kan imidlertid ikke se at det er anført noen grunner eller foreligger noen klare opplysninger i den foreliggende sak som tilsier at vurderingen av klagers kvalifikasjoner i denne saken var bindende avgjort.

Innklagede pliktet å gi klager melding snarest mulig med en kort begrunnelse for hvorfor han ble avvist, jf. forskriften § 3-8. Det er ikke opplyst nøyaktig hvor lang tid som gikk fra beslutningen om å forkaste forespørselen ble truffet, frem til klager ble kjent med denne. Klagenemnda kan ut fra de dokumenter som er lagt frem, ikke se at det gikk uforholdsmessig lang tid fra beslutningen om å avvise klager ble tatt, til klager ble underrettet.

Øvrige anførsler:

Klagenemnda finner ikke grunn til å gå nærmere inn på de øvrige anførslene idet klagenemnda legger til grunn at avvisningen av klager ikke var i strid med regelverket for offentlige anskaffelser.

Konklusjon:

Oslo kommune har etter det anførte ikke optrådt i strid med lov og forskrift om offentlige anskaffelser ved å avvise Siv.ing. Jach Larsen AS fra konkurransen om byggeledertjenester for Kastellet skole.

For klagenemnda: Inger Marie Dons Jensen
mars 2003

10.



Forsiden
Nemndsmedlemmer
Saksbehandling
Regelverk
Innkomne saker
Statistikk
Årsrapporter
Dommer
Søk i avgjorte saker

Avgjorte saker:
[2003](#) [2004](#) [2005](#)

Besøksadresse
H. Heyerdalsgate 1
0033 Oslo

Postadresse
Postboks 8132 Dep
0033 Oslo

Tlf.: 22 33 70 10

Faks: 22 33 70 12

E-post:

postmottak@kofa.no

Avgjorte saker

Klagenemndas avgjørelse 10/3-2003 i sak 2003/13

Innklagede gjennomførte en anbudskonkurranse vedrørende totalentreprise for oppføring av sykehjem og rehabiliteringssenter. Kompetanse til å velge tilbud var delegert til et utvalg bestående av tre politiske representanter. Det politiske utvalget fravek med to mot en stemme administrasjonens innstilling om valg av tilbud. Klagenemnda fant at beslutningen var ugyldig som følge av inhabilitet hos en av representantene i utvalget. Representanten har en sentrale posisjon i Grenland Byggningsarbeiderforbund, en forening som har engasjert seg sterkt vedrørende valg av tilbud. Kravene til inhabilitet er skjerpet i en konkurransesituasjon, og allmennheten må ha tillit til at ingen av leverandørene er favorisert og at konkurransen er åpen og reell.

Klager: Byggholt AS

Prosessfullmektig: Adv. Stein Løitegaard

Pb. 73

3901 Porsgrunn

Innklaget: Porsgrunn kommune

Prosessfullmektig: Adv. Annie Krefting

Pb. 1633 Vika

0119 Oslo

Klagenemndas medlemmer: Per Christiansen, Inger Marie Dons Jensen, Andreas Wahl

Saken gjelder:

Inhabilitet.

Sakens bakgrunn:

Om anskaffelsen:

Porsgrunn kommune (heretter kalt ?innklagede?) kunngjorde 26. september 2001 en begrenset anbudskonkurranse vedrørende totalentreprise på oppføring

av nytt sykehjem og rehabiliteringssenter.

Innklagede mottok fire tilbud, og en utvalgelseskomité med blant annet rådgivere, arkitekter og brukergrupper evaluerte de innkomne tilbudene. Tre av tilbudene ble etter dette avvist. Innklagede besluttet på denne bakgrunn å gå over i en konkurranse med forhandling og inviterte tre av leverandørene, herunder klager, til forhandlinger etter forskriften § 4-3.

Etter at forhandlingene var sluttført, gjennomgikk representanter fra de ulike gruppene i utvalgelseskomiteen tilbudene. Gruppene tok utgangspunkt i de opprinnelige tilbudene og de poeng disse skåret i den første evalueringen, og justerte poengene ut fra de endringer som var blitt foretatt.

Utvalgelseskomiteen innstilte etter dette på at klagers tilbud var det økonomisk mest fordelaktige ut fra tildelingskriteriene som var lagt til grunn. Kommunens administrasjon sluttet seg til dette og anbefalte i sin innstilling at kontraktsforhandlinger ble innledet med klager.

Kompetansen til å velge tilbud er delegert til Det faste utvalget for nybygg. Utvalget består av tre politisk valgte representanter og er utgått fra teknisk hovedutvalg (byggningsrådet).

Utvalget besluttet i møte 13. januar 2003 med to mot én stemme at det skulle innledes kontraktforhandlinger med en av de andre leverandørene, Hus og Hyttebygg AS, med sikte på å inngå kontrakt. Utvalget begrunnet beslutningen med en ?helhetsvurdering? basert på at Hus og Hyttebyggs prosjekt var billigere, og at arkitektens vurdering var at prosjektet til Hus og Hyttebygg var bedre enn klagers.

Som følge av at klagenemnda for offentlige anskaffelser tok saken under behandling valgte kommunens administrasjon å legge saken frem for Det faste utvalget på nytt. I forslag til vedtak innstilte kommunens administrasjon på at den første beslutningen om valg av tilbud truffet av Det faste utvalget for nybygg ble annullert, og at saken ble tatt opp til fornyet behandling. Utvalget opprettholdt sin beslutning, men ga en mer utfyllende begrunnelse for valget. Utvalget vurderte en av representantenes (Vågsether) habilitet, og konkluderte med at denne ikke var inhabil.

Nærmere om inhabilitetsspørsmålet:

Representant Ottar Vågsether har vært medlem av Det faste utvalg for nybygg i 11 år. Han er ansatt som forretningsfører i Grenland Bygningsarbeiderforbund, et forbund som har engasjert seg sterkt i spørsmålet om hvem som skal bli tildelt den aktuelle kontrakten. Forbundet har blant annet kommet med sterkt negative utsagn om klagers virksomhet både i media og i brev til kommunen. Bakgrunnen for dette er foreningens prinsipielle motstand mot firmaer som benytter underentreprenører, noe klager etter forbundets mening benytter. Klager har vist til at foreningen har uttalt at den vil gjøre alt som er mulig for å hindre at klager får kontrakter med kommunen. Dette er ikke imøtegått av innklagede.

Av de fremlagte dokumenter fremgår at Vågsether tidligere har arbeidet 15 år for Hus og Hyttebygg, frem til 1988 da han gikk over til Grenland Bygningsarbeiderforbund.

Klager anførte før første behandling i Det faste utvalget at Vågsether på grunn av sitt engasjement i saken var inhabil, noe Det faste utvalget valgte å se bort fra. I forkant av andre gangs behandling innhentet kommunens administrasjon en vurdering fra ekstern advokat hvor det ble konkludert med at Vågsether måtte anses inhabil på grunn av sin stilling i Grenland Bygningsarbeiderforbund. Betenkningen ble fremlagt for Det faste utvalget, som likevel valgte å konkludere med at Vågsether ikke var inhabil.

Partenes anførsler:*Klagers anførsler:*

Klager viser til at hans tilbud var evaluert som det økonomisk mest fordelaktige tilbudet av administrasjonen og utvalgelseskomiteen, og anfører at innklagede har brutt lov om offentlige anskaffelser med forskrifter ved å velge Hus & Hyttebyggs tilbud.

Klager anfører for det første at beslutningen om valg av tilbud må anses ulovlig. Klager anfører at Det faste utvalget for nybygg ikke kunne overprøve den prosjektmessige evalueringen som var foretatt, og viser til at det på forhånd var angitt en egen utvalgelseskomite som skulle foreta denne vurderingen. Klager anfører også at representant Vågsether var inhabil, og at dette påvirket utfallet av beslutningen. Klager anfører videre at utvalgets beslutning endret vektningen av tildelingskriteriene som ble lagt til grunn i konkurransegrunnlaget. Klager viser her til uttalelser fra nemndmedlemmene i media.

Klager anfører for det andre at begrunnelsen for valget som er gitt, er i strid med regelverket for offentlige anskaffelser. Det må stilles skjerpede krav til begrunnelsen når et politisk utvalg velger å fravike administrasjonens innstilling. Det er etter klagers oppfatning begrunnelsen fra det første utvalgsmøtet som må legges til grunn, og ikke begrunnelsen utvalget ga etter møtet 13. februar 2003. Sistnevnte begrunnelse er konstruert med tanke på å unngå erstatningssøksmål.

For det tredje anføres at innklagedes saksbehandling har vært vilkårlig. Dette fremgår ikke uttrykkelig av de oversendte papirer, men er underforstått i klagers brev til klagenemnda datert 29. januar 2003. Klager viser herunder til at karakteren på området ?brann? ble hevet fra 2,0 til 3,5 og at ingen av medlemmene i Det faste utvalget for nybygg har faglig kompetanse på dette område.

Klager anfører at vilkårene for erstatning er tilstede.

Innklagedes anførsler:

Innklagede avviser at det forelå inhabilitet hos representanten Vågsether. Vågsethers ansettelsesforhold i Grenland bygningsarbeiderforbund var allment kjent. Han har sittet i Det faste utvalget for nybygg i 11 år, og det har med jevne mellomrom vært stilt spørsmål om hans habilitet på grunn av tilknytningen til Grenland bygningsarbeiderforbund og vært påberopt inhabilitet. Han har ved alle anledninger blitt vurdert som habil av innklagede. Innklagede avviser at presseomtale er relevant i vurderingen. Forbundet bruker sterke ord og er ofte i pressen, men denne saken skiller seg ikke fra andre saker hvor forbundet har engasjert seg. Det anføres videre at bestemmelsen i forvaltningsloven § 6 må innebære en stor grad av skjønn, og utvalgets avgjørelse ligger innenfor dette skjønnet.

Det anføres at Det faste utvalg for nybygg har full kompetanse til å endre administrasjonens innstilling og utvalgelseskomiteens evaluering, så lenge utvalget holder seg til konkurransekriteriene. Begge tilbudene er vurdert som ganske like, og innklagede må da ha større adgang til å utøve skjønn enn dersom det foreligger en markert forskjell på prosjektene. Det står utvalget fritt å vurdere annerledes innenfor de oppgitte kriteriene. Utvalget har kun vurdert karaktergivningen annerledes enn utvalgelseskomiteen på enkelte punkter. Det anføres at det ikke er trukket inn utenforliggende hensyn. Det er i konkurransegrunnlaget opplyst at den endelige avgjørelsen vil tas av utvalget, og at utvalgelseskomiteen bare er rådgivende. Det kan ikke gjelde skjerpede krav til saksbehandlingen ved fravikelse av administrasjonens innstilling.

Innklagede avviser at vilkårene for erstatning er til stede.

Klagenemndas vurdering:

Klager har deltatt i konkurransen om å bli tildelt kontrakten, og klagenemnda finner derfor at klager har saklig interesse? i å fremme klagen, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig.

Inhabilitet:

Forskrift om offentlige anskaffelser § 3-4 gir habilitetsreglene i forvaltningsloven § 6 direkte anvendelse ved offentlige anskaffelser. Habilitetsreglene skal blant annet motvirke partisk og usaklig behandling og sikre tilliten til at de offentlige avgjørelser er riktige, og at alt går riktig for seg. Om vedkommende tjenestemann selv føler seg habil eller ikke er ikke avgjørende.

Spørsmålet er om representanten Vågsether er inhabil etter forvaltningsloven § 6 andre ledd som følge av særegne forhold?. Utgangspunktet er at en tjenestemann som er alminnelig interessert i en sak, ikke av den grunn vil være inhabil ved behandlingen av saken. Men hvis han har engasjert seg spesielt sterkt i akkurat denne saken, for eksempel i den offentlige debatt, kan tjenestemannen på grunn av sitt særlige engasjement ha en slik tilknytning til saken at det vil kunne være egnet til å svekke tilliten. Det samme gjelder dersom det har utviklet seg et anstrengt forhold mellom tjenestemannen og den aktuelle personen eller selskapet saken gjelder.

Grenland Bygningsarbeiderfobunds sterke engasjement i saken og Vågsethers sentrale stilling i foreningen svekker tilliten til Vågsethers upartiskhet. Det må videre legges vekt på at inhabilitet er påberopt av klager, jf. forvaltningslovens § 6 andre ledd, siste punktum, og klagenemnda viser i den forbindelse til at dette i særlig grad må gjelde når det er en konkurransesituasjon, jf. Rt. 1998 s. 1398 (Torghatten).

Klagenemnda legger til grunn at i en sak om offentlige anskaffelser må allmennheten ha tillit til at ingen av leverandørene er favorisert og at konkurransen er åpen og reell.

Klagenemnda er etter dette kommet til at representanten Vågsether er inhabil ved valg av tilbud i den påklagede konkurransen. Beslutning om valg av tilbud ble truffet med to mot én stemme. Klagenemnda finner på denne bakgrunn at Vågsethers inhabilitet kan ha hatt betydning for den endelige beslutningen, og at denne derfor må anses ugyldig.

De øvrige anførsler:

Når Vågsether var inhabil og innklagedes beslutning om valg av tilbud derfor var ugyldig, finner klagenemnda ikke grunn til å gå inn på de øvrige anførslene fra klager.

Konklusjon:

Klagenemnda finner at representanten Vågsether er inhabil i forhold til valg av tilbud i den aktuelle anskaffelse, og Porsgrunn kommune har brutt forskrift om offentlige anskaffelser § 3-4 ved at representanten Vågsether likevel deltok i beslutningen om valg av tilbud.

Klagenemnda ber Porsgrunn kommune redegjøre hvor hvordan feilen vil bli rettet innen 11. april 2003.

For klagenemnda

10. mars 2003

Andreas Wahl



Forsiden
Nemndsmedlemmer
Saksbehandling
Regelverk
Innkomne saker
Statistikk
Årsrapporter
Dommer
Søk i avgjorte saker

Avgjorte saker:
[2003](#) [2004](#) [2005](#)

Besøksadresse
H. Heyerdalsgate 1
0033 Oslo

Postadresse
Postboks 8132 Dep
0033 Oslo

Tlf.: 22 33 70 10

Faks: 22 33 70 12

E-post:
postmottak@kofa.no

Avgjorte saker

Klagenemndas avgjørelse 10. mars 2003 i sak 2003/22

Innklagede kunngjorde en konkurranse med forhandling av arkitekttjenester i DOFFIN. Anskaffelsen gikk etter reglene i forskriften del III, og det ble satt en frist på fem virkedager for å levere forespørsel om å delta i konkurransen. Klagenemnda kom etter en konkret vurdering til at fristen var for kort og dermed i strid med regelverket.

Klager: Norske Arkitekters Landsforbund

Josefines gate 34

0351 Oslo

Innklaget: Hadsel kommune

Rådhuset

8452 Stokmarknes

Klagenemndas medlemmer: Per Christiansen, Inger Marie Dons Jensen, Andreas Wahl

Saken gjelder:

Frist for forespørsel om deltakelse i en konkurranse med forhandling.

Bakgrunn:

Hadsel kommune (heretter kalt "innklagede") kunngjorde i Norsk Lysingsblads elektroniske database (DOFFIN) en anskaffelse av arkitekttjenester i forbindelse med utforming og beskrivelse av tiltak for rehabilitering av paviljong på Stokmarknes Torg. Anskaffelsen ble kunngjort som konkurranse med forhandling.

Kunngjøringen ble registrert i DOFFIN torsdag 30. januar 2003 kl. 9.54, og i kunngjøringen var det opplyst at siste frist for mottak av forespørsel om deltakelse i konkurransen var onsdag 5. februar 2003. Kunngjøringen sto også på trykk i Norsk Lysingsblad tirsdag 4. og fredag 7. f

ebruar 2003. I kunngjøringen ble det stilt krav om at skatteattester og HMS-erklæring skulle være innlevert innen fristen for forespørsel om å delta i konkurransen.

Innklagede mottok 12 forespørsler om å delta i konkurransen, og ni leverte inn tilbud.

Partenes anførsler:

Klagers anførsler:

Klager anfører at innklagede har brutt regelverket for offentlige anskaffelser ved å sette for kort frist for forespørsler om å delta i konkurransen. Klager viser til at fra tidspunktet kunngjøringen sto på trykk i Norsk Lysingsblad første gang, var det én dag igjen av fristen, og at andre gang den sto på trykk var fristen allerede utløpt. At så mange som 12 leverandører meldte sin interesse for å delta i konkurransen er ikke relevant i vurderingen.

Selv om det ble opplyst at bare HMS-erklæring og skatteattester skulle leveres inn, vil mange leverandører oppfatte kunngjøringen slik at det må sendes inn dokumentasjon på egnetheten til å påta seg oppdraget. I fristfastsettelsen må det tas høyde for at det tar tid å fremskaffe og redigere slik informasjon.

Innklagedes anførsler:

Innklagede bestrider at det ble gitt for kort tid. Kunngjøringen ble sendt til Norsk Lysingsblad den 30. januar, og det var da fortsatt fem dager igjen av tidsfristen. Dette må være tilstrekkelig.

Klagenemndas vurdering:

Klageinteresse og klagenemndas kompetanse:

Den aktuelle anskaffelsen retter seg mot yrkesgruppen arkitekter. Som bransjeorganisasjoner for arkitekter, finner klagenemnda at Norske Arkitekters Landsforbund har saklig klageinteresse, jf. forskrift om offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig.

Regelverket:

Klagenemnda legger til grunn at anskaffelsen skal følge reglene i forskrift om offentlige anskaffelser del I og del III, jf. forskriften § 2-1 (2). Dette er ikke omstridt.

Det er i forskriftens del III ingen regler som direkte regulerer lengden på tidsfristen for å levere inn forespørsler om å delta i en konkurranse. Utgangspunktet for vurderingen må derfor tas i de generelle regler for konkurransen og i forskriften § 3-1.

Klagenemndas vurdering:

Utgangspunktet for vurderingen er at konkurransen skal gjennomføres på en forsvarlig måte og for øvrig i samsvar med god anbuds- og forretningsskikk jf. forskriften § 3-1 (2). Forskriften del II har regler om minimumsfrister i kap. 7. Ved konkurranse med forhandling er minimumsfristen 37 dager, jf. § 7-3 (1), mens det etter § 7-4 i hastetilfeller kan settes kortere frist (15 dager).

Det er rimelig at fristen for anskaffelser etter forskriften del III etter omstendighetene må kunne være kortere enn etter del II. Men det er i dette tilfellet ikke anført fra innklagede at det dreier seg om noe hastetilfelle.

Utover oppdragsgivers mulige behov for en rask gjennomføring av en anskaffelse vil det kunne være særlig relevant hvor nøyaktig og presist anskaffelsen er beskrevet i kunngjøringen og hvor omfattende dokumentasjon som kreves for leverandørenes kvalifikasjoner.

Fra kunngjøringen ble tatt inn i DOFFIN-databasen og frem til fristens utløp legger klagenemnda til grunn at det var fem virkedager disponibelt for potensielle leverandører. Innenfor denne fristen måtte leverandørene vurdere om anskaffelsen var av interesse, innhente HMS-erklæring og skatteattester og sende inn dette sammen med forespørselen om å delta. Etter klagenemndas mening var fristen på denne bakgrunn så kort, at dette kan ha medført at kvalifiserte leverandører ikke har fått rimelig anledning til å delta i konkurransen. Dette er i strid med intensjonene i regelverket om at anskaffelser så langt det er mulig skal baseres på konkurranse. Innklagede har heller ikke gitt noen begrunnelse for en kort frist. Klagenemnda finner etter en konkret vurdering at fristfastsettelsen var i strid med kravet til at konkurransen skal gjennomføres på en forsvarlig måte og for øvrig i samsvar med god anbuds- og forretningskikk, jf. forskrift om offentlige anskaffelser § 3-1 (2).

Konklusjon:

Hadsel kommune har brutt kravene i forskrift om offentlige anskaffelser § 3-1 (2) ved å sette en frist på fem virkedager for å levere inn forespørsel om å delta i konkurranse om levering av arkitekttjenester til paviljong på Stokmarknes torg.

For klagenemnda,

Per Christiansen

10/3 -03



Forsiden
Nemndsmedlemmer
Saksbehandling
Regelverk
Innkomne saker
Statistikk
Årsrapporter
Dommer
Søk i avgjorte saker

Avgjorte saker:

[2003](#) [2004](#) [2005](#)

Besøksadresse

H. Heyerdalsgate 1
0033 Oslo

Postadresse

Postboks 8132 Dep
0033 Oslo

Tlf.: 22 33 70 10

Faks: 22 33 70 12

E-post:

postmottak@kofa.no

Avgjorte saker

Klagenemndas avgjørelse 27. februar 2003 i sak 2003/11

Klager deltok i en åpen anbudskonkurranse om levering av rengjøringstjenester/ leie av vedlikeholdspersonell. Det fremgikk ikke av kunngjøringen om oppdragsgiver ville velge det økonomisk mest fordelaktige tilbudet eller tilbudet med laveste pris. Det var heller ikke opplyst om noen kriterier for valget. Klager leverte inn tilbudet med laveste pris, men ble ikke valgt. Klagenemnda legger til grunn at innklagede pliktet å velge tilbudet med laveste pris, og at innklagede la vekt på ulovlige kriterier i utvelgelsen. Klagenemnda legger til grunn i sin uttalelse at vilkårene for erstatning for den positive kontraktsinteresse kan være oppfylt.

Klager: Rengjøringservice Servicepartner AS

Kjerrheia 45 A

4621 Kristiansand

Innklaget: Fylkesmannen i Vest-Agder

Serviceboks 513

4605 Kristiansand

Klagenemndas medlemmer: Svein Dahl, Kai Krüger, Inger Roll-Matthiesen

Saken gjelder:

Kriterier for valg av tilbud. Utenforliggende hensyn. Erstatning for den positive kontraktsinteressen.

Sakens bakgrunn:

Om anskaffelsen:

Fylkesmannen i Vest-Agder (heretter kalt "innklagede") kunngjorde 21. juni 2002 en åpen anbudskonkurranse for leie av vedlikeholdspersonell for fylkeshuset i Vest-Agder. Fylkeshuset ventes å stå ferdig i første kvartal 2003 og skal romme 11 statsetater (herunder innklagede) i tillegg til Agder fylkeskommunes administrasjon. 500 personer vil arbeide i fylkeshuset og grunnflaten er på ca. 20 000 kvadratmeter.

Anskaffelsen var utformet som leie av vedlikeholdspersonell, og det fremgikk av kunngjøringen at leverandøren skulle ha arbeidsgiveransvaret for ansatte og vikarer, mens innklagede skulle ha ansvar for renholdsrekvisita og

utarbeidelse av renholdsplan. I kunngjøringen ble det stilt krav om at leverandørene skulle gi en timepris, og at avtaleperioden var på fem år med mulighet for opsjon på ytterligere fem år, uten at det er angitt hvem som har denne opsjonen.

I kunngjøringens punkt 2 ble det opplyst at det ikke var noe anbudsgrunnlag utover kunngjøringen, mens det i punkt 15 ble opplyst at kriterier for valg av tilbud skulle være "som oppgitt i anbudsgrunnlaget". Det er på det rene at det ikke ble utarbeidet noe konkurransegrunnlag og at leverandørene ikke fikk opplysninger om tildelingskriterier.

Innkomne tilbud:

Det kom inn fire tilbud. Rengjøringservice Servicepartner AS (heretter kalt "klager") sendte inn det laveste tilbudet med en timepris på kr. 189,-, mens Renhold & Konsulentenservice AS leverte det nest laveste tilbudet med en timepris på kr. 194,- pr. time.

Innklagede arrangerte suksessive møter den 1. oktober 2002 med klager og med Renhold & Konsulentenservice AS, og i referat fra påfølgende internt evalueringsmøte er det opplyst at det var liten prisforskjell på tilbudene, og at de forskjeller som bør legges til grunn når valg skal gjøres, er "daglig kontroll" og "organisasjonstilhørighet". Under punktet "daglig kontroll" uttales det i møtoreferatet: "her mener vi at kontroll av en som ikke har foretatt vasken er å foretrekke".

Innklagede kontaktet tre av referansene oppgitt av Renhold og Konsulentenservice. To av referansene var meget positive mens en svarte "både ja og nei". Innklagede kontaktet to av referansene oppgitt av klager. En av referansene var "ikke 100% fornøyd"/"misfornøyd" og en var meget godt fornøyd.

Kontrakt:

I kontrakt undertegnet mellom innklagede og Renhold & Konsulentenservice AS 8. november 2003 er det avtalt kr. 194,- pr. time for "vedlikeholdspersonell daglig renhold", kr. 194,- pr. time for "vedlikeholdspersonell forefallende arbeid" og kr. 205,- pr. time for "vedlikeholdspersonell hovedrengjøring". Det er ikke gitt noen forklaring på hvorfor prisen innklagede skal betale har økt i forhold til det opprinnelige tilbudet.

Partenes anførsler:

Klagers anførsler:

Det er anført at innklagede pliktet å velge tilbudet med laveste pris og at valg av tilbud derfor har vært i strid med regelverket for offentlige anskaffelser. Uansett må klager anses å ha lagt vekt på tildelingskriterier som ikke var opplyst i kunngjøringen.

Det anføres også at begrunnelsen for valg av tilbud ikke var i henhold til regelverkets krav, idet pris på konkurrentens tilbud ikke ble opplyst.

Det anføres videre at innklagede har forhandlet med Renhold og Konsulentenservice i strid med forhandlingsforbudet ved anbudskonkurranser og at innklagede pliktet å ta kontakt med flere enn to av de oppgitte referanser.

Innklagedes anførsler:

Innklagede har i ettertid erkjent at pris skulle vært opplyst i begrunnelsen.

Når det gjelder valg av tilbud, anfører innklagede at det aldri var meningen å basere anskaffelsen kun på laveste pris. Meningen var å legge vekt både på pris og kvalitet. Det var en feil at innklagede ikke oppga tildelingskriterier i kunngjøringen, men det anføres at klager som følge av denne feilen ikke kom i noen dårligere posisjon enn andre. Manglende angivelse av tildelingskriteriene var etter innklagedes oppfatning noe alle leverandørene måtte forholde seg til.

Innklagede avviser at det forelå noen plikt til å kontakte mer enn to referanser og bestrider også at det er forhandlet i strid med forhandlingsforbudet ved anbudskonkurranser.

Klagenemndas vurdering:

Klageinteresse:

Klager har deltatt i anbudskonkurransen og har derfor saklig klageinteresse, jf. forskrift om klagenemnda for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig.

Hvilken del av forskriften som kommer til anvendelse

Oppdragsgiver har lagt til grunn at den aktuelle tjenesten, innleie av renholdspersonell, er en uprioritert tjeneste, jf. forskrift om offentlige anskaffelser § 2-5. Klagenemnda finner det uklart om anskaffelsen er uprioritert eller om den er en prioritert tjeneste etter forskriften § 2-4 kategori (14) "Bygningsrengjøring og eiendomsforvaltning". Det er imidlertid ikke nødvendig å ta stilling til dette i forhold til partenes anførsler og påstander, og klagenemnda legger i denne saken derfor oppdragsgivers vurdering til grunn. Anskaffelsen følger derfor reglene i forskriften del I og del III.

Kriterier for valg av tilbud:

Forskriften § 17-2 (1) pålegger oppdragsgiver å tildele kontrakten på basis av hvilket tilbud som er det økonomisk mest fordelaktige eller utelukkende ut fra hvilket tilbud som har den laveste prisen. Dersom kontrakten skal tildeles det økonomisk mest fordelaktige tilbudet, skal alle kriteriene som vil bli lagt til grunn oppgis enten i konkurransegrunnlaget eller i kunngjøringen, jf. forskriften § 17-2 (2).

Valg av tilbud på grunnlag av laveste pris fremstår som et fravikelig utgangspunkt i § 17-2. Dersom annet enn pris skal vektlegges, skal dette som nevnt fremgå både ved at oppdragsgiver opplyser i kunngjøringen at det økonomisk mest fordelaktige tilbudet vil bli valgt og ved at kriterier for valget av tilbud opplyses enten i konkurransegrunnlaget eller i konkurransegrunnlaget.

Når kriteriene for valg av tilbud ikke er opplyst, må derfor tildelingen baseres på laveste pris. Dette er i tråd med bestemmelsens ordlyd og også det eneste objektive holdepunkt leverandørene vil ha ved utarbeidelsen av sitt tilbud. En annen fortolkning ville i realiteten medføre at oppdragsgiver ble gitt et ubetinget fritt skjønn i valg av tilbud. Uavhengig av hva som var innklagedes mening, vil det være kunngjøringen som gir utgangspunktet for vurderingen. Klagenemnda finner det derfor klart at det eneste kriterium innklagede kunne legge vekt på ved valg av tilbud, var pris.

Referanser:

Innklagede krysset ikke av i kunngjøringen på at leverandørene skulle sende inn referanser. Både klager og andre av leverandørene sendte likevel inn referanser, og innklagede tok muntlig kontakt med referansene og innhentet vurderinger av kvaliteten på arbeid de tidligere hadde utført. Referanser skal etter forskriften del II være skriftlige, jf. § 5-11 (1) bokstav c), nr. 1. Ut fra ordlyden i bestemmelsen og prinsippene om etterprøvbarehet og

gjennomsiktighet kan en oppdragsgiver ikke ta kontakt med referansene muntlig. Dette gjelder også selv om oppdragsgiver skulle ha bedt om referanser på forhånd. Tilsvarende må gjelde ved anskaffelse av uprioriterte tjenester etter forskriften del III, jf. det alminnelige prinsipp i lov om offentlige anskaffelser § 5 tredje ledd.

Klagenemnda legger derfor til grunn at innklagede har brutt forskrift om offentlige anskaffelser ved å ta muntlig kontakt med referanser oppgitt av klager og andre deltakere i konkurransen.

Forhandlinger:

Utgangspunktet ved anbudskonkurranser er et forbud mot forhandlinger, jf. forskriften § 16-1. Klagenemnda merker seg at prisen innklagede skal betale for tjenesten etter kontrakten er høyere enn i det fremlagte tilbudet. Det er ikke gitt noen forklaringer på hvorfor eller hvordan en slik økning i prisen har fremkommet. Klagenemnda legger til grunn at en avtale om å oppjustere prisene må ha blitt avtalt mellom partene på et eller annet tidspunkt mellom innsendelsen av tilbudet og kontraktsundertegningen og finner at dette innebærer et klart brudd på forhandlingsforbudet i forskriften § 16-1.

Valg av tilbud:

Klagenemnda legger til grunn at innklagede pliktet kun å legge vekt på pris. Det var derfor ikke anledning til å legge vekt på "daglig kontroll" og "organisasjonstilhørighet", slik det fremgår av dokumentene at innklagede har gjort. Klagenemnda finner derfor at innklagede har brutt forskrift om offentlige anskaffelser § 17-2 ved å velge tilbudet fra Renhold & Konsulentservice AS.

Begrunnelse for valg av leverandør:

Innklagede har erkjent at pris på det valgte tilbudet skulle vært opplyst i begrunnelsen for valg av tilbudet etter § 17-3. Klagenemnda legger til grunn at forskriften § 17-3 om krav til begrunnelse er brutt.

Spørsmål om erstatning:

Utgangspunktet er at klager kan kreve erstatning for den positive kontraktsinteresse dersom det foreligger vesentlige brudd på regelverket og det er klar sannsynlighetsovervekt for at klagers tilbud skulle vært valgt, jf. Rt. 2001 s. 1062. I vurderingen av om en feil er vesentlig må det legges vekt på feilens størrelse, type feil og i hvilken grad oppdragsgiver kan lastes for feilene.

Klagenemnda legger til grunn at innklagede har begått flere alvorlige feil. Det var ikke angitt tildelingskriterier og det ble lagt vekt på usaklige hensyn ved valg av tilbud. Videre ble det tatt muntlig kontakt med referanser, det ble ført forhandlinger i strid med forhandlingsforbudet ved anbudskonkurranser og det ble ikke gitt en begrunnelse for valg av tilbud i samsvar med regelverkets krav.

Ut fra at klager leverte tilbudet med laveste pris er det klar sannsynlighetsovervekt for at klagers tilbud ville blitt valgt dersom feilene ikke var begått. Basert på de opplysninger som foreligger for klagenemnda finner den etter dette at vilkårene for å kreve erstatning kan være oppfylt.

Konklusjon:

Klagenemnda finner at Fylkesmannen i Vest-Agder ved anskaffelse av renholdstjenester til fylkeshuset i Vest-Agder har brutt forskrift om offentlige anskaffelser § 17-2 ved å ikke opplyse om kriterier for valg av det økonomisk mest fordelaktige tilbudet.

Klagenemnda finner at Fylkesmannen i Vest-Agder ved anskaffelse av renholdstjenester til fylkeshuset i Vest-Agder har brutt forskrift om offentlige anskaffelser § 17-2 ved å legge vekt på andre kriterier enn laveste pris.

Klagenemnda finner at Fylkesmannen i Vest-Agder ved anskaffelse av renholdstjenester til fylkeshuset i Vest-Agder har brutt forskrift om offentlige anskaffelser § 16-1 ved å forhandle med en av leverandørene i strid med forhandlingsforbudet ved anbudskonkurranser.

Klagenemnda finner at Fylkesmannen i Vest-Agder ved anskaffelse av renholdstjenester til fylkeshuset i Vest-Agder har brutt forskrift om offentlige anskaffelser § 17-3 ved å ikke gi klager tilstrekkelig begrunnelse for valg av tilbud i rimelig tid før kontrakt ble inngått.

Klagenemnda finner at Fylkesmannen i Vest-Agder ved anskaffelse av renholdstjenester til fylkeshuset i Vest-Agder har brutt kravet til gjennomsiktighet og etterprøvnbarhet i lov om offentlige anskaffelser § 5 ved å ta muntlig kontakt med leverandørenes referanser.

Klagenemnda finner at innklagede har begått vesentlige feil og at det er sannsynlighetsovervekt for at klager ville fått kontrakten dersom feilene ikke var blitt begått. Klagenemnda finner derfor at klager kan ha krav på erstatning for den positive kontraktsinteresse.

Klagenemnda imøteser tilbakemelding innen 10. mars 2003 på hva Fylkesmannen i Vest-Agder vil gjøre for å unngå tilsvarende feil i fremtiden.

For klagenemnda:
Dahl

Svein
28/2-03



Forsiden
Nemndsmedlemmer
Saksbehandling
Regelverk
Innkomne saker
Statistikk
Årsrapporter
Dommer
Søk i avgjorte saker

Avgjorte saker:

[2003](#) [2004](#) [2005](#)

Besøksadresse

H. Heyerdalsgate 1
0033 Oslo

Postadresse

Postboks 8132 Dep
0033 Oslo

Tlf.: 22 33 70 10

Faks: 22 33 70 12

E-post:

postmottak@kofa.no

Avgjorte saker

Klagenemndas avgjørelse 27. februar 2003 i sak 2003/24

Saken gjelder Justisdepartementets anskaffelse av juridiske tjenester. Et av tilbudene ble avvist fordi det ikke var korrekt merket, i henhold til invitasjon om å levere inn tilbud. Tilbudet ble levert i lukket konvolutt, i hånden på Justisdepartementets kontaktperson sammen med en forklaring på hva konvolutten inneholdt. Klager mottok skriftlig kvittering på at tilbudet var innlevert. Klagenemnda finner at tilbudet var tilstrekkelig merket, og at avvising av tilbudet var i strid med lov om offentlige anskaffelser med forskrifter.

Klager: Advokatfirmaet Schjødt

Pb. 2444 Solli

0201 Oslo

Innklaget: Justisdepartementet

Pb. 8005 Dep.

0030 Oslo

Klagenemndas medlemmer: Svein Dahl, Kai Krüger, Inger Roll-Matthiesen

Saken gjelder:

Avvisning av tilbud på grunnlag av ukorrekt merking av konvolutt.

Bakgrunn:

Det skal bygges et felles landsdekkende mobilt kommunikasjonsnett for brannvesen, politi og helsevesen (TETRA-prosjektet). Justisdepartementet (heretter kalt "innklagede") koordinerer arbeidet og kunngjorde i Norsk Lysingsblads elektroniske database (DOFFIN) 14. januar 2003 en konkurranse med forhandling for anskaffelse av juridiske tjenester i forbindelse med planleggingen og utbyggingen av kommunikasjonsnettet.

I kunngjøringen ble det opplyst at tilbud eller søknader om å delta i konkurransen skulle sendes til Justisdepartementet v/RBA/TETRA prosjektet. Videre ble det gitt opplysninger om adressat, kontaktperson og kontaktpersonens e-postadresse.

Ni advokatfirmaer meldte seg på i konkurransen, og fem ble utvalgt til å levere inn tilbud. Invitasjon til å levere tilbud ble sendt til de utvalgte leverandørene 21. januar 2003. Det ble i invitasjonen opplyst at tilbudet skulle leveres i to eksemplarer, i papirversjon. Videre fremgikk det av invitasjonen at tilbud som ikke var i samsvar med vilkårene i invitasjonen kunne bli forkastet. I invitasjonen ble det også gitt opplysninger om leveringssted i tilfelle tilbud ble gitt med bud, samt at tilbud skulle merkes: "Tilbud juridiske tjenester, åpnes kun av adressat".

Advokatfirmaet Schjødt (heretter kalt "klager") leverte en lukket konvolutt merket

"Justisdepartementet v/RBA/TETRA-prosjektet, Grensen 17, 3. etasje". Tilbudet ble levert 31. januar 2003, kl. 14.17 mens tilbudsfristen var kl. 15.00 samme dag. Tilbudet ble overlevert av en av klagers ansatte, direkte til den kontaktperson som var oppgitt i kunngjøringen og i konkurransegrunnlaget. Kontaktpersonen signerte umiddelbart ut "Bekreftelse på mottak av tilbud juridiske tjenester". Det er følgelig ubestridt at kontaktpersonen var klar over at konvolutten inneholdt et tilbud på den aktuelle anskaffelse.

Innklagede avviste i brev, datert 4. februar 2003, klagers tilbud med den begrunnelse at konvolutten ikke var korrekt merket.

Partenes anførsler:

Klagers anførsler:

Klager anfører at tilbudet var i henhold til alle krav til tilbudets utformning. Adresseringen var korrekt og når mottaker hadde kunnskap om konvoluttens innhold, er det i strid med regelverket for offentlige anskaffelser å avvise tilbudet på grunn manglende merking.

Uansett må en eventuelt manglende merking anses å ha blitt korrigeret.

Innklagedes anførsler:

Innklagede anfører at konvolutten fra klager kun var merket med adresse og ikke med "Tilbud juridiske tjenester, åpnes kun av adressat", slik invitasjonen krevde. Det var følgelig ikke mulig å lese av konvolutten hva den inneholdt. Regelverkets krav til merking er absolutte formkrav som ikke kan fravikes. Formkravene gir ikke rom for skjønn og rimelighetsbetraktninger basert på bakgrunnshensyn kan ikke anses relevant. Det vil dessuten være i strid med prinsippet om likebehandling å akseptere et tilbud i strid med formkravene.

Klagenemndas vurdering:

Klager er deltaker i den aktuelle konkurransen og har saklig klageinteresse. Klagen er rettidig, jf. forskrift om klagenemnda for offentlige anskaffelser § 6. Anskaffelsen gjelder juridiske tjenester og er derfor uprioriterte, jf. forskriften § 2-5 kategori (21). Dette innebærer at anskaffelsen følger reglene i forskrift om offentlige anskaffelser del I og del III, jf. forskriften § 2-1 (3).

Utgangspunktet er at et tilbud skal leveres i en "lukket og merket forsendelse", jf. forskriften § 15-5 (1). Det er i forskriften ikke stilt nærmere krav til merkingens innhold, og oppdragsgivere har her adgang til å spesifisere kravet, slik det blant annet var gjort i den aktuelle invitasjon til å levere tilbud. Dersom et tilbud ikke er levert i samsvar med de krav som er satt, herunder krav til merking, skal

tilbudet avvises, jf. forskriften § 15-5 (1) bokstav b).

Det vises til NOU 1975:9 Regelverk for statens anskaffelsesvirksomhet m.v., hvor det på side 106 heter:

"For å unngå at opplysninger om anbudets innhold skal bli kjent eller komme på urette hender, må det sørges for at anbudene ikke blir åpnet før det fastsatte tidspunkt. Anbudene må derfor merkes på en spesiell måte slik at de kan skilles ut fra annen post og oppbevares på en betryggende måte inntil anbudsåpningen skal finne sted."

I og med at anskaffelsens kontaktperson uomtvistelig hadde kunnskap om konvoluttens innhold, var det følgelig ingen risiko for at tilbudets innhold skulle bli kjent eller at tilbudene skulle bli åpnet ved en misforståelse før tidspunktet for tilbudsåpningen.

Ved at tilbudet ble levert for hånd til oppgitte kontaktperson og at denne ble gjort kjent med at konvolutten inneholdt et tilbud på de aktuelle tjenester var det følgelig ingen risiko for at tilbudets innhold skulle bli kjent eller at tilbudene skulle bli åpnet ved en misforståelse før tidspunktet for tilbudsåpningen. Klagenemnda finner derfor at tilbudet var tilstrekkelig merket, og at en eventuelt manglende merking uansett ble rettet opp under overleveringen. Innklagede hadde derfor ingen adgang til å avvise tilbudet med den begrunnelse at tilbudet ikke var tilstrekkelig merket, og følgelig var avvisningen i strid med likebehandlingsprinsippet i forskriften § 3-1.

Konklusjon:

Klagenemnda finner at Justisdepartementet har brutt kravet til likebehandling i lov om offentlige anskaffelser § 5 og forskrift om offentlige anskaffelser § 3-1 ved å avvise tilbudet fra advokatfirmaet Schjødt med begrunnelse i ikke korrekt merking av konvolutten.

Klagenemnda ber Justisdepartementet redegjøre senest tirsdag 4. mars 2003 for hva som vil bli gjort for å rette opp i den feil som er gjort.

For klagenemnda,

Inger Roll-Matthiesen

27/2-03



Forsiden
Nemndsmedlemmer
Saksbehandling
Regelverk
Innkomne saker
Statistikk
Årsrapporter
Dommer
Søk i avgjorte saker

Avgjorte saker:
[2003](#) [2004](#) [2005](#)

Besøksadresse
H. Heyerdalsgate 1
0033 Oslo

Postadresse
Postboks 8132 Dep
0033 Oslo

Tlf.: 22 33 70 10

Faks: 22 33 70 12

E-post:
postmottak@kofa.no

Avgjorte saker

Klagenemndas avgjørelse 19. februar 2003 i sak 2003/6

Saken gjelder anskaffelse av trygghetsalarmtjenester i Asker og Bærum. Både klager og Asker og Bærum brannvesen leverte inn tilbud. Det var stilt opp tre kriterier for valg av tilbud: kvalitet, pris og erfaring. Selv om klager etter klagenemndas vurdering skåret noe høyere på kvalitet og erfaring, kunne ikke dette medføre at det var usaklig, urimelig eller vilkårlig av innklagede å legge avgjørende vekt på at tilbudet fra Asker og Bærum brannvesen var 22 % lavere i pris. Det var ikke plikt for innklagede til å legge vekt på hvordan tilbudene ville påvirke kommunens samlede økonomi. Det var heller ikke i strid med likebehandlingsprinsippet at Asker og Bærum brannvesen i sitt tilbud forutsatte bruk av annen ledig kapasitet.

Klager: Lev Vel Helse AS

Pilestredet 33 A

0306 Oslo

Innklaget: Bærum kommune

Pb. 149

1300 Sandvika

Klagenemndas medlemmer: Inger Roll-Matthiesen, Siri Teigum, Bjørg Ven

Saken gjelder:

Plikt til å avvise tilbud eller til å legge vekt på at en leverandør mottar offentlig støtte. Forståelsen av kriteriet ?pris?. Oppdragsgivers skjønn ved valg av tilbud.

Bakgrunn:

Trygghetsalarmtjenesten:

Trygghetsalarmtjenesten er en ikke-lovpålagt tjeneste som Bærum kommune (heretter kalt ?innklagede?) tilbyr syke og eldre i kommunen. Tjenesten er døgnkontinuerlig og ytes i brukerens hjem. Den omfatter ca. 1400 personer. Hver bruker får tildelt en trygghetsalarm som via telefonnettet går til en alarmsentral. Brukeren får da toveiskommunikasjon med leverandør av

trygghetsalarmtjenesten og kan gi uttrykk for sine behov. Leverandøren av trygghetsalarmtjenesten vil som følge av dette eventuelt måtte tilkalle brannvesen, ambulanse, hjemmesykepleien eller rykke ut med eget personell.

Om kunngjøring og konkurransegrunnlag:

Innklagede kunngjorde anskaffelsen av trygghetsalarmtjenesten som en åpen anbudskonkurranse i Norsk Lysingsblads elektroniske database (DOFFIN) med frist for innlevering av tilbud 25. juni 2002. Asker og Bærum brannvesen (som også tidligere har vært leverandør av tjenesten til Bærum kommune) og klager leverte inn tilbud.

I konkurransegrunnlaget ble det stilt krav om at tjenesten skal være bemannet døgkontinuerlig og at det skal være en faglig ansvarlig for trygghetsalarmtjenesten. Faglig ansvarlig skal ha kunnskaper om medisinsk nødhjelp og være autorisert helsepersonell, jf. lov om helsepersonell?. I fotnote til ?medisinsk nødhjelp? ble det opplyst at leverandøren skal ha ?kunnskaper om det samlede behandlingsapparat i Norge som yter nødhjelp (legevakt, AMK, luftambulanse, andre nødetater m.v.) og kunne vurdere om enheter som yter nødhjelp skal rekvireres/kontaktes)?.

Det ble videre stilt krav om at alt personell i alarmmottaket kan betjene alarmmottaket og at de skal ha kunnskaper om medisinsk nødhjelp, samt kjenne trygghetsalarmtjenesten i Bærum kommune. Alt personell i uttrykning skal videre ha gjennomført dokumentert opplæring i grunnleggende førstehjelp/nødhjelp.

Dersom det er behov for å låse seg inn i brukers bolig, er det krav om at minst to av driftsoperatørens personell er tilstede. Både personell og kjøretøy skal være uniformert. Kravet til uniformert kjøretøy ble i møte før tilbudsfristen modifisert.

Av konkurransegrunnlaget fremgikk det at tildelingskriteriene var kvalitet, pris og erfaring (ikke i prioritert rekkefølge). ?Kvalitet? ble definert med underkriteriene: implementering av verdigrunnlag, kvalitetssystem, bemanningsplan og helhetsinntrykk ut fra troverdighet gjennom innsendt materiale, referanser og befaring. Kriteriet ?erfaring? skulle vurderes i forhold til erfaring fra drift av tilsvarende tjeneste, med utgangspunkt i referanser og annet relevant innsendt materiale.

Klagers organisasjon og tilbud:

Klagers virksomhet ble etablert i januar 2002. Organisasjonen er eiet 50 % av Falken AS og 50 % av Gjensidige NOR Forsikring. Alle ansatte hos klager har tidligere vært ansatt i Falken AS, divisjon helse. Klager la i sitt tilbud til grunn en betaling fra kommunen på kr. 264,- pr. utplassert alarm pr. måned og kr. 0,- for hver utført utrykning. Klager opplyste videre i tilbudet at de har 17 års erfaring og leverer tilsvarende tjeneste til 109 kommuner. Videre vil det til enhver tid være minimum to offentlig godkjente sykepleiere på vakt i klagers alarmmottak.

Asker og Bærum brannvesens organisasjon og tilbud:

Asker og Bærum brannvesen ble etablert som en interkommunal virksomhet etter kommuneloven § 27 den 1. januar 1999. Den 1. januar 2003 ble virksomheten omgjort til et interkommunalt selskap etter lov om interkommunale selskaper. Brannvesenet mottar 1/3 av sitt driftstilskudd fra Asker kommune. Resten kommer fra Bærum kommune. Brannvesenet har 118 ansatte, og 12,9 årsverk er i organisasjonskartet avsatt til alarmtjenester.

I sitt tilbud la Asker og Bærum brannvesen til grunn kr. 217,- pr. utplassert alarm pr. måned og kr. 0,- pr. utført utrykning. Det ble opplyst at de som utfører tjenesten har ?meget god kompetanse innen førstehjelp? og at flere har fagbrev

innen ambulansetjenesten. Brannvesenet har levert trygghetsalarmtjenesten til Bærum kommune siden 1985. Alarmsentralen er bemannet med personer som har særskilt opplæring og utdanning for mottak og viderealarmering av redningsoppdrag til våre beredskapsenheter samt andre nødetater. Alarmsentralen har direkte linje til alarmsentralen for politiet og ambulansetjenesten. Det ble opplyst at Asker og Bærum brannvesen er bemannet med 20 personer til enhver tid, døgnet rundt.

Valg av tilbud:

I brev til klager 3. september 2002 ble det opplyst at innklagede anså tilbudet fra Asker og Bærum brannvesen for å være det økonomisk mest fordelaktige ut fra de oppgitte kriteriene for tildeling av kontrakt. Klager påklaget avgjørelsen, og i brev 18. september 2002 ga innklagede ytterligere begrunnelse for valget. I uttalelsen ble det opplyst at det var lagt vekt på pris, kvalitet og erfaring. Videre ble det opplyst at klagers tilbud og Asker og Bærum brannvesens tilbud ble ansett for å være omtrent likeverdige når det gjaldt kvalitet og erfaring. Det avgjørende var da at Asker og Bærum brannvesens tilbud var 22 % lavere i pris.

Kontrakt ble undertegnet av innklagede og Asker og Bærum brannvesen 18. oktober 2002.

Partenes anførsler:

Klagers anførsler:

Brevet til klagenemnda er meget kortfattet, men klagenemnda har forstått det slik at det er anførsler i brev fra klager til innklagede og til Konkurransetilsynet, vedlagt klagen, som ønskes påberopt. Dette er presisert i brev fra klagenemnda til innklagede datert 17 januar 2003 som er også er sendt klager. I korrespondansen klager har oversendt, er det anført at klager har mer erfaring og kompetanse i bransjen enn brannvesenet og at dette skulle vært vektlagt i betydelig større grad.

Klager viser også til at brannvesenet legger opp til å benytte øvrig personell hos brannvakten ved parallelluttrykninger, og anfører at dette innebærer at tilbudet delvis er finansiert med midler innklagede yter til brannvesenet gjennom de alminnelige bevilgninger (krysssubsidiering). Det anføres at dette er i strid med likebehandlingsprinsippet.

Klager anfører videre at klager gjennom sitt helsefaglige mottak bidrar til å redusere antall utrykninger for hjemmesykepleien i kommunen. Dette medfører klare besparelser for kommunen i form av redusert ressursbruk på annet kommunalt personell. Dette skulle vært tatt med i prissammenligningen.

Innklagedes anførsler:

Innklagede anfører at kvalitet og erfaring har vært vurdert, men at klagers tilbud og Asker og Bærum brannvesens tilbud på dette punkt ble funnet å være likeverdige. Pris må da bli utslagsgivende.

Når det gjelder krysssubsidiering, viser innklagede til at brannvesenet er en juridisk person atskilt fra kommunen, og at brannvesenet selv alene har ansvar for organisering, kapasitetsutnyttelse og drift. Innklagede viser videre til at brannvesenet har bekreftet at tilbudet bygger på separat og regnskapsmessig forsvarlig vurdering av tjenesten der alle reelle kostnader knyttet til tjenesten er vurdert og tatt med. Denne delen av virksomheten skal også være skilt ut organisasjonsmessig fra brannvesenets øvrige virksomhet.

Innklagede finner ikke klagers anførsel om at innklagede vil nyte godt av

besparelser på grunn av redusert ressursbruk på annet kommunalt personell dokumentert. Det er ikke et krav at driftsoperatør skal utføre pleieoppgaver. Blant annet utgjør oppfølging av brukernes fall 65 % av oppdragene. Brukere av trygghetsalarm er ikke alltid tildelt hjemmesykepleie. Uansett vil ikke de påståtte besparelsene innklagede vil nyte godt av med hensyn til behovet for å yte slike tjenester kompensere de økte utgiftene på 22 %.

Klagenemndas vurdering:

Klageinteresse og klagenemndas kompetanse:

Klager har deltatt i den aktuelle konkurransen og har saklig klageinteresse. Klagen er rettidig, jf. forskrift om klagenemnda for offentlige anskaffelser § 6.

Likebehandlingsprinsippet og mulig kryssubsidiering

Oppdragsgiver har plikt til å likebehandle leverandørene, jf. lov om offentlige anskaffelser § 5 og forskrift om offentlige anskaffelser § 3-1 (2). Klagenemnda kan ikke se at det innebærer en tilsidesettelse av prinsippet om likebehandling at oppdragsgiver gir virksomheter som mottar driftsstøtte fra oppdragsgiver og/eller andre offentlige organer adgang til å delta i en konkurranse om offentlige anskaffelser. Dette gjelder selv om virksomheten som følge av støtten eventuelt kan tilby priser som er vesentlig lavere enn de priser som andre konkurrenter kan tilby. Klagenemnda viser her til EF-domstolens avgjørelse i sak C-94/99 (ARGE), hvor dette er fastslått.

Riktignok kan det i henhold til EF-domstolens avgjørelse i samme sak under særlige omstendigheter oppstå rett eller plikt for oppdragsgiver til å avvise en leverandør som mottar tilskudd eller støtte som ikke er i overensstemmelse med EØS-avtalen. Dette kan for eksempel være aktuelt dersom en eventuell forpliktelse til å betale tilbake ulovlig mottatt støtte kan bringe leverandørens økonomiske stilling i fare slik at det kan antas at denne ikke oppfyller kravene som er satt i konkurransegrunnlaget til leverandørenes finansielle og økonomiske stilling. I denne saken har imidlertid klagenemnda ingen holdepunkter for at det foreligger slike særlige omstendigheter.

Når driftsstøtte til leverandøren ikke kan medføre en plikt til å avvise leverandøren, kan det etter klagenemndas oppfatning heller ikke kreves at oppdragsgiver skal *legge vekt* på dette ved valg av tilbud. At innklagede har sett bort fra at Asker og Bærum brannvesen eventuelt forutsetter bruk av kapasiteten ved branntjenesten ved parallelle utrykninger, er derfor ikke i strid med lov eller forskrift om offentlige anskaffelser.

Evaluering av tilbudene

Regelverket for offentlige anskaffelser forutsetter at oppdragsgiver skal velge tilbudet med laveste pris eller det økonomisk mest fordelaktige tilbudet, jf. forskriften § 17-1 (1). Dersom oppdragsgiver skal velge det økonomisk mest fordelaktige tilbudet, skal oppdragsgivers vurdering baseres på kriterier angitt i kunngjøringen eller i konkurransegrunnlaget, jf. forskriften § 17-2 (2).

Klagenemnda kan bare prøve om en oppdragsgiver under en anskaffelsesprosedyre har brutt lov om offentlige anskaffelser med forskrifter, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 1. Klagenemndas kompetanse er etter dette begrenset til å prøve om oppdragsgivers vurdering av hvilket tilbud som er det økonomisk mest fordelaktige er basert på en korrekt saksbehandling og et korrekt faktum, samt om oppdragsgivers vurdering er usaklig, urimelig eller vilkårlig. Det har vært reist spørsmål om det må kreves *kvalifisert* urimelighet Dette er forutsatt i avgjørelse fra Borgarting lagmannsrett 18.10.2002. I juridisk teori, jf. Lasse Simonsen, Prekontraktuelt ansvar 1997 s. 679 er det derimot lagt til grunn at det ikke er et krav om kvalifisert urimelighet. Klagenemnda finner ikke grunn til å ta stilling til dette i den foreliggende sak,

idet dette uansett ikke får betydning for resultatet.

Innklagede har i kunngjøringen og i konkurransegrunnlaget oppgitt ? pris? som et av tre tildelingskriterium. Det er ikke gitt noen indikasjoner på at det i vurderingen av pris skal foretas en bredere vurdering av hvordan det enkelte tilbud vil påvirke kommunens samlede økonomi. Slik kriteriet er presentert i kunngjøringen og i konkurransegrunnlaget kan derfor ikke klagenemnda se at innklagede hadde plikt eller rett til å trekke inn potensielle innsparelser i kommunens utgifter til hjemmepleie eller eventuelle økte bevilgninger til brannvesenet i vurderingen. Etter klagenemndas oppfatning har derfor ikke innklagede i dette spørsmålet lagt uriktig faktum til grunn for sin vurdering.

Utgangspunktet for klagenemndas vurdering vil derfor være at tilbudt pris fra brannvesenet var 22 % lavere enn tilbudt pris fra klager. Spørsmålet er om klager skåret så mye høyere på de to øvrige tildelingskriteriene (erfaring og kvalitet) at det ville være urimelig, usaklig eller vilkårlig av oppdragsgiver å velge tilbudet med laveste pris.

Etter klagenemndas oppfatning har klager mer erfaring enn Asker og Bærum brannvesen, sett på bakgrunn av det mye større omfang klagers virksomhet har. Klagenemnda finner også at det er relevant å legge vekt på at klager vil benytte sykepleiere ved alarmsentralen, jf. kriteriet ?kvalitet? og underkriteriet ?bemanning?. Klagenemnda kan imidlertid ikke se at klager skærer så mye høyere på kriteriene erfaring og kvalitet at det fremstår usaklig, urimelig eller vilkårlig å legge avgjørende vekt på en prisdifferanse på 22 %.

Klagenemnda kan ikke se at skjønnet er basert på feil faktum eller at valg av tilbudet for øvrig er i strid med lov og forskrift om offentlige anskaffelser.

Konklusjon:

Klagenemnda finner etter det anførte at Bærum kommune ikke har brutt lov eller forskrift om offentlige anskaffelser ved anskaffelse av trygghetsalarmtjenester.

For klagenemnda,

Inger Roll-Matthiesen

19/2-03



Forsiden
Nemndsmedlemmer
Saksbehandling
Regelverk
Innkomne saker
Statistikk
Årsrapporter
Dommer
Søk i avgjorte saker

Avgjorte saker:

[2003](#) [2004](#) [2005](#)

Besøksadresse

H. Heyerdalsgate 1
0033 Oslo

Postadresse

Postboks 8132 Dep
0033 Oslo

Tlf.: 22 33 70 10

Faks: 22 33 70 12

E-post:

postmottak@kofa.no

Avgjorte saker

Klagenemndas avgjørelse 10. februar 2003 i sak 2003/1

Saken gjelder en anskaffelse foretatt av Hemne kommune for oppføring av et bygg. Anskaffelsen ble gjennomført som en anbudskonkurranse, men var ikke formelt kunngjort. Tilbud fra en av leverandørene skulle etter klagenemndas oppfatning vært avvist som følge av uklarheter og forbehold om forhandlinger. Anførsel om at opplysninger i en annen leverandørs tilbud om byggetid skulle vært hensyntatt, førte ikke frem.

Klager: Entreprenørforeningen – Bygg og Anlegg

Pb. 5485 Majorstuen

0305 Oslo

Innklaget: Hemne kommune

Trondheimsvn. 1

7200 Kyrksæterøra

Prosessfullmektig: adv. Knut Røstum

Pb. 579

7400 Trondheim

Klagenemndas medlemmer: Per Christiansen, Inger Marie Dons Jensen, Andreas Wahl.

Saken gjelder:

avvisning av tilbud som følge av uklarheter og forbehold.

Bakgrunn:

Hemne kommune (heretter kalt "innklagede") kunngjorde i Adresseavisen og avisen Sør-Trøndelag 27. juli 2002 en åpen anbudskonkurranse for oppføring av barnehage og et tilbygg til Svanem skole. Anskaffelsen ble ikke kunngjort i Norsk lysingsblads elektroniske database (DOFFIN-databasen).

Anskaffelsen var delt i syv delentrepriser. E01 gjaldt grunn- og betongarbeider og E02 gjaldt riving og tømmer- og snekkerarbeider. Det var angitt en total byggetid på 10 måneder. På anbudsbeferingen ble det åpnet for at entreprenørene eventuelt kunne gi alternativ pris på forlenget byggetid. Tre leverandører ga inn tilbud på entrepriser E01 og E02, herunder selskapene G-bygg AS og Bolig og Næringsbygg AS.

Innklagede varslet G-Bygg AS den 25. september 2002 om at de ville bli tildelt kontrakten for entrepriser E01 og at Bolig og Næringsbygg ville bli tildelt kontrakten for entrepriser E02. Det foreligger ingen kontrakt underskrevet av begge parter for entreprisene, men de aktuelle arbeidene er påbegynt.

Anskaffelsens verdi er anslått til ca. 12 millioner kroner og følger således forskrift om offentlige anskaffelser del III.

Partenes anførsler:

Klager anfører at tilbudet fra Bolig og Næringsbygg skulle vært avvist, og at klager har forhandlet med Bolig og Næringsbygg i strid med forbudet mot forhandlinger ved anbudskonkurranser. Videre anfører klager at anskaffelsen skulle vært kunngjort i DOFFIN-databasen, og at det har skjedd brudd på plan- og bygningsloven. Klager anfører at det har skjedd feil ved tildelingen, idet klager ikke tok hensyn til en presisering om byggetid i G-Byggs tilbud dersom G-Bygg ble tildelt både entrepriser E01 og E02. Det anføres videre at meddelelsen om hvem som skal tildeles kontrakt er mangelfull, og at G-Bygg ikke ble opplyst om klageretten.

Innklagede erkjenner at det er begått brudd på forskrift om offentlige anskaffelser §§ 13-1 og 17-3. For øvrig bestrides klagers anførsler.

Klagenemndas vurdering:

Klageinteresse og klagenemndas kompetanse:

Entreprenørforeningen Bygg og Anlegg (heretter kalt "klager") har 205 medlemsbedrifter og har til formål å fremme medlemmenes interesser overfor myndigheter og i samfunnet for øvrig, herunder å sikre like konkurranseforhold. G-Bygg er tilsluttet foreningen. Klagenemnda finner at klager har "saklig interesse" i å fremme klagen, og at den er rettidig, jf. forskrift om klagenemnda for offentlige anskaffelser § 6.

Klagenemndas kompetanse er begrenset til å behandle klager om brudd på lov om offentlige anskaffelser med forskrifter, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 1. Klagers anførsel om brudd på plan- og bygningsloven må således avvises.

Brudd på kunngjøringsplikten og begrunnelsesplikten ved valg av tilbud

Innklagede har erkjent brudd på forskriften §§ 13-1 og 17-3 vedrørende plikten til å kunngjøre anskaffelsen i DOFFIN-databasen og til å gi en begrunnelse for valg av tilbud med klagefrist. Klagenemnda konstaterer at det foreligger brudd på forskrift om offentlige anskaffelser

§§ 13-1 og 17-3.

Spørsmål om tilbudet fra Bolig og Næringsbygg skulle vært avvist

Forskrift om offentlige anskaffelser § 15-10 regulerer spørsmålet om når et tilbud skal avvises på grunn av forhold ved tilbudet. I innklagedes konkurransegrunnlag punkt 3.3. om fremdrift ble det opplyst at

"Hovedentreprenøren skal levere hovedframdriftsplan sammen med anbudet. Planen skal omfatte alle entrepriser og bygge på følgende knutepunkter for framdrift: Oppstart: september 2002. Overtakelse fra entreprenør: juli 2003. Entreprenøren plikter å innordne sin framdrift til hovedframdriftsplan og senere detaljplaner for prosjektet. Entreprenørene skal utarbeide detaljplaner for sin framdrift og fremlegge disse for byggeleder for godkjenning. Entreprenørene må spesifisere evt. forbehold i anbudet".

Til tross for opplysningene i konkurransegrunnlaget er det, så langt klagenemnda har forstått, ingen "hovedentreprenør" som skal fremlegge hovedframdriftsplan. En framdriftsplan ble imidlertid utarbeidet av Prosjektutvikling Midt-Norge AS 24.10.02, dvs. etter tilbudsfristens utløp og etter angitt oppstartstidspunkt for enkelte av arbeidene.

Innklagede avholdt anbudsbehandling 22. august 2002. I referat fra anbudsbehandlingens punkt 9 heter det om byggetid:

"I anbudet er byggetiden oppgitt fra september til juli 2003. Det er for å få skolen klar til skolestart 20. august. Det gir en byggetid på ca. 10 mnd. Entreprenørene kan eventuelt gi en alternativ pris på forlenget byggetid".

Innklagede vedla anbudsskjemaer ved utsendelse av konkurransegrunnlaget. I anbudsskjemaet hadde innklagede under punktet om arbeidstid bedt opplyst for entreprisene E01 og E02 antall "arbeidsdager" som ville bli brukt. Innklagede opplyser at det ikke var noen klar oppfatning om forståelsen av dette begrepet da det ble tatt inn i anbudsskjemaet.

I tilbudet fra Bolig og Næringsbygg var det fylt ut 230 arbeidsdager på total byggetid for E02. Videre var det vedlagt et tilbudsbrev hvor det var tatt inn følgende tekst:

"Byggetid må avtales under eventuelle kontraktsforhandlinger og tilpasses allerede inngåtte kontrakter. Det er her usikkert når grunnarbeider er ferdig for oppstart tømmerarbeider. Det er ett klart avhengighetsforhold med både grunnentreprenør, rørlegger og elektriker. Bunnledninger og elkabler må omlegges før betongarbeider kan starte. Dette gjelder også riggområde. Arbeide med riving kan starte uke 39. Oppstart tømmerarbeide kan starte når deler av betongarbeide er ferdig og må tilpasses dette".

Klagenemnda finner grunn til å peke på at konkurransegrunnlaget og anbudsskjemaene fra innklagede har medført betydelig uklarhet og tvil om hva oppdragsgiver har forutsatt om byggetid. I kunngjøringen står det 10 måneders byggetid. I referat fra anbudsbehandlingens punkt 9 er det åpnet for alternativ pris på forlenget byggetid. Videre har innklagede bedt om at byggetiden i tilbudene skal angis i form av "arbeidsdager", et uttrykk som ikke er nærmere definert. Først i ettertid har innklagede samordnet og delt inn byggetidene på de ulike entreprisene. Trolig er slike uklarheter i konkurransegrunnlaget i strid med prinsippene om forutberegnelighet og likebehandling, jf. lov om offentlige anskaffelser §5. I tilbudet fra Bolig og Næringsbygg er heller ikke "arbeidsdager" nærmere definert. Det samme gjelder tilbudet fra G-Bygg.

Basert på det foreliggende faktum finner klagenemnda uttrykket "arbeidsdager" uklart. Uklarheten refererer seg til et vesentlig forhold som burde vært klargjort

senest i tilbudene. Når dette ikke er gjort, skulle alle tilbud som denne uklarheten knytter seg til, vært avvist, jf. forskrift om offentlige anskaffelser § 15-10 (1) bokstav d). Dette må gjelde selv om oppdragsgiver selv er medvirkende årsak til uklarhetene.

I tillegg har Bolig og Næringsbygg tatt forbehold om at byggetid må avtales under eventuelle kontraktsforhandlinger. Bolig og Næringsbygg legger her opp til at partene skal drøfte helt sentrale punkter etter tilbudsåpningen. Dette ville kunne åpne for presiseringer i tilbudet som fører til at utvelgelsen skjer på grunnlag av individuelle forhandlinger i strid med forhandlingsforbudet i forskriften § 16-1. Tilbudet skulle således vært avvist, jf. forskriften § 15-10 (1) bokstav c).

Spørsmålet om det har skjedd forhandlinger i strid med forhandlingsforbudet ved anbudskonkurranser

Idet klagenemnda legger til grunn at tilbudet fra Bolig og Næringsbygg skulle vært avvist, er det ikke grunn til å gå inn på spørsmålet om det har skjedd ulovlige forhandlinger.

Spørsmålet om det har skjedd feil i tildelingen ved at oppdragsgiver ikke har tatt hensyn til G-Byggs presisering av byggetid

Uklarheten knyttet til bruken av uttrykket "arbeidsdager" i tilbudene hefter ikke ved det alternative tilbudet fra G-Bygg om at 10 måneders fristen kan overholdes dersom G-Bygg får både entrepris E01 og E02. Når det bare er ett tilbud igjen, vil imidlertid oppdragsgiver ha saklig grunn til å avlyse konkurransen, og G-Bygg har derfor ikke noe krav på å bli tildelt kontrakten. Klagers anførsel om feil ved tildelingen med hensyn til G-Byggs tilbudte byggetid kan derfor ikke føre frem.

Konklusjon:

Hemne kommune har i forbindelse med gjennomføring av anskaffelse av bygge- og anleggsarbeider knyttet til oppføring av bygg ved Svanem skole brutt forskrift om offentlige anskaffelser § 13-1 ved ikke å kunngjøre konkurransen i Doffin-databasen og § 17-3 ved ikke å gi tilstrekkelig begrunnelse for tildeling av kontrakt og ved ikke å opplyse om klagefrist.

Hemne kommune har videre overtrådt plikten til å avvise tilbudet fra Bolig og Næringsbygg på utføring av entrepris E02 som følge av uklarheter og forbehold, jf. forskrift om offentlige anskaffelser § 15-10.

Hemne kommune har ikke opptrådt i strid med regelverket for offentlige anskaffelser ved å "ikke ta hensyn" til tilbudt samlet byggetid på prosjekt E01 og E02 fra G-Bygg.

For klagenemnda,

Inger Marie Dons Jensen

10/2-03



Forsiden
Nemndsmedlemmer
Saksbehandling
Regelverk
Innkomne saker
Statistikk
Årsrapporter
Dommer
Søk i avgjorte saker

Avgjorte saker:
[2003](#) [2004](#) [2005](#)

Besøksadresse
H. Heyerdalsgate 1
0033 Oslo

Postadresse
Postboks 8132 Dep
0033 Oslo

Tlf.: 22 33 70 10

Faks: 22 33 70 12

E-post:

postmottak@kofa.no

Avgjorte saker

Klagenemndas avgjørelse 10. februar 2003 i sak 2003/3

Forsvarsbygg utlyste en konkurranse for bygging av familieboliger på Setermoen. Konkurransen ble avlyst, og senere utlyst på nytt. Forsvarsbygg inngikk deretter kontrakt basert på det økonomisk mest fordelaktige tilbudet. Klagenemnda kom til at det var saklig grunn for å avlyse konkurransen, men at det ikke var gitt forskriftsmessig tilbakemelding til klager om avlysningen, at det var benyttet ulovlige tildelingskriterier, at det i strid med forskriften var unnlatt å angi tildelingskriteriene i prioritert rekkefølge og at matrise for vektning av tildelingskriteriene skulle vært tatt inn i konkurransegrunnlaget.

Klager: AS Ferdighus

9310 Sørreisa

Prosessfullmektig: Adv. Svein Kr. Arntzen

Pb. 204

9482 Harstad

Innklaget: Forsvarsbygg, Utbyggingsprosjektet Indre Troms

Pb. 405 Sentrum

0103 Oslo

Klagenemndas medlemmer: Per Christiansen, Inger Marie Dons Jensen, Andreas Wahl.

Saken gjelder:

Inngåelse av bygge- og anleggskontrakt. "Saklig grunn" for avlysning av en konkurranse. Krav til tilbakemelding ved avlysning av en konkurranse. Krav til begrunnelse for valg av tilbud. Krav til prioritering av tildelingskriteriene. Ulovlige tildelingskriterier. Utlevering av opplysninger etter anbudsåpningen.

Sakens bakgrunn:

Om Forsvarsbyggs rolle

Forsvarsbygg har som oppgave å oppføre bygg som skal brukes av Forsvarets militære organisasjon. Forsvaret skal definere sine brukerbehov, og Forsvarsbygg utarbeider ut fra dette et konkurransegrunnlag for anskaffelsen.

Den opprinnelige konkurransen

Forsvarsbygg (heretter kalt "innklagede") kunngjorde 13. januar 2002 en konkurranse med forhandling etter forskrift om offentlige anskaffelser del III for oppføring av familieboliger på

Setermoen, Indre Troms. Prosjektet gjelder levering og oppføring av inntil 35 stk. familieboliger på Setermoen. Kunngjøringen omfattet i tillegg oppføring av familieboliger på henholdsvis Skjold og Bardufoss/Heggelia.

Den 4. september 2002 rykket innklagede inn en kunngjøring i DOFFIN-databasen hvor konkurransen ble avlyst. De prekvalifiserte deltakerne i konkurransen ble ikke varslet utover dette.

Fornytt konkurranse

Den 13. september 2002 kunngjorde innklagede en åpen anbudskonkurranse etter forskrift om offentlige anskaffelser del II. Det var i kunngjøringen opplyst at det skulle prosjekteres og bygges familieboliger med 4-5 roms boligenheter. Til sammen skulle 48 boliger bygges. Frist for mottak av tilbud var satt til 11. november 2002.

I konkurransegrunnlaget var følgende kriterier oppgitt for valg av tilbud (ikke i prioritert rekkefølge):

- 1. Det tilbudte produktet (arkitektonisk utforming, funksjonalitet, kvalitet, tilpassing til tomt og eksisterende bebyggelse etc.)*
- 2. Pris. Ved vurdering av pris vil både hvert byggetrinn og den total prisen for alle byggetrinnene bli vurdert*
- 3. Leveringsdyktighet*
- 4. Kompetanse og erfaring fra prosjektering av tilsvarende bygg og utomhusarealer*
- 5. Kompetanse og erfaring fra oppføring av tilsvarende bygg og utomhusarealer*
- 6. Oppdragsgivers tidligere erfaring med tilbydere*
- 7. Øvrige økonomiske forhold*
- 8. Eventuelle forbehold*

Klager leverte inn tilbud i konkurransen, og det ble avholdt avklaringsmøte mellom klager og innklagede 12. desember 2002. Til sammen mottok innklagede fem tilbud. I brev 20. desember 2002 opplyste innklagede i brev til deltakerne i konkurransen at kontrakt ville bli inngått med Finnmark Mur og Puss AS.

Partenes anførsler:

Klager anfører at oppdragsgiver har en plikt til å følge den anskaffelsesprosedyre som opprinnelig ble kunngjort. Det anføres videre at anskaffelsesregelverket er overtrådt idet klager ikke ble orientert om avlysningen av konkurransen og heller ikke ble gitt noen klageadgang. Klager anfører videre at begrunnelsen for valg av tilbud ikke tilfredsstillte kravene i forskrift om offentlige anskaffelser. Videre anføres at innklagede pliktet å sende klager opplysninger om hvem som har levert inn tilbudene, og tilbudenes pris

etter anbudsåpningen. Klager viser her til NS 3400 punkt 11.3 og kravet til god forretningsskikk i lov om offentlige anskaffelser § 5. Det anføres videre at tildelingskriteriene skulle vært angitt i prioritert rekkefølge og at det er benyttet kvalifikasjonskriterier som tildelingskriterier i strid med regelverket for offentlige anskaffelser. Endelig anføres det at klager skulle blitt tildelt kontrakten som det økonomisk mest fordelaktige tilbudet ut fra de oppstilte tildelingskriteriene. Klager har bedt klagenemnda uttale seg om vilkårene for erstatning.

Innklagede anfører at vilkårene for å avlyse den opprinnelige konkurransen var tilstede, men erkjenner at plikten til å opplyse deltakerne om dette, jf. forskrift om offentlige anskaffelser § 3-8 er overtrådt. Innklagede bestrider at deltakerne i konkurransen har noen klagerett ved en avlysning. Innklagede bestrider også klagers øvrige anførsler.

Klagenemndas vurdering:

Klager har deltatt i konkurransen om å bli tildelt kontrakten, og klagenemnda finner derfor at klager har "saklig interesse" i å fremme klagen, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig.

1. Avlysning av konkurransen

En konkurranse kan avlyses dersom det foreligger "saklig grunn", jf. forskrift om offentlige anskaffelser § 17-1. Fra kunngjøringen til utsendelse av konkurransegrunnlaget gikk det lang tid, og oppdragsgivers behov endret seg i denne perioden. Videre ble konkurransen ved en feil kunngjort etter forskriften del III, istedenfor del II, slik innklagede hadde plikt til. Etter klagenemndas oppfatning forelå det "saklig grunn" for innklagede til å avlyse konkurransen.

Oppdragsgiver plikter å gi informasjon og en kort begrunnelse ved avlysning av en konkurranse, jf. forskriften § 17-1. Dette ble ikke gjort, og det foreligger et brudd på forskriften.

Når årsaken til en avlysning av en konkurranse er selvforskyldt eller kunne ha vært forutsett kan dette etter omstendighetene medføre et erstatningsansvar for oppdragsgiver. Dette gjelder selv om det foreligger "saklig grunn" til å avlyse konkurransen. Også manglende varsling om avlysning av konkurransen kan medføre erstatningsansvar. Klagenemnda finner ikke at det er grunnlag for å vurdere om vilkårene for erstatning er tilstede i den foreliggende sak.

2. Opplysninger til deltakerne i konkurransen om hvem som har levert inn tilbud og tilbudenes pris

Klager har anført at innklagede pliktet å opplyse om hvem som har levert inn tilbud og tilbudenes pris etter tilbudsåpningen ved den nye konkurransen. Noe slikt krav fremkommer imidlertid ikke av forskrift om offentlige anskaffelser, og klagenemnda kan heller ikke se at et slikt krav kan utledes av de alminnelige prinsipper om "god forretningsskikk". Klagers anførsel tas derfor ikke til følge.

3. Angivelse av tildelingskriteriene i prioritert rekkefølge

Innklagede har i sitt konkurransegrunnlag tatt forbehold om at tildelingskriteriene ikke er i prioritert rekkefølge og klager har anført at dette er i strid med forskrift om offentlige anskaffelser § 10-2 som lyder: "Kriteriene skal om mulig angis i prioritert rekkefølge". Innklagede har dels anført at bestemmelsen må forstås slik at den gir oppdragsgiver et skjønn til å vurdere hensiktsmessigheten av å prioritere kriteriene, dels at det ikke var "formålstjenlig" å prioritere kriteriene i denne saken fordi det var tale om en kombinasjon av prosjektering og utførelse hvor leverandørens valg av løsninger er vel så viktig som utførelsen.

Klagenemnda mener at ordlyden i bestemmelsen som ikke gir rom for en fortolkning i samsvar med det innklagede anfører. Bestemmelsen må anses

klar på dette punktet, idet den pålegger oppdragsgivere å angi kriteriene i prioritert rekkefølge "om mulig". Det er på det rene at oppdragsgiver har anvendt en matrise med et vektingsystem. Dette innebærer en prioritering av tildelingskriteriene som skal være tilgjengelig for leverandørene ved utarbeidelse av tilbudene. Klagenemnda viser her til EF-domstolens avgjørelse i sak

C-470/99. Når dette ikke har skjedd, representerer dette et brudd på forskriften § 10-2.

4. Underretning og begrunnelse for tildeling

Etter forskrift om offentlige anskaffelser § 10-3 skal oppdragsgiver gi en skriftlig begrunnelse for valg av tilbud. Formålet med begrunnelsesplikten er å gi leverandørene grunnlag for å vurdere en klage. I underretningen fra innklagede er det kun henvist til tildelingskriteriene angitt i konkurransegrunnlaget med en kommentar om at den valgte leverandøren leverte "det økonomisk mest fordelaktige tilbudet". Klagenemnda finner ikke at dette tilfredsstiller kravet til begrunnelse. Det foreligger etter dette et brudd på forskriften § 10-3.

5. Bruk av kvalifikasjonskriterier som tildelingskriterier

Forskrift om offentlige anskaffelser skiller mellom krav som stilles til leverandørens kvalifikasjoner og kriterier for valg av tilbud. Valg av tilbud skal baseres enten på laveste pris eller det økonomisk mest fordelaktige tilbud. I sistnevnte tilfelle skal alle kriterier som vil bli lagt til grunn for valget, fremgå av kunngjøringen eller konkurransegrunnlaget, jf. forskriften § 10-2 (2).

For at et kriterium lovlig skal kunne benyttes ved valg av tilbud, må kriteriet oppfylle visse krav, jf. EF-domstolens avgjørelse i sak C-513/99. Kriteriet må være relevant for tilbudets verdi, det må være knyttet til kontraktens gjenstand, det må ikke være utformet så vagt at det i realiteten gir oppdragsgiver et ubetinget fritt skjønn og det må ikke stride mot de grunnleggende kravene i lov om offentlige anskaffelser § 5, herunder kravet til likebehandling.

Kriteriene "leveringsdyktighet", "kompetanse og erfaring fra prosjektering og oppføring av tilsvarende bygg", "oppdragsgivers erfaring med tilbyder" eller "øvrige økonomiske forhold" referer seg i utgangspunktet til egenskaper ved leverandøren, og spørsmålet er derfor om de kan representere en økonomisk verdi for oppdragsgiver og være knyttet til kontraktens gjenstand.

Klagenemnda legger til grunn at det i den aktuelle saken er tale om en forpliktelse for leverandørene til å levere et nærmere avtalt resultat til en avtalt totalpris (fastpriskontrakt), samtidig som anskaffelsen synes å ha begrenset kompleksitet. På grunnlag av de fremlagte opplysninger er det vanskelig å se at det er elementer i vurderingen av disse kriterier som innklagede ikke kunne ha ivarettatt ved vurderingen av tilbyderens kvalifikasjoner. Klagenemnda er på denne bakgrunn kommet til at innklagede enten ikke skulle ha definert nevnte kriterier som tildelingskriterier, eller i alle fall ha indikert at disse kriteriene som utgangspunkt ville ha liten vekt.

6. Feil i evalueringen av tilbudene

Klagenemnda viser til at matrisen med vektingen av kriteriene for valg av tilbud skulle vært tatt med i konkurransegrunnlaget. Klagenemnda finner ut fra dette ikke grunn til å gå inn på vurderingen av om evalueringen av tilbudene har vært i samsvar med regelverket.

7. Erstatning

Klagenemnda finner ikke at det er grunnlag for å gå inn på spørsmålet om vilkårene for erstatning er oppfylt.

Konklusjon:

Forsvarsbygg har overtrådt forskrift om offentlige anskaffelser § 17-1 ved å avlyse en igangsatt konkurranse uten å underrette om dette og uten å begrunne avlysningen.

Forsvarsbygg har overtrådt forskrift om offentlige anskaffelser § 10-2 ved å unnlate å prioritere tildelingskriteriene og ved å unnlate å ta matrisen med vektningen av tildelingskriteriene inn i konkurransegrunnlaget.

Forsvarsbygg har benyttet kriteriene "leveringsdyktighet", "kompetanse og erfaring fra prosjektering og oppføring av tilsvarende bygg", "oppdragsgivers erfaring med tilbyder" og "øvrige økonomiske forhold" ved valg av tilbud. I dette tilfelle er anvendelsen av kriteriene i strid med forskrift om offentlige anskaffelser § 10-2.

Forsvarsbygg har overtrådt forskrift om offentlige anskaffelser § 10-3 ved å gi mangelfull begrunnelse til klager om valg av tilbud.

Klagenemnda ber om at Forsvarsbygg innen 25. februar 2003 gir klagenemnda tilbakemelding på om uttalelsen blir lagt til grunn. Klagenemnda ber videre Forsvarsbygg opplyse innen 25. februar 2003 om hva som vil bli gjort for å rette opp feil som er begått og for å unngå tilsvarende feil i fremtiden.

For klagenemnda:

Per Christiansen

10/2-03



Forsiden
Nemndsmedlemmer
Saksbehandling
Regelverk
Innkomne saker
Statistikk
Årsrapporter
Dommer
Søk i avgjorte saker

Avgjorte saker:

[2003](#) [2004](#) [2005](#)

Besøksadresse

H. Heyerdalsgate 1
0033 Oslo

Postadresse

Postboks 8132 Dep
0033 Oslo

Tlf.: 22 33 70 10

Faks: 22 33 70 12

E-post:

postmottak@kofa.no

Avgjorte saker

Klagenemndas avgjørelse 3. februar 2003 i sak 2003/8

I forbindelse med en omorganisering av kommunen sadministrasjon igangsatte kommunen flere prosjekter. I et av prosjektene inngikk kommunen flere bygge- og anleggskontrakter, hver til en verdi mellom kr. 15 000,- og 170 000,-. Kommunen ville administrere byggingen selv. Klagenemnda la til grunn at verdien av kontraktene inngått i forbindelse med prosjektet skal regnes sammen ved vurderingen av om vilkårene for direkte kjøp for anskaffelser som ikke overstiger kr. 200 000,- er oppfylt. Klagenemnda avviste videre at tidsnød i denne saken kunne begrunne bruk av prosedyren direkte kjøp.

Klager: GHV Montasje AS

Kjerrheia 45

4621 Kristiansand

Innklaget: Mandal kommune

Pb. 68

4501 Mandal

Klagenemndas medlemmer: Svein Dahl, Kai Krüger, Inger Roll-Matthiesen.

Saken gjelder:

Bygg- og anleggskontrakter for utførelse av ombygningsarbeider ved omorganisering og lokalisering av etater, herunder opprettelse av såkalt kommunalt ?tjenestetorg?. Problemstillingen gjelder vurdering av beløpsgrensen for bruk av direkte anskaffelser etter forskrift om offentlige anskaffelser § 11-2 og bruk av direkte anskaffelse som følge av tidsnød. Overordnet krav til konkurranse etter lov om offentlige anskaffelser § 5 annet ledd, jf. forskrift om offentlige anskaffelser § 3-1 (1) .

Bakgrunn:

Bystyret i Mandal kommune vedtok 20.06.02 oppstart av omorganisering av kommunens administrasjon, så som lokaliseringen av ulike kommunale etater. Første fase var prosjekt ?Tjenestetorget?. ?Tjenestetorget? skal gi informasjon, service og veiledning til kommunens innbyggere og skal lokaliseres i Rådhuset.

Tre prosjektgrupper ble nedsatt for å vurdere omorganiseringen, og én av prosjektgruppene skulle vurdere gjennomføringen av ?Tjenestetorget?. De totale kostnadene for hele omorganiseringen ble anslått til fire millioner kroner fordelt på fem bygg. Kostnadene for delprosjektet ?Tjenestetorget? ble anslått til kr. 600 000,- eks. mva. til ombyggingen. Inkludert kjøp av inventar og utstyr beløper prosjektet seg til kr. 945 000,- eks. mva. fordelt som følger:

1.00	Rigg og drift	
2.00	Rivingsarbeider	
3.00	Vegger og himling	
4.00	Bygningsmessige arbeider	
5.00	Malararbeider og gulvbelegg	
6.00	Elektriske arbeider	
7.00	Prosjektering, prosjektadm.	
8.00	Inventar, utstyr, møbler, gardiner etc.	

Innklagede har inngått til sammen syv kontrakter tilknyttet prosjektet ? Tjenestetorget?. Innklagede opplyser at verdien på de enkelte kontraktene ligger mellom kr. 15 000,- og 170 000,- og gjelder arbeider innen prosjektering, snekkerarbeider, malerarbeid, systemhimlinger og rør- og ventilasjonsarbeider i tillegg til kjøp av inventar. De ulike entreprenører og håndverkere det er inngått kontrakter med er valgt ut på grunnlag av innklagedes tidligere erfaringer med disse fra andre prosjekter. Det er ubestridt at det ikke har vært noen konkurranse om kontraktene.

Når det gjelder administrering av byggeprosessen har innklagede besluttet å utføre denne oppgaven selv og ønsker å avvete beslutninger underveis i prosessen ?for å slippe en detaljert og fremdriftshemmende prosjektering- og anbudsfasen med definering av til dels usikre arbeidsomfang med derpå følgende diskusjoner og endringsarbeider underveis i prosessen?.

Innklagede opplyser at det ikke er påbegynt arbeid med de øvrige prosjektene i forbindelse med omorganiseringen og at det for disse prosjektene ennå ikke er inngått noen kontrakter.

Partenes anførsler:

Klager opplyser at dersom arbeidene hadde vært kunngjort, kunne han ha levert inn tilbud på flere av de aktuelle leveranser og oppdrag. Han har 21. januar 2003 klaget inn Mandal kommune (heretter kalt ?innklagede?) med påstand om at innklagede har brutt reglene for offentlige anskaffelser ved å inngå bygge- og anleggskontrakter i forbindelse med omorganisering av kommunen uten forutgående kunngjøring eller konkurranse.

Innklagede bestrider å ha inngått avtaler i strid med lov og forskrift for offentlige anskaffelser, og viser til at de ulike kontraktens verdi er lav og at det var tidspress for å bli ferdig med arbeidene, jfr hjemmel for direkte anskaffelse i forskriftens § 11-2, særlig bestemmelsens underpunkt (1) bokstav a (beløpsgrensen 200.000) og bokstav d (?anskaffelsen på grunn av uforutsette omstendigheter ikke kan utsettes??).

Klagenemndas vurdering:

Klageinteresse og rettidighet:

Klagenemnda anser det som klart at klager etter klageforskriftens § 6 første

ledd har *?saklig interesse?* i å få vurdert lovmessigheten av innklagedes prosedyre. Klagen er *rettidig* etter samme lovs § 6 annet ledd.

Om forskriftens anvendelse ? Del II og Del III

Hva som skal regnes for å være et *?bygge- og anleggsarbeid?* er definert i forskriftens § 1-4 bokstav f) som *? resultatet av bygge- og anleggsarbeider som i sin helhet er tilstrekkelig til å oppfylle en økonomisk og teknisk funksjon?*. Etter det opplyste er det dermed klart at verdien av anskaffelsen saken gjelder klart ligger under kr. 40,5 millioner kroner eks. mva. og at den således følger reglene i forskriftens del III, jf. forskriftens §§ 2-1 (2) og 2-2. For slike anskaffelser kan oppdragsgiver etter forskriftens § 11-1 (1) velge mellom anbudskonkurranse eller konkurranse med forhandling, dog slik at kontrakten skal kunngjøres etter forskriftens § 13-1 (1).

Hjemmel for direkte kjøp ? forskriftens del III § 11-2

Innklagde påberoper seg at anskaffelsen i dette tilfellet kan skje etter reglene om direkte anskaffelse. Ved direkte anskaffelse gjelder ikke kravet til formell kunngjøring, jf. forskriftens § 13-1 (1). Det vises dels til at hver kontraktene ligger under beløpsgrensen på kr. 200 000,- eks. mva., jf. forskriftens § 11-2 (1) bokstav a), dels til at saken hastet, jf. forskriftens § 11-2 (1) bokstav d).

Vurdering av anskaffelsens verdi

Når et *?bygge- og anleggsarbeid?* er delt inn i flere delarbeider som det skal inngås særskilte kontrakter for, skal verdien av hvert delarbeid tas med i beregningen av anskaffelsens verdi, jf. forskriften § 2-3 (4).

Det er ikke avgjørende om de ulike kontraktene faller inn under ulike bransjer eller fagbetegnelser.

Klagenemnda viser her til at prosjektet *?Tjenestetorget?* var skilt ut med egne budsjetter og at ingen av arbeidene vil fylle en teknisk eller økonomisk funksjon isolert sett. Videre er kontraktene inngått på noenlunde samme tid og det er en og samme oppdragsgiver for alle arbeidene. Det er videre klart at det finnes virksomheter som kunne ha interesse av og mulighet til å utføre flere eller alle av de aktuelle arbeidene det er inngått kontrakter for.

Klagenemnda finner det derfor klart at verdien av delarbeidene og delleveransene skal regnes sammen ved anvendelsen av direktekjøpsregelen i § 11-2 (1) bokstav a). Klagenemnda trenger etter dette ikke å ta stilling til om alle kontraktene som vil bli inngått i forbindelse med omorganiseringen av kommunen skal regnes sammen, idet allerede kontraktene for første fase, det såkalte *?Tjenestetorget?*, overstiger kr. 200 000,-

Direkte anskaffelse som følge av tidsnød:

Forskrift for offentlige anskaffelser § 11-2 (1) bokstav d) gir oppdragsgiver anledning til å benytte prosedyren direkte anskaffelse dersom *?anskaffelsen på grunn av uforutsette omstendigheter ikke kan utsettes i den tid det tar å gjennomføre en konkurranse?*. Det er imidlertid innklagede som selv har valgt å fastsette en kort frist uten at dette er dokumentert å være begrunnet i noen *? uforutsette omstendigheter?*. Det er heller ingen minstefrister for gjennomføringen av en konkurranse etter forskriftens del III, og innklagede ville derfor etter klagenemndas oppfatning uansett kunne gjennomført en konkurranse i tråd med regelverket innenfor de tidsfrister man selv har oppstilt.

Krav til konkurranse:

Det følger av lovens § 5 annet ledd og forskriftens § 3-1 (1) at det stilles krav til en åpen og reell konkurranse uansett anskaffelsens verdi, uansett valg av prosedyre. Klagenemnda kan ikke se at innklagede har gjort noen forsøk på legge til rette for noen konkurranse om oppdragene. Klagenemnda finner derfor klart at kontraktene er inngått i strid med regelverkets krav til konkurranse.

Uttalelsen er enstemmig.

Konklusjon:

Mandal kommune har inngått kontrakter for prosjektering, bygningsmessige arbeider, gulvbelegg og malerarbeider, systemhimlinger og ?vegger, elektrotekniske arbeider, inventar og møbler og rør- og ventilasjonsarbeider i forbindelse med prosjekt ?Tjenestetorget? i strid med kravet til formell kunngjøring i forskrift om offentlige anskaffelser § 13-1. Inngåelsen av kontraktene er videre i strid med kravet til en åpen og reell konkurranse i lov om offentlige anskaffelser § 5 annet ledd og forskrift om offentlige anskaffelser § 3-1 (1).

Klagenemnda finner etter dette grunn til å be kommunen opplyse innen 15. februar 2003 hva som vil bli gjort for å rette opp i feilen som er begått og hva som vil bli gjort for å unngå tilsvarende feil i fremtiden, jf. forskrift av 15. november 2002 om klagenemnda for offentlige anskaffelser § 12 fjerde ledd.



Forsiden
Nemndsmedlemmer
Saksbehandling
Regelverk
Innkomne saker
Statistikk
Årsrapporter
Dommer
Søk i avgjorte saker

Avgjorte saker:
[2003](#) [2004](#) [2005](#)

Besøksadresse
H. Heyerdalsgate 1
0033 Oslo

Postadresse
Postboks 8132 Dep
0033 Oslo

Tlf.: 22 33 70 10

Faks: 22 33 70 12

E-post:

postmottak@kofa.no

Avgjorte saker

Klagenemndas avgjørelse 23. januar 2003 i sak 2003/2

Klager: Bærum kommune

Prosjekt og utbygging

Pb. 593

1302 Sandvika

Innklaget: Bærum kommune

Eiendomsforvaltning

Pb. 593

1302 Sandvika

Saken gjelder: Spørsmål om klagekompetanse i forholdet mellom to kommunale etater.

Klagenemndas medlemmer: Jens Bugge, Morten Goller, Siri Teigum.

Sakens bakgrunn:

Bærum kommune, Eiendomsforvaltningen, (heretter kalt ?innklagede?) kunngjorde 1. november 2002 i DOFFIN-databasen en anskaffelse av ? tjenestekategori 12: prosjektledelse inkludert byggherrerelatert prosjektadministrasjon? i forbindelse med bygging av Gjønnnes idrettshall. Innklagede har valgt prosedyren begrenset anbudskonkurranse. Det var opplyst at det ville bli invitert mellom tre og fem leverandører til å levere inn tilbud. I kunngjøringens punkt 14 ?Minstekrav?, siste ledd var det tatt inn følgende setning: ?Sentral eller lokal godkjenning iht. plan- og bygningsloven?.

Bærum kommune, Prosjekt og utbygging, (heretter kalt ?klager?) er en virksomhet i Bærum kommune. Virksomheten er ikke skilt ut som en selvstendig juridisk person, men er selvfinansierende. Dette innebærer at virksomheten ikke får bevilgninger til drift av Bærum kommune. Inntektene kommer fra interne oppdrag, blant annet fra Eiendomsforvaltningen. Internt svarer virksomheten for sine egne budsjetter og overskudd/underskudd på driften. Utad har virksomheten fullmakt til å tegne forpliktende avtaler på vegne av Bærum kommune når de påtar seg oppdrag.

Klager rettet en forespørsel til innklagede om å delta i konkurransen.

Forespørselen ble avvist, og i brev datert 13. desember 2002 begrunnet innklagede dette med mangelfulle opplysninger i forespørselen. På muntlig forespørsel fikk klager opplyst at de mangelfulle

opplysningene gjaldt manglende sentral eller lokal godkjenning innen området KUT. Senere ble dette korrigert til SAM (samordnerfunksjon).

Klager har sentral godkjenning for flere godkjenningsområder. For fagområdet Ansvarlig samordner har foretaket godkjenning innen godkjenningsområdet SAM.050.3 (samordnerfunksjon for anleggstiltak) tiltaksklasse 3 og SAM.930.2 (samordnerfunksjon for riving) tiltaksklasse 2.

Innklagede har opplyst at siden det ikke finnes en egen SAM-kategori for prosjektledelse er det godkjenningsområdet som ligger nærmest, SAM 040.3, lagt til grunn. SAM 040.3 gjelder for utførelse av bygning, inkludert tekniske installasjoner og utomhusarbeider, der det vesentligste av utførelsen ligger i tiltaksklasse 3. I veiledningen til godkjenningsområdet er det vist til omtalen under SAM 040.1 som gjelder så langt den passer.

Til sammen 23 leverandører leverte forespørsel om å delta i konkurransen. Innklagede opplyser at 24 kandidater hadde 100% tilfredsstillende besvarelse, mens 4 kandidater, deriblant Prosjekt og utbygging hadde tilsvarende 95%. Det ble derfor bestemt at de 4 likeverdige kandidatene skulle inviteres til å inngi tilbud?

Nærmere om sentral og lokal godkjenning:

Foretak som skal påta seg oppgaver som ansvarlig søker, prosjekterende, utførende, samordner og/eller kontrollerende i forbindelse med tiltak som krever tillatelse etter pbl § 93 første ledd og kontroll av disse, jfr pbl §§ 93 b, 97, 98 og 98 a, skal oppfylle kravene i forskrift 22. januar 1997 om godkjenning av foretak for ansvarsrett. Utgangspunktet er at foretaket i den enkelte byggesak må godkjennes av kommunen (lokal godkjenning), jf. forskriften § 16 første ledd.

Sentral godkjenning er en alternativ form for dokumentasjon av oppfyllelse av kvalifikasjonskravene etter forskriften og skal normalt legges til grunn ved lokal godkjenning uten ytterligere vurdering, jf. forskriften § 22 første ledd. Dersom foretaket ikke har sentral godkjenning skal foretaket dokumentere at det oppfyller forskriftens krav for godkjenning, jf. forskriften § 16 andre ledd.

Partenes anførsler:

Klager anfører at han er utelukket fra å delta i konkurransen i strid med regelverket for offentlige anskaffelser og viser til at sentral eller lokal godkjenning etter plan- og bygningsloven ikke er relevant i forhold til tjenestekategorien Prosjektledelse, at det ikke finnes noen godkjennelsesfunksjon for Prosjektledelse og at godkjennelsesfunksjonen for samordner (SAM) gjelder utførelse (entreprenørvirksomhet) i et prosjekt, og ikke har relasjon til samordning i prosjekteringsfasen.

Innklagede har imøtegått klagers anførsler og har anført at siden prosjektleder engasjeres for å lede gjennomføringen av hele prosjektet fra og med oppstart til og med gjennomføringen av garantibefaring etter det tredje driftså for det ferdige bygget, er det nødvendig at prosjektleder kan dokumentere at han kan samordne alle impliserte parter i de ulike fasene i prosessen. Innklagede er enig i at det ikke finnes en egen SAM-kategori for prosjektledelse, og har derfor vektlagt det som kommer nærmest, nemlig SAM 040.3. En slik godkjenning har ikke klager.

Innklagede viser videre til at han likestiller lokal godkjenning med sentral

godkjenning. Dersom leverandøren ikke har sentral godkjenning vil det godtas at det legges frem kopi av tidligere oppnådd lokal godkjenning for tilsvarende prosjekter, noe som gir en meget sterk indikasjon på at aktøren også vil oppnå lokal godkjenning for det aktuelle prosjektet. Innklagede viser til at klager ikke har godtgjort slik lokal godkjenning for tidligere prosjekter i sin forespørsel om å delta i konkurransen.

Klagenemndas vurdering:

Forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser forutsetter i § 6 andre ledd at ?klage kan fremsettes av enhver som har saklig interesse i å få vurdert lovmessigheten av en slik unnlattelse, handling eller beslutning?. Spørsmålet er om Bærum kommune, Prosjekt og utvikling skal gis klagerett overfor en annen etat i Bærum kommune.

Klager og innklagede er i denne saken begge deler av samme juridiske person både økonomisk og organisatorisk og vil ikke kunne inngå kontrakter med hverandre som kan håndheves for domstolene. Det er ikke endelig avklart om begrepet ?kontrakt? i forskrift om offentlige anskaffelser i alle tilfeller vil samsvare med spørsmålet om kontrakten kan håndheves gjennom domstolene, eller om grensene i stedet må trekkes opp etter spørsmålet om leverandøren eller oppdragsgiver er fritatt fra instruksjonsmyndighet. Det vil i dette tilfellet uansett ikke kunne finne sted noen ?tildeling? av en tjenestekontrakt mellom klager og innklagede i den forstand som er omhandlet i § 1-3 i forskrift 15. juni 2001 om offentlige anskaffelser. Klageren må dermed etter klagenemndas oppfatning anses å falle utenfor kretsen av rettighetshavere som beskyttes av forskriften, og dermed utenfor dens virkeområde, jf. også lov 16. juli 1999 nr. 69 om offentlige anskaffelser § 5. Klagenemnda viser i den forbindelse til at klageren i klagen anfører at *?Vår begrunnelse for å be klagenemnda behandle denne saken er først og fremst for å få en tredjeparts bistand til å avklare strid om tolkninger, og på denne måten bidra til økt forståelse og respekt for riktigere bruk av regelverket i fremtiden?.* Klagenemnda finner denne begrunnelsen mindre godt forenlig med kravet i § 6 tredje ledd i forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser om at klage kan fremsettes av den som har ?saklig interesse? i å få vurdert lovmessigheten av en kontraktstildeling.

Klagenemnda finner etter dette at Bærum kommune, Prosjekt og utvikling ikke kan gis klagerett overfor Bærum kommune, Eiendomsforvaltning. Uttalelsen er enstemmig.

Konklusjon:

Klage fra Bærum kommune, Prosjekt og utvikling avvises fra nemndbehandling.

For klagenemnda:

Jens Bugge, 24. januar 03



Forsiden
Nemndsmedlemmer
Saksbehandling
Regelverk
Innkomne saker
Statistikk
Årsrapporter
Dommer
Søk i avgjorte saker
Avgjorte saker:
[2003](#) [2004](#) [2005](#)

Besøksadresse
H. Heyerdalsgate 1
0033 Oslo

Postadresse
Postboks 8132 Dep
0033 Oslo

Tlf.: 22 33 70 10

Faks: 22 33 70 12

E-post:

postmottak@kofa.no

Dommer

[Hålogaland Lagmannsrett](#) 1.46 MB

[Kjennelse fra Borgarting Lagmannsrett av 31. august 2004](#) 0.08 MB

[Oslo Tingrett](#) 2.21 MB

[Salten Tingrett](#) 0.42 MB

[Skien og Porsgrunn Tingrett](#) 0.93 MB

[Stjør- og Verdal Tingrett](#) 0.14 MB

[Sunnfjord Tingrett](#) 2.17 MB



HÅLOGALAND LAGMANNSRETT

KJENNELSE

Avsagt: 31.03.2005

Saksnr.: 05-025088KSI-HALO

Dommere: Lagdommer Kjell Martin Haug
Lagdommer Nils Asbjørn Engstad
Lagdommer Vidar Stensland

Helse Nord Rhf

Advokat Ole Morten Husmo

mot

Berg-Hansen Nor AS Avd Bodø
Berg-Hansen Reisebureau Tromsø AS
Sortland Reisebyrå AS

Advokat Oddmund Enoksen
Advokat Oddmund Enoksen
Advokat Oddmund Enoksen

Saken gjelder midlertidig forføyning.

Salten tingrett avsa 24. januar 2005 kjennelse med slik slutning:

1. Helse Nord RHF forbys å inngå kontrakt med VIA flyspesialisten/Haalogaland Reisebyrå om reisebyråtenester inntil det er rettskraftig avgjort at vedtak om dette er gyldig.
2. Helse Nord RHF betaler saksomkostninger med kr 43.126.

Når det for øvrig gjelder saksforholdet og partenes anførsler for tingretten, vises til tingrettens kjennelse.

Helse Nord RHF har påkjært kjennelsen til Hålogaland lagmannsrett. Berg Hansen NOR AS m.fl har tatt til motmæle for lagmannsretten.

Helse Nord RHF har i hovedsak anført:

Helse Nord RHF overtok med virkning fra 1. januar 2004 ansvaret for syketransport fra Rikstrykdeverket. Som ledd i organiseringen av virksomheten utlyste Helse Nord RHF ved Nordlandssykehuset HF 27. oktober 2004 anbudskonkurranse for kjøp av reisebyråtenester.

Tingretten har i sin avgjørelse bygd på en anførsel fra kjæremotpartene om at Helse Nord RHF ikke utviste forsvarlig skjønn ved utarbeidelse og bruk av de estimater over antall reiser m.v. som ble benyttet ved sammenligning av de mottatte anbud. Anførselen er ikke dokumentert, og den er feil.

I anbudskonkurranser som denne er det vanlig, slik Helse Nord RHF gjorde, å opplyse om volum i stedet for å legge frem anslag over antall reiser. De estimater som er nevnt over, ble først utarbeidet da det viste seg at anbudene var så ulikt utformet at man var avhengig av anslag over transaksjonsmengde for å beregne hvilket av tilbudene som er økonomisk gunstigst. Estimatenes var ikke kjent for noen av aktørene, og kan ikke ha påvirket utformingen av de enkelte anbud. Estimatenes bygger på innhentet informasjon om prisnivå på flyreiser til de destinasjoner hvor pasientene faktisk bor. Motpartens estimater er beheftet med flere feil og mangler, og motparten har konsekvent benyttet tall og metoder som gir for høyt antall flyreiser.

Tingrettens kjennelse synes på enkelte punkter å bygge på en mistanke om at Helse Nord RHF skulle ha interesse i å tildele kontrakten til en bestemt leverandør. Dette avvises.

Den gjennomførte konkurransen hadde som formål å finne frem til den tilbyder som har det økonomisk sett gunstigste tilbud. Videre ønsket man, med bakgrunn i erfaringer som Nordlandssykehuset HF har gjort seg, å få en samarbeidspartner som kan delta i logistikk-

planlegging. Ved samarbeid mellom helseforetakene og et reisebyrå ønsker man å oppnå innsparinger bl.a. ved å samordne de tidspunkter som angis i innkallingene av pasientene med rutetidene til ulike transportmidler, ved å legge til rette for at behandling kan gjennomføres så nært pasientens hjemsted som mulig og ved å sørge for at pasientene velger det reisealternativ som er billigst.

Tingretten har sett helt bort fra disse momentene ved interesseavveiningen mellom partene. Ut fra erfaringer man har gjort seg ved Nordlandssykehuset HF, må det legges til grunn at Helse Nord RHF vil oppnå en innsparingseffekt på om lag 15 %. Med årlige kostnader på 180 mill. kroner vil innsparingen utgjøre 27 mill. kroner pr. år. Begjæringen om midlertidig forføyning har forsinket avtaleinngåelsen. Det fører igjen til at den potensielle besparelsen går tapt. Det antas at den årlige fortjenesten for kjæremotpartene neppe kan utgjøre mer enn 3-400.000 kroner pr. år.

Tingretten tar feil når den legger til grunn at Helse Nord RHF vil kunne unngå tap eller vil kunne begrense tapet ved å bestille reisebyråtjenester løpende hos ulike leverandører. Tvert om påføres Helse Nord RHF store tap fordi planlagte innsparingstiltak ikke kan iverksettes. Hovedbesparelsen ligger ikke i bruk av rabatterte billetter, men i etableringen av et nært samarbeid mellom det personell som innkaller pasientene og reisebyråpersonell. Det er forøvrig uklart hva tingretten sikter til når det i interesseavveiningen vektlegges at kjæremotpartene, om det inngås avtale mellom Helse Nord RHF og Berg Hansens konkurrent, Hålogaland Reisebyrå, nå, vil være henvist til et usikkert erstatningssøksmål. Mener man at det er usikkert om kjæremotpartene vil vinne frem med søksmål, taler det mot at kravet om midlertidig forføyning tas til følge.

Prinsipalt anføres etter dette at kjæremotpartene ikke har sannsynliggjort at det foreligger noe krav. Subsidiært anføres at det ikke foreligger sikringsgrunn. Ytterligere subsidiært bes det om at en eventuell midlertidig forføyning begrenses i tid til tidspunktet for avgjørelse av klagesaken.

Det er lagt ned slik påstand:

1. Begjæring om midlertidig forføyning fra reisebyråkjeden Berg-Hansen tas ikke til følge.
2. Helse Nord RHF tilkjennes saksomkostninger for tingretten og lagmannsretten med tillegg av 8 % rente fra forfallstidspunktet og frem til betaling skjer.

Berg-Hansen NOR AS m.fl. har i hovedsak anført:

Tingrettens avgjørelse er riktig. Avgjørelsen er truffet på grunnlag av det skriftlige materiale som er fremlagt, og det som fremkom under de muntlige forhandlingene. Tingretten hadde et meget godt avgjørelsesgrunnlag. Den har gått gjennom de innvendinger som kjæremotpartene har til den prissammenligning som Helse Nord RHF

har foretatt, og har på alle punkter sluttet seg til innvendingene. Det kan ikke ses at det i kjæremålet er fremkommet opplysninger som gir grunnlag for å rokke ved tingrettens konklusjon slik den er formulert i kjennelsen på side 8 tredje avsnitt.

Av den prissammenligning som er inntatt i bilag 3 til Helse Nord RHF's prosesskrift av 3. januar 2005, fremgår at kjæremotpartene hadde en enhetspris på flybilletter på 75 kroner. Konkurrentens pris var 90 kroner. I første runde var prisdifferansen enda høyere. Flyreiser er fullstendig dominerende i forhold til andre reisemåter ved syketransport innenfor anbudsområdet. En korrekt behandling av anbudene skulle derfor ha gitt som konklusjon at kjæremotpartene hadde det klart mest fordelaktige anbudet. Når Helse Nord RHF likevel klarte å konkludere med at kjæremotpartens tilbud ikke er det billigste, skyldtes det at Helse Nord RHF brukte enhetsprisene galt og for øvrig gjorde flere feil i prissammenligningen. Det vises i den forbindelse til tingrettens kjennelse side 7-8. Stikkordsvis foreligger følgende feil:

1. Antall flyreiser er betydelig høyere enn 50.000 som Helse Nord RHF har lagt til grunn.
2. Antall reiser med bil/båt/tog er lavere enn de 10.000 som Helse Nord RHF har lagt til grunn.
3. Helse Nord RHF har belastet Berg Hansen med en pris for bil/båt/tog (75 kroner) som inkluderer utstedelse av billett eller reisekupong, mens konkurrenten kun er belastet med en pris (25 kroner) som ikke inkluderer billett eller reisekupong, og har sett bort fra at konkurrenten hadde gitt særskilt pris for utstedelse av reisekupong (125 kroner).
4. Helse Nord RHF har lagt til grunn et altfor høyt tall for flybilletter som må omskrives etter utstedelse.

I og med at konkurrentens anbud bare var marginalt lavere enn Berg Hansens i prissammenligningen, kreves det ikke store endringer for at Berg Hansen skal komme best ut. Det er tilstrekkelig med små endringer i antall flyreiser, eller antall reiser med bil/båt/tog eller antall navneendringer.

Reisekupong.

Berg Hansens anbudspris på 75 kroner for reiser med bil/båt/tog inkluderte utstedelse av reisekupong, og skulle vært sammenlignet med konkurrentens pris som samlet, inklusive utstedelse av reisekupong, utgjorde 150 kroner. I stedet ble Berg Hansens pris feilaktig sammenlignet med en pris fra konkurrenten på 25 kroner som ikke inkluderte utstedelse av reisekupong og som derfor ikke var sammenlignbar. Fra Helse Nord RHF's side ble det under de muntlige forhandlingene opplyst at det ikke er forutsatt at reisekupper skal utstedes. Dette var opplysninger som ikke fremgikk av anbudsgrunnlaget og som inntil da var helt ukjente for Berg Hansen. Det fremstår på bakgrunn av opplysningene som i beste

fall uklart hvilke tjenester reisebyrået er forutsatt å yte i forbindelse med slike reiser. Uten at det utstedes et reisedokument, må den reisende selv legge ut for reisen, og har, all den tid det på buss og hurtigbåt ikke foretas forhåndsbestillinger, ingen grunn til å henvende seg til reisebyrået. Av bilag 1 til kjæremålet fremgår at det bare i Hålogalandssykehusets område dreier seg om 4000 hurtigbåtreiser pr. år. Alene ved å fjerne disse 4000 reisene, vil anbudsprisen fra Berg Hansen reduseres med 300 000 kroner, og blir derved betydelig lavere enn konkurrentens.

Konklusjonen er at enten må Berg Hansens pris på 75 kroner sammenlignes med konkurrentens samlede pris på 150 kroner, eller så må Berg Hansens pris på 75 kroner strykes i sin helhet når det gjelder bil/båt/tog.

Antall flyreiser.

Tingretten konkluderte med at antall flyreiser er vesentlig høyere enn de 50 000 som Helse Nord RHF la til grunn. Helse Nord RHF har ved beregning av antall reiser lagt til grunn en gjennomsnittlig flypris i 2003 på 3600 kroner. I virkeligheten er prisen lavere og antall flyreiser høyere enn det Helse Nord RHF har lagt til grunn. Beregninger med utgangspunkt i statistikk fra SAS over gjennomsnittspriser, beregninger foretatt av sosialøkonom Geir Abel Ellingsen, Berg Hansens egen statistikk og opplyst gjennomsnittspris for sykefrakter for Nordlandssykehuset viser priser varierende fra 2 613 til 3043 kroner som gjennomsnitt pr. reise. Det gir et antall reiser varierende fra 68 886 til 59 143. For at Berg Hansens tilbud skal bli det billigste, gitt at alle andre forhold er uforandret, er det tilstrekkelig at antall reiser er i overkant av 52 000.

Navneendring.

I prissammenligningen har Helse Nord RHF brukt et antall på 3 500 for "endring av billett som medfører nytt dokument". Klagerne er belastet med 75 kroner for hver slik endring, mens konkurrenten ikke er belastet for noe. Antallet endringer på 3 500 er altfor høyt, slik tingretten la til grunn.

Helse Nord RHF ba i anbudsgrunnlaget om pris på "omskrivning av billetter (navneendring)". På forespørsel fikk Berg Hansen opplyst at det hadde sammenheng med eventuelle skifter av ledsager for pasienter. Ifølge Berg Hansens tilbud ville det påløpe nytt gebyr dersom endring skjedde etter at billett var utstedt, ellers ikke. Helse Nord RHF har ved sin prissammenligning tatt med helt andre typer endringer enn det som beskrives i anbudsgrunnlaget eller som det ble opplyst om før tilbudet ble inngitt. Endringer av reisetidspunkt og oppgradering av rabatterte billetter til fullpris er det ikke spurt om pris på i anbudsgrunnlaget. Det er derfor ikke grunnlag for å trekke slike endringer inn i prissammenligningen. Også på dette punkt vil korrigerende medføre at Berg Hansens tilbud blir vesentlig lavere enn konkurrentens.

Antall reiser med bil, båt og tog.

Helse Nord RHF har ved anbudsvurderingen lagt til grunn 10 000 rene reiser med bil, båt eller tog. "Rene reiser" betyr i denne sammenheng reiser uten tilknytning til flyreise. Tallet er altfor høyt. Berg Hansens statistikk viser at andelen slike reiser utgjør 7,4 %. Helse Nord RHF opererer med en prosentandel på 16,3.

Når det for øvrig gjelder Berg Hansens innsigelser mot anbudsprosessen, vises til den redegjørelse som er gitt i begjæringen om midlertidig forføyning, prosesskrift av 14. januar 2005 og tingrettens første kjennelse.

Avveining av partenes interesser.

Det er ikke riktig som anført av Helse Nord RHF, at man, uten kontraktsinngåelse med Hålogaland Reisebyrå, vil gå glipp av en årlig besparelse på 27 mill. kroner. Det som har medført besparelser for Helse Nord RHF og de andre helseforetakene i landet, er i hovedsak overgangen til bruk av rabatterte billetter. Denne besparelsen kan oppnås uavhengig av om man benytter seg av Berg Hansen, Hålogaland Reisebyrå eller et eller flere andre reisebyråer. Besparelsen er også helt uavhengig av om man oppretter en særskilt avdeling inne på sykehuset i Gravdal eller ikke (inplantkontoret). Ber man et reisebyrå om å skaffe rabatterte billetter, så gjør byrået det.

Det er ikke sannsynliggjort at utsettelse med inngåelse av anbudskontrakt vil påføre Helse Nord RHF tap av betydning. Tap vil for øvrig enkelt kunne unngås ved at Helse Nord RHF inngår kontrakt med Berg Hansen, slik Berg Hansen har anmodet om etter at tingrettens kjennelse forelå.

Det er ikke riktig at Berg Hansens tap, hvis selskapet forbigås, er begrenset til 3-400 000 kroner pr. år. Tapet vil være lik tap av dekningsbidrag, og er foreløpig beregnet til nærmere 7 mill. kroner over en 3-årsperiode. Det er i den forbindelse lagt til grunn at Berg Hansens eksisterende bemanning i Tromsø, Bodø og Sortland vil klare å ta unna den trafikk som inplantkontoret på Gravdal ikke makter å håndtere.

Det er nedlagt slik påstand:

1. Kjæremålet forkastes.
2. Helse Nord RHF betaler saksomkostninger til kjæremotparten for lagmannsretten.

Lagmannsretten bemerker:

Etter lov om offentlige anskaffelser § 8 kan det, inntil kontrakt er inngått, besluttes midlertidig forføyning ved overtredelser av loven eller forskrift gitt i medhold av loven. Nærmere bestemmelser om midlertidige forføyninger er gitt i tvangsfullbyrdelsesloven kapittel 15.

Av tvangsfullbyrdelsesloven § 15-2 første ledd bokstav a følger at midlertidig forføyning kan besluttes når saksøktens adferd gjør det nødvendig med en midlertidig sikring av kravet fordi forfølgningen eller gjennomføringen av kravet ellers vil bli vesentlig vanskeliggjort. Midlertidig forføyning kan ikke besluttes dersom den skade eller ulempe som saksøkte blir påført, står i åpenbart misforhold til den interesse saksøkeren har i at forføyningen blir gjennomført, jf. tvangsfullbyrdelsesloven § 15-2 annet ledd. Bestemmelsen bygger på en grunnsetning om proporsjonalitet hvoretter det tas hensyn til samtlige interesser som er inne i bildet, jf. Ot.prp. nr. 65 (1990-91) side 292.

I lov om offentlige anskaffelser § 5 stilles opp visse grunnleggende krav til gjennomføringen av en anskaffelse. Det vises bl.a. til bestemmelsens første og tredje avsnitt hvorav følger at

- oppdragsgiver skal opptre i samsvar med god forretningsskikk, sikre høy forretningsetisk standard i den interne saksbehandling og sikre at det ikke finner sted forskjellsbehandling mellom leverandører
- oppdragsgiver skal sikre at hensynet til forutberegnelighet, gjennomsiktighet og etterprøvnbarhet ivaretas gjennom anskaffelsesprosessen.

Det legges etter bevisførselen til grunn at pris var av avgjørende betydning for Helse Nord RHF's beslutning om å velge tilbudet fra Hålogaland Reisebyrå AS.

I det prisutfyllingsskjema som ble benyttet i anbudsprosessen, ble deltakerne bedt om å angi priser for følgende reisebyrå tjenester:

”Flybilletter nasjonalt (inkl utlevering)
Flybilletter i Norden (inkl utlevering)
Flybilletter utenom Norden (inkl utlevering)
Reservasjon/bestilling hotell
Reservasjon/bestilling bil/båt/tog
Omskrivning av billetter (navneendring)
Bruk av flyplasskontor for henting av billetter
Andre avgiftsbelagte tjenester ”

Den samlede pris pr. år for de tjenester som var omfattet av anbudet, vil bero på de priser som tilbys og det antall tjenester innenfor hver kategori som Helse Nord RHF har behov for pr. år. Det ble i anbudsgrunnlaget opplyst at kostnadene ved syketransporter med fly for pasienter i kommuner tilknyttet Helse Nord RHF, eksklusive Nordlandssykehuset, utgjorde ca. 180 millioner kroner i 2003. Utover dette ble det ikke gitt opplysninger om det antall tjenester av de ulike kategorier som ville bli lagt til grunn ved sammenligning av anbudene. Kjæremotpartene har opplyst at de, før anbudet ble inngitt, ba om å få oppgitt mengder, herunder antall flyreiser pr. år, men at man fikk opplyst fra Helse Nord RHF at man ikke hadde slik informasjon. Opplysningen er ikke bestridt. I Helse Nord RHF's tilsvaer til klagenemnda for offentlige anskaffelser side 3 bekrefte for øvrig at prissammenligningen, iallfall så langt gjelder flyreiser, er basert på estimater om antall som er utarbeidet etter at anbudene forelå. Det legges til grunn at også estimatene med hensyn til antallet tjenester innenfor de øvrige kategorier er gjort etter at anbudene forelå. Antall enkelttjenester pr. år innenfor de ulike kategorier er slik anbudene er utformet, og fra oppdragsgiver var forutsatt utformet, avgjørende ved en prissammenligning. Etter lagmannsrettens vurdering var det, i lys av kravet til likebehandling, forutberegnelighet, gjennomsiktighet og etterprøvnbarhet, nødvendig at disse estimatene ble foretatt og meddelt anbyderne før anbudene ble inngitt, ikke etter. Dertil kommer at det antall enkelttjenester som Helse Nord RHF opplyser å ha benyttet innenfor de enkelte kategorier, fremstår som dårlig dokumenterte og i enkelte tilfeller sannsynligvis feilaktige. Det vises for så vidt til tingrettens bemerkninger på side 6 nest siste avsnitt til side 7 tredje avsnitt som lagmannsretten i det vesentlige slutter seg til.

Lagmannsretten er også enig med tingretten i at Helse Nord RHF, dersom posten "reservasjon/bestilling bil/båt/tog" alene gjaldt reservasjon, ikke utskrivning av reisedokument som billett eller voucher, burde klargjort det i anbudsgrunnlaget. Som anført av kjæremotpartene, er det i alminnelighet ikke adgang til forhåndsbestilling eller plassbestilling ved reise med bil, i praksis buss, eller båt, i praksis hurtigbåt. Bestillingen skjer ved at det løses billett. Det var derfor naturlig å forstå anbudsinnbydelsen slik at det man ønsket, var pris for utstedelse av reisedokument ved reiser som nevnt, slik Berg Hansen NOR AS har forstått den. I lys av gjeldende bestillingsrutiner ved slike befordringsmidler, fremstår det som sannsynlig at det antall enkelttjenester (10 000) som er lagt til grunn ved prissammenligningen, er for høyt dersom posten alene gjaldt bestillinger uten utstedelse av reisedokument.

Dersom prissammenligningen korrigeres for de feil i Helse Nord RHF's estimater for antall enkelttjenester pr. år som tingretten, med lagmannsrettens tilslutning, har funnet sannsynliggjort, vil anbudet fra kjæremotpartene fremstå som det prismessig gunstigste.

Som tingretten finner lagmannsretten det sannsynliggjort at prissammenligningen var avgjørende for Helse Nord RHF's prioritering og valg av anbud. Det fremstår, slik saken er

opplyst for lagmannsretten, som sannsynlig at kjæremotpartenes anbud var det prismessig gunstigste og at det ville blitt valgt uten de feil som ble gjort i anskaffelsesprosessen.

Det er etter dette sannsynliggjort at det foreligger et krav som går ut på annet enn penger.

Uten midlertidig forføyning vil det bli inngått avtale mellom Helse Nord RHF og Hålogaland Reisebyrå. Etter slik avtaleinngåelse vil kjæremotpartenes krav vil ikke kunne kreves fullbyrdet, jf. lov om offentlige anskaffelser § 7 annet ledd. Det foreligger da sikringsgrunn etter tvangsfullbyrdelsesloven § 15-2 første ledd bokstav a.

Ved forholdsmessighetsvurderingen etter tvangsfullbyrdelsesloven § 15-2 annet legger lagmannsretten som tingretten til grunn at de mulige besparelser Helse Nord RHF har vist til i forhold tidligere års reisekostnader, i det vesentlige har sin bakgrunn i en overgang til bruk av rabatterte flybilletter, mens man tidligere benyttet fullpriselletter. Denne omleggingen er ikke betinget av slik avtale som tilsiktes inngått. Som påpekt av Helse Nord RHF, må det imidlertid også legges til grunn at det kan oppnås besparinger for helseforetaket også som følge av at foretaket får en fast samarbeidspartner som kan delta i logistikkplanlegging knyttet til innkalling av pasienter mv. Helseforetaket har derfor behov for en rask avklaring av den videre prosess. Lagmannsretten kan likevel ikke se at en midlertidig forføyning med en begrensning av varigheten som angitt under, vil innebære en skade eller ulempe for Helse Nord RHF som står i vesentlig misforhold til den interesse kjæremotpartene har i forføyningen.

Som tingretten er lagmannsretten etter dette kommet til at vilkårene for midlertidig forføyning, er oppfylt og at forføyning bør besluttes. Saken er av kjæremotpartene brakt inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser. Klagenemnda er et rådgivende organ opprettet for løsning av tvister om rettigheter og plikter etter lov om offentlige anskaffelser og forskrifter hjemlet i loven, jf. lovens § 7 a. Det legges til grunn at nemndas uttalelser normalt tillegges stor vekt av den offentlige part, og det antas at nemndas uttalelse vil være retningsgivende også for Helse Nord RHF's videre behandling av denne saken. Lagmannsretten anser det etter dette tilstrekkelig at den midlertidige forføyning begrenses frem til klagenemnda har avsluttet behandlingen av klagesaken.

Kjæremålet har delvis ført frem og spørsmålet om saksomkostninger skal avgjøres etter tvistemålsloven § 180, jf. § 174. I samsvar med hovedregelen i § 174 første ledd må hver av partene bære egne omkostninger for lagmannsretten. Lagmannsretten har vurdert, men ikke funnet grunn til å anvende unntaksregelen i tvistemålsloven § 174 annet ledd. Med det resultat lagmannsretten er kommet til, er saken dels vunnet dels tapt også for tingretten. Også for tingretten reguleres derved saksomkostningsspørsmålet av tvistemålsloven § 174. I samsvar med hovedregelen i tvistemålsloven § 174 første ledd må partene bære egne omkostninger også for tingretten. Lagmannsretten har vurdert, men ikke funnet grunn til å

anvende unntaksregelen i tvistemålsloven § 174 annet ledd for tingretten. Ved vurderingen har lagmannsretten sett hen til hvordan saken var opplyst for tingretten.

Kjennelsen er enstemmig.

S l u t n i n g :

1. Helse Nord RHF forbys å inngå kontrakt med VIA Flyspesialisten/Haalogaland Reisebyrå for reisebyråtenester inntil Klagenemnda for offentlige anskaffelser har avsluttet behandlingen av den klage som Berg Hansen NOR AS m.fl. innga til klagenemnda for offentlige anskaffelser 7. januar 2005.
2. Hver av partene bærer egne omkostninger for tingrett og lagmannsrett.

Nils Asbjørn Engstad

Kjell Martin Haug

Vidar Stensland

Rettsavskrift
Hålogaland lagmannsrett

Tray Solberg

anvende unntaksregelen i tvistemålsloven § 174 annet ledd for tingretten. Ved vurderingen har lagmannsretten sett hen til hvordan saken var opplyst for tingretten.

Kjennelsen er enstemmig.

S l u t n i n g :

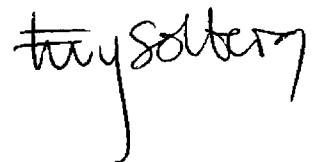
1. Helse Nord RHF forbys å inngå kontrakt med VIA Flyspesialisten/Haalogaland Reisebyrå for reisebyråtenester inntil Klagenemnda for offentlige anskaffelser har avsluttet behandlingen av den klage som Berg Hansen NOR AS m.fl. innga til klagenemnda for offentlige anskaffelser 7. januar 2005.
2. Hver av partene bærer egne omkostninger for tingrett og lagmannsrett.

Nils Asbjørn Engstad

Kjell Martin Haug

Vidar Stensland

Rettsavskrift
Hålogaland lagmannsrett



Borgarting lagmannsrett - Kjennelse.

INSTANS: Borgarting lagmannsrett - Kjennelse.

DATO: 2004-08-31

PUBLISERT: LB-2004-40374

STIKKORD: Avtalerett. Midlertidig forføyning. Anbudskonkurranse. Forsvarlig saksbehandling. Lov om offentlige anskaffelser §8.

SAMMENDRAG: Håndverksbedrift som hadde rammeavtale med kommunen, ble avvist fra å delta i ny anbudskonkurranse om framtidig avtale under henvisning til kommunens dårlige erfaringer med firmaet. Lagmannsretten ga midlertidig forføyning mot beslutningen. Lagt til grunn at saksbehandlingen ikke hadde vært forsvarlig.

Henvisninger: lov-1999-07-16-69-§8 (Lov om offentlige anskaffelser §8),

SAKSGANG: Oslo byfogdembete - Borgarting lagmannsrett LB-2004-40374 .

PARTER: Kjæremålsmotpart: Oslo Kommune v/ Boligbygg Oslo KF (advokat Knut Hvidsten). Kjærende part: Karlsen og Nordseth AS (advokat Bent Sande Kverme).

FORFATTER: Sveinung Koslung. Trygve Schiøll. Anne Ellen Fossum.

Henvisninger i teksten: lov-1915-08-13-6-§172 (Tvml §172), lov-1915-08-13-6-§180 (Tvml §180), lov-1915-08-13-6-§388 (Tvml §388), lov-1915-08-13-6-§403 (Tvml §403), lov-1976-12-17-100-§3 (Forsinkelsesrentelov §3), lov-1992-06-26-86-§15-1 (Tvfbli §15-1), lov-1992-06-26-86-§15-2 (Tvfbli §15-2), lov-1992-06-26-86-§15-6 (Tvfbli §15-6), lov-1992-06-26-86-§15-8 (Tvfbli §15-8), lov-1992-06-26-86-§3-4 (Tvfbli §3-4), lov-1992-09-25-107-§61 (KI §61), lov-1999-07-16-69-§1 (Lov om offentlige anskaffelser §1), lov-1999-07-16-69-§5 (Lov om offentlige anskaffelser §5)

Saken gjelder midlertidig forføyning med krav om stans av behandling av en anbudskonkurranse inntil spørsmålet om rettmessigheten av å avvise en leverandør er prøvd, jf. lov om offentlige anskaffelser (offanskl) §8.

Boligbygg Oslo KF (Boligbygg) er et kommunalt foretak og anses etter kommuneloven §61 som en del av Oslo kommune. Boligbygg eier og forvalter boliger på vegne av kommunen og har et løpende behov for vedlikehold av sine 11.500 boliger. Boligbygg kunngjorde 31. mars 2004 en begrenset anbudskonkurranse kalt « Rammeavtaler på håndverkstjenester for 2 år ». Karlsen & Nordseth AS (K&N), som har hatt rammeavtale med Boligbygg i en årrekke og som etter det opplyste i vesentlig grad har tilrettelagt sin virksomhet for å yte service til Oslo kommune, var ett av i alt 83 leverandørselskaper som søkte om deltakelse. Ved telefaks 9. juli 2004 ble K&N varslet om at selskapet ikke var blant de leverandørene som ville bli invitert til å levere tilbud. K&N protesterte mot avvisningen og ba om mer utfyllende begrunnelse. I brev 13. juli 2004 opprettholdt Boligbygg beslutningen og skrev blant annet:

« Kjernepunktet i begrunnelsen for avvisning er at Karlsen & Nordseth AS tidligere har vist alvorlige mangler hva angår kvalitet på utført arbeid, herunder alminnelig egenoppfølging av interne kontrollrutiner. Hva angår dårlige referanser, har Boligbygg vektlagt sine egne erfaringer med Karlsen & Nordseth. »

K&N begjærte 14. juli 2004 midlertidig forføyning overfor Oslo kommune v/ Boligbygg.

Oslo byfogdembete, domstolen, fant ikke grunnlag for å ta begjæringen til følge uten muntlige forhandlinger. Etter avholdt rettsmøte avsa retten kjennelse 4. august 2004 med slik slutning:

1. Oslo kommune frifinnes.
2. Karlsen & Nordseth AS betaler 29.341 - tjuenituseretthundreogførtien - kroner i saksomkostninger til Oslo kommune innen 2 - to - uker etter forkynnelse av denne kjennelse med tillegg av den alminnelige forsinkelsesrente etter forsinkelsesrenteloven §3 første ledd første punktum fra forfall og til betaling skjer.

Karlsen & Nordseth AS har påkjært kjennelsen og anfører i korte trekk:

Kommunen har meddelt at den trolig vil tildele rammeavtaler i begynnelsen av september 2004. Etter at kontrakt er tildelt, har retten ikke lenger kompetanse til å treffe midlertidig avgjørelse, jf. offanskl §8. Det er derfor av største betydning at kjæremålet avgjøres raskt.

Retten har feilaktig kommet til at det ikke foreligger saksbehandlingsfeil og at vedtaket heller ikke er vilkårlig, grovt uaktsomt eller innebærer forskjellsbehandling. Subsidiært må kjennelsen oppheves på grunn av mangelfulle domsgrunner.

Saksbehandlingen har vært overflattisk og uforsvarlig. Oslo kommune har kun vektlagt egne dokumenter uten at disse var kontrollert/dobbeltsjekket ved å kontakte egne saksbehandlere eller andre referanser. K&N har erkjent noen reklamasjonspunkter som har blitt utbedret, mens andre er bestridte og udokumenterte påstander. Forholdene som er vektlagt, er av eldre dato og ikke representative for det K&N står for i dag, etter at selskapet gjennomførte en synlig innskjerping på sensommeren 2003. Det er ikke framlagt reklamasjoner på det arbeid K&N har utført det siste året. Oslo kommune er forpliktet til å legge vekt på de kvalifikasjoner K&N har i dag, jf. vedtak i sak KOFA-2003-66 fra Klagenemnda for offentlige anskaffelser (KOFA).

De episodene kommunen har pekt på, har en samlet utbedringskostnad på ca. 100.000 kroner, mens K&N i denne perioden har hatt i alt ca. 1000 oppdrag for Oslo kommune og utført arbeid for ca. 100 millioner kroner. Betydningen av den lave feilandelen ble ikke vurdert. Det har ikke framkommet at K&N har skilt seg negativt ut i forhold til de andre leverandørene. Ingen av saksbehandlerne fra Boligbygg som vitnet for retten, ga uttrykk for at K&N på noen måte skilte seg negativt ut i forhold til de øvrige leverandørene. Hvis saksbehandlingen hadde vært forsvarlig, ville kommunens innledende vurdering blitt korrigert.

De forhold som gjør at saksbehandlingen var uforsvarlig, medfører også at vedtaket må anses vilkårlig. Videre anses det grovt urimelig å finne K&N ukvalifisert når det kun er reklamert på 1 promille av den samlede omsetningen. Det bemerkes at det i konkurransegrunnlaget ikke er stilt krav til 100 % feilfrihet, noe som trolig også ville vært i strid med §5-5 (2) i forskriften om offentlige anskaffelser (foa). En viss feilprosent må alltid påregnes for slike arbeider. Særlig urimelig blir det når de vektlagte reklamasjonene skriver seg tilbake i tid.

Det er uansett ikke grunnlag for å avvise K&N innen faggruppene glassreparasjoner og blikkenslager når det vitterlig ikke har vært noen reklamasjoner på K&Ns utførelse av slike oppdrag.

Hvis kommunen har adgang til å avvise leverandører med så lav feilandel, må samtlige leverandører avvises. Når kommunen medgir ikke å ha sjekket disse firmaenes referanser,

innebærer det manglende utredning og forskjellsbehandling som gjør beslutningen urettmessig. Det vises til KOFA-avgjørelse KOFA-2004-129 av 8. august 2004.

Retten skulle ha redegjort nærmere for om de opplysninger Oslo kommune har vektlagt, er objektive og om de er relevante i lys av den innskjerping av internkontrollen som K&N hadde gjennomført. Det foreligger derfor mangelfulle kjennelsesgrunner.

Det foreligger sikringsgrunn. Den retten K&N ønsker sikret, er retten til å delta i konkurransen. Denne retten blir umuliggjort hvis ikke den videre behandlingen av anbudskonkurransen stanses. Det erkjennes at det har negative konsekvenser for Oslo kommune hvis retten beslutter midlertidig forføyning. Hvis ikke forføyning blir gitt, får dette imidlertid dramatiske følger for K&N og vil innebære permitteringer/oppsigelser.

Den kjærende part påstår:

1. Oslo kommune v/ Boligbygg Oslo KF pålegges å stanse den videre behandlingen av den begrensede anbudskonkurransen «Rammeavtaler på håndverkstjenester for 2 år», Norsk Lysningsblad referanse 2004-06094 inntil spørsmålet om rettmessigheten av å avvise Karlsen og Nordseth AS er rettskraftig avgjort.
2. Boligbygg Oslo KF pålegges å betale Karlsen og Nordseth AS sine saksomkostninger.

Subsidiært:

1. Oslo byfogdembetes kjennelse av 29. juli 2004 i sak 04-1115d oppheves pga manglende grunner.
2. Boligbygg Oslo KF pålegges å betale Karlsen og Nordseth AS sine saksomkostninger.

Oslo kommune v/ Boligbygg Oslo KF anfører i hovedtrekk:

Kommunen mener at det ikke foreligger saksbehandlingsfeil, at avgjørelsen ikke er vilkårlig og at den heller ikke er sterkt urimelig. Kommunen er i resultatet og i det vesentlige i begrunnelsen enig i kjennelsen fra Oslo byfogdembete.

Oslo kommune vil ikke avvente kontraktstildeling inntil lagmannsrettens kjennelse foreligger. Saken har allerede vært behandlet i én instans, uten at den kjærende part fikk medhold. Det er ikke uvanlig at det begjæres midlertidig forføyning, og det kan ikke føre til at det offentlige avventer kontraktstildeling til saken er endelig avgjort.

Partene synes nå å være enige om at kommunen kan legge vekt på egne erfaringer i avvisningsspørsmålet, sevisningsspørsmålet er begrenset i samsvar med prinsippene om domstolskontroll med forvaltningens frie skjønn.

Det er kommunen som fastsetter hvilke krav det skal stilles til leverandørene, og kommunen avgjør hvilket nivå leverandørene skal ha for å anses kvalifisert. Det dreier seg ofte om spørsmål av teknisk karakter, og domstolene bør være tilbakeholdne med å overprøve det utviste skjønnet.

I kommunens prekvalifiseringsdokument, står det i punkt 3.1 følgende om kvalifikasjonskrav (kommunens understrekninger):

- « Kravene skal sikre at leverandørene er egnet til å oppfylle kontraktsforpliktelsene.
- Faglig kompetanse - meget god faglig kompetanse hos leverandøren generelt og hos tilbudte personer som skal utføre kontraktsarbeidene.
- Erfaring - solid erfaring fra tilsvarende leveranser.

- Kvalitet - meget god kvalitet på utførelsen av kontraktsarbeidene.

I konkurransegrunnlaget punkt V er det klare presiseringer hva angår kvalitet og krav som settes til entreprenøren.

Det er ikke dokumentert at reklamasjoner bare utgjør en promille av total omsetning. Det er heller ikke dokumentert hvilket beløp som stammer fra rammeavtalen for håndverkstjenester, og hvilke beløp som stammer fra større prosjekter, som har en helt annen karakter enn løpende håndverkstjenester i leiligheter. Noen av de angitte kontraktsbruddene knytter seg for øvrig til forsinkelser.

Hvor mye ressurser som skal nedlegges ved kommunens vurdering av leverandørens kvalifikasjoner, må bero på en konkret vurdering hvor kommunen må stå meget fritt.

Med bakgrunn i lovens prinsipper om likebehandling og forsvarlig saksbehandling har kommunen vurdert at det ikke er hensiktsmessig å foreta referansekontroll hos alle søkerne. Hvis kommunen først hadde besluttet å ta kontakt med referanser hos én søker, måtte samtlige referanser hos samtlige leverandører blitt kontaktet. All innhenting av referanser måtte etter kommunens syn vært loggført av oppdragsgiver. Dette ville innebære en uforsvarlig ressursbruk. Det vises til offanskl §1 hvor formålet blant annet er « effektiv ressursbruk ».

Kommunen har derfor bare sjekket sine egne referanser med leverandørene. Flere leverandører har tidligere hatt rammeavtale med kommunen og trekker dette fram i sine søknader. Boligbygg har foretatt en egen referansesjekk ved å søke i foretakets elektroniske arkivdatabase. Her ligger alle inngående og utgående brev. Boligbygg mener at dette på grunn av det store antallet søknader er en forsvarlig framgangsmåte idet man ivaretar hensynet til likebehandling, objektivitet og dokumentasjon.

Samtaler med saksbehandlere ville kunne medføre risiko for at subjektive oppfatninger fikk en framtreddende plass på bekostning av objektive og dokumenterbare opplysninger.

Kommunen har - på bakgrunn av det store omfanget - presumert at leverandørens referanser er kurante og ikke negative. Det presiseres at ingen referanser er kontaktet og i den forbindelse er alle leverandører behandlet likt.

Saksbehandlere i Boligbygg har i forrige rammeavtaleperiode foretatt en realitetsvurdering i flere konkrete saker og rettet reklamasjon mot K&N. Boligbyggs juridiske avdeling har ikke hatt indikasjoner på at disse henvendelsene ikke har vært objektive eller relevante. Bevisførselen gir ikke grunnlag for å stille spørsmål verken ved objektiviteten eller relevansen med henblikk på informasjonen i dokumentene.

Det ligger i sakens natur at referanser alltid vil knytte seg til fortida. Forholdene som har begrunnet avvisningen, er av en slik alvorlighetsgrad at eventuell senere innskjerping ikke har nevneverdig relevans med henblikk på den negative egenreferansen som kommunen har dokumentert. K&N kan ikke høres med at innholdet i flere av dokumentene til dels er bestridt.

Påstanden om at reklamasjonene bare utgjør en promille av total omsetning, er så langt udokumentert. Uansett er utbedringskostnadene ikke det sentrale, men blant annet følgende momenter:

- Fakturering av arbeider som ikke er utført
- Innkalling til befaringer i prosjekter som ikke er slutført
- Manglende kvalitet på utførelsen
- Manglende internkontroll

- Manglende fokus på kommunens interesser (kontraktsrettslige omsorgsforpliktelser og lojalitetsbetraktninger)
- Manglende fokus på HMS
- Ubegag og vesentlige ulemper for kommunens leietakere, jf. blant annet husstanden som var uten bad i lengre tid
- Unødig ressursbruk internt i kommunen (flere henvendelser fra misfornøyde beboere, krav om prisavslag mv.)
- Ekstra kostnader i forbindelse med tomgangsleie, mislykkede ferdigbefaringer, nye kontrollbefaringer etc.

Boligbygg har forholdt seg til de konkrete fakta og vurdert at kjærende part ikke er kvalifisert grunnet negative erfaringer med foretaket. Flere saksbehandlere bekreftet i rettsmøtet at det hadde vært mange problemer med kjærende part. Således har K&N skilt seg negativt ut i forhold til de øvrige leverandørene.

Det er så langt ingen eksempler på at et vedtak er kjent ugyldig på grunn av vilkårlighet. Terskelen for å fastslå grov urimelighet er også meget høy.

Kommunen har gjennom et innleid firma foretatt en vurdering av de referanser som søkerne har inntatt i sine søknader. Man har i den anledning vurdert relevans og omfang av referanselister mv og foretatt en vurdering av om leverandøren har dokumentert tilstrekkelig referanse og erfaring på området.

Det bestrides at rettens kjennelsesgrunner er mangelfulle.

Kommunen bestrider også sikringsgrunn. Kjærende parts interesse ligger i å bli tildelt en rammekontrakt, med utsikt til økonomisk gevinst. Muligheten for å gå til erstatningssak mot kommunen gjør at kravet til sikringsgrunn ikke er oppfylt. Selv om vilkårene for øvrig anses oppfylt, skal det foretas en hensiktsmessighetsvurdering av om forføyning bør gis, jf. « kan » i tvangsfullbyrdsloven (tvfl) §15-2. En forføyning vil føre til at kommunen må bruke ressurser på å foreta direktekjøp etter kapittel 11 i foa, noe som er ressurskrevende.

Det bes om at det holdes muntlige forhandlinger, jf. tvistemålsloven §403 tredje ledd. Det ble ført en rekke vitner ved den muntlige forhandlingen i Oslo byfogdembete, og kommunen ønsker å føre ytterligere to vitner. Saken reiser i tillegg rettslige spørsmål som i liten utstrekning har vært til behandling tidligere i rettsapparatet.

Kjæremotparten påstår:

Kjæremålet over saksbehandlingen:

Kjæremålet forkastes.

For øvrig:

Kjennelsen stadfestes.

I begge tilfelle:

Oslo kommune tilkjennes sakens omkostninger, med tillegg av rente etter forsinkelsesrenteloven fra forfall til betaling skjer.

Lagmannsretten har kommet til et annet resultat enn byfogdembetet og bemerker:

K&N har nedlagt subsidiær påstand om opphevelse av byfogdembetets kjennelse på grunn av mangelfulle kjennelsesgrunner. Når det gjøres gjeldende feil både ved underinstansens saksbehandling og ved avgjørelsens innhold, er utgangspunktet at

kjæremålsinstansen først tar stilling til kjæremålet over saksbehandlingen. Da lagmannsretten har full kompetanse, og det haster med avgjørelsen, anser lagmannsretten det likevel mest hensiktsmessig å treffe ny realitetsavgjørelse, jf. tvistemålsloven §403, jf. §388.

Oslo kommune har bedt om muntlige forhandlinger om kjæremålet. Lagmannsretten finner ikke grunn til å fravike hovedregelen om skriftlig behandling. Retten vurderer det slik at saken er forsvarlig opplyst gjennom dokumentene. Også tidsmomentet taler for en avgjørelse uten å holde muntlige forhandlinger. Det er opplyst at Boligbygg vil inngå kontrakter « tidligst » 1. september 2004, og kommunen har ikke vært villig til å avvente kontraktstildeling inntil kjæremålet er avgjort. Det følger av offanskl §8 første ledd at det ikke kan besluttes forføyning mot brudd på regelverket om offentlige anskaffelser etter at kontrakt er inngått.

Vilkårene for å beslutte midlertidig forføyning framgår av tvfl kapittel 15. Den parten som begjærer forføyning, må sannsynliggjøre så vel forføyningskrav som sikringsgrunn, jf. tvfl §15-6, jf. §15-1 og §15-2. I nærværende sak vil forføyningskrav følgelig foreligge hvis K&N kan sannsynliggjøre at beslutningen om å avvise selskapet er i strid med loven eller forskriftene om offentlige anskaffelser.

Offanskl §5 oppstiller grunnleggende krav til oppdragsgivere i forbindelse med anskaffelser. I tredje ledd framgår at oppdragsgiveren skal sikre at hensynet til forutberegnelighet, gjennomsiktighet og etterprøvnbarhet ivaretas gjennom anskaffelsesprosessen. Det følger av fjerde ledd blant annet at utvelgelse av kvalifiserte tilbydere skal skje på grunnlag av objektive og ikkediskriminerende kriterier.

Partene er enige om at rettens kompetanse til å overprøve anskaffelsesprosessen er begrenset på samme måten som ved overprøving av skjønnsmessige forvaltningsvedtak, og lagmannsretten legger dette til grunn. Retten vil blant annet kunne prøve om saksbehandlingen har vært forsvarlig.

Byfogdembetet har lagt til grunn at en oppdragsgiver ved utvelgelsen av kvalifiserte tilbydere har anledning til å legge vekt på *egne erfaringer* med tilbyderen. Lagmannsretten bemerker at dette kriteriet kan være problematisk i forhold til kravet om likebehandling av leverandører som ikke tidligere har hatt avtaler med oppdragsgiveren. Lagmannsretten antar likevel at det kan være anledning til å vektlegge egenerfaringer, og at dette antakelig også må gjelde selv om det i kunngjøringen ikke er presisert at dette vil være et kriterium. Det må imidlertid da kreves at utvelgelsesprosedyren foregår på en objektiv og forsvarlig måte, uten at ressursbruken blir uforholdsmessig.

Det framgår at Boligbygg ved prekvalifiseringen ikke har foretatt referansekontroll hos noen av søkerne, men bare har sjekket sine egne erfaringer med tilbyderne. Dette skal ha foregått på den måten at man har søkt i foretakets elektroniske arkiv og fått fram inngående og utgående brev som gjelder reklamasjoner på tidligere oppdrag. Det er da denne gjennomgangen som er grunnlaget for beslutningen om å avvise K&N fra anbudskonkurransen. Det er ikke opplyst om andre søkere er avvist på samme grunnlag.

Etter lagmannsrettens vurdering hefter det betydelige svakheter ved en slik framgangsmåte dersom den ikke suppleres med andre tiltak for å kvalitetssikre resultatet. En blott og bar gjennomgang av egenreklamasjoner på tidligere utførte oppdrag kan gi et inntrykk som ikke er dekkende for leverandørens faktiske kvalifikasjoner. Det kan ikke være nok å konstatere at man har et visst antall reklamasjoner på firmaet. Selv om det legges til grunn at reklamasjonene representerer reelle feil og mangler, noe som K&N til dels har bestridt, må alvorlighetsgraden og mengden feil i forhold til den totale oppdragsmengden vurderes.

K&N har anført at selskapet har hatt en meget lav feilandel på sine oppdrag for kommunen, og at utbedringskostnaden bare utgjør en promille av samlet omsetning i en treårsperiode. Kommunen har ikke uten videre godtatt dette, men bedt om dokumentasjon.

Lagmannsretten er enig med kommunen i at en slik sammenstilling ikke nødvendigvis gir et dekkende bilde av kvalifikasjonene. Etter rettens vurdering er det likevel en klar svakhet ved Boligbyggs beslutning at K&Ns feilandel ikke synes å være vurdert opp mot den totale oppdragsmengden selskapet har hatt, og heller ikke i forhold til andre leverandører. Oslo kommune har etter lagmannsrettens vurdering ikke sannsynliggjort at K&N har hatt større feilandel på sine arbeidere enn andre leverandører.

H&N har videre anført at de forhold som gjenspeiles i korrespondansen, ikke er representativt for det selskapet står for i dag. Det er særlig henvist til en innskjerping av selskapets internkontroll som skal ha skjedd sensommeren 2003. Retten legger til grunn at det er gjennomført tiltak for å bedre kontrollrutinene og at Boligbygg er underrettet om dette. Det er også vist til at det ikke har vært noen reklamasjoner på K&Ns arbeidere det siste året, noe som ikke er imøtegått av kommunen. Lagmannsretten mener at det i utgangspunktet må være leverandørens kvalifikasjoner i dag som må legges til grunn for utvelgelsen, jf. KOFA-vedtak 2003/66. Unnlattelse av å ta en forbedring i betraktning må derfor ses som en vesentlig svakhet ved saksbehandlingen.

Lagmannsretten er enig med kommunen i at effektiv ressursbruk er et vesentlig hensyn ved offentlige anskaffelser, jf også lovens §1. Når Boligbygg velger å utelukke en tidligere kontraktspart fra anbudsrunden på det grunnlaget som er gjort her, må det likevel kreves en saksbehandling som sikrer et minimum av objektivitet og gjør avgjørelsesgrunnlaget etterprøvbart. Etter lagmannsrettens vurdering er disse kravene ikke oppfylt, og saksbehandlingen kan totalt sett ikke anses tilfredsstillende. Det legges til grunn at den overflatiske saksbehandlingen mest sannsynlig har virket inn på beslutningen om å avvise K&N fra konkurransen.

Den kjærende part har etter dette sannsynliggjort forføyningskrav. Etter lagmannsretten syn er det ikke tvilsomt at K&N har sikringsgrunn. Utelukkelsen fra anbudskonkurransen og dermed sikkert tap av rammeavtale, vil få vidtrekkende konsekvenser for selskapet, herunder for de ansatte, noe som bare i begrenset grad vil kunne kompenseres i ettertid gjennom et erstatningssøksmål mot kommunen. Slik lagmannsretten vurderer det, vil ulempen for kommunen ved å måtte stanse anbudskonkurransen for en tid bli betydelig, men det foreligger ikke noe åpenbart misforhold i forhold til K&Ns interesse i at forføyning besluttes, jf. tvfl. §15-2 andre ledd.

K&N gis etter dette medhold i sitt krav om midlertidig forføyning. Den videre behandling av anbudskonkurransen blir å stanse inntil det foreligger rettskraftig avgjørelse om rettmessigheten av å avvise K&N. K&N bør da pålegges å reise søksmål mot Oslo kommune innen en kort frist, jf. tvfl. §15-8 tredje ledd.

Kjæremålet har ført fram. Basert på lagmannsrettens resultat pålegges Oslo kommune å dekke K&Ns saksomkostninger både for byfogdembetet og for lagmannsretten, jf. tvfl §3-4, jf. tvistemålsloven §180 andre ledd, jf. §172 første ledd. For namsretten krevde advokat Kverme 75.500 kroner. I tillegg kom rettsgebyret. Til sammenlikning krevde kommuneadvokaten 29.341 kroner innbefattet utlegg. Lagmannsretten finner at K&Ns krav overstiger det som kan anses rimelig og nødvendig, og setter omkostningene for byfogdembetet til 50.000 kroner inkludert gebyr. For lagmannsretten settes omkostningene skjønnsmessig til 15.000 kroner som omfatter kjæremålsgebyret på 5.070 kroner.

Kjennelsen er enstemmig.

Slutning:

- 1. Oslo kommune v/ Boligbygg Oslo AS pålegges å stanse behandlingen av anbudskonkurransen om rammeavtaler for håndverkstjenester for 2 år, inntil rettmessigheten av å avvise Karlsen & Nordseth AS fra konkurransen er rettskraftig avgjort.*
- 2. Karlsen & Nordseth AS pålegges å reise søksmål mot Oslo kommune om rettmessigheten av avvisningen innen en måned etter at forføyningssaken er endelig avgjort.*
- 3. Oslo kommune v/ Boligbygg Oslo AS betaler saksomkostninger til Karlsen & Nordseth AS med 50.000 for byfogdembetet og 15.000 kroner for lagmannsretten innen to uker fra forkynnelsen av kjennelsen.*



OSLO TINGRETT

OSLO TINGRETT
Saksnr. 27
Dato: _____
Til: _____

DOM

Avsagt: 04.02.2005
Saksnr.: 04-034974TVI-OTIR/09
Dommer: Tingrettsdommer Hugo Abelseth
Saken gjelder: Krav om erstatning

Sverre Myhrvolds Eftf. AS

Advokat Trond Martinussen

mot

Staten v/Kommunal- og
regionaldepartementet

Advokat Fanny Platou Amble

Det ble avsagt slik

d o m :

1 HVA SAKEN GJELDER

Saken gjelder spørsmålet om saksøkeren kan kreve erstatning av staten på grunn av brudd på lov og forskrift om offentlige anskaffelser (heretter også benevnt reglene om offentlige anskaffelser).

2 SAKENS BAKGRUNN

I mai 2002 ble det inngått avtale (heretter benevnt driftsavtalen) mellom Hero Mottak og Kompetanse AS (heretter benevnt Hero) og Utlendingsdirektoratet (heretter benevnt UDI) om drift av Tanum statlige mottak. Etter avtalens pkt. 3.3. er UDI forpliktet til å refundere beboernes økonomiske ytelser ifølge Reglement for økonomisk hjelp til personer i statlige mottak (pengereglementet). En slik ytelse er sengetøypakker til nyankomne beboere til mottaket.

I møte mellom UDI og Hero den 22. august 2002 ble det diskutert iverksettelse av tilbudsinnhenting til mottaket. Dette ble fulgt opp ved brev av 6. september 2002 fra UDI til Hero. I brevet sies, under henvisning til anbudsdocumentene for vedrørende drift av mottaket pkt. 6.1:

”Her er det ikke presisert noe om ansvarsfordeling vedr. innkjøp, hovedlager, forhandlinger med leverandør etc. Dette ønsker vi å få belyst. Dersom UDI mener at dette ansvaret ligger hos DRO ser vi at det også er naturlig at vil kunne få det ovennevnte ekstra arbeidet kompensert. His det er slik at UDI ser på dette som sin oppgave forventer vi at dette arbeidet blir skilt ut fra driften av mottaket.”

Det legges til grunn at DRO er en forkortelse for ”driftsoperatøren”, dvs. Hero.

Etter dette var det muntlig kontakt mellom UDI og Hero, og sistnevnte utarbeidet

tilbudsinnydelse med frist for mottak av tilbud til 22.november 2002 kl. 12.00. Det fremgår bla. av tilbudsinnydelsen at det tilbudet som skulle velges ville skje etter en samlet vurdering av priser og leveringsbetingelser, samt kvalitet. Videre fremgår av innbydelsen at anskaffelsesprosedyren var kjøp etter forhandling.

Saksøkeren innga tilbud innen fristen på levering av sengetøypakke for barn til kr 298 og sengetøypakke for voksne til kr 448. Saksøkeren innga også tilbud på levering av tomme bager for kr 26,50 pr. stykk. Sistnevnte fremgår ikke av tilbudsinnydelsen, men er likevel en leveranse Hero ønsket tilbud på.

Kjell Heiberg AS (heretter benevnt Heiberg) - som var det selskapet som fikk leveringen av sengetøypakker - innga tilbud hvor prisen var hhv. kr 598 for sengetøypakker for voksne og kr 424 for sengetøypakker for barn. Mens pakkene fra saksøkeren skulle innholde vinterdyner og ullpledd, skulle pakkene fra Heiberg inneholde sommerdyner og akrylpledd.

Etter at tilbudene hadde kommet inn ble det gjennomført et møte mellom Hero og den enkelte tilbyder. På bakgrunn av de forskjellige tilbud og møter med tilbyderne laget Hero en oppsummering nedfelt i et notat av 14. desember 2002. Der fremkommer bla. følgende vurdering av saksøkerens tilbud:

"Kvalitet: De baserer seg på samme standard som blir benyttet i helsevesenet.

Pris: Prismessig er dette klart det beste tilbudet, med de kan **ikke garantere** denne prisen lenger enn ca 6 måneder av gangen: Vi vil ved en prisendring få 2mnd varsel samt dokumentasjon på bakgrunnen for slik endring. Vi må betale ekstra for haste leveringer. Ved garantert fastpris i ett år blir det et tillegg pr. enhet på 2,5%.

Fordeler: Pris pr dd; Tilgjengelighet men lang responstid dette må bedres, Dokumentasjon ved prisendringer

Ulemper: Lagerhold er ikke helt avklart, hadde tenkt seg løsning med at vi henter ut i Sandvika, dette har vi gitt beskjed om ikke er aktuelt."

I vurderingen av Heibergs tilbud ble det pekt på at prisen var høy og at selskapet nok var villig til å redusere prisen. Det ble pekt på som en fordel at Heiberg kjente mottaket, at det hadde god beredskap og kort leveringstid ved kriser.

På bakgrunn av den vurdering Hero hadde gjort, ble tilbydere som fortsatt ble ansett som aktuelle, kontaktet med oppfordring til å komme med eventuelle endringer av tilbudet.

Saksøkeren innga den 10. januar 2003 endringer med hensyn til leveringsgaranti og pris. På grunn av ønsket om fast pris i ett år ble prisen for sengetøypakker til voksne øket fra kr 448 til kr 458. Den 17. januar 2003 inga Heiberg justert tilbud hvor prisen på sengetøypakker for voksne ble satt til kr 450 og prisen for barnepakke ble satt til kr 410.

På bakgrunn av de justerte tilbudene foretok Hero en ny vurdering, nedfelt i notat av 24. januar 2003. Det konkluderes der med at saksøkeren ikke ble ansett som aktuell som leverandør. I notatet fremgår at den anbefaling som er foretatt er gjort ut fra leveringsdyktighet og pris. Det sies i vurderingen:

”I forhold til størrelsen på de leveranser vi her snakker om er, går leveringsdyktighet foran pris. Grunnen til dette er at det er små marginer som skiller på pris, og i den daglige driften av mottaket er vi svært avhengig av at vi får de varer vi trenger til enhver tid.”

Det ble på bakgrunn av vurderingen besluttet og gi Heiberg og Tekstil og Reklamasjon Design AS (TRD) en ytterligere mulighet til å justere sine tilbud. Ved brev av 28. januar 2003 inga Heiberg tilbud om sengetøypakke for voksne til en pris av kr 395, og ble valgt som leverandør av så vel slike bager, som sengetøypakke for barn. Avtale ble deretter inngått mellom Heiberg og det som i kontrakten betegnes som ”Tanum Transittmottak”.

Leveransen på tomme bager gikk til TRD for en pris på kr 65 pr bag.

Avtalen mellom Hero og Heiberg har en varighet fra 1. mai 2003 til 1. mai 2006, likevel slik at den kan sies opp i avtaleperioden med tre måneders varsel. Hero har sagt opp avtalen med virkning fra 1. mai 2005. UDI skal for fremtiden forestå anskaffelsene, og anbudskonkurranse er utlyst i desember 2004.

Den 11. mars 2003 fremsatte saksøkeren klage til Klagenemnda for offentlige anskaffelser (KOFA) vedrørende anskaffelsen av sengetøypakker. Saksøkeren anførte at UDI var den reelle oppdragsgiver og at anskaffelsene skulle vært gjennomført iht. lov og forskrift om offentlige anskaffelser. KOFA fattet i samsvar med flertallets oppfatning, den 27. oktober 2003 avgjørelse med slik konklusjon:

”UDI har brutt forskrift om offentlige anskaffelser § 4-1 ved ikke å ha fulgt regelverkets prosedyrer ved anskaffelse av utstyrspakker til beboerne på Tanum transittmottak.”

Saksøkeren innga stevning den 30. juli 2004 med påstand om at staten v/Kommunal- og regionaldepartementet dømmes til å betale erstatning fastsatte etter rettens skjønn. Ved tilsvar av 6. september 2004 tok staten til motmæle og påstod seg frifunnet.

Hovedforhandling ble holdt i Oslo tinghus 13. januar 2005. Det ble avgitt partsforklaring fra saksøkeren og det ble ført ett vitne, samt foretatt slik dokumentasjon som fremgår av rettsboken.

3 PARTENES ANFØRSLER OG PÅSTANDER

3.1 Saksøkerens anførsler og påstand

Saksøkeren har i det vesentlige anført:

Det gjøres gjeldende at Hero har opptrådt på vegne av UDI, og at anskaffelsene derfor reguleres av reglene om offentlige anskaffelser. Etter driftsavtalen for mottaket har UDI det overordnede ansvaret. UDI hadde instruksjonsrett overfor Hero, en rett UDI kunne ha benyttet. Anskaffelsen det er snakk om har en betydelig verdi, og anskaffelsene er en sentral statelig oppgave. Staten har mye å tjene på å konkurranseutsette en slik avtale. Anskaffelsen er direkte refunderbar for Hero, og Hero manglet økonomisk incitament for valget. Anskaffelsen innbar liten eller ingen økonomisk risiko for Hero, idet UDI dekket anskaffelseskostnadene.

Hensynet bak reglene for offentlige anskaffelser slår til for fullt, og ved forståelsen av regelverket er formålsbetraktninger viktige. Dersom det aktuelle forholdet ikke omfattes av reglene åpnes det for en omgåelse. Dernest vises til at det foreligger uryddig opptreden formelt sett, idet avtalen er inngått med Tanum Transittmottak som part. Det vises også til at før anbudsproseduren ble igangsatt ble bla. spørsmålet om å la anskaffelsen følge mottaket tatt opp av Hero.

UDI har nå besluttet selv å overta ansvaret for innkjøpene, noe som må forstås slik at dagens ordning ikke har fungert, idet det ikke har ligget et økonomisk incitament i ordningen for Hero.

En helhetsvurdering tilsier at anskaffelsene ble foretatt på vegne av UDI. I så fall gjelder reglene om offentlige anskaffelser.

Subsidiært gjøres gjeldende at UDI har brutt sin plikt til å påse at Hero fulgte prinsippet om likebehandling, jf forskrift om offentlige anskaffelser § 1-2 femte ledd. Slik likebehandling har ikke skjedd. Det har skjedd en sammenblanding av kriteriene for valg av leverandør, og saksøkeren har blitt villedet under anbudsprosessen. Derneft foreligger grunn til å tro at andre tilbydere har fått mer informasjon enn saksøkeren.

Atter subsidiært gjøres gjeldene at Hero omfattes direkte av forskriften om offentlige anskaffelser, jf dens § 1-2 annet ledd bokstav a. Hero må etter en helhetsvurdering og i denne sammenheng anses som et offentligrettslig organ, og dette selv om virksomheten samtidig drives på forretningsmessig basis. UDI må i så fall anses som Heros overordnede og blir derfor ansvarlig.

Det foreligger et vesentlig brudd på reglene om offentlige anskaffelser. Det skulle vært gjennomført en åpen anbudsrunde og det foreligger vilkårlighet med hensyn til kriterier for valg av leverandør. I anbudsinnbydelsen fremstår pris som viktigere enn leveringsdyktighet, mens utvelgelsen er basert på det motsatte. Derneft ble det muntlig gitt opplysninger om at det var ønskelig med ullpledd, noe som ikke ble vektlagt ved utvelgelsen av leverandør. Dersom reglene hadde blitt fulgt er det klar sannsynlighetsovervekt for at saksøkeren hadde vunnet anbudet.

Dersom det legges til grunn at forskriftens § 1-2 femte ledd gjelder, er det klar sannsynlighetsovervekt for at saksøkeren ville vunnet anbudet dersom likebehandlingsprinsippet hadde blitt fulgt.

Saksøkeren krever erstatning for tapt fortjeneste, basert på at han ville fått leveransen. Erstatningsutmålingen som må fastsettes skjønnsmessig, må bygge på at levering ville ha skjedd over en tre års periode. Dersom regelverket om offentlige anskaffelser hadde blitt fulgt ville avtalen mellom Hero og Heiberg ikke bli sagt opp. Videre må det ved utmålingen legges til grunn at saksøkeren ville hatt en slik fortjeneste pr. enhet:

- kr 173, 84 sengetøypakke for voksne
- kr 120,41 sengetøypakke for barn
- kr 6,55 tom bag

Ved den skjønnsmessige utmåling kan det videre tas utgangspunkt i at Heiberg har solgt ca. 10 000 sengetøypakker for voksne i perioden fra mai 2003 til november 2005, og legge til grunn tilsvarende salg for gjenstående periode til 1. mai 2006.

Saksøkeren har nedlagt slik påstand:

1. Staten v/Kommunal- og regionaldepartementet dømmes til å erstatte Sverre Myhrvolds Eftf. AS sitt økonomiske tap, fastsatt etter rettens skjønn.
2. Staten v/Kommunal- og regionaldepartementet dømmes til å erstatte Sverre Myhrvolds Eftf. AS sine saksomkostninger, tillagt lovens forsinkelsesrenter, beregnet fra forfall til betaling skjer.

3.2 Saksøktes anførsler og påstand

Saksøkte har i det vesentlige anført:

Anskaffelsen kan ikke anses å ha skjedd på vegne av UDI. Avtalen om leveranse innebar en full kontraktmessig realitet, og de kontraktmessige realiteter må legges til grunn. Det er klart at kontraktsparten i avtalen med Heiberg er Hero, selv om parten er benevnt som Tanum Transittmottak. UDI hadde kanskje instruksjonsrett vedrørende anskaffelsene, men ingen instruksjonsplikt.. Hero hadde dessuten en økonomisk risiko idet anskaffelsen måtte ligge innenfor de grenser som er trukket opp i pengereglementet. Hero hadde dessuten et incitament til å fremskaffe den beste tilbyderen ved at dette innebar goodwill i forhold til UDI. De aktuelle leveranser er ikke en sentral oppgave for staten.

Det er ikke rettskildemessig dekning for den utvidende fortolkning KOFA har foretatt. Det kan være flere anskaffelser som omfattes av lovens formål, uten at de nødvendigvis omfattes av regelverket. Dersom slike anskaffelser som de aktuelle skal omfattes, må regelverket endres. Staten slutter seg til de synspunkter mindretallet i KOFA har gitt uttrykk for.

Forskrift om offentlige anskaffelser § 1-2 femte ledd kommer ikke til anvendelse. Det er ikke snakk overdragelse av enerett eller særrett i forskriftens forstand. Uansett har UDI pålagt Hero å følge prinsippet om likebehandling.

Hero omfattes ikke av regelverket om offentlige anskaffelser. Selskapet kan ikke anses som et offentlig organ, jf forskrift om offentlige anskaffelser § 1-2. Det har formodningen for seg at Hero, som er et privat aksjeselskap, er av forretningsmessig karakter. Dernest er Hero ikke finansiert av statlige myndigheter eller underlagt statlig kontroll, slik disse uttrykkene i forskriften må forstås. Uansett kan staten ikke holdes ansvarlig selv om Hero skulle være omfattet.

Selv om det skulle foreligge brudd på reglene om offentlige anskaffelser foreligger ikke et vesentlig brudd. Det at det ikke foreligger offentlig utlysning har ikke betydning idet saksøkeren deltok i konkurransen. Utvelgelsen har ikke vært vilkårlig, men er basert på et bredt og saklig skjønn som vanskelig kan overprøves av domstolene. Kravet til likebehandling er overholdt. Dersom anskaffelsesprosedyren ikke hadde skjedd som kjøp etter forhandling ville tilbudene vært annerledes. Det er således umulig å si om saksøkeren ville fått kontrakten ved en annen anbudsprosedyre. Kravet til årsakssammenheng er derfor ikke oppfylt.

Selv om det skulle foreligge brudd på anskaffelsesforskriftens § 1-2 femte ledd kan en forsmådd leverandør ikke utlede noe krav av den grunn. Uansett har Hero fulgt likebehandlingsprinsippet; det foreligger ingen usakelig forskjellsbehandling av tilbyderne. Det skal mye til for å overprøve det skjønn for utvelgelse som er foretatt. Saksøkeren fikk på lik linje med de øvrige anbydere mulighet til å delta. Uansett er kravet til kvalifisert skyld og årsakssammenheng ikke oppfylt. Gitt at UDI ikke i tilstrekkelig grad har pålagt Hero å følge likebehandlingsprinsippet og Hero har brutt det, er det ikke tilstrekkelig sannsynliggjort at Hero uansett hadde gjennomført anbudskonkurransen på en annen måte. Det er heller ikke tilstrekkelig sannsynliggjort at saksøkeren ville fått leveransene.

Ved en eventuell erstatning må det tas hensyn til at saksøkerens økonomi generelt har vært dårlig. Dernest må det gjøres fradrag for variable kostnader ved beregning av fortjeneste. Det legges til grunn at kontrakten ikke ville vart ut over to år.

Saksøkte har nedlagt slik påstand:

1. Staten ved Kommunal- og regionaldepartementet frifinnes.
2. Staten ved Kommunal- og regionaldepartementet tilkjennes sakens omkostninger, med tillegg av lovbestemt forsinkelsesrente fra forfall til betaling skjer.

4 RETTENS BEMERKNINGER

4.1 Saken

Som grunnlag for erstatningskravet har saksøkeren prinsipalt anført at anskaffelsene har skjedd på vegne av UDI. Dersom det er tilfelle er det på det rene at reglene om offentlige anskaffelser er brutt. Subsidiært har saksøkeren anført at UDI har brutt anskaffelsesforskriftens § 2-1 femte ledd. Denne bestemmelsen innebærer at offentlige organer skal pålegge private å overholde prinsippet om likebehandling ved vareanskaffelser. Atter subsidiært er det anført at Hero ble omfattet av forskriften og at UDI er ansvarlig som overordnet organ.

Retten oppfatter det dit hen at det primært er anskaffelsen av sengetøypakker saksøkeren mener har skjedd i strid med regelverket om offentlige anskaffelser. Anførlene er knyttet til denne anskaffelsen, og det er dette retten konsentrerer seg om nedenfor. Når det gjelder anskaffelsen av tomme bager er det ikke fremsatt særskilte anførsler som gir retten en foranledning til en særskilt og annen vurdering av denne anskaffelsen.

Retten tar først stilling til om anskaffelsene skjedde ”på vegne av UDI.” Det foreligger en viss uklarhet med hensyn til hva som menes med dette.

Innledningsvis bemerkes at det etter rettens syn er klart at det mellom Hero og UDI ikke var lagt opp til at Hero skulle inngå en avtale hvor UDI skulle ha rettigheter og forpliktelser direkte overfor medkontrahenten. Det er riktignok slik at Hero i brev av 6. september 2002 tok opp spørsmål om ansvarsfordeling med hensyn til anskaffelsene og at en anskaffelsesavtale eventuelt kunne følge mottaket. Retten legger imidlertid til grunn at det etter dette ble avklart mellom UDI og Hero at arbeidet med anskaffelse lå innenfor Heros forpliktelser etter driftsavtalen, og at det var Hero som skulle være kontraktspart

etter avtalen. Retten legger videre til grunn at det var klart for så vel Heiberg som saksøkeren at det var Hero det var aktuelt å inngå avtale med. Det forhold at kontraktsparten i avtalen med Heiberg benevnes som Tanum Transittmottak og ikke Hero, kan endrer ikke dette. Det er på det rene at Morten Myking, som undertegnet for Tanum Transittmottak var ansatt i Hero. I kontraktsrettslig sammenheng foreligger således en avtale mellom Heiberg og Hero.

Anførselen foranlediger også en vurdering av om forholdet til tross for denne kontraktsrettslige realitet, faller inn under forskrift om offentlige anskaffelser. Forskriften får etter § 1-3, jf § 1-1 anvendelse bl.a. på offentlige varekontrakter som inngås av oppdragsgivere i § 1-2, d.e. "statlige, fylkeskommunale eller kommunale myndigheter, eller offentligrettslige organer og sammenslutninger av én eller flere av disse". Det er på det rene at Hero ikke omfattes av disse begrepene etter en naturlig språklig forståelse. Det blir således et spørsmål om forskriften skal tolkes utvidende.

Det forhold at anskaffelsen omfattes av den vide formålsbestemmelsen i lov om offentlige anskaffelser § 1 er relevant, men kan ikke tillegges særlig vekt ved vurderingen. Det vises i den forbindelse til Amdal/Roll-Matthiesen: Lov og forskrift om offentlige anskaffelser Kommentartutgave (heretter benevnt Kommentartutgaven) side19 hvor det sies:

"Formålsbestemmelsens overordnede prinsipper ligger til grunn for de mer detaljerte regler i loven og de tilhørende forskriftene. Bestemmelsen er dessuten et viktig fundament for tolking og anvendelse av anskaffelsesreglene. I lovproposisjonen ble det imidlertid understreket at

"Begrepene kan ikke tolkes videre enn det som er naturlig ut fra sammenhengen med regelverket for øvrig og den innkjøpsfaglige ramme regelverket relaterer seg til. De er derfor ikke isolert sett egnet til å utlede plikter og rettigheter." "

Ved vurderingen er det aktuelt å se på konsekvensene av at Hero var part i avtaleforholdet og ikke UDI. Jo mindre konsekvensene var for Hero og jo større for UDI, desto større grunn til å la regelverket komme til anvendelse.

Etter rettens oppfatning var det UDI som hadde den direkte interesse i innkjøpsprisen, idet Hero etter driftsavtalen og pengereglementet fikk refundert innkjøpsprisen for de aktuelle anskaffelser. Pengereglementets grense innebar ingen reell risiko for Hero i så måte.

På den annen side hadde Hero et annet kommersielle incitament for å oppnå den beste prisen, idet UDI kunne si opp driftsavtalen med tre måneders oppsigelse; en mulighet som kunne bli aktualisert dersom Hero forhandlet frem en avtale UDI var misfornøyd med. Det legges videre til grunn at partskonstellasjonen fullt ut får privatrettslige konsekvenser, det vil bli. si at Heros kontraktspart etter avtalen (Heiberg) ikke kan holde UDI, men Hero ansvarlig ved kontraktsbrudd.

Saksøkeren har fremhevet at dersom regelverket om offentlige anskaffelser ikke skulle komme til anvendelse, vil det åpne for omgåelsesmuligheter. Skulle det foreligge en risiko for omgåelse måtte det være fordi staten eller et annet offentlig organ så det som mulig å la være å følge regelverket om offentlige anskaffelser i en tilsvarende situasjon. Det er imidlertid vanskelig å se at det vil bli en konsekvens, all den tid tildeling av oppgaven med å forestå anskaffelsene - i dette tilfelle fra UDI til Hero ved driftsavtalen - gjennomføres etter regelverket for offentlige anskaffelser

Saksøkeren har fremhevet at anskaffelsene må anses som en sentral statlig oppgave, og at dette er et argument for å la regelverket komme til anvendelse. Til dette bemerkes at selv om driften av mottaket skulle anses som en sentral statlig oppgave, betyr dette nødvendigvis ikke den enkelte oppgave som følger av driftsansvaret, herunder innkjøp av sengetøypakker i seg selv kan anses som sentral. På grunnlag av vitneforklaring fra rådgiver Odd Erik Asker i UDI legges til grunn at Heiberg over en to års periode har levert ca. 10 000 sengetøypakker for voksne og bare et titalls for barn. Gitt en pris på kr 395 pr. sengetøypakke for voksne, utgjør årlig samlet innkjøpspris i underkant av 20 mill. kroner. Oppgaven med innkjøp av sengetøypakker kan således av denne grunn vanskelig karakteriseres som sentral.

Det er fremhevet som et argument for å la regelverket for offentlige anskaffelser komme til anvendelse at UDI kunne instruere Hero om valg av leverandør. En slik instruksjonsadgang kunne det være grunn til å legge vekt på dersom den hadde blitt brukt. Etter bevisføringen må det imidlertid legges til grunn at UDI ikke på noen måte påvirket Hero i valget av leverandør.

Ut fra ovenstående er retten av den oppfatning at det ikke foreligger sterke reelle grunner for å fortolke regelverket om offentlige anskaffelser utvidende, og at anskaffelsene således

ikke kan anses foretatt av UDI.

Etter dette tar retten stilling til om UDI har brutt anskaffelsesforskriftens § 2-1 femte ledd.

Den aktuelle bestemmelse lyder slik:

”Ved overdragelse av enerett eller særrett til å utføre offentlige tjenester til rettssubjekter som ikke omfattes av forskriften skal det pålegges rettssubjektet å overholde prinsippet om likebehandling når det foretas vareanskaffelser.”

Et vilkår for at bestemmelsen skal komme til anvendelse er at Hero gjennom driftsavtalen ikke har fått en ”enerett eller særrett” til å utføre en offentlig tjeneste. Det legges i samsvar med Kommentartutgaven side 88 at begrepet enerett eller særrett må forstås på samme måte som etter EØS-avtalen artikkel 59; en bestemmelse som har sin parallell i EU-traktatens art. 86 (tidligere art. 90). Både ordlyden i forskriften og den praksis som er knyttet til disse begrepene slik de er brukt i art. 86, jf EC Competition Law side 533 flg. tyder klart på at Heros rett etter avtalen med UDI ikke kan anses som en ”enerett eller særrett”.

Det er imidlertid ikke nødvendig å ta endelig stilling til spørsmålet, idet retten ser det slik at Hero har fulgt prinsippene om likebehandling. Det er således under enhver omstendighet ikke noen sammenheng mellom et eventuelt manglende pålegg fra UDI om å følge dette prinsippet, og en tapt inntektsmulighet for saksøkeren.

Det er på det rene at saksøkeren på linje med de øvrige tilbydere fikk anledning til å gi tilbud. Alle tilbydere ble kontaktet etter at tilbudene ble gitt, og saksøkeren fikk som øvrige aktuelle, anledning til å justere sitt tilbud. Det kan ikke anses som brudd på prinsippet om likebehandling at Hero etter dette ytterligere snevret inn antall kandidater som skulle være med videre i konkurransen, ei heller den vurdering som lå til grunn for utvelgelsen. De kriterier som tilbyderne ble vurdert i forholdt til anses som saklige.

Kriteriene fremgår av notat av 24. januar 2003, hvor det sies:

”I forhold til størrelsen på de leveranser vi her snakker om er, går leveringsdyktighet foran pris. Grunnen til dette er at det er små marginer som skiller på pris, og i den

daglige driften av mottaket er vi svært avhengig av at vi får de varer vi trenger til enhver tid.”

Hero har således konstatert at det var liten forskjell i pris, og la avgjørende vekt på leveringsdyktighet, noe som må anses vel begrunnet ut fra mottakets behovet for rask og effektiv levering. Dessuten er det slik at da Hero bestemte at saksøkeren ikke lenger var aktuell, lå Heibergs tilbud på sengetøypakker for voksne 8 kroner lavere enn saksøkerens. Som nevnt har leveransen i det alt vesentlige bestått av slike pakker. Det forhold at Hero ikke har lagt avgjørende vekt på at innholdet i bagene som ble tilbudt av saksøkeren og Heiberg var forskjellig, finner retten vanskelig å overprøve. Retten kan heller ikke se at det er bevist at det tilfløt de forskjellige tilbydere forskjellig informasjon under prosessen.

Etter dette konkluderer retten med at saksøkeren ikke kan kreve erstatning med grunnlag i forskriftens § 2-1.

Det gjenstår etter dette å ta stilling til saksøkerens anførsel om at staten er erstatningsansvarlig fordi Hero ble omfattet av reglene om offentlige anskaffelser. Etter rettens syn kan denne anførselen åpenbart ikke føre frem. Det er ikke anført noe som tilsier at staten skulle bli erstatningsansvarlig for et eventuelt brudd på reglene fra Hero sin side. Det legges til grunn at Hero er et privateid aksjeselskap, og skulle det være slik at selskapet har brutt regelverket måtte i så fall være det som skulle svare erstatning.

Etter dette blir staten å frifinne.

4.2 Saksomkostninger

Saksøkeren har tapt saken fullstendig. Hovedregelen etter tvistemålsloven § 172 første ledd er da at han plikter å erstatte saksøktets saksomkostninger. Det foreligger ikke forhold etter tvistemålsloven § 172 annet ledd som tilsier at en fravikelse av hovedregelen.

Saksomkostningene fastsettes i samsvar med omkostningsoppgaven fra saksøktets prosessfullmektig til kr 33 400.

D o m s s l u t n i n g :

1. Staten ved Kommunal- og regionaldepartementet frifinnes.
2. Sverre Myhrvolds Eftf. AS dømmes til innen 2 – to – uker etter dommens forkynnelse å betale saksomkostninger med 33 400 – trettitretusenfirehundre – kroner med tillegg av lovens forsinkelsesrente til staten ved Kommunal- og regionaldepartementet.

12.01.11
A Rosnes

Retten hevet


Hugo Abelseth

Dommen kan påankes til lagmannsretten. Anken må erklæres direkte for tingretten innen 1 – en – måned fra dommen er forkynt.

Ankeerklæringen må være underskrevet eller medunderskrevet av en advokat. Den ankende part kan også henvende seg til rettens kontor og får ankeerklæringen nedtegnet og undertegnet der.

Samtidig med ankeerklæringen må den ankende part innbetale ankegebyr, som er 24 ganger rettsgebyret. Dersom hovedforhandlingen har vart mer enn en dag, påløper ytterligere gebyr. Dersom anken gjelder en formuesverdi under 50 000 kroner, kan den ikke fremmes uten samtykke fra lagmannsretten. Søknad om samtykke må i slike tilfeller innsendes samtidig med ankeerklæringen.

Rett kopi bekrefte

Sign.: *WJ*
Salten tingrett



Salten tingrett

Den 22. desember 2004 ble rett holdt i rettens lokaler, Sjøgata 1, Bodø.

Dommer: Tingrettsdommer Ingar Engelund

Sak nr: 04 – 1414 D

Saksøker: Reisebyråkjeden Berg Hansen ved
1) Berg Hansen NOR AS, pb 1253, 8001 Bodø
2) Berg Hansen Reisebureau Tromsø AS
3) Sortland Reisebyrå AS.

Prosessflm: Advokat Oddmund Enoksen, pb 53, 8401 Sortland

Saksøkt: Helse Nord RHF, Sjøgata 10, 8038 Bodø.

Saken gjelder: Begjæring om midlertidig forføyning.

Det ble avsagt slik

K j e n n e l s e:

Salten tingrett mottok 22.desember 2004 begjæring om midlertidig forføyning fra advokat Enoksen på vegne av saksøker reisebyråkjeden Berg Hansen.

Begjæringen er knyttet til Helse Nords planer om å inngå kontrakt med VIA Flyspesialisten (heretter kalt VIA) om kjøp av reisebyråtjenester for syketransport for en tidsperiode av 3 år. Helse Nord utlyste i november 2004 anbudskonkurranse om kjøp av reisebyråtjenester. Berg Hansen, VIA samt et selskap til innga anbud. Helse Nord har i brev varslet Berg Hansen om at de akter å inngå kontrakt med VIA fordi deres anbud anses å være det beste. Saksøker har i begjæringen vist til lov om offentlige anskaffelser med tilhørende forskrift. Saksøker hevder det er begått feil i selve anbudsprosessen slik at lov og forskrift er brutt. Saksøker hevder at Helse Nord akter å inngå kontrakt med VIA straks frist for innsigelser er utgått den 23.desember. Saksøker viser til at det ikke er anledning til å begjære midlertidig forføyning etter at kontrakt er inngått, jf anskaffelsesloven § 8. Det hevdes at det av denne grunn er nødvendig å få rettens kjennelse senest 22.desember for å hindre at kontrakt blir inngått.

Retten merknader:

For å imøtekomme et krav om midlertidig forføyning må retten finne det sannsynliggjort at saksøker har et krav mot saksøkte som går ut på annet enn penger samt at det sannsynliggjøres en sikringsgrunn. Dersom disse vilkår er oppfylt må retten dessuten finne at den skade eller ulempe som saksøkte påføres ikke står i et åpenbart misforhold til den interesse saksøker har i at forføyningen blir besluttet.

Retten anser det sannsynliggjort at saksøker har et krav mot saksøkte som ikke gjelder penger. Kravet kan formuleres slik at saksøkte er forpliktet overfor saksøker og andre som deltar i anbudskonkurransen til å gjennomføre en anbudsprosess som tilfredsstillende bestemmelser i anskaffelsesloven og dens forskrift. Retten har funnet det sannsynliggjort at den anbudsprosedyre som saksøkte har gjennomført er i strid med flere bestemmelser i regelverket.

Retten mener det er sannsynliggjort at prosedyren for inngivelse av siste pristilbud er i strid med forskriftens § 15-5 jf § 8-5. Det var gitt adgang til å inngi tilbud elektronisk. Saksøker innga siste pristilbud pr elektronisk medium. Det følger av forskriftsbestemmelsen at tilbudets fortrolighet skal bevares helt fram til vurderingen skal skje. Saksøkers siste pristilbud ble sendt pr e-post uten at noe var gjort for å skjule for mottaker noe om tilbudets størrelse og hvem som var avsender. Mottaker - som var Helse Nord - hadde dermed muligheten til å viderebringe denne informasjon for på den måte å gi andre anbydere en fordel i anbudskonkurransen. Det er på det rene at fristen for å inngi endret pristilbud ikke var utløpt da saksøker innga sitt siste tilbud. Det er ikke nødvendig for retten å ta stilling til hvorvidt Helse Nord faktisk har lekket slik informasjon til VIA. Det er imidlertid påfallende at VIAs endrede pristilbud er marginalt lavere enn saksøkers siste pristilbud. Både VIA og saksøker hadde opprinnelig sendt inn et langt høyere pristilbud.

Bestemmelsen om fortrolighet er særdeles viktig i en lukket anbudskonkurranse.

Bestemmelsen skal sikre at ingen anbydere gis mulighet for å tilpasse sitt anbud etter hva andre anbydere alt har innlevert. Brudd på bestemmelsen om fortrolighet er i seg selv nok til å si at saksøker har et krav mot saksøkte.

Retten bemerker imidlertid også at anbudsgrunnlagets krav om lokalisering til Gravdal synes å være i klar strid med anskaffelseslovens krav om likeverdig konkurranse. Retten kan ikke se at det er saklig grunn til å kreve slik lokalisering. All bestilling av reiser må skje via telefon eller elektronisk idet anbudet ikke gjelder for Lofoten og Salten. VIA er allerede lokalisert i Gravdal. Et krav om lokalisering i Gravdal vil åpenbart gi VIA et konkurransefortrinn. Kontakt mellom saksøktes eget reisekontor på Gravdal og det selskap som får anbudet er ikke avhengig av lokalisering på Gravdal. Kontakt kan skje pr telefon, faks eller pr e-post. Retten legger til grunn at det er saksøktes reisekontor på Gravdal som skal administrere anbudskontrakten. Gravdal må derfor i denne sammenheng anses som oppdragsgivers hjemsted.

Det er ikke nødvendig for retten å vurdere hvorvidt saksøkte har begått feil i vurderingen av de oppgitte tildelingskriterier. Retten ønsker å bemerke at det synes som om saksøkte har vektlagt i for stor grad VIAs erfaring med lignende leveranser i år 2004. Saksøker synes å ha

minst like stor erfaring i den type reiser som etterspørres.

Retten konkluderer med at saksøker har sannsynliggjort et krav mot saksøker som ikke gjelder penger.

Retten anser videre at saksøker har sannsynliggjort en sikringsgrunn. Dersom saksøkte nå inngår kontrakt med VIA vil saksøker være avspist med muligheten til å søke erstatning i ettertid. Saksøker vil miste muligheten til selv å vinne anbudskonkurransen idet en norsk domstol ikke kan sette til side en beslutning om kontraktstildeling, jf anskaffelsesloven § 7.

En midlertidig forføyning kan i denne sak gjennomføres ved at saksøkte forbys å inngå kontrakt for reisebyråtenester for syketransport. Det er grunn til å tro at tvisten raskt vil bli bragt inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser og at en avgjørelse derfra vil bli tillagt stor vekt i partenes videre håndtering av saken. En midlertidig avgjørelse bør derfor ikke vare lenger enn at saken er avsluttet ved Klagenemnda for offentlige anskaffelser. En midlertidig forføyning vil således ikke påføre saksøkte noen ulempe eller skade som står i et åpenbart misforhold til saksøkers interesse i at forføyning beslutes. Saksøkte kan får dekket sine behov for reisebyråtenester ved en midlertidig forlengelse av inngåtte avtaler.

Retten konkluderer med at vilkårene for å i beslutte midlertidig forføyning er til stede.

Retten har tatt sin beslutning uten å innkalle partene til muntlig forhandling idet retten har funnet at det var fare ved opphold. Partene orienteres om at de har rett til å kreve etterfølgende muntlige forhandlinger. Retten har ikke funnet grunn til å pålegge saksøker å stille sikkerhet.

Saksøker har nedlagt påstand om saksomkostinger og advokat Enoksen har fremmet krav på omkostninger med kr 15.000 pluss rettens gebyr som utgjør kr 2.112, totalt kr 17.112.

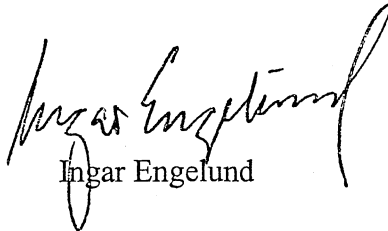
Saksøker har vunnet saken fullstendig. Omkostningsspørsmålet avgjøres etter tvistemålsloven § 172. Normalt skal den part som taper saken fullstendig erstatte motparten sakens omkostninger. Retten kan ikke se at det foreligger forhold som innebærer at omkostningsansvar ikke skal ilegges. Saksøkte pålegges å erstatte saksøker omkostningene

med kr 17.112.

Slutning:

1. Helse Nord RHF forbys å inngå kontrakt med VIA flyspesialisten for reisebyråtenester syketransport inntil avgjørelse er fattet av Klagenemnda for offentlige anskaffelser..
2. Helse Nord RHF betaler saksomkostninger med kr 17.112, oppfyllelsesfrist er 14 dager fra kjennelsens forkynnelse.

Retten hevet.



Ingar Englund

SKIEN&PORSG TINGRETT

1



RETTSBOK

FOR

SKIEN OG PORSGRUNN TINGRETT

KOFA
2003/00068 -
DATA 28 OKT 2004
AN 741.2
Eksp.

Den 2. september ble rett satt i rettsal 9 i tinghuset i Skien

Dommer: Tingrettsdommer Siri Vigmostad

Sak nr.: 03-01993 A

Saksøker: Hus og Hyttebygg AS

Prosessfullmektig: Advokat Emil Thorkildsen

Saksøkt: Porsgrunn kommune v/ordføreren

Prosessfullmektig: Advokat Morten Goller

Saken gjelder: Erstatning etter overtredelse av lov om offentlige anskaffelser

Til stede: Stein Jaran Fredriksen, Terje Madsen, Gunvor Svartdal og begge prosessfullmektigene

Det ble den 4. oktober 2004 avsagt slik

dom:

Saken gjelder erstatningskrav etter lov om offentlige anskaffelser med tilhørende forskrifter.

Sakens faktum:

Porsgrunn kommune besluttet i 1999 å bygge et nytt sykehjem-/rehabiliteringssenter, som fikk navnet Borgehaven Bo- og rehabiliteringssenter. Dette var det største enkeltprosjekt noen gang i kommunen. Høsten 2001 startet en prekvalifisering av anbydere og den 18.12.01 ble anbudsgrunnlaget sendt ut til syv entreprenører. Ved anbudfristens utløp var det kommet inn tre anbud. For å beholde anonymitet om anbudene ble disse gitt blomsternavn, Engsoleie for Buer Entreprenører og Kruse Smith, Forglemmegei for Prosjektfinans og Hyasint for Hus og Hyttebygg.

For å evaluere anbud satte Porsgrunn kommune ned en evalueringskomité med undergrupper bestående av representanter for brukere, teknisk drift, bygningsteknisk miljø og arkitektmiljø. I tillegg skulle Holte prosjekt vurdere økonomien i anbudene. Alle undergruppene skulle komme med en skriftlig vurdering av anbudene ut fra sitt ståsted, fordelt på allerede oppsatte kriterier og gi karakterer. Kriteriene var vektet. Karakterene fra den enkelte undergrupper ble summert og gjennomsnittet ble ganget med gjeldende vektfall. Kriteriene og vektingen av disse var kjent for anbyderne.

To av anbudene, Engsoleie og Hyasint, ble avvist fordi prosjektene lå utenfor bebyggelsesplanen og det tredje, Forglemmegei, ble forkastet som for dårlig. Som en konsekvens av dette vedtok kommunen i slutten av juni 2002 å innlede forhandlinger med de tre anbyderne etter forskrift om offentlige anskaffelser §§ 4-3 og 9-3.

Kommunen holdt innledende forhandlinger med den enkelte anbyder i begynnelsen av juli 2002. På forhånd hadde anbyderne fått rådmannens innstilling til bystyret og et skjema med de vektete karakterer. På møtet med Hus og Hyttebygg AS den 4. juli gjennomgikk man en generell del av prosjektet (som ble formidlet likt til alle anbyderne) hvor blant annet følgende ble opplyst:

Reviderte skisser/tilbud vil bli vurdert av evalueringskomiteens formenn. Endringer måles opp i mot poeng sum fra ordinær vurdering og en ny innstilling vil bli satt opp.

Tiltakshaver er tilgjengelig for spørsmål i uke 28, 30 og 31.

Innleveringsdato for tilbud settes til 23.08.2002 kl 12.00.

Man hadde også en form for gjennomgang av Hus og Hyttebygg sitt anbud hvor det ble påpekt enkelte endringer som måtte finne sted. Samtidig fikk et fullstendig sett av evalueringskomiteens vurderinger og enkeltkarakter for eget prosjekt. Hus og Hyttebygg hadde ingen kontakt med tiltakshaver i perioden frem til 23. august 2002.

Alle tre leverte inn nye tilbud. Engsolele ble raskt avvist og kommunen gikk videre med de to andre tilbudene. Tilbudene ble igjen evaluert, denne gangen kun av evalueringskomiteens formenn, og karaktersatt.

Karaktergivningen tok utgangspunkt i de opprinnelige karakterer.

Forbedringer skulle gi høyere karakter og motsatt.

I det opprinnelige anbudet fikk Hus og Hyttebygg sluttkarakteren 2,67 og Prosjektfinans 2,51. I det siste tilbudet fikk Hus og Hyttebygg sluttkarakteren 2,95 og Prosjektfinans 3,01. Administrasjonen i kommunen konkluderer den 9. desember 2002 på følgende måte:

Forskjellene på de to prosjektene er små, bare 2% av kriteriesummen. Det er heller ingen andre forhold utenfor det som inngår i kriteriesummen, av formell art, som gir grunnlag for å skille de to prosjektene ytterligere. Vi har ikke funnet grunnlag for ikke å legge vår kriterievurdering til grunn og innstiller derfor på å inngå kontraktsforhandlinger med Prosjektfinans as...

Hus og Hyttebygg AS reagerte straks på innstillingen og sendte et brev til kommunen hvor de blant annet gjennomgikk karakterendringene fra første til andre runde. Kommunen vurderte innvendingene og oppdaget få dager

etterpå at det hadde skjedd en feil ved karaktersettingen når det gjaldt Hus og Hyttebygg i første runde. Da karakterene ble overført til excel-ark, ble arkitektkarakterene tilhørende Engsoleie også ført inn på Hus og Hyttebygg sitt ark. På fire punkter fikk de dermed for høye karakter. Den riktige gjennomsnittskarakter skulle vært 2,47, det vil si dårligst karakter i første runde. Hus og Hyttebygg ble meddelt dette skriftlig den 13. desember 2002, få dager etter at kommunen ble oppmerksom på feilen.

Det faste utvalg for nybygg (FUN), som hadde fått myndighet til endelig å velge prosjekt, valgte med 2 mot 1 stemme Hus og Hyttebygg. Spørsmålet om et av medlemmene i utvalg var inhabil ble forelagt klagenemnden for offentlige anskaffelser, KOFA. KOFA mente at vedkommende var inhabil og saken ble igjen drøftet i det faste utvalg for nybygg med samme resultat som sist. Saken ble igjen klaget inn til KOFA med påstand om at kommunen hadde brutt kravet til god forretningskikk. Prosjektfinans fikk medhold i dette.

Porsgrunn kommune trakk nå tilbake fullmakten til det faste utvalg tilbake og den ble overført til rådmannen. Rådmannen fulgte administrasjonens innstilling og valgte Prosjektfinans. Kommunen har slutført forhandlingene og endelig kontrakt er inngått med Prosjektfinans.

Den 11. november 2003 sendte Hus og Hyttebygg AS Inn stevning til Skien og Porsgrunn tingrett og la ned slik

Påstand:

1. Kommunens vedtak om utvelgelse av totalentreprenør av 19.06.03 v/rådmannen kjennes ugyldig.
2. Porsgrunn kommune v/ordføreren dømmes til å betale erstatning til Hus og Hyttebygg AS med kr. 10.895.000.
3. Porsgrunn kommune v/ordføreren dømmes til å betale sakens omkostninger med tillegg av merverdiavgift.

Kommunen sendte inn rettidig tilsvar og la ned slik

Påstand:

1. Porsgrunn kommune v/ordføreren frifinnes.
2. Porsgrunn kommune v/ordføreren tilkjennes saksomkostninger med tillegg av lovens renter fra dommens oppfyllelsesfrist til betaling skjer.

Hovedforhandling ble avholdt i perioden fra 2. til og med 7. september 2004. Partsrepresentant for Hus og Hyttebygg, styreleder Stein Jaran Fredriksen, forklarte seg. To representanter fra kommunen, bygg- og eiendomssjef Terje Madsen og prosjektleder Gunnvor Svartdal, fulgte hele forhandlingen i medhold av tvistemålsloven § 213 annet ledd. De avgav vitneforklaringer. I tillegg ble det avhørt et vitne, daglig leder av Prosjektfinans AS (nå Byggholdt AS avdeling Grenland) Jørn Pettersen.

Hus og Hyttebygg AS har i det vesentlige anført følgende:

Kommunen besluttet helt spesielle anskaffelsesprosedyrer i konkurransen med forhandling. Den skulle basere seg på det allerede innleverte anbud. Det skulle ikke aksepteres avvik fra konkurransegrunnlaget før nytt tilbud var levert. Karakterene ville være det avgjørende kriterium. Tilbudet var ikke gjenstand for vanlige forhandlinger, men skulle gi grunnlag for hvem kommunen skulle forhandle videre med. Før 23. august var det bare tillatt å stille spørsmål, ikke å forhandle. Hvis noe annet var tilfelle, måtte dette vært sagt på en annen måte. Denne utydeligheten må gå ut over kommunen.

Uansett konkurranseform gjelder prinsippene om likebehandling og forsvarlig saksbehandling.

Kommunen har brutt kravet til forsvarlig saksbehandling ved at Hus og Hyttebygg fikk feil karakterer i første runde. De hadde ikke de nødvendige korrektiver når de skulle revidere sitt prosjekt. Karakterene var det avgjørende kriterium og andre runde bygget på karakterene fra første runde.

Kommunen har brutt likhetsprinsippet ved å gi ulik informasjon. Dette gjelder informasjon om at kommunen kunne være villig til vurdere dispensasjoner fra bebyggelsesplanen og akseptere endringer i prosjektforutsetningene. Det

gjelder også at kommunen ikke korrigerer enkelte påstander fra Prosjektfinans i da saken var oppe til behandling i KOFA. KOFA la påstandene til grunn som sanne og dette influerte på avgjørelsen deres. Det var videre åpenbart at KOFA's avgjørelse ville være utslagsgivende for den videre prosess.

Kommunen har brutt likebehandlingsprinsippet ved å akseptere vesentlige brudd på konkurransegrunnlaget. Dette gjelder kravet til antall bofellesskap for omsorgsboligene, størrelsen på hjelpemiddelsentralen og kravet om egen miljøstasjon og plass til komprimator. (Prosjektfinans brudd var kommunen kjent med på forhånd og burdet vært meddelt på generelt grunnlag til øvrige parter, jf forskriftens § 5-4 nr 2.)

Kommunen har brutt likebehandlingsprinsippet ved å akseptere vesentlige brudd på bebyggelsesplanen. Denne skulle være absolutt og det er uvesentlig om mindre brudd kan håndteres ved hjelp av dispensasjoner. Subsidiært hevdes at en eventuell uklarhet på dette punkt er kommunens risiko.

Hvert grunnlag fører til samme resultat, men kumulativt fører de til et massivt brudd på reglene om likebehandling om forsvarlig saksbehandling.

Erstatning:

Kravet om erstatning avgjøres etter lov om offentlig anskaffelser § 10 og de alminnelige erstatningsregler. Bestemmelsen gir hjemmel for både den negative og den positive kontraktsinteresse. Kommunen har begått en rekke brudd på prinsipper som ligger til grunn for offentlig anskaffelser og dette er uaktsomt. Bruddene har helt klart ført til at Hus og Hyttebygg ikke vant konkurransen slik at kravet til årsakssammenheng er oppfylt. Også det strengere kravet til årsakssammenheng som gjelder ved den positive kontraktsinteresse, nemlig klar sannsynlighetsovervekt, er oppfylt. I tillegg må det foreligge et tap.

Den positive kontraktsinteresse er lik det budsjetterte overskudd på prosjektet. Skulle retten mene at beløpet størrelse ikke er godt nok dokumentert, kan man skjønne over beløpet.

Punkt to og tre fra den opprinnelige påstand opprettholdes, punkt en strykes.

Porsgrunn kommune har i det vesentlige hevdet:

I konkurranse med forhandlinger gjelder det helt andre regler enn i en anbudskonkurranse. Dette får betydning for hvilken informasjon kommunen er forpliktet til å gi videre. Forskriftens § 5-4 nr 2 annen setning gjelder ikke i konkurranse under forhandlinger. Det er mulig å forandre konkurransegrunnlaget under konkurranse med forhandlinger. Det er også lov å ta forbehold og tilby noe annet enn det som fremgår av konkurransegrunnlaget.

Men Prosjektfinans har ikke gjort forandringer i konkurransegrunnlaget, i høyden har de gjort små avvik. De har heller ikke brutt funksjonsbeskrivelsen eller bebyggelsesplanen. Det er i høyden tatt noen forbehold i forhold til den.

Likebehandlingsprinsippet er ikke brutt. Begge parter har fått like muligheter til informasjon og det er det avgjørende. Forskjellen er at kun den ene part har benyttet seg av muligheten.

Kommunen har ikke villedet Hus og Hyttebygg. Feilen med karakterene ble reparert før den fikk noen konsekvens.

Erstatning:

For å få positiv kontraktsinteresse kreves det et alvorlig brudd på reglene fra kommunens side. Videre er det et strengt krav til årsakssammenheng som ikke er oppfylt.

Den negative kontraktsinteresse erstattes kun under helt særlige vilkår, jf Firesafe-dommen.

Størrelsen på tapet bestrides under begge punkter. Tallene er for høye. Det er ikke særskilt grunnlag for å få begge deler. Hele den negative kontraktsinteresse må trekkes fra i den positive.

Påstanden opprettholdes.

Retten bemerker:

Begge parter er enige om at kommunen hadde anledning til å gå over til konkurranse med forhandlinger etter forskriftens § 4-3 jf § 4-1 (2).

Kommunen satte opp noen forutsetninger for konkurransen som ble meddelt tilbyderne i møter henholdsvis 4. og 5. juli. Det ble klargjort at endringene i tilbudet ville bli evaluert opp mot det tidligere anbudet slik at forbedringer ville gi høyere enkeltkarakter og motsatt for mindre gode løsninger. Det ble også opplyst hvilke personer hos tiltakshaver tilbyderne kunne henvende seg til for spørsmål.

Prinsippene om likebehandling og god forretningsskikk gjelder også for denne type konkurranse, jf forskriftens § 3-1. Retten vil først vurdere om prinsippet om likebehandling er brutt ved at kommunen har akseptert brudd på konkurransegrunnlaget.

Om det foreligger brudd på konkurransegrunnlaget vurderes annerledes i konkurranse med forhandlinger enn i anbudskonkurranser. Det vises til Peter Lund Meyers bok om EU's udbudsregler side 435 flg, særlig side 439 hvor det siteres følgende:

..De afgivne tilbud fungerer i denne situasjon som grundlag for de videre forhandlinger mellom ordregiveren og tilbudsgiverne. Det følger af denne forskel mellem udbudsformerne, at en tilbudsgiver under udbud etter forhandling kan tage forbehold over for alle bestemmelser i udbudsbetingelserne, og at sådanne forbehold kan være genstand for eventuelle efterfølgende forhandlinger, som kan munde ut i at tilbuddet antages med et eller flere forbehold.

Retten må vurdere om de innsigelser Hus og Hyttebygg har, nemlig

- Antall bofellesskap vedrørende omsorgsboliger
- Hjelpemiddelsentralen, lagerplass

- Egen miljøstasjon og plass til komprimator
- Forholdet til bebyggelsesplanen

er å anse som brudd på konkurransegrunnlaget eller kun er forbehold tatt i tilbudet.

Utgangspunktet for konkurransegrunnlaget er anbudsdokumentene hvor funksjonsbeskrivelsen er sentral. Under anbudsbeifaringen ble det presisert at det er funksjonsbeskrivelsen som er gjeldende for prosjektet og at funksjonsprogrammet og dets arealer kun er veiledende. I funksjonsbeskrivelsen er det sagt at tilbyderne under visse betingelser kan gjøre mindre endringer og justeringer i forhold til rom og arealoversiktene. Vesentlige endringer er det følgelig ikke anledning til å foreta.

Når det gjelder boenhetene heter det i funksjonsbeskrivelsen:

Det forutsettes 30 boliger organisert i 4 bofellesskap. Hvert bofellesskap bør bestå av ca 7-8 boliger... Boligene forutsettes organisert i 4 bofellesskap.

Retten tolker ordet "forutsettes" slik at dette ikke er et absolutt krav, men at det skal svært mye til for å fravike dette. Det kan heller ikke være noe absolutt krav om at hvert bofellesskap skal bestå av 7 eller 8 boliger i og med at ordene "bør" og "ca" er brukt. I konkurransegrunnlaget er det åpnet for mindre endringer i forhold til romplassering. Ønsket om å dele omsorgsleilighetene i 4 enheter er faglig begrunnet. Når Prosjektfinans velger å legge frem et tilbud hvor boenhetene er fordelt i tre grupper på ti boliger hver nå dette anses som et forbehold de lovlig kunne ta. Forbeholdet ville være gjenstand for senere forhandlinger. Kommunen har så i evalueringsprosessen kommet til at løsningen kan aksepteres. I og med at funksjonsbeskrivelsen ikke inneholder absolutte krav og alle var inneforstått med at romprogrammet kun var veiledende, og den tilbudte løsning er faglig forsvarlig, kan ikke retten se at konkurransegrunnlaget her er brutt.

Når det gjelder lagerplass for hjelpemiddelsentralen står det i funksjonsbeskrivelsen "lager hjelpemidler, delt i to og lagerplass". Størrelsen er videre foreslått til henholdsvis 60 m² og 300 m².

Funksjonsbeskrivelsen gir ingen anvisning om hvordan dette skal løses. Romplan og arealangivelsen er som tidligere sagt kun veiledende. Retten kan ikke tolke dette annerledes enn at tilbudet fra Prosjektfinans, som inneholder total lagerplass inkludert mesarin på over 360 m², må anses som et forbehold det senere kan forhandles om. De undersøkelser Prosjektfinans gjorde i forkant vedrørende hjelpemiddelsentralen førte til at de mente at denne funksjonen kunne løses enklere. Slike undersøkelser må det stå enhver tilbyder fritt til å foreta. Retten kan ikke se annet enn at Prosjektfinans har tatt forbehold i sitt tilbud og at kommunen ikke har brutt konkurransegrunnlaget ved senere å akseptere dette.

I funksjonsbeskrivelsen står det at det skal bygges en egen miljøstasjon med plass for komprimator, uten at dette er nærmere spesifisert. Retten har fått opplyst at det er prosjektert en miljøstasjon. Funksjonen søppelhåndtering er løst på en tilfredstillende måte og det er heller ikke gitt nærmere spesifiseringer om hvordan den skal løses. Om dagens løsning ikke er lik den som ble gitt den 23. august 2002, kan ikke betydning. Det tilbud som ble fremsatt den gang skulle være gjenstand for forhandlinger. Dette kan vanskelig sies å representere et brudd på konkurransegrunnlaget.

I konkurransegrunnlaget var det presisert at tilbudene måtte ligge innenfor bebyggelsesplanen. Entreprenørenes ønske om større frihet ble ikke tatt hensyn til. Kommunens begrunnelse var rent økonomisk. Den hadde ikke råd til den forsinkelse en ny bebyggelsesplan ville representere. Det vil dog alltid være mulig å få dispensasjon fra en bebyggelsesplan plan hvis endringene ikke er vesentlige. Dette er noe alle entreprenører vet og begge tilbyderne hadde da også hatt kontakt med kommunens planavdeling for å sjekke om deres endringer kunne håndteres med dispensasjoner. Begge parter har således lagt inn forbehold som vil være gjenstand for senere forhandlinger.

Retten kan ikke se at endringer som ikke krever ny bebyggelsesplan skal endre konkurransegrunnlaget. I et så stort prosjekt som dette, hvor det på

forhånd foreligger en stram bebyggelsesplan, vil det antagelig ikke være mulig å komme med et godt tilbud hvor det ikke også inngår noen mindre avvik fra planen. Slike mindre avvik må man derfor kunne akseptere, særlig når man vet at kommunens begrunnelse for å holde seg til planen var av økonomisk art.

Kommunen har ikke brudd likebehandlingsprinsippet ved å akseptere prosjektet til Prosjektfinans.

Retten vil så vurdere om likebehandlingsprinsippet og kravet til forsvarlig saksbehandling er overtrådt ved at kommunen har gitt ulik informasjon, enten ved at tilbyderne ikke har fått lik informasjon, eller at kommunen ikke har rettet opp direkte feil ovenfor KOFA da de behandlet saken andre gang.

Begge parter fikk anledning til å stille spørsmål til kommunen forut for tilbudsfristen. Kun Prosjektfinans benyttet seg av dette. De la frem sine tegninger og ønsket en vurdering fra prosjektleder Svartdal. Hun gav ingen vurdering, verken i positiv eller negativ retning, men Prosjektfinans valgte å tolke hennes unnvikende svar slik at kommunen ikke ville være negativ til hans forslag. Det var hans risiko.

Retten kan ikke se at det her var en plikt for kommunen til å videreformidle til Hus og Hyttebygg noe av det som kom frem under dette møtet. Det Svartdal fikk presentert var en mulig løsning av prosjektet. Det ville være et brudd på taushetsplikten å videreformidle dette. Kommunen kom ikke med noen retningslinjer eller andre generelle svar som kunne være av interesse for de øvrige tilbyderne. Det kom følgelig ikke noe ut av møtet enn det begge tilbyderne allerede var kjent med, nemlig at det i funksjonsbeskrivelsen står at det kan gjøres mindre endringer og justeringer. Kommunen har ikke brutt informasjonsplikten sin.

Det neste spørsmål blir om kommunens manglende korreksjon av opplysninger fra Prosjektfinans til KOFA fikk betydning for KOFA's

vurderinger. Hus og Hyttebygg hadde ikke selv anledning til å imøtegå klagen fra Prosjektfinans.

Retten vil her trekke frem et eksempel fra KOFA's avgjørelse 15.05.03 i sak 2003/68.

Flertallet i FUN tar utgangspunkt i at omsorgsboligene skulle deles i 4 grupper, og at bofellesskapene skulle ligge samlet, mens de i Forglemmegei er delt på flere steder. Det er uklart om flertallet mener at klagers tilbud ikke oppfyller kommunens kravspesifikasjon, eller om dette hensyntas i karaktersettingen under kriteriet "funksjonalitet".

Klagenemnda har i den forbindelse merket seg klagers kommentar til dette punktet:

1. vedr plassering av omsorgsboliger i fellesskap

Da vi kom til at prosjektet totalt sett ville være bedre tjent med å dele og plassere bofellesskapene slik vi gjorde, så tok vi dette opp i forhandlingene før vi endelig plasserte bofellesskapene (vi kunne selvsagt også laget dette i 4 bofellesskap, men mente at vår løsning med 3 noe større bofellesskap med til sammen like mange boliger var bedre). Vi fikk positiv tilbakemelding på vårt innspill for å forbedre vår prosjektide med dette grepet.

.....

Det fremstår etter dette som uklart om flertallet bygger på riktige faktiske opplysninger.

Retten synes det her klart fremgår at KOFA legger til grunn at kommunen har positivt akseptert at omsorgsboligene kan deles i tre bofellesskap, noe som er feil. I kommunens tilsvarende svar til KOFA gjør kommunen ingenting for å avkrefte Prosjektfinans sine feilaktige påstander, noe retten mener de burde gjort. Prosjektfinans må ha argumentert hardt i sin klage for kommunens aksept av deres forslag og kommunens advokat måtte skjønne at det ville være av betydning for KOFA å ha et riktig faktum også på slike detaljer. KOFA sier da også flere steder at det synes som om flertallet i FUN har bygget sin avgjørelse på feil faktagrunnlag. Retten tror at dette har vært medvirkende for KOFA's resultat i saken, men at det ikke alene var utslagsgivende. KOFA har også hatt andre innsigelser til FUN's behandlingen av saken, dette gjelder særlig på det branntekniske området. Så selv om kommunen hadde rettet opp Prosjektfinans sine feilaktige påstander, ville nok KOFA underkjent FUN sin behandling av saken.

Prinsippene om likebehandling og forsvarlig saksbehandling kan ikke sies å være brutt.

Retten vil så vurdere om det forhold at Hus og Hyttebygg i anbudsrunder fikk opplyst noen uriktige karakterer tilsier et brudd på forsvarlig saksbehandling slik at kommunen skulle avblåst konkurransen da feilen ble oppdaget.

De feilaktige karakterene har aldri fått betydning for kommunens vurderinger. I første runde, da ingen visste at sluttkarakteren var feil, ble Hus og Hyttebygg avvist av helt andre grunner. I andre runde ble karakterene plottet inn i excelarket på nytt, men denne kan med de riktige karakterene. Selve sluttkarakteren visste seg derimot å være utslagsgivende. De to prosjekter ble ansett som likeverdige på alle andre måter slik at det til slutt kun var karakteren som skilte dem.

Er det grunn til å tro at Hus og Hyttebygg ville levert et helt annet og bedre tilbud hvis de hadde kjent til de riktige karakterer fra start av? Retten kan ikke se at det foreligger grunner som skulle tilsa det.

Karakterer kan aldri gi noe mer enn en grov karakteristikk. Det vil alltid være de mer utfyllende skriftlige vurderingene som gir det korrekte bilde og disse fikk Hus og Hyttebygg utdelt i møtet 4. juli, det vil si samtidig som de begynte å jobbe med sitt reviderte tilbud. Det må antas at det er disse Hus og Hyttebygg hovedsakelig har lagt vekt på og ikke enkeltkarakterene. Enkelte av (de feilaktige) karakterene fra arkitektene står direkte i motstrid til de skriftlige karakteristikkene deres og dette burde fått varselampene til å blinke hos Hus og Hyttebygg. Men det er nok sluttkarakteren Hus og Hyttebygg ha forholdt seg til og den var det tilsynelatende ingen grunn til å sette noe spørsmålsteget ved. Der fremgår det at de har et godt forsprang på Prosjektfinans. Og vitende om at karakterene fra første runde skulle ligge i bunn også ved denne vurderingen, følte de nok at det hadde et trygt forsprang til Prosjektfinans. Men retten legger likevel til grunn at Hus og Hyttebygg har prøvd å forbedre prosjektet sitt så godt det lot seg gjøre. Det var et stort prosjekt som de hadde lagt ned mye arbeid og kostnader i. Å gå seirende ut av konkurransen var viktig både økonomisk og prestisjemessig.

Kommunen måtte ikke avlyst konkurransen da de ble klar over karakterfeilen. I første runde ble Hus og Hyttebygg ble avvist på et annet grunnlag. De fikk anledning til å være med i konkurransen med forhandlinger hvor de fikk all relevant informasjon fra kommunen. De må forventes at de har levert det tilbud som de anså som best, uavhengig av karakter. Feilen kan ikke sies å ha vært vesentlig.

Kommunen har etter dette vunnet saken i sin helhet og har etter tvistemålsloven § 172 første ledd krav på å få dekket sine saksomkostninger. Retten har vurdert om unntakene i annet ledd kommer til anvendelse, men funnet at det ikke er tilfelle.

Advokat Goller har på vegne av kommunen levert en saksomkostningsoppgave på til sammen kr 234.360 hvor kr. 45.360 utgjør merverdiavgift. Det er ikke kommet innsigelser til oppgaven. Retten legger den til grunn.

Domsslutning:

1. Porsgrunn kommune v/ordføreren frifinnes.
2. Hus og Hyttebygg AS må innen 14 – fjorten – dager fra dommens forkynnelse betale saksomkostninger til Porsgrunn kommune med 189.000 – etthundreogåttinitusen – kroner med tillegg av merverdiavgift på 45.360 – førtifemtusentrehundreogseksti - kroner med tillegg av lovens renter fra dommens oppfyllelsesfrist til betaling skjer.

Retten hevet


Siri Vigmostad



Vedlegg
2004/236 - 10

Stjør- og Verdal tingrett

Den 8. oktober 2004 ble rett holdt i tingrettens lokaler, Gjensidigegården i Levanger.

Dommer: Dommerfullmektig Audun Berg

Sak nr.: 04-691 D

Saksøker: Omniasykhuset AS, Oslo
Prosessfullmektig: Advokat Terje Bjørndahl, Trondheim
Advokat Frode Henning Antonsen

Saksøkt: Helse Midt-Norge RHF, Stjørdal
Prosessfullmektig: Advokat Dordi E. Flormælen, Stjørdal

Saken gjelder: Begjæring om midlertidig forføyning, lov om offentlige anskaffelser

Til stede: Partene med prosessfullmektiger

Det fremkom ingen innsigelser mot dommerens habilitet.

Dommeren erklærte retten for lovlig satt.

Dommeren drøftet opplegget av forhandlingen med prosessfullmektigene. Partenes prosessfullmektig ble bedt om å begrense sin prosedyre til 30 minutter.

Advokat Frode Henning Antonsen, saksøkers prosessfullmektig, fikk ordet til innledningsforedrag. Saken og de bevis som ville bli ført, ble gjennomgått. Følgende ble dokumentert (merket med rødt):

- 1 Saksøktes konkurransegrunnlag side 4
- 2 Dok. 1 bilag 2 premiss 23
- 3 Dok 1 bilag 7
4. Dok 1 bilag 8
5. Dok 1 bilag 9
6. Dok 1 bilag 10
7. Dok 1 bilag 11

Saksøkers prosessfullmektig la ned slik påstand:

1. Helse Midt-Norge RHF pålegges å avvente avgjørelse fra Klagenemnda for offentlige anskaffelser i sak om kjøpe av spesialisthelsetjenester utlyst 30. april 2004 før kontrakt inngås med andre tilbydere.
2. Helse Midt-Norge RHF erstatter OmniaSykehuset AS' saksomkostninger med tillegg av lovens rente fra forfall og til betaling skjer.

Advokat Dordi Flormælen, saksøktes prosessfullmektig, fikk ordet til innledningsforedrag. Saken og de bevis som ville bli ført ble gjennomgått. Følgende ble dokumentert (merket med blått):

1. Dok 3/3
2. Dok 1 bilag 4

3. Dok 1 bilag 5
4. Dok 3 bilag 5, side 6
5. Dok 3 bilag 6

Saksøktes prosessfullmektig la ned slik påstand:

1. Helse Midt-Norge RHF frifinnes.
2. Omniasykehuset AS pålegges å erstatte Helse Midt-Norge RHF's saksomkostninger med tillegg av forsinkelsesrente fra forfall og til betalinger skjer.

Retten's formann tok opp med partene spørsmålet om fortsatt stans av kontrakt fra saksøktes side under forutsetning av at Klagenemnda for offentlige anskaffelser (KOFA) treffer avgjørelse innen en nærmere fastsatt frist. Saksøkte opplyste at erfaringen med KOFA er at de ikke klarer å gi løfte om behandling innenfor bestemte frister, og at KOFA også i forbindelse med begjæringen om midlertidig forføyning har vært kontaktet med dette for øye uten at KOFA har kunnet binde seg til frist for behandlingen av klagen. Saksøkte sa seg enig i at saksøker kontakter KOFA under lunsjpausen for å få avklart dette på nytt igjen.

Lunsjpause ble deretter avviklet fra 1145-1215.

På bakgrunn av uttalelser fra KOFA om at de i et ad hoc-møte vil kunne behandle klagen fra saksøker innen 3 uker fra tilsvaret fra saksøkte foreligger, uttalte saksøkte at de samtykker i at saken utsettes til torsdag 4. november 2004 i påvente av KOFAs avgjørelse av klagen. Dersom KOFA ikke innen onsdag 3. november 2004 har behandlet klagen, reassumeres saken torsdag 4. november 2004 kl 0900.

Saksøkte bekreftet overfor saksøker at saksøkte ikke vil foreta tildeling av kontrakt før KOFA har behandlet klagen. Saksøkte bekreftet videre at Helse Midt-Norge ikke vil foreta tildeling av kontrakt før retten har truffet kjennelse i begjæringen om midlertidig forføyning dersom KOFA innen onsdag 3. november 2004 fortsatt ikke har behandlet klagen.

Partene ble enige om å bære sine saksomkostninger dersom begjæringen om midlertidig forføyning blir å heve som følge av at KOFA innen onsdag 3. november 2004 har behandlet klagen.

Retten besluttet etter dette å utsette saken i medhold av tvistemålsloven § 336, jf. § 96.

Retten berammet rettsmøte for fortsatt muntlig forhandling av begjæringen om midlertidig forføyning til torsdag 4. november 2004 kl 0900.

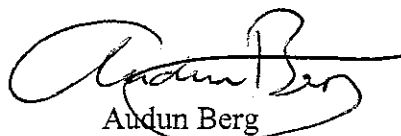
Innkalling til rettsmøtet anses forkynt for partene.

Retten traff deretter kjennelse med følgende slutning:

S l u t n i n g:

Sak nr 04-691 D utsettes til torsdag 4. november 2004 kl. 0900.

Retten hevet



Audun Berg

Dommerfullmektig

Kjennelsen ble forkynt for partene i rettsmøtet. Dommeren opplyste at rettsbok med kjennelse vil bli oversendt partene i ettertid.

Rettsmøtet varte fra kl 0900 til kl 1240.



SUNNFJORD TINGRETT

gjør vitterlig

År 2004, den 23. desember ble rett satt ved Sunnfjord tingrett i Førde.

Dommer: Dommerfullmektig Tor Erling Nordstad

Sak nr.: 03-00610 A

Saksøker: Harald Kapstad AS v/ Harald Kapstad
Entreprenørforretning, 6977 Bygstad

Prosessfullmektig: Advokat Ivar Blikra v/ advokatfullmektig Bjarte
Buanes, postboks 580, 6803 Førde

Saksøkt: Gaular kommune v/Ordføreren, 6973 Sande i
Sunnfjord

Prosessfullmektig: Kluge Advokatfirma DA, v/ advokat Grethe
Gullhaug, postboks 394 Sentrum, 5805 Bergen

Saken gjelder: Krav om erstatning for den positive kontraktsinteressen,
subsidiært negativ kontraktsinteresse, fra en anbyder som mener seg
forbigått i en anbudskonkurranse.

For åpne dører og med bare dommeren til stede ble det avsagt slik

DOM:

Nærmere om sakens bakgrunn:

Gaular kommune skulle utvide og bygge om Sande skole. I den forbindelse inviterte kommunen til åpen anbudskonkurranse for "bygningmessige arbeid i hovudentreprise i samband med planlagt utviding (garderobe) og ombygging (symjehall) ved Sande skule".

Anbyderne skulle nærmere angi sine anbud i anbudsdokumentets/konkurransegrunnlagets punkt 02 "ANBUD". Ett av underpunktene var her angitt som følger:

" Byggetid/framdrift

Arbeidet baserer seg på oppstart juni 2003.

- a) - overlevering symjehall 15.12.03, overlevering øvrig areal: 01.04.04
- b) - i samsvar med anbudsbrief
(kryss i aktuell rubrikk)"

I anbudsdokumentets punkt 06 var anbudsvilkårene angitt:

0.6 ANBUDS- OG KONTRAKTSVILKÅR

Anbudsvilkår

Som generelle anbudsvilkår for dette prosjektet/denne entreprisa gjeld NS 3400 med følgende supplement.

Val av anbud jfr. pkt. 13.

Ved val av anbud vil byggherren legge vekt på så vel pris, forventa kvalitet, kompetanse og kapasitet (best anbud-prinsippet).”

Entreprisen ble annonsert i lokalavisen Firda, men ikke i den elektroniske databasen DOFFIN. 6 entreprenørfirma leverte anbud innen fristen 04.04.2003. Harald Kapstad AS (“Harald Kapstad”) innga anbud med lavest anbudssum, kr 2.925.031. Åsen&Øvrelid AS (“Åsen&Øvrelid”) hadde nest lavest anbudssum. Det tilføyes at i anbudsprotokollen ble anbudssummen fra Åsen&Øvrelid uriktig ført inn med kr 3.105.185. Dette ble imidlertid oppdaget ved kontrollregningen den 08.04.2003, og det ble gitt påtegning i anbudsprotokollen at om riktig anbudssum for Åsen&Øvrelid var kr 3.015.185.

Åsen&Øvrelid tilbød, med unntak av utenomhusarealet, hele prosjektet ferdigstilt til 15.12.2003. De øvrige anbyderne tilbød ferdigstillelse av svømmehallen til 15.12.2003, og ferdigstillelse av det øvrige til 01.04.2004. Retten kommer nærmere tilbake til dette nedenfor.

Den 08.04.2003 utarbeidet rektor ved Sande skole et notat (“rektors notat”) som ble sendt til kommunens arkitektfirma, Arki Arkitektar AS (“Arki”). Notatet ble senere samme måned sendt til kommunen ved Trond Hegrestad, som var kommunens saksbehandler i denne saken. Retten finner å gjengi notatene i sin helhet.

”NOTAT – PÅBYGG AV GARDEROBEBYGG, SANDE SKULE.

Er gjort kjent med at ein av dei som har levert inn pris for påbygg Sande skule kan vere ferdig med prosjektet 15. desember 2003. Rektor og vaktmeister ser på det som svært postttvt om ein kan vere ferdig med prosjektet i desember 2003.

Det slår posttvt ut på fleire måtar;

- det gamle garderobeanlegget er defekt
- økonomisk
- helsemessig
- oppfølging av L-97-læreplanen for grunnskulen
- timeplanteknisk
- kortare handlegging av uteområdet

Grunn: **DET GAMLE GARDEROBEANLEGGET -LEKKASJE/
DEFEKT UTSTYR.**

Eksisterande garderobeanlegg er i svært dårleg forfatning

- lekkasje frå slukar ned i underetasjen.
Kostnaden ved reoperasjon store- meisle opp slukar/nye flisar m.m. Det er begrensa kor lang tid ein kan levemed dagens situasjon.
- Dusj-batteria på 4-5 av i alt 8 dusjar i herregarderoben er ute av funksjon. Det seier seg sjølv at det er vanskeleg å klare seg med berre 3 dusjar.

Kostnaden ville bli svært stor om ein må ta utgiftene med denne utbetringa.

Grunna lovnad på ny garderobe, har ein ikkje reparert desse feila.

Vt veit ikkje kor lenge vt kan leve med situasjonen. Jo før nytt anlegg er ferdig, jo betre er det.

Reumatikar-bading.

A) Inntekter.

Ein kan ta til med reumatiker-bading langt tidlegare enn tidlegare. Skulen budsjetterer med et inntekt på kr. 5000,- pr. månad.

B) Færre fráværtdagar/betre livskvalitet.

For gruppa som deltek på symjing kvar onsdag, ca. 60 personar, er bade-øktene heilt avgjerande. Færre

fråversdagar, betre livskvalitet. Kva dette utgjere i kroner og øre er vanskeleg å talfeste. **Samfunnsøkonomisk snakkar vi her om tusenvis av kroner.**

Symjetimar til skulane.

Ein kortar ned bolken det 3 skulane ikkje får symjeundervisning skuleåret 2003/2004.

Rom til kroppsøving.

Sande skule har ein gymnastikksal og ein symjehall, d.v.s. rom der ein kan ha kroppsøving. Det seler seg sjølv at ein får vanskar med å gjennomføre kroppsøvnings-ttmane ved skulen med berre ettt rom tilgjengeleg.

Anleggstrafikk.

Kortare byggeaktivitet medfører at ein reduserer bolken med anleggsarbeid på skuleområdet monaleg. Dette ser vi på som svært positivt."

Arki ga den 11.04.2003 innstilling til kommunen ved Trond Hegrestad. Rektors notat var vedlagt innstillingen. Fra innstillingen gjengis følgende:

" Etter kontrollgjennomgang inklustve kontroll med omsyn til manglande postar, korreksjon for indekstillegg og adminstrasjon blir det evaluerte tilboda som følger: (avvik frå protokoll i partentes):

1.	Harald Kapstad AS:	3.113.065	(+188.034)
2.	Åsen&Øvrelid AS:	3.126.183	(+110.998)
3.	O. Drage AS:	3.131.168	(+ 60.503)
4.	Naustdal Bygg AS:	3.264.118	(+105.254)
5.	Etkeland Bygg AS:	3.283.375	(+133.810)
6.	NCC Bygg AS:	3.358.168	(+197.542)"

Retten bemerker at partene er enlge om at Harald Kapstads anbudssum her er angitt kr 25.000 for høyt som følge av at det uriktig var benyttet 4

% påslag, i stedet for 3 % påslag ved tiltransport av tekniske entrepriser.

Det fremgår videre av Arkis innstilling til kommunen at:

"Det ulike tilbyderane har i tillegg til sjøve tilbudssummen ulike krav med omsyn til prisregulering og andre økonomiske faktorar t.d. påslag for administrasjon av sideentreprenørane.

Alle tilbyderane, med unntak av O.Drage AS har som føresetnad at tilbodet skal indeksregulerast. O.Drage AS tilbyr fast pris utan indeksregulering.

Alle tilbyderane med unntak av Åsen & Øvrelid AS har basert sine tilbod på byggherrens terminplan – dvs. ferdigstilling 01.04.04.

Åsen & Øvrelid AS tilbyr heile prosjektet ferdig til 15.12.03, dvs. vesentleg kortare byggetid enn dei øvrige.

Kortare byggetid vil gje reduksjon i indekstillegget og i tillegg vil kapitalkostnaden i byggeperioden bli redusert samanlikna med ei lengre byggetid.

For samanlikning mellom tilboda vil tilbodet frå Åsen & Øvrelid AS få ein priskorreksjon for indeksregulering som er tilsvarande lågare enn for det øvrige tilbod som skal indeksregulerast. Effekt av mindre kapitalkostnad er då ikkje inkludert.

Andre forhold som inngår i vurderinga er utslaget av ulik påslagsprosent for administrasjon. Når det gjeld ulike prisar for evt. rekningsarbeid vil det berre verte marginale utslag då omfang av rekningsarbeid er relativt beskjedent.

Ut i frå kriteria opplista ovanfor er tilboda frå Kapstad AS, Åsen & Øvrelid AS og O. Drage AS økonomisk sett relativt likeverdige, jfr. evalueringsskjema.

Dersom fordelene for skuledrifta med kort byggetid i kombinasjon med redusert kapitalkostnad i byggeperioden vert vurdert å vere vesentleg bør Kommunen vurdere å tildele kontrakta til Åsen& Øvrelid AS.

Dersom kort byggetid er av mindre betydning kan tilbudet frå Kapstad AS vere eit aktuelt alternativ.”

Den 12. mai foretok økonomisjefen i kommunen en beregning av byggelånsrente. Økonomisjefen beregnet at kommunen kunne spare kr. 85. 333 i byggelånsrente ved å få hele prosjektet ferdigstilt innen 15.12.2003.

Den 19. mai sendte saksøkeren et brev til Gaular kommune v/Trond Hegrestad hvor saksøkeren angir at det skal gjøres fradrag i anbudet for prisregulering med ca. kr. 8000 og fradrag for takteking med ca. kr. 17 000. Saksøkeren gjorde videre oppmerksom på at det er forskrift om offentlig anskaffelse som kommer til anvendelse og ikke NS 3400 slik angitt i anbudsinnbydelsen, og at det må komme frem i konkurransegrunnlaget at alternativ byggetid inngår i anbudskonkurransen. Brevet fra saksøkeren gjennomgått i e-post fra byggeleder Wilhelm Andenæs til Trond Hegrestad i Gaular kommune. Andenæs konkluderte med at *”eg fann ikkje viktige argument for å endre ei innstilling”*.

På grunnlag av en totalvurdering innstilte teknisk sjef i kommunen på at kommunen skulle inngå kontraktsforhandlinger med Åsen & Øvrelid. I saksutredningen fremgår det at :

” Alle tilbydarane, med unntak av O.Drage as, har som føresetnad at tilbudet skal indeksregulerast. O.Drage as tilbyr fast pris utan indeksregulering. Alle anbydarar, med unntak av Åsen & Øvrelid as, har basert sine tilbod på byggherren sin tidsplan, d.v.s. ferdigstilling av byggearbeida til 01.04.2004.

Åsen og Øvrelid as tilbyr heile prosjektet ferdig til 15.12.2003.

Anbodsdocumentet åpnar for alternativ ferdigstilling av byggearbeida og ferdigstillingsdato er eit konkurransemoment som vert å vurdere i samband med ”best anbod” – prinsippet. Dette er det åpna for i anbodsdocumentet, jfr. pkt. 0.2 byggetid/framdrift og pkt. 0.6 anbuds vilkår. Ein syner elles til lov og forskrifter om offentlig anskaffelser

§ 10-2, der det heiter at ein har rett å velge det anbod som for kommunen vil vere det økonomisk beste anbodet.

Kortare byggetid vil gje reduksjon i indekstillegget og eventuelt vil kapitalkostnaden i byggeperioden verte redusert sammenlikna med ei lengre byggetid. Kommunen har ikkje nytta eigne byggelån for byggeprosjekta, men oppstilling datert 12.05.2003 frå økonomisjef syner at ein vil spare inn kr. 85 333, - i kapitalkostnader.

Arki arkitektar as har i skriv datert 11.04.2003 konkludert med at anboda frå Harald Kapstad as, Åsen & Øvrelid as og O. Drage as er økonomisk sett relativt likeverdige. Dei har vidare konkludert med at dersom fordelene for skuledrifta med kort byggetid i kombinasjon med redusert kapitalkostnad i byggeperioden vert vurdert å vere vesentleg, bør kommunen vurdere å tildele kontrakta til Åsen & Øvrelid as. Arkitektfirmaet nemner vidare i sttt skriv at dersom kort byggetid er av mindre betydning, kan tilbodet frå Harald Kapstad as vere eit aktuelt alternativ.

Sande skule v/ rektor har i notat datert 08.04.2003 kome med merknader vedkommande ferdigstilling av bygget til 15. desember 2003. Dei ser svært positivt på at ein kan vere ferdig med byggeprosjektet til denne datoen. Dette er grunna ut frå at gamle garderobeanlegget er defekt, økonomiske og helsemessige fordelar, samt oppfølging av læreplan og kortere handlegging av uteområde.

Konkret vert det nemnd i skrivet at skulen budsjetterte med ei inntekt på kr. 5.000,- pr. mnd. i reumatikarbading. I skrivet fra skulen vert det vidare nemnd at dette vil gje ei inntekt på kr. 15.000, - dersom skulen står ferdig til 15.12.2003.

Svømmeanlegget skal imidlertid stå klart til 15. desember 2003, slik at dette ikkje skal ha noko innverknad på inntektene til kommunen.

Byggeletar har gjeve melding om at hans honorar vert redusert med kr. 20 000,- dersom ferdigstillinga av byggeprosjektet vert 15.12.2003.

Teknisk sjef tilrår ut frå totalvurdering at det vert å inngå kontraktsforhandlinger med Åsen & Øvrelid AS.”

Saken ble så behandlet i byggenemnda den 21. mai. I møte gjorde nemndsmedlem Magne Vivelid framlegg om at kommunen skulle inngå kontraktsforhandlinger med saksøkeren. Ved avstemningen fikk innstillingen fra teknisk sjef 2 stemmer, og Vivelids framlegg fikk 1 stemme.

Kommunen inngikk deretter den 28. mai kontrakt med Åsen & Øvrelid om utføring av den bygningsmessige hovedentreprisen. De øvrige anbyderne ble orientert om dette ved brev av 2. juni.

Harald Kapstad brakte saken inn for klagenemnda for offentlig anskaffelser ("KOFA"). KOFA konkluderte i sin avgjørelse av 8. september 2003 med at :

" Innklagede har brutt regelverket for offentlige anskaffelser ved ikke å kunngjøre konkurransen i Norsk Lysingsblad elektroniske database.

Innklagede har brutt forskriften § 17-2 ved å ikke angi klare og entydige tildelingskriterier.

Hva gjelder brudd på Forskriftens § 17-2 gjengis følgende fra KOFAs begrunnelse:

" I foreliggende sak opplyste konkurransegrunnlagets pkt. 0.6 at byggherren ved valg av anbud ville "legge vekt på så vel pris, forventet kvalitet, kompetanse og kapasitet (best anbud-prinstippet)". Det fremgikk verken av noen kunngjøring eller av konkurransegrunnlagt pkt. 0.6 at leveringstid var et kriterium oppdragsgiver ville legge vekt på. Det var da ikke tillatt å legge vekt på dette ved valg av tilbud. Det var heller ikke tillatt å vektlegge eventuelle besparelser ved kortere byggetid, så lenge dette ikke var opplyst på forhånd. Det kan ikke være tilstrekkelig at konkurransegrunnlaget åpnet for at leverandørene selv kunne foreslå en alternativt byggetid, jf. konkurransegrunnlaget pkt. 0.2 når det ikke var

reflektert i pkt. 0.6 at det ville bli lagt vekt på dette ved valg av tilbud. Heller ikke henvisningen til NS 3400 og best anbud-prinsippet kan anses å tilfredstille lovens krav til tilstrekkelig klargjøring av tildelingskriteriene.

Når det gjelder spørsmålet om erstatning, uttalte KOFAs at:

"Det er etter klagenemndas oppfatning begått alvorlige feil på grunnleggende regler. Det er et overordnet prinsipp at man ikke kan vektlegge andre kriterier ved valg av leverandør enn det som er opplyst på forhånd.

Den fremlagte dokumentasjonen i saken, herunder rådgivers innstilling til innklagede, gir inntrykk av at klager ville blitt valgt dersom det ikke var blitt lagt vekt på leveringstid. Dette innebærer at vilkårene for erstatning for den positive kontraktsinteresse kan være oppfylt."

Saksøkeren fremmet etter dette erstatningskrav for den positive kontraktsinteressen med et beløp stort kr. 426.167. Kommunen bestred at det var grunnlag for erstatningsansvar, og det oppstod tvist mellom partene.

Harald Kapstad ved advokatfirmaet Folkman & Co ved advokatfullmektig Bjarte Buanes brakte saken inn for Sunnfjord tingrett ved stevning av 11. november 2003. Gaular kommune ved Kluge Advokatfirma DA ved advokat Grethe Gullhaug innga rettidig tilsvaer. Etter endt saksforberedelse ble det avholdt hovedforhandling ved Sunnfjord tingrett i Førde den 3. og 4. juni 2004 slik det nærmere fremgår av rettsboken.

Saksøkeren har sammenfatningsvis anført:

Saksøkeren anfører at det foreligger ansvarsgrunnlag, årsaks-sammenheng og økonomisk tap, slik at vilkårene for erstatningsansvar for kommunen er oppfylt.

Som prinsipielt grunnlag for erstatning, anfører saksøkeren lov om offentlig anskaffelser § 10. Det følger av bestemmelsen at ved brudd på loven eller forskrift gitt i medhold av loven, har saksøkeren krav på

erstatning for det tap han har lidt som følge av bruddet. Normene for anbudsprosedyren fremgår av forskrift om offentlig anskaffelser, og saksøkeren anfører at det foreligger brudd på en rekke saksbehandlingsregler i forskriften som samlet sett etablerer ansvar for kommunen.

På grunnlag av disse saksbehandlingsfeilene anfører saksøkeren som subsidiært ansvarsgrunnlag, brudd på ulovfestede regler om forsvarlig forvaltningspraksis. Dette grunnlaget konsumeres i stor grad av de anbudsrettslige reglene, men saksøkeren ber retten om nødvendig vurdere om det foreligger ansvar på dette grunnlag.

Atter subsidiært anfører saksøkeren skadeerstatningslovens § 2-1 som ansvarsgrunnlag. På grunnlag av kommunens saksbehandlingsfeil, anføres det at saksbehandlingen i denne saken bryter med de krav anbyderne med rimelighet kunne stille til anbudsvirksomheten. Også dette grunnlaget konsumeres i det vesentlige av de anbudsrettslige reglene, men saksøkeren ber retten om nødvendig å vurdere ansvar på dette grunnlag.

Saksøkeren anfører at kommunen for det første har begått en saksbehandlingsfeil ved uriktig å ha anvendt Norsk Standard 3400 (NS 3400). Denne anbudskonkurransen omfattes av lov om offentlig anskaffelser, jf. lovens § 1-1. Alle kommuner har fått tilsendt forskriften, veiledning og følgeskriv, og kommunen hadde således ingen unnskyldningsgrunn for ikke ha brukt rett regelverk. Saksøkeren gjorde for øvrig saksøkte før tildelingen oppmerksom på at kommunen brukte feil regelverk. Dette ble likevel ikke etterfulgt av kommunen. Kommunen har erkjent å ha brukt feil regler, men anført at dette ikke har noen betydning. Dette anføres ikke å være riktig. Det er ikke nødvendigvis så mye motstrid mellom NS 3400 og lov/forskrift om offentlig anskaffelser, men loven/forskriften har et helt annet detaljnivå, og det bestrides at reglene åpner for særlig skjønn. Ved motstrid går loven foran, men NS 3400 gjelder fortsatt supplerende. I denne saken er det punkt 4.1.5 i standarden som er aktuelle som supplement.

Saksøkeren anfører for det andre at utlysingen og kunngjøringen av konkurransen representerer en saksbehandlingsfeil, jf forskriftens § 13-1. Saksøkeren anfører ikke at feilen har virket inn på resultatet, men det er likevel en av flere feil kommunen har begått i prosessen.

Den mest sentrale saksbehandlingsfeilen anføres å være at saksøkte har lagt vekt på et ugyldig utvelgelseskriterium, og at dette også er blitt tillagt avgjørende vekt, jf forskriftens § 17-2. Sagt på en annen måte foreligger det et mangelfullt eller upresist anbudsgrunnlag. Det framgår av forskriftens § 17-2 nr. 2 at dersom tildelingen av kontrakten skjer på grunnlag av det økonomisk mest fordelsaktige tilbud, skal alle kriterier som vil bli lagt til grunn oppgis enten i konkurransegrunnlaget eller i kunngjøringen. Kriteriene skal om mulig angis i prioritert rekkefølge. Saksøkeren anfører at oppfyllestid måtte ha vært angitt konkret i konkurransegrunnlaget eller i kunngjøringen for at dette momentet kunne tillegges vekt av saksøkte ved valg av anbyder. Oppfyllestid er ikke angitt i konkurransegrunnlaget eller i kunngjøringen. Saksøkeren bestrider videre at begrepet beste anbudsprinsipp eller begrepet kapasitet i anbudsgrunnlaget punkt 06, gir kommunen grunnlag for å vektlegge oppfyllestiden. Saksøkeren mener at begrepet kapasitet betyr bemanning. Bemanning sier noe om muligheten for å utføre tilleggsarbeid og muligheten for å framskynde prosjektet dersom byggherren ønsker det etter at kontrakten er tildelt. Begrepet kapasitet omfatter derimot ikke byggetid/oppfyllestid.

Saksøkeren anfører videre med henvisning til praksis fra KOFA og EF-domstolen at tildelingskriteriene skal være formulert slik at det er mulig for alle rimelige opplyste og normalt påpasselige leverandører å tolke tildelingskriteriene på samme måte. Parts og vitneforklaringene taler imidlertid for at tildelingskriteriene ikke er formulert på en slik måte i denne saken da disse har tolket tildelingskriteriene på ulik måte.

Saksøkeren anfører videre at det må tillegges vekt at KOFA i den foreliggende saken har konkludert med at saksøkte har begått saksbehandlingsfeil, og at det synes tilrettelagt for erstatning av den positive kontraktsinteresse. Saksøkeren viser til at KOFA har stor tyngde,

det er videre gode resonneringer av høyt kvalifiserte fagfolk og avgjørelsene bygger på en betryggende prosess.

Saksøkeren anfører som ytterligere saksbehandlingsfeil, at det følger av forskriftens § 16-1 tolket antitetisk, at det ikke er tillatt å innhente opplysninger som kun styrker en anbyder på bekostning av de øvrige uten at de har mulighet for å komme innsigelser. Rektors notat anføres ut fra dette å være et brudd på prinsippet om likebehandling, og økonomisjefens notat anføres å være i faresonen.

Saksøkeren anfører videre at saksøkte har begått feil ved kunngjøring av hvilken anbyder som var valgt, jfr. forskriftens § 17-3 hvor det fremgår at oppdragsgivers beslutning om hvem som tildeles kontrakt, skriftlig skal meddeles i rimelig tid før kontrakten inngås. I denne saken inngikk imidlertid kommunen kontrakt med Åsen & Øvrelid den 28. mai, mens skriftlig kunngjøring til anbyderne først ble gitt 2. juni. Det at saksøkeren muntlig ble gjort kjent med at Åsen & Øvrelid ville bli foretrukket, anføres ikke å være en tilstrekkelig meddelelse etter forskriften. Det foreligger således et klart brudd på forskriftens § 17-3.

Saksøkeren anfører endelig som saksbehandlingsfeil at saksøkte benyttet feil påslagsprosent, noe som medførte at saksøkerens anbudssum ble satt kr 25.000 for høyt.

Saksøkeren anfører videre at det foreligger klar sannsynlighetsovervekt for årsakssammenheng mellom kommunens ansvarsbetingende feil og det tap saksøkeren har lidt.

Saksøkeren viser for det første til at saksøkte har vektlagt oppfyllelsestid uten at det var anledning til å vektlegge dette. Saksøkeren hadde det beste anbudet om det ses vekk fra oppfyllelsestiden, og det fremgår av innstillingen fra Arki at dersom byggetiden var av mindre betydning, vil saksøkerens anbud være et aktuelt alternativ.

Saksøkeren anfører videre at rektors notat har hatt innvirkning da det i notatet trekkes fram forhold av stor praktisk betydning ved tidlig ferdigstillelse.

Videre anføres det at feil påslagsprosent som i beløp utgjør kr. 25.000, sannsynligvis har virket inn ved valg av anbyder. Riktig prisdifferanse mellom saksøkerens anbud og Åsen & Øvrelids anbud er kr. 38 000. Dette er tre ganger så mye som differansen på kr. 13 000 som saksøkte la til grunn. Med riktig påslag ville anbudene mest sannsynlig ikke blitt omtalt som økonomisk likeverdige.

Det anføres endelig at lovlig kunngjøring hadde tilrettelagt for å avverge valg av feil anbyder.

Sammenfatningsvis anfører saksøkeren at det er ført bevis for en rekke saksbehandlingsfeil som har ledet til at saksøkeren feilaktig ble forbigått i anbudskonkurransen. Dersom saksøkte ikke hadde begått disse feilene, ville saksøkeren med høy grad av sannsynlighet blitt tildelt oppdraget. Kravet til årsakssammenheng anføres dermed å være oppfylt.

Saksøkeren anfører videre at det er grunnlag for å kreve den positive kontraktsinteresse erstattet i denne saken. Det vises til at saksøkte har begått vesentlige feil og at det foreligger klar sannsynlighetsovervekt for årsakssammenheng, jf Nucleus-dommen.

Det anføres endelig at tapets størrelse synes klart. Saksøkeren har ved beregningen av tapet tatt utgangspunkt i at gjennomsnittlig fortjeneste på prosjekter i 2002 og 2003 var 21%. For å være trygg på ikke å kreve et for høyt beløp, har saksøkeren ved erstatningsberegningen lagt til grunn en fortjenestemargin på 15%.

For det tilfellet at retten kommer til at vilkårene for å tilkjenne erstatning for den positive kontraktsinteressen ikke er oppfylt, kreves subsidiært den negative kontraktsinteressen erstattet.

Saksøkeren nedla slik endret påstand:

1. Prinsipalt:

Gaular kommune dømmes til å betale Harald Kapstad AS beløp oppad begrenset til kr. 426.167,- for dennes positive kontraktsinteresse, innen 14 dager fra domsavsigelse.

2. Subsidiært:

Gaular kommune dømmes til å betale Harald Kapstad AS kr 30.814,- for dennes negative kontraktsinteresse, innen 14 dager fra domsavsigelse.

3. I alle tilfelle:

Gaular kommune dømmes til å betale Harald Kapstad AS sakens omkostninger, innen 14 dager, med tillegg av lovens gjeldende rente fra dom til betaling skjer.

Saksøkte har sammenfatningsvis anført

Saksøkte anfører at det ikke er grunnlag for erstatningsansvar for kommunen i denne saken. Saksøkte anfører at anbudskonkurransen er gjennomført på en forsvarlig måte og at anbyderne er behandlet likt. Videre har kommunen ved tildelingen av kontrakten ikke vektlagt andre forhold enn de som var beskrevet i konkurransegrunnlaget.

Saksøker erkjenner at manglende utlysning i DOFFIN utgjør en feil. Dette har imidlertid ikke hatt betydning for saksøkerens deltagelse i anbudskonkurransen, og dermed heller ikke betydning for erstatningsspørsmålet.

Saksøkte erkjenner videre at det var feil å henvise til NS 3400. Det avgjørende er imidlertid om det anbudsgrunnlaget som ble brukt, er i samsvar med loven. Saksøktes oppfatning er at konkurransegrunnlaget som ble benyttet er i samsvar med lov om offentlig anskaffelser med tilhørende forskriftsverk. Dermed anføres heller ikke feil lovhenvvisning å ha hatt noen betydning.

Når det gjelder rektors notat, anføres det ikke å være holdepunkter for at notatet ble innhentet av kommunen til bruk i kommunens saksbehandling. Rektor ringte og engasjerte seg i saken. Notatet ble heller ikke avgjørende i valget av anbyder. Arki arkitekter har ikke vektlagt notatet i sin innstilling, og i kommunens innstilling tilbakevises opplysninger som framkommer i notatet.

Det er heller ikke grunnlag for kritikk mot økonomisjefens notat. Det er ikke holdepunkter for at notatet er feil, og utarbeidelsen av notatet måtte skje etter at anbudene var kommet inn.

Kommunen har ikke overholdt reglene for hvordan tildeling av oppdraget skal kunngjøres, men saksøkeren var i kontakt med kommunen, slik at heller ikke dette anføres å ha hatt betydning.

Saksøkte anfører at det ut fra ovennevnte ikke er noe som indikerer uforsvarlig saksbehandling fra kommunens side.

Saksøkte anfører videre at kommunen ved tildelingen ikke vektla andre forhold enn de som var omhandlet og beskrevet i konkurransegrunnlaget, og som deltakerne i anbudskonkurransen forstod eller burde forstått at ville bli vektlagt. Med hensyn til hvor tydelige krav det skal stilles til konkurransegrunnlag, følger det av lovens § 5 tredje ledd at oppdragsgiver skal sikre at hensynet til forutberegnelighet, gjennomsiktighet og etterprøvbarehet ivaretas gjennom anskaffelsesprosessen. Lovens norm utfylles i forskriften. Forskriftens § 17-2 nr. 2 gir i siste setning eksempler på konkurransekriterier. Bestemmelsene sier imidlertid ikke hvordan kriteriene skal utformes eller hvor i anbudet kriteriene skal stå. Det er videre ikke noen krav om at prioriteringen av kriteriene skal angis. Det er kun et krav om at kriteriene om mulig angis i prioritert rekkefølge.

Det anføres således at det ut fra loven og forskriften ikke kan trekkes klare regler for hvordan konkurransekriteriene skal angis. I EF-domstolens dom i saken SIAC Construction angis at tildelingskriteriene

skal være formulert slik at det er mulig for alle rimelige opplyste og normalt påpasselige leverandører å tolke tildelingskriteriene på samme måte. I formuleringen normalt påpasselige ligger en viss aktivitetplikt med hensyn til hvordan konkurransegrunnlaget er å forstå.

Teksten i det foreliggende anbudsgrunnlaget må leses i sammenheng. Anbudsgrunnlagets punkt 02 og 06 utfyller hverandre, og begge punktene er en del av konkurransegrunnlaget. I punkt 06 er best anbud-prinsippet angitt. Dette viser til en helhetsvurdering, og tilsvarer det som ligger i begrepet det mest økonomisk fordelaktige tilbud. Best anbud-prinsippet er imidlertid noe uklart i seg selv, og må derfor utdypes med kriterier. Kriteriet pris omfatter ikke bare anbudssummen. Kriteriet pris gir innbyderen også anledning til å foreta en nærmere vurdering av hvordan anbudene økonomisk er bygd opp.

Når det gjelder begrepet "kapasitet", framgår det ikke av KOFAs avgjørelse hva de legger i dette begrepet. De tolker imidlertid ikke begrepet å omfatte leveringstid, og det er naturlig å tro at KOFA har tolket begrepet som evne til å utføre oppdraget – evne til å sette inn tilstrekkelig mannskap til å utføre oppdraget. Punkt 02 i anbudsgrunnlaget spør imidlertid ikke om disse forholdene. Der spørres det om anbyderen vil følge byggherrens timeplan eller egen tidsplan. Det som kan vektlegges etter punkt 06 korresponderer med de momentene som framgår av punkt 02. Det anføres videre å være feil å knytte begrepet kapasitet opp mot den tiden byggherren har satt, når anbyderen selv kan inngi alternativ byggetid.

I begrepet kapasitet anføres således å ligge mer enn evne til å gjennomføre enn et arbeid. I begrepet ligger også evnen til å gjennomføre et arbeid til en gitt tid, og begrepet knytter seg således direkte til et tidsmoment.

Saksøkte anfører videre at det ikke er troverdig at saksøkeren ikke skal ha forstått at anbudsgrunnlaget inneholdt tid som en konkurransefaktor. Saksøkte viser til at saksøkeren har lang erfaring, er en flink

forretningsmann, har brukt tilsvarende konkurransegrunnlag tidligere og at han reflekterte over at det var satt en så lang oppfyllelsestid.

Det anføres etter dette oppsummeringsvis at saksøkte hadde adgang til å vektlegge byggetid, og at saksøkeren forstod eller burde ha forstått at tid var et moment i konkurransegrunnlaget. Det anføres videre ikke å være holdepunkter for at tidsfaktoren har blitt tillagt for stor vekt. Dette begrunnes med at prisdifferansen mellom saksøkerens og Åsen&Øvrelids tilbud er liten (1,3%).

For det tilfellet at saksøkte ikke skulle ha adgang til å vektlegge tidsmomentet, anføres det subsidiært at saksøkeren ikke hadde rettskrav på å få kontrakten med kommunen. Når prisforskjellen er lav, anføres det at kommunen må ha et visst rom for saklig skjønn. I den forbindelse anfører saksøkte at KOFAs avgjørelse i sak nr. 2003/145 er feil, og denne avgjørelsen er i strid med KOFAs avgjørelse i sak 2003/88 hvor mer skjønnsutøvelse ble godtatt.

I forhold til KOFAs avgjørelse i denne saken, anfører saksøkte at retten må ta selvstendig stilling til saken. Etter saksøktes oppfatning bygger KOFA - avgjørelsen på svakt faktum og en tynn begrunnelse. I gjengivelsen av faktum i avgjørelsen er det videre tatt ut et avsnitt fra kommunens møtebok som saksøkte mener er viktig.

Det anføres etter dette ikke å foreligge brudd på loven eller forskriften, og at det dermed heller ikke foreligger ansvarsgrunnlag.

Kommunen anfører videre at det ikke foreligger årsakssammenheng.

Ved erstatning for positiv kontraktsinteresse, gjelder et skjerpet beviskrav for årsakssammenheng, jfr. Nucleus-dommen. Ved erstatning for negativ kontraktsinteresse, gjelder det alminnelige beviskravet.

Prisforskjellen i saksøkerens tilbud og Åsen & Øvrelids tilbud er så lav, og vesentlig lavere enn i Nucleus-dommen, slik at dette anføres å utelukke årsakssammenheng.

Dersom retten kommer til at det foreligger erstatningsplikt for saksøkte, anfører saksøkte at det ikke er grunnlag for annet enn erstatning for den negative kontraktsinteressen. For å kunne kreve erstattet den positive kontraktsinteressen, må saksøkte begått vesentlige feil, jfr. Nucleus-dommen. Saksøkte bestrider å ha begått vesentlig feil, og viser til at dersom retten kommer til at begrepet kapasitet ikke omfatter tid, er begrepet i alle fall av en del i bransjen oppfattet å omfatte tid, og kommunen har oppfattet det på samme måte.

Når det gjelder utmålingen av saksøkerens negative kontraktsinteresse, er saksøkerens krav ikke godt nok dokumentert. Retten må foreta et skjønn, og beløpet må settes under kr 30 000.

For det tilfellet at retten kommer til at det er grunnlag for å utmåle erstatning for den positive kontraktsinteressen, anfører saksøkte at det ikke er grunnlag for å sette fortjenestetapet til 15% slik saksøkeren har gjort ut fra en gjennomsnittlig fortjeneste på prosjekter på 21%. Saksøkte anfører i den forbindelse for det første at det ikke ut fra rettspraksis er grunnlag for å kreve erstatning basert på et dekningsbidrag på 15%. For det andre forklarte saksøkeren at han hadde to prosjekt i slutfasen, og at han var avhengig av dette prosjektet for å unngå permitteringer. Saksøkeren forklarte også at han kuttet i riggposten for å få oppdraget. Saksøkte anfører således at det ikke er sannsynliggjort at saksøkeren ville hatt fortjeneste på dette prosjektet ut fra de spesielle omstendigheter der saksøkeren var opptatt av å hindre permitteringer.

Saksøkte nedla slik påstand:

1. Gaular kommune frifinnes.
2. Harald Kapstad AS dømmes til å betale sakens omkostninger med tillegg av forsinkelsesrente – for tiden 8,75 % - fra 14 dager etter forfall og frem til betaling skjer.

Rettenns bemerkninger:

Spørsmålet om kommunen har begått saksbehandlingsfeil

Anbudskonkurransen i den foreliggende saken reguleres av lov om offentlig anskaffelser, jf lovens §§ 2 og 3. Det er videre med hjemmel i loven gitt forskrift om offentlig anskaffelser. Også forskriften kommer til anvendelse i denne saken, jf §§ 1-1 og 1-3. Kontrakten i denne saken ligger under terskelverdiene for bygge- og anleggsprosjekter, slik at det er forskriftens del III som kommer til anvendelse, jf forskriftens § 2-2. Partene er for øvrig enige om disse rettslige utgangspunktene.

Det følger videre av lovens § 10 at:

"Ved brudd på denne lov eller forskrifter gitt i medhold av loven, har saksøker krav på erstatning for det tap han har lidt som følge av bruddet."

Med dette som utgangspunkt drøfter retten om saksøkte i anbudskonkurransen har brutt lov om offentlige anskaffelser eller forskrifter gitt i medhold av loven.

I henhold til forskriftens § 13-1 pliktet saksøkte å kunngjøre anskaffelsen i Norsk Lysningsblads elektroniske database "DOFFIN". Saksøkte har ikke kunngjort anskaffelsen på denne måten, og saksøktes manglende kunngjøring i "DOFFIN"-basen innebærer således et brudd på forskriftens § 13-1. Dette er for øvrig erkjent fra saksøktes side. Saksøkeren ble imidlertid likevel kjent med anbudskonkurransen og deltok i denne. Det er også fra saksøkerens side erkjent at dette bruddet på forskriften ikke har fått konsekvenser for saksøkeren. Retten går derfor ikke nærmere inn på denne saksbehandlingsfeilen.

Det følger videre av forskriftens § 17-3 at oppdragsgivers beslutning om hvem som skal tildeles kontrakten, skriftlig skal meddeles samtidig til alle deltakerne i rimelig tid før kontrakt inngås. I denne saken ble anbyderne meddelt at kommunen den 28. mai 2003 hadde inngått kontrakt med Åsen & Øvrelid ved brev fra Arki datert 2. juni samme år.

Saksøkeren fikk således først skriftlig meddelelse etter at kontrakten var inngått, noe som innebærer et brudd på forskriftens § 17-3.

Videre ble det ved evalueringen av saksøkerens anbud benyttet 4 % påslag for tiltransport av tekniske entrepriser. Riktig påslag er imidlertid 3 %. Dette medførte at påslaget beløpsmessig ble satt kr. 25.000 for høyt, og dermed også at saksøkerens anbudssummen etter evalueringen ble satt kr. 25.000 for høyt. Dette er for øvrig erkjent fra kommunens side. Retten kommer nærmere tilbake til betydningen av dette nedenfor.

I konkurransegrunnlaget er NS 3400 angitt å gjelde som generelle anbuds- og kontraktsvilkår med de supplement som følger av anbudsdokumentets punkt 06. Denne anbudskonkurransen reguleres imidlertid, slik det er redegjort for ovenfor, av lov og forskrift om offentlig anskaffelser. Det var således uriktig å angi NS 3400 som generelle anbuds- og kontraktsvilkår. Dette er for øvrig erkjent fra saksøktens side. Retten går imidlertid ikke nærmere inn på dette da det avgjørende i denne sammenheng anses å være om konkurransegrunnlaget er i samsvar med lov og forskrift om offentlig anskaffelser, og om det er anvendt i samsvar med disse reglene. Dette leder over til det som er ett av hovedspørsmålene i saken, nemlig om saksøkte i henhold til anbudsdokumentet kunne vektlegge oppfyllestid/byggetid ved valg av anbyder.

Det følger av forskriftens § 17-2 nr. 1 at tildelingen av anbud " skal skje enten på basis av hvilket tilbud som er det mest økonomisk fordelaktige, eller utelukkende ut fra hvilket tilbud som har den laveste prisen."

I anbudsdokumentets punkt 06 er det angitt at:

"Ved val av anbud vil byggherren legge vekt på så vel pris, forventet kvalitet, kompetanse og kapasitet (best anbud-prinsippet)."

Dette må da forstås slik at tildelingen skal skje på basis av hvilket tilbud som er "det mest økonomisk fordelaktige", jf forskriftens § 17-2 nr. 1.

Dersom oppdragsgiver velger å tildele kontrakten basert på en vurdering av hvilket tilbud som er det økonomisk mest fordelaktige, følger det av forskriftens § 17-2 nr. 2 at *"dersom tildelingen av kontrakten skjer på grunnlag av det økonomisk mest fordelaktige tilbud, skal alle kriterier som vil bli lagt til grunn oppgis enten i konkurransegrunnlaget eller i kunngjøringen. Kriteriene skal om mulig angis i prioritert rekkefølge. Det kan benyttes slike kriterier som pris, kvalitet, teknisk verdi, estetiske og funksjonsmessige egenskaper, service og teknisk bistand, oppfyllelsestid mv."*

Oppdragsgiver plikter altså enten i konkurransegrunnlaget eller i kunngjøringen å angi "alle kriterier" som vil bli lagt vekt på når oppdragsgiveren skal komme fram til det økonomisk mest fordelaktige tilbud. Det er videre ikke tillatt å vektlegge kriterier som ikke er oppgitt enten i konkurransegrunnlaget eller i kunngjøringen. Det kan i denne forbindelse vises til "Lov og forskrift om offentlig anskaffelser, kommentarutgave, 2. utgave" av Amdal/Roll-Matthiesen side 629. Retten viser også til Lasse Simonsen, "Prekontraktuelt ansvar" side 690 hvor det uttales at:

"Best-anbudprinsippet innenfor EØS-GPA-systemet kjennetegnes ved to forhold. For det første er målet for prosessen å finne frem til det økonomisk mest fordelaktige anbudet. Her er det økonomiske eller foretningmessige aspektet ved vurderingen blitt særlig klart aksentuert. Dernest skal prosessen være kriteriestyrt. Bare tildelingskriterier som er tilkjennegett på forhånd, kan trekkes inn i vurderingen av hvilket anbud som er det økonomisk mest fordelaktige.

Dermed skiller tildelingsregelen seg i hovedsak fra det tradisjonelle best-anbudprinsippet ved at relevansgrensen er postttvt avgrenset gjennom en tilkjennegtwelse overfor anbyderne".

Det kan ut fra dette konstateres at henvisningen til best anbud – prinsippet i konkurransegrunnlagets 06 ikke i seg selv gir kommunen grunnlag for å vektlegge byggetid.

Neste spørsmål blir da om byggetid/oppfyllelsestid er angitt som tildelingskriterium enten i konkurransegrunnlaget eller i kunngjøringen. Det er ikke anført at dette er angitt i kunngjøringen, slik at det blir spørsmål om byggetid/oppfyllelsestid er angitt som kriterium i konkurransegrunnlaget.

Det kan kort konstateres at oppfyllelsestid eller byggetid ikke positivt er angitt som tildelingskriterium i konkurransegrunnlagets punkt 06. Derimot åpner punkt 02 i konkurransegrunnlaget for at anbyderen kan angi alternativ byggetid. I punkt 02 skal imidlertid anbyderen presentere det anbudet han inngir, mens det er punkt 06 som angir de kriterier byggherren vil legge vekt på valg av anbud. Det at punkt 02 åpner for at anbyderen kan angi alternativ byggetid, kan dermed ikke i seg selv være tilstrekkelig dersom byggetid ikke fremkommer som tildelingskriterium i punkt 06. Dette er også i samsvar med den oppfatning KOFA har lagt til grunn. Retten kommer nærmere tilbake til betydningen av KOFAs avgjørelse nedenfor. Også saksøkte har for retten tatt utgangspunkt i tildelingskriteriene i punkt 06, men fremholdt at disse må ses i sammenheng med punkt 02. Dette leder over til ett av hovedspørsmålene i saken, nemlig om kommunen på grunnlag av tildelingskriteriet "kapasitet" kunne vektlegge oppfyllelsestid/byggetid ved valg av anbyder. Dette blir igjen et spørsmål om hvor klart konkurransekriteriene må formuleres.

Ved vurderingen av dette spørsmålet, viser retten for det første til de grunnleggende kravene som oppstilles i lovens § 5 tredje ledd hvoretter oppdragsgiver skal sikre at hensynet til forutberegnelighet, gjennomsiktighet og etterprøvbarehet ivaretas gjennom anskaffelsesprosessen. Retten viser videre til " Lov og forskrift om offentlig anskaffelser, kommentarutgave, 2. utgave" av Amdal/Roll-Matthiesen side 629 hvor det uttales at:

" Alle tildelingskriteriene skal oppgis enten i konkurransegrunnlaget eller i kunngjøringen. Dette sikrer at hensynet til gjennomsiktighet ivaretas, jf. lov om offentlige anskaffelser § 5 tredje ledd. I lys av dette må det også legges til grunn at tildelingskriteriene må være entydige." Forfatterne viser

videre til EF-domstolens sak C-19/00 og avgjørelse fra KOFA i sak 2003/60.

KOFA uttaler i sak 2003-88 med henvisning til EF-domstolens sak C-19/00 at *"tildelingskriteriene skal være formulert slik at det er mulig for alle rimelig opplyste og normalt påpasselige leverandører å tolke tildelingskriteriene på samme måte, jf. EF-domstolens dom C-19/00 (SIAC Construction)."* Samme rettsoppfatning kommer til uttrykk i KOFAs avgjørelse i sak 2003-60.

Retten tar etter dette utgangspunkt i denne rettslige norm som KOFA på grunnlag praksis fra EF-domstolen har lagt til grunn. Spørsmålet blir da om det var mulig for alle rimelig opplyste og normalt påpasselige leverandører å tolke tildelingskriteriet "kapasitet" slik at byggetid/oppfyllestid ville bli vektlagt av kommunen ved valg av anbyder.

Ut fra en naturlig språklig forståelse av begrepet "kapasitet" må begrepet i alle fall omfatte anbyderens yteevne. Her under er anbyderens bemanning av sentral betydning for anbyderens evne til å utføre et oppdrag. I forlengelsen av dette kan det nok argumenteres for at begrepet kapasitet også omfatter evnen til å utføre et gitt arbeid innen en gitt tid. Videre åpner konkurransegrunnlagets punkt 02 for at anbyderne enten kan velge å følge byggherrens oppsatte tidsplan eller tilby alternativ byggetid, og saksøkte har anført at det er sammenfall mellom byggetid i punkt 02 og begrepet kapasitet i punkt 06. Det er imidlertid i denne forbindelse sentralt å ha for øyet at tildelingskriteriene skal være entydige. Og etter rettens oppfatning er det ikke ut fra en språklig forståelse klart og entydig, heller ikke når punkt 02 og 06 sammenholdes, at begrepet kapasitet omfatter byggetid, enten i form av byggherrens tidsplan eller anbyderens alternative tidsplan.

Hensett til at vurderingstemaet er hvorvidt det var mulig for alle rimelig opplyste og normalt påpasselige leverandører å tolke tildelingskriteriene på samme måte, anser retten det videre å være et sentralt moment i

vurderingen hvordan anbyderne i den aktuelle anbudskonkurransen oppfattet kriteriet "kapasitet".

Harald Kapstad oppfattet ikke at det i anbudsdokumentet fremkommer at byggetid var et kriterium ved valg av anbyder. Han forklarte videre at han anså den byggetiden kommunen hadde angitt for å være romslig, men at han ut fra anbudsdokumentet ikke så noen oppfordring til å angi alternativ byggetid.

Begrepet "kapasitet" forstod Kapstad som bemanning på prosjektet; hvor mange mann entreprenøren kan stille med for å få prosjektet ferdig til oppstilt dato. Ut fra det Kapstad ellers forklarte forstår retten det slik at saksøkeren med "oppstilt dato" mente den datoen byggeren har angitt.

Det fremkom videre i Kapstads forklaring at heller ikke Oddbjørn Aase i Naustdal Bygg AS oppfattet byggetid å være et moment som kommunen ville vektlegge i denne anbudskonkurransen. Retten legger imidlertid ikke særlig selvstendig vekt på hvordan Aase i følge Kapstad skal ha oppfattet dette, da Aase var innkalt som vitne, men ikke ville møte.

Frode Loftheim var i 2003 ansatt i Eikeland Bygg AS og forestod anbudsrekningen på oppdraget for Eikeland Bygg. Loftheim forklarte at han ikke vurderte alternative ferdigstillellesdatoer. Han begrunnet dette med at det her var tale om et skolebygg og at ferdigstillelse til 15.12.03, og 01.04.04 var naturlig da dette ville medføre ferdigstillelse til henholdsvis jule- og påskeferie. Han begrunnet dette også med at det sjelden blir lagt så konkrete føringer med hensyn til byggetid som her.

Retten forstår videre hans forklaring slik at han ikke oppfattet begrepet kapasitet å omfatte ferdigstillelles tidspunkt, men at begrepet omfattet om entreprenøren hadde nok ressurser, herunder mannskap, til å gjennomføre oppdraget.

Retten oppfatter endelig hans forklaring slik at kommunen muligens hadde juridisk grunnlag for å vektlegge byggetid, jf anbudsdokumentets

punkt 02, men at dette ikke fremgikk klart og i tilfelle burde vært klargjort nærmere.

Egil Kristoffer Eikeland i Eikeland Bygg AS oppfattet begrepet kapasitet å gjelde hva entreprenøren har å sette inn av personell på prosjektet – mannskapssituasjon/produksjonskapasitet. Han knyttet videre begrepet til muligheten for å ferdigstille innen den dato som er satt av byggherren. Han oppfattet endelig begrepet å omfatte økonomisk kapasitet i form av evne til garantistillelse. Han oppfattet ikke at oppfyllelsestid var et moment etter dette anbudsdokumentet, og antok at anbyderen med lavest pris ville få oppdraget.

Leif Arne Åsen i Åsen&Øvrelid AS forklarte at han oppfattet alt omhandlet i anbudsdokumentets punkt 02 som konkurransekriterier, og han mente at punkt 02 og 06 i anbudsdokumentet måtte ses i sammenheng. Det fremkom videre i hans forklaring at byggherren må ta utgangspunkt i punkt 06 ved valg av anbyder, men at han mente det ikke var motsetning mellom innholdet i punkt 02 og 06.

I begrepet kapasitet la han evne til å utføre arbeidet innen de angitte tider. I dette anbudsdokumentet var det også mulighet for å angi alternativ tid, og han knyttet dette opp mot begrepet kapasitet. Entreprenøren kunne tilkjennegi kapasitet ved å tilby raskere ferdigstillelse av arbeidet. Kapasitet omfattet også anbyderens kompetanse og utstyr.

Retten merker seg endelig at Åsen også brukte formuleringer som at han ante og at han antok at byggherren ville se en fordel i tidligere ferdigstillelse.

Per Oddvar Kjelstad var ordfører i kommunen på denne tiden. Han hadde ikke avgjørelsesmyndighet i saken, og foretok kun en overfladisk gjennomgang av anbudene. Ut fra hans kjennskap til saken var han svært betenkt med hensyn til innstillingen fra til bygningsnemnda. En av de tingene som bekymret han var om vektleggingen av tidsmomentet var tilstrekkelig underbygd. Retten forstår det videre slik at han oppfattet

begrepet kapasitet å gjelde entreprenørens evne til å utføre arbeidet innen de fristene som er satt, og som i dette anbudsdokumentet var henholdsvis 15.12.03, og 01.04.04.

Sæmund Bjørset er daglig leder i Sæle AS. Det fremgår av anbudsdokumentets punkt 04 at Sæle AS var rådgivende ingeniør angående byggeteknikk, og Bjørset forklarte at Sæle AS prosjekterte ringmuren og fundamentet. Bjørset oppfattet begrepet kapasitet å gjelde entreprenørens ressursinnsats på et prosjekt, noe som har sitt motstykke i fremdriften på prosjektet. Økt ressursinnsats gir økt fremdrift og dermed kortere byggetid.

Hallvard Naustdal er daglig leder i Arki. Det fremkom i Naustdals forklaring at Arki har vært prosjekteringsleder for kommunen de siste fem årene. Naustdal mente at begrepet kapasitet for det første omfattet om et firma er stort nok til å ta på seg oppdraget, og for det andre hvor lang tid det trenger på å utføre oppdraget. Han mente således at byggetid utgjør en naturlig del av kapasitetsbegrepet, og at det var samsvar mellom punkt 02 og 06.

Trond Hegrestad er avdelingsingeniør i Gaular kommune og var kommunens saksbehandler i denne saken. Han mente at anbudsdokumentets punkt 02 listet opp kriteriene, og at begrepet kapasitet i punkt 06 må ses i sammenheng med byggetid/framdrift i punkt 02.

Bevisførselen viser etter rettens oppfatning at vitnene har ulike, og til dels, uklare oppfatninger av hva som ligger i begrepet kapasitet. Uten at det har betydning for rettens resultat, tilføyes det at siden vurderingstemaet er om det er mulig for alle rimelig opplyste og normalt påpasselige leverandører å tolke tildelingskriteriene på samme måte, må det tillegges større vekt hvordan anbyderne oppfattet kriteriet kapasitet, enn hvordan oppdragsgivers (kommunens) representanter og rådgivere oppfattet begrepet.

Det er fra kommunens side anført at det ikke er troverdig at saksøkeren ikke forstod at tidsmomentet var et konkurransekriterium etter anbudsgrunnlaget, og har herunder vist til at han har lang erfaring og har brukt tilsvarende anbudsgrunnlag tidligere hvor tidsmomentet ble vektlagt. Angående sistnevnte sikter kommunen til at det ble foretatt utvidelse og ombygging på Sande skole også i 2001.

I anbudsdokumentet for den entreprisen kunne anbyderne krysse av for byggetid " i samsvar med terminplana" eller " i samsvar med anbudsbrev". Den gangen tilbød alle anbyderne ferdigstillelse i samsvar med kommunens terminplan. I Arkis innstillingen til kommunen fremgår det så at anbyderne var likeverdige med hensyn til byggetid og prisregulering, og Arki anbefalte byggherren å inngå kontraktsforhandlinger med Åsen&Øvrelid som hadde det lavest anbudet. Her kommer det følgelig frem at Arki har tatt byggetid med i vurderingen ved sin innstilling til kommunen. Det sentrale i forhold til saksøktens anførsel må imidlertid være at det ikke fremkommer noe om at anbyderne ble gjort kjent med dette.

Retten viser videre til at Eikeland Bygg deltok i anbudskonkurransen i 2001. Dermed har også Eikeland Bygg brukt det lignende anbudsdokument tidligere. Egil Eikeland og Frode Loftheim fra Eikeland Bygg sine forklaringer i retten støttet imidlertid saksøkerens oppfatning om at byggetid ikke var et moment som kunne vektlegges ved valg av anbyder. Dette taler mot at det ikke er troverdig at Kapstad ikke forstod at byggetid var et moment i anbudskonkurransen 2003.

Retten finner etter dette at det ikke kan legges til grunn at saksøkeren forstod, eller burde ha forstått, at byggetid var et kriterium ved valg av anbyder.

Retten legger derimot vekt på at, så vidt retten kan se, har heller ikke kommunen opprinnelig knyttet vektleggingen av byggetid til konkurransekriteriet "kapasitet". Retten viser for det første til det som uttales i innstillingen fra teknisk sjef til byggenemda:

"Anbudsdokumentet åpner for alternativ ferdigstilling av byggearbeida og ferdigstillingsdato er eit konkurransemoment som vert å vurdere i samband med "best-anbod"-prinsippet. Dette er det åpna for i anbudsdocumentet, jfr. pkt. 0.2 Byggetid/framdrift og pkt. 0.6 Anbudsvilkår. Ein syner elles til Lov og forskrifter om offentlige anskaffelser § 10-2, der det heiter at ein har rett til å velge det anbud som for kommunen vil vere det økonomisk beste anbudet".

Til dette bemerkes for det første at det i denne saken er forskriftens del III og ikke del II som kommer til anvendelse. Riktig lovhenvi­sing er således § 17-2, og ikke den tilsvarende bestemmelsen i § 10-2. For det andre kan ikke retten ut fra begrunnelsen i innstillingen se at vektleggingen av byggetid forankres i noen av tildelingskriteriene punkt 06, heller ikke kriteriet kapasitet. Det ser derimot ut til at vektlegging av byggetid begrunnes i muligheten for å angi alternativ byggetid i punkt 02, sammenholdt med bestaubud-prinsippet/det økonomisk mest fordelaktige anbud.

Dette underbygges av kommunes svarbrev til KOFA datert 27.06.03 hvor det fremgår at *"kriteria for val av anbud er spesifisert i anbudsdocumenta, jfr. side 02 og 03. Alternativ byggetid er eitt heilt klart konkurransekriterie i samband med "best-anbod"-prinsippet. Det er ikkje forutsett noko særskilt byggetid, alternativ byggetid er presisert, jfr. pkt. 02 i anbudsdocumentet."*

Det vises her til at kriteriene for valg av anbud er spesifisert på side 2 og 3 i anbudsdocumentet. Det er punkt 02 som står på side 2 og 3 i anbudsdocumentet, mens tildelingskriteriene i punkt 06 står på side 7 i anbudsdocumentet. Kommunen anses følgelig ikke å ha vist til tildelingskriteriene i punkt 06 i tilsvaret til KOFA.

Retten viser endelig til kommunens avslag på saksøkerens erstatningskrav i brev av 05.11.03:

"Anbudsdokumenta er basert på NS 3400 og utforming av kriterier etter "best-anbod"-prinsippet er presentert på tradisjonell måte i samsvar med praksis i bransjen.

Anbodet (jfr. kap. 02) danner grunnlaget for val av entreprenør og disse punkta må følgeleg danne grunnlag for val av entreprenør. Dette er anbudspris, prisregulering, byggetid/framdrift, tiltransport tekniske entreprisar, rekningsarbeid og underentreprenører og deretter underskrift. I tillegg er det særskilt prestsert i kap. 06 at som generelle anbuds vilkår gjeld NS 3400 med supplement om "best-anbod" - prinsippet som pris, kompetanse, forventet kvalitet og kapasitet.

Gaular kommune har tildelt oppdraget ut får ei totalvurdering og har etter denne samla vurderinga valgt det beste og billegaste anbudet."

Heller ikke dette anses å gi holdepunkter for at vektleggingen av byggetid ble forankret i kriteriet kapasitet i punkt 06.

Retten går da over til KOFAs avgjørelse i denne saken. Retten skal foreta en selvstendig vurdering og er ikke bundet av KOFAs avgjørelse. Retten finner imidlertid at det er grunnlag for å legge en viss vekt på at KOFA har konkludert med at det ikke var tillatt å vektlegge byggetid ved valg av anbyder, og viser i den forbindelse særlig til at klagenemndas medlemmer har særskilt kompetanse på området.

Saksøkte har imidlertid anført at det i KOFAs gjengivelse av sakens bakgrunn er utelatt ett avsnitt fra bygningssjefens innstilling til byggenemnda som etter saksøktes oppfatning er sentralt. Det er følgende avsnitt som er utelatt:

"Konkret vert det nemnd i skrivet at skulen budsjetterte med ei inntekt på kr. 5.000,- pr. mnd i reumatikerbadng. I skrivet frå skulen vert det vidare nemnd at dette vil gje ei inntekt på kr.15.000,- dersom skulen står ferdig til 15.12.2003.

Svømmeanlegget skal imidlertid stå klar til 15. desember 2003, slik at dette ikkje skal ha noko innverknad på inntektene til kommunen."

Det som her tilbakevises er at ferdigstillelse av hele skolen til 15. desember 2003 vil gi økte inntekter fra reumatikerbading. Grunnen til dette er at alle anbyderne tilbød ferdigstillelse av *svømmeanlegget* til 15. desember 2003.

Retten kan dermed ikke se at utelatelse av dette avsnittet kan ha hatt innvirkning på KOFAs vurdering av om kommunen i henhold til konkurransegrunnlaget kunne legge vekt på byggetid ved valg av anbyder.

Oppsummeringsvis viser retten til at saksøkeren og noen vitner har knyttet begrepet kapasitet til byggherrens byggetid, mens andre mener kriteriet også omfatter alternativ byggetid. Det er først dersom kapasitet også omfatter alternativ byggetid at dette blir et konkurransemoment, da det er alternativ byggetid som kan skille anbyderne. Parts- og vitneforklaringene taler imidlertid for at det ikke klart og entydig fremgår av begrepet kapasitet at byggetid ville være et konkurransemoment.

Dette støttes av er det ikke ut fra en språklig forståelse av begrepet kapasitet er klart at kommunen ville vektlegge byggetid ved valg av anbyder. I samme retning taler KOFAs avgjørelse, og det forhold at kommunen opprinnelig ikke begrunnet vektleggingen av kortere byggetid i kriteriet kapasitet.

På grunnlag av dette er retten kommet til at det ikke var mulig for alle rimelig opplyste og normalt påpasselige anbydere å tolke kriteriet kapasitet slik at byggetid ville bli vektlagt som et konkurransemoment ved valg av anbyder. Kommunen hadde dermed ikke anledning til å vektlegge byggetid ved valg av anbyder.

Konklusjonen blir etter dette at kommunen har brutt forskriftens § 17-2 ved å vektlegge et konkurransekriterium ved valg av anbyder som ikke var klart angitt i konkurransegrunnlaget på forhånd.

For det tilfellet at kommunen ikke skulle ha adgang til å vektlegge tidsmomentet, har kommunen subsidiært anført at saksøkeren ikke

hadde rettskrav på å få tildelt kontrakten med kommunen. Kommunen viser til at i denne saken er prisdifferansen kun på 1,3 %, og det anføres da at ved marginale prisdifferanser må kommunen ha et visst rom for saklig skjønn med hensyn til hvilket tilbud som skal velges. Kommunen har særlig vist til at det må kunne legges vekt på den totale økonomien i prosjektet herunder forventede tillegg og endringer, og hvordan disse vil kunne slå ut overfor den enkelte anbyder.

Retten legger imidlertid til grunn at det ikke er en betingelse for erstatning for den positive kontraktsinteressen at anbyderen hadde et rettskrav på å få kontrakten. Retten viser i den forbindelse til Lov og forskrift om offentlige anskaffelser med kommentarer, 2. utgave side 67-68 hvor det uttales at:

"Frem til Høyesteretts avklaring i Nucleus-dommen har det vært hevdet at en tilbyder bare hadde rett til å få erstattet den positive kontraktsinteresse dersom han hadde rettskrav på å få kontrakten. Det klassiske eksempelet var de tilfeller hvor tildelingen av kontrakten utelukkende skulle baseres på laveste pris, og hvor den forbigåtte tilbyder hadde laveste pris, men likevel ikke fikk kontrakten. Det er nå avklart at kravet til årsakssammenheng ikke lenger baseres på rettskravsbetraktninger. I Nucleus-dommen er det fastslått at det er tilstrekkelig at det foreligger klar sannsynlighetsovervekt for at den aktuelle kontrakten skulle gått til saksøker."

Spørsmålet om det foreligger klar sannsynlighetsovervekt for årsakssammenheng kommer retten tilbake til nedenfor.

Saksøkeren anfører endelig som saksbehandlingsfeil, at det følger av forskriftens § 16-1 tolket antitetisk, at det ikke er tillatt å innhente opplysninger som kun styrker en anbyder på bekostning av de øvrige uten at de har mulighet for å komme med innsigelser. Rektors notat anføres ut fra dette å være et brudd på prinsippet om likebehandling, og økonomisjefens notat anføres å være i faresonen. Saksøkeren har imidlertid også anført at det ikke var anledning til å vektlegge besparelser ved kortere byggetid da dette ikke var angitt på forhånd. Det er for

resultatet tilstrekkelig for retten å ta stilling til den siste av disse anførselene.

Retten har ovenfor kommet til at anbudsdokumentet ikke gav grunnlag for å vektlegge byggetid ved valg av anbyder. Det var heller ikke angitt i anbudsdokumentet at kommunen ville vektlegge eventuelle besparelser som følge av kortere byggetid. Dette må da medføre at kommunen heller ikke kunne vektlegge besparelser som følge av kortere byggetid ved valg av anbyder. Dette er for øvrig i samsvar med KOFAs vurdering.

Konklusjonen blir etter dette at det foreligger flere brudd på regelverket for offentlige anskaffelser.

Spørsmålet om saksbehandlingsfeilene er vesentlige

Det er videre et vilkår for erstatning for den positive kontraktsinteressen at det er vesentlige brudd på regelverket. Høyesterett uttaler i Rt. 2001 side 1062 (Nucleus-dommen) at *"det må være eit visst rom for feil ved vurdering av anbod, både med omsyn til det faktiske grunnlaget og med omsyn til forståinga av regelverket, utan at dette gir grunnlag for ansvar for den positive kontraktsinteressa. Etter mitt syn bør utgangspunktet vere at det må være vesentlege feil. I vurderinga av om ein feil er vesentleg, må det takast omsyn både til storleiken på fellen, typen av feil og kor mykje oppdragsgivaren er å leggje til last"*.

Retten legger videre til grunn at flere feil samlet kan anses som vesentlige, jf. Lov og forskrift om offentlige anskaffelser, kommentarutgave, side 65 med videre henvisning til praksis fra KOFA.

Kommunen har anført at dersom retten kommer til at det ikke var anledning til å vektlegge byggetid, har i alle fall en del i bransjen samt kommunen oppfattet det slik at begrepet kapasitet omfatter tidsmomentet. Det blir dermed anført ikke å foreligge vesentlige feil.

Retten bemerker til dette at spørsmålet om det var adgang til å vektlegge byggetid ved valg av anbyder, ikke kan anses begrenset til et spørsmål

om ulik forståelse av konkurransekriteriet kapasitet. Kommunenes svarbrev til KOFA i forbindelse med klagesaken og øvrige skriv fra kommunen slik som redegjort for ovenfor, gir klart inntrykk av at byggetid ble vektlagt på grunnlag av at anbudsdokumentets punkt 02 åpner for å tilby alternativ byggetid, sammenholdt med best-anbudprinsippet i punkt 06. Det fremkommer derimot ikke at vektleggingen av byggetid ble forankret i noen av *tildelingskriteriene* i punkt 06, heller ikke tildelingskriteriet kapasitet. Etter rettens vurdering har dermed kommunen brutt et grunnleggende prinsipp ved å vektlegge byggetid uten grunnlag i de på forhånd angitte tildelingskriteriene i punkt 06.

Ved den helhetsvurderingen som skal foretas, legger retten videre vekt på at kommunen har begått så vidt mange saksbehandlingsfeil, noe som også trekker i retning av at det samlet er tale om vesentlige feil.

I Nucleus-dommen er endelig den utviste skyld særskilt angitt som et moment ved vurderingen av om det er vesentlige feil. Manglende skyld kan helst tenktes dersom kommunen har vært i unnskyldelig uvitenhet eller villfarelse med hensyn til vanskelige faktiske omstendigheter eller vanskelige tolkinger av regelverket. Etter rettens vurdering er det ikke tilfellet i denne saken. Retten viser i denne forbindelse for det første til at kommunen ikke har grepet feil med hensyn til vanskelige faktiske spørsmål. Når det så gjelder kommunens forståelse og anvendelse av regelverket, legger retten til grunn at alle kommuner fikk tilsendt en veileder i 2001. Det videre av betydning i vurderingen at det er med hensyn til sentrale prinsipp kommunen har grepet feil, og at det er tale om flere feil. Retten viser også til at saksøkeren før anbyder ble valgt, gjorde kommunen uttrykkelig oppmerksom på at det var uriktig fortsatt å anvende NS 3400, og at byggetid måtte angis på forhånd som konkurransekriterium for å kunne vektlegges. På denne bakgrunn er det rettens oppfatning at kommunen kan bebreides for saksbehandlingsfeilene.

Oppsummeringsvis finner retten at kommunen har begått flere saksbehandlingsfeil, at en saksbehandlingsfeil innebærer brudd på

grunnleggende prinsipp og at kommunen kan bebreides for feilene. Etter en samlet vurdering av disse momentene finner retten da at det er tale om vesentlige feil.

Årsakssammenheng

Retten legger til grunn at det for erstatning for den positive kontraktsinteressen kreves at det foreligger kvalifisert sannsynlighetsovervekt for at saksøkeren uten saksbehandlingsfeilene ville fått oppdraget, jf RT. 2001 side 1062 (Nucleus-dommen), og for øvrig RG. 2002 side 1132.

Retten viser videre til at det ved tildeling basert på det økonomisk mest fordelaktige tilbud vil *"vurderingen ... da måtte ta utgangspunkt i de tildelingskriterier som er fastsatt for den aktuelle konkurransen.*

Oppdragsgiver har imidlertid et relativt fritt spillerom for sitt skjønn med hensyn til hva som er det økonomisk mest fordelaktig. Det er derfor i utgangspunktet ikke tilstrekkelig å vise til feil knyttet til anvendelsen av ett av de oppstilte tildelingskriterier, dersom den helhetsvurdering som oppdragsgiver har rett til å gjøre likevel ville munnet ut i det samme resultat, selv om man så bort fra feilen...", jf. Lov og forskrift om offentlige anskaffelser, kommentarutgave, 2. utgave, side 68.

Saksøkte har anført at ved lav prisforskjell må kommunen ha anledning til å foreta en saklig skjønnsmessig vurdering med hensyn til hvilket anbud som skal velges, hvor det er tillatt å vektlegge forventet tillegg, samt oppbyggingen av anbudet, og hvordan dette vil slå ut overfor den enkelte anbyder. Kommunen anfører ikke å ha foretatt en slik nærmere vurdering av disse momentene, men at det var noe de kunne ha gjort. Det er i tilknytning til dette også vist til at kommunen hadde lagt inn en prisreserve for uforutsette forhold på 10 % av byggekostnadene, hvilket i ettertid viste seg å være riktig.

Det er omtvistet mellom partene om kommunen hadde adgang til å legge vekt på ulike timepriser for tilleggsarbeid i henhold til konkurransegrunnlaget. Retten finner det imidlertid ikke nødvendig for resultatet å gå nærmere inn på dette, men viser til at det fremgår i innstillingen fra Arki at:

"når det gjeld ulike prisar for evt. rekningsarbeid vil det berre verte marginale utslag då omfang av rekningsarbeid er relativt beskjedent."

Retten kan ikke forstå dette på annen måte enn at betydningen av ulike priser for regningsarbeid faktisk er vurdert, men funnet å være av marginal betydning, slik at dette momentet ikke ble vektlagt i favør noen av anbyderne.

Retten tilføyer at Arki i innstillingen bruker betegnelsen regningsarbeid. Retten forstår det imidlertid slik at dette refererer seg til tilleggsarbeid. Dette støttes av at "Rekningsarbeid" også var ett av punktene i anbudsdokumentet i 2001, og Arkis innstillingen fra 2001 forstås slik at punktet regningsarbeid i den innstillingen uttrykkelig omtales som tilleggsarbeid.

Med hensyn til det som er anført om oppbyggingen av tilbudet, bemerker retten at den ikke kan se at det er holdepunkter for at en nærmere vurdering av kostnadsfordelingen på de underliggende postene "rigg/drift", "grunnarbeid" med videre ville hatt innvirkning på kommunens vurdering.

Retten finner således at disse forholdene ikke skaper tvil med hensyn til spørsmålet om årsakssammenheng.

Ved den videre vurderingen av spørsmålet om årsakssammenheng tar retten utgangspunkt i de innstillingene som ble gitt.

Innstillingen fra Arki v/ Hallvard Naustdal til kommunen datert 11.04.03 er gjengitt under rettens fremstilling av sakens bakgrunn. For sammenhengens del gjengis imidlertid følgende fra innstillingen også her:

Dei ulike tilbydarane har i tillegg til sjølve tilbodssummen ulike krav med omsyn til prisregulering og andre økonomiske faktorar t.d. påslag for administrasjon av sideentreprenørane.

Alle tilbydarane, med unntak av O.Drage AS har som føresetnad at tilbodet skal indeksregulerast. O.Drage AS tilbyr fast pris utan indeksregulering.

Alle tilbydarane med unntak av Åsen & Øvrelid AS har basert sine tilbod på byggherrens terminplan – dvs. ferdigstilling 01.04.04.

Åsen & Øvrelid AS tilbyr heile prosjektet ferdig til 15.12.03, dvs. vesentleg kortare byggetid enn dei øvrige.

Kortare byggetid vil gje reduksjon i indekstillegget og i tillegg vil kapitalkostnaden i byggeperioden bli redusert samanlikna med ei lengre byggetid.

For samanlikning mellom tilboda vil tilbodet frå Åsen & Øvrelid AS få ein priskorreksjon for indeksregulering som er tilsvarende lågare enn for det øvrige tilbod som skal indeksregulerast. Effekt av mindre kapitalkostnad er då ikkje inkludert.

Andre forhold som inngår i vurderinga er utslaget av ulik påslagsprosent for administrasjon. Når det gjeld ulike prisar for evt. rekningsarbeid vil det berre verte marginale utslag då omfang av rekningsarbeid er relativt beskjedent.

Ut i frå kriteria opplista ovanfor er tilboda frå Kapstad AS, Åsen & Øvrelid AS og O. Drage AS økonomisk sett relativt likeverdige, jfr. evalueringsskjema.”

Retten vil knytte to bemerkninger til dette. For det første har Arki ved sammenlikningen av anbudene vektlagt at Åsen&Øvrelid får en priskorreksjon for indeksregulering som er lavere enn for de andre anbyderne. Av evalueringsskjemaet fremgår det at Åsen&Øvrelids tilbud er indeksregulert med kr 36.000, mens saksøkers tilbud er regulert med kr 58.000. Grunnen til at Åsen&Øvrelid fikk et lavere indekstillegg var at de hadde tilbudt kortere byggetid. Dette er dermed en besparelse som har direkte sammenheng med kortere byggetid. Ut fra det retten har kommet til foran, var det imidlertid ikke adgang til å vektlegge økonomiske besparelser som følge av kortere byggetid.

For det andre er ulik påslagsprosent for administrasjon av sideentrepriser vektlagt. Kostnadene med administrasjon av sideentreprisene ble imidlertid satt kr. 25.000 for høyt for saksøkers vedkommende som følge av at det ble lagt til grunn for høy påslagsprosent.

Videre hitsettes konklusjonen fra Arkis innstilling:

Dersom fordelene for skuledriften med kort byggetid i kombinasjon med redusert kapitalkostnad i byggeperioden vert vurdert å vere vesentleg bør kommunen vurdere å tildele kontrakta til Åsen& Øvrelid AS.

Dersom kort byggetid er av mindre betydning kan tilbodet frå Kapstad AS vere eit aktuelt alternativ.”

Det er her to momenter i konklusjonen som trekkes frem i favør Åsen&Øvrelid. Det er for det første fordelene for skoledriften med kortere byggetid, og for det andre redusert kapitalkostnad. Begge disse momentene knytter seg imidlertid til fordelene med kortere byggetid, og var dermed momenter som kommunen ut fra konkurransegrunnlaget ikke hadde anledning til å vektlegge.

Det fremkom i Hallvard Naustdals vitneforklaring at han gav en delt innstilling fordi det var kommunen som hadde de beste forutsetningene for å vurdere betydningen av kortere byggetid ved skolen. Han forklarte videre at saksøkerens tilbud var det beste dersom man så bort fra byggetiden.

Etter dette ga teknisk sjef innstilling til byggenemnda. På grunnlag av en totalvurdering innstilte teknisk sjef på at kommunen skulle inngå kontraktsforhandlinger med Åsen & Øvrelid. Saksutredningen er gjengitt under rettens fremstilling av sakens bakgrunn.

Momentene som trekkes frem i innstillingen fra teknisk sjef er at kortere byggetid vil gi reduksjon i indekstilletget, at oppstilling fra økonomisjefen viser at kommunen vil kunne spare kr. 85.333 i kapitalkostnader ved

kortere byggetid, samt at byggeleders honorar kan reduseres med kr. 20.000 ved kortere byggetid. Det vises videre i innstillingen til at rektor ser svært positivt på tidligere ferdigstillelse. En av fordelene som rektor har pekt på, økte inntekter fra reumatikerbading, blir imidlertid tilbakevist i innstillingen.

Det følger av dette at de momenter som fremheves i innstillingen gjelder fordeler med kortere byggetid, og dermed var momenter som ikke kunne vektlegges.

Retten viser endelig til møtet i byggenemda. Byggenemda vedtok med to mot en stemme at kommunen skulle inngå kontraktsforhandlinger med Åsen&Øvrelid. Mindretallet, Magne Vivelid, stemte for at kommunen skulle inngå kontraktsforhandlinger med saksøkeren. Vivelid forklarte i retten at han mente kommunen burde inngå kontraktsforhandlinger med saksøkeren da han hadde lavest anbudssum.

Det fremkom videre i Vivelids forklaring at det sentrale tema for drøftelser i byggenemda var om laveste anbud eller byggetid skulle tillegges størst vekt. Han forklarte også at han ville blitt overrasket om nemda ikke hadde valgt det laveste anbudet dersom en tenker seg tidsmomentet borte.

Retten legger ut fra ovennevnte til grunn at valget av anbyder stod mellom Åsen&Øvrelid og Kapstad, og at de momentene som ble vektlagt til fordel for Åsen&Øvrelid knyttet seg til kortere byggetid, og følgelig var momenter som ikke var tillatt å vektlegge.

Med hensyn til forskjell i anbudssum, bemerker retten at de *evaluerte* anbudssommene viser en prisdifferanse på ca kr. 13.000 i favør saksøkeren. Det må imidlertid her for det første korrigeres for feil påslagsprosent som utgjør kr. 25.000. I tillegg inngår ulik indeksregulering som følge av ulik byggetid i de evaluerte anbudssommene. Etter rettens oppfatning må det derfor være riktig å basere sammenligningen av anbudssommene til Åsen&Øvrelid og saksøkeren med grunnlag i de *kontrollrekna* anbudssommene. De

kontrollrekna anbudssummene viser at saksøkerens anbud var kr. 60.118 lavere enn Åsen&Øvrelids anbud.

Retten viser videre til at sideentreprisene i samme byggemøte ble tildelt laveste anbyder. Endelig viser retten til at ved den forrige utbyggingen på Sande skole i 2001, tilbød alle anbyderne på den bygningsmessige hovedentreprisen ferdigstillelse i samsvar med byggherrens terminplan. Åsen&Øvrelid hadde da lavest anbudssum, og kommunen inngikk kontrakt med Åsen&Øvrelid. Anbudssummen til Åsen&Øvrelid var ca. kr. 35.000 lavere enn nest billigste anbyder.

På grunnlag av ovennevnte momenter, finner retten at det uten saksbehandlingsfeilene er klar sannsynlighetsovervekt for at oppdraget ville gått til saksøkeren. Kravet til årsakssammenheng er dermed oppfylt. Retten går da over til å drøfte utmålingen av den positive kontraktsinteressen.

Erstatningsutmålingen

Utgangspunktet for erstatningsutmålingen for den positive kontraktsinteressen er at saksøkeren skal stilles i samme økonomiske situasjon som om saksøkeren var blitt tildelt oppdraget.

Saksøkeren har krevd erstatning oppad begrenset til kr. 426.167. Kravet er basert på at fortjenesten på prosjekt som saksøkeren utførte i 2002 og 2003, i gjennomsnitt var 21 %. Saksøkeren har videre angitt en forventet fortjeneste på 15-20 % for dette oppdraget, og ut fra det lagt til grunn 15 % fortjeneste ved beregningen av erstatningskravet.

Saksøkeren har så på grunnlag av dette beregnet 15 % erstatning av kontrollrekna anbudssum på kr 2.383.117 og 15 % erstatning av indekstillegget på kr. 58.000. Videre har saksøkeren lagt til grunn en nettofortjeneste på kr. 60.000 for administrasjon av sideentrepriser. Retten kan ikke se at saksøkte har hatt innsigelser til sistnevnte post, og denne legges til grunn.

Retten drøfter så kravet om erstatning på 15 % av indekstillegget på kr. 58.000. Saksøkte har her anført at saksøkeren før anbudstildelingen gjorde gjeldende at byggekostnadene sannsynligvis ville falle framover, og har på det grunnlag anført at saksøkeren ikke kan kreve erstatning for indekstillegg. Retten legger imidlertid ut fra byggeregnskapet til grunn at det var prisstigning i byggeperioden.

Saksøkeren har endelig krevd 15 % erstatning av den kontrollrekna anbudssummen på kr. 2.383.117. Saksøkte har ikke hatt innsigelser mot at det tas utgangspunkt i den kontrollrekna anbudssummen, og retten legger dette til grunn.

Spørsmålet som da gjenstår å ta stilling til for retten, er hvor høy fortjenestemargin saksøkeren mest sannsynlig ville hatt på oppdraget.

Saksøkte har angående fortjenestemarginen for det første anført at det ikke er grunnlag i rettspraksis for å legge 15 % fortjeneste til grunn. Til dette bemerkes imidlertid at utmålingen må foretas konkret i den enkelte sak, og retten kan ikke at rettspraksis er til *hinder* for at fortjenestetapet kan settes til 15 %. Det kan i denne forbindelse også vises til Borgarting lagmannsretts dom inntatt i RG. 2002 side 1132. Der utgjorde erstatningskravet 20 % av anbudssummen. Kravets størrelse var ikke bestridt og ble lagt til grunn av lagmannsretten.

Som det fremgår av ovennevnte, har saksøkeren lagt til grunn 15 % fortjeneste ut fra en sammenligning med fortjenesten på tidligere prosjekt. Det er imidlertid fortjenesten på dette konkrete prosjektet som er avgjørende for erstatningsutmålingen. Det betyr at erstatningsutmålingen ikke uten videre kan baseres på en sammenligning av fortjenesten saksøkeren har hatt på andre prosjekt.

Retten legger etter bevisførselen til grunn at saksøkeren så det som meget viktig å få dette oppdraget. Dette skyldes at saksøkeren da anbudet ble gitt kun hadde ett oppdrag som entreprenør på Felleskjøpets nye anlegg i Førde som skulle ferdigstilles 01.09. 2003, og at firmaet ikke hadde nye kontrakter etter dette.

Retten legger videre til grunn at det var viktig å få oppdraget for å unngå permitteringer. Som følge av at saksøkeren ikke fikk oppdraget, måtte tre ansatte permitteres. Det fremgår videre i brev fra saksøkeren til kommunen datert 19.09.03 at permitteringene var alvorlig på grunn av at dette var nøkkelpersonell i bedriften, og at det kunne være fare for at saksøkeren mistet de til andre bedrifter. Retten viser endelig til at Trond Hegrestad forklarte i retten at Harald Kapstad hadde sagt at det ikke var fortjeneste på oppdraget, men at det skulle sikre arbeidsplasser.

Saksøkte har således anført at saksøkeren ikke har sannsynliggjort at han ville hatt fortjeneste på dette prosjektet. Retten finner at hensynet til å sikre arbeidsplassene gjorde at saksøkeren mest sannsynlig la inn et anbud på prosjektet som ville gitt lavere fortjeneste enn det fortjenesten har vært på de tidligere prosjektene som saksøkeren har vist til. På den annen side er det rettens vurdering at det ut fra en sammenligning av saksøkerens anbud med Åsen&Øvrelids anbud og O. Drages anbud er mest sannsynlig at saksøkeren ville hatt fortjeneste på oppdraget. Dersom saksøkeren ikke ville hatt fortjeneste på oppdraget, betyr det at både Åsen&Øvrelid og O. Drage har inngitt anbud som ville gitt liten fortjeneste, noe retten anser å ha formodningen mot seg.

Retten må etter dette fastsette saksøkerens fortjenestetap skjønnsmessig. Det er en konkret vurdering som er avgjørende, likevel slik at retten kan søke *veiledning* med hensyn til erstatningsnivået i rettspraksis. I rettspraksis er fortjenestetapet ofte blitt satt til 10 % av kontraktssummen, jf Lasse Simonsen, Prekontraktuelt ansvar, side 904. I Rt. 1994 side 1222 var det fremmet et erstatningskrav på kr. 1.300.000, som tilsvarte ca. 10 % av anbudssummen. Høyesterett fastsatte erstatningen skjønnsmessig til kr. 1.200.000, altså noe i underkant av 10 % av anbudssummen. I Nucleus-dommen ble det lagt til grunn 7 % fortjeneste.

På grunnlag av ovennevnte momenter, setter retten etter en samlet skjønnsmessig vurdering fortjenestetapet beregnet ut fra kontrollrekna anbudssum og indekstillegg til kr 200.000, som utgjør vel 8 % av

kontrollrekna anbudssum på kr. 2.383.117 og vel 8 % av indekstillegget på kr. 58.000. I tillegg kommer kr 60.000 fortjeneste på administrasjon av sideentrepriser. Fortjenestetapet settes etter dette til i alt kr. 260.000.

Saksomkostninger

Det følger av tvistemålsloven § 172 første ledd at taper den ene parten saken fullstendig, skal denne pålegges å betale motpartens saksomkostninger. Saksøkeren har krevd erstatning for et beløp oppad begrenset til kr. 426.167. Saksøkeren tilkjennes et lavere beløp, men dette beror på ulik skjønnsmessig vurdering av fortjenestetapet. Saksøkte anses da å ha tapt saken fullstendig.

Retten har vurdert unntaksregelen i § 172 andre ledd, men finner at unntaksbestemmelsen ikke kommer til anvendelse i saken. Saksøkte pålegges således å erstatte saksøkerens omkostninger i henhold til hovedregelen i § 172 første ledd.

Advokatfullmektig Bjarte Buanes har fremlagt omkostningsoppgave datert 08.06.2004 på i alt kr. 136.625, herav salær til prosessfullmektig på kr. 101.000, merverdiavgift på salær kr. 24.240, utgifter til vitner på kr. 7.685, og rettsgebyr for stevningen med kr. 3.700.

Retten legger til grunn at saksøkeren er momspiktig, slik at retten fastsetter saksomkostninger uten merverdiavgift. Saksomkostningene utgjør da i alt kr. 112.385.

Retten finner at omkostningene har vært nødvendige for å få saken tilstrekkelig opplyst, jf tvistemålsloven § 176 første ledd. Saksøkte prosessfullmektig har heller ikke hatt bemerkninger til omkostningsoppgaven.

MODERNISERINGSDEPARTEMENTETNynorsk Sámegeiella Normalvisning
Lignende dokumenter

Utvalgte uttalelser fra departementet om regelverket¹

Omfattede oppdragsgivere

- [Brevdato 12.07.04](#). Stikkord: Offentligrettslig organ, forretningsmessig karakter, CargoNet AS
- [Brevdato 10.06.03](#). Stikkord: Offentligrettslig organ, forretningsmessig karakter, Norsk Tipping AS
- [Brevdato 12.02.03](#). Stikkord: Offentligrettslig organ, egenregi, interkommunalt samarbeid
- [Brevdato 12.12.02](#). Stikkord: Offentligrettslig organ, departementsvedtak, Statsskog SF
- [Brevdato 12.12.02](#). Stikkord: Offentligrettslig organ, forretningsmessig karakter, forholdet til GPA-avtalens vedlegg, Posten Norge AS
- [Brevdato 02.09.99](#). Stikkord: Offentligrettslig organ, arbeidsmarkedsbedrifter

Generelle regler for konkurransen

- [Brevdato 11.07.03](#). Stikkord: FoU kontrakt, bruk av rådgivere i forbindelse med utarbeidelse av spesifikasjoner, kontraktsvarighet, OPS innen omsorgssektoren, generelt om regelverket, bruk av rådgivere, leverandører som mottar offentlig støtte, samarbeidsprosjekt, frivillige organisasjoner, omsorgstjenester og Prosjekt Bostedsløse
- [Brevdato 19.12.01](#). Stikkord: Forbudet mot at ansatte deltar i konkurransen, eneste leverandør i markedet, Sentralsykehuset i Møre og Romsdal

Regelverkernes virkeområde

- [Brevdato 17.06.04](#). Stikkord: Forsyningsforskriften, transportsektoren, rutenettverk, oppdeling av kontrakter, Hedmark Trafikk KFK
- [Brevdato 19.05.03](#). Stikkord: Anskaffelsesforskriften og forsyningsforskriften, vann og avløp, Interkommunalt Fellesinnkjøp
- [Brevdato 28.11.01](#). Stikkord: Uprioriterte tjenester, juridiske tjenester, OsloAdvokatene

Kontraktsbegrepet

- [Brevdato 03.06.04](#). Stikkord: Gjensidig bebyrdende kontrakt, juridiske tjenester, oppnevning av bostyrer til konkursbo
- [Brevdato 16.03.04](#). Stikkord: Gjensidig bebyrdende kontrakt, tjenestekonsesjon, avtale om driftstilskudd med private fysioterapeuter med rett til refusjon, Oslo kommune
- [Brevdato 16.03.04](#). Stikkord: Varebegrepet, kjøp av elektrisitet, råvarebørs
- [Brevdato 18.11.02](#). Stikkord: Endring av løpende kontrakt, kontraktsvarighet, Husbanken

Unntak fra forskriften

- [Brevdato 14.04.05](#). Stikkord: Ideelle organisasjoner, helse- og omsorgstjenester.
- [Brevdato 18.01.05](#). Stikkord: Staten og egenregi, håndtering av interne bud – offentlig støtte, Finansdepartementet
- [Brevdato 16.03.04](#). Stikkord: Gjensidig bebyrdende kontrakt, tjenestekonsesjon, avtale om driftstilskudd med private fysioterapeuter med rett til refusjon, Oslo kommune
- [Brevdato 11.07.03](#). Stikkord: FoU kontrakt, bruk av rådgivere i forbindelse med utarbeidelse av spesifikasjoner, kontraktsvarighet, OPS innen omsorgssektoren, generelt om regelverket, bruk av rådgivere, leverandører som mottar offentlig støtte, samarbeidsprosjekt, frivillige organisasjoner, omsorgstjenester og Prosjekt Bostedsløse
- [Brevdato 21.11.02](#). Stikkord: Unntaket for egenregi mellom to juridiske personer, Sogndalen kommune
- [Brevdato 05.07.00](#). Stikkord: Staten og egenregi, egenregi mellom to juridiske personer, Samferdselsdepartementet

Beregning av kontraktsverdi og om kontraktsvarighet

- [Brevdato 19.05.04](#). Stikkord: Desentralisert innkjøpsansvar, hva som utgjør en anskaffelse, omgåelsesreglene, Vest-Agder fylkeskommune
- [Brevdato 18.11.02](#). Stikkord: Endring av løpende kontrakt, kontraktsvarighet, Husbanken

Kvalifikasjonskrav og dokumentasjonskrav

- [Brevdato 02.09.02](#). Stikkord: Kvalifikasjonskrav, dokumentasjonskrav, krav til sentral godkjenning i forbindelse med byggekontrakter
- [Brevdato 17.12.01](#). Stikkord: Krav om skatteattest fra nyetablerte bedrifter.

Anskaffelsesprosedyrer

- [Brevdato 17.03.03](#). Stikkord: Forhandlinger, begrunnelsesplikten.

Begrunnelsesplikten og klage

- [Brevdato 17.03.03](#). Stikkord: Forhandlinger, begrunnelsesplikten

Spesielt for forsyningssektoren

- [Brevdato 17.06.04](#). Stikkord: Virkeområde for forsyningsforskriften, transportsektoren, rutenettverk, oppdeling av kontrakter, Hedmark Trafikk KFK

¹ På denne siden finner du brev og notater som vi mener kan være nyttige for en bedre forståelse av regelverket. Når det gjelder brev og enkelte notater, vil uttalelsen først og fremst være rettet til spørsmålsstiller, hvor tidligere korrespondanse og faktiske forhold må tas i betraktning for en fullstendig forståelse av uttalelsen. Man bør også huske på at for eksempel nye dommer, terskelverdier eller endringer i regelverket kan innebære at deler av uttalelsene ikke lenger er helt oppdaterte.



NÆRINGS- OG HANDELSDEPARTEMENTET

[Odin](#)

[Regjeringen](#)

[Departementene](#)

[Arkiv](#)

[Søk](#)

[Veiviser](#)

[Kontakt](#)

[Nynorsk](#)

[Normalvisning](#)

[Utskriftvisning](#)

[Language](#)

- ▶ [Departementets forside](#)
- ▶ [Aktuelt](#)
- ▶ [Departementet](#)
- ▶ [Publikasjoner](#)
- ▶ [Regelverk](#)
- ▶ [Norsk Næringsvirksomhet](#)
- ▶ [Prosjekter](#)
- ▶ [Samhandel](#)
- ▼ [Offentlige anskaffelser](#)
 - ▶ [Leverandør til det offentlige?](#)
 - ▶ [Regelverk](#)
 - ▼ **Fortolkningsuttalelser**
 - ▶ [Kunngjøringer](#)
 - ▶ [Tema](#)
 - ▶ [Nyttige linker](#)
 - ▶ [Informasjon om offentlige anskaffelser](#)
 - ▶ [Offentlig støtte](#)
 - ▶ [Virkemiddelgjennomgangen](#)
 - ▶ [eNorge](#)
 - ▶ [Forenkling](#)

Fortolkningsuttalelser

- [Regelverket for offentlige anskaffelser og kjøp av advokattjenester](#)
- [Krav om skatteattest fra nyetablerte bedrifter](#)
- [Regelverket for offentlige anskaffelser og inngåelse av kontrakt med de ansatte hos oppdragsgiver](#)
- [Regelverket for offentlige anskaffelser – forsknings- og utviklingstjenester \(FOU-kontrakter\)](#)
- [Anvendelsen av regelverket for offentlige anskaffelser på departementets kontrakter](#)
- [Regelverket for offentlige anskaffelser og forholdet til interkommunalt samarbeid om tjenesteyting](#)
- [Terskelverdier for helseforetakene](#)
- [Arbeidsmarkedsbedrifter – forholdet til reglene om offentlige anskaffelser](#)
- [Varekjøpsforskriftens anvendelse på innkjøp av skolebøker i kommunal sektor](#)
- [Spørsmål om hvilke produkter som inngår i begrepet "ensartede varer" vedrørende beregning av terskelverdiene ved offentlige innkjøp av legemidler](#)
- [Hel utvikling AS, Henvendelse angående provisjonsmegling av forsikringstjenester til offentlig sektor](#)
- [EØS-regelverket for offentlige anskaffelser – finansielle tjenester](#)
- [Statens vegvesen – Håndbok 066: Forholdet til EØS-regelverket for offentlige anskaffelser](#)
- [EØS-regelverket for offentlige anskaffelser – kjøp av finansielle tjenester](#)
- [EØS-reglene for offentlige anskaffelser – spørsmål vedrørende regelverkets anvendelse på kommunens kjøp av banktjenester](#)
- [Spørsmål vedrørende regelverket for offentlige anskaffelser's eventuelle anvendelse ved leie av lokaler for ny psykiatrisk avdeling i](#)

Drammen

- [Regelverket for offentlige anskaffelser – Forsyningssektorforskriften](#)
- [Kjøp av transporttjenester innen kollektivtrafikk – anvendelse av forsyningsforskriften](#)
- [Godkjenningsordning for renholdsbransjen](#)
- [Godkjenningsordning for renholdsbedrifter](#)
- [Nytt rikshospital – Brukerutstyr: Muligheter og begrensninger for å tilrettelegge for norske produsenter](#)
- [Telenor AS – Forholdet til forsyningssektorforskriften](#)
- [EØS-reglene om offentlige anskaffelser – vurdering av fremgangsmåten ved anskaffelse av nytt økonomisystem til 26 statlige høyskoler](#)
- [EØS-regelverket om offentlige tjenestekjøp – vedlikehold av heiser](#)
- [Anbud på renovasjon i Nes kommune – vurdering i forhold til EØS-regelverket for offentlige anskaffelser](#)
- [EØS-regelverket om offentlige innkjøp og mulighetene for å begrense databehandling av personregistre i utlandet](#)
- [Skattedirektoratet – anvendelse av tjenstedirektivets artikkel 4](#)
- [Reklamefinansierte gatemøbler – forhold til lov om offentlige anskaffelser](#)
- [Offentlige anskaffelser: Fortolkning av tjenesteforskriftens § 5](#)
- [Produksjonsvirksomhet i statlige etater – forholdet til regelverket for offentlige anskaffelser](#)
- [Kontrakt om utvikling av nytt tinglysningssystem – regelverket om offentlige anskaffelser](#)
- [Spørsmål om Statkorn er å anse som offentlig oppdragsgiver i forhold til EØS-forskriftene om offentlig anskaffelser](#)
- [Innkjøpspool – forholdet til EØS-reglene for offentlige anskaffelser](#)
- [Program for vannforsyning – bevilgning til grunnvannsundersøkelse](#)
- [Vurdering av Studentsamskipnadens stilling i forhold til EØS-reglene om offentlige innkjøp](#)
- [Riksveiferjedrift og forholdet til EØS-regelverk](#)
- [Lovisenberg Diakonale Sykehus Menighetssøsterhjemmet – Diakonissehuset AS \(Lovisenberg sykehus\) – forholdet til lov om offentlige anskaffelser](#)
- [Anskaffelse av nytt rådhus i Fredrikstad kommune](#)
- [Vedr. innspill til revisjon av lov om offentlige anskaffelser og kjøpslovens tilpasning til EF-direktivene om forbrukerkjøp](#)
- [EØS-forskriften om kjøp av tjenester - posttjenester](#)

- [Ambulansetjenester – forholdet til EØS-avtalens regler om offentlige anskaffelser](#)
- [EØS-regelverket for offentlige anskaffelser – tanntekniske varer og tjenester](#)

Vogt og Wiig Trondheim AS - Advokatfirma
Postboks 1280
7462 TRONDHEIM

Deres referanse
2920

Vår referanse
200405191-/JHB

Dato
14. april 2005

Forskrift om offentlige anskaffelser og ideelle organisasjoner

Det vises til brev datert 27 desember 2004, hvor det bes om en vurdering hvorvidt en konkret organisasjon (BUE – Stiftelsen) er å anse som en "ideell organisasjon" i henhold til forskrift om offentlige anskaffelser § 11-2 (1) bokstav h.

Det fremgår av tilsendt informasjon at BUE- stiftelsen:

- er en uavhengig organisasjon
- hovedsakelig er offentlig finansiert (tilskudd basert)
- i Enhetsregisteret registrert under sektorkoden "private konsumorienterte organisasjoner uten profittformål, ikke skattepliktig virksomhet, samt at et eventuelt overskudd blir tilbakeført til driften.

Videre er det opplyst at stiftelsens kjerneaktivitet er å gi rusmiddelbrukere et behandlingstilbud, herunder å lære beboere å mestre dagliglivets utfordringer. I dette inngår blant arbeid på gård, samt ulike opplærings- og aktiviseringstilbud.

Departementet vil innledningsvis bemerke at det er domstolen og ikke Moderniseringsdepartementet som har den rettslige kompetansen til tolke forskriften med bindende virkning.

I lys av at bestemmelsen er relativt ny og det finnes lite veiledning til virkeområdet for bestemmelsen vil departementet likevel gi kommentarer til henvendelsen. For øvrig bemerkes det at det er den aktuelle offentlige oppdragsgivers ansvar påse at de legale og faktiske forutsetningene er oppfylt ved tildeling av kontrakt i medholdt av ovennevnte bestemmelse.

Bakgrunnen for unntaksbestemmelsen

Regjeringen besluttet den 30. januar 2004 at statlige og kommunale oppdragsgivere skal kunne velge mellom å gå i forhandlinger med ideelle organisasjoner eller følge det ordinære regelverket, ved kjøp av helse- og omsorgstjenester. Den generelle bakgrunnen for unntaksbestemmelsen var risikoen for at kravet til åpen konkurranse ikke i tilstrekkelig grad ivaretok hensynet til et ønsket samfunnsmessig engasjement og samarbeid med veldedige/ideelle organisasjoner.

Unntaket innebærer at oppdragsgiver ikke trenger å følge kunngjøringsregler eller spesielle prosedyrer, men at det i den grad det er mulig skal det være en form for konkurranse mellom ideelle organisasjoner om kontrakten. Det vil si at det normalt skal innhentes tilbud fra flere organisasjoner.

Typiske tjenester som anskaffes innen helse- og sosialsektoren er: sykehustjenester, lege, fysioterapi, sosial omsorg i institusjon, forebyggende arbeid og oppfølging av utsatte grupper, samt pleie og omsorg for ulike grupper trengende.

Veiledende kommentarer

Det vises til at begrepet ideelle organisasjoner ikke har en definisjon i forskriften, og følgelig bør virkeområdet for unntaksbestemmelsen søkes i forhistorien til at unntaksbestemmelsen ble tatt inn. I denne sammenheng vises det til avsnittet ovenfor, samt at offentlig sektor har tradisjonelt hatt en tett samarbeid med organisasjoner hvor frivillig arbeid og veldedighetsarbeid er karakteristisk for virksomheten. Røde Kors, Frelsesarmeen og Kirkens Bymisjon har ofte vært trukket frem som eksempler i slike virksomheter. De og andre virksomheter har på mange måter vært det offentliges forlengede arm til å løse humanistiske og sosiale oppgaver i samfunnet. Virksomhetene skiller seg fra kommersielle virksomheter ved at de ikke har profitt som formål eventuelt at overskudd utelukkende benyttes til å drifte og tilby humanistiske og sosiale tjenester til allmennheten eller spesielle grupper uten at mottager yter et fullt ut regningsvarende vederlag.

Departement vil også trekke frem at de virksomheter som er aktuelle for å være dekket av unntaksbestemmelsen, som hovedregel vil falle inn under skatteregler som har fritak eller betydelig lempet skattebyrde for slike aktiviteter. Det bemerkes imidlertid at begrepet "ideelle organisasjoner" ikke er forsøkt samordnet med skatte- og avgiftsregler for frivillige og allmenntilgode organisasjoner, men at bakgrunnen for lemminger innen skattreglene for denne typen virksomheter ofte kan gjenspeiles for målgruppen for unntaksbestemmelsen.

Et annet karaktertrekk ved ideelle organisasjoner, er at de er organisert som en stiftelse. Departementet vil dog ikke utelukke at andre organisasjonsformer, som for eksempel aksjeselskap, også kan karakteriseres som ideell organisasjoner. I denne sammenheng vil også vedtekter for organisasjonen bidra til å identifisere hvilket formål

organisasjonen er stiftet for. En formålbestemmelse kan imidlertid ikke være avgjørende, da mange organisasjoner har humanistiske visjoner tatt inn uten at dette er det reelle formålet med virksomheten er å drive sosial og humanistisk arbeid. Det typiske for omfattede virksomheter er likevel at hele organisasjonen, uten økonomiske motiv, arbeider for å avhjelpe sosiale behov i samfunnet eller bestemte utsatte grupper og at dette er det sentrale i organisasjonens formålbestemmelse.

Videre bemerkes det at en del virksomheter som anses for å være ideell organisasjon etter unntaksbestemmelsen, selv vil være omfattet av regelverket når de foretar sine anskaffelser, jf begrepet offentligrettslig organ § 1-2 (2).

BUE – Stiftelsen

Det vises til den informasjon som er forelagt departementet. På bakgrunn av den informasjonen departementet har mottatt, er stiftelsen trolig innenfor den målgruppe bestemmelsen er ment å omfatte.

Med hilsen

Henriette S Grønn (e.f.)
underdirektør

Johan Henrik Bjørge
seniorrådgiver

Finansdepartementet
Emma C. Jensen Stenseth
Postboks 8008 Dep
0030 OSLO

Deres referanse
04/2522 C ejs/sin

Vår referanse
200404659-/KGR

Dato
18. januar 2005

Svar: SSØ Statens senter for økonomistyring deltagelse i anbudskonkurranser forholdet mellom innkjøpsregelverket og bestemmelsene om forbud mot statsstøtte i EØS avtalen

Vi viser til ovennevnte brev av 15. november 2004 der Finansdepartementet stiller spørsmål ved bruk av Statens senter for økonomistyrings (SSØ) deltagelse i konkurranser og forholdet til henholdsvis anskaffelsesreglene og EØS-reglene om statsstøtte.

Regelverket for offentlige anskaffelser

Slik vi forstår henvendelsen deres, er dette et spørsmål om hvordan statlige myndigheter skal gå fram når de skal skaffe seg tjenester og produkter som SSØ kan tilby.

Innledningsvis vil vi presentere utgangspunktet for drøftinga, at staten kan tildele oppdrag til SSØ uten konkurranse i egenregi. Begrepet egenregi blir brukt i rettspraksis og i juridisk teori der regelverket om offentlige anskaffelser ikke får anvendelse på grunn av en sterk organisatorisk eller eiermessig nærhet mellom oppdragsgiver og leverandør. Virkeområdet til anskaffelsesforskriften er definert til å gjelde *"varekontrakter, tjenestekontrakter og bygge- og anleggskontrakter som nevnt i § 1-3 (hvilke kontrakter som er omfattet av forskriften) som inngås av oppdragsgivere som nevnt i § 1-2 ..."*. En kontrakt i anskaffelsesregelverkets forstand er en *"gjensidig bebyrdende avtale som inngås skriftlig mellom en oppdragsgiver og en leverandør"*, jf § 1-4. EF-domstolen har uttalt at utgangspunktet for avgjørelsen av om det foreligger en kontrakt, er om det er tale om to forskjellige juridiske personer.¹ Departementets standpunkt er

¹ Jf. C-107/98 Teckal, premiss 49-50-

at staten må regnes som en juridisk person. Ikke alle land har samme forståelse av begrepet; Danmark hevder for eksempel at egenregi bare kan skje innenfor samme myndighetsområde (f.eks. mellom et departement og underliggende etat). Statlige aksjeselskap er avskåret fra å erverve varer og tjenester fra statlige etater i egenregi, siden de er skilt ut fra staten som eget rettssubjekt.²

Det juridiske utgangspunktet er altså klart; staten har mulighet til å kjøpe varer og tjenester fra egne etater, som SSØ, uten konkurranse. Regelverket for offentlige anskaffelser gjelder ikke for interne avtaler i staten.

Det neste spørsmålet er hvordan en statlig oppdragsgiver skal gå frem når den ønsker å ha en anbudskonkurranse hvor SSØ inngir et tilbud. I tilfeller der en statlige virksomhet ønsker konkurranse fra markedet og samtidig ønsker å vurdere et internt bud, er ikke prosedyrene like klare. Det finnes ikke et klart svar i rettspraksis på hvilken fremgangsmåte som er den juridisk korrekte, verken i Norge eller i EU. Vi ønsker likevel å gjøre rede for rettstilstanden og vise til viktige vurderingsmomenter.

Det som er klart er at det den offentlige oppdragsgiver må opplyse markedet om at den vil vurdere et internt bud, når dette er tilfelle. Dette gjøres gjennom informasjon i kunngjøring og konkurransegrunnlag. Generelt er det også viktig at det er et klart organisatorisk skille mellom enheten som utfører tjenesten og enheten som kjøper tjenesten.

Det vanskelige spørsmålet er om et bud fra samme juridiske person fortsatt faller utenfor regelverket om offentlige anskaffelser, når det er iverksatt en konkurranse etter regelverket.

En mulig tolkning er at et internt bud ikke kan regnes som et tilbud i anskaffelsesregelverkets forstand, og at det da heller ikke tildeles noen kontrakt slik dette er definert i forskriftens

§ 1-4 bokstav a. Konsekvensen ved en slik forståelse blir at konkurransen må avlyses og oppdraget tildeles i egenregi.

Klagenemda for offentlige anskaffelser avviste f.eks. en klage fra en enhet i Bærum kommune mot samme kommune med den begrunnelsen at enheten manglet saklig interesse. Begrunnelsen for avgjørelsen synes å bygge på at regelverket om offentlige anskaffelser ikke gjelder forholdet mellom to enheter i samme kommune.

² EF-domstolen åpner for at egenregi også kan foreligge mellom to atskilte juridiske personer. Ett av vilkårene for egenregi er imidlertid at oppdragsgiveren må ha en kontroll som tilsvarer kontrollen med egne tjenestegrener. I tilfeller hvor det er oppdragsgiveren som er organisert som et aksjeselskap, vil ikke den kunne ha kontroll over en statlig etat. Egenregi vil derfor ikke være aktuelt dersom et statlig aksjeselskap ønsker å kjøpe varer og tjenester fra en statlig etat som SSØ. Se Teckal, premiss 50.

Klager og innklagede er i denne saken begge deler av samme juridiske person både økonomisk og organisatorisk og vil ikke kunne inngå kontrakter med hverandre som kan håndheves for domstolene. Det er ikke endelig avklart om begrepet "kontrakt" i forskrift om offentlige anskaffelser i alle tilfeller vil samsvare med spørsmålet om kontrakten kan håndheves gjennom domstolene, eller om grensene i stedet må trekkes opp etter spørsmålet om leverandøren eller oppdragsgiver er fritatt fra instruksjonsmyndighet. Det vil i dette tilfellet uansett ikke kunne finne sted noen "tildeling" av en tjenestekontrakt mellom klager og innklagede i den forstand som er omhandlet i § 1-3 i forskrift 15. juni 2001 om offentlige anskaffelser. Klageren må dermed etter klagenemndas oppfatning anses å falle utenfor kretsen av rettighetshavere som beskyttes av forskriften, og dermed utenfor dens virkeområde, jf. også lov 16. juli 1999 nr. 69 om offentlige anskaffelser § 5.³

Avgjørelsen fra klagenemnda synes å tyde på at regelverket om offentlige anskaffelser ikke gjelder mellom to enheter innenfor en juridisk person selv i tilfeller der oppdragsgiveren har iverksatt konkurranse om oppdraget.

Også den danske klagenemnda, "Klagenævnet for Udbud" har tatt stilling til tilbud fra samme juridiske person i en avgjørelse fra 18. september 1998.

Klagenævnet udtaler:

Ad F.R.I.'s klage vedrørende kontrolltilbud, dvs. påstandene 1)-3):

Et kontrolltilbud fra en udbyder er ikke et tilbud i henseende til EU's udbudsregler, men er blot en teknik for udbyderens vurdering af, at om det er hensigtsmæssigt at udlicitere den pågældende opgave. Endvidere må en udbyder principielt kunne annullere et udbud med henvisning til, at et kontrolltilbud har vist sig bedre end de eksterne tilbud, idet det som almindelig regel må stå en udbyder frit for at opgive sin kontraheringshensigt og annullere et udbud, hvis udbyderen ikke finder nogen af de indkomne tilbud tilfredsstillende. Det ses herefter ikke at være en overtrædelse af EU's udbudsregler, at en udbyder lader sin organisation udarbejde et kontrolltilbud.

Den danske klagenævnden synes på samme måte som den norske klagenemnda å legge til grunn at et bud fra samme juridiske person faller utenfor regelverket om offentlige anskaffelser selv om det er iverksatt en konkurranse.

Det er imidlertid også argumenter for en annen tolkning av hvordan et internt bud skal håndteres. I norsk praksis brukes ofte terminologien tilbud og kontrakt også om interne bud. Dersom en intern enhet har det beste budet, blir konsekvensen for de andre leverandørene langt på vei den samme, uavhengig av om oppdragsgiveren hevder at de avlyser konkurransen og tildeler i egenregi eller at kontrakten ble tildelt en intern enhet fordi de hadde det økonomisk mest fordelaktige tilbudet. Resultatet i begge tilfeller er at de ikke får kontrakten. Hensynet til en gjennomiktig prosess taler i

³ Jf. Klagenemndas avgjørelse 2/2003 av 24.01.03

og for seg for at oppdragsgiveren følger regelverket om offentlige anskaffelser fullt ut, også i forhold til interne enheter, fordi leverandørene da ville bli sikret krav prosessuelle rettigheter, som krav til begrunnelse.

Anbefalinga vår er at uavhengig av hvilken framgangsmåte og terminologi statlige virksomheter bruker, er det viktig for å sikre leverandørenes forutberegnelighet at det i kunngjøringa eller konkurransegrunnlaget på forhånd gjøres oppmerksom på at et internt bud vil bli vurdert. Dersom det etter konkurranse viser seg at SSØ har det beste budet, anbefaler vi at det gis en så utførlig begrunnelse som mulig på hvorfor SSØ er valgt. Hvorvidt oppdragsgiver formelt avlyser konkurransen eller følger prosedyren i regelverket fullt ut, er således ikke avgjørende.

Dersom det synes klart på forhånd at markedet ikke kan konkurrere med SSØ, vil vi anbefale å ikke gjennomføre noen konkurranse. Av hensyn til leverandørene og deres tillit til anskaffelsesprosedyrene, er det viktig at de oppfatter konkurransen som reell.

Kan valg av en egenregiløsning komme i konflikt med EØS-reglene om statsstøtte

Problemstillingen som skal drøftes er hvorvidt valg av en egenregiløsning kan komme i konflikt med EØS-reglene om offentlig støtte. Utgangspunktet for vurderingen er EØS-avtalens artikkel 61 (1) som nedlegger forbud mot å tildele offentlig støtte til foretak dersom støtten vrir eller truer med å vri konkurransen samt påvirker samhandelen i EØS-området. Et forvaltningsorgan som driver økonomisk virksomhet i et konkurransemarked, vil for den konkurranseutsatte delen av virksomheten i utgangspunktet være underlagt regelverket om offentlig støtte.

Når samme organ driver både konkurranseutsatt og ikke-konkurranseutsatt virksomhet vil det derfor tidvis bli spørsmål om det er gitt ulovlig støtte i form av krysssubsidiering. Krysssubsidiering forekommer når en konkurranseutsatt del av en virksomhet kan tilby sine tjenester til en lavere pris enn det er økonomisk grunnlag for, fordi en ikke-konkurranseutsatt del av virksomheten er med på å dekke kostnader og utgifter til aktiviteten.

Kan ulovlig krysssubsidiering forekomme når forvaltningsorganet kun tilbyr sine tjenester til samme juridiske person?

Spørsmålet i denne saken er hvorvidt et forvaltningsorgan som driver økonomisk virksomhet, men kun tilbyr sine tjenester til samme juridiske person, er underlagt reglene om offentlig støtte. Spørsmålet om egenregi og offentlig støtte er ikke omtalt direkte i regelverket. Vi har heller ikke funnet avgjørelser fra EF eller EFTA-domstolen som utdyper problemstillingen.

Et forvaltningsorgan vil i utgangspunktet alltid kunne velge om de vil sette ut et oppdrag til eksterne eller om de vil utføre det selv. At et forvaltningsorgan velger å

utføre en oppgave selv vil ikke true med å vri konkurransen i markedet, og er derfor ikke i strid med forbudet mot offentlig støtte i artikkel 61 (1) EØS' forstand. I dette tilfellet vil nemlig ikke organet gå ut på det åpne markedet med sine tjenester, men heller konkurrere indirekte ved at andre private aktører ikke får solgt sine tjenester til kjøperen. Enheten vil derfor ikke styrke sin posisjon i forhold til andre virksomheter den konkurrerer mot.

Dersom et oppdrag er lagt ut på anbud og forvaltningsorganet etter en vurdering av tilbudene velger å utføre oppdraget selv, er vurderingen i utgangspunktet den samme. Så lenge oppgaven tildeles og utføres innenfor den samme *juridiske og økonomiske* enhet vil ikke en egenregiløsning vri konkurransen i markedet. En slik løsning vil derfor etter all sannsynlighet heller ikke være i strid med reglene om offentlig støtte.

Kan ulovlig kryssubsidiering forekomme når forvaltningsorganet tilbyr sine tjenester til leverandører som ikke ligger innenfor den samme juridiske og økonomiske enheten?

Avgrensningen mot konkurransevridende adferd går der forvaltningsorganet tilbyr sine tjenester til leverandører som ikke ligger innenfor den samme juridiske og økonomiske enheten. Hvis forvaltningsorganet opptrer på denne måten vil enheten konkurrere i markedet på lik linje med andre aktører, og kryssubsidiering kan bli et problem.

For å hindre kryssubsidiering bør et forvaltningsorgan som driver virksomhet i konkurranse med private aktører skille ut den konkurranseutsatte delen av virksomheten. Et slikt skille kan gjennomføres ved separat regnskapsføring eller deling av virksomheten. Dersom et skille gjennomføres må alle variable og en forholdsmessig del av faste kostnader beregnes. I tillegg må virksomheten pålegges skatt og avgifter, samt normale avkastningskrav. Se ESAs avgjørelse i AFI-saken⁴ for en nærmere beskrivelse av kravene til separate regnskaper for kommersiell og ikke-kommersiell virksomhet innenfor samme forskningsinstitutt. På denne måten blir virksomheten bedre sikret dersom det skulle komme en klage.

Med hilsen

Pål Hellesylt (e.f.)
avdelingsdirektør

Kristin Gregusson
rådgiver

⁴ ESAs avgjørelse av 16. juli 2003 142/03/COL.

CargoNet AS
Platousgt 14-16
0048 OSLO

Deres ref
04/59

Vår ref
200402967-2/MEA

Dato
12.07.2004

CargoNet AS - Forholdet til regelverket for offentlige anskaffelser

Det vises til deres brev av 8. juni 2004 hvor det bes om en vurdering av om CargoNet AS faller innenfor forskrift 15. juni 2001 nr. 616 om offentlige anskaffelser (anskaffelsesforskriften) eller forskrift 5. desember 2003 nr. 1224 om innkjøpsregler for oppdragsgivere innen vann- og energiforsyning, transport og telekommunikasjon (forsyningsforskriften). Vedlagt deres brev følger en betenkning fra advokatfirmaet Wikborg Rein av 1. mars 2004.

Bakgrunn

CargoNet AS er et datterselskap i NSB-gruppen som den 1. januar 2002 overtok virksomheten til NSB Gods. NSB AS eier 55 prosent av selskapet, mens svenske Green Cargo AB, som er den tidligere godsdivisjonen til Statens Järnväger, eier 45 prosent. Siden 1. juni 2002 er NSB AS organisert som et aksjeselskap der staten ved Samferdselsdepartementet eier hele aksjekapitalen. Green Cargo AB er eid av den svenske staten. CargoNet AS er således heleid av det offentlige.

Den 21. desember 2001 fikk CargoNet AS tillatelse til trafikkvirksomhet knyttet til godstransport på det nasjonale jernbanenettet og drift av egen kjørevei. Kjernevirksomheten til selskapet er kombinerte transporter. Videre har CargoNet AS praktisert et særlig ansvar for Vognregisteret, hvor alle norske vogner registreres. Som registeransvarlig har selskapet ment at de har hatt en plikt til å sørge for at alle registrerte vogner er i forsvarlig stand, samt at de har kunnet gi vogneiere pålegg om nødvendig vedlikehold. Det opplyses i brev av 8. juni 2004 at det har vært en skriftlig korrespondanse med Samferdselsdepartementet og Statens jernbanetilsyn, der CargoNet AS har bedt om at ansvaret for vognregisteret overføres til en statlig virksomhet.

Postadresse	Kontoradresse	Telefon	Avdeling for	Saksbehandler
Postboks 8014 Dep	Einar Gerhardsens plass 1	22 24 90 90	næringsregulering og	Monica Auberg-
			skipsfart	Slettebøe
0030 Oslo		Org no.	Telefaks	22 24 02 63
		972 417 890	22 24 66 69	

Hvorvidt CargoNet AS har ansvar for et nasjonalt vognregister eller ikke, vil være et moment i vurderingen av om selskapet omfattes av anskaffelsesregelverket. I følge brev av 2. april fra Statens jernbanetilsyn til Samferdselsdepartementet har det imidlertid vært en "misforståelse" at CargoNet AS har praktisert ansvaret for et nasjonalt vognregister. I følge tilsynet er det kun den som skal bruke det rullende materialet på den norske kjøreveien som kan søke om godkjenning av materialet. Dette vil være virksomheter som har tillatelse til å drive jernbanevirksomhet eller virksomheter som har sikkerhets sertifikat til å trafikkere i Norge. Jernbanelovgivningen er altså mer restriktiv når det gjelder anledning til å fremme sak om godkjenning av rullende materiell enn hva som har vært praktisert av CargoNet AS. CargoNet AS er etter dette kun forpliktet etter forskrift 4. desember 2001 nr. 1334 om krav til jernbane, herunder sporvei, tunnelbane og forstadsbane m.m. (kravforskriften) § 13-5 til å føre register over alt rullende materiell som virksomheten er ansvarlig for, hvilket vil si alt rullende materiell selskapet har i bruk. Dette gjelder enten selskapet eier materialet selv eller ikke.

Ut fra ovennevnte opplysninger oppfatter departementet det slik at CargoNet AS ikke er ansvarlig for å føre et nasjonalt vognregister. Dette legges følgelig til grunn for vurderingene nedenfor.

Omfattes CargoNet AS av forsyningsforskriften?

Utgangspunktet er at oppdragsgivere som omfattes av forsyningsforskriften ikke omfattes av anskaffelsesforskriften, jf. anskaffelsesforskriften § 1-2 fjerde ledd. For at CargoNet AS skal falle innenfor forsyningsforskriften, må selskapet utøve en virksomhet som omfattes av forskriften. I henhold til forskriftens § 4 bokstav c) kommer forskriften til anvendelse på virksomheter som har til formål

"å drive rutenett beregnet på ytelse av offentlige tjenester i forbindelse med transport med:

- 1. automatiserte systemer, sporvei, trolleybuss, buss, kabel eller*
- 2. jernbane*

Et rutenett antas å foreligge dersom driftsvilkårene for tjenesten er fastlagt av vedkommende myndighet i en EØS-stat. Driftsvilkår kan for eksempel være hvilke ruter som skal betjenes, hvor stor kapasiteten skal være og hvor ofte rutene skal betjenes."

Oppdragsgivere som driver nett til betjening av offentligheten innenfor transport med jernbane er altså omfattet av regelverket. Dette gjelder også for godstransport. Det forutsettes imidlertid at driften foregår på betingelser som er fastsatt av offentlige myndigheter. Departementet har gått gjennom tillatelsen fra Statens jernbanetilsyn av 21. desember 2001, samt sportilgangsavtalen med Jernbaneverket, og kan ikke se at det er fastsatt betingelser som kvalifiserer til å være driftsvilkår i henhold til forsyningsforskriften § 4 bokstav c). Det fremgår for øvrig av betenkningen fra

Wikborg Rein at myndighetene ikke setter krav til tjenesteomfang til operatørene og at disse har frihet til å fastsette prisnivå og strekninger som skal trafikkeres. Med bakgrunn i den informasjon som har vært tilgjengelig for departementet, synes CargoNet AS' virksomhet å falle utenfor virkeområdet til forsyningsforskriften.

Omfattes CargoNet AS av anskaffelsesforskriften?

Forutsatt at CargoNet AS ikke omfattes av forsyningsforskriften, oppstår spørsmålet om anskaffelsesforskriften kommer til anvendelse. For at anskaffelsesforskriften skal komme til anvendelse må selskapet være en oppdragsgiver som omfattes av forskriften. Spørsmålet blir derfor om CargoNet AS er å anse som et "offentligrettslig organ" i henhold til anskaffelsesforskriften § 1-2. Som offentligrettslig organ regnes ethvert organ:

- "a. som tjener allmennhetens behov, og ikke er av industriell eller forretningsmessig karakter, og*
- b. som er et selvstendig rettssubjekt, og*
- c. som i hovedsak er finansiert av statlige, fylkeskommunale eller kommunale myndigheter eller andre offentligrettslige organer, eller hvis forvaltning er underlagt slike organers kontroll, eller som har et administrasjons-, ledelses- eller kontrollorgan der over halvparten av medlemmene er oppnevnt av statlige, fylkeskommunale eller kommunale myndigheter eller andre offentligrettslige organer."*

Selvstendig rettssubjekt

CargoNet AS er et aksjeselskap og følgelig et selvstendig rettssubjekt, jf. § 1-2 bokstav b.

Offentlig finansiering/kontroll

I følge betenkningen fra Wikborg Rein fastslår aksjonæravtalen av 2. juli 2001 mellom NSB AS og SJ Green Cargo AB at styret i CargoNet AS utpekes av NSB AS og Green Cargo AB i fellesskap. Nærings- og handelsdepartementet har tidligere vurdert NSB AS til å være et offentligrettslig organ i anskaffelsesforskriftens forstand. Når det gjelder Green Cargo AB sies det i den nevnte betenkningen at også dette selskapet er omfattet av anskaffelsesregelverket. På bakgrunn av at begge eierselskapene er å anse som offentligrettslige organer, må CargoNet AS anses underlagt slike organers kontroll. Det tredje kriteriet i bokstav c er følgelig oppfylt.

Allmennhetens behov

Når det gjelder "allmennhetens behov" er dette et begrep som i følge EF-domstolens praksis skal fortolkes vidt¹. Det skal følgelig lite til for at en virksomhet kan sies å ha

¹ Jf. bl.a. C-18/01 Taitotalo-avgjørelsen, premiss 41-45

allmennyttig formål. En sentral vurdering her er om selskapet skal ivareta behov i samfunnet fremfor juridiske eller enkeltpersoners interesse.

Vanligvis er dette behov staten ønsker å bevare en avgjørende innflytelse over, eller å imøtekomme behovene selv, fordi det av hensyn til allmennheten ikke er tilstrekkelig med de tjenester som tilbys av private næringsdrivende. Det presiseres her at det faktisk at andre virksomheter kan imøtekomme behovet, ikke utelukker at virksomheten tjener "allmennhetens behov"².

I St.meld. nr. 48 (2000-2001) Om NSB AS' virksomhet 2001-2003 uttrykte Regjeringen at det ut fra samfunnsøkonomiske vurderinger er viktig å opprettholde toget som et betydningsfullt transportmiddel i Norge, også der dette ikke er bedriftsøkonomisk lønnsomt. Dette gjelder innen både person- og godstransportmarkedet. I følge stortingsmeldingen er det også et politisk mål å få til en overføring av godstransport fra veg til bane. Viktige hensyn her er trafikksikkerhet og miljø. For å kunne nå målet er det ifølge Samferdselsdepartementet en forutsetning at det er en sterk godsaktør i Norge. Det er etter dette Nærings- og handelsdepartementets vurdering at CargoNet AS' virksomhet tjener "allmennhetens behov".

Ikke av industriell eller forretningsmessig karakter

Det siste kriteriet som må være oppfylt for at CargoNet AS kan sies å være et offentligrettslig organ, er at virksomheten ikke er av "industriell eller forretningsmessig karakter".

Spørsmålet her er om selskapet er av en slik karakter at det samlet sett foreligger en risiko for at det kan ledes til å ta andre hensyn enn de rent økonomiske.

Departementet har ikke tilstrekkelig informasjon om CargoNet AS til å vurdere om det samlet sett foreligger en risiko for at selskapet kan ledes til å ta andre hensyn enn de rent økonomiske. For å legge til rette for at selskapet selv skal være i stand til å gjøre denne vurderingen, gjøres det her rede for momenter som er viktige i en slik vurdering.

For å avgjøre om en virksomhet ikke er av industriell eller foretningsmessig karakter må det foretas en konkret helhetsvurdering hvor betingelsene for virksomhetens aktiviteter (deriblant konkurransesituasjonen), kommersiell risiko og omstendighetene ved stiftelsen av virksomheten er sentrale momenter. EU domstolen uttrykker dette slik i domskonklusjonen i Taitotalo-avgjørelsen³:

"Med henblik på at vurdere, om disse behov falder uden for det erhvervs- eller forretningsmæssige område, skal den nationale ret vurdere de omstændigheder, der gikk forud for opprettelsen af selskabet, og de betingelser, selskabet er underlagt ved udøvelsen af sin virksomhed, herunder særligt, om det forfølger et indtjeningsmæssigt

² C-360/96 Arnhem- avgjørelsen.

³ Sak C-18/01

hovedformål, om det bærer de risici, der er forbundet med udøvelsen af denne virksomhed, samt om virksomheden eventuelt finansieres af det offentlige.”

Når det gjelder omstendighetene rundt selskapets stiftelse må både omstendighetene rundt stiftelsen av NSB og CargoNet AS tas i betraktning. NSB har vært gjennom flere omorganiseringer av virksomheten. Det ble omdannet til særlovselskap ved lov 22. november 1996 nr. 66 om statens jernbanetrafikkselskap. Formålet med selskapet var å drive gods- og persontransport på jernbane. Ved lov 21. juni 2002 nr. 43 om omdanning av statens jernbanetrafikkselskap ble NSB BA oppløst og NSB AS stiftet. Det ble forutsatt at staten fortsatt skulle være eeneier av selskapet. Eierskapet ble sett på som et viktig supplerende virkemiddel for å sikre et helhetlig togtilbud innen både person- og godstrafikken. Omdanningen innebar i praksis en videreføring av igangværende virksomhet.

Videre ble NSB AS' godstransportvirksomhet skilt ut som et eget selskap 1. januar 2002. Man ønsket med dette å legge til rette for at godseneheten kunne inngå nødvendige allianser med samarbeidspartnere for å møte den økte konkurransen i godstransportmarkedet i Europa. Det ble lagt til grunn at alliansebyggingen skulle skje på en slik måte at NSB Gods fortsatt inngår som en del av NSB-konsernet, det vil si at NSB AS fortsatt er majoritetseier av selskapet. Hensikten er å sikre fortsatt sterke norske interesser innen godstransport med jernbane. Dette kan tale for at selskapet også skal ivareta allmenne hensyn av ikke kommersiell karakter.

I følge ovennevnte rettspraksis er det et sentralt moment om selskapet bærer en reell kommersiell risiko eller om det er skjermet for konkurranse. Virksomhetens drift er kommersiell når virksomheten konkurrerer på like vilkår som resten av markedet.

Spørsmålet blir da om CargoNet AS befinner seg i særstilling i forhold til sammenlignbare virksomheter, eller om det opererer på gunstigere vilkår enn resten av markedet.

Den som vil drive jernbanevirksomhet i Norge må ha tillatelse fra Statens jernbanetilsyn, jf. forskrift 5. februar 2003 nr. 36 om tillatelse til å drive jernbane, herunder sporvei, tunnelbane og forstadsbane m.m., samt tilgang til å trafikere det nasjonale jernbanenettet (tillatelsesforskriften) § 4-1. Ved denne forskriftens § 2-1 er det åpnet for konkurranse i godstransportmarkedet ved at virksomheter som vil drive godstransport kan søke Statens jernbanetilsyn om tillatelse. Dette kan på sikt føre til at flere jernbaneforetak vil etablere seg som godstransportører i Norge. Rettslig sett er følgelig CargoNet AS ikke skjermet for konkurranse. Dette momentet trekker i retning av at selskapet opererer på like vilkår som eventuelle andre aktører.

Et moment som kan tale for at selskapet er i en særstilling, er hvis det mottar direkte økonomisk støtte. Dersom CargoNet AS får overført midler fra NSB AS vil det være et moment som taler for at selskapet anses å være et offentligrettslig organ.

Departementet har imidlertid ingen opplysninger som tilsier at selskapet mottar slik støtte.

Dersom NSB AS kjøper tjenester direkte av CargoNet AS i kraft av egenregi er også det relevant i vurderingen. Hvis slike eventuelle tjenester utgjør en vesentlig del av CargoNet AS' virksomhet reduserer det selskapets kommersielle risiko.

Et annet moment som vil være relevant, er hvorvidt myndighetene vil tillate at selskapet går konkurs. I denne sammenheng pekes det på St.meld. nr. 48 (2000-2001) hvor Regjeringen uttrykte at det ut fra samfunnsøkonomiske vurderinger er viktig å opprettholde toget som et betydningsfullt transportmiddel i Norge, også der dette ikke er bedriftsøkonomisk lønnsomt. Hvis de offentlige eierne ikke baserer seg på markedsinvestorprinsippet ved eventuell innskytelse av ny kapital, taler dette for at selskapet ikke er av "forretningsmessig karakter" i forskriftens forstand.

Et minstekrav til kommersiell drift er at selskapet har som målsetning å tjene penger på virksomhetens aktiviteter. Departementet vil imidlertid peke på at rettspraksis legger til grunn at det ikke er avgjørende om virksomheten har som mål å gå med overskudd eller at virksomheten i praksis har en forretningsorientert innretning. Det må også vektlegges hva som er styrende for utøvelsen av eierpolitikken og dermed selskapets utvikling – er det sektorpolitiske hensyn eller rene forretningsmessige hensyn. Et relevant moment her er om det foreligger noe krav om avkastning fra eierne av selskapet. Hvis det ikke foreligger noe slikt krav vil et viktig incitament til å drive kommersielt være redusert.

Oppsummerende vurdering

CargoNet AS opererer i et marked som er åpnet for konkurranse. Dersom selskapet ikke får en vesentlig del av sine oppdrag direkte fra NSB AS, ikke mottar økonomisk støtte, det foreligger normale krav til avkastning fra eierne og det er rene forretningsmessige hensyn som styrer virksomheten, er det Nærings- og handelsdepartementets vurdering av selskapet ikke er å anse som et offentligrettslig organ. Selskapet omfattes da ikke av anskaffelsesforskriften. Dersom en eller flere av disse forutsetningene ikke er oppfylt, taler det for at selskapet er omfattet av regelverket for offentlige anskaffelser.

Med hilsen

Henriette Schlytter Grønn (e.f.)
underdirektør

Monica Auberg-Slettebø
rådgiver

Hedmark Trafikk KFK
Grønnegt. 83 - 85
2317 HAMAR

Deres ref
03908/02

Vår ref
200300389-4/HGJ

Dato
17.06.2004

Vurdering av kjøp av rutetransporttjenester - Regelverk for offentlige anskaffelser

Det vises til brev av 20.02.2003 og senere kontakt via telefon.

Nærings- og handelsdepartementet vil besvare henvendelsen på generelt grunnlag, da departementet i utgangspunktet ikke tar stilling til den konkrete anskaffelse.

1. Hvilket regelverk kommer til anvendelse

Konkurransen om tildeling av løyve for persontransport med motorvogn skal følge bestemmelser nedfelt i lov 21.06.2002 nr. 45 om yrkestransport med motorvogn og fartøy med forskrifter. Som det fremgår av Samferdselsdepartementets brev 7.01.2003 er det Samferdselsdepartementet som forvalter dette regelverket. Nærmere fortolkninger om dette regelverket må derfor avklares med Samferdselsdepartementet.

Tildeling av kontrakter, herunder kontrakter om persontransport i og utenfor rute, omfattes imidlertid i utgangspunktet også av lov om offentlige anskaffelser med forskrifter, som forvaltes av Nærings- og handelsdepartementet. For ordens skyld gjør vi oppmerksom på at unntak fra regelverket kan komme til anvendelse dersom løyvehaver enten bærer vesentlig økonomisk risiko for anskaffelsen. Dette fremgår av praksis fra EU-domstolen som slår fast at såkalte "service-concessions" er unntatt. Der løyvehaver selv er å anse som en offentlig oppdragsgiver, er det også unntaksmulighet etter regelverket (innkjøpsforskriftens § 1-3 (2) h, forsyningsforskriftens § 10 f).

Hedmark Trafikk opplyser i brev av 20.02.2003 at de "ikke selv har persontransportløyver, men er ansvarlig for ruteplanlegging og kjøp av

Postadresse	Kontoradresse	Telefon	Avdeling for	Saksbehandler
Postboks 8014 Dep	Einar Gerhardsens plass 1	22 24 90 90	næringsregulering og	Hanne Buch
0030 Oslo		Org no.	skipsfart	22240263
		972 417 890	Telefaks	
			22 24 27 79	

transporttjenester på det offentlige vegne". Dersom oppdragsgivers formål er å drive rutenett beregnet på ytelse av offentlige tjenester i forbindelse med transport med buss, skal anskaffelser som knytter seg til denne virksomheten følge forsyningsforskriften, jf. forsyningsforskriften §4 bokstav c nr. 1. I motsatt fall vil anskaffelsesforskriften komme til anvendelse. Det er enkelte unntak fra kravet om å følge forskriftene. Særlig aktuelt er der unntak for kontraktstildelinger der løyvehaver bærer vesentlig økonomisk risiko for ruten.

Det gjøres for øvrig oppmerksom på at Klagenemnda for offentlige anskaffelser har behandlet en sak som bl.a. berører en del av disse problemstillingene, jf. vedlagte sak 2003/149.

2. Adgang til å be om samlet tilbud på ulike tjenesteelementer

Spørsmålet som stilles i brev av 20.02.2003, er om oppdragsgiver i samme anbudspakke kan anskaffe transporttjenester som ikke krever løyve og tjenester som krever løyve. Etter departementets forståelse er dette et spørsmål om oppdragsgiver kan kreve at én leverandør utfører tjenester som myndighetene gjennom regulering behandler i to grupper, og slik at kravet innebærer at leverandører som ikke har løyve blir utelukket fra å levere tjenester som de ellers kunne være i posisjon til å konkurrere om.

Spørsmålet er ikke direkte regulert i anskaffelsesregelverket eller, etter det departementet kjenner til, avgjort gjennom rettpraksis. En må derfor vurdere spørsmålet i lys av de generelle prinsippene som ligger til grunn for regelverket.

Anskaffelsesregelverket har til formål å bidra til økt verdiskapning i samfunnet ved å sikre mest mulig effektiv ressursbruk ved offentlige anskaffelser basert på forretningsmessighet og likebehandling, jf. lov om offentlige anskaffelser §1. Utgangspunktet er at oppdragsgiver står fritt til å velge hvordan han vil bestille sine varer og tjenester, innenfor rammen av regelverket og med lovens §1 som rettesnor. Hensynet til effektiv ressursbruk vil normalt ligge bak den avgrensing oppdragsgiver gjør av hvilke varer eller tjenester det skal inngis tilbud på ved en konkurranse. Oppdragsgiver vil ofte slå sammen det som kan ses som enkeltstående tjenester eller varer under en anskaffelse, noe som i utgangspunktet må være tillatt. Et eksempel kan være kjøp av flere papirvarer (penn, blokker, ol) fra en leverandør, selv om oppdragsgiver alternativt kunne kjøpt penn og blokker fra to separate leverandører. Et annet eksempel er at oppdragsgiver kan velge mellom totalentreprise eller delentrepriser ved oppføring av et bygg. I mange sammenhenger er det ikke entydig hva som er det gunstigste gruppering av varer og tjenester. Dette vil blant annet være avhengig av en bedømming av tilbydersiden i markedet opp mot oppdragsgivers egne behov og kompetanse. Dette er avveinger som oppdragsgiver i utgangspunktet står fritt til å foreta.

Oppdragsgivers frihet til å selv å beslutte hvordan anskaffelsen best kan foretas, kan likevel tenkes å ha sine begrensninger. Begrensningene ligger først og fremst i de

grunnleggende prinsippene om konkurranse, diskriminering og proporsjonalitet. Loven oppstiller en rekke grunnleggende krav til offentlige oppdragsgivere i lov om offentlige anskaffelser §5. Oppdragsgiver skal bl.a. sørge for at anskaffelser så langt som mulig er basert på konkurranse. Prinsippene nedfelt i §5 skal sikre at potensielle leverandører har de samme muligheter til å oppnå kontrakter med det offentlige, samtidig som de skal bidra til at det offentlige foretar effektive anskaffelser og anvender offentlige midler på en økonomisk fornuftig måte.

En gruppering av ulike tjenesteelementer i en anskaffelse kan begrense konkurransen når det finnes leverandører som av for eksempel av strategiske eller legale grunner kun opererer i den ene del av markedet. Dersom de fordeler oppdragsgiver oppnår fremstår som små i forhold til den eventuelle konkurransebegrensning virkning som ligger i organiseringen av anskaffelsen, kan dette tale for at avgrensningen strider mot lovens prinsipper om konkurranse og likebehandling. Hvorvidt dette er tilfelle må bero på en konkret vurdering av den enkelte sak og det aktuelle markedet. Vi er ikke kjent med eksempler fra rettspraksis eller andre kilder som kan vise nærmere hvordan en slik avveining kan gjøres og hvor grensene går etter loven.

Departement ønsker ellers generelt å gjøre oppmerksom på at oppdragsgivere også kan vurdere om det er hensiktsmessig å åpne for at leverandører kan legge inn tilbud på hele eller deler av tjenesten. Forutsetningen for å følge en slik fremgangsmåte er imidlertid at oppdragsgiver ikke på forhånd har bestemt seg for at kun én leverandør skal velges for hele tjenesten, jf. kravene om forutberegnelighet i loa § 5.

Med hilsen

Henriette S. Grønn
underdirektør

Hanne Buch
rådgiver

Kopi:
Samferdselsdepartementet, ref. 0398/02 022984/02Ark

Vedlegg 1

Oslo skifterett og byskriverembete
Postboks 8009 Dep
0030 Oslo

Dykkar ref
ACF/acf

Vår ref
200402784-2 /KBF

Dato
03.06.2004

Regelverket for offentlege innkjøp – oppnemning av bustyrar i konkursbu

Vi viser til brev frå Oslo skifterett og byskrivarembete datert 31. juli 2003, vidaresemdt frå Justis- og politidepartementet 15. september 2003, med spørsmål om regelverket for offentlege innkjøp gjeld for oppnemning av bustyrarar i konkursbu. Nærings- og handelsdepartementet seier seg lei for at behandlinga har tatt så lang tid.

Verkeområdet til regelverket om offentlege innkjøp

Verkeområdet til regelverket går fram av §1-1 i forskrift om offentlige anskaffelser, heretter kalla innkjøpsforskrifta:

”Denne forskrift får anvendelse på varekontrakter, tjenestekontrakter og bygge- og anleggskontrakter som nevnt i § 1-3 (hvilke kontrakter som er omfattet av forskriften) som inngås av oppdragsgivere som nevnt i § 1-2 (hvem som er omfattet av forskriften).

Domstolane er, som ein del av staten, omfatta av innkjøpsforskrifta i medhald av § 1-2 (1). Spørsmålet er om oppnemning av bustyrarar er ein ”kontrakt ... som inngås” av tingretten. Kva som er ein kontrakt er nærare omtalt i § 1-4 bokstav a:

”gjensidig bebyrdende avtale som inngås skriftlig mellom en oppdragsgiver og en leverandør”

I definisjonen av ein kontrakt ligg det altså tre element som må vere oppfylt: det må liggje føre ein avtale, avtalen må vere gjensidig tyngande og inngått skriftleg.¹ Vi startar med spørsmålet om oppnemning av bustyrarar er ein avtale.

¹ EF-domstolen har også bygd på denne inndelinga i avgjerda av om ein avtale om infrastruktur var omfatta av regelverket for offentlege innkjøp, C-399/98 Scala.

Avtale

Kriteriet om at det skal liggje føre ein avtale, rettar seg mot grunnlaget for rettar og plikter. Ein avtale er bygd opp av eit tilbod og ein aksept. Motsatsen er t.d. eit forvaltningsvedtak, der forvaltninga pålegg plikter og gir rettar "under utøving av offentlig myndighet", jf forvaltningslova § 2.

Etter som vi forstår, oppnemner retten bustyrar anten i orskurden som opnar konkurs, eller som eit eige vedtak etterpå, jf konkurslova § 72 og § 77. Det mest vanlege skal vere å oppnemne bustyraren i den same orskurden som opnar konkurs. Forma på avgjerda kunne i og for seg tale imot at det ligg føre nokon avtale, av di oppnemninga skjer einsidig frå retten si side. Det er likevel verdt å merke seg at advokaten blir spurt på førehand om han eller ho er interessert i å ta på seg oppdraget. Dette er nødvendig både for å få avklart spørsmål om kapasitet og habilitet.

Dersom vi ser bak den formelle prosedyren med oppnemning i retten, kan vi difor hevde at det ligg føre ein avtale. Avtalen blir i realiteten inngått når advokaten samtykkjer til å vere bustyrar. Oppnemninga i retten kan difor sjåast som ei formalisering av eit alt inngått avtaleforhold. Etter vår oppfatning ligg det føre ein avtale mellom tingretten og advokaten som fungerer som bustyrar. Spørsmålet blir såleis om avtalen er gjensidig tyngande.

Gjensidig tyngande

I avgjerda av om avtalen mellom domstolen og advokaten som blir oppnemnt som bustyrar er gjensidig tyngande, må vi gå nærare inn på kva plikter og rettar partane har. Vi skal starte med pliktene til bustyraren og deretter sjå på vederlaget.

Pliktene som bustyrar er omfattande regulert i konkurslova, m.a. i § 85. Bustyraren skal sikre dei sams interessene til kravshavarane. Dessutan skal bustyraren medverke til at omsynet til vedkomande arbeidstakarar og særlege samfunnsinteresser blir tatt vare på under buhandsaminga, så langt det er i samsvar med interessene til kravshavarane.

Det følgjer av konkurslova at pliktene til bustyraren i første rekkje rettar seg mot kravshavarane, og ikkje mot tingretten. Tingretten kan ikkje administrere buet sjølv, men er tillagt enkelte tilsyns- og kontrolloppgåver. Det er difor ikkje naturleg å seie at pliktene til bustyraren er mot tingretten, og dei er difor ikkje ein del av ein gjensidig tyngande avtale mellom tingretten og bustyraren.

På bakgrunn av at pliktene til bustyraren i hovudsak ikkje rettar seg mot tingretten, er det ikkje nødvendig å gå inn på vederlaget. Vi vil likevel kort nemne at hovudregelen i lova er at det er buet som skal dekkje kostnadene ved bubehandlinga, jf konkurslova § 73. Sidan tingretten ikkje skal dekkje vederlaget, talar også det mot at avtalen mellom tingretten og bustyraren er gjensidig tyngande. At staten har eit ansvar for bukostnader utover rekvirentansvaret i dei tomme bua etter konkurslova § 73 tredje ledd, endrar ikkje dette.

Nærings- og handelsdepartementet ser det slik at det ikkje ligg føre nokon gjensidig tyngande avtale mellom tingretten og advokaten som blir oppnemnt som bustyrar.

Skriftleg avtale

Av di vilkåret om ein gjensidig tyngande avtale ikkje er oppfylt, og dei tre vilkåra er kumulative, ser vi ikkje grunn til å gå inn på kravet om at avtalen skal vere skriftleg.

Konklusjon

Etter Nærings- og handelsdepartementets syn er ikkje oppnemning av bustyrarar omfatta av regelverket for offentlege innkjøp.

Med helsing

Henriette S. Grønn (e.f.)
underdirektør

Kaja Breivik Furuseth
førstekonsulent

Kopi:
Justis- og politidepartementet
Domstolsadministrasjonen
Konkursrådet

Vest-Agder fylkeskommune
Fylkesrevisjonen v/Terje Osnes
Postboks 770
4611 KRISTIANSAND S

Deres ref
TO

Vår ref
200301077-66/JHB

Dato
19.05.2004

Forespørsel vedr Lov / forskrift om offentlig anskaffelser og selvstendig innkjøpskompetanse

Det vises til brev datert 27. juni 2003, hvor det reises spørsmål om hvorvidt anskaffelsesregelverket pålegger at fylkeskommunens forskjellige virksomheter og enheter samordner sine anskaffelser ved anskaffelse av såkalte "ensartede varer eller tjenester" jf forskrift om offentlige anskaffelser § 2-3 (5).

Det vises også til omtale om fylkeskommunens organisatoriske inndeling, herunder fylkeskommunens forskjellige forvaltningsenheter og virksomheter med eget innkjøpsansvar. Videre pekes det på ulike praktiske problemstillinger vedrørende koordinering av anskaffelser, dersom man må sammenholde anskaffelser av "ensartede varer eller tjenester" for hele fylkeskommunen under ett når verdien på anskaffelsene skal beregnes.

Det skal innledningsvis bemerkes at det er domstolen, og ikke departementet, som har den rettslige kompetansen til å fortolke forskriften med bindende virkning. Som forvalter av anskaffelsesregelverket ønsker likevel departementet å kommentere spørsmålet. I denne sammenheng bemerkes det at spørsmålet som er reist også kan knyttes til den generelle reglen om forbudet mot oppdeling av en anskaffelse for å unngå at loven eller forskriften kommer til anvendelse. I kommentarene nedenfor, vil departementet under punkt 1 og 2 nedenfor redegjøre for dette forholdet for å imøtekomme disse aspektene ved deres og lignende henvendelser. Punkt 3 nedenfor går imidlertid direkte på deres spesifikke spørsmål.

Postadresse	Kontoradresse	Telefon	Avdeling for	Saksbehandler
Postboks 8014 Dep	Einar Gerhardsens plass 1	22 24 90 90	næringsregulering og	Johan Henrik Bjørge
0030 Oslo		Org no.	skipsfart	22246696
		972 417 890	Telefaks	
			22 24 66 69	

1. Fylkeskommunens plikt til å følge anskaffelsesregelverket

Forskriften slår fast at fylkeskommuner er en oppdragsgiver som er omfattet av anskaffelsesregelverket, § 1-2 (1). Dette innebærer at samtlige enheter/virksomheter som er en del av fylkeskommunens juridiske person, som utgangspunkt skal følge det alminnelige anskaffelsesregelverket. Unntak gjelder imidlertid fylkeskommunal virksomhet innen forsyningssektorene (herunder transport). Her gjelder "Forskrift om innkjøpsregler for oppdragsgivere innen vann- og energiforsyning, transport og telekommunikasjon (forsyningssektorene)".

Det kan tenkes situasjoner der anskaffelser både skal dekke behov til en enhet som faller innunder det alminnelige anskaffelsesregelverket og en enhet som omfattes forsyningsforskriften. For eksempel kan dette være aktuelt ved oppføring av bygg som både en forsyningsvirksomhet og en alminnelig forvaltningsenhet skal benytte. Regelverkene gir ikke direkte svar på hvilken av de to forskriftene som da skal brukes.

Hensynet til å unngå omgåelser av regelverket, tilser at man i disse tilfellene velger det strengeste regelverket. Da bør man ta utgangspunkt i den enkelte enhets andel av den totale anskaffelsen, og vurdere hvilke regler som ville fått anvendelse dersom anskaffelsen kun gjaldt denne. Et eksempel kan være kjøp av kopimaskiner til 900.000 der den alminnelig forvaltningsenhet skal ha en tredel og en forsyningsenhet to tredeler av maskinene. Forsyningsforskriften krever ikke kunngjøring av denne kontrakten, siden terskelverdien for varekjøp er høyere. Andelen for den alminnelige forvaltningsenheten overstiger imidlertid 200.000,- kroners grensen for direkte kjøp. Dermed bør anskaffelsen kunngjøres. Det kan riktignok tenkes argumentert for at man anvender regelverket som gjelder den enhet som skal finansiere mer enn halvparten av kontraktsverdien, eller på annen måte har en kontroll med hvem som skal tildeles kontrakt. I denne sammenheng vises det til at dette prinsippet gjelder ved blandende kontrakter (jf. innkjøpsforskriftens § 2-6). Departementet oppfatter imidlertid at man i mangel av klar rettspraksis, bør legge til grunn det regelverket som størst grad gir regler for å ivareta anskaffelseslovens prinsipp om konkurranse.

Tilsvarende prinsipp kan legges til grunn der forvaltningsenheter gjør innkjøp sammen med private oppdragsgivere, hvor både den private og offentlige part har rettigheter og plikter etter samme kontrakt.

2. Beregning av anskaffelsens verdi

Hva "utgjør" en anskaffelse?

Det prinsipielle utgangspunkt er at det er den antatte verdien av hver individuelle vare- eller tjenestekontrakt som planlegges inngått, som skal legges til grunn når anskaffelsens verdi skal fastsettes. Dette forutsetter imidlertid at den individuelle kontrakten "utgjør" hele anskaffelsen. I § 2-3 åpnes det for at oppdragsgiver etter eget

skjønn kan dele opp anskaffelsen i separate kontraktsinngåelser der dette er hensiktsmessig (særlig aktuelt ved tjenester). Dvs at oppdragsgiver åpner for muligheten om del-leveranser i forbindelse med en anskaffelse eller planlegger å inngå flere kontrakter på forskjellige tidspunkt som samlet sett skal komplettere en anskaffelse. I slike tilfeller må samtlige kontrakter som sammen utgjør hele anskaffelsen tas med i beregningen av anskaffelsens verdi, når oppdragsgiver skal avgjøre om anskaffelsen overstiger terskelverdiene. Dette fremgår av bestemmelsens første ledd, som lyder:

(1) *Anskaffelsens verdi beregnes på grunnlag av den samlede verdi av de kontrakter som utgjør anskaffelsen på kunngjøringstidspunktet*

(4) *Når en tjeneste eller et bygge- og anleggsarbeid er inndelt i flere delarbeider som det skal inngås særskilte kontrakter for, skal verdien av hvert delarbeid tas med i beregningen.*

Oppdragsgiver må derfor først vurdere om de kontrakter som planlegges inngått er en del av samme anskaffelse. Et naturlig utgangspunkt i en vurdering om hva som "utgjør anskaffelsen" er om det man planlegger å anskaffe av varer eller tjenester som til sammen har til formål å dekke et bestemt behov. For eksempel vil planlagt kjøp av PC-er og software til PC-ene utgjøre en anskaffelse, selv om oppdragsgiver velger å inngå separate kontrakter. Motsatt vil resultatet være om man skal kjøpe elektrotjenester og rørleggertjenester, såfremt man ikke står ovenfor en bygg og anleggskontrakt. Det bemerkes likevel at det ikke kan være avgjørende i en vurdering av om man står ovenfor en eller flere forskjellige anskaffelser at anskaffelsen innebærer både kjøp av varer og tjenester (f.eks. rørleggertjenester).

Omgåelsesreglene

Videre følger av de grunnleggende kravene til offentlige anskaffelsesvirksomhet i lov om offentlige anskaffelser § 5 at en:

"oppdragsgiver ikke skal dele opp en planlagt anskaffelse i den hensikt å unngå at bestemmelsen gitt i eller i medhold av denne lov kommer til anskaffelse"

Lovens § 5 fastsetter dermed et generelt forbud mot å dele opp en planlagt anskaffelse når motivet for oppdelingen er å omgå lovens eller forskriftens bestemmelser, mens forskriften presiserer i § 2-3 at dette gjelder blant annet valg av måten verdien av kontraktene beregnes på, samt taktisk inndeling av kontrakter eller mengde. I denne sammenheng vises det særlig til § 2-3 nr 2 og 3, som lyder:

(2) *Valget av metode for beregning av anskaffelsens verdi skal ikke foretas i den hensikt å unngå at bestemmelser i denne forskrift får anvendelse på kontrakten.*

(3) *En planlagt anskaffelse av en bestemt ytelse kan ikke deles opp i den hensikt å unngå at bestemmelser i denne forskrift kommer til anvendelse.*

Bestemmelsen tar utgangspunkt i at en anskaffelse kan deles opp når det foreligger saklige grunner for dette. Eksempler på saklig grunn kan være at oppdragsgiver

vurderer innholdet eller omfanget av fremtidig behov som usikkert, usikkerhet knyttet til fremtidige budsjettmessige forhold eller anskaffelsen gjelder produkter hvor markedet hyppig skrifter ut og forbedrer produktene eller løsningene. Det bemerkes også at overnevnte bestemmelser ikke legger føringer på hvordan oppdragsgiver skal planlegge sine anskaffelser. Hovedpoenget er med bestemmelsene er å fange opp anskaffelsesmetoder som ikke er basert på kommersielle metoder, og hvor kontraktene på en kunstig måte splittes opp i enheter for å unngå regelverkets forpliktelser.

Kontrakter av samme type som skal fornyes ved utløp - 12 måneders regelen

For kontrakter av samme art som inngås regelmessig eller som fornyes i løpet av en bestemt periode, må oppdragsgiver være oppmerksom på reglene i § 2-3 nr 8. Dette gjelder uavhengig om oppdragsgiver rent faktisk planlegger å inngå en ny løpende kontrakt for lignende varekontrakter eventuelt for samme type tjenestekontrakter, da beregningen minimum skal baseres på samlede kontrakter av samme type med en eller flere leverandører innenfor en 12 måneders periode. Bestemmelsen innebærer at tidligere inngåtte kontrakter også skal inngå i beregningen av anskaffelsens verdi (bokstav a) eller alternativt skal man legge til grunn antatte verdi av fremtidige kontrakter innen de neste 12 månedene (bokstav b). Det er opp til oppdragsgiver å velge om det er bokstav a eller b som best dekker de faktiske forhold, forutsatt at ikke valg av metode alene skjer ut fra den hensikt å omgå regelverket. For eksempel vil det være naturlig å legge til grunn beregningsmetoden i bokstav a, dersom man ikke har oversikt over det fremtidige behovet. Motsatt vil oppdragsgiver måtte legge til grunn verdien av fremtidige kontrakter (bokstav b), dersom det er sannsynlig at det fremtidige behovet vil være større enn foregående år. Utgangspunktet for beregning av periode vil i praksis være kalender år, men også oppdragsgivers budsjett år kan legges til grunn når dette avviker fra kalender året.

Det typiske og praktiske anvendelsesområdet for bestemmelsene vil være kjøp av renholdstjenester, kontorrekvisita, sanitærartikler, elektrisitet o.l. Juridisk teori at pekt på at det vil være et sentralt vurderingstema om hva som anses som "tilsvarende varekontrakter eller samme type tjenester", om varen eller tjenesten kan dekkes av samme leverandørmarked. I denne sammenheng vises det også til punkt 3 som berører tilsvarende spørsmål.

Det bemerkes også at hovedpoenget med bestemmelsen er at man ikke skal omgå reglene ved å legge til grunn kun den individuelle kontraktsverdien dersom den etablerte anskaffelsespraksis innebærer repetitive tilsvarende kontrakter av mindre verdi, når behovet for gjennatte kjøp fortsatt vil eksistere. Bestemmelsen er imidlertid ikke til hinder for at man operer med kontrakter av kortere varighet som fornyes. Det opplyses også at dersom en slik avtale er lengre enn 12 måneder, fortrenger den de to omtalte bestemmelsene. I slike tilfeller skal oppdragsgiver legge til grunn den antatte verdien for hele perioden.

3. Om organisering av innkjøpsansvar og en eventuell plikt til å ta hensyn til organisasjonens kontrakter av tilsvarende type ved beregning

Anskaffelsesregelverket legger ikke føringer på statens, fylkeskommunenes eller kommunenes måte å organisere innkjøps- og forsyningsansvaret. Ansvarer kan derfor tilpasses til det som best passer organisasjonen. Dette innebærer at innkjøpsansvaret fritt kan sentraliseres eller delegeres til de enkelte virksomheter eventuelt mindre enheter, uten dette vil stride mot anskaffelsesregelverket. Videre står organisasjonen (fylkeskommunen) fritt til å sentralisere ansvaret for noen innkjøpsområder, mens andre desentraliseres.

Med hensyn til spørsmålet om verdien av en planlagt kontrakt skal legges sammen med tilsvarende kontrakter¹ som en annen enhet eventuelt administrasjonen planlegger å inngå, har forskriften ingen bestemmelser som direkte gir svar på om dette retter seg mot kontrakter i hele organisasjonen eller om dette gjelder den enkelte enhet. Derimot finnes det, som nevnt under punkt 2, regler om hvilke planlagte kontrakter i organisasjonen som har en så nær sammenheng at de til sammen "utgjør" en anskaffelse og om inngåelse av flere kontrakter av samme type innenfor samme planleggingsperiode. I denne sammenheng vises det til reglene i § 2-3 nr 1 og 5, samt omgåelsesreglene hvis motivet for at hver enhet inngår individuelle kontrakter skjer ut fra den hensikt å omgå regelverket.

Forskriftens § 2-3 nr 1

Dersom enkelte underliggende eller sidestilte enheter planlegger inngåelse av kontrakter som sammen utgjør en anskaffelse, må disse kontraktene vurderes etter denne regelen. Det er altså hva som utgjør en anskaffelse som er vurderingstema, ikke hvem i organisasjonen som planlegger å inngå den enkelte kontrakt. I slike tilfeller er det uten betydning om deler av anskaffelsen rent praktisk gjennomføres av flere enheter, herunder om det ligger til den enkelte enhet å administrere inngåelse av en eller flere delkontrakter. Tilsvarende vil som regel gjelde når flere offentlige juridiske personer går sammen om en anskaffelse eventuelt i samarbeid med en eller flere private aktører, da disse mange tilfeller anses å være en type "sammenslutning" (jf § 1-2) som på selvstendig grunnlag omfattes av reglene.

Forskriftens § 2-3 nr 5

Bestemmelsen lyder:

(5) Dersom en planlagt anskaffelse av ensartede varer, tjenester eller bygge- og anleggsarbeid kan føre til tildeling av flere enkeltkontrakter samtidig, skal den samlede anslåtte verdi av disse enkeltkontraktene legges til grunn.

Bestemmelsen tar utgangspunkt i planlagte anskaffelser av "ensartede" varer (f.eks. kontormøbler, IT-utstyr, rengjøringsprodukter, kontormaskiner, m.v.) og tjenester (arkitekttjenester, undervisningstjenester, revisjonstjenester, transporttjenester, m.v.),

¹ Vare- og tjenestekontrakter

hvor oppdragsgiver benytter seg av muligheten til å inngå flere kontrakter selv om det også er mulig å få dekket dette gjennom en kontrakt. I juridisk teori legges det til grunn at det vil være et sentralt vurderingstema om de kontraktene som planlegges inngått retter seg til samme leverandørmarked.

Heller ikke denne bestemmelsen, tar direkte opp problemstillingen om det er betydning at underliggende eller sidestilte enheter har selvstendig innkjøpsansvar og dermed kun planlegger de kontrakter som den enkelte enhet skal forestå.

Det skal imidlertid påpekes at forskriftens referanse til ”planlagt” viser til oppdragsgivere som er omfattet av regelverket, men ikke nødvendigvis hele den juridiske person i denne sammenheng. For eksempel skriver Sue Arrowsmith på side 173 i kommentarene til EØS direktivene (tilsvarende bestemmelser som i forskriften):

“...the aggregation rules are not to require the aggregation of contracts awarded by independent units”

I den danske veilederen, som er utarbeidet av Konkurrencestyrelsen på side 77 , omtales slike enheter som “decentrale enheder”.

Arrowsmiths konklusjon baserer seg i hovedsak på en betraktning av formålet med bestemmelsene, og anfører at betraktningen har støtte i et skriv fra EU-kommisjonen hvor kommisjonen omtaler ”innkjøpsuavhengige” enheter som ligger til en juridiske person som er omfattet av reglene.

Både den danske veilederen og Arrowsmith oppgir at kommisjonen har akseptert at den omtalte regel ikke får anvendelse på innkjøpsuavhengige enheter, dersom enheten tilfredstiller alle de følgende forutsetninger:

- Enheten har eget budsjett og selvstendig innkjøpsansvar,
- anskaffelsen er kun til denne enheten (i motsatt fall må § 2-3 nr 1 vurderes), og
- beslutningen om inngåelse av kontrakt, tas utelukkende av denne enheten for den type anskaffelse (dvs at enheten ikke på noen måte trenger godkjenning for anskaffelsen)

Det bemerkes imidlertid at det ikke foreligger noen klar praksis på hvilke kriterier som beskriver en slik enhet, men at man med støtte i juridisk teori og kommisjonens anførsler vil kunne legge ovennevnte til grunn.

Sue Arrowsmith nevner at britiske skoler, ofte vil oppfylle disse betingelsene. Departementet legger til grunn at dette også f.eks. må gjelde for norske skoler, det enkelte departement og underliggende organ, samt mindre enheter/avdelinger som reelt oppfyller ovennevnte kriterier på et eller flere innkjøpsområder.

Omgåelsesbestemmelsene

Det legges til grunn at den reelle begrunnelsen for organisatorisk fordeling av innkjøpsansvar og måten dette gjøres på, i praksis ikke skjer ut fra et motiv om å omgå regelverket. Derimot gis en enhet myndighet på større eller mindre innkjøpsområder, ut fra hensynet til effektiv forsyning og administrasjonsfordeler. Det blir derfor kun i spesielle tilfeller, at omgåelsesreglene i denne sammenheng må vurderes nærmere. Dette kan f.eks. være aktuelt i denne sammenheng å vurdere om en ordning er i strid med hensynene bak omgåelsesreglene dersom det legges opp til at en enhet i hovedsak skal benytte sentralt inngåtte rammeavtaler uten at vilkårene for å inngå selvstendig kontrakter for samme varer eller tjenester er tilstrekkelig klare.

Retten for den juridiske personen til selv å bestemme den hensiktsmessige organiseringen av innkjøpsmyndighet, må antas å gjelde selv om dette rent faktisk kan få betydning for omfanget av organisasjonens samlede kontraktene som faller innunder regelverket eventuelt for hvilke anskaffelsesprosedyrer som må følges for en konkret anskaffelse. For eksempel er det naturlig at organisasjoner med et sentralisert innkjøpsansvar på ett eller flere områder ofte vil inngå større avtaler, da de planlagte anskaffelsene tar utgangspunkt i hele organisasjonens behov.

Med hilsen

Pål Hellesylt (e.f.)
avdelingsdirektør

Johan Henrik Bjørge
seniorrådgiver

Troms fylkeskommune
9296 TROMSØ

Deres ref
002592/03

Vår ref
200301077-65/BAL

Dato
16.03.2004

Henvendelse vedr anskaffelse av elektrisk kraft

Det vises til deres brev av 31. januar 2003 og 26. november 2003. Vi beklager at det har tatt så lang tid før deres henvendelse har blitt besvart.

Deres brev reiser en rekke problemstillinger når det gjelder kjøp av elektrisk kraft, spesielt når det gjelder kjøp av kraft på kraftbørsen Nord Pool.

1. KJØP AV ELEKTRISITET UNDER TERSKELVERDIENE

Den klare hovedregelen for kontrakter under terskelverdiene er at det skal benyttes anbudskonkurranse eller konkurranse med forhandling, jf forskrift om offentlige anskaffelser av 15. juni 2001 § 11-1 (1). Dersom vilkårene i § 11-2 er oppfylt kan direkteanskaffelse likevel benyttes.

Etter § 11-2 kan direkteanskaffelse anvendes dersom det gjelder varer eller tjenester som kjøpes på børs/råvarebørs eller lignende marked. Kjøp av elektrisitet på Nord Pool vil derfor kunne foretas som en direkteanskaffelse.

Imidlertid kan en nok ikke se på hvert enkelt kjøp av elektrisitet isolert, men på det samlede kjøp av elektrisitet i samsvar med § 2-3 (8). Kjøp av elektrisitet vil derfor ofte overstige terskelverdiene.

Postadresse	Kontoradresse	Telefon	Avdeling for	Saksbehandler
Postboks 8014 Dep	Einar Gerhardsens plass 1	22 24 90 90	næringsregulering og	Bjørnar Alterskjær
			skipsfart	22 24 66 89
0030 Oslo		Org no.	Telefaks	
		972 417 890	22 24 66 69	

2. KJØP AV ELEKTRISITET OVER TERSKELVERDIENE

Ordlyden i § 4-1

Hovedregelen for kontrakter over terskelverdiene er at det skal benyttes åpen eller begrenset anbudskonkurranse jf § 4-1. Konkurransen med forhandling kan likevel benyttes dersom vilkårene i § 4-2 eller § 4-3 er tilstede. Normalt vil disse unntakene ikke komme til anvendelse ved kjøp av elektrisitet. Når det gjelder kjøp over terskelverdiene tyder derfor ordlyden på at det ikke er mulig å innfortolke et unntak for kjøp av elektrisitet på Nord Pool slik en finner når det gjelder kjøp under terskelverdiene.¹

Rådsdirektiv nr. 93/36 om offentlige varekjøp

Når det gjelder hvorvidt en likevel kan innfortolke et slikt unntak over terskelverdiene vil en måtte se på direktivene som ligger til grunn for gjennomføringen. Forskrift om offentlige anskaffelser kapittel II gir regler som gjennomfører bestemmelser i WTO-avtalen og EØS-direktivene for offentlige anskaffelser. Når det gjelder kjøp av elektrisitet vil det relevante direktivet være *rådsdirektiv nr. 93/36 om offentlige varekjøp*.² Hovedregelen er her at ved kontrakter over terskelverdiene skal det benyttes åpen eller begrenset anbudskonkurranse. Konkurransen med forhandling kan likevel benyttes dersom vilkårene er tilstede. Heller ikke her finnes det noen unntak for kjøp av varer på børs.

Derimot finnes et slikt unntak i forsyningsdirektivet.³ Forsyningsdirektivet er i norsk rett gjennomført ved forsyningsforskriften. Forsyningsforskriften vil normalt ikke komme til anvendelse når det gjelder et offentlig organs innkjøp av elektrisitet til eget bruk.⁴

¹ En del av tjenestene som Nord Pool yter vil kunne tenkes definert som finansielle tjenester. Etter § 1-3 2) e) får forskriften ikke anvendelse på ”kontrakter om finansielle tjenester i forbindelse med emisjon, kjøp, salg og overdragelse av verdipapirer eller andre finansinstrumenter, samt sentralbanktjenester” Det vil imidlertid være et tolkningsspørsmål hvilke av Nord Pools ytelser som kan anses som finansielle tjenester i forbindelse med verdipapirer/andre finansinstrumenter og hvilke ytelser som må ses på som vanlige varekjøp. I de fleste tilfeller vil nok det offentliges kjøp av Nord Pools ytelser måtte ses på som varekjøp som omfattes av forskriften. For de deler av Nord Pools ytelser som eventuelt faller innefor definisjonen i § 1-3 2) e) vil imidlertid forskriften ikke få anvendelse.

² Rådsdirektiv 93/36 av 14. juni 1993 om samordning av behandlingsmåten ved tildeling av kontrakter om offentlige varekjøp.

³ Rådsdirektiv 93/38 av 14. juni 1993 om samordning av innkjøpsreglene for oppdragsgivere innen vann- og energiforsyning, transport og telekommunikasjon. I Artikkel 20 2) h) er det gitt unntak fra hovedregelen om åpen eller begrenset anbudskonkurranse når det gjelder ”... varer som noteres og kjøpes på et råvaremarked”

⁴ Når det gjelder hvilke oppdragsgivere som er omfattet av forsyningsforskriften er dette regulert i Forskrift om innkjøpsregler for oppdragsgivere innen vann- og energiforsyning, transport og telekommunikasjon (forsyningssektorene) av 5. desember 2003 nr. 1424 § 4, jf § 3.

En tolking av rådsdirektiv 93/36 tilsier derfor heller ikke at en kan innfortolke et unntak når det gjelder kjøp av elektrisitet på Nord Pool slik en finner når det gjelder kjøp over terskelverdiene.

Juridisk teori

Problemstillingen har vært behandlet i Arrowsmith, *The Law of Public and Utilities Procurement*. I forbindelse med unntaket i forsyningsdirektivet (rådsdirektiv 93/38) for kjøp av varer på børs uttales det i forhold til de øvrige direktivene følgende:

*" There is no parallel provision in the public sector rules exempting bodies from advertising contracts for products quoted on a commodity market. Thus purchases of these products must generally be made under the open or restricted procedures, following advertisement in the Official Journal. This may preclude public bodies from taking advantage of more favourable prices on the markets."*⁵

Dette tyder også på at det i forskriften om offentlige anskaffelser, som jo gjennomfører de samme direktivene som er omtalt i Arrowsmith, ikke er mulig å innfortolke et unntak for kjøp av elektrisitet på børs.

Reelle hensyn

Reelle hensyn taler meget sterkt for at kjøp av elektrisitet på børs burde vært unntatt, da en her har en velfungerende markedsplass. Dette er blant annet grunnen til at en i norsk rett har valgt å gi mulighet for å unnta denne type kjøp under terskelverdiene.

Konklusjon hva angår rettsstilstanden i dag

Slik forskriften om offentlige anskaffelser lyder i dag, sammenholdt med direktiv 93/36, vil det være svært vanskelig å innfortolke et unntak for kjøp av elektrisitet på børs ved anskaffelser over terskelverdiene.

3. ENDRING AV FORSKRIFT OM OFFENTLIGE ANSKAFFELSER NÅR DET GJELDER KJØP AV ELEKTRISITET OVER TERSKELVERDIENE

Nytt direktiv

Det europeiske parlamentet og rådet i fellesskap vedtok 9. desember 2003 et nytt direktiv om offentlige kjøp av varer, tjenester og bygge- og anleggskontrakter. I artikkel 28 er hovedregelen at offentlige innkjøp skal gjennomføres ved åpen eller begrenset anbudskonkurranse, med mindre vilkårene for unntak er tilstede. I artikkel 30 og 31 er det åpnet for unntak fra hovedregelen. En kan nå bruke forhandlingsprosedyren uten forutgående kunngjøring blant annet når det gjelder kjøp av varer på et varemarked.⁶ (Relevante sider av direktivet er vedlagt)

⁵ Se Arrowsmith, *The Law of Public and Utilities Procurement*, London, Sweet and Maxwell 1996 side 488.

⁶ Direktiv .../... av parlamentet og rådet, 2000/0115(COD), 9. desember 2003, artikkel 31 (2) (c)

Direktivene vil bli gjort gjeldende i EØS-området. Når direktivene blir inntatt i EØS-avtalen vil det ikke lengre være folkerettslige skranker mot å gi unntak for kjøp av varer på børs.

Endring av forskriften

Når det gjelder forskriften om offentlige anskaffelser, må imidlertid denne endres før et unntak vil tre i kraft i nasjonal rett. Dersom direktivet blir gjort gjeldende i EØS-området med den ordlyd direktivet har i dag, vil forskriften bli vurdert endret tilsvarende slik at det vil bli mulig å gjøre direktekjøp av elektrisitet på Nord Pool også over terskelverdiene. EFTA-landene ventes å vedta direktivene i løpet av sommeren. Norge har deretter 21 måneder på seg til å implementere de nye direktivene i norsk rett. Nærings- og handelsdepartementet planlegger å påbegynne arbeidet med implementeringen til høsten. Inntil de nye direktivene er implementert i norsk rett, vil norske oppdragsgivere måtte følge det gjeldende, norske regelverket.

Med hilsen

Henriette Grønn (e.f.)
underdirektør

Bjørnar Alterskjær
rådgiver

Kommunal - og regionaldepartementet
Postboks 8112 Dep
0032 OSLO

Deres ref
03/1453-3 MEM

Vår ref
200303269-2

Dato
11.07.2003

Fortolkning av regelverket for offentlige anskaffelser - Prosjekt Bostedsløse

Det vises til brev datert 24 mai, møte 4 juni og kontakt pr telefon med Kommunal- og regionaldepartementet, om Prosjekt Bostedsløse.

Hovedmålsetningen med prosjektet er å utvikle metoder og modeller for å forebygge bostedsløshet, gi mulighet for utprøving av lokale helhetlige løsninger, skape erfaringsgrunnlag for en nasjonal helhetlig løsning, samt legg til rette for erfarings- og kunnskapsformidling på område.

KRD ber i ovennevnte brev og i telefonsamtale 16 mai om at departementet bidrar til å belyse følgende temaer knyttet til lov og forskrift om offentlige anskaffelser:

- Forskriftens unntak for forsknings- og utviklingskontrakter
- Prosjekt Bostedsløse og forskriftens § 3-6
- Forskriftens bestemmelser om kontraktsvarighet
- Omsorgs-/oppfølgingstjenester og Offentlig privat samarbeid (OPS)
- Departementets kommentarer til tre konkrete saker fra Frelsesarmeen
- Andre forhold som kan ha betydning ved direktekjøp av omsorgstjenester

Departementet vil innledningsvis gi noen generelle kommentarer til forholdet mellom anskaffelsesregelverket og kjøp av omsorgstjenester, før de spørsmål som er reist i overnevnte brev og telefonsamtale kommenteres. Det skal imidlertid bemerkes at det er domstolen, og ikke departementet, som har den rettslige kompetansen til å fortolke forskriften med bindende virkning.

Postadresse	Kontoradresse	Telefon	Avdeling for	Saksbehandler
Postboks 8014 Dep	Einar Gerhardsens plass 1	22 24 90 90	næringsregulering og	Johan Henrik Børge
0030 Oslo		Org no.	skipsfart	22246696
		972 417 890	Telefaks	
			22 24 66 69	

1. Generelt om regelverket og omsorgstjenester

Norges regelverk på området offentlige anskaffelser, gjennomfører både internasjonale forpliktelser (herunder EØS-avtalen) og inneholder regler utover det som følger av internasjonale forpliktelser.

Lov av 16 juni 1999 nr 69 om offentlige anskaffelser slår i § 5 fast at ”en anskaffelse skal så langt det er mulig være basert på konkurranse”. Oppdragsgivere skal videre opptre i samsvar med god forretningsskikk, sikre høy forretningsetisk standard i den interne saksbehandlingen og sikre at det ikke finner sted forskjellsbehandling mellom leverandører. Loven kommer i utgangspunktet til anvendelse på alle typer vare-, tjeneste- og bygg/anleggkontrakter og kontraktsverdi, med mindre noe annet følger av særlov.

Forskrift om offentlige anskaffelser, fastsatt ved kgl.res. 15 juni 2001, gir nærmere regler om anskaffelsesprosedyrer ved blant annet kjøp av tjenester. Hovedelementene i anskaffelsesprosedylene er krav til kunngjøring, samt en valgfri mulighet til å benytte anbudsprosedyre eller kjøp etter forhandling.

Offentlige oppdragsgivere skal som hovedregel følge ovennevnte prosedyrer ved kjøp av tjenester som antas å ha en kontraktsverdi på 200 000 kr (eks. mva.) eller over.

Når det gjelder offentlige oppdragsgivers plikt til å følge anskaffelsesprosedylene i forskriften ved anskaffelser av omsorgstjenester, kan det opplyses at dette er forankret i nasjonale bestemmelser og ikke i internasjonale forpliktelser. EØS-avtalen angir imidlertid tilsvarende føringer som Lov om offentlige anskaffelser § 5, men uten å fastsette bestemte prosedyrer for selve anskaffelsen. I denne sammenheng skal det bemerkes at bakgrunnen for at de detaljerte EØS reglene på området ikke gjelder for helse og omsorgstjenester som sådan, er at tjenestens art ikke anses spesielt velegnet for grenseoverskridende handel og ikke forholdet til ideelle organisasjoner.

I forarbeidene til ny lov og forskrift (1999/2001), ble det lagt betydelig vekt på at hensynet til likebehandling, habilitet, forutberegnlighet, brukervennlighet og samfunnsøkonomiske anskaffelsesprosesser, bør ivaretas uavhengig av type anskaffelse. Videre ble det lagt til grunn at rettfærdige konkurranser om oppdrag stimulerer til utvikling og forbedring av eksisterende tjenester og at dette er et uttalt mål for samtlige offentlige oppgaver. Hensynet til fleksibilitet i forbindelse med slike anskaffelser ble imidlertid tillagt betydelig vekt. Forskriften åpner derfor for fritt bruk av forhandlingsprosedyren, som innebærer en utstrakt mulighet til å ha dialog med kvalifiserte leverandører under konkurransen. Forhandlingsprosedyren stiller enkelte krav til obligatorisk fremgangsmåte, men åpner for at oppdragsgiver i betydelig grad kan nyttegjøre seg av den kunnskap som leverandørene besitter og på den måten sikre at tjenesten får et riktig innhold.

Det nye med regelverket i forhold til denne typen anskaffelser, er at også slike kontrakter skal kunngjøres. Dette innebærer at oppdragsgiver må forholde seg til at det er flere aktører som ønsker å inngå kontrakt om utførelse av tjenesten. Disse skal primært behandles ut fra kvalifikasjoner og hva de kan levere i henhold til pris, løsninger samt kvalitet, og ikke hvem de er. Det kan tilføyes at dette ikke er en særegen norsk løsning, men at for eksempel Sverige i hovedsak har tilsvarende regler.

Dagens regelverk gir likevel enkelte unntak fra forskriftens anskaffelsesprosedyrer som for eksempel når anskaffelsen kun kan skje hos en leverandør (§ 11-2 b) og for visse forsknings- og utviklingskontrakter. Når det gjelder det bestemmelsen i § 11-2b, kan særlige behov som tilpasning til enkelt individ og oppfølging av personer legitimere et unntak fra konkurranse. For ytelser som fosterhjemordninger, kan det reises spørsmål om slike ordninger i hele tatt anses som tjenestekjøp/kontrakt i henhold til lovens formål. Slike ordninger vil trolig falle utenfor lovens virkeområde.

Særlige utfordringer ved anskaffelser av omsorgstjenester

På nasjonalt plan har offentlige oppdragsgivere varierende og ofte begrenset erfaring med å arrangere konkurranse om omsorgstjenester. Tradisjonelt har kommunale oppdragsgivere søkt en mer uformell samarbeidsform med en eller flere aktører, uten at oppdraget er basert på en konkurranse. I en overgangsperiode er det derfor forventet at oppdragsgivere finner det noe problematisk å forholde seg til nytt regelverk, da det kreves at oppdragiver må forholde seg til flere aktører ved konkurranse om oppdraget.

Når det gjelder visse omsorgstjenester, kan det også være spesielt utfordrende å definere krav til tjenesteutførelsen som sikrer at personer med individuelle behov blir fulgt opp på en måte som er riktig for det enkelte menneske. Likeledes kan det være utfordrende for oppdragsgiver å identifisere de krav som bør stilles til faglig bakgrunn eller virksomhetens personlige ressurser/kapasitet. Det må likevel antas at de fleste omsorgstjenester ikke skiller seg særlig ut fra andre tjenester, hvor det kan være krevende å definere innholdet og omfanget av tjenesten.

Departementet antar at økende erfaring på området, vil bidra til at oppdragsgivere over tid blir bedre på å bestille slike tjenester (herunder at brukernes individuelle behov blir tilstrekkelig ivare tatt gjennom et bredt tilbud). Det kan imidlertid være behov for særskilte kompetansetiltak knyttet til bestilling og definering av slike tjenester. Tilsvarende kan det være behov for at ulike omsorgsmodeller prøves ut og videreutvikles. Det skal her vises til at forskriften har et unntak for visse forsknings- og utviklingskontrakter (FoU). Dette innebærer at oppdragsgivere kan starte opp pilotprosjekt med det formål å prøve ut ulike modeller som gir tilfredsstillende resultat. Dersom prosjektet faller innunder et slikt unntak, kan oppdragsgivere og en eller flere private aktører ha et samarbeid over en viss periode uten at det er konkurranse om utførelse av tjenesten i perioden.

Evaluerings av regelverket

Som et ledd i handlingsplanen for offentlige anskaffelser og små/mellomstore bedrifter, vil departementet evaluere regelverket i 2004. I den anledning vil man se nærmere på virkeområdet og konsekvensene av dagens regelverk.

Det kan også opplyses at departementet er i ferd med å se særskilt på konsekvensene av regelverket ved anskaffelser av omsorgstjenester fra frivillige organisasjoner.

2. Unntaket for visse Forsknings- og utviklingskontrakter

Det følger av forskriftens § 1-3 andre ledd bokstav g at visse forsknings- og utviklingskontrakter er unntatt fra forskriften. KRD viser til at ett av målsetningene med Prosjekt Bostedsløse er å videreutvikle oppfølgings- og omsorgstjenester for utnytte

ressursene på en bedre måte samt oppnå bedre resultater nasjonalt og lokalt. I denne sammenheng blir det sentrale spørsmålet om tildeling av utviklingskontrakter som er rettet mot slike tjenester, faller inn under unntaket.

Generelt

Nevnte forsknings- og utviklingskontrakter er unntatt regelverket, fordi det ofte kreves et samarbeid mellom partene som har mer til felles med et partnerskaps- og investeringslignende forhold fremfor leverandør og kjøper forhold. Det skal her særlig pekes på at involverte parter som regel må investere (i form av ulike innsatsfaktorer) for å skape en prototype/modell, hvor verdien av nyskapningen først vil komme til nytte ved senere omsetning eller gjenbruk av nyskapningen.

For nevnte type kontrakter kan oppdragsgiver selv velge en eller flere samarbeidspartner(e) for å utvikle nye løsninger (f.eks. behandlings- eller oppfølgingsmetoder) som på en bedre måte dekker oppdragsgivers behov. Det skal imidlertid understrekes at når prototypen er ferdigstilt, skal det gjennomføres konkurranse i henhold til forskriften ved fremtidige leveranser av produktet eller tjenesten.

Ordlyden

Bestemmelsen lyder:

”(2) Forskriften får likevel ikke anvendelse på:

- g. forsknings- og utviklingstjenester forutsatt at oppdragsgiver ikke fullt ut betaler for tjenesten eller den ikke fullt ut tilfaller oppdragsgiver til bruk i hans virksomhet”*

Ordlyden omtaler de forsknings- og/eller utviklingskontrakter, hvor oppdragsgiver sammen med kontraktspartneren ”deler gevinsten” av nyskapningen eller når også andre aktører bærer kostnadene for utviklingen. Kontrakter hvor den offentlige oppdragsgiver dekker alle kostnader og har den hele og fulle nytten av forsknings- eller utviklingstjenesten, er med andre ord ikke omfattet av unntaket.

Det sentrale for typen kontrakter som omfattes, er at kontrakten har til hensikt å fremskaffe ny kunnskap eventuelt utvikle eller videre utvikle nye løsninger (herunder teknologi, behandlingsopplegg, modeller for tjenestens innhold, mv). Dette innebærer blant annet at kontrakten har til formål å fremskaffe noe som ikke er tilgjengelig i dagens marked. Det legges også til grunn at bestemmelsen kun omfatter kontrakter hvor forskning eller utviklingsdelen utgjør et hovedelement. Kontrakter om utføre en alminnelig tjeneste, som innebærer mindre elementer av videreutvikling, vil med andre ord ikke anses å oppfylle bestemmelsens krav til nyskapning. Et forsknings eller utviklingskontrakt kan likevel innebære at den offentliges samarbeidspartner får ansvaret for utførelse av en tjeneste når dette er en forutsetning for nyskapningen. Det synes imidlertid å gjelde en forutsetning at kontrakten er tuftet på en innretning som stiller visse krav til dokumentasjon av de modeller som prøves ut eller av resultatet.

Det at nyskapningen er forankret i behovet for å utvikle lokale løsninger, utelukker ikke anvendelse av bestemmelsen. For eksempel kan lokale eller nasjonale forhold gjøre det nødvendig å forske på eller å utvikle eksisterende tjenester slik at man oppnår bedre resultater på lokalt nivå.

Vurdering om prosjektet omfattes av bestemmelsen

Som et utgangspunkt må det skilles mellom prosjektsamarbeidet Bostedsløse som sådan og eventuelle utviklingskontrakter som kommunen gjennomfører som en følge av prosjektet. Med dette menes det at samarbeidsprosjektet i seg selv kan ha til formål å utvikle eksisterende tjenester, uten at konkrete kontrakter som forankres i prosjektet er å anse som utviklingskontrakter. Det sentrale spørsmålet blir derfor om konkrete kontrakter mellom kommunene og den private part om oppfølgingstjenester, oppfyller kravet til å være en utviklingskontrakt.

Når det gjelder spørsmålet om kontrakter som er basert på målsetningene til Prosjekt Bostedsløse omfattes av bestemmelsen, må dette avgjøres ut fra hvilke elementer av nyskaping den konkrete kontrakten tar sikte på å oppnå. Det skal i denne sammenheng tilføyes at departementet har begrenset med informasjon om hva en slik kontrakt kan tenkes å inneholde. Følgelig har departementet liten forutsetning for å vurdere hvorvidt en fremtidig avtale oppfyller kravene i bestemmelsen. På generelt grunnlag kan det likevel anføres at for eksempel en avtale som forplikter de private partene til å prøve ut ulike modeller for oppfølgingstjenester, dokumentere erfaringer og foreslå nye løsninger for drift og bedre omsorgstilbud kan oppfylle kravet til nyskaping. Som anført ovenfor gjelder det imidlertid en forutsetning om at utviklingselementet er markant, og nytten av nyskapingen kommer andre enn de involverte oppdragsgiver til del eller at andre enn den offentlige oppdragsgiveren dekker en del av kostnadene for nyskapingen.

3. Forskriftens § 3-6 og likebehandlingsprinsippet

KRD reiser spørsmål om bestemmelsen er til hinder for at frivillige organisasjoner som deltar i Prosjekt Bostedsløse eller lignende prosjekt, senere kan gi tilbud på konkrete anskaffelser dersom ulike løsninger på den lokale bostedsløseproblematikken samt konkrete anskaffelser diskuteres i forbindelse med prosjektet. Videre etterspør KRD retningslinjer som er forenlig med regelverket med hensyn til et slikt samarbeid.

Generelt

Bestemmelsen forutsetter at forskriften kommer til anvendelse. Paragraf 3-6 er en presisering av likebehandlingsprinsippet som skal sikre at potensielle deltagere i en fremtidig konkurranse gis like betingelser. I NOU 1997:21 s. 132 er det nevnt som eksempel på anvendelsen av bestemmelsen at vedkommende ved utarbeidelsen av konkurransegrunnlaget utformer prosjektbeskrivelsen på en slik måte at det spesielt tilpasses hans eget produksjonsapparat. I et slikt tilfelle vil rådgiveren ikke være upåvirket med hensyn til egne interesser når han bistår anbudsinnbyder, og han skal derfor ikke engasjeres da dette vil kunne undergrave fri konkurranse om oppdraget.

Ordlyden i § 3-6

Anskaffelsesforskriftens § 3-6 sier at

”oppdragsgiver skal ikke søke eller motta råd som kan bli benyttet under utarbeidelse av spesifikasjoner for en bestemt anskaffelse fra noen som kan ha økonomisk interesse i anskaffelsen når dette skjer på en måte som vil utelukke konkurranse.”

Ordlyden retter seg mot personer eller virksomheter som kan ha økonomisk interesse i å påvirke innholdet i spesifikasjonene på en måte som avgrenser konkurransen om kontrakten.

Setningen ”når dette skjer på en måte som vil utelukke konkurranse” setter en nedre terskelen for når en aktør er inhabil. Ut fra sistnevnte del av bestemmelsen kan det synes som om terskelen for at bestemmelsen kommer til anvendelse er relativt høy. For eksempel kan det tenkes at selv med spesifikasjoner som er tilpasset en bestemt leverandør at en viss konkurranse kan finne sted. Formålet med bestemmelsen tilsier dog, at et engasjement eller samarbeid i forbindelse med spesifikasjonene som kan forrykke en eller flere leverandørers konkurransemessige stilling i forhold til øvrige leverandører, i prinsippet omfattes av bestemmelsen. Bestemmelsen åpner imidlertid for at oppdragsgiver til en viss grad kan reparere på mulige konkurransevriddinger ved å ta hensyn til at en leverandør kan ha påvirket spesifikasjonene. Et slikt tiltak kan være å sende spesifikasjonene på høring til andre potensielle leverandører, for at mulige konkurransedreivende spesifikasjonskrav kan fjernes. Videre kan tiltak som innebærer at potensielle leverandører får tilgang på tilsvarende informasjon samt god tid til å gi tilbud, i noen tilfeller være med på å reparere en utilbørlig fordel for en eller flere leverandører.

Relevant veiledning, kan også hentes fra det danske Klagenævnet som vurderer følgende forhold når det skal ta stilling til om ”rådgiveren” er inhabil:

- *hvilket omfang rådgivningen har hatt*
- *om produktet av rådgivningen stilles til rådighet for alle tilbudsgivere*
- *om rådgiveren også har medvirket i å fastsette tildelingskriteriene*
- *om samarbeidet mellom rådgiveren og oppdragsgiveren har resultert i tekniske spesifikasjoner som er skreddersydd rådgiverens egne produkter*
- *om rådgiveren har skaffet seg en utilbørlig konkurransefordel*

Vurdering om samarbeidet gjør de ideelle organisasjonene inhabile

Departementet vil peke på at ordlyden omhandler utarbeidelse av spesifikasjoner for en fremtidig kontrakt. Ut fra den informasjonen som er gitt departementet, synes Prosjekt Bostedsløse primært å være et forum hvor ulike modeller, initiativ og innsatsfaktorer diskuteres. Prosjektet har således karakter av å være et forprosjekt om hvordan kommuner i fremtiden kan bedre sitt tilbud til bostedsløse. Det foreligger således ingen opplysninger for departementet om at forumet arbeider med spesifikasjoner til en bestemt kontrakt.

Dersom prosjektforumet likevel tar sikte på å diskutere krav til en tjeneste som omhandler en bestemt fremtidig kontrakt, kan det være av betydning for utfallet at forumet er representert med flere potensielle og konkurrerende leverandører. Dette må antas å redusere faren for konkurransevridding til fordel for en aktør. Departementet legger også til grunn at relevant informasjon fra prosjektmøter blir tilgjengelig for eventuelle andre leverandører på et senere tidspunkt, dersom forumet diskuterer konkrete spesifikasjoner til ett eller flere prosjekt.

Enkelte forhåndsregler bør likevel tas for å ikke bryte med det generelle likebehandlingsprinsippet og kunngjøringsreglene. Departementet ser ikke bort fra at deltagere som deltar i samarbeidet vil få en betydelig fordel ved senere konkurranser. Oppdragsgivere må derfor ikke ”forhåndskunngjøre” anskaffelsen i prosjektet, f.eks. ved å legge frem detaljert spesifikasjoner for en konkret anskaffelse. Slike opplysninger innebærer fordeler som det er vanskelig å jevne ut ovenfor andre aktører, på en måte som gjør at disse kommer i en tilsvarende konkurranseposisjon. Det anbefales også at oppdragsgiver ikke benytter seg av minimale frister for å gi tilbud, men gir rikelig med tid for å oppveie den mulige konkurransefordelen som enkelte aktører har fått.

3. Forskriftens bestemmelser om kontraktsvarighet

KKD opplyser at oppdragsgivere ofte operer med en kontraktsvarighet for drift av omsorgstjenester på 3-5 år. I de tilfeller hvor leverandøren må stille med egnede lokaler, for å delta i konkurransen om oppfølgings/omsorgstjenestene, utgjør den relativt korte kontraktsperioden et betydelig problem. Dette skyldes de tunge investeringene som leverandørene må foreta for å ha et egnede lokaler tilgjengelig og at de samtidig bærer en reell risiko for å miste kontrakten etter 3-5 år.

Forskriftens bestemmelser

Når det gjelder kontraktens varighet, skal det bemerkes at forskriften ikke inneholder konkrete bestemmelser om maksimum varighet. Derimot kan det anføres at formålet med regelverket tilsier at oppdragsgiver skal legge til grunn en kontraktsvarighet som er naturlig for den type kontrakt som inngås, jf prinsippet om forretningsbaserte anskaffelser. Et veiledende utgangspunkt er den kontraktsvarighet som er alminnelig praksis i det spesifikke markedet for den aktuelle type kontrakt (utgangspunktet for en markedsinvestor). I enkelte tilfeller vil for eksempel behovet for å ha et spesielt tilpasset bygg og et serviceapparat til disposisjon innen samme område over lengre tid, tilsi at kontraktsvarigheten overstiger det som vil være en driftavtale i lokaler som oppdragsgiver har eie eller leie råderett over. Et eksempel kan være kontrakter som er tuftet på såkalte Offentlig privat samarbeidsmodeller (OPS). I slike tilfeller er ofte kontraktsvarigheten på 10-30 år. Slike modeller vil bli ytterligere kommentert nedenfor.

Det kan for øvrig opplyses at juridisk teori og EU-kommisjonen har pekt at lange *rammekontrakter* kan være i strid grunnleggende regler om et åpent marked. Begrunnelsen er at denne typen kontrakter kan innrettes på en måte som vil lukke markedet for lang tid, samtidig som oppdragsgiver har en meget stor fleksibilitet ved bruk av denne avtaleformen. For eksempel kan man tenke seg at avtalen kun fastlegger pris for visse varer eller tjenester, uten å angi et maksimum antall enheter som kan kjøpes gjennom avtalen. Departementet har derfor i tidligere veiledninger til anskaffelsesforskriftene, anbefalt at varigheten for denne typen avtaler ikke bør overstige 3-5 år. En annen grunn for departementets syn, er at lange rammeavtaler ofte vil gi dyre anskaffelser over tid fordi oppdragsgiver ikke benytter seg av at flere leverandører kan ha kommet på markedet og at disse kan tilby bedre betingelser.

Særlig om drift av omsorgstjenester og krav til lokaler

Det skal her særlig vises til de tilfeller hvor det er en forutsetning at leverandøren av drifttjenestene stiller med egnede lokaler. I slike tilfeller kan det tenkes flere måter for leverandøren å tilfredstille et slikt krav. Leverandøren kan enten leie lokaler for perioden, eller investere i eget lokale. Dersom det forutsettes at oppdragsgiver ønsker lokaler som må spesielt tilpasses virksomheten, vil det i henhold til ovennevnte "markedsinvestorbaserte" tankegang, være et utgangspunkt at kontraktsvarigheten er så lang at leverandørene kan forsvare de investeringene som er nødvendig for å levere tjenesten. Dette er først og fremst begrunnet i at oppdragsgiver bør søke størst mulig konkurranse om kontrakten og at kontraktsvarighet som innebærer at leverandørene må bære en uakseptabel risiko for at kontrakten blir regningssvarende, vil medføre at kontrakten ikke er attraktiv for markedet. Likevel må det understrekes at oppdragsgiver ikke er forpliktet til å ta spesielt hensyn til de leverandørene som må finansiere nybygg, for å delta i konkurransen om levering av omsorgstjenester/oppfølgningstjenester.

4. Omsorgstjenester og OPS

Internasjonalt inngås det en ny type forpliktende partnerskap mellom næringslivet og det offentlige som blir kalt Public Private Partnership (PPP). I Norge kalles dette Offentlig Privat Samarbeid eller OPS. OPS kan være en måte å forbedre offentlige tjenester slik at brukerne får bedre kvalitet og mer tjenesteyting av hver offentlig forvaltet krone¹. Slike partnerskap har i Storbritannia også blitt benyttet innen omsorgssektoren, herunder i forbindelse med ”shelter housing” for husløse personer.

Det karakteristiske for slike prosjekt er at en privat aktør finansierer boliger for bostedsløse og drifter denne tjenesten over en periode på 15-25 år. Det offentlige stiller krav til omfanget og kvaliteten på tjenesten, uten å stille detaljerte krav til hvordan oppdragsgiveren skal møte kravene. Det offentlige beholder samfunnsansvaret ovenfor brukerne, mens finansiering, vedlikeholds- og driftsrisiko ligger hos den private aktøren.

Det skal bemerkes at det finnes flere OPS varianter og at noen av modellene innebærer at den private part skal overdra eiendom til den offentlige part etter at kontraktsperioden er over. Dette er særlig aktuelt ved bruk av OPS for skoler, sykehus og veier. For slike kontrakter vil det normalt forutsettes at den private parten har fått dekket sine investeringer før eiendommen overdras. I de tilfeller hvor eiendommen ikke skal overdras, kan det være et naturlig utgangspunkt at det ved beregning av vederlag for tjenesten tas i betraktning at OPS selskapet har helt eller delvis fått finansiert eiendommen som er benyttet i forbindelse utførelse av tjenesten.

Konkurransen om en omsorgskontrakt som er basert på OPS modeller skal normalt gjennomføres i henhold til fremgangsmåten i anskaffelsesforskriften. Unntaket er hvis OPS – kontrakten er innrettet som en såkalt tjenestekonsesjon eller bygg og anleggkonsesjon. Tildeling av slike tjenestekonsesjoner bør likevel skje ved en form for konkurranse om konsesjonen, selv om oppdragsgiver er ikke bundet av forskriftens prosedyreregler. For å ivareta EØS-avtalens generelle regler om fri flyt av varer og tjenester, bør man også legge til grunn prinsippene i lov om offentlige anskaffelser § 5. Dette, fordi lovens prinsipper reflekterer gjeldende EØS forpliktelser på området. Når det gjelder bygg- og anleggkonsesjoner skal forskriftens særlige regler i kapittel 19 legges til grunn.

EU- kommisjonen har i et fortolkningsdokument² ansett at omtalte konsesjoner anses å foreligge når den private aktøren får en rett til å utnytte en enerett over en periode, i stedet for ordinær betaling for utførelse av tjenesten (tjenestekonsesjon). Tilsvarende ved bygg og anleggkonsesjoner hvor den private aktøren får en rett til å utnytte et bygg, uten at den private aktøren mottar full betaling for bygget fra den offentlige oppdragsgiveren. Kommisjonen fremholder videre at både bygg og anleggkonsesjoner og tjenestekonsesjoner betinger at retten til å utnytte bygget eller enretten til å utføre tjenesten løper over en lengre periode samt at den private selv bærer risikoen for helt eller delvis inntjening av påløpte kostnader. For å dekke kostnadene kan den private aktøren for eksempel motta betaling fra brukerne eller motta betaling fra det offentlige for antallet som benytter seg av tjenesten. Det kan tilføyes at det for tiden hefter noe usikkerhet om slike konsesjoner får anvendelse på det norske regelverket. Det kan imidlertid opplyses at departementet arbeider med å kartlegge

¹ Kilde: Rapport for Nærings- og handelsdepartementet, Kartlegging og utredning av former for OPS, av KPMG

² Commission interpretative communication on concessions under Community law, adopted 27 April 2000

problemstillingene i henhold til det norske regelverket, herunder en nærmere presisering av unntaket for konsesjoner.

Når det gjelder spørsmålet om OPS modeller bør vurderes i denne sammenheng, skal det bemerkes at det faktisk at Storbritannia har et titalls forskjellige "shelter housing" prosjekter som gjennomføres ut fra en OPS modell, gjør det relevant å diskutere om denne formen også er egnet i Norge. Næringsdepartementet har en rapport om "Kartlegging og utredning av ulike former for OPS", på høring hos blant annet KRD³. Høringsfirsten gikk ut 27 juni. I rapporten reises også spørsmålet om hvordan sentrale myndigheter bør legge forholdene til rette, slik at OPS alternativet kan legges til grunn der forholdene for dette er gunstig. Departementet vil avvente resultatet av høringen, før departementet gir råd med hensyn til hvordan OPS bør følges opp i Norge.

5. Kommentarer til de konkrete eksemplene fra Frelsesarmeen

Sak 1 og 2 reiser først og fremst ikke spørsmål vedrørende anskaffelsesregelverket. Sak 1 om Haugesund bo – og omsorgssenter, synes å reise spørsmål om en kommune skal ha rett til å gjennomføre en konkurranse om oppdraget og en fortolkning av eksisterende avtale. Pr i dag har kommunene ansvar for å sørge for at det gis et slikt tilbud for kommunens innbyggere. De har også en rett til å velge at det gjennomføres konkurranse om oppdraget.

Når det gjelder sak 3 og Heimdalsgata 25 er det reist spørsmål om kommunen kan avvise Frelsesarmeen utelukkende pga at aktøren mottar offentlig støtte. Spørsmålet ble reist fordi kommunen synes å være av den oppfatning at støtten kan være i strid med regelverkets grunnleggende prinsipper om likebehandling.

EU domstolen har i sak c-94/99 pkt 32., uttalt følgende:

Det første spørsmål kan herefter blot besvares med, at det princip om ligebehandling af de bydende, der er fastsat i direktiv 92/50, ikke tilsidesættes, blot fordi den ordregivende myndighed træffer afgørelse om, at der gives adgang til en procedure vedrørende tildeling af en offentlig tjenesteydelsesaftale for organer, som enten fra den ordregivende myndighed selv eller andre ordregivende myndigheder modtager tilskud, uanset disses karakter, således at disse organer kan afgive bud med priser, der ligger væsentligt under buddene fra de øvrige bydende, som ikke modtager sådanne tilskud.

EU domstolen slår dermed fast at det ikke er i strid med likebehandlingsprinsippet at deltageren i konkurransen mottar offentlig støtte. Departementet legger derfor til grunn at kommunen ikke kan avvise Frelsesarmeen, utelukkende med en slik begrunnelse. Dette må også anses å gjelde selv om for eksempel staten gjennom Husbanken har konkrete regler for svært gunstige lånebetingelser til slike prosjekter og lånetilsagn er blitt innvilget.

Departementet vil imidlertid peke på at oppdragsgiver har et visst skjønn når det gjelder krav til virksomhetens finansielle kapasitet, herunder at den finansielle kapasiteten er tilstrekkelig for å gjennomføre kontrakten. Oppdragsgiver kan derfor be om dokumentasjon om hvordan prosjektet skal finansieres. Oppdragsgiver kan dog ikke stille strengere krav enn det som er nødvendig for å gjennomføre kontrakten. Dersom leverandøren har behov for lånefinansiering f.eks. fra Husbanken, vil det være tilstrekkelig at banken gir en garanti for at leverandøren mottar lån dersom leverandøren vinner frem med sitt tilbud.

³ Rapporten er også tilgjengelig på www.nhd.no under offentlige anskaffelser

Det skal også pekes på at andre forhold enn anskaffelsesregelverket kan ha betydning for en virksomhets deltagelse i en konkurranse. Støtteyter kan f.eks. ha stilt som betingelse for støtte, at virksomheten ikke skal delta i en slik konkurranse. Dersom virksomheten likevel skulle delta i en slik konkurranse, kan dette få konsekvenser for støttetilsagnet og utløse et krav om tilbakebetaling.

6. Andre regelverk som bør vurderes ved direktekjøp av omsorgstjenester – særlig om EØS-avtalens statsstøtteregler

Ved kjøp av omsorgstjenester er det andre regelverk som kan ha betydning for hvordan kjøpet gjennomføres. I denne sammenheng bør forholdet til reglene for offentlig støtte vurderes nærmere, da det gjelder betydelige begrensinger med hensyn til hvor stor støtte som kan gis til foretak som opptrer i markedet. Et sentralt forhold ved direktekjøp av tjenester og støttereglerverket, er hvordan vederlaget beregnes og implementering av gjennomsiktighetsmekanismer som hindrer at ulovlig støtte gis.

Generelt om vilkårene i EØS-avtalen

Dersom følgende vilkår i EØS-avtalen artikkel 61(1) er oppfylt, så foreligger det i utgangspunktet ulovlig offentlig støtte:

1. *Støtten må være gitt av staten eller av offentlige midler i enhver form (offentlig støtte)*
2. *Støtten må vri konkurransen eller true med å vri konkurransen*
3. *Støtten må begunstige enkelte foretak eller produksjonen av enkelte varer.*
4. *Støtten må være egnet til å påvirke samhandelen mellom EØS-landene (avtalepartene)*

Støttebegrepet skal i henhold til praksis tolkes vidt. Enhver direkte eller indirekte overføring av offentlige midler omfattes. Således vil i utgangspunktet f. eks. unntak fra de alminnelige skatteregler, offentlige garantier, salg av offentlige midler til underpris og kjøp til overpris omfattes av støttebegrepet.

Ved kjøp av tjenester uten konkurranse, er det en reell fare for at det offentlige betaler mer for oppdraget enn det som anses for å være markedspris. En overpris gir en privat aktør mulighet til å krysssubsidiere andre aktiviteter som utøves i konkurranse med andre. For å forhindre strid med statsstøttereglerverket er det derfor viktig at man sikrer at det betales ”riktig pris” på annen måte enn gjennom anskaffelsesregelverket. Med andre mekanismer enn konkurranse, siktes det til tiltak som kan gi tilstrekkelig garanti for at ulovlig støtte ikke tildeles. Virksomheten kan for eksempel føre regnskaper som gjør det mulig å etterprøve om det foreligger overkompensasjon og krysssubsidiering.

Når det gjelder vilkårene ”vri eller true med å vri konkurransen eller ”påvirke samhandelen”, er terskelen i praksis lav for når disse vilkårene anses oppfylt. I denne sammenheng bemerkes det at frivillige organisasjoner i stadig større grad opptrer på diverse kommersielle markeder. Kommersielle markeder i denne sammenheng, kan for eksempel være markeder for omsetning av klær eller fast eiendom.

Det understrekes at det er *foretak* som ikke kan motta støtte som omfattes av artikkel 61(1). Foretaksbegrepet i EØS-avtalen er ikke sammenfallende med det internrettslige foretaksbegrepet. Praksis fra EF-domstolen tilsier at det skal lite til for at en enhet anses for å være et foretak. EØS-avtalens protokoll 22 artikkel 2 taler i samme retning. Her sies det at et foretak er ”enhver enhet som utøver virksomhet av handelsmessig eller økonomisk art”. I den grad frivillige organisasjoner opptrer i konkurranse om oppdrag fra det offentlige, vil det være vanskelig å argumentere for at organisasjonen ikke skal anses for å være et foretak i statsstøttereglenes forstand. Dette gjelder uavhengig av om organisasjonen har et profittmotiv for å opptre i det kommersielle markedet eller ikke.

De praktiske og juridiske implikasjonene av at en transaksjon anses som støtte, er i grove trekk at støtten (transaksjonen) som hovedregel må notifiseres til EFTAs overvåkningsorgan via Næringsdepartementet. EFTAs overvåkningsorgan vil deretter enten godkjenne eller nekte støtten. I denne sammenheng skal det bemerkes at det er støttegiver som har ansvaret for å notifisere støtten og at ulovlig støtte kan kreves tilbakebetalt.

Utsetting av forvaltningsoppgaver til frivillige organisasjoner eller andre foretak
EF-domstolens avgjørelse i den såkalte Ferring-saken (C-53/00), innebærer at når det offentlige kjøper tjenester av ”almen økonomisk betydning” (såkalte ”Public service obligations”) fra private aktører, er dette ikke å anse som transaksjoner som omfattes av notifiseringsbestemmelsene. Forutsetningen er imidlertid at den private aktøren ikke overkompenseres for den forpliktelsen vedkommende virksomhet er pålagt. En avtale der en frivillig organisasjon pålegges å forestå husvære til bostedsløse vil sannsynligvis bli ansett for å være en slik tjeneste av almen økonomisk interesse. Det skal imidlertid understrekes at det i en ny sak som EU-domstolen skal ta stilling til 24. juli, kan endre dagens praksis. Et mulig utfall er at slike transaksjoner alltid skal notifiseres, enten i form av notifisering av en støtteordning eller den enkelte transaksjonen.

Med hilsen

Pål Hellesylt (e.f.)
avdelingsdirektør

Johan Henrik Bjørge
senior rådgiver

Kopi:
Statsministerens kontor v/Martin Skancke
Sosialdepartementet
Frelsesarmeen
Stortingets utredningsgruppe
Oslo kommune v/ Byrådsavdelingen for Sosial og velferdstjenester

Kultur- og kirke departementet
Steinar Lien
Postboks 8030 Dep
0030 OSLO

Deres ref

Vår ref
200304084-2/JHB

Dato
10.06.2003

Regelverket for offentlige anskaffelser - Norsk Tipping AS

Det vises til brev datert 3 juni, hvor Kultur og kirke departementet ber Næringsdepartementet om å vurdere hvorvidt Norsk Tipping AS omfattes av anskaffelsesregelverket. Det vises også til brev fra Nærings- og energidepartementet datert 1 februar 1995, hvor departementet anså at Norsk Tipping AS ikke var omfattet av anskaffelsesregelverket.

Departementet har vurdert spørsmålet på nytt i lys av nyere rettspraksis på området og er av den oppfatning at Norsk Tipping AS i dag er å anse som et offentligrettslig organ iht anskaffelsesforskriften § 1-2 annet ledd. Dette innebærer at Norsk Tipping AS må følge fremgangsmåten i forskriften ved kjøp av varer, tjenester og bygg/anlegg.

Nedenfor følger en redegjørelse for hvilke momenter som er lagt til grunn i vurderingen.

Ordlyden i forskriften

I henhold til forskriften § 1-2 (2), må følgende kumulative kriterier være oppfylt for å anse virksomheten å være et offentligrettslig organ¹:

Et offentligrettslig organ er ethvert organ:

- a. som tjener allmennhetens behov, og ikke er av industriell eller forretningsmessig karakter, og*
- b. som er et selvstendig rettssubjekt og*

¹ Se sak 31/87 pkt. 11 og General advokatens forslag til avgjørelse i sak 353/96 pkt 34 at pliktsubjektet skal fortolkes "formålsbestemt". Formålet med reglene er å skape en konkurranse som er fri for forskjellsbehandling, herunder bedre kontrollen for fri vare- og tjenestehandel ved offentlige innkjøp.

Postadresse	Kontoradresse	Telefon	Avdeling for	Saksbehandler
Postboks 8014 Dep	Einar Gerhardsens plass 1	22 24 90 90	næringsregulering og	Johan Henrik Bjørge
0030 Oslo		Org no.	skipsfart	22246696
		972 417 890	Telefaks	
			22 24 66 69	

c. som i hovedsak er finansiert av statlige, fylkeskommunale eller kommunale myndigheter eller andre offentligrettslige organer, eller hvis forvaltning er underlagt slike organers kontroll, eller som har et administrasjons-, ledelses- eller kontrollorgan der over halvparten av medlemmene er oppnevnt av statlige, fylkeskommunale eller kommunale myndigheter eller andre offentligrettslige organer.

Når det gjelder vilkårene i b og c legger departementet til grunn at disse er oppfylt, fordi virksomheten er en egen juridisk person og at selskapet er helhetlig eiet av staten der "over halvparten av (styre)medlemmene" er oppnevnt av et statelig organ.

Spørsmålet er således om Norsk Tipping tjener allmennhetens behov og ikke er av forretningsmessig karakter. Da Nærings- og energidepartementet i 1995 vurderte dette spørsmålet, ble Norsk Tipping AS ansett å "tjene allmennhetens behov". Departementet vurderte imidlertid selskapet til å være av "forretningsmessig karakter" og at selskapet av den grunn ikke var omfattet av forskriften.

Allmennhetens behov

Relevant for vurderingen om selskapet anses å imøtekomme allmennhetens behov, er både formålet med opprettelsen av selskapet og formålet med den virksomhet som drives i dag. Det følger av nyere og relevant EU-rettspraksis at kriteriet er oppfylt selv om kun en mindre del av virksomheten bedriver aktiviteter som tjener "allmennhetens behov", jf Mannesmanddommen c-44/99. Det vises også til at det faktum at andre virksomheter kan imøtekomme behovet, ikke utelukker at virksomheten tjener "allmennhetens behov", jf Arnhemdommen c- 360/96².

Det fremgår av Ot.prp til lov om tipping av 1946 at Norsk Tipping (NT) ble opprettet for å skaffe inntekter til finansiering av idretten. Dette med henblikk på den samfunnsmessige betydningen av idretten som helse og kultursak. Selskapets overskudd fordeles i dag ihht pengespillovens § 10 på følgende måte:

"Etter at det er foretatt fondsavsetninger, skal selskapets overskudd fordeles med en halvdel til idrettsformål og en halvdel til kulturformål. Midlene til idrettsformål fordeles av Kongen. Av midlene til kulturformål fordeles 2/3 av Stortinget og 1/3 av Kongen."

I brev fra Kulturdepartementet til Nærings- og handelsdepartementet datert 30 januar 2002, sies følgende om bakgrunnen for statlig eierskap;

"Forbudet mot pengespill har alltid vært et prinsipp i norsk lovgivning, og det har vært bred politisk enighet om adgangen til at pengespill skal være positivt regulert og ha krav til hjemmel i lov. I Ot.prp nr 52 (1991-92) om lov om pengespill m.v. angis det i pkt 2.3 Mål og idegrunnlag at " moralske hensyn har alltid vært sentrale elementer for lovgivningen for spill og lotterier i Norge". Samtidig har de politiske myndigheter til alle tider erkjent at det vil være en viss interesse for pengespill i samfunnet. Kanalisering av spillelyst gjennom offentlige selskap er blitt ansett som den

² "Begrebet almenhedens behov, dog ikke på det erhvervs- eller forretningsmæssige område, udelukker ikke behov, som ligeledes imødekommes eller kunne imødekommes af private virksomheder."

mest tjenelige organisering av pengespill, fordi det skjer i betryggende former under full offentlig kontroll og innsyn innenfor et fastsatt lovverk. Den sektorpolitiske rollen er fortsatt like aktuell.

Etableringen av et offentlig tippeselskap i 1946 springer således ut myndigheters ønske om å etablere et forsvarlig pengespilletilbud, samt ønske om å ha kontroll over overskuddsfordelingen mellom aktørene”

”Norsk Tipping AS som statseid selskap fungerer som politiske myndigheters hovedinstrument i det norske pengespillmarkedet og i utforming av pengespillpolitikken”.

I denne sammenheng vises også til lov om pengespill av 28 januar 1992 §3 (3) gir Kongen hjemmel til å pålegge selskapet å

” ta på seg oppdrag for andre selskaper, foreninger eller institusjoner som med hjemmel i lov har tillatelse til å formidle spill eller vedemål eller drive lotteri”.

Ovennevnte opplysninger, viser etter departementets syn, at Norsk Tipping AS har som hovedformål å ivareta ”allmennhetens behov” innenfor et avgrenset område, herunder å implementere en forsvarlig pengespillpolitikk i overensstemmelse med samfunnets interesser.

Forretningsmessig karakter

Spørsmålet som gjenstår er om Norsk Tipping AS anses for å være av ”forretningsmessig karakter” i henhold til forskriften. EU domstolen (sak c- 18/01), sier i domskonklusjonen at dette spørsmålet må vurderes ut fra en helhetsvurdering hvor de betingelser som gjelder for virksomhetens aktiviteter (deriblant konkurransesituasjonen), kommersiell risiko og omstendighetene ved stiftelse av virksomheten står sentralt i vurderingen. Domstolen uttrykker dette slik i ovennevnte sak:

”...För att bedöma huruvida detta behov saknar industriell eller kommersiell karaktär, ankommer det på den nationella domstolen att bedöma de omständigheter som var aktuella vid bildandet av detta bolag och de villkor på vilka det utövar sin verksamhet, vilket bland annat innefattar en bedömning av huruvida det saknas ett huvudsakligt vinstsyfte, huruvida det inte står risken för den verksamhet som utövas liksom huruvida den aktuella verksamheten åtnjuter offentlig finansiering.”

Når det gjelder omstendighetene rundt selskapets stiftelse, må både omstendighetene rundt stiftelsen av selskapet i 1946 og nyetableringen i 1992 tas i betraktning. Ot. prp. nr 52 (1991-92), legger i hovedsak til grunn en videreføring av selskapet som ble stiftet i 1946 (herunder formålet med selskapet). Se nærmere beskrivelse av formålet med etableringen ovenfor.

En sentral vurdering er i følge ovennevnte rettspraksis om selskapet operer i et marked med reell kommersiell- og markedsrisiko eller er skjermet for konkurranse. Lov om pengespill, sier følgende;

”§ 2. Uten hjemmel i lov er det ikke tillatt å formidle pengespill i forbindelse med idrettskonkurranser og andre konkurranser, og tallspill. Det er like ens forbudt å selge eller falby kuponger og lignende i slike tiltak.

Idrettsforeninger, humanitære foreninger og andre foreninger med allmennyttige formål og selskapets forhandlere har adgang til å opprette spillelag, som på medlemmenes vegne deltar i spill i selskapet. Departementet kan gi nærmere regler om slike spillelag, og avgjør i tilstilfelle om en forening går inn under bestemmelsen her.

Det er forbudt å innta i aviser og tidsskrifter, utlegge for offentligheten eller på annen måte spre bekjentgjørelser om utenlandske tallspill og pengespill i forbindelse med idrettskonkurranser og andre konkurranser, om salg av kuponger og lignende eller om innløsning av gevinster.

Gjennom denne loven og konsesjonspraksis, er Norsk Tipping AS skjermet med hensyn til konkurranse på et betydelig økonomisk område. Selv om selskapet i prinsippet er utsatt for en viss konkurranse i kampen om spillernes penger, må det antas at den særlige posisjon som Norsk Tipping AS nyter, ikke gir grunn til å hevde at selskapet operer under ordinær kommersiell risiko (som f.eks. risikoen for å gå konkurs). I tillegg vises det til instruks til styret § 1 (2) hvor det er åpnet for at selskapet kan gjøre bruk av statens forskjellige servicetilbud. Det faktum at Norsk Tipping AS har fått tildelt et omfattende monopol og andre særlige rettigheter, innebærer at den reelle kommersielle risikoen for virksomheten er redusert og insitamentet for kun å ta forretningsmessig hensyn ved anskaffelser og andre beslutninger er begrenset.

Av instruks til styret § 1 (2), fremgår det at *”Styret skal fatte vedtak på fritt grunnlag etter alminnelige forretningsmessige prinsipper”*. Departementet vil peke på at rettspraksis legger til grunn at det ikke er avgjørende for spørsmålet om virksomheten har som mål gå med overskudd eller at virksomheten i praksis har en forretningsorientert innretning. I denne sammenheng må dessuten instruksens sees i lys av ovennevnte brev fra Kulturdepartementet til Nærings- og handelsdepartementet, hvor det uttales:

”Det har likevel vært sektorpolitiske/sosialpolitiske hensyn (som ivaretas gjennom reguleringspolitikken) som først og fremst har vært styrende for utøvelse av eierpolitikken og dermed selskapets utvikling og ikke eierutøvelsen ut fra et forretningsmessig grunnlag”.

”Salg/nedsalg av statens interesser i Norsk Tipping vil først og fremst være aktuelt dersom en ønsker en sterkere rendyrking av kommersielle element i selskapet, noe som overhodet ikke er aktuell politikk.”

Det kan også tilføyes at det i Ot.prp nr 44 (2002-2003) om lov om endringer i pengespill – og lotterilovgivning foreslås en utvidelse av monopolet. Uavhengig om forslaget til ny lov vedtas, er Norsk Tipping i dag et selskap som gjennomfører politiske målsetninger og med eksklusive rettigheter, og karakteren av dette endres ikke med mindre Norsk Tipping AS skal drive i konkurranse med andre virksomheter på tilnærmet like vilkår.

Departementet gjør oppmerksom på at det også kan være andre forhold, som reduserer Norsk Tipping AS kommersielle risiko eller gjør at selskapet nyter særlige fordeler (f.eks. skattelovgivning). Departementet har imidlertid ikke funnet det nødvendig å gå inn på slike forhold.

Ellers viser vi til at Nemden for Offentlig Upphandling i Sverige i en betenkning nr 172/98-28 konkluderer med at Svenska Spel AB, som i hovedsak har sammenlignbar virksomhet og betingelser som Norsk Tipping AS, er et offentligrettslig organ iht regelverket. Rapporten følger vedlagt.

Konklusjon

Nærings- og handelsdepartementet er av den oppfatning at Norsk Tipping AS at selskapet er ikke av forretningsmessig karakter i forskriftens forstand. Departementet mener derfor at Norsk Tipping AS, under dagens rammebetingelser, er å anse som omfattet av regelverket.

Med hilsen

Pål Hellesylt (e.f.)
avdelingsdirektør

Johan Henrik Bjørge
rådgiver

Interkommunalt Fellesinnkjøp
Herredshuset
4700 Vennesla

Deres ref

Vår ref
200300781-1

Dato
19.05.2003

FORHOLDET MELLOM ANSKAFFELS- OG FORSYNINGSFORSKRIFTEN FOR ANSKAFFELSER RELATERT TIL VANN OG AVLØP

Det vises til brev av 9. desember 2002 og 16. januar 2003 der det bes om en avklaring på hvilket regelverk som gjelder for offentlige anskaffelser relatert til vann og avløp.

Problemstillingen gjelder forholdet mellom følgende forskrifter:

- 1) Forskrift av 16. desember 1994 nr. 1110 om innkjøpsregler for oppdragsgivere innen vann- og energiforsyning, transport og telekommunikasjon (heretter kalt "forsyningsforskriften") og
- 2) Forskrift av 15. juni 2001 om offentlige anskaffelser (heretter kalt "anskaffelsesforskriften").

1. Det generelle utgangspunktet for forholdet mellom forsyningsforskriften og anskaffelsesforskriften

Oppdragsgivere som omfattes av forsyningsforskriften vil i utgangspunktet ikke omfattes av anskaffelsesforskriften. Dette følger bl.a. av anskaffelsesforskriften § 1-2 fjerde ledd: *"Forskriften får ikke anvendelse for oppdragsgivere som omfattes av forskrift om innkjøpsregler for oppdragsgivere innen vann- og energiforsyning, transport og telekommunikasjon (forsyningsforskriften)."*

Det følger imidlertid av anskaffelsesforskriften § 1-2 fjerde ledd siste setning at dette kun gjelder *"i den utstrekning anskaffelsen skjer som ledd i utøvelse av virksomhet som*

angitt i nevnte forskrift". Dersom en oppdragsgiver som faller inn under forsyningsforskriften skal foreta en anskaffelse som *ikke* er et ledd i en virksomhetssektor som angitt i forsyningsforskriften¹, skal virksomheten som utgangspunkt følge anskaffelsesforskriften for denne konkrete anskaffelsen. Samme rettssubjekt kan med andre ord omfattes av anskaffelsesforskriften for en anskaffelse og forsyningsforskriften for en annen.

For å vite om en konkret anskaffelse faller inn under forsyningsforskriften er det derfor ikke tilstrekkelig å konstantere at en er en oppdragsgiver i henhold til forsyningsforskriftens § 3, en må i tillegg vurdere om anskaffelsen skjer som ledd i en virksomhetssektor som omfattes av forsyningsforskriften.

2. Vann- og avløpskontrakter inngått av virksomheter innenfor vannforsyningssektoren

Forsyningsforskriften gjelder bl.a. for "*virksomhet som utøves av en oppdragsgiver som nevnt i § 3 og som har til formål å stille til rådighet eller drive faste nettverk beregnet på ytelse av offentlige tjenester i forbindelse med produksjon, transport eller distribusjon av drikkevann*"² (heretter kalt "virksomhet innenfor vannforsyningssektoren").

Dersom den som tildeler en kontrakt eller arrangerer prosjektkonkurranse er en oppdragsgiver som utøver virksomhet innen vannforsyningssektoren, gjelder følgende regler:

For anskaffelser relatert til vann- og avløp som er *høyere enn terskelverdien*³ gjelder forsyningsforskriften⁴. Et unntak gjøres imidlertid for oppdragsgivere som produserer eller distribuerer vann i henhold til forskrift om drikkevann og vannforsyning⁵, her kommer anskaffelsesforskriften til anvendelse på anskaffelser som gjelder kjøp av vann forutsatt at oppdragsgiveren omfattes av anskaffelsesforskriften⁶.

For anskaffelser relatert til vann- og avløp *under terskelverdien* gjelder kun lov om offentlige anskaffelser. Slike anskaffelser faller m.a.o. verken inn under anskaffelsesforskriften eller forsyningsforskriften.

¹ Jf. forsyningsforskriften § 4

² Jf. forsyningsforskriften § 4 nr.1 bokstav a

³ De såkalte EØS/WTO-terskelverdiene følger av forsyningsforskriften § 12

⁴ Jf. forsyningsforskriften § 9 og § 4 nr.1 bokstav a.

⁵ Jf. forsyningsforskriften § 11 nr. 5 og § 5 bokstav a.

⁶ Jf. anskaffelsesforskriften § 1-2

3. Avløpskontrakter inngått av andre

Dersom den som tildeler kontrakten eller arrangerer prosjektkonkurransen *ikke* er en virksomhet innenfor vannforsyningssektoren⁷, og anskaffelsen er relatert til avløp, gjelder anskaffelsesforskriften, uavhengig av om anskaffelsen er *under eller over terskelverdien*.⁸

Med hilsen

Pål Hellesylt
avdelingsdirektør

Hanne Gjerde
førstekonsulent

⁷ En oppdragsgiver som utøver virksomhet som nevnt i forsyningsforskriften § 4 nr. 1 bokstav a.

⁸ Jf. anskaffelsesforskriften § 2-1 jf. § 2-2.

Promitek AS
Bragerhaugen 16
3012 DRAMMEN

Deres ref

Vår ref
200204991-3

Dato
17.03.2003

Praktisering av forskrift om offentlige anskaffelser - Spørsmål vedr SFTs gjennomføring av konkurranse med forhandling - Tjenestekjøp

Det vises til Deres brev av 27. november 2002 hvor det anmodes om at Nærings- og handelsdepartementet vurderer om SFTs praksis med gjennomføring av konkurranser med forhandling for tjenestekjøp er i samsvar med gjeldende regelverk og offentlig praksis. Vi beklager at det har tatt så lang tid å besvare henvendelsen.

Departementet kan dessverre ikke gi råd i konkrete saker fordi vi da kan komme i en uheldig dobbeltrolle ved en eventuell klage til EFTAs overvåkingsorgan, ESA. Det vi kan uttale oss om er tolkningen av regelverket. Vi vil derfor svare på de generelle spørsmålene De stiller. For øvrig viser vi til vår veileder til forskrift om offentlige anskaffelser som De finner på vår hjemmeside: www.odin.dep.no/nhd.

Adgangen til å innkalle til avklarende møter

Spørsmålet er om oppdragsgiver har adgang til å innkalle enkelte av tilbyderne til avklarende møter, eller om han plikter å innkalle alle. Det er klart at oppdragsgiver kan innkalle til avklarende møter. Disse kan holdes uavhengig av om konkurransen inneholder forhandling. Dersom samme uklarhet foreligger hos flere leverandører, må oppdragsgiver gi alle disse leverandørene samme mulighet til å presisere uklarhetene. Dette følger av prinsippet om likebehandling i forskriften § 3-1 (2), jf loven § 5.

Postadresse	Kontoradresse	Telefon	Avdeling for	Saksbehandler
Postboks 8014 Dep	Einar Gerhardsens plass 1	22 24 90 90	næringsregulering og	Kaja Breivik Furuseth
0030 Oslo		Org no.	skipsfart	22246584
		972 417 890	Telefaks	
			22 24 66 69	

Forhandlingsplikt eller forhandlingsrett

Spørsmålet om oppdragsgiver har plikt til å forhandle med alle leverandører krever ytterligere presisering. Det må være klart at oppdragsgiver ikke har plikt til å forhandle med alle kvalifiserte leverandører, men bare med de leverandører som har inngitt et tilbud, jf § 9-3 (3) 2. punktum:

”Det skal forhandles med alle leverandører som har levert inn gyldig tilbud, forutsatt at de har reell mulighet for å få tildelt kontrakten”.

I utgangspunktet må oppdragsgiver forhandle med alle leverandører, men av ressursøkonomiske hensyn har oppdragsgiver en skjønnsmessig adgang til ikke å forhandle med de leverandører som ikke reell mulighet til å få tildelt kontrakten.¹

Ressursøkonomiske hensyn gjør seg gjeldende både for oppdragsgiver og leverandører. Vi kan tenke oss at ett tilbud framstår som vesentlig dårligere enn de andre på flere sentrale tildelingskriterier, og at det derfor er svært lite sannsynlig at forhandlinger med leverandøren vil føre fram. I tillegg til at oppdragsgiver bruker mer ressurser på å inngå en avtale enn nødvendig, binder forhandlingene opp ressurser hos den aktuelle bedriften som den kunne brukt til andre oppgaver. Også vinneren av konkurransen vil tape på det dersom prosessen trekker unødig ut i tid. På den andre siden kan oppdragsgiver ikke bare se hen til effektivitetshensyn ved avgjørelsen av hvem som skal inviteres til forhandlinger.

De generelle prinsipper, herunder likebehandlingsprinsippet gjelder også her. Av Storebælt-dommen² følger det at det vil være brudd på likebehandlingsprinsippet dersom grunnleggende avtalevilkår blir endra ved forhandlinger uten at de andre leverandørene får mulighet til å komme med nye tilbud.

Anvendelse av EF-domstolens utsagn på prosedyren konkurranse med forhandling, taler for at oppdragsgiver må foreta en skjønnsmessig vurdering etter hvert som forhandlingene skrider fram. Før forhandlingene starter, kan det synes klart hvilke leverandører som har en reell sjanse til å vinne fram. Men jo lenger forhandlingene fjerner seg fra konkurransegrunnlaget, jo vanskeligere blir det å sammenligne tilbudene som har vært gjenstand for forhandling med de andre tilbudene som har kommet inn. På den måten blir det også vanskelig å avgjøre hvilke tilbud som ikke har en reell mulighet til å vinne fram.

¹ Jf NOU 1997:21

² C-243/89 Dommen omhandlet ikke situasjonen konkurranse med forhandling direkte, men gjaldt en begrenset tilbudskonkurranse. Den danske staten utlyste en konkurranse om å bygge bro over Storebælt, der et av vilkåra var at utbyggeren skulle ha risikoen for prosjektet. Oppdragsgiver valgte likevel et tilbud som inneholdt en ansvarsfraskrivelse, på tross av at alternative tilbud ikke var tillatt. Domstolen kom til at det var et brudd på likebehandlingsprinsippet å i det hele tatt ta tilbudet i betraktning. Begrunnelsen var at tilbudet som ble valgt var i strid med en grunnleggende bestemmelse i konkurransegrunnlaget. Se premiss 37, 40, 42 og 43.

For å oppsummere kan vi si at leverandøren som utgangspunkt skal forhandle med alle leverandører som inngitt tilbud, men han har kun plikt til å forhandle med dem som har en reell mulighet til å få tildelt kontrakten. Likebehandlingsprinsippet taler likevel imot å tolke dette forbeholdet i forhandlingsplikten for vidt.

Kan utvelgelseskriterier brukes som tildelingskriterier?

Spørsmålet som reises er i hvilken grad prekvalifiserte firmaer skal stille likt i en konkurranse med hensyn til vurdering av utvelgelseskriteriene i forhold til tildelingskriteriene.

Formålet med utvelgelseskriteriene er å sikre at leverandøren har de nødvendige forutsetningene for å oppfylle kontrakten. Utvelgelseskriteriene dreier seg om leverandørens tekniske, økonomiske og finansielle kapasitet og tekniske kvalifikasjoner, jf § 8-4 (3) 2. punktum. De leverandørene som inviteres til å inngi tilbud skal alle være på et tilfredsstillende nivå slik at oppdragsgiver senere kan vurdere tilbudene på selvstendig grunnlag.

Kontrakten skal enten baseres utelukkende på hvilket tilbud som har den laveste prisen eller på en helhetsvurdering av hvilket tilbud som er det *"økonomisk mest fordelaktige"*, jf § 10-2 (1).

Eksempler i forskriften på kriterier for å avgjøre hvilket tilbud som er det økonomisk mest fordelaktige er pris, kvalitet, teknisk verdi, estetiske og funksjonsmessige egenskaper, service og teknisk bistand, oppfyllestid, jf § 10-2 (2) 1. punktum.

Alle kriterier som blir lagt til grunn skal kunngjøres, jf § 10-2 (2) 1. punktum. Følgelig må oppdragsgiver i alle tilfelle være avskåret fra å tildele kontrakten på grunnlag av en sammenligning av kvalifikasjonskriterier dersom disse ikke også er kunngjort som tildelingskriterier.

Spørsmålet som må reises er om det er tillatt å oppstille kriterier som vanligvis brukes i prekvalifiseringsrunden som tildelingskriterier. Tildelingskriteriene er ikke oppstilt uttømmende i forskriften; oppdragsgiver kan også bruke andre tildelingskriterier de som er nevnt i § 10-2 (2) 2. punktum. Felles for kriteriene i forskriften er likevel at de retter seg mot egenskaper ved tilbudet og ikke ved leverandøren. Av dette kan vi slutte at tildelingskriteriene må ha betydning for kontrakten. Oppdragsgiver kan derfor som hovedregel ikke vurdere kvalifikasjonskriterier ved tildeling av kontrakten.

For visse tjenesteytelser kan likevel egenskaper ved leverandøren være avgjørende for kvaliteten på ytelsen. Dette gjelder særlig for intellektuelle tjenester. For utførelsen av for eksempel et konsulentoppdrag vil kompetanse og erfaring være viktig for resultatet. I de tilfellene egenskaper ved leverandøren har direkte betydning for kvaliteten på tjenesten, må det derfor være tillatt å bruke kvalifikasjonskriterier ved tildeling.

Begrunnelsesplikt

Spørsmålet som reises er i hvilken grad oppdragsgiver må begrunne valget av tilbud overfor leverandører som ikke nådde opp i konkurransen.

For det første skal oppdragsgiver uoppfordret gi en *"begrunnelse for valget"* når han meddeler hvem som skal tildeles kontrakt, § 10-3 (2). For det andre kan leverandøren skriftlig be om en *"nærmere begrunnelse om [...] hvorfor deres tilbud ikke er valgt"*, jf § 3-8 (4).

Forutsetningen er at den sistnevnte begrunnelsen skal være mer detaljert enn den uoppfordrede begrunnelsen. Det innebærer at oppdragsgiver må være mer konkret med hensyn til å begrunne sitt valg slik at leverandøren er i stand til å vurdere oppdragsgivers beslutning i forhold til de kravene som er stilt for konkurransen. Navnet på den som fikk kontrakten skal opplyses sammen med det valgte tilbudets *"egenskaper og relative fordeler"*.

Ordlyden i § 3-8, (4) ledd favner vidt, i det begrunnelsen både skal bygge på en sammenligning med de andre tilbudene og gi opplysninger om konkrete egenskaper ved tilbudet. For å få et riktig bilde av begrunnelsesplikten, må 4. ledd imidlertid leses sammen med 5. ledd, hvilke opplysninger oppdragsgiver *kan* unnta og § 3-3 om hvilke opplysninger oppdragsgiver *må* unnta (taushetsplikt).

Oppdragsgiver kan la være å offentliggjøre opplysninger som vil skade *"bestemte offentlige eller private virksomheters legitime forretningsmessige interesser"* eller *"være til skade for lik konkurranse mellom foretak"*. Og det er forbudt å røpe opplysninger om *"tekniske innretninger og fremgangsmåter eller driftshemmeligheter som det vil være av konkurransemessig betydning å hemmeligholde av hensyn til den opplysningen angår"*, jf forskriften § 3-3.

Formålet med at oppdragsgiver kan unnta visse opplysninger er at leverandørene må kunne stole på at opplysninger som angår deres virksomhet eller produkt ikke gjøres kjent dersom dette kan medføre at enkelte andre leverandører dermed får et konkurransefortrinn. Skillet mellom anledningen til å unnta i § 3-3 og plikten til å unnta opplysninger i § 3-8 kan tilsi at mulighetene for å unnta opplysninger går lenger i § 3-8.

Avveiningene mellom hensynet til leverandøren av det valgte tilbudet og de andre leverandørene er vanskelig og må vurderes konkret for hver sak. Vi kan likevel forsøke å belyse problemstillinga med å ta for oss pris som eksempel. Pris er et sentralt tildelingskriterium og en egenskap ved tilbudet som det er viktig for leverandørene å få kjennskap til. Oppdragsgiver må derfor opplyse om totalprisen på tilbudet, men det er uvisst hvor langt må gå i å viderefremde opplysninger om grunnlaget. Detaljer om timeantall, timepris og lignende vil lettere kunne skade forretningsinteresser.

Med hilsen

Irene Standnes (e.f.)
underdirektør

Kaja Breivik Furueth
førstekonsulent

Oslo kommune
Rådhuset
0037 OSLO

Deres ref
200205238-4

Vår ref
200302969-2/JHB

Dato
16.03.2003

Anmodning om å vurdere om anskaffelsesreglene kommer til anvendelse, når det skal inngås avtale om driftstilskudd med privatpraktiserende fysioterapeut

Det vises til deres brev datert 3. desember 2002 og NHDs brev 13 november 2003, vedrørende overnevnte problemstilling.

Departementet presiserer at det er kun domstolene som med endelig virkning kan avgjøre om en konkret avtale om driftstilskudd m.v. omfattes av regelverket. Som forvalter av anskaffelsesregelverket ønsker likevel departementet å kommentere spørsmålet fra Oslo kommune.

1. GENERELT OM ANSKAFFESESREGELVERKET

Lov av 16. juni 1999 nr. 69 om offentlige anskaffelser, slår i § 5 fast at "en anskaffelse skal så langt det er mulig være basert på konkurranse". Oppdragsgivere skal videre opptre i samsvar med god forretningsskikk, sikre høy forretningsetisk standard i den interne saksbehandlingen og sikre at det ikke finner sted forskjellsbehandling mellom leverandører. Loven kommer i utgangspunktet til anvendelse på alle typer anskaffelser og kontraktsverdi, med mindre noe annet følger av annen lovgivning.

Forskrift om offentlige anskaffelser, fastsatt ved kgl.res. 15 juni 2001 mv, gir nærmere regler om anskaffelsesprosedyrene ved bl.a. kjøp av helsetjenester. Hovedelementene i anskaffelsesprosedyrene er obligatorisk kunngjøring i DOFFIN ved anskaffelser over kr. 200 000,- (ekskl. mva), samt en valgfri mulighet til å benytte anbudsprosedyre eller kjøp etter forhandling.

For øvrig, skal anskaffelser av helsetjenester følge del I og III i regelverket, da slike

Postadresse	Kontoradresse	Telefon	Avdeling for	Saksbehandler
Postboks 8014 Dep	Einar Gerhardsens plass 1	22 24 90 90	næringsregulering og	Johan Henrik Børge
			skipsfart	22246696
0030 Oslo		Org no.	Telefaks	
		972 417 890	22 24 66 69	

tjenester i hovedsak anses å falle utenfor del II (EØS/WTO detaljerte regler for inngåelse av kontrakt).

2. OM TILDELING AV DRIFTSTØTTE OG EN SÆRRETT TIL Å REKVIRERE TRYGDEREFUSJONRETT FOR FYSIOTERAPEUTISKE BEHANDLINGER

Departementet oppfatter henvendelsen som et spørsmål om hvorvidt avtaler som innebærer omtalt driftstøtte og rett til offentlig refusjon, omfattes av forskrift om offentlige anskaffelser. Dersom slike avtaler omfattes av forskriften, må oppdragsgiver følge bestemte anskaffelsesprosedyrer ved tildeling av kontrakt. Det presiseres at departementet ikke har til hensikt å uttale seg om fortolkningen av eventuelle andre regler som kan få betydning ved kjøp av helsetjenester som omfattes av lov og forskrift om offentlige anskaffelser.

2.1 Nærmere om departementets vurdering – forskriftens anvendelsesområde

Departementet vil først peke på at Kommunehelsetjenesteloven § 4-2, gir en kommune frihet til å slutte avtale med privatpraktiserende fysioterapeuter om behandling av kommunens innbyggere, uten at det er gitt nærmere regler om avtaleinngåelse av denne typen. Departementet legger derfor det til grunn at selve kontraktinngåelsen ikke er regulert av særregler og at det alminnelige anskaffelsesregelverket må vurderes.

Anskaffelsesforskriften kommer til anvendelse for kjøp av tjenester, jf §1-1 og 1-4:

§ 1-1. Virkeområde

Denne forskrift får anvendelse på varekontrakter, tjenestekontrakter og bygge- og anleggskontrakter som nevnt i § 1-3 (hvilke kontrakter som er omfattet av forskriften) som inngås av oppdragsgivere som nevnt i § 1-2 (hvem som er omfattet av forskriften).

§ 1-4. Definisjoner

I denne forskrift menes med:

- a. kontrakt: gjensidig bebyrdende avtale som inngås skriftlig mellom en oppdragsgiver og en leverandør*

Det første spørsmålet er om avtalen må anses å være en ”gjensidig bebyrdende avtale” mellom kommunen og en leverandør.

Forelagte avtale som inngås med privatpraktiserende fysioterapeuter, består av hovedelementene driftstøtte og en rett til å kreve offentlig refusjon ved behandling av pasienter. For å motta driftsstøtte, forplikter fysioterapeuten seg til

- å gi et tilbud for fysioterapeutisk behandling innenfor et geografisk område som avgrenses av kommunen,
- et åpent behandlingstilbud til befolkningen,
- avgi grunnlagsdata for føring av pasientstatistikk, og
- overholde åpningstider som fastsettes av kommunen.

Som motytelse for at fysioterapeuten gir kommunens innbyggere et tilbud som omtalt ovenfor, gis det et vederlag fra kommunen i form av regelmessige faste beløp (såkalt driftstøtte) og en rett til refusjon over trygdesystemet for enhver pasient som oppfyller vilkårene for offentlig behandling. Det er opplyst av Oslo Kommune at størrelsen på driftstøttevederlaget varierer, men at full driftstøtte beløper seg på ca. kr. 200 000,- pr år.

Departementets oppfatning er at en slik avtale inneholder gjensidig forpliktende elementer, og at driftstøtten varierer i forhold til omfanget av de forpliktelser som påhviler fysioterapeuten. Det må også pekes på særretten til å kreve refusjon er et hovedelement av vederlaget, da dette elementet utgjør en betydelig del av kontraktsverdien for fysioterapeuten. Refusjonsretten innebærer at fysioterapeuten står styrket i konkurransen ovenfor andre private. Det må dog understrekes at ordningen med fritt fysioterapeutvalg for pasienter, gjør det problematisk å fastsette en verdi på denne retten.

I lys av de argumenter som fremhevet ovenfor, er det departementets vurdering at en slik avtale i utgangspunktet anses å være "gjensidig bebyrdende".

2.2 Forskriftens avgrensning mot såkalte tjenstekonsesjoner

Et av anskaffelsesforskriften hovedformål, er å gjennomføre Norges internasjonale forpliktelser om tildeling av offentlige anskaffelseskontrakter på et ikke-diskriminerende grunnlag. Når det gjelder tjenstekontrakter, følger de norske forpliktelsene til å følge bestemte anskaffelsesprosedyrer av det såkalte tjenstedirektivet (92/50/EEC) og WTO/GPA avtalen (Government Procurement Agreement). Videre ble det under forarbeidene til anskaffelsesdirektivene, bestemt at direktivet ikke skal gjelde for det som i EØS-retten betegnes som "tjenstekonsesjoner". Dette har også blitt slått fast av EU-domstolen, jf C-324/98:

50.

Som det fremgår af punkt 10 i dokument nr. 5250/90 ADD 1 af 22. marts 1990 med overskriften »Rådets begrundelse«, der var vedlagt Rådets fælles holdning af samme dato til det ændrede forslag til Rådets direktiv om fremgangsmåderne ved tilbudsgivning inden for vand- og energiforsyning samt transport og telekommunikation, fulgte Rådet imidlertid ikke Kommissionens forslag om at medtage regler vedrørende koncessionskontrakter om offentlige tjenesteydelser i direktiv 90/531. Rådets begrundelse var, at der kun fandtes sådanne koncessionskontrakter om offentlige tjenesteydelser i én medlemsstat, hvorfor der - i mangel af en indgående undersøgelse af de forskellige former for koncessionskontrakter om offentlige tjenesteydelser, som medlemsstaterne tildeler inden for de nævnte sektorer - ikke var anledning til fastsætte regler for disse kontrakter.

51.

Det må i lyset af disse forhold konstateres, at Kommissionen ikke foreslog at medtage koncessionskontrakter om offentlige tjenesteydelser i sit forslag af 27. september 1991 til Rådets direktiv 91/C 337/01 om ændring af direktiv 90/531 (EFT C 337, s. 1), som efterfølgende førte til vedtagelsen af direktiv 93/38.

57.

Da koncessionskontrakter om offentlige tjenesteydelser således ikke falder inden for anvendelsesområdet for direktiv 93/38, skal det, i modsætning til den af Talaustria foreslåede fortolkning, fastslås, at sådanne

kontrakter ikke er omfattet af begrebet »gensidigt bebyrdende aftaler, der indgås skriftligt«, i det nævnte direktivs artikel 1, nr. 4.

Departementet har i tidligere uttalelser, lagt til grunn at en tilsvarende avgrensning må legges til grunn for hvilke tjenestekontrakter som er omfattet av forskriften.

Videre vurderer departementet den forelagte driftsavtale med særrett til å kreve refusjon, jf "Overenskomst mellom Oslo Kommune og NFF", å ha sterke fellestrekk med det som dagens EØS-rettspraksis omtaler som "tjenestekonsesjon". Det vises her til at driftsstøtten på langt nær vil være tilstrekkelig for å dekke de totale omkostningene for å opprettholde en praksis og forestå et fysioterapeuttilbud som avtalen legger til grunn.

Når det gjelder hvilke typer tjenestekontrakter som skal anses å omfattes av begrepet "tjenestekonsesjoner", er det i dag få rettskilder som utdyper kriteriene nærmere. Felles for slike avtalekonstruksjoner synes imidlertid å være at avtalen har et sterkere innslag av myndighetsutøvelse, enn for rene kommersielle avtaler. En viss veiledning følger også av definisjonen av bygg- og anleggskonsesjoner som, i motsetning til tjenestekonsesjoner, er eksplisitt omfattet av reglene (jf forskriftens § 1-4 g). Denne lyder:

g. offentlig bygge- og anleggskonsesjon: en kontrakt av samme type som angitt i bokstav c, med det unntak at vederlaget for arbeidene som skal utføres enten utelukkende består av retten til å utnytte byggverket eller i en slik rett sammen med betaling

I en dom fra EU (Arnhem C- 360/96), antyder domstolen at samme vurderinger er relevant, for innholdet i begrepet "tjenestekonsesjon". I premiss 24 og 25, sier domstolen:

24.

"Indledningsvis bemærkes, at den franske regering i sit skriftlige indlæg har anført, at kontrakterne mellem kommunerne og ARA kunne anses for at være koncessionskontrakter om offentlige tjenesteydelser, som derfor er udelukket fra anvendelsesområdet for direktiv 92/50. Den har anført, at det er en betingelse for, at der foreligger en koncessionskontrakt om offentlige tjenesteydelser i fællesskabsrettens forstand, at kontrahenten vederlægges enten ved retten til at udnytte tjenesteydelser eller ved denne ret sammen med en pris.

25.

Hertil bemærkes blot - uden at det er nødvendigt at fortolke begrebet koncession på af offentlig tjeneste, som ikke er genstand for de af den nationale ret stillede spørgsmål - at det fremgår af de oplysninger, som kommunerne har givet som svar på et spørgsmål stillet af Domstolen, og navnlig af artikel 8 og 9 i rammeaftalen mellem Rheden kommune og ARA samt af artikel 7 i den aftale om tjenesteydelser vedrørende indsamling af husholdningsaffald, der er indgået mellem de samme parter, at det vederlag, der betales til ARA, alene består i en pris og ikke i retten til at udnytte tjenesteydelserne".

I sak c- 324/98 premiss 58, sier domstolen:

"Selv om en sådan aftale er omfattet af direktiv 93/38, er den på fællesskabsrettens nuværende udviklingstrin udelukket fra anvendelsesområdet for dette direktiv, navnlig fordi den modydelser, som den

førstnevnte virksomhed leverer til den anden, består i, at sidstnevnte virksomhed med henblik på at opnå betaling får ret til at udnytte sin egen ydelse”

Det vises også til side 7 i kommisjonens fortolkningsdokument om ”konesjoner i fellesskapsrettens bestemmelser om offentlige kontrakter”. Her sies det at et vesentlig element i vurderingen av om avtalen omfattes av reglene for tjenestekonsesjon, er om kontraktsparten bærer en *reell risiko* for inntjening ved utnyttelse av en rettighet, og at en til dels større del av vederlaget for tjenesten betales av brukerne.

I denne sammenheng vises det til forelagte opplysninger, at det pasienten som velger hvilken fysioterapeut som vedkommende vil benytte (fritt brukervalg). Tjenesteyteren (fysioterapeuten) bærer med dette en reell risiko for inntjening, da tjenesteyteren ikke har noen garanti for i hvilken grad tjenesteyteren vil bli benyttet av brukerne.

Det skal likevel bemerkes at departementet finner det noe problematisk, på generelt grunnlag, å vurdere den reelle kommersielle risikoen for fysioterapeuter med slike avtaler. Det legges imidlertid til grunn at pasienter vil velge fysioterapeut ut fra kvalitet, markedsføring, resultater, fasiliteter og pris, samt at fysioterapeuten vil måtte konkurrere både med andre som har tilsvarende avtaler og de som ikke har.

3. OPPSUMMERING OG KONKLUSJON

Gjensidig bebyrdende avtaler, hvor det offentlige kjøper fysioterapeutbehandlinger til allmennheten, er i utgangspunktet omfattet av forskriften for offentlige anskaffelser del I og III. Med hensyn til inngåelse av tjenestekontrakter, opererer forskriften likevel med en avgrensning i forhold til såkalte ”tjenestekonsesjoner”. Dette innebærer at når det inngås en avtale som innebærer at vederlaget i hovedsak er basert på

- at tjenesteyteren utnytter en rettighet,
- kun mottar delvis betaling fra oppdragsgiver,
- øvrig del av vederlaget kommer fra brukere, og
- brukerne har fritt valg om de vil benytte tjenestetilbudet,

er kontrakten å betrakte som en tjenestekonsesjon og ikke omfattet av forskriften.

Departementet er derfor av den oppfatning at en avtale basert på den modell, som overenskomsten mellom Oslo Kommune og NFF legger opp til, vil falle utenfor forskriften.

Med hilsen

Pål Hellesylt (e.f.)
avdelingsdirektør

Johan Henrik Bjørge
seniorrådgiver

PricewaterhouseCoopers DA
Karenslyst allé 12
0245 OSLO

Deres ref

Vår ref
200300098-3

Dato
12.02.2003

Interkommunalt samarbeid ihht regelverket om offentlige anskaffelser

1. INNLEDNING

Vi viser til Deres brev av 20. desember 2002 hvor De ber om Nærings- og handelsdepartementets syn på hvorvidt leveranser av tjenester fra et interkommunalt samarbeid eller interkommunalt selskap til de deltakende kommunene er underlagt regelverket om offentlige anskaffelser. På bakgrunn av forslaget om å endre kommuneloven slik at en kommune kan la andre enn egen ansatt revisjon eller distriktsrevisjon som kommunen deltar i utføre revisjonsoppgaver, vil vi omtale revisjonstjenester særskilt der det er naturlig.

Regelverket for offentlige anskaffelser omfatter i utgangspunktet alle gjensidig bebyrdende avtaler om anskaffelse av varer, tjenester og bygge- og anleggsarbeider som inngås av en kommune, jf. forskrift om offentlige anskaffelser §§ 1-3 (1) og 1-4 bokstav a. Dette omfatter også avtaler hvor en eller flere kommuner er leverandør.

Kommunene kan imidlertid velge å utføre tjenestene selv, i egenregi, noe som medfører at regelverket om offentlige anskaffelser ikke kommer til anvendelse. Dessuten gjør forskrift om offentlige anskaffelser § 1-3 (2) bokstav h unntak for tjenester som er levert av et *offentligrettslig organ*. Vi skal skissere hovedlinjene for oppdrag i egenregi under punkt 2 og gå nærmere inn på det forskriftsfesta unntaket under punkt 3.

Postadresse	Kontoradresse	Telefon	Avdeling for	Saksbehandler
Postboks 8014 Dep	Einar Gerhardsens plass 1	22 24 90 90	næringsregulering og	Kaja Breivik Furuseth
0030 Oslo		Org no.	skipsfart	22246584
		972 417 890	Telefaks	
			22 24 66 69	

2. EGENREGI

Begrepet egenregi blir brukt i rettspraksis og i juridisk teori der forskriften ikke kommer til anvendelse på grunn av en sterk organisatorisk eller eiermessig nærhet mellom oppdragsgiver og leverandør. Det foreligger ikke to kontraktsparter og derfor ingen gjensidig bebyrdende avtale.

Tjenester utført av egne ansatte i kommunen er utvilsomt utført i egenregi. Problemet reiser seg i de tilfellene der en kommune eller flere kommuner organiserer utførelsen av visse tjenester gjennom et selskap. Da er det selskapet som sådan som opptrer "utad som en enhet og erverver rettigheter og plikter"¹ og ikke kommunen. Et selskap er en juridisk person, og utgangspunktet i rettspraksis er at det skal svært mye til før leveranser mellom to ulike juridiske personer kan unntas regelverket på bakgrunn av egenregibetraktninger.

Teckal-dommen oppstiller to vilkår for at en tjeneste utført av en juridisk person utenfor kommunen skal kunne regnes som egenregi²:

"Forholdet vil alene kunne bedømmes anderledes, såfremt den lokale myndighet både underkaster den pågældende person en kontrol, der svarer til den kontrol, den fører med sine egne tjenestegrene, og den pågældende person udfører hovedparten af sin virksomhed sammen med den eller de lokale myndigheder, den ejes af."

Det er noe usikkert i hvilken grad unntaket for egenregi slik det er skissert i Teckal-dommen får anvendelse på interkommunale selskaper.

3. UNNTAKET I FORSKRIFTEN § 1-3 (2) BOKSTAV H

3.1 Innledning

I de tilfellene der en tjenesteleveranse fra et interkommunalt selskap ikke oppfyller kravene til egenregi, kan anskaffelsen likevel unntas fra anskaffelsesreglene i medhold av forskriftens § 1-3 (2) bokstav h:

"kontrakter om offentlige tjenstekjøp som tildeles et organ som selv er en offentlig oppdragsgiver som definert i § 1-2 (hvem som er omfattet av forskriften) med hjemmel i en enerett organet har i henhold til en kunngjort lov, forskrift eller administrativt vedtak, forutsatt at bestemmelsene er forenlige med EØS-avtalen."

¹ Jf Juridisk leksikon

² Sag C-107/98 Teckal premiss 50 (dansk versjon)

Det sentrale vilkåret for at en tjenesteyting skal være unntatt forskriften om offentlige anskaffelser er at *tjenesteyteren* må være en offentlig oppdragsgiver. Til forskjell fra situasjonen ved egenregi, er det også krav om enerett og forenlighet med EØS-avtalen. Vi vil i det følgende behandle hvert enkelt vilkår og starter med definisjonen av en offentlig oppdragsgiver.

3.2 Er et interkommunalt selskap en offentlig oppdragsgiver som definert i § 1-2?

3.2.1 Innledning

Formene for kommunalt samarbeid vil variere med hva kommunene ønsker å oppnå med samarbeidet. Måten kommunene institusjonaliserer sitt samarbeid på avgjør hvilken del av § 1-2 som kommer til anvendelse. Første ledd retter seg mot "statlige, fylkeskommunale eller kommunale myndigheter, eller offentligrettslige organer og sammenslutninger dannet av en eller flere av disse." Hva som er et offentligrettslig organ er nærmere definert i andre ledd.

Et offentligrettslig organ skiller seg fra kommunale myndigheter først og fremst ved at det er et "selvstendig rettssubjekt", jf § 1-2 (2) bokstav b. Som nevnt under punkt 2 ovenfor, innebærer opprettelsen av et selskap at det blir skilt ut fra kommunen og kan erverve rettigheter og pådra seg plikter på egne vegne. Et interkommunalt selskap vil derfor oppfylle kravene til et selvstendig rettssubjekt. For å bli å bli regnet som offentlig oppdragsgiver, må selskapet derfor oppfylle vilkårene til offentlige organ i bokstav a og c i andre ledd. Selskapet må tjene "allmennhetens behov" og ikke være av "industriell eller forretningsmessig karakter", jf § 1-2 (2) bokstav a, dessuten må selskapet ha en nær tilknytning til det offentlige som beskrevet i bokstav c.

3.2.2 Allmennhetens behov

Ordlyden i § 1-2 (2) bokstav a peker mot at bestemmelsen inneholder to kumulative vilkår. Organet må både tjene allmennhetens behov og ikke være av industriell eller forretningsmessig karakter. EF-domstolen har også uttalt at kravet om at behovet ikke skal være av industriell eller forretningsmessig karakter er et kriterium som skal presisere begrepet allmennhetens behov i bestemmelsens forstand.³ Man kan altså tenke seg tjenester som oppfyller allmennhetens behov, men som likevel er av forretningsmessig karakter og dermed ikke oppfyller vilkårene til et offentligrettslig organ.

³ Sag C-360/96 Arnhem premiss 32

I dommer som behandler dette vilkåret har EF-domstolen vurdert vilkårene under ett. Spørsmålet vi må stille er derfor hva som kjennetegner allmennhetens behov og ikke er av industriell eller forretningsmessig karakter. Premiss 51 i Arnhem-dommen gir en viss veiledning (dansk versjon):

”En gennemgang af denne fortegnelse viser, at der i almindelighed er tale om behov, som staten *af hensyn til almenvellet* (mi utheving) vælger selv at imødekomme, eller med hensyn til hvilke den ønsker at bevare en afgørende indflydelse.”

Kort sagt kan vi si at det er tale om behov som det normalt tilligger samfunnet å ivareta. Eksempel på tjenester som EF-domstolen har godtatt er renovasjonstjenester og produksjon av offisielle administrative dokument som pass og førerkort, jf dommene Arnhem og Mannesmann⁴.

Begrunnelsen for at tjenestene omfattes kan gi veiledning for tolkinga. I Arnhem argumenterte domstolen for at renovasjonstjenester var omfatta av allmennhetens behov fordi det var nødvendig for staten å ha en avgjørende innflytelse på tjenesten av hensyn til ”den offentlige sundhed og miljøbeskyttelsen”.⁵ Når det gjaldt produksjonen av visse offentlige dokument i Mannesmann-saken hevda domstolen at de var tett forbundet med ”den offentlige orden og statsinstitusjonernes virke” fordi det var viktig at forsyninga var sikra og at produksjonen foregikk under vilkår som sikra at reglene om fortrolighet og sikkerhet ble overholdt.⁶

Anvendelse av EF-domstolens utsagn på spørsmålet om kommunal revisjon er et allment behov som ikke er av industriell eller forretningsmessig karakter tilsier en vurdering av formålene med kommunal revisjon. Revisjon skal sikre en kontroll med det offentliges midler og at kommunale myndigheter overholder de reglene som gjelder for dem. Dette er viktig for å ivareta tilliten i befolkningen. Disse hensynene ligger tett opp mot den offentlige orden og statsinstitusjonenes virke som nevnt i Mannesmann.

Det er viktig å merke seg at bestemmelsen ikke utelukker tjenester som kan utøves av private.⁷ Dessuten har det ikke betydning for vurderinga om organet ved siden av å betjene det offentlige også utøver tjenester av forretningsmessig karakter⁸. Det er

⁴ Sag C-360/96 Arnhem og Sag C-44/96 Mannesmann

⁵ Premiss 52.

⁶ Premiss 24.

⁷ Arnhem premiss 53

⁸ Sag C-44/96 Mannesmann premiss 25 ”Det bemærkes videre, at det fremgår af bestemmelserne i § 1, stk. 1, og § 2, stk. 1, i StDrG, at ÖS er oprettet specielt med henblik på at imødekomme disse behov hos almenheden. Det er i den forbindelse *uden betydning, at et sådant organ ud over denne opgave frit kan udøve andre former for virksomhed* (mi utheving) såsom fremstilling af andre tryksager samt udgivelse og forhandling af bøger. Den omstændighed - der er påpeget af den østrigske regering i dennes skriftlige indlæg - at imødekomme af almenhedens behov kun udgør en relativt ubetydelig andel af den virksomhed, ÖS faktisk udøver, er ligeledes uden relevans, når et sådant organ fortsat påtager sig at opfylde de behov, ÖS specielt er forpligtet til at imødekomme.

derfor ingen hindring for anvendelsen av § 1-2 (2) bokstav a at et interkommunalt selskap også påtar seg revisjonsoppdrag for andre enn kommuner.

3.2.3 Nær tilknytning til det offentlige

Bokstav c nevner tre former for innflytelse det offentlige kan ha over selskapet for å oppfylle kravet til offentligrettslig organ.⁹

” i hovedsak er finansiert av statlige, fylkeskommunale eller kommunale myndigheter eller andre offentligrettslige organer, eller hvis forvaltning er underlagt slike organers kontroll, eller som har et administrasjons-, ledelses- eller kontrollorgan der over halvparten av medlemmene er oppnevnt av statlige, fylkeskommunale eller kommunale myndigheter eller andre offentligrettslige organer.”

Vilkårene er alternative, det er nok at ett av disse er oppfylt. Graden av innflytelse blir brukt som et tolkingsmoment ved de ulike vilkårene. I Cambridge-dommen uttalte EF-domstolen i tilknytning til vilkåret om finansiering at det ikke omfatter enhver betaling. Bare de ytelser som ”finansierer eller støtter den berørte virksomheds aktiviteter ved et økonomisk bidrag *uden særlig modydelse* [mi utheving], kan kvalificeres som ”offentlig finansiering”¹⁰.

For et interkommunalt revisjonsselskap vil det derfor ikke være tilstrekkelig for å oppfylle vilkåret om finansiering at selskapet har mer enn halvparten av inntektene sine fra det offentlige så lenge det dreier seg om betaling for tjenester. Finansiering kan ellers omfatte både virksomhetens låneopptak og direkte tilskudd til driften.

Når det gjelder alternativet om at forvaltningen må være underlagt offentlig kontroll, vil dette oftest være en administrativ kontroll- eller instruksjonsmyndighet

Den tredje formen det offentlige kan utøve innflytelse på, er å utnevne minst halvparten av medlemmene til et administrasjons-, ledelses-, eller kontrollorgan. Administrasjons- og ledelsesorganer synes å henseile på typiske styrefunksjoner. Offentlig eierskap i selskapet vil oftest være utslagsgivende for at en virksomhet omfattes av reglene, fordi eierskapet normalt vil gi rett til å oppnevne styremedlemmer i virksomheten. Aksjonæravtaler eller vedtekter kan imidlertid begrense innflytelsen over virksomheten. Også her må vi derfor vurdere om utnevnelsen sikrer en nær tilknytning til det offentlige.

⁹ jf Sag 380-98 Cambridge premiss 20: ”Med hensyn til de alternative betingelser, der findes i artikel 1, litra b), andet afsnit, tredje led, i direktiv 92/50 [art 1], 93/36 [art 1] og 93/37 [art 1], følger det af præmis 20 i **Mannesmann** Anlagenbau-dommen, at de hver især er udtryk for organets nære tilknytning til staten, lokale myndigheder eller andre offentligrettslige organer. Den nævnte bestemmelse definerer derfor de tre former for offentligrettslige organer, som tre varianter af en ”nær tilknytning” til en anden ordregivende myndighed.”

¹⁰ jf Sak 380-98 Cambridge premiss 21

Et sentralt spørsmål er om graden av innflytelse skal vurderes i forhold til hver enkelt kommune som deltar i samarbeidet, eller det offentlige sett under ett. Ordlyden tyder ikke på at det er noe krav at ett organ alene har den nødvendige innflytelsen. De ulike kommunene som deltar i et interkommunalt selskap kan derfor identifiseres med hverandre. Antallet kommuner som deltar i et interkommunalt selskap vil derfor ikke være noe relevant moment ved vurderinga av innflytelsen.

3.3 Enerett

Dersom et interkommunalt selskap oppfyller kravene til et offentligrettslig organ, , oppstår spørsmålet om selskapet har enerett til å levere tjenesteytelsen med hjemmel i en lov, forskrift eller administrativt vedtak. Et administrativt vedtak kan trolig treffes både på politisk og administrativt nivå. Det er imidlertid et krav at vedtaket som tildeler eneretten skal være kunngjort. Det er ikke noe eksplisitt krav til hvordan kunngjøringen skal skje, og det er derfor usikkert om for eksempel en elektronisk kunngjøring på kommunens hjemmeside på Internett vil være tilstrekkelig.

3.4 Forenlig med EØS-avtalen

Det er videre en forutsetning at tildelingen av eneretten er forenlig med EØS-avtalen. Departementet antar at tildeling av en enerett i utgangspunktet er en restriksjon på adgangen til å yte tjenester, jf EØS-avtalens hoveddel art. 36. Etableringen av en enerett må derfor forankres i den domstolsskapte læra om tvingende eller allmenne hensyn.

EF-domstolen har oppstilt tre vilkår som alle må være oppfylt for å godta ei nasjonal ordning som i utgangspunktet er i strid med de fire friheter. For det første må formålet med regelen være omfatta av et hensyn som EF-domstolen har oppstilt; formålet må være et allment hensyn. For det andre må den nasjonale regelen være egna til å nå formålet med regelen, og for det tredje må skje en avveining av om hensynene er tilstrekkelig tunge til å kunne gripe inn i den frie bevegelighet av tjenester. Et viktig vurderingstema i proporsjonalitetsvurderinga er om det samme formålet kan nås med mindre inngripende tiltak.

Når det gjelder vilkåret om at formålet må være omfattet av et hensyn som EF-domstolen har oppstilt, er det viktig å legge merke til at domstolen aldri har gitt en uttømmende oppregning av de allmenne hensynene. Eksempel på hensyn EF-domstolen har godtatt er beskyttelse av forbrukere, arbeidstakere, tjenestemottakere, ytringsfrihet og kunstneriske verdier. I forhold til kommunal revisjon, kan Arblade¹¹ og Bachmann-dommen¹² gi muligens gi veiledning. De allmenne hensynene som er belyst i dommene er henholdsvis kontrolltiltak og skattekontroll.

¹¹ Sag 104/75

¹² Sag C 204/90

Selv om domstolen har godtatt en rekke ulike hensyn, er det to typer den uttrykkelig har avvist: økonomiske og forvaltningsmessige hensyn. Kjernen i begrepet økonomiske hensyn er tiltak for å beskytte eget lands næringsliv. Forvaltningsmessige hensyn dreier seg om hensynet til forenkling av forvaltningens saksbehandling.

Den strengeste vurderinga har domstolen likevel anlagt når det gjelder vilkårene om egnethet og proporsjonalitet. Disse vilkårene gir domstolen et bredt skjønn, og det skal mye til før domstolen godtar et nasjonalt tiltak som tungtveiende nok til å rettferdiggjøre et inngrep i den frie bevegeligheten for tjenester.

Med hilsen

Pål Hellesylt (e.f.)
avdelingsdirektør

Kaja Breivik Furuseth
førstekonsulent

Statskog SF
Serivceboks 1016
7809 Namsos

Deres ref

Vår ref (bes oppgitt ved svar)
2002/1262 NR NOK RMY

Dato
12.12.2002

VEDTAK: STATSKOG SF OG SB SKOG – FORHOLDET TIL REGELVERKET FOR OFFENTLIGE ANSKAFFELSER

Det vises til tidligere korrespondanse og Deres brev av 8. juli 2002 som inneholder en redegjørelse om selskapenes eierforhold og forretningsdrift. Spørsmålet er om Statskog SF og SB Skog omfattes av regelverket for offentlige anskaffelser. Det ble i vårt brev av 30.04.02 opplyst at vi vil treffe bindende vedtak i saken, jf. forskrift fastsatt ved kgl. res. 15. juni 2001 om offentlige anskaffelser § 1-2 (5).

1. Hovedproblemstilling og rettslig utgangspunkt

Statskog SF og SB Skog er begge selvstendige rettssubjekter. Spørsmålet er derfor om henholdsvis Statsskog SF og SB Skog er omfattet av regelverket for offentlige anskaffelser som "offentligrettslige organ" etter forskriftens § 1-2 (2). Som "offentligrettslige organ" anses egne rettssubjekter som "tjener allmennhetens behov og ikke er av industriell eller forretningsmessig karakter", jf. bestemmelsens bokstav a) og som det offentlige i tillegg har en kontroll over som nevnt i bokstav c).

Selskapene skal vurderes på selvstendig grunnlag. Selv om regelverket gjelder for morselskapet medfører ikke dette at også datterselskaper automatisk omfattes. Ovennevnte problemstilling må derfor vurderes konkret for hvert selskap.

2. SB Skog

2.1. Faktagrunnlag:

SB Skog er eid av Statskog og Borregaard Skoger med 50% hver. Borregaard Skoger er heleid av Orkla.

Postadresse:
Postboks 8014 Dep
0030 Oslo

Kontoradresse:
Einar Gerhardsens plass 1
Org. nr.:
972 417 890

Telefon - sentralbord:
22 24 90 90 / 22 24 66 73
Telefaks:
22 24 66 69

Avdeling for
næringsregulering og
skipsfart

Saksbehandler:
Robert Myhre
22246270

Statskog SF

Selskapet selger kompetansebaserte tjenester (driftsplanlegging og driftsgjennomføring, analyser, forretningsførsel, miljøsikring, virkeomsetning), driver skogsdrift og skogkultur (hogst, kjøring, planting, ungskogpleie og transport), samt i noe beskjedent omfang tømmer. Kundemassen består av SB skog sine eiere (50% av omsetningen, herav 60% hos Statskog SF), andre private og offentlige skogeiere (enkeltpersoner, kommuner, aksjeselskaper), skogindustri og annen industri (E-verk, Jernbaneverk).

For eierne er det inngått en 10-årig driftsavtale der pris fastsettes etter selvkostprinsippet. Det beregnes med andre ord ikke fortjeneste for SB Skog ved salg til Statskog SF. Ovenfor andre kunder er det full konkurranse. Pris fastsettes pris ut fra gjeldende markedspriser der dette er etablert, og ellers etter anbudkonkurranse/forhandlinger. Videre stiller både aksjonær- og driftsavtalen krav om forretningsmessig drift.

2.2. Kontrollert av det offentlige

2.2.1. Innledning:

Offentlig kontroll foreligger når selskapet enten "i hovedsak er finansiert av statlige, fylkeskommunale eller kommunale myndigheter eller andre offentligrettslige organer", forvaltningen av selskapet "er underlagt slike organers kontroll", eller når selskapet har et "administrasjons-, ledelses- eller kontrollorgan der over halvparten av medlemmene er oppnevnt av statlige, fylkeskommunale eller kommunale myndigheter eller andre offentligrettslige organer", jf. § 1-2 bokstav c. Vilåarene er alternative, og det er derfor tilstrekkelig at minst ett av de er oppfylt.

2.2.2. Offentlig oppnevning av styrets organer:

Spørsmålet er om offentlige organer oppnevner over halvparten av medlemmene i selskapets "administrasjon-, ledelses- eller kontrollorgan". Statskog SF og Borregaard Skoger oppnevner like mange styremedlemmer i SB Skog. I tillegg skal det velges to styrerepresentanter av og blant de ansatte. Dette innebærer at Statskog alltid oppnevner mindre enn 50% av styrerepresentantene og dette vilåaret er ikke oppfylt i forhold til SB Skog.

2.2.3. Finansiert av det offentlige:

Spørsmålet er så om selskapet "i hovedsak" er finansiert av det offentlige.

I sak C-380/98 (Cambridge) art. 26 definerte EF-domstolen kravet til finansiering til å ikke å omfatte betalinger som foretas av det offentlige som en motytelse i forbindelse med en tjenesteytelsesavtale. Så langt vi kan se skjer finansieringen av selskapet gjennom ordinær drift og forretningsøkonomisk begrunnede disposisjoner, og det legges derfor til grunn at selskapet i hovedsak ikke er finansiert av det offentlige.

2.2.4. Kontroll over selskapets forvaltning:

Det siste spørsmålet er om det foreligger en "offentlig kontroll" med forvaltningen av selskapet, jf. forskriften § 1-2 (2) bokstav c). Lov om offentlige anskaffelser § 2 bokstav b) tredje kulepunkt bruker terminologien "bestemmende innflytelse" over selskapet.

Det er ikke enhver kontroll som derfor vil være relevant eller tilstrekkelig. Tolket i sammenheng med de alternative vilkårene for at det skal foreligge en offentlig kontroll, må vilkåret forstås som at det må foreligge en like sterk innflytelse over selskapet som om selskapet for mer enn halvdel var finansiert av det offentlige eller de ledende organer for mer enn halvparten var oppnevnt av det offentlige. Så langt vi kan se foreligger det ingen slik ekstraordinær offentlig kontroll med selskapet.

2.3. Konklusjon:

SB Skog anses ikke omfattet av regelverket for offentlige anskaffelser.

3. Statskog SF

3.1. Faktagrunnlag:

Statskog SF er statens grunneierselskap. Konsernet kjernevirksomhet er knyttet til to virksomhetsområder: grunneiervirksomhet og skogbruket. Grunneiervirksomheten omfatter utnyttelse av grunnen gjennom tomtefeste, fallrettigheter, grus/malm, utleie av hytter og salg av jakt/fiskekort. I tillegg representerer dette virksomhetsområdet drift av statens skoger i Nord-Norge og Sør-Vestlandet, samt tjenestesalg/oppdrag for andre. Tjenesteytelse/oppdrag for andre omfatter bl.a. eiendomsforvaltning, skogforvaltning og administrasjon av jakt og fiske for andre grunneiere, samt lovpålagte og ikke lovpålagte forvaltningsoppgaver for staten.

Virksomhetsområdet skog representerer utnyttelse av skogeiendommer i Midt- og Sør-Norge, hvor driftsmessige oppgaver langt på vei ivaretas av SB Skog. Kundemassen relatert til utnyttelse av grunn består i alle hovedsak av private personer/virksomheter. For enkelte større transaksjoner er også staten/statlig eid virksomhet blant konsernets kunder. De viktigste kundene er Landbruksdepartementet, Miljøverndepartementet, Statens Naturoppsyn, Forsvarsbygg og Opplysningsvesenets Fond. I noen grad selges også tjenester til private. Inntekter fra tjenesteyting for staten utgjorde i 2001 ca. 13,2% av Statskog SF samlede inntekter foregående år. Tidsforbruk ved tjenesteyting til statlige kunder utgjorde ca. 20% av samlet timeforbruk i Statskog SF.

Det er et grunnleggende prinsipp for Statskog SF at foretakets priser skal være på markedsnivå uten å være prisledende/prisdrivende. Ved utnyttelse av grunn fastsettes prisene av Statskog, eventuelt etter forhandlinger med kunder, med utgangspunkt i markedsnivå. For enkelte typer utnyttelse av grunnen har myndighetene særskilt adgang til å regulere Statskogs priser. Statskog får særskilt vederlag for tjenesteytelse/oppdrag for Landbruksdepartementet, Miljøverndepartementet og Statens Naturoppsyn. Vederlag fastsettes med utgangspunkt i et "kostnadsdekningsprinsipp". Vederlag for tjenesteyting til Forsvarsbygg er fastsatt i forhandlinger, mens vederlag for tjenesteyting til Opplysningsvesenets fond er fastsatt gjennom anbudskonkurranse. Pris for salg av tjenester fastsettes rent kommersielt.

3.2. Offentlig kontroll over selskapet:

Selskapet er 100 prosent eid av staten. Det vil være Landbruksdepartementet som utøver øverste myndighet i foretaket i foretaksmøtet, jf. statsforetakslovens § 38.

Vilkåret i § 1-2 (2) bokstav c, jf. alternativet: "...eller som har et administrasjons-, ledelses- eller kontrollorgan der over halvparten av medlemmene er oppnevnt av statlige, fylkeskommunale eller kommunale myndigheter...", anses derfor oppfylt.

3.3. Tjener allmennhetens behov

Spørsmålet er om Statskog SF "tjener allmennhetens behov", § 1-2 (2) bokstav a. Det følger av EF-domstolens praksis at vilkåret skal tolkes vidt. Statskog SF er pålagt å utføre visse forvaltningsoppgaver utover ordinær forretningsdrift. Dette gjelder både sektorpolitiske mål avtalt med Landbruksdepartementet og oppgaver knyttet til oppsyn i nasjonalparker og andre verneområder, oppsyn rettet mot motorferdsel i utmark og faunakriminalitet, dokumentasjon av rovviltskader, naturveiledning, informasjon og sjølakseoppsyn. Statskog SF sin virksomhet må derfor anses å tjene allmennhetens behov.

3.4. Ikke er av industriell eller forretningsmessig karakter

Spørsmålet er om Statskog SF er av industriell eller forretningsmessig karakter, § 1-2 (2) bokstav a. EF-domstolen har lagt til grunn at vilkåret skal tolkes formålsbestemt, jf. sak C-353/96. Det følger av EF-domstolens avgjørelse i sak 360/96 (Arnhem) at det skiller mellom allmennhetens behov på det ervervsmessig og industrielle området og allmennhetens behov utenfor det industrielle eller forretningsmessige området. Selv om selskapet er opprettet i allmennhetens interesse kan således selskapet anses for å være forretningsmessig og derfor falle utenfor regelverkets anvendelsesområde.

Hensikten med avgrensningen er å fange opp de virksomheter som kan la seg lede av andre hensyn enn de økonomiske, jf. C-360/96 art. 43. Dette har sammenheng med formålet med EUs innkjøpsdirektiver; å fjerne risikoen for at innenlandske leverandører gis en fortrinnsstilling ved inngåelse av kontrakter, jf. C-44/94 Mannesmann, art. 33.

3.4.1. Vurderingen må skje i forhold til aktiviteter knyttet til Statskogs forvaltningsoppgaver

Statskog SF har aktiviteter både innenfor ordinær forretningsdrift og innen offentligrettslig forvaltning. Enkelte av forvaltningsoppgavene er lovpålagte (blant annet etter fjelloven, statsallmenningsloven, jordsalgsloven og utmarkskommisjonsloven). Selskapet har blant annet myndighet til å fatte enkeltvedtak samt myndighet til å gi forskrifter på avgrensede områder. Selskapet skal også forberede og uttale seg i klagesaker som etter lov og forskrift skal behandles av Statens Landbruksforvaltning. Selskapet er videre tillagt forvaltningsoppgaver som ikke er lovpålagte, men som følger av avtale med Landbruksdepartementet. Dette gjelder blant annet tilrettelegging for bruk av fiskeressurser for Finnmarks befolkning og allmennheten for øvrig, legge til rette for friluftsliv, merking av stier og løyper, bygging av fiskebrygger for handikappede og barnefamilier mv. Kostnadene i forbindelse med oppgavene dekkes ved Stortingets årlige bevilgninger over kapittel 1161 post 70.

Dersom selskapets aktiviteter dels faller inn under, og dels faller utenfor, det industrielle og forretningsmessige område skal det ikke foretas en vurdering av den

samlede virksomheten, jf. EF-domstolens avgjørelse i sak C-44/96. Det avgjørende vil derfor være en isolert vurdering av de aktiviteter Statskog SF utfører som ikke er ordinær forretningsdrift. Dette gjelder selv om dette skulle utgjøre en relativt ubetydelig del vil selskapets aktiviteter.

3.4.2. En helhetsvurdering av virksomheten:

Spørsmålet er om *selskapet* er av industriell eller forretningsmessig karakter. Det er derfor ikke tilstrekkelig med en isolert vurdering av bransjen selskapet opererer i. I en helhetsvurdering vil imidlertid sætrekk ved bransjen være relevante momenter sammen med sætrekk ved selskapet. Idet bestemmelsen må tolkes formålsbestemt vil det avgjørende være om det samlet sett foreligger risiko for at selskapet kan ledes til å andre hensyn enn de rent økonomiske.

3.4.3. Momenter i den nærmere vurderingen

EF-domstolen har i sin praksis fremhevet flere momenter som vil være relevante i vurderingen av om selskapet kan la seg lede av andre hensyn enn de rent økonomiske. Dette er med andre ord momenter som kan tale for eller mot at selskapet omfattes av regelverket.

1. I sak C-360/96 (Arnhem) uttalte EF-domstolen at behov som ikke er av industriell eller forretningsmessig karakter vanligvis oppfylles på en annen måte enn ved leveranser av varer og tjenester i et marked. Vanligvis vil staten av hensyn til allmennheten ønske å bevare en avgjørende innflytelse over, eller å imøtekomme behovene selv. Domstolen kom i denne konkrete saken til at fjerning og behandling av husholdningsavfall er en aktivitet utenfor det industrielle eller forretningsmessige området, fordi det av hensyn til folkehelsen og miljøet ikke er tilstrekkelig med de tjenesteytelser som tilbys av private næringsdrivende.

Etter vår vurdering ligger lignende betraktninger bak opprettelsen av Statskog SF. Opprettelsen av Statskog SF må etter vår vurdering anses begrunnet ut i fra et ønske om å ivareta også andre hensyn i skogsforvaltningen enn de rent kommersielle. Av hensyn til allmennheten har således staten valgt å bevare en avgjørende kontroll over skogsforvaltningen. Med bakgrunn i EF-domstolens uttalelser i Arnhem-dommen er dette derfor et viktig indisium på at man er utenfor det industrielle eller forretningsmessige området.

2. Konkurransesituasjonen selskapet opererer i vil videre være et viktig kriterium, jf. sak 360/96 Arnhem, art. 47. Desto sterkere konkurranse selskapet er eksponert for, jo mer trekker dette i retning av at selskapet er innenfor det industrielle eller forretningsmessige området. Statskog SF er i realiteten gitt en monopolstilling i forvaltningen av sentrale statlige skogsområder. Selskapet er derfor ikke eksponert for en reell konkurranse som kunne sikret at selskapet ikke tok andre hensyn enn de rent kommersielle i sine beslutninger. Mangel på konkurranse er derfor et indisium på at selskapet omfattes av anskaffelsesregelverket.

3. I hvilken grad organet tilbyr sine tjenester og produkter mot betaling vil også være relevant, jf. sak C-223/96 og 260/99 Agora art. 39. I C-353/96 (Irish Forestry Board) ga det irske statsskogselskapet gratis adgang til nasjonalparkene, noe som synes å ha blitt tillagt vekt. I sak C-44/96 (Mannesmann) ble det tillagt vekt at prisene ble fastsatt av et organ med medlemmer fra ulike departementer. Dersom prisene ikke fastsettes etter en ordinær prising i markedet taler dette for at det ikke er tale om behov innenfor det industrielle eller forretningsøkonomiske området.

Selskapet mottar også midler direkte over statsbudsjettet, og ikke uvesentlige deler av selskapets inntekter er derfor ikke fastsatt ut fra rene markedsøkonomiske prinsipper. Også dette mener vi derfor trekker i retning av at selskapet omfattes av anskaffelsesregelverket.

4. Det er videre relevant hvilke krav til overskudd, rentabilitet og effektivitet som er fastsatt for selskapet, jf. sak C-223/96 og C-269/99. Statskog SF har stilt krav til avkastningen i Konsernstrategi pkt 5, og til en viss grad trekker dette i retning av at selskapet faller utenfor anskaffelsesreglene.
5. Videre er det relevant om det er etablert ordninger for å dekke eventuelt økonomiske tap, eller om selskapet selv bær den økonomiske risiko knyttet til sine aktiviteter, jf. I sak 223/96 og 269/99. Som statsforetak kan Statskog SF ikke gå konkurs, noe som derfor klart trekker i retning av at selskapet omfattes av reglene.

Ut fra de momenter EF-domstolen har lagt vekt på i vurdering av om et selskap kan la seg lede av andre hensyn enn de rent økonomiske og dermed omfattes av regelverket er vår vurdering at Statskog SF omfattes av regelverket. Særlig vekt må det legges på at selskapet ikke kan gå konkurs, at det bevilges penger over statsbudsjettet og i realiteten er gitt en monopolstilling i forvaltningen av statens skoger. Denne monopolstillingen er gitt for å sikre at andre hensyn enn de rent kommersielle blir ivare tatt. Krav til overskudd i selskapets strategidokumenter og salg av tjenester på kommersielle vilkår er ikke tilstrekkelig til å oppveie dette.

Dette støttes også av en sammenligning med sak C-353/96 (Irish Forestry Board). Saken gjaldt spørsmålet om det irske statsskogselskapet var omfattet av EUs anskaffelsesregelverk. Selskapet drev ordinær forretningsmessig drift innen skogbruksindustrien i tillegg til at det eide og forvaltet tolv nasjonalparker hvor allmennheten hadde gratis adgang. Selskapets aktiviteter, å stille til rådighet installasjoner til fritids- og rekreativt bruk for allmennheten, falt etter domstolens vurdering utenfor det industrielle og forretningsmessige området. Så langt vi kan se er situasjonen for Statskog SF til en viss grad sammenlignbar med det irske statsskogselskapet.

3.5. Konklusjon:

Statsskog SF anses for å være et offentligrettslig organ, jf. forskrift om offentlige anskaffelser § 1-2 (2).

4. Klageadgang og retten til å se dokumenter

Vedtaket kan påklages av en part eller en annen med rettslig klageinteresse til Kongen i statsråd, jf. forvaltningslovens § 28. Klagen skal fremsettes for Nærings- og handelsdepartementet. Frist for å klage over vedtaket er tre uker fra det tidspunkt underretning om vedtaket er kommet frem til vedkommende part, eller fra det tidspunkt vedkommende har fått eller burde ha skaffet seg kjennskap til vedtaket. Partene har adgang til å gjøre seg kjent med sakens dokumenter, jf. forvaltningslovens §§ 18 og 19.

Med hilsen

Irene Standnes (e.f.)
underdirektør

Robert Myhre
rådgiver

Kopi: Maskinentreprenørenes forbund

Samferdselsdepartementet
Postboks 8010 Dep
0030 OSLO

Deres ref
02/227 811.1

Vår ref (bes oppgitt ved svar)
2002/3550 NR NOK RMY

Dato
12.12.2002

SPØRSMÅL OM POSTEN NORGE AS OMFATTES AV REGELVERKET FOR OFFENTLIGE ANSKAFFELSER

Det vises til Deres brev av 9. september 2002 hvor det bes om en vurdering av om Posten Norge AS omfattes av lov 16. juli 1999 nr. 69 om offentlige anskaffelser og til kopi av brev fra Posten Norge AS om forholdet til WTO-avtalen om offentlige innkjøp (GPA).

Nærings- og handelsdepartementet er i forskrift fastsatt ved kgl. res. 15. juni 2001 om offentlige anskaffelser § 1-2 (6) gitt myndighet til å avgjøre i tvilstilfelle hvorvidt et organ skal anses som oppdragsgiver etter regelverket. Fordi det er forventet en liberalisering av markedet for brevdistribusjon og fordi Posten Norge AS er i en omstillingsfase er det hensiktsmessig å ikke "låse" rettstilstanden gjennom et bindende vedtak. Vår uttalelse er derfor en vurdering av dagens rettstilstand, og er ikke i seg selv ment å gi nye rettigheter eller plikter.

1. Bakgrunn:

Posten ble fra 1. juli 2002 omdannet fra særlovselskap til aksjeselskap. I henhold til § 3 i vedtektene skal selskapet "drive post- og logistikkvirksomhet basert på så vel fysisk som elektroniske løsninger og annen virksomhet som står i direkte sammenheng med dette." Videre heter det at: "Selskapet skal utføre samfunnspålagte oppgaver i henhold til lovgivning og konsesjon".

Posten har fått konsesjon for enerettsområde fra 1. oktober 2001 til 31. desember 2005. Enerettsområdet omfatter formidling mot vederlag av lukket adressert innenriks brevpost inntil 350 g og formidling i Norge av tilsvarende sendinger til/fra utlandet.

Postadresse:
Postboks 8014 Dep
0030 Oslo

Kontoradresse:
Einar Gerhardsens plass 1
Org. nr.:
972 417 890

Telefon - sentralbord:
22 24 90 90 / 22 24 66 73
Telefaks:
22 24 66 69

Avdeling for
næringsregulering og
skipsfart

Saksbehandler:
Robert Myhre
22246270

Posten Norge AS

Eneretten omfatter bare brevpost med pris inntil 5 ganger grunntaksten for et innenriks prioritert brev innenfor første vektklasse (20g). I konsesjonen beskrives de samfunnspålagte oppgavene når det gjelder leveringspliktige tjenester og spesifikke krav til service og kvalitet. Gjennom statlige kjøp av posttjenester betaler staten for de samfunnspålagte bedriftsøkonomiske ulønnsomme posttjenestene selskapet utfører i henhold til konsesjonen.

I tråd med EUs endringsdirektiv for å liberalisere postmarkedet i Europa reduseres enerettsområdet fra 1. januar 2003 til 100 g og 3 ganger grunntaksten. Ytterligere liberalisering vil skje 1. januar 2006.

2. Vurdering av anvendelsesområdet for regelverket for offentlige anskaffelser

2.1. Rettsgrunnlag

Forskrift fastsatt ved kgl. res. 15. juni 2001 om offentlige anskaffelser får anvendelse på egne rettssubjekter (herunder aksjeselskaper) forutsatt at det foreligger en offentlig kontroll over selskapet som nevnt i § 1-2 (2) bokstav c og at selskapet "tjener allmennhetens behov og ikke er av industriell eller forretningsmessig karakter", jf. § 1-2 (2) bokstav a.

2.2. Kontrollert av det offentlige

Selskapet er 100 prosent eid av staten og Samferdselsministeren er generalforsamling i selskapet. Vilkåret i § 1-2 (2) bokstav c, jf. alternativet: "...eller som har et administrasjons-, ledelses- eller kontrollorgan der over halvparten av medlemmene er oppnevnt av statlige, fylkeskommunale eller kommunale myndigheter...", anses derfor oppfylt.

2.3. Tjener allmennhetens behov

Det neste spørsmålet er om selskapet "tjener allmennhetens behov", jf. § 1-2 (2) bokstav a. Begrepet avgrenser mot virksomheter som kun utøves i en begrenset persongruppes interesse. Det følger av EF-domstolens praksis at vilkåret skal tolkes vidt, slik at det i praksis sjeldent vil være tilfeller hvor dette vilkåret ikke er oppfylt. Posten er opprettet for å sikre distribusjon av brev i samfunnet og må således klart anses å tjene allmennhetens behov.

2.4. Ikke er av industriell eller forretningsmessig karakter

Det siste vilkåret er at virksomheten ikke er av industriell eller forretningsmessig karakter, jf. § 1-2 (2) bokstav a. Det følger av EF-domstolens avgjørelse i sak 360/96 (Arnhem) at det skilles mellom allmennhetens behov på det ervervsmessig og industrielle området og allmennhetens behov utenfor det industrielle eller forretningsmessige området. Selv om selskapet er opprettet i allmennhetens interesse kan således selskapet anses for å være forretningsmessig og derfor falle utenfor regelverkets anvendelsesområde.

Formålet bak reglene

Hensikten med avgrensningen er å fange opp de virksomheter som kan la seg lede av andre hensyn enn de økonomiske, jf. C-360/96 art. 43. Dette har sammenheng med formålet med EUs innkjøpsdirektiver, å fjerne risikoen for at innenlandske leverandører gis en fortrinnsstilling ved inngåelse av kontrakter, jf. C-44/94 Mannesmann, art. 33. Dette får betydning for tolkningen, idet EF-domstolen har lagt til grunn at vilkåret skal tolkes formålsbestemt, jf. sak C-353/96.

Vurderingen må skje i forhold til aktiviteter knyttet til Postens eneretter

Postens aktiviteter er rettet både inn mot områder som er utsatt for reell konkurranse og mot områder hvor Posten er gitt eneretter. Det følger av rettspraksis, jf. sak C-44/96, at dersom selskapets aktiviteter dels faller inn under, og dels faller utenfor, det industrielle og forretningsmessige område skal det ikke foretas en vurdering av den samlede virksomheten. Det avgjørende vil derfor fortsatt være en vurdering av Postens aktiviteter knyttet til området hvor Posten har eneretter (formidling av lukket brevpost). Dette gjelder selv om den delen av virksomheten utgjør en relativt ubetydelig del vil selskapets aktiviteter.

En helhetsvurdering av virksomheten:

Spørsmålet er om *selskapet* er av industriell eller forretningsmessig karakter. Etter ordlyden er det ikke tilstrekkelig med en isolert vurdering av bransjen selskapet opererer i. I en helhetsvurdering vil imidlertid sætrekk ved bransjen være relevante momenter sammen med særtrekk ved selskapet. Idet bestemmelsen må tolkes formålsbestemt vil det avgjørende være om det samlet sett foreligger risiko for at selskapet kan ledes til å andre hensyn enn de rent økonomiske.

Behov staten ønsker å imøtekomme selv eller å ha avgjørende kontroll over

I sak C-360/96 (Arnhem) art. 50 og 51 uttalte EF-domstolen at behov som ikke er av industriell eller forretningsmessig karakter vanligvis oppfylles på en annen måte enn ved leveranser av varer og tjenester i et marked. Vanligvis er dette behov staten ønsker å bevare en avgjørende innflytelse over, eller å imøtekomme behovene selv, fordi det av hensyn til allmennheten ikke er tilstrekkelig med de tjenester som tilbys av private næringsdrivende.

EF-domstolens avgjørelse i sak 44/96 (Mannesmann) gir et eksempel på at det offentlige av samfunnsmessige hensyn har sikret seg slik kontroll. Saken gjaldt trykking av offisielle dokumenter som pass, førerkort og id-kort. Trykkingen var etter domstolens oppfatning forbundet med offentlige orden og statsinstitusjonenes arbeid, idet det var nødvendig med en sikker forsyning og at produksjonen foregår under vilkår som sikret at sikkerhets- og taushetspliktsregler ble overholdt. Trykkingen falt derfor utenfor det industrielle og forretningsmessige området.

Tilsvarende hensyn gjør seg gjeldende for området for brevdistribusjon. Det offentlige har tradisjonelt ønsket en sterk styring og kontroll over brevdistribusjonen for å sikre forsyningen og at sikkerhets- og taushetspliktregler overholdes. Dette trekker derfor i

retning av at brevdistribusjon faller utenfor det industrielle og forretningsmessige området.

Konkurransesituasjonen og betydningen av denne

Selv om det finnes private leverandører på samme marked er dette ikke tilstrekkelig til at virksomheten faller utenfor regelverket. En sterk og reell konkurransesituasjon kan imidlertid være et indisium på at man er utenfor det industrielle eller forretningsområdet, jf. sak 360/96 Arnhem, art. 47.

I sakene C-223/99 og C-260/99 (Agora) kom EF-domstolen til at aktiviteter knyttet til organisering av messer og utstillinger var industrielle og forretningsmessige aktiviteter og derfor falt utenfor regelverket. Vurderingen er knyttet nært opp til konkurransesituasjonen i messeområdet og Kommisjonens vurdering av denne (EFT 1998 C 143 s. 2).

En konkurranse fra andre, likeverdige produkter vil være relevant i vurderingen av konkurransesituasjonen. Vi kan imidlertid ikke se at dagens alternative kommunikasjonsformer fullt ut kan anses for likeverdige for forbrukerne. Posten har derfor også reelt sett en monopolstilling.

Dersom konkurransesituasjonen på området for brevdistribusjon utvikles videre vil dette etter hvert medføre at vurderingen kan bli annerledes og at brevdistribusjon anses industrielle og forretningsmessige aktiviteter.

Betalingen av ytelsene

Det er et moment i vurderingen i hvilken grad organet tilbyr sine tjenester og produkter mot betaling, jf. sak C-223/96 og 260/99 Agora art. 39. I C-353/96 (Irish Forestry Board) ga skogselskapet gratis adgang til nasjonalparkene, noe som synes å ha blitt tillagt vekt. I sak C-44/96 (Mannesmann) ble det tillagt vekt at prisene på trykksakene ble fastsatt av et organ med medlemmer fra ulike departementer. Dersom prisene ikke fastsettes etter et rent markedsøkonomisk prinsipp taler dette derfor for at det ikke tale om behov innenfor det industrielle eller forretningsøkonomiske området. Så langt vi kan se skjer ikke prissettingen på porto etter en ren markedsmessig kalkyle, slik at dette heller i retning av at Posten anses omfattet av regelverket.

Krav til overskudd, effektivitet og rentabilitet

I sak 223/96 og 269/99 la domstolen vekt på at det i vedtektene var stilt krav om at det skulle drives etter kriterier om overskudd, rentabilitet og effektivitet, jf. art. 40. Et slikt krav vil motvirke at selskapet tar andre hensyn enn de økonomiske, men vil ikke alene kunne være avgjørende.

Staten som eier stiller krav til avkastning og utbytte i Posten. Hovedgrunnlaget for statens eierskap i Posten er likevel de sektorpolitiske målsettingene for å sikre et landsdekkende tilbud av posttjenester til en rimelig pris og god kvalitet. Vi kan derfor ikke se at kravene som stilles til overskudd kan tillegges særlig stor vekt i vurderingen.

Hvem har den økonomiske risikoen forbundet med aktivitetene

I C-223/99 og 286/99 la domstolen vekt på om det var fastsatt en ordning for å dekke eventuelt økonomiske tap, eller om selskapet selv bar den økonomiske risiko knyttet til sine aktiviteter, jf. art. 40. Selv om prisen på porto fastsettes administrativt vil det neppe være praktisk mulig å dekke inn vesentlige økonomiske tap gjennom en forhøyelse av denne. Til en viss grad vil derfor Posten selv bære den økonomiske risikoen for sine disposisjoner. Til tross for at Posten formelt sett kan gå konkurs kan det vel stilles spørsmål ved om dette er en politisk realitet. En viss vekt finner vi at etter dette at argumentet har i vurderingen, uten at vi kan se at det kan bli avgjørende.

3. Forholdet til WTO-avtalen om offentlige innkjøp (GPA)

I brev til Samferdselsdepartementet datert 19.09.2002 har Posten tatt opp forholdet til WTO-avtalen om offentlige innkjøp (GPA-avtalen). Det vises til at Posten ikke er omtalt i vedlegg 1 til avtalen, og videre at annet enn forvaltningsbedrifter faller utenfor det GPA er ment å dekke. Etter Postens oppfatning vil det derfor ikke være i strid med GPA-avtalen om NHD skulle komme til at lov om offentlige anskaffelser ikke omfatter Posten AS.

Vi vil i denne forbindelse vise til at listen over forvaltningsenheter som omfattes av kun er veiledende, og ikke uttømmende opplisting. Dette fremkommer av bindingslistene til avtalen, og er uttrykt i fotnoten til vedlegget i den uoffisielle norske oversettelsen. At Posten AS ikke er nevnt i listen er derfor ikke et avgjørende argument for at selskapet ikke omfattes av avtalen¹.

Som eget rettssubjekt må Posten Norge AS vurderes mot bindingslistene til vedlegg 2 til GPA-avtalen, jf. "offentligrettslige organ". Tilsvarende begrep er benyttet i forskrift 15. juni 2001 om offentlige anskaffelser § 1-2 (2). Dersom et selskap vurderes å falle innenfor GPA-avtalen som et "offentligrettslig organ" er dette et tungt argument for at selskapet også vil falle innenfor begrepet "offentligrettslig organ" i anskaffelsesforskriften. En slik tolkning vil sikre at Norge ivaretar sine folkerettslige forpliktelser etter GPA-avtalen.

Det kan imidlertid ikke trekkes den motsatte slutningen slik det synes som Posten legger til grunn. At et selskap faller utenfor GPAs dekningsområde er ikke et argument for at det også faller utenfor det nasjonale anskaffelsesregelverket. Det nasjonale anskaffelsesregelverkets anvendelsesområde har således et selvstendig virkeområde og et eget, nasjonalt formål.

¹ Det vises videre til at det er tre vedlegg til avtalen som omtaler hvilke organer som omfattes av avtalen. Skillet mellom de ulike vedleggene vedrører terskelverdiene for avtalens anvendelse. Statlige organer omfattes av vedlegg 1 til avtalen. Vedlegg 2 til avtalen omfatter fylker og kommuner, i tillegg til offentligrettslige organer og sammenslutninger. Vedlegg 3 omfatter organer og foretak innenfor forsyningssektorene. Som et aksjeselskap må derfor vurdering skje i forhold til begrepet "offentligrettslig organ" i vedlegg 2.

4. Vurderinger gjort av Postbolaget AB

Nemnden for offentlig upphandling i Sverige har i betenkning 172/98-28 gjort en vurdering av det svenske postselskapet. Konklusjonen i vurderingen er at Postbolaget AB omfattes av anskaffelsesregelverket. Selv om betenkningen er fra 30.11.1998 og at markedet for brevdistribusjon kan være endret i mellomtiden var det svenske postselskapet et eget rettssubjekt på vurderingstidspunktet. Betenkningen er derfor fortsatt interessant i vurderingen av Posten Norge AS sin stilling.

5. Konklusjon:

Etter en konkret vurdering av konkurransesituasjonen i markedet for brevdistribusjon, de politiske målsettinger for eierskapet i Posten Norge AS og departementets vurdering av om Posten Norge AS "tjener allmennhetens behov og ikke er av industriell eller forretningsmessig karakter", har Nærings- og handelsdepartementet kommet til at Posten Norge AS faller inn under regelverket for offentlige anskaffelser. Vurderingen gjelder ikke de øvrige av Postens datterselskaper, idet det må gjøres en konkret vurdering av hvert enkelte selskap.

Med hilsen

Irene Standnes (e.f.)
underdirektør

Robert Myhre
rådgiver

Sogndalen kommune
Kristin Tofte Andresen
Pb. 53
4685 Nodeland

Deres ref
02/01341

Vår ref (bes oppgitt ved svar)
2002/3730 NR NOK rmy

Dato
21.11.2002

OFFENTLIGE ANSKAFFELSER – UNNTAKET FOR EGENREGI

Det vises til Deres brev av 29.08.2002. I brevet vises det til et tilbud kommunen har mottatt fra Tet AS om å kjøpe en andel på 1,9 % av selskapet. Spørsmålet er om dette er tilstrekkelig til at kommunen kan kjøpe prosjekteringstjenester direkte fra selskapet uten at lov og forskrift om offentlige anskaffelser kommer til anvendelse.

Det ligger til domstolene å ta stilling til enkeltsaker og tolkningen av regelverket. Departementet ønsker derfor ikke å ta stilling til konkrete saker. Problemstillingen er imidlertid praktisk og reiser prinsipielle spørsmål. Departementet ønsker derfor å gi noen generelle vurderinger i tilknytning til saken.

1 Utgangspunkt:

Lov av 16. juni 1999 nr. 69 om offentlige anskaffelser gjelder alle anskaffelser foretatt av statlige, fylkeskommunale og kommunale organer og selskaper kontrollert av det offentlige, jf. loven § 3. Forskrift fastsatt ved kgl. res. 15. juni 2001 om offentlige anskaffelser gjelder bare anskaffelser i form av "gjensidig bebyrdende avtaler", jf. § 1-4 bokstav a).

Avtaler mellom organer innenfor samme rettssubjekt, dvs. innenfor samme kommune eller innenfor staten, vil ikke regnes for en "gjensidig bebyrdende avtale" og faller derfor utenfor regelverkets anvendelsesområde. Dette betegnes som leveranser i egenregi.

Regelverket bygger på EUs innkjøpsregler, og EF-domstolen har i sin rettspraksis lagt til grunn at unntaket for egenregi på visse vilkår også kan gjelde ved vareleveranser mellom to forskjellige juridiske personer. Det er antatt at et tilsvarende unntak kan oppstilles for tjenestekontrakter og bygge- og anleggskontrakter. Departementet

Postadresse:
Postboks 8014 Dep
0030 Oslo

Kontoradresse:
Einar Gerhardsens plass 1
Org. nr.:
972 417 890

Telefon - sentralbord:
22 24 90 90 / 22 24 66 73
Telefaks:
22 24 27 79

Avdeling for
næringsregulering og
skipsfart

Saksbehandler:
Robert Myhre
22246270

Sogndalen kommune

kjenner ikke til tilsvarende avgjørelser om fortolkningen av lov om offentlige anskaffelser i Norge. Det antas imidlertid å være tilsvarende unntak også her, selv om det ikke kan utelukkes at norske domstoler ut i fra en vurdering av formålet bak lov om offentlige anskaffelser kommer til at det må stilles strengere krav for å gjøre unntak i norsk rett. I det videre vil vi likevel ta utgangspunkt i de avgrensninger EF-domstolen har lagt til grunn.

2 Vilkårene for å levere i egenregi:

Spørsmålet om det kan gjøres unntak fra regelverket ved leveranser mellom en offentlig myndighet og et selskap organisert som eget rettssubjekt ble vurdert av EF-domstolen i sak C-107/98 (Teckal). Domstolen uttalte at dersom en lokal myndighet har en kontroll over et selskapet som er like sterk som over sine egne organer og hoveddelen av selskapets virksomhet i tillegg er rettet inn mot "den eller de" lokale myndigheter den eies av, kan dette falle utenfor regelverkets anvendelsesområde.

I tolkningen av regelverket skal det gjennomgående legges til grunn en formålsbestemt tolkning. Domstolen har med dette utgangspunktet flere ganger uttalt at unntak fra regelverket skal tolkes snevert. Domstolens vektlegging av at avtalen kan falle utenfor indikerer på denne bakgrunn at det er et visst skjønn for domstolene i vurderingen av om forholdet mellom to ulike rettssubjekter skal anses som egenregi, selv om de oppstilte vilkårene er oppfylt.

3 Nærmere om kravet til kontroll:

Vilkåret EF-domstolen oppstilte i Teckal-dommen om at oppdragsgiver skal ha en like sterk kontroll over selskapet som over sine egne organer reiser flere spørsmål. Både hvilke kriterier som er relevante i undersøkelsen av hvilken kontroll som faktisk foreligger, hvor sterk kontrollen må være og om offentlige oppdragsgivere kan identifiseres med hverandre må undersøkes nærmere.

3.1. relevante kriterier i undersøkelsen av hvilken kontroll som faktisk foreligger:

Domstolen uttalte seg i Teckal-dommen ikke nærmere om hvilke kriterier som kunne være relevante i kartleggingen av hvilken kontroll oppdragsgiver faktisk hadde over selskapet.

I to senere avgjørelser, C-198/98 (RI.SAN) og C-94/99 (ARGE), har imidlertid Generaladvokaten i sitt forslag til avgjørelse gitt noe veiledning i spørsmålet. EF-domstolen har imidlertid avgjort sakene på et annet grunnlag, slik at relevansspørsmålet ikke kan anses endelig avklart.

Generaladvokaten legger i sine uttalelser til grunn at både finansielle og organisatoriske forbindelser mellom oppdragsgiver og selskapet vil være relevant. Når det gjelder finansielle forbindelse vil for eksempel det faktum at bevilgninger til selskapet gis direkte over kommunens budsjetter spille inn. Det samme gjelder dersom kommunen alene fastsetter størrelsen på det vederlag selskapet kan ta for sine varer og tjenester. I forhold til den organisasjonsmessige tilknytningen vil naturlig nok eierandeler i

selskapet ha betydning. Generaladvokaten uttaler i sak C-94/99 imidlertid at også antallet og karakteren av de poster som eies av private i selskapet vil spille inn på maktfordelingen og dermed være relevant. Det avgjørende vil med andre ord være en samlet vurdering av hvor selvstendig selskapet er i forhold til den offentlige oppdragsgiveren.

3.2. Hvor sterk må kontrollen være:

I Teckal-dommen hadde den aktuelle oppdragsgiver, Viano kommune, en eierandel på 0,9% og tilsvarende innflytelse i ledelsen og andel i driftsoverskudd/driftstap. Siden dette gjaldt en prejudisiell uttalelse¹ uttalte EF-domstolen seg ikke i spørsmålet om dette ville være tilstrekkelig kontroll over selskapet til å kunne handle i egenregi. Generaladvokaten uttaler imidlertid i premissene til sitt forslag til avgjørelse at det er "helt usannsynlig" at Viano kommune utøvet en kontroll over selskapet tilsvarende som for egne organer. Departementet deler denne oppfatningen.

I sak C-108/98 (RI.SAN) var det tale om et finansieringsselskap 100% eid av den italienske stat. Generaladvokaten uttaler i premissene til forslaget til avgjørelse at denne eierandelen gjør det mulig uten nærmere kjennskap til selskapets organisasjon å konkludere med at selskapet utgjorde en del av den italienske stat. Det er imidlertid uklart hvilke slutninger Generaladvokaten trekker av dette, og EF-domstolen valgte å avgjøre saken på et annet grunnlag uten å kommentere spørsmålet. Etter departementets oppfatning vil imidlertid 100% eierandel i et selskap innebære tilstrekkelig kontroll over selskapet i forhold til vilkårene for egenregi.

I sak C-94/99 (ARGE) gjaldt saksforholdet et forskningssenter som var 49,5 % eid av private og 50,5 % av et annet selskap som igjen var 100% eid den Østerrikske stat. Generaladvokaten uttalte at selv om den Østerrikske stat måtte anses for å være majoritetseier i forskningssenteret måtte man undersøke hvilken selvstendighet organet har i forhold til staten. Videre uttalte han at den nasjonale domstolen må undersøke om selskapets beslutninger treffes av dets private eiere til tross for at staten har majoriteten av aksjene.

Departementet oppfatter rettskildebildet slik at det vanskelig kan tenkes en tilstrekkelig kontroll over et selskap man ikke er majoritetseier i. 100% eierandel vil i utgangspunktet være tilstrekkelig, mens det ved lavere eierandeler må gjøres en konkret vurdering av den faktiske kontrollen.

3.3. Kan ulike oppdragsgivere identifiseres:

I Teckal-dommen uttaler domstolen at oppdragsgiver, omtalt i entall, må sterk kontroll over selskapet og at hoveddelen av omsetningen må være rettet inn mot "den eller de" offentlige oppdragsgivere den eies av. Ordlyden trekker i retning av at en identifikasjon

¹ Den endelige vurderingen tillå derfor de nasjonale domstoler.

mellom ulike offentlige oppdragsgivere kun kan skje i forhold til omsetningsvilkåret, ikke i forhold til kontrollvilkåret.

I ARGE saken uttalte Generaladvokaten at den nasjonale domstolen må forsikre seg om at den offentlige myndighet som utøver kontroll er "ett og samme organ" som den offentlige myndighet som er oppdragsgiver, og ikke en annen myndighet, jf. art. 65 flg. i uttalelsen. Dersom det offentliges eierandel i selskapet kunne anses å tilhøre flere delstater i Østerrike kunne dette resultere i at ingen av dem hadde tilstrekkelig kontroll.

I RI.SAN saken var saksforholdet at selskapet som var 100% eid av den Østerrikske stat eide 49 % av et selskap og Ischia kommune 49%. Generaladvokaten uttalte at det ville være for formelt å sondre mellom staten og kommunen som eiere. Altså at kommunen og staten kunne identifiseres. Uttalelsen ble imidlertid gitt før Teckal-dommen, og kan ikke anses for lenger å gi uttrykk for gjeldende rett.

Slik departementet ser rettskildebildet er det etter dette ikke anledning til å identifisere ulike offentlige oppdragsgivere med hverandre i forhold til vilkåret om kontroll over selskapet.

4 Nærmere om omsetningskravet

I Teckal-dommen uttalte EF-domstolen at *hoveddelen* av sin virksomhet måtte være rettet inn mot den eller de oppdragsgivere den eies av. Dette kan tolkes slik at man kan identifisere offentlige oppdragsgivere som har eierandeler i virksomheten. Omsetning til private og til offentlige myndigheter som ikke har eierandeler, kan med andre ord ikke regnes med. Videre er det et åpent spørsmål om enhver eierandel (uansett størrelse) vil være relevant.

Det foreligger ingen praksis som kan gi nærmere avklaring på hvor mye "hoveddelen" av omsetningen vil være. I Generaladvokatens uttalelse i sak 94/99 (ARGE) heter det at dersom leverandøren driver kommersiell virksomhet kommer direktivet til anvendelse med mindre det utgjøre en *marginal* del av virksomheten. Dette trekker i retning av en streng fortolkning. Den endelige avklaringen av omsetningskravet må foretas av domstolene.

Med hilsen

Irene Standnes (e.f.)
underdirektør

Robert Myhre
rådgiver

Kommunal- og regionaldepartementet
Postboks 8112 Dep
0032 OSLO

Deres ref
02/4377 AGJ

Vår ref (bes oppgitt ved svar)
2002/03788 NR NOK RMY

Dato
18.11.2002

HUSBANKEN – KONTRAKTER VEDRØRENDE REVISJON

Det vises til brev av 3.9.2002 der det bes om en vurdering av hvor lenge en tjenestekontrakt om revisjon kan løpe før ny anbudsrunde må gjennomføres. Bakgrunnen for henvendelsen er Riksrevisjonens gjennomgang av Husbanken, hvor det er stilt spørsmål ved en inngått avtale med revisor.

Departementet har ikke kompetanse til å ta stilling til enkeltsaker, og det ligger derfor til domstolene å ta stilling til den konkrete rettsanvendelsen i konkrete saker. Problemstillingen er imidlertid av generell interesse og departementet vil derfor gi en generell oversikt over aktuelle problemstillinger og relevante bestemmelser som bør vurderes i den konkrete saken.

1 Bakgrunn

Det fremgår av de tilsendte dokumenter at den aktuelle avtale ble inngått 30. juni 1982, dvs. at den har løpt i 20 år. Det er ikke opplyst nærmere om avtalens innhold, herunder om den er tidsbegrenset eller om det foreligger rett til oppsigelse eller reforhandling av avtalen.

Gjeldende regelverk, dvs. lov 16. juni 1999 nr. 69 om offentlige anskaffelser og forskrift fastsatt ved kgl. res. 15. juni 2001 trådte i kraft 1. juli 2001, og får som utgangspunkt ikke anvendelse på anskaffelser foretatt før ikrafttredelsen. Gjeldende regelverk på avtaletidspunktet (forskrift fastsatt ved kgl. res. 17. mars 1978 om kjøp av varer og tjenester til staten) gjorde unntak for revisortjenester, jf. § 1.

Spørsmålet er om det kan oppstilles krav til avtalens lengde med utgangspunkt i dagens

Postadresse:
Postboks 8014 Dep
0030 Oslo

Kontoradresse:
Einar Gerhardsens plass 1
Org. nr.:
972 417 890

Telefon - sentralbord:
22 24 90 90 / 22 24 66 73
Telefaks:
22 24 27 79

Avdeling for
næringsregulering og
skipsfart

Saksbehandler:
Robert Myhre
22246270

KRD - Husbanken

regelverk. Et særlig spørsmål er om de generelle prinsippene i gjeldende regelverk kan gjøres gjeldende for løpende avtaler inngått før ikraftsettingen av gjeldende regelverk.

2 Krav til avtalens lengde med utgangspunkt i dagens regelverk

Lov og forskrift om offentlige anskaffelser har ingen direkte regler som begrenser avtalenes løpetid. Utgangspunktet er med andre ord avtalefrihet. Det følger imidlertid av lovens formål at oppdragsgiver skal "...bidra til økt verdiskapning i samfunnet ved å sikre mest mulig effektiv ressursbruk ved offentlige anskaffelser basert på forretningsmessighet og likebehandling", jf. loven § 1. Det kan derfor utledes en generell plikt for oppdragsgiver til å opptre forretningsmessig i sine anskaffelser. Det er så langt departementet kjenner til ingen rettsavgjørelser som kan gi veiledning om hvilke konkrete krav man kan utlede av en slik plikt.

Avtaler med svært lang løpetid eller avtaler som ikke kan sies opp undergraver virkningen av anskaffelsesregelverket, og bryter med intensjonene om konkurranse. Etter departementets oppfatning vil derfor virkningene av slike avtaler holdt opp mot regelverkets uttrykte formål tilsi at oppdragsgiver ikke skal inngå kontrakter med en varighet som ikke kan begrunnes forretningsmessig.

Dersom det er inngått en løpende avtale uten avgrenset løpetid kan det tilsvarende utledes en plikt for oppdragsgiver til å terminere avtalen og lyse ut en ny konkurranse dersom dette fremtrer som forretningsmessig riktig. Relevante momenter i vurderingen av når "tiden er inne" til å igangsette en ny anskaffelsesprosess vil i såfall være:

- privates praksis for tilsvarende kontrakter,
- endringer i oppdragsgivers behov,
- endringer i markedssituasjonen,
- hvor reell og sterk konkurransen om den opprinnelige kontrakten var,
- om avtalen forutsetter særlig kunnskap om virksomheten som det vil ta tid å opparbeide seg, og
- om oppdragsgiver av andre grunner kan oppnå vesentlig bedre avtalevilkår ved å gå ut i markedet på nytt.

3 Kan de generelle prinsippene i gjeldende regelverk kan gjøres gjeldende for løpende avtaler inngått før ikraftsettingen av gjeldende regelverk

Spørsmålet er om de generelle prinsippene i gjeldende regelverk kan gjøres gjeldende for løpende avtaler inngått før ikraftsettingen av gjeldende regelverk.

Vesentlige endringer i inngått avtale:

Dersom det avtales vesentlige endringer i en tidligere inngått avtale vil dette kunne anses for å være en ny anskaffelse. I så fall kan ikke endringene avtales uten at regelverkets prosedyrer er fulgt (noe som normalt vil tilsi at det må gjennomføres en ny konkurranse). Vurderingen av om endringene er vesentlige må skje med utgangspunkt i den opprinnelige kunngjøringsteksten og konkurransegrunnlaget. Et sentralt spørsmål er om endringene etter sitt innhold skiller seg fra hva man i kunngjøringen

tidligere har kommunisert til markedet at man skal anskaffe, slik at alle potensielle leverandører har kunne reelt delta i konkurransen. Dersom det ikke tidligere har vært noen kunngjøring eller konkurransegrunnlag skal det trolig mindre til før man vil konstatere at endringene er så vidt vesentlige. Særlig ved endringer i pris, leveringstid eller kravspesifikasjon vil man lett kunne stå ovenfor en ny anskaffelse.

Løpende avtaler hvor det ikke har skjedd vesentlige endringer:

Oppdragsgivers plikt til å opptre forretningsmessig utledes av lov om offentlige anskaffelser, og gjelder ved alle ”anskaffelser av varer, tjenester og bygge- og anleggskontrakter”, jf. § 2. Spørsmålet om rammeavtaler og løpende avtaler inngått før lovens ikrafttredelse omfattes av de generelle prinsipper i loven vil bero på en fortolkning av begrepet ”anskaffelser”.

Etter sin ordlyd dekker ”anskaffelser” ikke bare tidspunktet for inngåelse av en avtale. Det dekker også løpende forsyninger som skjer i henhold til en tidligere inngått avtale. Hensyn til effektivitet bak regelverket støtter en slik fortolkning, og vi kan ikke umiddelbart se sterke grunner som taler mot at de generelle prinsippene i loven gis en slik rekkevidde.

Etter vår oppfatning er det derfor mye som taler for at også ved løpende avtaler inngått før lovens ikrafttredelse kan det inntre en plikt for oppdragsgiver til å terminere den inngåtte kontrakten og utlyse en ny konkurranse. Når en slik plikt kan foreligge vil avhenge av en konkret vurdering. Spørsmålet om det foreligger en rett til å si opp den løpende avtalen må fastlegges gjennom tolkning av den enkelte avtale.

Med hilsen

Irene Standnes (e.f.)
underdirektør

Robert Myhre
rådgiver

Bygtec
Knut Gausi
Postboks 2143
4669 Kristiansand

Deres ref

Vår ref (bes oppgitt ved svar)
2002/1316 JHB

Dato
02.09.2002

Krav til sentral godkjenning som bevis på at leverandøren oppfyller tekniske kvalifikasjoner – forskrift om offentlig anskaffelse

Det vises til brev datert 4 mars 2002, vedrørende anskaffelsesregelverket og forholdet til ordningen om sentral godkjenning og lokal godkjenning i lov av 14 juni 1985 nr 77 (plan og bygningsloven). På bakgrunn av nevnte brev og ytterligere informasjon gitt pr telefon, forstås henvendelsen som et spørsmål om en oppdragsgiver som er underlagt regelverket for offentlige anskaffelser, kan kreve at leverandører som deltar i konkurransen om rådgivende ingeniør tjenestekontrakt eller byggekontrakter innehar sentral godkjenning.

Ordningen om sentral godkjenning er frivillig, jf forskrift 22 januar 1997 om godkjenning av foretak for ansvarsrett § 2. Ordningen har til formål *”å sikre at foretak som opptrer som ansvarlig etter plan- og bygningsloven som søker, prosjekterende, utførende, samordner eller kontrollerende, har tilstrekkelige kvalifikasjoner til å ivareta kravene i plan- og bygningslovgivningen”*, jf § 1.

Det følger også av bestemmelsen at *”Kvalifikasjonsbedømmelsen skal baseres på en samlet vurdering av foretakets organisasjon, foretakssystem og faglige ledelses utdanning og praksis”*.

Postadresse:
Postboks 8014 Dep
0030 Oslo

Kontoradresse:
Einar Gerhardsens plass 1
Org. nr.:
972 417 890

Telefon - sentralbord:
22 24 90 90 / 22 24 66 73
Telefaks:
22 24 27 79

Avdeling for
næringsregulering og
skipsfart

Saksbehandler:
Johan Henrik Bjørge
22 24 66 96

bvgtec

Når det gjelder forholdet til forskrift om offentlige anskaffelser, gitt av fastsatt av kgl. res. 15 juni 2001, så inneholder forskriften regler om ”dokumentasjon av tekniske kvalifikasjoner” i §§ 5-11. Bestemmelsen omfatter bl.a. bygg og anleggskontrakter over 41.5 millioner ekskl. mva og kontrakter om ”rådgivende ingeniør virksomhet” (jf § 2-4 kategori 12 når kontraktsverdien er minst 1.65 millioner ekskl. mva. Bygg og anleggskontrakter er nærmere definert i § 1-4 bokstav c.

Det fremgår av § 5-5 at offentlige oppdragsgivere kan stille krav til tekniske kvalifikasjoner (f.eks. krav til faglig kompetanse og erfaring) som betingelse for å delta i konkurranse anskaffelseskontrakten.

Spørsmålet er så om oppdragsgiver kan kreve at potensielle leverandører av tjenester som nevnt overfor er sentralt godkjent og dermed utelukke annen type dokumentasjon som bevis for at leverandørene oppfyller tilsvarende tekniske krav.

I § 5-11 er det listet opp de krav til bevis som oppdragsgiver kan kreve som dokumentasjon for at potensielle leverandører oppfyller kravene til tekniske kvalifikasjoner. Denne listen anses i følge EU domstolen i sak 76/81 som uttømmende for de bevis som kan kreves av leverandøren. Når det gjelder tjenester finnes det imidlertid en tilleggsbestemmelse i § 5-12, dersom tjenesteyter må ha ”nødvendige” godkjennelser for å utøve tjenesten. Denne bestemmelse antas ikke å komme i betraktning for frivillige godkjennelser.

Det skal her nevnes at formålet med å regulere oppdragsgivers mulighet til å kreve en bestemt type dokumentasjon, er å unngå at leverandører fra andre land som har andre attestasjonssystem, godkjennelsesordninger, etc, skal bli stilt dårligere i konkurransen om offentlige kontrakter.

Departementet legger derfor til grunn at når formålet med stille krav til sentral godkjenning, er å sikre at potensielle leverandører oppfyller oppdragsgivers krav til tekniske kvalifikasjoner, er ordlyden i §§ 5-11, bestemmelsens formål og EU domstolens tolkning av reglene i sak 76/81 til hinder for at oppdragsgiver kan utelukke andre former for bevis på at leverandøren oppfyller de tekniske kvalifikasjonene. Det følger av dette at oppdragsgiver kan oppfordre til at leverandørene dokumenterer kvalifikasjonene med sentral godkjenning, men kan ikke utelukke andre former for bevis som dokumenterer de samme kravene. Oppdragsgiver må derfor godta den type dokumentasjon som er omhandlet i §§ 5-11, 5-13 og 5-14 som tilstrekkelig bevis på at leverandøren oppfyller kravene til å delta i konkurransen.

Dersom oppdragsgiver ønsker å benytte tilsvarende krav som stilles for å oppnå sentral godkjenning for et viss type arbeid, kan oppdragsgiver ta inn de tekniske kravene som følger av den sentrale godkjenningsordningen i konkurransegrunnlaget for anskaffelsen. Det følger da av § 5-13 (om alternativ dokumentasjon) at en sentral godkjenning er egnet på lik linje med de dokumentasjonsmåter som følger av § 5-11 som bevis på at leverandøren oppfyller de deler av oppdragsgivers kvalifikasjonskrav som er identisk med vilkårene for den sentrale godkjenningen.

Med hilsen

Pål Hellesylt (e.f.)
Avdelingsdirektør

Johan Henrik Bjørge
Rådgiver

NÆRINGS- OG HANDELSDEPARTEMENTETNynorsk Sámegeiella Normalvisning
Lignende dokumenterHelse-Sør
Reidar Løkken
Leirvollen 21 A
3711 Skien

Dato: 13.06.02

Vår ref: 2002/2815 NR NOK RMY/tlo

Terskelverdier for helseforetakene

Det vises til henvendelse vedrørende gjeldende terskelverdier for helseforetakene.

Gjeldende terskelverdier fremgår av forskrift fastsatt ved kgl. res. 15. juni 2001 § 2-2. Utgangspunktet er at terskelverdien for forskriftens del II er 1,65 mill. kroner eks. mva for vare- og tjenestekontrakter og 41,75 mill. kroner eks. mva. for bygge- og anleggskontrakter, jf. § 2-2 (1). For statlige oppdragsgivere som omfattes av vedlegg 1 i WTO-avtalen om offentlige innkjøp (GPA) er imidlertid terskelverdien for vare- og tjenestekontrakter 1,15 mill. kroner eks. mva.

Spørsmålet er om helseforetakene omfattes av vedlegg 1 til GPA. Vedlegget lister opp departementene med ulike underliggende direktorater. Listen er ikke à jour og er heller ikke uttømmende. Det er derfor ikke avgjørende om en oppdragsgiver er uttrykkelig nevnt eller i listen.

Vedlegg 2 til GPA omfatter regionale og lokale myndigheter, kommuner, offentlig-rettslige organer og sammenslutninger. Vedlegg 1 og 2 utfyller hverandre, og det kan derfor legges til grunn at avtalens vedlegg 1 bare omfatter statlige, sentrale myndigheter. Dersom et organ er skilt ut fra staten som et eget rettssubjekt vil det falle inn under betegnelsen "offentligrettslig organ", og dermed omfattes av avtalens vedlegg 2. Visse enheter innenfor staten som ett rettssubjekt kan være en "sammenslutning" og derfor også falle inn under avtalens vedlegg 2. Disse organene skal da anvende terskelverdien på 1,65 mill. kroner eks. mva.

Helseforetakene er i lov 15. juni 2001 nr. 93 om helseforetak § 6 etablert som egne rettssubjekter atskilt fra staten. Helseforetakene må derfor anses for "offentligrettslige organ" og faller inn under vedlegg 2 i GPA. Helseforetakene skal derfor følge den øvre terskelverdien (for tiden 1,65 mill. kroner eks. mva) i sine innkjøp.

Med hilsen
Irene Standnes (e.f.)
underdirektørRobert Myhre
rådgiver

Kopi: Helsedepartementet

NÆRINGS- OG HANDELSDEPARTEMENTETNynorsk Sámegeiella Normalvisning
Lignende dokumenter

Regionrådet Bergen og Omland
Eirik Seter
Mowinckelsgt. 5
5020 Bergen

Dato: 12.04.2002

Vår ref.: 2001/5643 NR NOK RMY/tlo

Regelverket for offentlige anskaffelser og forholdet til interkommunalt samarbeid om tjenesteyting

Det vises til Deres brev av 20. desember 2001. I brevet reises det spørsmål vedrørende regelverket for offentlige anskaffelser og forholdet til samarbeid om felles tjenesteyting mellom kommuner.

Spørsmålet har stor praktisk betydning og Nærings- og handelsdepartementet ønsker derfor å gi en generell uttalelse om fortolkningen av relevante bestemmelser i regelverket. Vi gjør imidlertid oppmerksom på at det bare er domstolene som med bindende virkning kan uttale seg om den konkrete fortolkning av gjeldende rett.

Regelverket for offentlige anskaffelser omfatter i utgangspunktet alle gjensidig bebyrdende avtaler om anskaffelse av varer, tjenester og bygge- og anleggsarbeider som inngås av en kommune, jf. forskrift om offentlige anskaffelser §§ 1-3 og 1-4 bokstav a. Dette omfatter også avtaler hvor en eller flere kommuner er leverandør.

Etter forskriftens § 1-3 (2) bokstav h er det unntak for kontrakter om tjenestekjøp som tildeles en leverandør som selv er omfattet av regelverket, herunder for eksempel en annen kommune. Forutsetningen er at vedkommende leverandør har enerett til å levere tjenesteytelsen med hjemmel i en lov, forskrift eller administrativt vedtak.

Et administrativt vedtak kan trolig treffes både på politisk og administrativt nivå. Det er imidlertid et krav at vedtaket som tildeler eneretten skal være kunngjort. Dette vilkåret er falt ut av gjeldende forskriftstekst men er foreslått tatt inn igjen i forslag til endringer i forskrift om offentlige anskaffelser. Det er ikke noe eksplisitt krav til hvordan kunngjøringen skal skje, og det er derfor usikkert om for eksempel en elektronisk kunngjøring på kommunens hjemmeside på Internett vil være tilstrekkelig.

Det er videre en forutsetning at tildelingen av eneretten er forenlig med EØS-avtalen. Departementet antar at tildeling av en enerett i utgangspunktet er en restriksjon på adgangen til å yte tjenester, jf. EØS-avtalens art. 36. Etableringen av en enerett må derfor begrunnes tvingende eller almene hensyn, for eksempel beskyttelse av forbrukere, arbeidstakere, tjeneste-mottakere, ytringsfrihet og kunstneriske verdier. Det må imidlertid skje en interesseavveining av om de ikke-økonomiske hensynene er tilstrekkelig tunge til å kunne gripe inn i den frie bevegelse av tjenester. Det er videre krav om at tildeling av en enerett er nødvendig for å ivareta de aktuelle hensynene, og at målene ikke kan nås med andre og mindre inngripende midler.

Med hilsen
Irene Standnes (e.f.)
underdirektør

Robert Myhre
rådgiver

NÆRINGS- OG HANDELSDEPARTEMENTETNynorsk Sámegeiella Normalvisning
Lignende dokumenter**HUSBANKEN – KONTRAKTER VEDRØRENDE
REVISJON**

Det vises til brev av 3.9.2002 der det bes om en vurdering av hvor lenge en tjenestekontrakt om revisjon kan løpe før ny anbudsrunde må gjennomføres. Bakgrunnen for henvendelsen er Riksrevisjonens gjennomgang av Husbanken, hvor det er stilt spørsmål ved en inngått avtale med revisor.

Departementet har ikke kompetanse til å ta stilling til enkeltsaker, og det ligger derfor til domstolene å ta stilling til den konkrete rettsanvendelsen i konkrete saker.

Problemstillingen er imidlertid av generell interesse og departementet vil derfor gi en generell oversikt over aktuelle problemstillinger og relevante bestemmelser som bør vurderes i den konkrete saken.

1. Bakgrunn

Det fremgår av de tilsendte dokumenter at den aktuelle avtale ble inngått 30. juni 1982, dvs. at den har løpt i 20 år. Det er ikke opplyst nærmere om avtalens innhold, herunder om den er tidsbegrenset eller om det foreligger rett til oppsigelse eller reforhandling av avtalen.

Gjeldende regelverk, dvs. lov 16. juni 1999 nr. 69 om offentlige anskaffelser og forskrift fastsatt ved kgl. res. 15. juni 2001 trådte i kraft 1. juli 2001, og får som utgangspunkt ikke anvendelse på anskaffelser foretatt før ikrafttredelsen. Gjeldende regelverk på avtaletidspunktet (forskrift fastsatt ved kgl. res. 17. mars 1978 om kjøp av varer og tjenester til staten) gjorde unntak for revisortjenester, jf. § 1.

Spørsmålet er om det kan oppstilles krav til avtalens lengde med utgangspunkt i dagens regelverk. Et særlig spørsmål er om de generelle prinsippene i gjeldende regelverk kan gjøres gjeldende for løpende avtaler inngått før ikraftsettingen av gjeldende regelverk.

2. Krav til avtalens lengde med utgangspunkt i dagens regelverk

Lov og forskrift om offentlige anskaffelser har ingen direkte regler som begrenser avtalenes løpetid. Utgangspunktet er med andre ord avtalefrihet. Det følger imidlertid av lovens formål at oppdragsgiver skal "...bidra til økt verdiskapning i samfunnet ved å sikre mest mulig effektiv ressursbruk ved offentlige anskaffelser basert på forretningsmessighet og likebehandling", jf. loven § 1. Det kan derfor utledes en generell plikt for oppdragsgiver til å opptre forretningsmessig i sine anskaffelser.

Det er så langt departementet kjenner til ingen rettsavgjørelser som kan gi veiledning om hvilke konkrete krav man kan utlede av en slik plikt.

Avtaler med svært lang løpetid eller avtaler som ikke kan sies opp undergraver virkningen av anskaffelsesregelverket, og bryter med intensjonene om konkurranse. Etter departementets oppfatning vil derfor virkningene av slike avtaler holdt opp mot regelverkets uttrykte formål tilsi at oppdragsgiver ikke skal inngå kontrakter med en varighet som ikke kan begrunnes forretningsmessig.

Dersom det er inngått en løpende avtale uten avgrenset løpetid kan det tilsvarende

utledes en plikt for oppdragsgiver til å terminere avtalen og lyse ut en ny konkurranse dersom dette fremtrer som forretningsmessig riktig. Relevante momenter i vurderingen av når "tiden er inne" til å igangsette en ny anskaffelsesprosess vil i såfall være:

- privates praksis for tilsvarende kontrakter,
- endringer i oppdragsgivers behov,
- endringer i markedssituasjonen,
- hvor reell og sterk konkurransen om den opprinnelige kontrakten var,
- om avtalen forutsetter særlig kunnskap om virksomheten som det vil ta tid å opparbeide seg, og
- om oppdragsgiver av andre grunner kan oppnå vesentlig bedre avtalevilkår ved å gå ut i markedet på nytt.

3. Kan de generelle prinsippene i gjeldende regelverk kan gjøres gjeldende for løpende avtaler inngått før ikraftsettingen av gjeldende regelverk

Spørsmålet er om de generelle prinsippene i gjeldende regelverk kan gjøres gjeldende for løpende avtaler inngått før ikraftsettingen av gjeldende regelverk.

Vesentlige endringer i inngått avtale:

Dersom det avtales vesentlige endringer i en tidligere inngått avtale vil dette kunne anses for å være en ny anskaffelse. I så fall kan ikke endringene avtales uten at regelverkets prosedyrer er fulgt (noe som normalt vil tilsi at det må gjennomføres en ny konkurranse). Vurderingen av om endringene er vesentlige må skje med utgangspunkt i den opprinnelige kunngjøringsteksten og konkurransegrunnlaget. Et sentralt spørsmål er om endringene etter sitt innhold skiller seg fra hva man i kunngjøringen tidligere har kommunisert til markedet at man skal anskaffe, slik at alle potensielle leverandører har kunne reelt delta i konkurransen. Dersom det ikke tidligere har vært noen kunngjøring eller konkurransegrunnlag skal det trolig mindre til før man vil konstatere at endringene er så vidt vesentlige. Særlig ved endringer i pris, leveringstid eller kravspesifikasjon vil man lett kunne stå ovenfor en ny anskaffelse.

Løpende avtaler hvor det ikke har skjedd vesentlige endringer:

Oppdragsgivers plikt til å opptre forretningsmessig utledes av lov om offentlige anskaffelser, og gjelder ved alle "anskaffelser av varer, tjenester og bygge- og anleggskontrakter", jf. § 2. Spørsmålet om rammeavtaler og løpende avtaler inngått før lovens ikrafttredelse omfattes av de generelle prinsipper i loven vil bero på en fortolkning av begrepet "anskaffelser".

Etter sin ordlyd dekker "anskaffelser" ikke bare tidspunktet for inngåelse av en avtale. Det dekker også løpende forsyninger som skjer i henhold til en tidligere inngått avtale. Hensyn til effektivitet bak regelverket støtter en slik fortolkning, og vi kan ikke umiddelbart se sterke grunner som taler mot at de generelle prinsippene i loven gis en slik rekkevidde.

Etter vår oppfatning er det derfor mye som taler for at også ved løpende avtaler inngått før lovens ikrafttredelse kan det inntre en plikt for oppdragsgiver til å terminere den inngåtte kontrakten og utlyse en ny konkurranse. Når en slik plikt kan foreligge vil avhenge av en konkret vurdering. Spørsmålet om det foreligger en rett til å si opp den løpende avtalen må fastlegges gjennom tolkning av den enkelte avtale.

Med hilsen

Irene Standnes (e.f.)
underdirektør

Robert Myhre
rådgiver

NÆRINGS- OG HANDELSDEPARTEMENTETNynorsk Sámegeiella Normalvisning
Lignende dokumenter

Statens Vegvesen
Vegdirektoratet
v/Cathrine Holm
Postboks 8142 Dep
0033 Oslo

Dato: 7.1.2002

Vår ref.: 2001/4760 NR NOK RMY/tlø

Regelverket for offentlige anskaffelser - forsknings- og utviklingstjenester (FOU-kontrakter)

Det vises til Deres e-post av 29. oktober 2001 hvor det reises spørsmål om regelverket for offentlige anskaffelser og tildeling av FOU-kontrakter.

Det gjøres oppmerksom på at det kun er domstolene som med bindende virkning kan uttale seg om fortolkningen av regelverket. Departementets uttalelse vil derfor være av veiledende karakter.

1. Generelt om regelverket for offentlige anskaffelser

Lov 16. juli 1999 nr. 69 om offentlige anskaffelser omfatter alle anskaffelser som foretas av oppdragsgivere som nevnt i lovens § 2. Loven gir enkelte materielle regler, men er hovedsakelig en fullmaktlov. De nærmere prosedyreregler og avgrensninger følger av hhv. forskrift om offentlige anskaffelser fastsatt og forskrift om innkjøpsregler for oppdragsgivere innen vann- og energiforsyning, transport og telekommunikasjon (forsynings-sektoren). Begge forskrifter er fastsatt ved kgl. res. 15. juni 2001.

Utgangspunktet er at alle offentlige anskaffelser, herunder av tjenester, omfattes av lov og forskrift om offentlige anskaffelser. Når det gjelder forsknings- og utviklingstjenester er dette klassifisert som en "prioritert tjeneste", jf. § 2-4 kategori (8). Dette innebærer at kontrakten skal inngås etter reglene i forskriftens del 2, forutsatt at verdien av anskaffelsen overstiger terskelverdiene i § 2-2.

Forskriften gjør imidlertid unntak for forsknings- og utviklingstjenester som "i sin helhet er betalt av en oppdragsgiver, når fordelene av tjenesten ikke fullt ut tilfaller oppdragsgiver til bruk i sin virksomhet", jf. § 1-3 (2) bokstav g.

Forskriften definerer ikke hvem som er "oppdragsgiver" i den konkrete anskaffelsen. Sett i sammenheng med § 1-4 bokstav a er det imidlertid naturlig å anse det som avgjørende for hvem sin regning, og ikke i hvem sitt navn anskaffelsen skjer. Dette innebærer derfor trolig at flere organer og myndigheter kan anses som oppdragsgivere, for eksempel der staten sammen med flere kommuner sammen bidrar økonomisk til anskaffelsen.

2. Nærmere om unntaket for forsknings- og utviklingstjenester**2.1. Når foreligger det en forsknings- og utviklingstjeneste?**

For at en tjeneste skal kunne unntas etter forskriftens § 1-3 (2) bokstav h forutsettes det at den kan karakteriseres som "forskning" eller "utvikling". I dette ligger det en forutsetning om at det utvikles ny kunnskap eller ny teknologi, herunder kunnskap om ny

anvendelse av kjent teknologi. Kunnskapen kan være relatert både til naturvitenskapelige eller humanistiske disipliner.

I fortalen til direktiv 92/50 er unntaket begrunnet med at forskning og utvikling er et middel til å styrke den vitenskapelige og teknologiske basis for europeisk industri. I samsvar med ordlyd og formål antas det derfor at nivået på forskningen og utviklingen ikke er helt bagatellmessig. Det må derfor trolig innfortolkes et krav om en viss "skaperhøyde" før unntaket kan komme til anvendelse.

Unntaket omfatter kun tjenestekontrakter. Dersom verdien av de varer kontrakten omfatter er høyere enn verdien av de aktuelle tjenester foreligger det en varekontrakt, jf. § 2-6 (2), og anskaffelsen må da skje etter de alminnelige regler.

2.2. Når er en tjeneste "i sin helhet betalt av oppdragsgiver"?

For å kunne unnta anskaffelsen må tjenesten i sin "helhet" være betalt av oppdragsgiver. Selv om ordlyden synes å legge til grunn at det bare kan være en oppdragsgiver, tilsier både formålet og reelle hensyn at flere offentlige oppdragsgivere sammen kan bidra økonomisk til anskaffelsen av tjenesten. Det kan for eksempel være tale om flere kommuner som går sammen om å utvikle ny teknologi, og som sammen betaler for anskaffelsen. Det er ingen grunn til at et slikt samarbeid skal være til hinder for at unntaket kommer til anvendelse.

Dersom leverandøren selv eller andre private bidrar i finansieringen oppstår det særskilte spørsmål som vil bli behandlet nærmere nedenfor i punkt 3.5.

2.3. Når vil "fordelen av tjenesten ikke fullt ut tilfalle oppdragsgiver til bruk i sin virksomhet"?

Unntaket kommer kun til anvendelse dersom andre enn oppdragsgiver får fordeler av resultatet som frembringes. Dette kan være spesielle sektorer, markedet generelt, leverandøren eller andre private eller offentlige organer. Det er neppe tilstrekkelig at andre tilføres helt marginale fordeler, for eksempel som deltakere i den generelle samfunnsutviklingen. Trolig må det kunne vises til konkrete og direkte fordeler.

Dersom flere offentlige oppdragsgivere sammen har deltatt i finansieringen må det trolig kreves at andre enn de samme oppdragsgiverne får fordeler av resultatet.

Selv om hele fordelene av resultatet tilfaller oppdragsgiver, vil unntaket likevel komme til anvendelse dersom resultatet ikke skal brukes i "oppdragsgivers virksomhet". Dette må klart omfatte bruk i egen administrasjon. Det er mer uklart i hvilken grad det er tilstrekkelig at den skal brukes i forbindelse med utøvelse av de samfunnsmessige oppgaver vedkommende organ er tillagt. Normalt vil det imidlertid da kunne påvises konkrete og direkte fordeler for andre enn oppdragsgiver selv, slik at unntaket kan komme til anvendelse.

Det er neppe tilstrekkelig at leverandøren gjennom oppdraget får mer indirekte og "normale" fordeler, gjennom kompetanse-heving og eventuell merkevarebygging. Det er uavklart i hvilken utstrekning det vil være tilstrekkelig at leverandøren vil få patentretter eller opphavsretter til resultatet. For eksempel kan det være tale om en kontrakt hvor oppdragsgiver får eiendomsrett til en prototype, mens leverandøren får rett til å masseprodusere og selge produktet videre.

2.4. Særlig om tilfeller hvor leverandøren selv eller andre private bidrar med deler av finansieringen

Det kan ofte være tvil knyttet til avgrensningen av hva som er én tjeneste. Ofte vil en anskaffelse av en tjeneste reelt bestå av en rekke ulike mindre tjenester, som sammen utgjør en tjeneste-kategori.

Unntaket tar sikte på å dekke tilfeller hvor det foreligger en ubalanse mellom ytelse fra leverandør og motytelse fra oppdragsgiver. Med andre ord at det foreligger et element av støtte fra oppdragsgivers side. Dersom leverandøren selv eller andre private bidrar med deler av finansieringen kan ordlyden i bestemmelsen tilsynelatende være til hinder

for å unnta kontrakten fra regelverket, jf. "som i sin helhet er betalt av oppdragsgiver". Dersom man velger å se tjenesten som en sammensetning av flere mindre tjenester åpner dette for at delfinansiering fra leverandøren selv eller andre private ikke er til hinder for at kontrakten kan unntas fra regelverket. En slik funksjonell synsvinkel må imidlertid trolig da ha som konse-kvens at det ikke må foreligge likevekt mellom ytelse og motytelse i relasjon til vilkåret "ikke fullt ut tilfaller oppdragsgiver".

I såfall vil det kunne argumenteres med at en anskaffelse som for eksempel er finansiert med 60% av staten, 20 % fra leverandøren og 20% fra private investorer kan unntas fra regelverket forutsatt at mindre enn 60% av resultatet skal tilfalle staten til bruk i egen virksomhet.

Sterke reelle hensyn kan tale for å vurdere unntaket under en slik synsvinkel, idet deltakelse fra private investorer vil bli vanskeliggjort dersom anskaffelsesregelverket skal legges til grunn for valg av leverandør. Løsningen på disse spørsmålene er imidlertid uavklarte.

3. Forholdet til lov om offentlige støtte og lov om offentlige anskaffelser for kontrakter som faller inn under unntaket i forskrift om offentlige anskaffelser

Lov om offentlige anskaffelser kommer til anvendelse ved alle anskaffelser foretatt av oppdragsgivere som er omfattet av regelverket. Dette gjelder selv om en konkret kontrakt er unntatt fra anskaffelsesforskriften.

Når en oppdragsgiver som nevnt i forskriftens § 1-2 inngår en kontrakt som faller inn under unntaket i § 1-3 (2) bokstav g vil derfor lovens alminnelige regler fortsatt komme til anvendelse. Dette innebærer blant annet at anskaffelsen skal baseres på konkurranse "så langt det er mulig" og at det ikke er tillatt med forskjellsbehandling mellom leverandørene, jf. lovens § 5. Under planleggingen av anskaffelsen skal det videre tas hensyn til livssyklus kostnader og miljømessige konsekvenser, jf. lovens § 6.

Dersom kontrakten kan unntas etter forskriftens § 1-3 (2) bokstav g må også forholdet til reglene om offentlig støtte vurderes¹. I de tilfeller kontrakten kan unntas etter anskaffelsesreglene vil det være en ubalanse mellom ytelse og motytelse, og kontrakten vil derfor innebære en tildeling av offentlige midler. Hovedregelen er at offentlige støtteordninger, eventuelt enkelttildelinger, skal meldes til ESA gjennom Nærings- og handelsdepartementet og godkjennes før i verk-setting, jf. lov av 27 nov. 1992 nr. 116 om offentlig støtte § 2.

Med hilsen

Pål Hellesylt (e.f.)
avdelingsdirektør

Robert Myhre
rådgiver

¹ EØS-avtalens art 61 og lov om offentlig støtte

Sentralsjukehuset i Møre og Romsdal
sjeflege dr. med. Kåre Michelsen
Åsestranda
6026 Ålesund

Deres ref
KM/in

Vår ref (bes oppgitt ved svar)
2001/5186 NR NOK RMY/tlø

Dato
19.12.2001

Regelverket for offentlige anskaffelser og inngåelse av kontrakt med de ansatte hos oppdragsgiver

Det vises til tidligere telefonsamtale og til Deres brev av 21. november 2001. Henvendelsen gjelder regelverket for offentlige anskaffelser i forbindelse med anskaffelser av en ny MR-maskin.

Nærings- og handelsdepartementet har ikke formell kompetanse til å ta stilling til enkeltsaker eller tolkningen av regelverket for offentlige anskaffelser. Det er kun domstolene som formelt kan gjøre dette med bindende virkning. Ut i fra Deres henvendelse vil departementet likevel omtale noen regler som kan være relevante for Deres vurdering.

Utgangspunktet etter forskrift fastsatt ved kgl. res. 15. juni 2001 om offentlige anskaffelser §3-8 er at ansatte hos oppdragsgiver "...ikke kan delta i konkurranse eller inngå kontrakt med den administrasjon han gjør tjeneste. Det samme gjelder firma som helt eller i overveiende grad eies av en eller flere av oppdragsgivers ansatte". I NOU 1997:21 s. 130 uttales det at formålet med forbudet er "...å motvirke at tjenestemannen benytter seg av sin stilling eller sine bekjenskaper innen en administrasjon til å oppnå fordeler. Også hensynet til den alminnelige tillit til saksbehandlingen tilsier et slikt forbud."

Etter sin ordlyd gjelder forbudet også i de helt spesielle tilfeller hvor det kun er de ansatte, eller firma eid av de ansatte, som i praksis kan levere vedkommende ytelse. Verken reelle hensyn eller formålet med bestemmelsen tilsier imidlertid at forbudet også skal gjelde i slike tilfeller. Dette ville i realiteten innebære at vedkommende organ var avskåret fra å anskaffe seg nødvendige varer og tjenester. Departementet antar derfor at bestemmelsen må tolkes innskrenkende for de tilfeller ingen andre enn de

Postadresse:
Postboks 8014 Dep
0030 Oslo

Kontoradresse:
Einar Gerhardsens plass 1
Org. nr.:
972 417 890

Telefon - sentralbord:
22 24 90 90 / 22 24 66 73
Telefaks:
22 24 66 69

Avdeling for
næringsregulering og
skipsfart

Saksbehandler:
Robert Myhre
22246270

Sentralsjukehuset i

ansatte, eller deres firma, kan levere ytelsen. Dette må gjelde uavhengig av om anskaffelsen skal følge reglene i forskriftens del II eller III.

I Deres brev reises det videre spørsmål ved om kunngjøring er nødvendig dersom det må anses utelukket at noen annen enn de ansatte kan inngi tilbud. For anskaffelser etter forskriftens del II reguleres spørsmålet av §4-3 bokstav c "dersom ytelsen av tekniske eller kunstneriske grunner eller for å beskytte en enerett, bare kan presteres av en bestemt leverandør". For anskaffelser etter forskriftens del III er det §11-2 bokstav b, "anskaffelsen bare kan skje hos en leverandør i markedet", som vil være avgjørende.

Departementet antar at bestemmelsenes anvendelsesområde i stor grad vil være sammenfallende. Avgrensningen til "en leverandør i markedet" kan neppe forstås som en henvisning til det lokale eller nasjonale markedet. Det avgjørende er om andre nasjonale eller internasjonale aktører kan levere vedkommende ytelse. Det vil være oppdragsgiver som har bevisbyrden for at dette faktisk er tilfelle. Det vises i den forbindelse til NOU 1997:21 s. 130 hvor det uttales at "I henhold til bokstav b kan oppdragsgiver kontrahere direkte...dersom det åpenbart bare finnes én aktuell leverandør i markedet. Oppdragsgiver bør kunne sannsynliggjøre dette".

Det er neppe tilstrekkelig i seg selv at det kun er en leverandør som innehar konsesjon for å levere ytelsen. Det avgjørende vil være om andre leverandører har mulighet til å søke om, og bli tildelt, slik konsesjon. Det må derfor trolig skilles mellom eneretter og særretter, hvor unntaket i utgangspunktet bare vil omfatte førstnevnte.

Det gjøres for ordens skyld også oppmerksom på at forskriftens §§5-5 og 12-2 begrenser adgangen til å benytte tekniske spesifikasjoner som favoriserer enkelte foretak, for eksempel ved å be om leveranser av et bestemt fabrikat eller angivelse av varemerker mv. Som følge av denne bestemmelsen, antas det å kun være i helt spesielle tilfeller hvor det kun finnes en leverandør, idet leverandører av likeverdige ytelser i utgangspunktet også må tas i betraktning.

Dersom det etter en avholdt anbudskonkurranse eller konkurranse med forhandling ikke har kommet inn tilbud fra aktuelle leverandører vil dette kunne begrunne direkte anskaffelse av den aktuelle leverandøren. Hjemmel for dette vil i såfall være §11-2 bokstav f og §4-3 bokstav a. Den mislykkede konkurransen vil imidlertid også kunne være et bevismiddel dersom det for senere anskaffelser av den samme ytelsen legges til grunn at det kun finnes en leverandør av ytelsen. Det må imidlertid da antagelig også kunne godtgjøres at markedet ikke har endret seg i nevneverdig grad siden forrige konkurranse og kunngjøring.

Med hilsen

Pål Hellesylt (e.f.)
avdelingsdirektør

Robert Myhre
rådgiver

Efactory
John Å. Kårikstad
Rådhusgt. 20
0151 Oslo

Deres ref

Vår ref (bes oppgitt ved svar)
2001/3524 NR NOK RMY/tlø

Dato
17.12.2001

Krav om skatteattest fra nyetablerte bedrifter

Det vises til Deres e-post 28.09.01 hvor det reises spørsmål ved anvendelsen av reglene om skatteattest for nyetablerte bedrifter.

Det følger av forskrift fastsatt ved kgl. res. 15. juni 2001 om offentlige anskaffelser §§5-15 og 12-9 at oppdragsgiver skal kreve at samtlige norske leverandører fremlegger skatteattest for merverdiavgift og skatteattest for skatt.

Vi har fått opplyst av Skattedirektoratet at skatteregisteret oppdateres samtidig med at en bedrift tildeles et organisasjonsnummer i Foretaksregisteret. Selv om bedriften er nyetablert vil man derfor kunne be om skatteattest for skatt. Når det gjelder skatteattest for merverdiavgift er det bedriften selv som må henvende seg til manntallet for merverdiavgift og søke om registrering. Dersom bedriften ikke er merverdiavgiftspliktig er praksis at dette bekreftes skriftlig. Vi legger til grunn at en skriftlig bekreftelse fra skattemyndighetene om at bedriften ikke er merverdiavgiftspliktig vil tilfredsstillende kravet skatteattest for merverdiavgift.

Med hilsen

Pål Hellesylt (e.f.)
avdelingsdirektør

Robert Myhre
Rådgiver

Kopi: Skattedirektoratet ved Bjørn Aage Fosaas

Postadresse:
Postboks 8014 Dep
0030 Oslo

Kontoradresse:
Einar Gerhardsens plass 1
Org. nr.:
972 417 890

Telefon - sentralbord:
22 24 90 90 / 22 24 66 73
Telefaks:
22 24 66 69

Avdeling for
næringsregulering og
skipsfart

Saksbehandler:
Robert Myhre
22246270

Efactory

Adv. firm.OsloAdvokatene AS
Arne Heiestad
Akersgt. 7
0158 Oslo

Deres ref

Vår ref (bes oppgitt ved svar)

Dato

2001/5185 NR NOK RMY/tlø

28.11.2001

Regelverket for offentlige anskaffelser og kjøp av advokattjenester

Det vises til Deres brev av 22. november 2001 vedrørende anvendelsen av regelverket for offentlige anskaffelser ved kjøp av advokattjenester.

Forskrift fastsatt ved kgl. res. 15 juni 2001 om offentlige anskaffelser trådte i kraft 1. juli d.å. I den forbindelse ble anvendelsesområdet for regelverket for offentlige anskaffelser utvidet til også å gjelder kjøp av juridiske tjenester, herunder fra advokat.

Juridiske tjenester klassifiseres som en "uprioritert tjeneste", jf. forskriftens §2-5 kategori (21). Dette innebærer at forskriftens del I og del III kommer til anvendelse ved inngåelsen av den aktuelle avtale.

Utgangspunktet er at kontrakten skal tildeles gjennom en anbuds konkurranse eller konkurranse med forhandling, jf. §11-1 (1). Konkurransen må videre kunngjøres i DOFFIN-databasen i Norsk Lysingsblad, jf. §13-1.

På nærmere bestemte vilkår kan avtale inngås uten forutgående kunngjøring og formell konkurranse direkte med en leverandør av tjenestene. Nærmere regler om dette er gitt i forskriftens §11-2 (direkte anskaffelse). Et praktisk viktig vilkår for bruk av direkte anskaffelse er §11-2 bokstav a, hvor "prisen på anskaffelsen ikke overstiger kroner 200.000,- eks. mva". Regler om beregning av anskaffelsens verdi er gitt i §2-3. I

Postadresse:
Postboks 8014 Dep
0030 Oslo

Kontoradresse:
Einar Gerhardsens plass 1
Org. nr.:
972 417 890

Telefon - sentralbord:
22 24 90 90 / 22 24 66 71
Telefaks:
22 24 66 69

Avdeling for
næringsregulering og
skipsfart

Saksbehandler:
Robert Myhre
22246270

OsloAdvokatene AS

nærmere angitte tilfeller kan denne beregningsregelen medføre at verdien av flere kontrakter skal legges sammen i vurderingen av forskriftens beløpsgrenser, herunder også §11-2 bokstav a.

Med hilsen

Pål Hellesylt (e.f.)
Avdelingsdirektør

Robert Myhre
rådgiver

Kurt Weltzien
 Rettsvitenskapelig seksjon
 Magnus Lagabøtes plass 1
 N-5010 Bergen

Deres ref	Vår ref (bes oppgitt ved svar)	Dato
	2000/1273 NR NOK msm/tlø	21.08.2000

Vedr. innspill til revisjon av lov om offentlige anskaffelser og kjøpslovens tilpasning til EF-direktivene om forbrukerkjøp

Det vises til Deres henvendelse i notat av 3. mars 2000 til Justisdepartementet. Som nevnt i vårt tidligere brev av 17. mars 2000 har Nærings- og handelsdepartementet som fagansvarlig departement for lov om offentlige anskaffelser fått notatet oversendt. Vi beklager at det har tatt så vidt lang tid å komme med en tilbakemelding på notatet.

Problemstillingene som reises i forbindelse med at statlige eller kommunale oppdragsgivere omfattes av regelverket for offentlige anskaffelser kjøper kraft, er spesielt aktuelle som følge av at dette markedet er i sterk utvikling. Departementet er derfor interessert i den problemstillingen De reiser relatert til spørsmålet om egenregi ved kommunale oppdragsgiveres kjøp av kraft fra kommunalt kraftselskap.

Spørsmålet om grensen for hvilke foretak som kan sies å levere produkter/ tjenester til offentlige oppdragsgivere uten forutgående konkurranse, uten forutgående konkurranse om kontrakten ut i fra en betraktning om at det er oppdragsgiver selv som leverer produktet /tjenesten (spørsmål om egenregi) vil ikke bli omtalt i det følgende. Departementet vil imidlertid komme med noen kommentarer til de øvrige problemstillinger.

1. ER KRAFT OMFATTET AV VARE- ELLER TJENESTEDIREKTIVET ?

Nærings- og handelsdepartementet har i sin praksis lagt til grunn at kjøp av kraft (underforstått kraftforsyningen) er en vare omfattes av lov om offentlige anskaffelser og forskrift om tildeling av kontrakter om offentlige varekjøp (VA).

Postadresse: Postboks 8014 Dep 0030 Oslo	Kontoradresse: Einar Gerhardsens plass 1 Org. nr.: 972 417 890	Telefon - sentralbord: 22 24 90 90 / 22 24 01 41 Telefaks: 22 24 01 45	Administrativ og juridisk avdeling	Saksbehandler: Malin Smit 22 24 02 63
Kraft UlfB				

2. PROSEDYRE FOR KJØP AV KRAFT

Konsekvensen av at kraft er å anse som en vare omfattet av VA, er at alle offentlige oppdragsgivere er forpliktet til å følge anskaffelsesregelverket ved kjøp av kraft. Det skal således foreligge særskilte omstendigheter omfattet av unntaksbestemmelsene i forskriften for at offentlige oppdragsgivere skal kunne kjøp kraft uten at anskaffelsen skjer på grunnlag av konkurranse i overensstemmelse med prosedyrene for åpen eller begrenset anbudskonkurranse.

Dette reiser særlige problemstillinger i forhold til den råvarebørsen NordPool representerer i kraftmarkedet. Departementet er av den oppfatning at gjennomføringen av kjøp og salg av kraft gjennom for eksempel NordPool ivaretar de grunnleggende prinsipper regelverket for offentlige anskaffelser er ment å ivareta. Dette gjelder blant annet kravet til at konkurranse skal skje på likevilkår, prinsippet om ikke-diskriminering, tildeling av kontrakt på grunnlag av objektive og kjente kriterier, åpenhet rundt anskaffelsesprosedyren.

Kraftmarkedet slik det fungerer ved kjøp på børs som NordPool skjer innen et fullstendig liberalisert marked der behovet for å regulere offentlige oppdragsgiveres disposisjoner ikke synes å være tilstede i samme grad som innen et marked hvor oppdragsgiver står i en særstilling og derfor har anledning til å velge leverandør ut i fra mer politiske hensyn enn de rent forretningsmessige.

Departementet er kjent med den holdning aktørene i dette markedet har når det gjelder tidsaspektet ved gjennomføringen av en ordinær anskaffelsesprosedyre og behovet for å kunne gjennomføre en prosedyre raskt. Gjennomføringen av et kjøp av kraft skjer derfor innen et langt kortere tidsperspektiv enn det som er forutsatt i bestemmelsene om frister i prosedyreregulverket, blant annet fordi prisen på produktet varierer sterkt innen langt kortere tidsintervaller.

Offentlige oppdragsgivere er imidlertid i utgangspunktet forpliktet til å foreta sine vareanskaffelser i henhold til VA, herunder bestemmelsene om kunngjøring og frister for de enkelte faser i anskaffelsesprosessen.

Nærings- og handelsdepartementet har ved ulike anledninger tatt opp spørsmålet om liberalisering av kraftmarkedet og eventuelt å innføre et unntak for denne type kjøp fra prosedyreregulverket med representanter fra EU-kommisjonen. Kommisjonen har imidlertid ikke fulgt opp disse henvendelsene.

Med hilsen

Irene Standnes Haga (e.f.)
underdirektør

Malin Smit
førstekonsulent

Samferdselsdepartementet
Postboks 8010 Dep
0030 OSLO

Deres ref

Vår ref (bes oppgitt ved svar)
1999/4159 AJ OSA jhb/tlø

Dato
05.07.2000

PRODUKSJONSVIRKSOMHET I STATLIGE ETATER – FORHOLDET TIL REGELVERKET FOR OFFENTLIGE ANSKAFFELSER.

Det vises til brev datert 21 oktober 1999, hvor Samferdselsdepartementet ber om kommentarer fra Næringsdepartementet vedrørende innkjøpsrettslige skanker mot at statlige produksjonsvirksomheter påtar seg oppdrag i og utenom konkurranse med private entreprenører, samt hvilken mulighet det er for statlige produksjonsvirksomheter til å påta seg oppdrag for andre statlige forvaltningsenheter.

Næringsdepartementets vil bemerke at de kommentarene som gis nedenfor er av generell karakter og at redegjørelsen nedenfor ikke i detalj omhandler de ulike måter å organisere statlig produksjonsvirksomhet på.

1. Adgang for offentlige virksomheter til å delta i konkurranse med private leverandører – anskaffelsesregelverket

Anskaffelsesreglene er i prinsippet ikke til hinder for at statlige forvaltningsvirksomheter utfører oppdrag for andre offentlige oppdragsgivere. Dette gjelder også i de tilfeller hvor de offentlige virksomhetene er i konkurranse med private. Ved anskaffelser som er underlagt regelverket er det imidlertid essensielt at reglene om likebehandling av leverandører vies oppmerksomhet, da offentlige etater, bedrifter eller selskap ofte vil ha informasjonsfordeler forut for konkurransen om kontrakten. Det er i slike tilfeller viktig at det er "vanntette skott" mellom oppdragsgiver og den offentlige virksomheten i forbindelse med konkurranse om kontrakten.

Postadresse:
Postboks 8014 Dep
0030 Oslo

Kontoradresse:
Einar Gerhardsens plass 1
Org. nr.:
972 417 890

Telefon - sentralbord:
22 24 90 90 / 22 24 01 41
Telefaks:
22 24 01 45

Administrativ og juridisk
avdeling

Saksbehandler:
Johan Henrik Børge
22 24 66 69

Samferdselsdept

For øvrig gjør vi oppmerksom på at regelverket for offentlig støtte også kan sette begrensninger for hvordan den offentlige virksomheten kan opptre når forvaltningsvirksomheten eller det offentlige selskapet utfører tjenester i konkurranse med private aktører.

2. Mulighet for statlige forvaltningsorgan/virksomheter til å ta oppdrag for andre forvaltningsorgan/virksomheter – uten at oppdraget settes ut på konkurranse

Forutsetningen for at anskaffelsesregelverket skal komme til anvendelse er at det tas sikte på å inngå "en gjensidig bebyrdende kontrakt". Det vises til vare-, tjeneste og bygg og anleggforskriften § § 1 nr 1, gitt i medhold av lov om offentlig anskaffelser.

Det legges til grunn at alminnelig avtalerett kommer til anvendelse på spørsmålet om når en slik "gjensidig kontrakt" inngås, herunder at begrepet "kontrakt" forutsetter at kontrakten skal være mellom to rettssubjekter¹. Dette innebærer at regelverket ikke omfatter beslutninger om transaksjoner innen samme juridiske person, selv om det skjer utveksling av ytelser mellom forskjellige forretningsenheter. Tilsvarende betraktninger legges til grunn ved forståelsen anvendelse område for instruks for statlig anskaffelsesvirksomhet (REFSA) §1.

Egenregi – mellom statlige etater/produksjonsvirksomheter

I tilfeller hvor en avdeling i staten benytter en statlig produksjonsenhet som leverandør, vil det i mange tilfeller ikke foreligge en rettslig² kontrakt mellom to forskjellige juridiske personer³. Dette p.g.a. at "kjøper" og "selger" anses for å være en del av samme juridiske person.

Begrepet "juridisk person" er ikke et entydig begrep i norsk rett. Men det sentrale innholdet i begrepet ansees imidlertid å være at enheten er skilt ut med "egen formuesmasse som innretningen råder over og som innretningen hefter med for sine forpliktelser"⁴.

Når det gjelder staten, er staten organisatorisk organisert slik at de fleste av forvaltningsorganene og mange av produksjonsenhetene ikke er skilt ut med egen formuesmasse som innretningen råder over, samt at staten hefter med en formuesmasse direkte for alle enhetene. Dette vil f.eks. være tilfelle for alle

¹ EF-domstolen C- 107/98 pkt 49" *As to whether there is a contract, the national court must determine whether there has been an agreement between two separate persons "*

² Med begrepet "rettslig kontrakt" siktes det her til at kontrakten ikke etablerer juridisk virkninger mellom "partene" som kan bringes inn for behandling i domstolene, dersom "kontrakten" ikke oppfylles.

³ Sue Arrowsmith s 414 "Where work is awarded to an in-house service provider which is legally part of the purchasing organisation, there is in law no contract, and the work may thus be awarded to the in-house unit without following the regulations."

⁴ Jf Skoghøy i boken Tvistemål på side 154 og 157

departementene, underliggende etater, direktorater , herunder organ som Norges vassdrag – og energiverk, Statens kornforretning, jernbanelinjen, Statens Vegvesen m.v. Motsatt vil det imidlertid være for selskap som Statens postselskap, Telenor AS og Statsskog SF som i den senere tid er skilt ut med egne formuesmasser og med begrenset ansvar for eieren.

Det er derfor ikke avgjørende for om regelverket kommer til anvendelse at det foreligger et dokument som lyder betegnelsen ” kontrakt” som bekrefter tjenestens innhold, produktets omfang, kvalitet, regulerer utveksling av ytelser og er mellom statlige etater. Det er heller ikke avgjørende om de statlige organene har en betydelig grad av selvstendighet i forhold til hverandre⁵. Tilsvarende resonnement er lagt til grunn i Sverige av Nemnd for offentlig opphandling.

Den danske Konkurrancestyrelsen, har imidlertid i sin veileder gitt kommentarer til dette spørsmålet som går i annen retning :” *Selv om staten etter dansk retspraksis i andre relationer anses for at være en enhed, så kan staten dog i relation til udbudsreglerne ikke betraktes som en enkelt juridisk person. Det enkelte ministerområde med tilhørende styrelser betraktes dog som en enhed, fordi institusjonene er under en enkelt ministers instruksjonsbeføyelse*”. Det har dog ikke lyktes departementet å få en kvalifisert juridisk begrunnelse om hvorfor danske myndigheter har lagt en slik forståelse til grunn.

Med bakgrunn i resonnementet ovenfor legger departementet til grunn at statlige forvaltningsvirksomheter som ikke er skilt ut i egne rettssubjekter, kan utveksle ytelser uten at utveksling av ytelsen er omfattet av anskaffelsesregelverket. Departementet kan imidlertid ikke utelukke muligheten for at EFTA- eller EF domstolen i en senere dom fortolker regelverket i en mer restriktiv retning som i større grad vektlegger hensynene bak et mest mulig åpent og liberalisert marked.

Konkurransen – effektive anskaffelser

Departementet vil bemerke at selv om man ikke kan utlede en kunngjøringsplikt fra regelverket, vil konkurranse med private aktører i mange tilfeller sikre, at best mulig behovsdekning til den mest fordelaktige pris oppnås.

Det kan opplyses at det f. eks. i Sverige opereres med et særlig vilkår for å benytte egenregi utover egen forvaltningsavdeling. Det er i egenregi tilfeller, administrativt pålagt at man skal vurdere om det aktuelle statlige organet som skal utføre oppgaven har særskilte forutsetninger for å utføre oppgaven. Egenregi ikke skal benyttes, hvor det ligger utenfor organets kjernevirksomhet å utføre slike oppgaver.

⁵ Sue Arrowsmith s 414 ”This applies even if the in-house unit operates in practice on a largely independent basis, and even where it is normally required to compete for such work with the private sector.”

2. Mulighet for et statlige forvaltningsorgan/virksomhet å tildele et statlige selskap kontrakter direkte – ut fra egenregibetraktninger

Når det gjelder kontrakter mellom statlige selskap eller mellom et statlig forvaltningsorgan og et statlig selskap, er hovedregelen at egenregi betraktninger ikke kan legges til grunn. I slike tilfeller vil det inngås kontrakt mellom to forskjellige rettssubjekter og regelverket kommer da til anvendelse.

Under visse forhold kan imidlertid egenregi betraktningene likevel legges til grunn, selv om avtalen inngås mellom to forskjellige juridiske personer. Dette fremkommer av EF-domstolens avgjørelse i *Teckal saken* C-107/98 hvor det heter at :

"... it is, in principle, sufficient (for at regelverket skal komme til anvendelse) if the contract was concluded between, on the one hand, a local authority and, on the other, a person legally distinct from that local authority. The position can be otherwise only in the case where the local authority exercises over the person concerned a control which is similar to that which it exercises over its own departments and, at the same time, that person carries out the essential part of its activities with the controlling local authority or authorities".

I lys av denne betraktningen må det kunne legges til grunn at i de tilfeller hvor tjenesteproduksjonen er skilt ut fra den statlige administrasjonen som eget rettssubjekt, er 100 prosent eiet av staten og hvor levering i all hovedsak skjer til staten, er regelverket ikke til hinder for at kontrakttildeling kan skje direkte. Begrunnelsen er at det offentlige (her staten) skal kunne stå fritt til å organisere sin virksomhet ut fra rasjonelle, økonomiske og administrative hensyn og velge f. eks selskapsformen når dette er hensiktsmessig, uten at dette skal fremtvinge at oppgaver som tidligere ble utført i egenregi må konkurransenutsettes.

I Generaladvokatens forslag til dom i *Arnhem-saken*, EF-Domstolens sak C-360/96, gis det støtte for tilsvarende betraktninger når det gjelder å slå sammen virksomheter som tidligere har vært integrert i to forskjellige kommuner.

I saken hadde to hollandske nabokommuner opprettet et 100 prosent felles eiet renovasjonsselskap. Kommunen inngikk avtale direkte med selskapet om renovasjonstjenester. Et privat selskap klaget over manglende konkurranse om tjenesten. Saken ble forelagt EF-domstolen til prejudisiell avgjørelse. Generaladvokaten uttalte i sitt forslag til avgjørelse at :

"dannelsen af det fælleskommunale selskab og overførelsen til dette organ af opgaver, som tidligere udførtes af kommunerne, har således til formål at slå vedkommende funktioner sammen, snarere end at betro deres udførelse til en tredjemand..... Selv om (selskabet) er et aktieselskab, er det ikke ... i væsentlig grad fremmed for kommunernes organisatoriske opbygning. Dets natur kan beskrives med begrebet organ inden for den offentlige forvaltning. Dette synspunkt bekræftes naturligvis af (selskabets) totale afhængighed af kommunernes vilje, ikke blot hvad angår dets økonomiske ressourcer, men også

ledelsesorganets sammensætning (i det mindste flertallet af medlemmerne er kommunalt udpeget)" (Uofficiel oversættelse)

I den endelige afgjørelse tok EF-domstolen imidlertid ikke stilling til dette spørsmålet. Generaladvokatens syn er dog blitt lagt til grunn i dansk anskaffelsespraksis⁶.

Ovennevnte betraktninger åpner for at staten må kunne slå sammen virksomheter som i dag er organisert under forskjellige organer for så å etablere et selskap som utfører de oppgaver som tidligere lå under organene, uten at dette i seg selv utløser en plikt til offentlig konkurranse om oppdragene. Imidlertid må det understrekes at en slik betraktning er forankret i at oppgavene legges til et eget rettssubjekt av organisatoriske og administrative grunner, og ikke for å konkurrere i markedet om oppdrag.

Det er også antatt at en mindre del av selskapets omsetning kan komme fra andre oppdragsgivere enn den statlige, uten at dette i seg selv utelukker egenregi betraktninger. Det kan i denne sammenheng argumenteres for at Tecaldommen gir støtte for at en "ikke helt ubetydelig del" av omsetningen kan komme fra andre oppdragsgivere enn den som har kontrollen over organet eller selskapet, jf uttalelsen " and, at the same time, that person carries out the essential part of its activities with the controlling local authority or authorities".

For virksomheter som er underlagt forsyningsdirektivet kan det nevnes at grensen er satt til 20 prosent av omsetningen over tre år. Regelverket for klassisk sektor (som bl. a omfatter Statens vegvesen) har ikke tilsvarende regel, men det kan argumenteres for at bestemmelsens prinsipper med varsomhet kan anvendes på klassisk sektor. Det har dog formodningen mot seg at domstolen har ment å gå lengre enn forsyningsdirektivet med formuleringen "*essential part*" i Tecalsaken, da regelverket for forsyningssektoren (som også omfatter private aktører) jevnt over fremstår som mer liberalt enn regelverket for klassisk sektor. I tillegg vil begrunnelsen for egenregibetraktninger ovenfor selskap som har en betydelig del av omsetningen fra andre oppdragsgivere harmonere dårlig med hensynet bak regelverket, samt at faren for krysssubsidiering vil øke. Departementet vil derfor presisere at det er usikkert hvor en slik grense går og at en "gjensidig bebyrdende kontrakt" mellom to rettssubjekt som hovedregel skal ut på offentlig konkurranse.

⁶ *Klagenemden for utbud*: "Det følger af det netop nævnte, at man i udgangspunktet ikke kan tale om in house produktion, når der er tale om aftaler mellem to selvstændige juridiske personer. Klagenævnet har imidlertid i kendelsen af 11. oktober 1996 (*Odense kommune*) udtalte, at selve selskabsdannelsen (i den konkrete saken) fandtes ikke udbudsudløsende." Beslutningen om at indgå aftale med selskabet og overlade ydelserne til dette fandtes efter en samlet vurdering
– i hvert fald så længe kommunen havde den bestemmende indflydelse i selskaberne
– at være en divisionering af kommunens samlede dispositioner, der ikke kunne sidestilles med et udbud af ydelser."

4. Egenregibetraktninger mellom statlige selskap?

Når det gjelder inngåelse av kontrakter mellom to selvstendige statlige selskap (som omfattes av anskaffelsesreglene), er det ingen rettspraksis på området som behandler spørsmålet. Forholdet faller imidlertid innunder begrepet ” gjensidig bebyrdende kontrakt” og hvilket innebærer at kontrakten i utgangspunktet må kunngjøres. Videre vises det til EF- domstolen i *Teckal saken* uttalelse :

”The position can be otherwise only in the case where the local authority exercises over the person concerned a control which is similar to that which it exercises over its own departments and.....”.

Domstolen vektlegger her at det ene subjektet skal ha en betydelig formell og faktisk kontroll med det andre rettssubjektet. Dette kan antagelig ikke sies å være tilfelle med to sideordnede statlige selskap. Det kan imidlertid reises spørsmål om domstolens forutsetninger er oppfylt, dersom det ene selskapet er et heleiet datterselskap.

Med hilsen

Pål Hellesylt (e.f.)
avdelingsdirektør

Johan Henrik Bjørge
førstekonsulent

Kopi: Marianne Bråthen, Vegdirektoratet
Kurt Welzien, Rettsvitenskaplig seksjon,
Magnus Lagabøtes plass 1, 5010 Bergen

KOPI

Mediamax Norge AS
konesjonsmanager Haakon Kierulf
Sagveien 23C
0458 Oslo

Deres ref

Vår ref (bes oppgitt ved svar)
2000/909 AJ OSA eca/tlø

Dato
12.04.2000

Reklamefinansierte gatemøbler – forhold til lov om offentlige anskaffelser

Vi viser til Deres henvendelse av 22.10.99. og oppfølging 22.02.00. Vi beklager at det har tatt så lang tid å få registrert og besvart Deres henvendelse.

I Deres henvendelse reises spørsmål om hvorvidt tilbud til kommuner om innkjøp, drift og vedlikehold av reklamefinansierte leskur og toaletter mv. er omfattet av lov om offentlige anskaffelser, og i så fall hvilken tjenestekategori som er relevant, og hvilken innkjøpsprosedyre som skal benyttes.

Det kan være flere måter å betrakte ovennevnte problemstilling på, og hvorvidt de tjenester som beskrevet i Deres brev omfattes av lov om offentlige anskaffelser vil trolig være avhengig av hva som er formålet med den avtalen som inngås mellom kommunen og Mediamax Norge AS.

Om man legger til grunn at formålet med avtalen for kommunen er å leie ut tomtegrunn til Mediamax Norge AS så vil man stå ovenfor en utleiekontrakt. Offentlige myndigheters utleie av tomt, bygninger mv. omfattes ikke av lov om offentlige anskaffelser. Motsatt vil man, om formålet for kommunen er å gi innbyggerne et servicetilbud i form av offentlige toaletter, leskur mv., kunne stå ovenfor en kommunal anskaffelse.

Departementet vurderer at sistnevnte tilnærming til problemstillingen vil være mest nærliggende. Dette da departementet av Deres henvendelse forstår situasjonen slik at kommunale myndigheter inngår avtale med Mediamax Norge AS vedrørende leie, drift og vedlikehold av offentlig tilgjengelige fasiliteter. Vederlaget Mediamax Norge AS mottar er disponering av kommunal tomtegrunn for å selge reklameplass på oppsatte

Postadresse:
Postboks 8014 Dep
0030 Oslo

Kontoradresse:
Einar Gerhardsens plass 1
Org. nr.
972 417 890

Telefon - sentralbord:
22 24 90 90 / 22 24 66 71
Telefaks:
22 24 66 69

Administrativ og juridisk
avdeling

Saksbehandler:
Eva Carina Aune
22 24 02 60

Mediamax

fasiliteter.

Lov om offentlige anskaffelser med tilhørende forskrifter får anvendelse ved gjensidig bebyrdende avtaler mellom en leverandør og en offentlig oppdragsgiver som omhandler kjøp, avbetalingskjøp, leasing eller leie (med eller uten rett til å kjøpe) av varer, tjenester eller kontrahering av bygg og anlegg. I gjensidighetsbegrepet ligger normalt at oppdragsgiver mot vederlag mottar en nærmere bestemt ytelse. Det er imidlertid ikke en forutsetning at oppdragsgiver selv mottar ytelsen, og videre er det heller ikke en forutsetning at vederlaget kommer i form av et kronebeløp.

Av Deres henvendelse forutsetter departementet at utgangspunktet er at kommunene ikke kjøper fasilitetene, og heller ikke overtar eiendomsretten etter endt kontraktperiode. Videre at innholdet i de ytelsene Mediamax AS tilbyr i overveiende grad består av ulike tjenesteleveranser som renhold, vedlikehold med mer, av offentlige toaletter, leskur mv. I spørsmål om hvilken forskrift som kommer til anvendelse vil dette avhenge av leveransens innhold. I henhold til tjenesteforskriften § 3 nr 4 så skal en kontrakt som både gjelder varer og tjenester være omfattet av tjenesteforskriften dersom verdien av de aktuelle tjenestene er høyere enn verdien av varene som kontrakten omfatter.

Tjenesteforskriften kommer videre til anvendelse dersom anskaffelsen overstiger terskelverdien på 1,65 millioner eks. mva. og dersom tjenesten omfattes av opplistingen i tjenesteforskriftens § 3. Tjenester som omfattes av § 3 nr 2 kategori 1 – 16 (prioriterte tjenester) skal tildeles i overensstemmelse med samtlige regler i forskriften. For tjenester som omfattes av § 3 nr. 3 kategori 17 – 27 (uprioriterte tjenester) vil bare forskriftens § 9 om bruk av tekniske spesifikasjoner, og § 13 nr 2 om kunngjøring av tildelt kontrakt få anvendelse. Av Deres henvendelse har ikke departementet tilstrekkelige opplysninger til å fastslå hvilken kategori de tjenester som tilbys av Mediamax Norge AS vil falle inn under, og antar også at dette kan variere fra avtale til avtale. For eksempel vil alminnelig utendørs rengjøring som feiing av gater være omfattet av kategori 16, bygningsrengjøring er omfattet av kategori 14 mens vedlikehold av offentlige toaletter er omfattet av kategori 27. Dersom en kontrakt om tjenesteytelsene omfatter både prioriterte og uprioriterte tjenester skal reglene for prioriterte tjenester følges så lenge verdien av disse overstiger verdien av de uprioriterte tjenestene jf. § 3 nr 4.

For tjenester som omfattes av tjenesteforskriftens kategori 1 – 16 er hovedregelen at oppdragsgiver skal benytte åpent eller begrenset anbud. Kjøp etter forhandling er en anskaffelsesprosedyre som kun unntaksvis kan benyttes. Regler for når kjøp etter forhandling kan benyttes fremgår av § 10 nr. 2 og 3. Det er oppdragsgiver som må vurdere hvorvidt unntaksbestemmelsene vil kunne komme til anvendelse ved den konkrete anskaffelse som skal foretas. For de såkalte uprioriterte tjenester vil § 9 om bruk av tekniske spesifikasjoner og § 13 nr. 2 om kunngjøring av tildelt kontrakt komme til anvendelse.

Som nevnt ovenfor er et kriterium på gjensidighetsbegrepet at det betales et vederlag for ytelsen. Kommer vederlaget fra andre enn oppdragsgiver, og kan den som betaler vederlaget selv velge om han vil motta ytelsen kan man i noen tilfeller stå ovenfor såkalte konsesjonsavtaler.

I forslag til Tjenestedirektivet 92/50/EEC ble konsesjonsavtale definert som " ...avtale som inngås mellom oppdragsgiver og leverandør hvor førstnevnte overdrar utførelse av en tjenesteytelse bestemt til offentligheten, ..., og hvorved sistnevnte påtar seg å utføre tjenesten til gjengjeld for å utnytte tjenesteytelsen eller denne rett sammen med betaling av en pris... Kommisjonen anfører i begrunnelsen for forslaget, at en konsesjonsavtale er karakterisert ved at konsesjonsinnehaver påtar seg den økonomiske risiko det er forbundet med å utføre en offentlig tjenesteytelse, til gjengjeld for muligheten til å oppnå fortjeneste. Under behandling i EU's ministerråd ble det ikke oppnådd enighet om en felles regulering av konsesjonsavtaler, og det antas derfor at konsesjonsavtaler slik de er definert er unntatt fra Tjenestedirektivet.

Tjenesteforskriften omfatter derfor ikke bestemmelser om konsesjonsavtaler. Rettstilstanden er uavklart, og Nærings- og handelsdepartementet vil derfor ikke her gå nærmere inn på konsesjonsbegrepet innen tjenesteytelser.

Med hilsen

Irene Standnes Haga (e.f.)
underdirektør

Eva Carina Aune
rådgiver

Adv. Trygve Laake
Advokatfirmaet Schødt
pb 24444 Solli
N-0201 Oslo

Deres ref

Vår ref (bes oppgitt ved svar)
98/2996 AJ OSA jhb/tlø

Dato
2.9.1999

ARBEIDSMARKEDSBEDRIFTER - FORHOLDET TIL REGLENE OM OFFENTLIG ANSKAFFELSER.

Vi viser til Deres faks av 20 juli 1998 og vårt brev datert 7 juli s.å. Vi beklager at det har tatt tid å svare Deres siste henvendelse.

I en faks til departementet den 29 juni 1998 reiser De spørsmålet om en arbeidsmarkedsbedrift, vil være omfattet av forskriften om tildeling av offentlige bygge - og anleggskontrakter § 1. I vårt brev av 7 juni s.å er vår konklusjon at « på bakgrunn av de opplysninger som er gitt i faks av 25 juni 1998 synes den omtalte bedrift å være et offentlig rettslig organ i bestemmelsens forstand».

I Deres siste henvendelse ved faks av 20 juli 1998 gis det ytterligere opplysninger om bedriften. Det opplyses i hovedsak om støttens karakter og om at bedriften har en indre målsetning om å drive forretningsmessig. I tillegg pekes det på uttalelser i Kommisjonens veileder knyttet til begrepet offentligrettslig organ. På bakgrunn av disse opplysningene bes det om en ny vurdering fra departementet.

Departementet har funnet det hensiktsmessig, i lys av de nye opplysningene, å presisere departementets tidligere redegjørelse. Dette gjelder spesielt det kumulative kriteriet om at et offentligrettslige organ er «opprettet for å møte allmennhetens behov, og ikke er av industriell eller forretningsmessig karakter», da det er dette kriteriet som reiser mest tvil i forhold til de opplysningene som foreligger.

Departementet vil imidlertid understreke at mangel på opplysninger om hvilken bedrift som vurderes, utelukker muligheten for departementet å gi en mer konkret veiledende uttalelse. Departementets svar vil derfor kun ta sikte på å gi en mer generell redegjørelse i tilknytning til den informasjon som foreligger.

Postadresse:
Postboks 8014 Dep
0030 Oslo

Adv. Trygve Laake

Kontoradresse:
Einar Gerhardsens plass 1
Org. nr.:
972 417 890

Telefon - sentralbord:
22 24 90 90 / 22 24 01 41
Telefaks:
22 24 01 45

Administrativ og juridisk
avdeling

Saksbehandler:
Johan Henrik Bjørge
22 24 66 68

1.1 Spørsmål om bedriften er et offentligrettslig organ, jf Bygge- og anleggsforskriften § 1

Som nevnt i tidligere brev, er spørsmålet om den beskrevne bedrift omfattes av begrepet offentligrettslig organ, jf legaldefinisjonen i § 1 nr 2 .

Det skal her bemerkes at bakgrunnen for å la slike virksomheter være omfattet av regelverket, i tillegg til stat, fylkeskommune, kommune og sammenslutninger av disse, er å inkludere den krets av virksomheter som har en sammenlignbar stilling som det offentlige ved anskaffelser. Et sentralt poeng er at slike virksomheter som regel er gitt *en spesiell stilling i forhold til andre bedrifter*, for å sikre at bestemte samfunnshensyn ivaretas. Dette kan komme til uttrykk ved f. eks at kravet til avkastning er fjernet, at virksomheten nyter et spesielt konkurransevern, har rett til eller mottar støtte fra det offentlige, o l. Når virksomheter under en eller annen form for offentlig kontroll kan basere sine beslutninger på andre hensyn enn rent forretningsmessige, er det også skapt et ” rom” for at virksomheten ved anskaffelser kan prioritere ”de nære eller nasjonale” interesser og dermed begrense utenlandske leverandører tilgang til markedet. I EØS- avtalen er slike betraktninger vektlagt og for å hindre at beslutninger om anskaffelser blir tatt ut fra kriterier som kan true prinsippet om fri flyt av varer og tjenester, så er også slike virksomheter omfattet.

For å regnes som et ” offentligrettslig organ” etter forskriften, må tre kumulative kriterier være oppfylt. Vilkårene som at organet « må være et selvstendig rettssubjekt» og være underlagt det offentliges kontroll anses, i følge tidligere korrespondanse, for å være oppfylt. Det vil derfor ikke bli redegjort ytterligere for disse kriteriene. Det gjenstående spørsmålet er om organet er « opprettet med det bestemte formål å imøtekomme allmennhetens behov, og ikke er av industriell eller forretningsmessig karakter».

- *«Opprettet med det bestemte formål for å møte allmennhetens behov, og ikke er av industriell eller av forretningsmessig karakter»*

Opprettelse av arbeidsmarkedsbedrifter har sammenheng med de forpliktelser det offentlige har i henhold til ulike lover om å forestå arbeidsformidling, utdannelsetilbud og rehabilitering. Dette har generelt kommet til uttrykk i Grunnlovens § 110 a, der det heter at «Det påligger Statens Myndigheter at legge Forholdene til Rette for at ethvert arbeidsdyktig Menneske kan skaffe seg Udkomme av sitt Arbeide».

Det er opplyst at bedriften er en kommunalt eiet (90 prosent) arbeidsmarkedsbedrift som bedriver produksjon og salg. Formålet med arbeidsmarkedsbedriftens attføringsvirksomhet er avklaring og kvalifisering av yrkeshemmede med sikte på formidling til ordinært arbeidsliv eller utdanning. Virksomheten tilbyr midlertidig ansettelse til personer med medisinsk eller sosial yrkeshemming. Pr i dag har ca 70 prosent av bedriftens ansatte slike arbeidshandikap. Arbeidsmarkedsbedrifter har videre en forpliktelse til å gi tilbud om varig sysselsetting i de tilfeller hvor midlertidig ansatte arbeidstakerne ikke har mulighet til å få arbeid andre steder, jf ”Forskrift om støtte - og styringssystemet for arbeidsmarkedsbedriftene» fastsatt av kongelig resolusjon 29 november 1993 §§ 2 og 3. Til forskriftene er det gitt retningslinjer fra Kommunal- og arbeidsdepartementet som blant annet stiller krav til bedriftens vedtekter, hvor det fremgår at formålet med bedriften ”skal være attføring” og at ”selskapet ikke skal ha til formål å fremskaffe økonomisk utbytte, overskudd skal forbli i selskapet og aksjemajoriteten skal innehas av kommuner og fylkeskommuner”.

Bedriften vil på bakgrunn av det ovennevnte i utgangspunktet omfattes av kriteriet "opprettet med det bestemte formål å møte allmennhetens behov". Dette gjelder likevel ikke dersom virksomheten er av "industriell eller forretningsmessig karakter" i bygge- og anleggsforskriftens forstand.

I begrepet "forretningsmessig karakter" ligger det et krav til kommersiell drift. Et minstekrav til kommersiell drift er at selskapet har som målsetning å tjene penger på virksomhetens aktiviteter. I denne sammenheng er det opplyst at virksomheten har en indre målsetning om å drive forretningsmessig forsvarlig og gå med overskudd. Det må her likevel vektlegges at når det ikke foreligger et krav fra investorene om avkastning, jf ovennevnte retningslinjer fra Kommunal og arbeidsdepartementet, så er et betydelig incitamentet til å drive kommersielt redusert.

Det vises videre til Kommissjonens veiledning til Direktiv 93/37/EØF hvor det sies at virksomhetens konkurransestilling ovenfor tilsvarende private foretak på området er relevant når man skal vurdere om virksomheten er av "forretningsmessig karakter. Departementet deler denne oppfatningen. Tilsvarende vises det til Case C-260 /96 BFT Holding BV saken, hvor Generaladvokatens innstilling til avgjørelse uttrykker at virksomhetens drift er industriell og kommersiell når virksomheten konkurrerer på like vilkår som resten av markedet.

Spørsmålet blir således om arbeidsmarkedsbedriften markedsmessig befinner seg i særstilling i forhold til sammenlignbare virksomheter. Om virksomheten har en særstilling må baseres på en helhetsvurdering hvor selv om den enkelte faktor ikke alene gir bedriften en særstilling, så kan helheten likevel tilsi at virksomheten operer på gunstigere vilkår enn resten av markedet. Ytre tegn på en slik særstilling kan være at eierene av virksomheten mottar direkte økonomisk støtte samt at virksomheten ikke har den hele og fulle driftsrisikoen.

Det skal her først vises til deres faks av 20 juni s 4 tredje avsnitt vedrørende betydningen av at virksomheten mottar støtte. Departementet er enig i at økonomisk støtte ikke alltid er avgjørende for om virksomheten drives på tilsvarende vilkår som andre bedrifter. Det er bemerket i Mannesmanddommen (44/96/ECJ) hvor det fremgår at det ikke er tilstrekkelig for at foretaket skal ses som et offentligrettslig organ, *kun* at det ytes tilskudd for at virksomheten *også* skal tilgodese allmenne hensyn som ikke er av industriell eller forretningsmessig karakter. Således vil i prinsippet f eks kompensasjon for merkostnadene til en bedrift for å ha en eller flere ansatte ut fra «allmenn interesse» kunne ytes, *uten at dette alene* tar vekk virksomhetens karakter av å være av «forretningsmessig». Det legges derfor til grunn i den videre vurdering at en slik støtte ikke er tilstrekkelig i seg selv.

I dette tilfellet er det både i vedtekter og i forskrift for virksomheten fastsatt at utbytte ikke skal deles ut til virksomhetens eiere. Målsetningen og virkningen med en slik bestemmelse er at overskuddet skal tilføres bedriften. I forhold til private eiere vil dette innebære et støtteelement, fordi tilsvarende virksomheter som regel er tvunget til å ta ut overskuddet for å kunne forsvare investeringen, eventuelt for å betjene lån ifm innskutt egenkapitel. Arbeidsmarkedsbedriften vil i stedet kunne styrke konkurransesituasjon, fordi den ikke har tilsvarende krav til overskudd.

Videre har bedriften rett til lønnstilskudd fra arbeidsmarkedsetaten til delevis dekning av lønnsutgifter, og attføringstilskudd til sitt attføringsarbeid, jf Forskrift om støtte - og

styringssystemet for arbeidsmarkedsbedriftene §6. Nivået for lønnstilskudd og attføringstilskudd fastsettes ved budsjettvedtak. Dette kan riktig nok argumenteres for å være en individuelt tilskuddsordning til den enkelte arbeidstaker. I dette tilfellet er imidlertid det forhold at støtteordningene er omfattende, samt at virksomheten gjennom forskrifter er pålagt å holde en viss type ansatte hvor det overveide flertall av arbeidsstokken er berettiget til å motta støtte, med på å etablere en mer virksomhet av mer gjennomgående subsidiert karakter.

Det legges videre særlig vekt støtteordningen som kan inntre i spesielle situasjoner *hvor arbeidsplasser kan gå tapt*. Arbeidsdirektoratet kan i slike tilfeller yte ekstraordinær støtte ved å nedskrive/ettergi tidligere gitte lån, jf retningslinjene pkt 5.6. En slik ekstraordinær støtteordning er direkte med på å redusere driftsrisikoen for virksomheten, fordi risikoen for konkurs eller underskudd i bedriften til en viss grad veltes over på det offentlige. Dette reduserer virksomhetens driftsrisiko.

1.2 Veiledende konklusjon

Virksomheten synes, også i lys av de nye opplysningene, å være et offentligrettslig organ etter bygge- og anleggsforskriftens forstand.

Med hilsen

Pål Hellesylt
Avdelingsdirektør

Henrik Bjørge
Førstekonsulent

anm1: kopi "lille arkiv" – (2sidig)

anm2: Fylkesarbeidskontoret skal føre kontroll med at bedriften følger regelverket og Arbeidsdirektoratet kan trekke tilbake godkjenningen som arbeidsmarkedsbedrift ved grove eller gjentatte brudd på regelverket. I tillegg har Riksrevisjonene og Trygderevisjonen rett til å iverksette kontroll med at midlene som ytes av statsbudsjettet, nyttes etter forutsetningene.

anm3:

advokaten har purret på svar, med henvisning til at NHD skal fatte en avgjørelse om en bedrift etter hans beskrivelse er omfattet av regelverket. I denne sammenheng er det svart at hans henvendelse ikke er en henvendelse om å avgjøre en bestemt bedrift - siden han ikke vil oppgi navnet på bedriften. Følgelig må henvendelsen behandles som en alminnelig tolkninguttalelse. Jeg er imidlertid enig i at dette har tatt lengre tid enn det burde. Det har det vært stor usikkerhet om hvordan spørsmålet skulle behandles og jeg har prøvd å finne ut om annen lands praksis på området. NOU i Sverige har samtidig som denne saken har pågått, behandlet sentrale rettsspørsmål innen samme emne. Deres resultat har medført at ovennevnte saks rettslige spørsmål har blitt belyst bedre enn det som ville ha vært tilfelle uten rapporten.



DET KONGELIGE
NÆRINGS- OG HANDELSDEPARTEMENT

Justisdepartementet
Rådgiver Tove Merete Voldbæk
postboks 8005 Dep
0030 Oslo

Deres ref

Vår ref (bes oppgitt ved svar)
99/2355 AJ OSA jhb/tlø

Dato
02.09.99

Kontrakt om utvikling av nytt tinglysningssystem - regelverket om offentlige anskaffelser

Det vises til brev fra Justisdepartementet datert 31 mai d.å., vedrørende et prosjekt som skal igangsettes av Justisdepartementet om utvikling av nytt tinglysningssystem. I brevet opplyses det at departementet vurderer å la Norsk Eiendomsinformasjon AS (NE) utføre oppdraget og at verdien på oppdraget overstiger 1 million kroner eksklusiv mva .

Utgangspunkt

Næringsdepartementet legger til grunn at utvikling av nytt tinglysningssystem i denne sammenheng består av utvikling av en elektronisk versjon hvor den tjenesten som må anskaffes i vesentlig grad består av spesifisering av brukerbehov og utvikling av programvare.

Tildeling av kontrakter vedrørende utvikling av brukerprogramvare og systemvedlikehold av EDB skal som hovedregel skje etter Forskrift om tildeling av kontrakter om offentlige tjenestekjøp fastsatt ved kgl.res 4 desember, jf §§ 1 og 3 nr 2 kategori 7. Når det gjelder konsulentbistand til spesifisering av brukerbehov er det kun en eventuell prosjektledelse ved slik bistand som omfattes av forskriftens detaljerte regler om tildeling av kontrakt, jf 3 nr 2 kategori 11.

Kontrakter som nevnt ovenfor skal i utgangspunktet kunngjøres for hele EØS-markedet, samt følge bestemte prosedyreregler. For tjenester som ikke faller inn under § 3 nr 2, skal det kun skje en etterfølgende kunngjøring av kontrakten i De Europeiske Fellesskapets Tidene.

Postadresse
Postboks 8014 Dep
0030 Oslo

Kontoradresse
Einar Gerhardsens plass 1
Org nr.:
972 417 890

Telefon - sentralbord:
22 24 90 90 / 22 24 01 41
Telefaks
22 24 01 45

Administrativ og juridisk
avdeling

Saksbehandler
Johan Henrik Bjørge
22 24 66 69

JDnorsk

Videre vil Justisdepartementet være omfattet som "oppdragsgiver" etter forskriftens § 1 nr 2. Justisdepartementet er en oppdragsgiver nevnt i vedlegg 1 til WTO avtalen om offentlige innkjøp, noe som innebærer at forskriften kommer til anvendelse dersom kontrakten har en anslått verdi på 1,0 millioner kroner eller mer, se § 5 nr 1. Det er gitt særskilte regler i § 5 for hvordan verdien skal beregnes. Forutsatt at kontraktsverdien overstiger nevnte kontraktsverdi, blir spørsmålet følgelig om det foreligger hjemmel til å gjøre unntak fra regelverket.

Når det vises til kontrakter ovenfor, ligger det en forutsetning at utførelsen av oppgaven reguleres gjennom "en gjensidig bebyrdende kontrakt" og at det ikke kun dreier seg om en overføring av oppgaver til en underliggende etat eller selskap. Skulle forholdet være å regne som en intern arbeidsorganisering av en offentlig oppgave, kan forholdet vurderes som utførelse i "egenregi" og anskaffelsesreglene kommer ikke til anvendelse. Egenregi er omtalt ytterligere nedenfor.

1. TJENESTEFORSKRIFTEN § 4 NR 3 - UNNTAK

Tjenesteforskriften kommer "ikke anvendelse på kontrakter om offentlige tjenestekjøp som tildeles et organ som selv er en offentlig oppdragsgiver som definert i § 1 nr. 2, med hjemmel i en enerett organet har i henhold til kunngjorte lover, forskrifter eller administrative vedtak, forutsatt at bestemmelsene er forenlige med EØS-avtalen."

Bestemmelsen er en implementering av art 6 i Tjenestedirektivet, som lyder:

"This Directive shall not apply to public service contracts awarded to an entity which is itself a contracting authority within the meaning of Article 1 (b) on the basis of an exclusive right which it enjoys pursuant to a published law, regulation or administrative provision which is compatible with the Treaty."

Sue Arrowsmith, s 157-158, uttrykker at art 6 supplerer unntaket for tjenester i egenregi, og at bestemmelsen er ment å omfatte "where the services is provided through the government itself, but by a different contracting authority". Forvaltningen av Grunnboken er i utgangspunktet et statlig ansvar som følger av tinglysningsloven. Ansvaret er videre organisert under Justisdepartementet.

Spørsmålene blir da om NE har en enerett iht til administrative vedtak å utføre utviklingen av nytt tinglysningsystem og om NE er et offentligrettslig organ. Spørsmålet om enerett til å utføre oppgaven (tjenesten) vil bli behandlet først.

1.1 Enerett til å utføre tjenesten

Ved stiftelsen av Tinglysningsdata AS (nå Norsk Eiendomsinformasjon as) ble det opprettet en sentral database og serviceapparat for kundehenvendelser vedrørende Grunnboken. Formålet med opprettelsen var å modernisere og effektivisere tinglysningsapparatet, samt avlaste domstolene. I dag er NE, etter avtale med

Justisdepartementet, gitt enerett til salg av informasjon fra registeret mot å ” utføre oppgaver av samfunnsmessig betydning for å sikre drift, vedlikehold og systemutvikling av elektronisk Grunnbok”, jf vedlagte avtale av 1999 og NE's vedtekter. Avtalen er av femårs varighet og er blitt forlenget flere ganger, slik at NE har både et faktisk og rettelig monopol på dette området.

Ved at Justisdepartementet administrativt har fattet et vedtak om overføre oppgaver til et selskap som gis enerett til å selge opplysninger fra Grunnboken, synes det å ligge en administrativ beslutning om at NE skal ha en enerett, i forhold til kommersielle selskap, til også å drive og utvikle Grunnboken. Salg av opplysninger vil jo være det eneste som vil kunne motivere tilsvarende selskap til å drive og videreutvikle et tilsvarende register. Det vil imidlertid være Justisdepartementet som er nærmest å til å besvare om den nye oppgaven ligger innenfor den tiltenkte eneretten eller om utviklingen av et nytt system ikke er ment å ligge innenfor selskapets eksklusive rettighet.

For Næringsdepartementet er det dog noe uklart hva utviklingen av nytt tinglysnings-system konkret vil innebære. Hvis det forutsettes at utvikling av nytt tinglysnings-system hovedsakelig består i å utvikle en helt ny programvare til den elektroniske Grunnboken, etter spesifikasjoner gitt av justisdepartementet, antar departementet at det ikke har vært meningen å gi NE enerett på slike oppgaver. En slik oppgave vil først og fremst stille høye krav til den tekniske kompetanse, hvor det kan være viktig ha muligheten til å henvende seg til det kommersielle marked for å sikre tilstrekkelig høy kvalitet på tinglysningprogrammet. Dette kan være et argument mot at NE har en enerett for utførelsen av slike tjenester.

På en annen side synes det som at NE er ment å ha et eneansvar for kontinuerlig videreutvikling av Grunnboken og at utvikling av nytt tinglysningssystem innebærer oppgaver utover utvikling av ny programvare. Utvikling av nytt tinglysningssystem fremstår da som en tjeneste som er sterkt knyttet til den eneretten som NE har, samt at utviklingen av nytt system vil kreve betydelig medvirkning fra NE. Det synes derfor at det vil være i tråd med formålet bak bestemmelsen at et offentlig organ (JD) skal kunne ”kjøpe” tjenester som ut fra samfunnsmessig hensyn som er tillagt NE, og at likt med ”enerett” til å utføre ”tjenester” må også være når utførelsen av slike tjenester er helt eller til en vesentlig del avhengig av NEs medvirkning.

1.2 Norsk Eiendomsinformasjon – offentligrettslig organ?

Hvorvidt Norsk Eiendomsinformasjon er et offentligrettslig organ, jf forskriftens § 1 nr 2, beror på om følgende kumulative vilkår er oppfylt:

- organet (bedriften) er opprettet for å imøtekomme allmennhetens behov og ikke er av industriell eller forretningsmessig karakter
- det er et selvstendig subjekt
- det er finansiert av det offentlige eller underlagt offentlig kontroll

Generelt tar definisjonen sikte på å ramme organer som tradisjonelt ikke har operert i et konkurranseutsatt marked eller hvor organet ikke konkurrerer på tilsvarende vilkår som private, slik at det er en risiko for at anskaffelsesbeslutninger er påvirket av politiske målsetninger av ikke-kommersiell karakter. Dette underliggende hensyn kan tjene som rettesnor i vurderingen av de enkelte vilkår i bestemmelsen. Nedenfor vil det bli redegjort for kriteriene i bestemmelsen i forhold til selskapet som er gjenstand for vurdering .

- « opprettet for å imøtekomme allmennhetens behov og ikke er av industriell eller forretningsmessig karakter»

Allmennhetens behov i denne sammenheng kan noe grovt uttrykkes å sikte til behov som det normalt anser å tillegge samfunnet å ivareta, og som normalt ikke alene kan dekkes gjennom kommersiell drift. Som utgangspunkt vil dette gjelde skoler, fritidsordninger, opprettelse av infrastruktur, alminnelig helsetjeneste, forsvar, miljøvern, o.l.

Selskapets formål følger av vedtektene, hvor det kommer til uttrykk at virksomhetens formål skal være å ” utføre oppgaver av samfunnsmessig betydning for å sikre drift, vedlikehold og systemutvikling av Grunnboken”. Det fremkommer således klart at intensjonen med virksomhetene er å utøve en oppgave som i utgangspunktet er lagt til Staten. At ansvaret for forvaltning av Grunnboken (også autentisk elektronisk versjon) opprinnelig ligger til staten å utøve, skyldes viktigheten av en troverdig Grunnbok og at dennes troverdighet er av betydning for stabiliteten i samfunnsøkonomien. Formidling av informasjon fra Grunnboken anses som videre som offentlig informasjon, herunder at det stilles krav til nøytralitet og tilgjengelighet til informasjonen. Selskapets formål anses derfor å oppfylle ovennevnte krav om ” opprettet for å imøtekomme allmennhetens behov”.

Spørsmålet blir således om driften er av forretningsmessig karakter. I begrepet ”forretningsmessig karakter” ligger det et krav til kommersiell drift. Et minstekrav til kommersiell drift er at selskapet har som målsetning å tjene penger på virksomhetens aktiviteter. Ut fra de opplysninger som foreligger skal selskapet gjennom salg av opplysninger fra Grunnboken og GAB være selvfinansierende. Bakgrunnen for selskapet er imidlertid ikke at Staten gjennom dens aktiviteter skal tjene penger, men organisere formidling av statlig eiendomsinformasjon på en nøytral, effektiv og sikker måte. Det vises her til Justisdepartementets brev at selskapets produkter må tilpasses statens generelle informasjonspolitikk mht teknisk utforming, pris, tilgjengelighet, hvilket innebærer at selskapet ikke bare kan ”ta forretningsmessige forhold ved utvikling av sine produkter”.

Det vises videre til en dom av EU-domstolen, Case C-260 /96 BFT Holding BV saken, hvor Generaladvokatens innstilling til avgjørelse uttrykker at virksomhetens drift er industriell og kommersiell når virksomheten konkurrerer på like vilkår som resten av markedet.

Sentralt i en slik vurdering er selskapets monopol på å selge statlig informasjon av denne art, samt selskapets reelle driftsrisiko. Avtalen om enerett til salg av eiendomsinformasjon gjør at selskapet står i en klar særstilling i forhold andre kommersielle bedrifter. Tilsvarende virksomheter vil, pga eneretten, ikke kunne tilby denne typen eiendomsinformasjon til tross for at det eksisterer et betydelig kommersielt marked for disse opplysningene. I tillegg vises til at selskapet ikke betaler for den bruk selskapet gjør av domstolens opplysninger om grunnboken, i motsetning til hva kommersielle virksomheter vil måtte gjøre.

Det vises også til at Stortinget i 1992 grep inn med en ekstraordinær gjeldsovertagelse av selskapets forpliktelser (270mill.). Selv om dette forholdet kan anses som et enkeltstående tilfelle, er dette likevel et inngrep som setter virksomheten i en særstilling og understreker at virksomhetens driftsrisiko er lavere enn ved ordinær drift.

Det fremgår derfor relativt klart ovenfor at virksomheten drives ut fra den betydelige offentlige særavtaler og at risikoen ved driften er vesentlig mindre enn ved "tilsvarende virksomheter". Virksomheten kan derfor ikke sies å ha en forretningsmessig karakter i forskriftens forstand.

- *«selvstendig subjekt»*

Selskapet er et aksjeselskap, og oppfyller følgelig kriteriet « selvstendig subjekt»

- *Offentlig finansiert/kontrollert*

Bestemmelsen forutsetter at organets beslutninger kan påvirkes av offentlige myndigheter gjennom organisatoriske eller økonomisk veier. Selskapet er 100 prosent eiet av Staten og kan påvirke selskapet gjennom organisatoriske beslutninger.

Ut fra den informasjon som foreligger synes Norsk Eiendomsinformasjon AS å være et offentligrettslig organ.

2. EGENREGI - UNNTAK

Forskriften kommer som nevnt innledningsvis, heller ikke, til anvendelse dersom forholdet anses som egenregi. Egenregi anses å foreligge når staten benytter sine egne organ til å utføre de tjenester som staten skal utføre for publikum eller seg selv. I forholdet til anskaffelsesregelverket, anses det da å ikke foreligge en "gjensidig bebyrdende kontrakt" mellom to selvstendig parter. Dette er en akseptert betraktning når det utførende organ eller avdeling er en del av den "anskaffende" etat. Men det kan argumenteres for at denne betraktningen også må gjelde i tilfeller hvor tjenesteproduksjonen er skilt ut fra den statlige administrasjonen som et eget rettssubjekt, hvor 100 prosent er eiet av staten og hvor levering i hovedsak skjer til staten. Begrunnelsen er at det offentlige (her staten) skal kunne stå fritt til organisere sin virksomhet ut fra rasjonelle, økonomisk og administrative hensyn og velge f.eks selskapsformen når

denne er hensiktsmessig, uten at dette skal fremtvinge at oppgaver som tidligere ble utført i egenregi må konkurranseutsettes. Samme synspunkt kan ikke gjøres gjeldende når virksomheten skilles ut som egen virksomhet og driver i konkurranse med andre, da en direkte tildelingen av kontrakter vil kunne innebære en forfordeling av konkurrerende virksomheter.

Når det gjelder spørsmålet om tildeling av oppdrag til Norsk Eiendomsinformasjon AS (NE) kan anses som egenregi, vil det sentrale spørsmål være om NE leverer hovedsakelig til staten eller om NE også betjener andre markeder. En slik vurdering må omfatte hele driften til NE.

Med hilsen

Pål Hellesylt (e.f.)
avdelingsdirektør

Johan Henrik Bjørge
førstekonsulent

KOPI

Advokatfirmaet Ræder, Wisløff, Aasland & Co. ANS
Att.: Advokat Odd Wisløff
Postboks 2873 Solli
0230 OSLO

Deres ref	Vår ref (bes oppgitt ved svar)	Dato
	98/4424 AJ OSA JHB/gmo	21.05.99

Lovisenberg Diakonale Sykehus Menighetssøsterhjemmet - Diakonissehuset AS (Lovisenberg sykehus) – forholdet til lov om offentlige anskaffelser

Vi viser til Deres brev datert 23 oktober 1998 hvor De ber om en vurdering av om nevnte sykehusselskap skal anses som oppdragsgiver i henhold til Bygge- og anleggsforskriften § 1 nr 2 og Tjenesteforskriften § 1 nr 2. Tilsvarende ber De om en vurdering om Eiendomsselskapet som eies av Sykehusselskapet, er å regne som oppdragsgiver etter de samme forskriftene.

Departementet er enig i at dette beror på om virksomheten omfattes av begrepet «offentligrettslig organ» i forskriftenes §§ 1 nr 2.

Nedenfor vil begrepet bli behandlet i relasjon til Bygge- og anleggsforskriften, men begrepets innhold vil stille seg likt for anskaffelser foretatt etter «Tjenesteforskriften» og «Vareforskriften».

1. KRITERIENE FOR HVA SOM ER ET OFFENTLIGRETTSLIG ORGAN

Sykehusselskapet og Eiendomsselskapet er omfattet av forskriften dersom følgende kumulative vilkår er oppfylt:

- organet (bedriften) er opprettet for å imøtekomme allmennhetens behov og ikke er av industriell eller forretningsmessig karakter
- det er et selvstendig subjekt
- det er finansiert av det offentlige eller underlagt offentlig kontroll

Generelt tar definisjonen sikte på å ramme organer som tradisjonelt ikke har operert i

Postadresse: Postboks 8014 Dep 0030 Oslo sub Lovisenberg4	Kontoradresse: Einar Gerhardsens plass 1 Org. nr.: 972 417 890	Telefon - sentralbord: 22 24 90 90 / 22 24 01 41 Telefaks: 22 24 01 45	Administrativ og juridisk avdeling	Saksbehandler. Johan Henrik Bjørge 22 24 66 68
--	---	---	---------------------------------------	--

et konkurranseutsatt marked eller hvor organet ikke konkurrerer på tilsvarende vilkår som private, slik at det er en risiko for at anskaffelsesbeslutninger er påvirket av politiske målsetninger av ikke-kommersiell karakter. Dette underliggende hensyn kan tjene som rettesnor i vurderingen av de enkelte vilkår i bestemmelsen. Nedenfor vil det bli redegjort for kriteriene i bestemmelsen i forhold til de to selskapene som er gjenstand for vurdering .

2. SPØRSMÅLET OM SYKEHUSSELSKAPET ER ET OFFENTLIGRETTSLIG ORGAN»

2.1 « opprettet for å imøtekomme allmennhetens behov og ikke er av industriell eller forretningsmessig karakter»

Allmennhetens behov i denne sammenheng kan noe grovt uttrykkes å sikte til behov som det normalt anser å tillegge samfunnet å ivareta, og som normalt ikke alene kan dekkes gjennom kommersiell drift. Som utgangspunkt vil dette gjelde skoler, fritidsordninger, opprettelse av infrastruktur, alminnelig helsetjeneste, forsvar, miljøvern, o.l.

Sykehusselskapet, som eies av to private stiftelser, er opprettet for å dekke behovet for alminnelige helsetjenester. Sykehuset har, etter avtale med kommunen, et regionansvar på lik linje med offentlige sykehus. Dette innebærer bl a at sykehuset er forpliktet til å ta imot pasienter innenfor et visst geografisk området som en del av det alminnelige helsetilbudet. Sykehusselskapets formål må derfor anses omfattet av begrepet "allmennhetens behov".

Spørsmålet blir således om driften er av forretningsmessig karakter. I begrepet "forretningsmessig karakter" ligger det et krav til kommersiell drift. Et minstekrav til kommersiell drift er at selskapet har som målsetning å tjene penger på virksomhetens aktiviteter. I dette tilfellet har Sykehusselskapet i følge vedtektene "ikke erverv til formål og skal opphøre ved opphør av sykehusdriften».

Det vises videre til en dom av EU-domstolen, Case C-260 /96 BFT Holding BV saken, hvor Generaladvokatens innstilling til avgjørelse uttrykker at virksomhetens drift er industriell og kommersiell når virksomheten konkurrerer på like vilkår som resten av markedet. Når det gjelder Lovisenberg Diakonale sykehus så tilbyr ikke sykehuset sine tjenester i konkurranse med andre sykehus, men får overført fra Oslo Kommune et rammetilskudd som hovedsakelig dekker driften.

Det fremgår derfor relativt klar ovenfor at virksomheten drives ut fra den betydelige offentlige støtten og at den ikke i særlig grad har noe kommersiell potensiale. I så måte er driften ikke ulik offentlig sykehus og driften kan vanskelig sies å ha en forretningsmessig karakter.

2.2 «selvstendig subjekt»

Selskapet er et aksjeselskap, og oppfyller følgende kriteriet « selvstendig subjekt»

2.3 Offentlig finansiert/kontrollert

Bestemmelsen forutsetter at organets beslutninger kan påvirkes av offentlige myndigheter gjennom organisatoriske eller økonomisk veier. I dette tilfellet er selskapet privat eiet og ingen fra det offentlige er representert i selskapets styre, slik at det offentlige ikke har organisatorisk innflytelse. Det vil derfor være spørsmål om organet i hovedsak er ” finansiert av det offentlige”.

Ut fra den informasjonen som foreligger, dekker sykehuset hovedsakelig sine utgifter gjennom et rammebudsjett som vedtas av Oslo Kommune. Budsjettet vedtas på tilsvarende måte som for de offentlige sykehusene pga at sykehuset har en rolle i Oslo kommunes ansvar for helsetjenester i regionen. Det er videre minimalt av inntektene som stammer fra egenandeler eller direkte fra pasientene. Sykehuset er derfor helt avhengig av det faste rammetilskuddet til sykehusdriften, selv om det også normalt kan motta innsats styrt tilskudd, jf ovenfor.

Basert på de ovennevnte vurderinger må Sykehusselskapet ansees som hovedsakelig finansiert av det offentlige.

2.4 Konklusjon:

Ut fra den informasjonen som foreligger, synes Sykehusselskapet å være et offentligrettslig organ.

3. SPØRSMÅLET OM LOVISENBERG DIAKONALE SYKEHUS EIENDOMSSELSKAP AS ER ET OFFENTLIGRETSLIG ORGAN

I utgangspunktet må en slik vurdering foretas etter en konkret vurdering av det enkelte selskap og ikke som en følge av at annet selskap oppfyller vilkårene. I dette tilfellet vil imidlertid eiendomsselskapets nære tilknytningen til Sykehusselskapet føre til et delvis felles vurderingsgrunnlag.

Det vises til at selskapets profil og oppgaver synes ikke å være helt klarlagt, og at Nærings- og handelsdepartementets vurdering av dette selskapets status i relasjon til anskaffelsesregelverket må sees i lys av dette En endring av premisene for driften av dette selskapet vil også kunne endre den veiledende konklusjon som gis av departementet nedenunder.

3.1 « opprettet for å imøtekomme allmennhetens behov og ikke er av industriell eller forretningsmessig karakter»

I vedtektene oppgis formålet å være ”prosjektering, oppføring og drift av fast eiendom, samt hva som står i forbindelse med dette». Selskapet eies 100% av Sykehusselskapet.

Selskapet har en relativt åpen formulert formålsparagraf i vedtektene, men det er ikke tvilsomt at selskapet primært er opprettet for å tilrettelegge den virksomhet som utøves av sykehusselskapet. Det fremkommer av opplysningene at Eiendomsselskapets primære oppgave er å skaffe til veie ytterligere lokaler til Sykehusselskapets virksomhet i forbindelse med utøvelse av offentlig helsetjeneste. Det vises bl a til at virksomheten tar sikte på en delvis statlig finansiering av bygget, noe som betinger at bygningsmassen brukes til offentlige helseoppgaver. I dette tilfellet vil dette skje ved at bygget i all hovedsak leies ut til Sykehusselskapet som driver slik virksomhet.

Det er her også relevant at det opplyses at Sykehusselskapet ikke har planer om å dekke det "private helsemarkedet" da dette vil være i strid med Sykehusselskapets intensjoner. Det er derfor nærliggende å legge til grunn at Sykehusselskapet i egenskap som eier av Eiendomsselskapet også utøver virksomheten av dette selskapet, i samsvar med formålet med hovedvirksomheten.

Spørsmålet vil så være om virksomheten er av "forretningsmessig karakter" i forskriftens forstand. Det er her være av betydning om selskapet konkurrerer på like linje med tilsvarende virksomheter, samt innehar den reelle driftsrisikoen. Det vises her til Kommisjonens veiledning til Direktiv 93/37/EØF at virksomhetens konkurransetilstand ovenfor tilsvarende private foretak på området, er relevant når man skal vurdere om virksomheten er av "forretningsmessig karakter". Tilsvarende vises til nevnte dom av EU-domstolen, hvor Generaladvokatens innstilling til avgjørelse uttrykker at virksomhetens drift er industriell og kommersiell når virksomheten konkurrerer på like vilkår som resten av markedet.

Det opplyses at bygging av lokalene er betinget av en kontrakt med Sykehusselskapet som innebærer en forhåndsutleie av hoveddelen av lokalene som skal dekke avskrivninger, finanskostnader og øvrige kostnader ved driften av lokalene. En slik avtale er igjen avhengig av driftsavtale mellom Oslo kommune og Sykehusselskapet. Det er her nærliggende å legge til grunn at en slik driftsavtale i hovedsak må baseres på kostnadene ved å drive bygget og at kommunen juster avtalen ved endrede kostnader. Dette innebærer at leien av lokalene ikke nødvendigvis baseres på markedsleie og at en del av driftsrisikoen ledes over på kommunen.

Det er også opplyst at Eiendomsselskapet ikke har mulighet til å basere seg på en privatfinansiering, noe som bekrefter at selskapet er nært knyttet til det kommunale budsjett, samt "leieinntekter" over det kommunale budsjett via Sykehusselskapet. I tillegg vises det også til at Eiendomsselskapet vil "nyte godt" av den tomteavtale som Diakonissehuset har med Oslo kommune. Denne avtalen ble til som følge av at Oslo kommune stilte som vilkår at Sykehusselskapet skal leie tomtegrunnen for en symbolsk sum, som et alternativ til nedleggelse av Meighetssøsterhjemmet og Lovisenberg Diakonale Sykehus.

På bakgrunn av det ovennevnte kan det sluttet at Eiendomsselskapet hovedsakelig er "opprettet for å imøtekomme allmennhetens behov, og ikke er av industriell og forretningsmessig karakter".

3.2 «selvstendig subjekt»

Selskapet er et aksjeselskap, og oppfyller følgende kriteriet « selvstendig subjekt»

3.3 «i hovedsak finansiert av det offentlige m.v»

Det vises her til det som er sagt under punkt 2.3 om innholdet av kriteriet. Det følger av kriteriet at kravet er oppfylt hvor organet har et "ledelsesorgan.. der over halvparten av medlemmene er oppnevnt av ...andre offentligrettslige organer". Eiendomsselskapet er som nevnt eiet av Sykehusselskapet og er som følge av sykehusselskapets eierposisjon underlagt selskapets organisatoriske kontroll. Siden Sykehusselskaper er å anses som offentligrettslig organ er dette tilstrekkelig for at kriteriet anses oppfylt.

I tillegg vil Eiendomsselskapets inntjening i hovedsak komme fra utleieinntekter av lokaler til sykehusselskapet, samt mindre inntekter fra private forretninger som leier lokaler tilknyttet sykehuset. Det er essensielt i denne sammenheng at Sykehusselskapet i all hovedsak er finansiert over offentlige budsjett. Når sykehusselskapet organiserer driften av nye eiendommer gjennom å skille ut denne eiendomsmassen i et eget selskap - hvor Sykehusselskapet er tilnærmet 90 % leietaker - vil tilsvarende synspunkter som ble gjort gjeldende ovenfor for Sykehusselskapet også gjelde for Eiendomsselskapet. Det vil derfor i dette tilfellet være riktig å se Eiendomsselskapets leieinntekter i sammenheng med rammetilskuddene fra det offentlige og at selskapet av den grunn er " i hovedsak finansiert av det offentlige.

3.4 Konklusjon:

Eiendomsselskapet synes ut fra foreliggende opplysninger å være et offentligrettslig organ.

Det vises til slutt til at våre vurderinger er basert på de opplysninger som er oversendt oss og at dersom eiendomsselskapets drift fraviker det som er blitt lagt til grunn overfor, vil dette også kunne være av betydning for helhetsvurderingen .

Med hilsen

Pål Hellesylt (e.f.)
avdelingsdirektør

Johan Henrik Bjørge
førstekonsulent

KOP I ^{AK}**DET KONGELIGE
NÆRINGS- OG HANDELSDEPARTEMENT**

Telenor AS
V/Trym F. Johansson
Postboks 6701 St Olavs pl
0130 Oslo

Deres ref.

Vår ref (bes oppgitt ved svar)

Dato

NHD 97/5197 AJ OSA irm/TLØ

21.1.1998

TELENOR AS - FORHOLDET TIL FORSYNINGSSEKTORFORSKRIFTEN

Vi viser til brev av 14 november 1997 hvor det bes om at Nærings- og handelsdepartementet vurderer hvordan Telenor skal forholde seg til regelverket om offentlige anskaffelser - forsyningssektorforskriften - etter at telemonopolet nå er opphevet fra 1 januar 1998.

Departementet beklager at det har tatt såvidt lang tid å besvare Deres brev.

Problemstillingen synes å ha to innfallsvinkler. For det første kan det stilles spørsmål ved om virksomheter innen telekommunikasjonssektoren, nå etter at telemonopolet er opphevet, fremdeles skal være omfattet av regelverket. For det annet er spørsmålet om denne type anskaffelser vil være unntatt med hjemmel i forsyningssektordirektivet artikkel 8 og tilsvarende forsyningssektorforskriften § 11 nr 3. Førstnevnte problemstilling synes på det nåværende tidspunkt å være uavklart. Departementet ønsker imidlertid å knytte noen kommentarer til sistnevnte problemstilling.

Departementet vil innledningsvis gjøre oppmerksom på at temaet er gjenstand for diskusjon og vurdering internt i EU og i EØS. Det er foreløpig ikke tatt stilling til problemstillingene, men det er ventet at Kommisjonen vil gi klarere signaler om spørsmålet i første halvdel av 1998.

Det følger av de ovennevnte bestemmelser at berørte oppdragsgivere kan unnta kontrakter som tildeles i forbindelse med anskaffelser som utelukkende skal gjøre det mulig for ham å yte én eller flere teletjenester, dersom andre foretak har adgang til å tilby de samme tjenestene i det samme geografiske området og på vilkår som i hovedsak er like.

I en sak for EF-domstolen (Sak 392/93, ECR I-1631), hvor British Telecommunication hadde saksøkt det engelske finansdepartementet for feil implementering og hvor den engelske domstolen (High Court of Justice) ba om en prejudisiell avgjørelse fra EF-domstolen, ble dette spørsmålet behandlet.

Saken gjelder bl a spørsmålet om i hvilken grad det engelske finansdepartementet hadde implementert forsyningssektordirektivet korrekt. British Telecommunications (BT) hevdet at det

Postadresse	Kontoradresse	Telefon, sentralbord:	Administrativ og juridisk avdeling	Saksbehandler
Postboks 8014 Dep 0030 Oslo	Einar Gerhardsens plass 1	22 24 90 90	Telefaks 22 24 95 25	Inger Roil-Matthiesen Telefon. 22 24 66 86

ikke var opp til britiske myndigheter å bestemme hvilke tjenester og hvilke oppdragsgivere som kunne utelates fra direktivets anvendelsesområde. Dette fikk de medhold i. Domstolen fastslo at det er opp til de berørte oppdragsgivere selv å fastslå i hvilken grad tjenesten som det eventuelt skal anskaffes til er unntatt fra direktivets anvendelsesområde fordi den er eksponert for konkurranse. Domstolen synes å ha lagt vekt på både formelle og reelle aspekter i denne sammenheng.

Spørsmålet er derfor om Telenor formelt og reelt er utsatt for konkurranse og således om andre aktører har adgang til å tilby de samme tjenestene i det samme geografiske området og på vilkår som i hovedsak er like.

Det fremgår av ovennevnte avgjørelse at dette må vurderes konkret. Dette innebærer at Telenor selv må se på de ulike tjenesteområdene innen konsernet. Dersom Telenor mener å kunne dokumentere at også andre aktører både rettslig og reelt kan konkurrere innenfor utøvelsen av den aktuelle tjeneste, kan anskaffelsen unntas fra prosedyrereguleringen. Rettspraksis på konkurranseområdet og uttalelser fra Kommisjonen indikerer at potensiell konkurranse vil kunne være tilstrekkelig. Dette vil f.eks. være tilfellet hvor det rent faktisk ikke er flere aktører i markedet, men hvor alle legale begrensninger for nye aktører er fjernet.

Det følger av ovennevnte avgjørelse at det i vurderingen må legges vekt på ulike konkurransefaktorer, så som eksistensen av alternative tjenester, pris, om oppdragsgiver innehar en dominerende stilling i markedet og eventuelle andre rettslige plikter. Etter hvert som liberaliseringen av sektoren nå går sin gang og markedet formelt og reelt åpnes for andre aktører, taler mye for at vilkåret vil være oppfylt.

Departementet håper de foregående momenter vil kunne være av veiledende art. Dersom det skulle være nødvendig med ytterligere bistand, muntlig eller skriftlig, ber vi om at det tas kontakt.

Vi vil avslutningsvis nevne at de problemstillinger som er søkt belyst i herværende brev vil bli fulgt opp av departementet overfor Kommisjonen og EFTAs overvåkingsorgan og så snart det foreligger noe konkret vil dette bli formidlet til Telenor.

Med hilsen

Asta Tjølsen e f

Inger Roll-Matthiesen



KOPI

DET KONGELIGE NÆRINGS- OG HANDELSDEPARTEMENT

KONTOR: GRUBBEGATA 8 - TLF. 22 24 90 90 - TELEFAX 22 24 95 25

POSTADRESSE: POSTBOKS 8014 DEP., 0030 OSLO

Statens Vegvesen
Vegdirektoratet
Att: Harald Håkonsen
Postboks 8142 Dep
0033 OSLO

Deres ref	Vår ref. (bes oppgitt ved svar)	Dato
97/1652-1 JUR	NHD 97/1589- AJ JU UT/ANR	17.04.1997

RIKSVEIFERJEDRIFT OG FORHOLDET TIL EØS-REGELVERK

Vi viser til Deres brev av 6 mars 1997 vedrørende ovennevnte. Spørsmålet som blir reist er om private fergeselskaper som driver på bakgrunn av konsesjon gitt av offentlige myndigheter er omfattet av EØS-regelverket for offentlige anskaffelser.

1. Spørsmålet om hvorvidt private fergeselskaper er omfattet av forsyningsforskriften

Det følger av forsyningsforskriften § 4 hvilke virksomhetsområder som er omfattet av forskriften. Dette omfatter bl a landbasert rutetransport, men ikke sjø- eller kysttransport. Følgelig er oppdragsgivere innen sjø- eller kysttransport ikke omfattet av forsyningsforskriften.

2. Spørsmålet om hvorvidt private fergeselskaper er omfattet av vare- eller tjenesteforskriften.

Hvilke oppdragsgivere som er omfattet av regelverket er regulert i forskriftenes likelydende § 1 nr 2. I tillegg til statlige-, kommunale- og fylkeskommunale organer, er såkalte "offentligrettslige organer" forpliktet til å følge fremgangsmåten i vare- og tjenesteforskriften. Det foreligger et offentligrettslig organ dersom følgende kumulative vilkår er oppfylt:

- Organet er opprettet for å imøtekomme allmennhetens behov og er ikke av industriell eller forretningsmessig karakter,
- det er et selvstendig rettssubjekt og
- det er finansiert av det offentlige eller underlagt offentlig kontroll.

Private fergeselskaper vil gjennomgående være selvstendige rettssubjekter.

Med "allmennhetens behov" tas det sikte på aktiviteter som er av en slik karakter at det anses å være en samfunnsoppgave å utføre dem. Et privat fergeselskap som trafikkerer en konsesjonsbelagt strekning dekker åpenbart et viktig behov for allmennheten og er av stor betydning for landets infrastruktur. Driften vil imidlertid gjennomgående være forretningsmessig og konsesjonen vil som hovedregel være vunnet i konkurranse med andre. Privat ferge drift vil derfor gjennomgående måtte sies å være av forretningsmessig karakter.

Videre er det et vilkår for at et organ skal være omfattet av regelverket at det er underlagt offentlig kontroll og finansiering. Det opplyses om at det offentlige er tungt inne i de private rettsforhold, både i konsesjons- og tilskuddssammenheng, samt at nybygg i forbindelse med ferge drift krever offentlig godkjenning. At det offentlige gir konsesjoner og tillatelser er ikke tilstrekkelig til at organet kan sies å være underlagt offentlig kontroll. Det må kreves en reell innflytelse på driften eller at halvparten av medlemmene i styrende organer er oppnevnt av det offentlige.

Videre vil ikke enkelte tilskudd eller lånegarantier være tilstrekkelig til å si at organet for det meste er finansiert av det offentlige, dersom dette beløper seg til under halvparten av finansieringen. Det må imidlertid vurderes i det enkelte tilfelle hvorvidt man kan si at organet for det meste er finansiert av det offentlige.

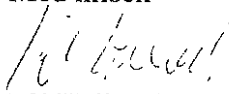
Hvorvidt et organ kan sies å være et offentligrettslig organ må bero på en helhetsvurdering. På bakgrunn av det ovennevnte anser departementet at private fergeselskaper som hovedregel ikke er offentligrettslige organer og derfor ikke vil være omfattet av vare- eller tjenesteforskriften.

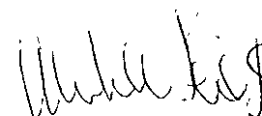
3. Regelverkets rekkevidde

§ 3 nr 3 i tjenesteforskriften viser til at offentlige organers kjøp av tjenester som gjelder "transport på vannvei", noe som inkluderer kjøp av fergetjenester, er omfattet av regelverkets §§ 9 og 13 nr 2 om tekniske spesifikasjoner og kunngjøring av tildelt kontrakt. Ved vurderingen av om en kontrakt er omfattet av disse bestemmelsene er det den anslåtte verdien av kontrakten med fergeselskapet som skal legges til grunn, jf tjenesteforskriften § 5.

Sett på bakgrunn av at private fergeselskaper som hovedregel må anses ikke å være omfattet av regelverket, finner vi det ikke nødvendig å gå ytterligere inn på regelverkets rekkevidde.

Med hilsen


Pål Hellesylt e f


Ulrikke Teige



1996

DET KONGELIGE NÆRINGS- OG HANDELSDEPARTEMENT

KONTOR GRUBBEGATA 8 - TLF 22 24 90 90 - TELEFAX 22 24 95 25

POSTADRESSE POSTBOKS 8014 DEP., 0030 OSLO

Buskerud fylkeskommune
Fylkesrådmannen
3020 Drammen

Deres ref
4831/96 BS/vwn

Vår ref. (bes oppgitt ved svar)
NHD 97/259- AJ JU UT/ANR

Dato
10.01.97

SPØRSMÅL VEDRØRENDE REGELVERKET FOR OFFENTLIGE ANSKAFFELSER'S EVENTUELLE ANVENDELSE VED LEIE AV LOKALER FOR NY PSYKIATRISK AVDELING I DRAMMEN

Vi viser til Deres brev datert 16 desember 1996 samt telefonsamtale med Bjarne Stabæk 23 desember 1996.

Det er i forespørselen bedt om Nærings- og handelsdepartementets vurdering av utkastet til kontrakt om leie av ikke oppført nybygg på kommunens eiendom. Spørsmålet er hvorvidt Buskerud fylkeskommune kan inngå leiekontrakt med Veidekke ASA uten at dette kommer i strid med EØS-regelverket for offentlige anskaffelser.

1 Bygge- og anleggsforskriftens anvendelse

Bygge- og anleggsforskriftens (forskrift om tildeling av offentlige bygge- og anleggskontrakter av 4 desember 1992) § 1 nr 1 definerer hva som menes med en offentlig bygge- og anleggskontrakt: "*gjensidig bebyrdende kontrakter som inngås skriftlig mellom en entreprenør og [offentlig] oppdragsgiver....som omhandler enten utførelse, eller både utførelse og planlegging av arbeider i forbindelse med aktiviteter som er angitt i § 43 [dvs blant annet oppføring av bygg]...eller oppføring av et hvilket som helst bygg som oppfyller de krav som er satt av den offentlige oppdragsgiver.*"

Ordlyden i ovennevnte forskrift er ikke direkte anvendelig i et tilfelle som dette, da vi ikke står overfor en offentlig oppdragsgiver som inngår en skriftlig bygge- og anleggskontrakt med en entreprenør. I dette tilfellet inngås byggektrakten i etterkant av den private utleier. Buskerud fylkeskommune inngår i utgangspunktet en leiekontrakt av et ikke-oppført bygg

I de tilfeller hvor en privat utbygger finansierer og setter opp et bygg for å tilfredsstille de krav som offentlige leietakere stiller, oppstår spørsmålet om man i realiteten står overfor en offentlig bygge- og anleggskontrakt og ikke en leiekontrakt som forholdet gir inntrykk av utad. Omgåelseshensyn tilsier at bygge- og anleggsforskriften i så tilfelle må komme til anvendelse.

Forskriften bygger på det grunnleggende synspunkt at offentlige oppdragsgivere skal foreta sine anskaffelser på den økonomisk mest fordelaktige måte, uavhengig av hvor i EØS-området leverandøren eller entreprenøren kommer fra. Disse hensyn søkes i størst mulig grad gjennomført ved anbudskonkurranser, basert på likeverdig konkurranse.

Anvendelsen av ovennevnte kontraktsform er utbredt innenfor de offentlige sektorer i ulike land. Det kan være flere grunner til at en slik løsning velges. Ordningen benyttes ofte for å gjøre det lettere å finansiere prosjektet. Det finnes imidlertid ikke et klart svar på når en slik kontrakt omfattes av bygge- og anleggsforskriften, da dette vil avhenge av en rekke forhold og må løses konkret for hvert enkelt tilfelle.

Problemstillingen har vært oppe i en rådgivende uttalelse avsagt av EU-domstolen 19 april 1994 (sak C-331/92). Saken gjaldt en kontrakt tildelt en offentlig oppdragsgiver i Spania om drift av et kasino, forutsatt at den private utbygger av kasinoet skulle sørge for å pusse opp de offentlig eide bygningsmasser for et beløp over bygge- og anleggsdirektivets terskelverdier. Selve oppussingen skulle så settes bort, av vedkommende som fikk kontrakten, til en tredjemand. Kontrakten var ikke kunngjort i henhold til bygge- og anleggsdirektivet. EF-domstolen fikk av den spanske domstolen spørsmål om hvorvidt dette var en bygg- og anleggskontrakt. Domstolen tok utgangspunkt i kontraktens enkelte bestanddeler og formål. I sin vurdering kom domstolen til at formålet med kontrakten var drift av kasino, og at byggearbeidene var av sekundær karakter, slik at man ikke sto overfor en bygge- og anleggskontrakt. De så da særlig på i hvilken grad oppussingen av bygget var styrt gjennom kontrakten. Kontrakten spesifiserte kun rammene for oppussingen, ved at hotellet skulle oppgraderes til ett 5 stjernes hotell. Hvordan dette var tenkt gjort, budsjettene for dette samt hvor lang tid dette ville ta var ikke regulert. Følgelig hadde ikke oppdragsgiver de påvirkningsmuligheter på det endelige resultat som en oppdragsgiver normalt vil ha ved en bygge- og anleggskontrakt.

Etter departementets oppfatning tilsier ovennevnte uttalelse fra EU-domstolen at det aktuelle spørsmål må bero på en sammensatt helhetsvurdering der man ser på formålet med kontrakten og om formålet gjenspeiles i kontraktens enkelte bestemmelser. Utifra dette må man foreta en klassifisering av kontrakten. Kommer man til at leiekontrakten har så store likheter med en bygge- og anleggskontrakt at det som skiller kontrakten fra en byggektrakt er at bygget finansieres ved en langsiktig leiekontrakt, taler omgåelsesbetraktninger for å klassifisere leiekontrakten som en bygge- og anleggskontrakt. Det motsatte bør

gjelde der kontrakten har så store likheter med en vanlig leiekontrakt, at oppføringen av bygget fremstår som mindre viktig.

Nedenfor følger en rekke vurderingstemaer som kun er ment å være av veiledende karakter, men som vil gi noen retningslinjer i den konkrete saken. Listen er ikke ment å være uttømmende.

1. Hvordan påvirker den offentlige leietaker byggeprosessen?

For eksempel vil påvirkning under byggeprosessen mht valg av entreprenør, rådgivende ingeniør, materiale, materialkvalitet, tekniske løsninger m v utover hva man naturlig ville hatt som leietaker under en ombyggingsprosess, tale i retning av en byggektrakt. Dersom man kun bestemmer rammene for byggeprosessen uten å spesifisere hvordan dette gjøres, budsjettene for dette samt hvor lang tid det vil ta, taler dette i retning av at det foreligger en leiekontrakt. Jo større påvirkningsmulighet den offentlige oppdragsgiver har, desto mer sannsynlig er det at man i realiteten står overfor en bygge- og anleggskontrakt.

2. Kan leietakers krav til bygget dekkes innenfor den tekniske og økonomiske rammen for ombygging av et eksisterende lokale - med andre ord hvor spesielt er det bygget som oppføres?

Dersom man kunne bygge om eksisterende lokaler slik at den offentlige etats krav tilfredsstilles via disse, taler det for at man fortsatt har med en leiekontrakt å gjøre, uavhengig av om det faktisk oppføres et nybygg. Stiller derimot den offentlige oppdragsgiver så spesielle krav til bygget at ombygging av bygninger ikke lar seg forsvare, vil alternativet være at leietakeren oppfører bygget selv. At en privat utbygger tilbyr seg å oppføre bygget, bør i disse tilfellene likestilles med en byggektrakt.

3. Hvor sterkt behov har den offentlige leietaker for lokalisering i et avgrenset geografisk område ?

Jo mindre det geografiske område for lokaliseringen er, jo mer reduseres mulighetene for konkurranse, noe som nettopp er hovedbegrunnelsen for tjenesteforskriftens unntak i § 4 nr 1 litra c for leie av eksisterende lokaler.

Dersom den offentlige leietaker selv eier tomten som bygget skal oppføres på trekker dette sterkt i retning at man i realiteten har å gjøre med en bygge- og anleggskontrakt.

4. Inneholder kontrakten kjøpsopsjoner, og eventuelt hvordan er disse utformet?

Hvis en kjøpsklausul som når som helst kan gjøres gjeldende til en angitt verdi, taler det i retning av at det dreier seg om en byggektrakt. Da vil det offentlige kunne få bygget oppført i henhold til egne spesifikasjoner, og så kort tid senere velge å gjøre bruk av opsjonen. Hvis kjøpsklausulen kun kan gjøres gjeldende i spesielt angitte tilfeller eller på slutten av en lang

utleieperiode trekker det i retning av å anse kontrakten som en ordinær leiekontrakt.

5. Hvor lang er leietiden?

For eksempel vil en kortvarig leiekontrakt (f.eks. godt innenfor normal avskrivningstid) kunne trekke i retning av en leiekontrakt. Her må det imidlertid også tas i betraktning om det foreligger en mulighet for utvidelse av leietiden.

6. Hvem har risikoen for byggekostnadene?

Dersom leiekostnadene fastsettes utfra de påløpte kostnader, vil den private byggherre ikke ha det samme incitament til å oppføre bygget på den økonomisk mest fordelaktige måte. Dette taler i retning av at man står overfor en byggekontrakt. Hvis derimot leiesummen er fastsatt på forhånd utifra hva bygget kalkuleres å koste, uavhengig av faktiske byggekostnader, vil byggherren ha en selvstendig interesse i å oppføre bygget så billig som mulig, hvilket taler for en leiekontrakt. Dersom det er inngått avtale om overføring av besparelser, taler dette for at det foreligger en byggekontrakt.

7. Hvordan er de forskjellige typer risikoer i byggeperioden fordelt mellom leier og utleier?

Dersom risikoen for mangler ved bygget, forsinkelse under byggingen, etterfølgende feil i stor grad er lagt til den private utbygger/eier, taler dette for at vi står overfor en vanlig leiekontrakt.

8. Hvordan er forskjellige typer risikoer fordelt i den påfølgende leieperiode?

Har leietaker risiko for så mange forhold at det er lite som skiller det å leie fra det å eie, eller har den offentlige leietaker kun risiko for hva som følger av en normal leiekontrakt?

9. Bygges bygget ene og alene for den offentlige leietakers bruk?

Dersom den private utbygger betinger seg rett til egne lokaler for egen bruk eller utleie til andre, vil også dette kunne påvirke vurderingen og peke i retning av en leiekontrakt. Hvorvidt den offentlige leietakers brukstid er begrenset til visse deler av døgnet vil også peke i retning av en leiekontrakt.

Hvorvidt Buskerud fylkeskommunes kontrakt med Eierselskapet Veidekke ASA er å betrakte som en leiekontrakt eller i realiteten en byggekontrakt, må avgjøres med utgangspunkt i det som er sagt ovenfor. Det er departementets syn at Buskerud fylkeskommune selv synes å være den nærmeste til å vurdere denne konkrete saken på bakgrunn av grundig kjennskap til sakens faktum.

Departementet vil likevel peke på at det ut fra de opplysninger vi har mottatt ser ut til å være flere momenter som trekker i retning at kontrakten har mer til felles

med en bygge- og anleggskontrakt enn med en leiekontrakt. Som eksempel kan nevnes det forhold at Buskerud fylkeskommune eier tomten som sykehuset skal bygges på og videre at bygget ser ut til å skulle bli oppført etter fylkeskommunens spesifikasjoner. Disse forhold kan tilsi at kontrakten må kunngjøres i EØS-området etter reglene i bygge- og anleggforskriften.

2 Tjenesteforskriftens anvendelse

Dersom Buskerud fylkeskommune finner ut at kontrakten likevel ikke er omfattet av bygge- og anleggforskriften, må det vurderes om kontrakten er en tjeneste som omfattes av tjenesteforskriften (forskrift om tildeling av kontrakter om offentlige tjenstekjøp av 1 juli 1994).

Det første spørsmål er om leiekontrakten er unntatt fra tjenesteforskriften anvendelsesområde jf § 4 nr 1 litra c: "*kontrakter om erverv eller leie, uten hensyn til finansieringsform, av jord, eksisterende bygninger eller annen fast eiendom, eller om rettigheter til slik eiendom. Kontrakter om finansielle tjenester, uten hensyn til form, inngått samtidig, før eller etter kontrakten om erverv eller leie, omfattes imidlertid av denne forskrift.*"

Tjenesteforskriften unntar kun leie av eksisterende bygninger, hvilket må bety at unntaket ikke vil få anvendelse på kontrakter om leie av ikke-oppførte bygninger. Begrunnelsen for unntaket er at kjøp og leie av fast eiendom i stor grad er avhengig av geografisk plassering, og derved i hovedsak knyttet til et lokalt marked som i liten grad berører grenseoverskridende handel. Forholdet til grenseoverskridende handel vil stille seg noe annerledes ved inngåelse av kontrakter om leie i bygninger som enda ikke er oppført.

På bakgrunn av dette er det departementets syn at kontrakter av ovennevnte art vil være omfattet av tjenesteforskriftens anvendelsesområde. Dette vil i så tilfelle være en uprioritert tjeneste i henhold til tjenesteforskriften § 3 nr 3 kategori 27 og må tildeles i samsvar med §§ 9 og 13 nr 2. Dette innebærer at man må anvende tjenesteforskriftens bestemmelser om tekniske spesifikasjoner samt kunngjøre resultatet av kontraktstildelingen i ettertid.

Dersom fylkeskommunen selv inngår avtale om elektrisitetsforsyning, rengjørings- og vaktmestertjenester som overstiger terskelverdiene i tjenesteforskriften, er fylkeskommunen forpliktet til å følge forskriftens bestemmelser. Dersom ovennevnte tjenester er inkludert i leieprisen, må disse antas å utgjøre en naturlig del av leiekontrakten og følge de regler som gjelder for denne i sin helhet.

Med hilsen

Pål Hellesyllt c f

UlrikkeTeige



KOPI

DET KONGELIGE NÆRINGS- OG ENERGIDEPARTEMENT

KONTOR: GRUBBEGATA 8 - TLF. 22 24 90 90 - TELEFAX 22 24 95 25/65
POSTADRESSE: POSTBOKS 8148 DEP., 0033 OSLO - TELEKS 21486 OEDEP N

Maskinentreprenørenes Forbund
Fred Olsensgt 3
0152 OSLO

Attn.: Adv Erling M Erstad

Deres ref
b0322001.emc

Vår ref. (bes oppgitt ved svar)
NOE 96/4779 AJ JU HH/JHS

Dato
07.10.1996

**STATENS VEGVESEN - HÅNDBOK 066: FORHOLDET TIL EØS-
REGELVERKET FOR OFFENTLIGE ANSKAFFELSER**

Vi viser til Deres brev datert 26. august 1996.

Det blir i brevet reist spørsmål om visse anbudsrutiner som følger av Statens vegvesens håndbok 066 - "Anbudsgrunnlag bygg- og anleggsarbeider" - er forenlig med EØS-regelverket for offentlige anskaffelser. Særlig gjelder dette reglene i håndbokens kapittel F om firmaopplysninger og timepriser.

1 Nærmere om firmakvalifisering i henhold til håndboken

Statens vegvesen har i kapittel F utarbeidet en rekke spørsmål for å vurdere om anbydere har det faglige, tekniske og økonomiske grunnlag som er nødvendig for å oppfylle kontrakten. Det blir understreket at dette er en ren firmavurdering som ikke knytter seg til "hva firmaet tilbyr i sitt tilbud".

De opplysninger det dreier seg om er:

- Firmaets erfaring fra tilsvarende arbeider
- Vegvesenets erfaringer med firmaet
- Bemanning- plan for gjennomføring
- Kvalitetssikringssystem/internkontrollsystem
- Firmaets omsetning
- Likviditet/soliditet
- Maskiner og utstyr
- Teknisk kompetanse
- CV for nøkkelpersonell
- Annet

Statens vegvesen vil foreta en skjønsmessig vurdering av opplysningene der det for hver post gis poeng fra 0 til 4, der 0 er det dårligste og 4 er det beste. Hensikten med poengvurderingen er ikke å rangere anbyderne, men å unngå at arbeider settes bort til firmaer som ikke har grunnlag for å gjennomføre kontraktene etter Statens vegvesens intensjoner. Dersom en av postene gir resultat 0, vil anbudet bli avvist. Likeledes vil et anbud bli avvist dersom gjennomsnittsverdien er lavere eller lik 1,5 poeng.

Er gjennomsnittsverdien på mellom 1,5 og 2,5 vil det medføre et påslag på anbudssummen som skal avspeile risiko for tilleggskostnader. Dette påslaget vil være på 10 % dersom gjennomsnittsverdien er mellom 1,5 og 2,0 poeng, eller 5 % dersom gjennomsnittsverdien er mellom 2,0 og 2,5 poeng. Et gjennomsnitt på over 2,5 poeng medfører ingen påslag på anbudssummen.

2 Departementets vurdering

Det er særlig tre forhold som det er reist spørsmål ved lovligheten av:

1. Statens vegvesens adgang til å gi påslag på anbudssummen på inntil 10 %.
2. Avvisning på grunn av manglende oppfyllelse av krav til omsetning.
3. Avvisning på grunn av manglende oppfyllelse av krav til likviditet/soliditet.

2.1 Adgangen til å avvise entreprenører

Forskrift om tildeling av offentlige bygge- og anleggskontrakter, fastsatt ved kgl res 4. desember 1992 (forskriften) kapittel IV inneholder bestemmelser for kvalifikasjon og utvelgelse av leverandører, og tildeling av kontrakt.

Ved utvelgelse av entreprenører kan oppdragsgiver stille krav til at disse har den finansielle og økonomiske kapasitet og de tekniske kvalifikasjoner som er nødvendig for å sikre at en kontrakt kan gjennomføres som forutsatt. Det følger av forskriften § 26 at egnetheten av entreprenører skal vurderes i samsvar med kriteriene for økonomisk, finansiell og teknisk kompetanse som nevnt i §§ 34 til 37. EF-domstolen har i *Beentjes-dommen* (sak 31/87) slått fast at oppdragsgiver *bare* har adgang til å stille krav som er relevant for å vurdere entreprenørens finansielle og økonomiske stilling og deres tekniske kvalifikasjoner, jf premiss 17.

De krav som oppdragsgiver stiller skal klart fremgå av anbudskunngjøringen eller invitasjonen. Entreprenører som ikke kan dokumentere at de oppfyller de fastsatte kravene kan avvises av oppdragsgiver. § 34 nr 1 og § 35 nr 1 gir i den forbindelse anvisning på hva slags dokumentasjon en entreprenør kan fremlegge for å dokumentere sin økonomiske og finansielle stilling samt tekniske kvalifikasjoner. § 34 angir ikke uttømmende hvilke former for dokumentasjon som kan kreves fremlagt for å dokumentere økonomisk, finansiell og teknisk kompetanse, jf bestemmelsens ordlyd "*kan normalt dokumentere*" og "*....andre referanser enn de som er*

nevnt i nr 1....". Dette er også slått uttrykkelig fast av EF-domstolen i *Bellini-dommen* (sak 27-29/86), jf premiss 10.

Hvilke kriterier som kan stilles for å vurdere entreprenørens økonomiske og finansielle stilling fremgår ikke uttrykkelig av forskriften. § 34 i forskriften gir imidlertid god veiledning. Når det f.eks i § 34 nr 1 bokstav c) fremgår at entreprenøren kan fremlegge en erklæring vedrørende foretakets totale omsetning, forutsetter dette at et krav til omsetning vil kunne være et relevant utvelgelseskriterium. Det må også være klart at oppdragsgiver vil kunne fastsette et krav til entreprenørens egenkapital og likviditet, jf § 34 nr 1 bokstav b) om fremleggelse av årsregnskap/utdrag fra balansen.

Det er i begge de ovennevnte dommene fastslått at det som utgangspunkt er opp til oppdragsgiver selv å fastsette nivået på entreprenørens økonomiske og finansielle kapasitet. Det ble i *Bellini-dommen* uttalt at

"bestemmelsens formål (bygge- og anleggsdirektivet artikkel 25, tilsv forskriften § 34. Dept anm) er nemlig ikke at begrense medlemsstatenes kompetanse til at fastsette nivået for de økonomiske og finansielle kvalifikasjoner, der forlanges ved kontrahering af de forskellige offentlige bygge- og anlægsarbejder, men derimot at fastsætte de bevisligheder eller bevismidler, hvorved entreprenøren skal kunne godtgøre sine finansielle og økonomiske kvalifikationer." (Premiss 13)

Kravene og nivået må imidlertid ikke stilles på en måte som innebære at entreprenører blir diskriminert på grunnlag av nasjonalitet eller som innebærer en favorisering av en bestemt leverandør eller gruppe av leverandører. Kravene og nivået på disse må være avpasset til den aktuelle kontrakt og kan ikke gå ut over det som kontrakten tilsier. Det vil ikke være adgang til å fastsette et generelt minimumskrav til f.eks omsetning, egenkapital, likviditet etc som ikke er tilpasset til kontraktens art og omfang. Minimumskrav som er strengere enn det kontrakten isolert sett tilsier, vil på en urimelig måte kunne favorisere store bedrifter i forhold til små- og mellomstore bedrifter.

Departementet er av den oppfatning at det vil kunne anses som relevant å oppstille krav til omsetning og likviditet/soliditet ved utvelgelse av entreprenører. Under forutsetning av at kravene til omsetning og likviditet/soliditet står i et rimelig forhold til den aktuelle kontrakt, kan entreprenører som ikke oppfyller kravene avvises.

2.2 Adgangen til å gi påslag i anbudssummen

Det kan reises spørsmål om oppdragsgiver som et alternativ til avvising i stedet kan gi et påslag i anbudssummen som skal reflektere den risiko for tilleggskostnader som følge av at de krav som er satt til entreprenørens økonomiske og finansielle stilling ikke er helt tilfredsstillende. I henhold til Håndbok 066 er det entreprenører som oppnår en gjennomsnittsverdi på mellom 1,5 og 2,5 poeng som vil få et påslag på anbudssummen.

Et synspunkt kan være at når oppdragsgiver først har adgang til å avvise entreprenører som ikke oppfyller de fastsatte krav til økonomisk og finansiell stilling, må denne kunne gjøre det mindre; nemlig å ta disse entreprenørenes tilbud med i vurderingen med et påslag på tilbudssummen.

Det må likevel anses som tvilsomt om det foreligger en slik adgang til å gradere kravene til økonomisk og finansiell stilling på denne måten og benytte utvelgelseskriterier som en faktor ved vurderingen av selve tilbudene. Forskriften synes å forutsette en klar sonndring mellom utvelgelseskriterier som benyttes for å vurdere egnetheten av entreprenørene, og kriterier for å tildele kontrakten, jf forskriften § 26. Oppdragsgiver må i så fall enten avvise entreprenører som ikke oppfyller de fastsatte kvalifikasjonskrav, eller så må tilbudene vurderes utelukkende på grunnlag av tilbudenes innhold i samsvar med reglene om tildeling av kontrakt.

Det er i enkelte domsavgjørelser fra EF-domstolen understreket at det må foretas et prinsipielt skille mellom utvelgelseskriterier og tildelingskriterier. Det knytter seg likevel usikkerhet til hvor langt disse uttalelsene rekker.

Med hilsen

Pål Hellesylt e.f.

Henrik Holmboe

Kopi: Statens Vegvesen



DET KONGELIGE NÆRINGS- OG ENERGIDEPARTEMENT

KONTOR: GRUBBEGATA 8 - TLF. 22 24 90 90 - TELEFAX 22 24 95 25/65
POSTADRESSE: POSTBOKS 8148 DEP., 0033 OSLO - TELEKS 21486 OEDEP N

Studentsamskipnaden i Oslo
Att: Trond Bakke
Postboks 94 Blindern
0314 OSLO

Deres ref	Vår ref. (bes oppgitt ved svar)	Dato
	NOE 96/4689 AJ JU UT/gmo	23.09.1996

VURDERING AV STUDENTSAMSKIPNADENS STILLING I FORHOLD TIL EØS-REGLENE OM OFFENTLIGE INNKJØP

Vi viser til Deres brev datert 14 august 1996, oversendt oss fra Justisdepartementet ved brev av 20 august 1996.

Spørsmålet gjelder hvorvidt Studentsamskipnaden i Oslo (SIO) er omfattet av EØS-forskriftene om offentlige anskaffelser, herunder om Studentsamskipnaden er å anse som et "offentligrettslig organ". Departementet er i denne forbindelse bedt om å vurdere en utredning som er innhentet i forbindelse med tilsvarende vurdering av Studentsamskipnaden i Trondheim.

Departementet har følgende bemerkninger til spørsmålet:

EØS-forskriftene om offentlige anskaffelser bestemmer at alle offentlige oppdragsgivere er bundet til å følge de fremgangsmåter forskriften foreskriver innenfor de ulike forskriftenes virkeområde. Hvem som er offentlig oppdragsgiver er regulert i forskriftenes enslydende § 1 nr 2. Det foreligger et offentligrettslig organ dersom følgende kumulative vilkår er oppfylt:

- Organet er opprettet for å imøtekomme allmennhetens behov og er ikke av industriell eller forretningsmessig karakter,
- det er et selvstendig rettssubjekt og
- det er finansiert av det offentlige eller underlagt offentlig kontroll.

Det er på det rene at SIO er et selvstendig rettssubjekt. En studentsamskipnad er en egen selskapsform, en sammenslutning av forenings- og selskapslignende karakter. Det er i lov 9 mai 1986 nr 19 om organisering av velferd for elever og studenter (velferdsloven) § 5 slått fast at bare studentskipnaden selv er ansvarlig for

dens forpliktelser. I den nye lov 18 juni 1996 om studentsamskipnader (ikke i kraft) er det uttrykkelig slått fast at studentsamskipnader er egne rettssubjekter, men dette er ikke ment å innebære noen realitetsendring i forhold til hva som gjelder i dag.

Det er videre heller ikke tvilsomt at SIO er underlagt statlige myndigheters kontroll. Kirke-, undervisnings- og forskningsdepartementets (KUF) kontrolladgang over studentsamskipnadene er regulert i velferdsloven. Av § 6 følger at KUF avgjør hvorvidt en studentsamskipnad skal opprettes og om nye studentgrupper skal opptas eksisterende studentsamskipnader. Videre følger det av §§ 6 og 10 at departementet kan gi forskrifter om medlemskap og om reglement for studentsamskipnadene, herunder regler om styrets funksjon og sammensetning. Etter § 11 kan flertallsvedtak i styret ankes inn for departementet hva angår vedtakets lovmessighet. § 13 gir KUF adgang til å instruere revisor og § 15 fastslår at alle vedtak vedrørende semesteravgiften skal godkjennes av departementet. Departementet kan også bestemme hvorvidt forvaltningsloven og offentlighetsloven skal komme til anvendelse. Endelig følger det av § 19 at studentsamskipnaden står under tilsyn av KUF. Departementets kontrollmyndighet er også videreført i den nye lov om studentsamskipnader. Det forhold at studentene har flertall i SIOs hovedstyre og således har ansvar for og kontroll over driften endrer ikke det at SIO er underlagt en statlig myndighets kontroll i forskriftens forstand. Ettersom kontrollvilkåret klart er oppfylt, er det ikke nødvendig å gå inn på de øvrige alternativene etter tredje strekpunkt.

Spørsmålet som gjenstår er hvorvidt SIO kan sies å være et organ som er opprettet for det bestemte formål å imøtekomme "allmennhetens behov" og ikke er av "industriell eller forretningsmessig karakter".

En studentsamskipnad skal etter velferdslovens § 5 ta seg av studentenes velferdsbehov på det enkelte lærested. Alle studenter plikter å være medlemmer gjennom det at de må betale semesteravgift til SIO for å få adgang til å avlegge eksamen. På universitetet i Oslo dekker SIO studentenes velferdsbehov gjennom helsetjenesten, universitetsidretten, studentaktiviteter, barnehager og sosionomtjenester samt utleie av studenthybler. SIOs tilbud er ikke tilstrekkelig til dekke alle studentenes behov på de nevnte områder, men er utvilsomt et viktig bidrag for mange studenter. De aller fleste studenter vil på en eller flere måter komme i kontakt med SIOs tilbud i løpet av studenttiden.

Lovgiver har som det fremgår ovenfor, valgt å regulere studentvelferden i en egen lov. Gjennom denne er samskipnadene gitt ulike privilegier, men er samtidig underlagt kontroll av departementet. Dette viser at Stortinget har ansett det som en offentlig oppgave å regulere studentvelferden og taler for at SIO er opprettet for å imøtekomme allmenhetens behov.

Departementet finner på bakgrunn av ovennevnte at SIO må sies å være opprettet for å imøtekomme allmennhetens behov.

Når det gjelder spørsmålet om SIO kan sies å være av industriell eller forretningsmessig karakter, er det av betydning at SIO for en stor del er offentlig finansiert, både direkte gjennom tilskudd og ytelser fra Staten og universitetet, og indirekte gjennom semesteravgiften. Dette svekker det forretningsmessige preget og taler for at det er et offentligrettslig organ.

Mye av SIOs aktiviteter drives heller ikke i reell konkurranse. Riktignok har ikke SIO enerett på de aktivitetene de formidler, men på grunn av sin særstilling kan SIO tilby lave priser og har derfor et konkurransefortrinn. Dette tilsier også at EØS-forskriftene bør komme til anvendelse.

Det forhold at SIO også driver forretningsvirksomhet i egne aksjeselskaper (se nedenfor), gir ikke SIO som helhet forretningsmessig karakter.

Konklusjonen blir etter dette at Studentsamskipnaden i Oslo er å anse som et offentligrettslig organ, jf EØS-forskriftenes § 1 nr 2 og således er forpliktet til å følge EØS-regelverket ved sine anskaffelser innenfor forskriftenes virkeområde.

SIOs forretningsvirksomhet


SIOs forretningsvirksomhet er skilt ut i et eget aksjeselskap, SIO AS, som er morselskap og har som formål å eie datterselskapene Akademika AS, SIO Data AS og Studentkaféene AS. Et særskilt spørsmål er hvorvidt disse selskapene er omfattet av EØS-regelverket.

Det må således vurderes om disse selskapene er opprettet med det bestemte formål å imøtekomme almenhetens behov og ikke er av forretningsmessig karakter, jf forskriftenes § 1 nr 2. De nevnte virksomheter driver i konkurranse og tilbyr sine varer og tjenester til markedspris. De skiller seg i så måte fra den øvrige virksomheten i SIO. Overskuddet skal tilbakeføres SIO som eier og brukes til velferdstiltak for studentene. De ulike selskapene går dels med overskudd og dels med underskudd.

I en særstilling står muligens Studentkaféene AS som har en privilegert stilling fordi selskapet får drive studentkantiner på de ulike lærestedene uten konkurranse. Videre er middagsrettene de siste årene blitt subsidiert, noe som reduserer overskuddet. Disse forhold anses likevel ikke å være tilstrekkelig til å frata Studentkaféene det forretningsmessige preget.

Departementet finner således at SIOs forretningsvirksomhet, SIO AS, er av forretningsmessig karakter og dermed ikke er et offentligrettslig organ. Det er derfor ikke nødvendig å ta stilling til de øvrige vilkårene i bestemmelsen. SIO AS med datterselskaper er ikke omfattet av EØS-regelverket for offentlige anskaffelser.

Med hilsen


Pål Hellesylt ef


Ulrikke Teige



KOPI

DET KONGELIGE NÆRINGS- OG ENERGIDEPARTEMENT

KONTOR: GRUBBEGATA 8 - TLF. 22 24 90 90 - TELEFAX 22 24 95 25/65
POSTADRESSE: POSTBOKS 8148 DEP., 0033 OSLO - TELEKS 21486 OEDEP N

Advokatfirmaet Horgen og Horgen
v/Tom Olav Andreassen
Karl Johans gate 25
0159 OSLO

Deres ref

Vår ref. (bes oppgitt ved svar)
NOE 96/1594 AJ JU GAS/JHS

Dato
19.09.1996

ANSKAFFELSE AV NYTT RÅDHUS I FREDRIKSTAD KOMMUNE

Vi viser til tidligere telefonsamtaler samt brev datert 29 august d å vedrørende anskaffelse av et nytt rådhus for Fredrikstad kommune.

I følge Deres brev foreligger det to alternative fremgangsmåter for gjennomføringen av et slikt byggeprosjekt. Departementet er blitt bedt om å vurdere de to alternativene i lys av regelverket for offentlige anskaffelser, og da særskilt forskrift om gjennomføring av EØS-avtalen vedlegg XVI punkt 2 om tildeling av offentlige bygge- og anleggskontrakter.

Alternativ 1 - Kjøpekontrakt

Under dette alternativet vil PEAB AS selv utføre samtlige byggearbeider inntil ferdigstillelse for deretter å overdra eiendom med påført bygg til Fredrikstad kommune som en ordinær kjøpekontrakt.

I denne forbindelse oppstår det spørsmål om anskaffelsen omfattes av Bygge- og anleggsforskriftens bestemmelser. Bygge- og anleggsforskriftens § 1 nr 1 definerer hva som menes med en offentlig bygge- og anleggskontrakt:

".....gjensidig bebyrdende kontrakter som inngås skriftlig mellom en entreprenør og [offentlig] oppdragsgiver....som omhandler enten utførelse, eller både utførelse og planlegging av arbeider i forbindelse med aktiviteter som er angitt i § 43 [dvs blant annet oppføring av bygg]...eller oppføring av et hvilket som helst bygg som oppfyller de krav som er satt av den offentlige oppdragsgiver."

Forskriften bygger på det grunnleggende synspunkt at offentlige oppdragsgivere skal foreta sine anskaffelser på den økonomisk mest fordelaktige måte, uavhengig av hvor i EØS-området leverandøren eller entreprenøren kommer fra. Disse hensyn søkes i størst mulig grad gjennomført ved anbudskonkurranser, basert på likeverdig konkurranse.

Ordlyden i ovennevnte forskrift er ikke direkte anvendelig i dette tilfelle siden det ikke skal inngås en skriftlig bygge- og anleggskontrakt, men en kjøpekontrakt om erverv av et bygg som enda ikke er oppført på tidspunktet for kontraktsinngåelse.

I tilfeller hvor en privat utbygger setter opp et bygg som tilfredsstillende den offentlige oppdragsgivers behov, for deretter å overdra bygget til ham, oppstår spørsmålet om det i realiteten foreligger en offentlig bygge- og anleggskontrakt og ikke en ren kjøpekontrakt som forholdet gir inntrykk av utad. Bygge- og anleggsforskriften gir ingen løsning på denne problemstillingen, men omgåelseshensyn kan tilsa at Bygge- og anleggsforskriften i så tilfelle må komme til anvendelse.

Det hele beror på en sammensatt helhetsvurdering der man ser på formålet med kontrakten og om formålet gjenspeiles i kontraktens enkelte bestemmelser. Kommer man til at formålet med kontrakten har store likheter med en bygge- og anleggskontrakt, tilsier omgåelsesbetraktninger at kontrakten klassifiseres som en bygge- og anleggskontrakt.

Et sentralt moment i denne vurderingen er den offentlige oppdragsgivers påvirkningsmuligheter under utviklings- og byggeprosessen. Dersom kommunen har hatt en reell innflytelse under prosessen utover det en vanlig leietaker vil ha, taler dette for at det foreligger en bygge- og anleggskontrakt. Jo større påvirkningsmulighet den offentlige oppdragsgiver har, desto mer sannsynlig er det at man i realiteten står overfor en bygge- og anleggskontrakt.

Det samme vil være tilfelle dersom den private utbygger prosjekterer sitt bygg basert på spesifikasjoner kommunen ønsker oppfylt uten at disse er direkte innhentet hos kommunen selv, men f.eks. indirekte via tidligere prosjekter i samme sak. Formålet med regelverket samt det forhold at prosjektet ligger så nært opp til en alminnelig bygge- og anleggskontrakt, tilsier at Bygge- og anleggsforskriften kommer til anvendelse i slike tilfeller.

Fredrikstad kommune er her nærmest til å vurdere det konkrete tilfellet på bakgrunn av grundig kjennskap til fakta.

I tilfeller hvor den private entreprenør prosjekterer og oppfører bygget på egen hånd uten direkte eller indirekte spesifikasjoner fra kommunen, men hvor kommunen på forhånd aksepterer planene og inngår avtale om kjøp før bygget er oppført, er det noe uklart i EØS-retten om anskaffelsesregelverket får anvendelse. Dette spørsmålet er ikke løst gjennom rettspraksis. Det er departementets syn at Bygge- og anleggsforskriften normalt bør følges i slike situasjoner for på denne

måte å sikre kommunen effektive og økonomisk fordelaktige anskaffelser samtidig som man unngår å komme i konflikt med regelverket.

Alternativ 2 - Etablering av et utbygger-/utleieselskap - leiekontrakt

Under dette alternativet for gjennomføring av byggeprosjektet vil Fredrikstad kommune og PEAB AS stifte et aksjeselskap hvor de eier like store deler hver. Selskapet skal forestå oppføring av rådhuset for senere utleie til kommunen ved ferdigstillelse.

Spørsmålet er hvorvidt en slik "modell" for gjennomføring av byggeprosjektet omfattes av Bygge- og anleggsforskriften eller eventuelt Tjenesteforskriften. I dette tilfellet er det forholdet mellom leiekontrakter og bygge- og anleggskontrakter som er vurderingstemaet. De samme momenter som nevnt under alternativ 1 vil også her være sentrale.

Problemstillingen har vært oppe i en rådgivende uttalelse avsagt av EF-domstolen 19 april 1994 (sak C-331/92). Saken gjaldt en kontrakt tildelt en offentlig oppdragsgiver i Spania om drift av et kasino, forutsatt at den private utbygger av kasinoet skulle sørge for å pusse opp de offentlig eide bygningsmasser for et beløp over bygge- og anleggsdirektivets terskelverdier. EF-domstolen fikk av den spanske domstolen spørsmål om hvorvidt dette var en bygg- og anleggskontrakt. Domstolen tok utgangspunkt i kontraktens enkelte bestanddeler og formål. I sin vurdering kom domstolen til at formålet med kontrakten var drift av kasino, og at byggearbeidene var av sekundær karakter, slik at man ikke sto overfor en bygge- og anleggskontrakt. De så da særlig på i hvilken grad oppussingen av bygget var styrt gjennom kontrakten. Kontrakten spesifiserte kun rammene for oppussingen, ved at hotellet skulle oppgraderes til ett 5 stjernes hotell. Hvordan dette var tenkt gjort, budsjettene for dette samt hvor lang tid dette ville ta var ikke regulert. På denne bakgrunn kom domstolen til at byggearbeidene var av sekundær karakter, og at formålet med kontrakten var drift av kasino, slik at man ikke stod overfor en bygge og anleggskontrakt.

På bakgrunn av dette og det som tidligere er nevnt, vil kategoriseringen av kontrakten bero på en helhetsvurdering. Dersom kontrakten har så store likheter med en bygge- og anleggskontrakt at det som skiller kontrakten fra en bygge- og anleggskontrakt er at bygget finansieres ved en langsiktig leiekontrakt, taler omgørelsesbetraktninger for å klassifisere leiekontrakten som en bygge- og anleggskontrakt.

I tillegg til de sentrale vurderingstemaer som er nevnt under alternativ 1, er det også andre momenter som kan være av betydning for om det foreligger en leiekontrakt eller i realiteten en bygge- og anleggskontrakt.

Et moment er om leiekontrakten inneholder kjøpsopsjoner og eventuelt hvordan disse er utformet. Eksempelvis vil en kjøpsklausul som når som helst kan gjøres gjeldende til en angitt verdi, tale i retning av at det dreier seg om en

byggekontrakt. Da vil det offentlige kunne få bygget oppført i henhold til egne spesifikasjoner og kort tid senere velge å gjøre bruk av opsjonen. Det motsatte vil være tilfelle hvis kjøpsklausulen kun kan gjøres gjeldende i spesielt angitte tilfeller eller på slutten av en lang utleieperiode.

Leiekontraktens varighet vil også være av betydning. Eksempelvis vil en kortvarig leiekontrakt (f.eks. godt innenfor normal avskrivningstid) kunne peke i retning av en leiekontrakt. Her må det imidlertid også tas i betraktning om det foreligger en mulighet for utvidelse av leietiden.

Hvem som har risikoen for byggekostnadene vil også være et moment i vurderingen. Dersom leiekostnadene fastsettes utfra de påløpte kostnader, vil den private byggherre ikke ha det samme incitament til å oppføre bygget på den økonomisk mest fordelaktige måte. Dette taler i retning av at man står overfor en bygge- og anleggskontrakt. Hvis derimot leiesummen er fastsatt på forhånd utfra hva bygget kalkuleres å koste, uavhengig av faktiske byggekostnader, vil byggherren ha en selvstendig interesse i å oppføre bygget så billig som mulig, hvilket taler for at det foreligger en leiekontrakt. Dersom det er inngått avtale om overføring av besparelser, taler dette for at det foreligger en byggekontrakt.

Et annet moment i vurderingen er fordelingen av de forskjellige typer risikoer i byggeperioden og den påfølgende leieperioden. Dersom risikoen for mangler ved bygget, forsinkelse under byggingen og etterfølgende feil i stor grad er lagt til utbygger/eierselskapet, taler dette for at vi står overfor en vanlig leiekontrakt.

Det vil også være av betydning hvor viktig en bestemt geografisk plassering er.

Dersom utbyggeren betinger seg rett til egne lokaler for egen bruk eller utleie til andre, vil også dette kunne påvirke vurderingen og peke i retning av at det foreligger en leiekontrakt. Hvorvidt den offentlige leietakers brukstid er begrenset til visse deler av døgnet vil også peke i retning av at det foreligger en leiekontrakt.

I den foreliggende saken er det i tillegg, etter departementets syn, særlig grunn til å legge vekt på den selskapskonstellasjon som er foreslått opprettet under alternativ 2. Kommunen vil på bakgrunn av en selskapsavtale stå som eier av 50 % av selskapet og ha 50 % av styremedlemmene. Selskapets eneste formål er å forestå oppføring av et nytt rådhus til Fredrikstad kommune som skal leies ut til kommunen ved ferdigstilling. Gjennom selskapsavtalen vil kommunen være sterkt involvert i selve oppføringen av bygget, og ha en viss kontroll over hvordan prosjektet gjennomføres samtidig som de bærer 50 % av den finansielle risikoen. Selve oppføringen av rådhuset finansieres i realiteten av de etterfølgende leieinntekter fra kommunen. Slik alternativ 2 er beskrevet for departementet, er det en så klar sammenheng mellom etableringen av selskapet, oppføringen av bygget og den etterfølgende utleie til kommunen at det er nærliggende å vurdere dette som ulike ledd i selve entreprisen.

På denne bakgrunn er det departementets syn at "modeller" for gjennomføring av byggeprosjekter som beskrevet i alternativ 2, som hovedregel er omfattet av Bygge- og anleggsforskriften.

Med hilsen



Pål Hellesylt

Pål Hellesylt e f



Gøril Asmussen

Gøril Asmussen



DET KONGELIGE NÆRINGS- OG ENÆRGIDEPARTEMENT

KONTOR: GRUBBEGATA 8 - TLF. 22 24 90 90 - TELEFAX 22 24 95 25/65
POSTADRESSE: POSTBOKS 8148 DEP., 0033 OSLO - TELEKS 21486 OEDEP N

Narvik Kommune
Att: Snorre Navjord
Postboks 294
8501 NARVIK

Deres ref	Vår ref. (bes oppgitt ved svar)	Dato
	NOE 96/3969 AJ JU UT/gmo	16.08.1996

EØS-REGLENE FOR OFFENTLIG ANSKAFFELSER - SPØRSMÅL VEDRØRENDE REGELVERKETS ANVENDELSE PÅ KOMMUNENS KJØP AV BANKTJENESTER

Vi viser til brev mottatt 12 august 1996 samt tidligere kontakt vedrørende Narvik Kommunes kjøp av banktjenester.

Spørsmålet Narvik kommune ønsker besvart er hvorvidt kommunen er pliktig til å følge de prosedyrer som følger av EØS-reglene for offentlige innkjøp, ved kjøp av banktjenester.

Utgangspunktet er at kommuners kjøp av langsiktige ordinære banktjenester med en verdi som overstiger terskelverdien på 1.6 millioner kroner ekskl mva, skal legges ut på anbud. Dette følger av Forskrift om tildeling av kontrakter om offentlige tjenestekjøp (tjenesteforskriften) som trådte i kraft 1 juli 1994, se § 5 nr 1 og § 3 nr 2 kategori 6 bokstav b.

Ved beregning av om banktjenestene har en verdi på mer enn 1.6 millioner kroner skal alle gebyrer, provisjoner, renter og andre former for vederlag tas med i beregningen, jf tjenesteforskriften § 5 nr 4. Dog slik at renter på innskudd holdes utenfor. Videre er alle ordinære banktjenester slik som betalingsformidling, forvaltning av midler og utlånsvirksomhet omfattet, jf § 3 nr 2 kategori 6 litra b. Imidlertid er det er gjort unntak for visse finansielle tjenester, herunder tjenester i forbindelse med utstedelse av verdipapirer. Dette unntaket omfatter obligasjonslån, slik at tjenester i forbindelse med eventuelle slike lån er unntatt fra tjenesteforskriften.

Verdien av alle kommunens banktjenester må videre sees under ett hvis de naturlig kan regnes som samme tjeneste. Det følger av tjenesteforskriftens § 5 nr 3 at et planlagt kjøp av tjeneste ikke må deles opp i den hensikt å unngå at forskriften

kommer til anvendelse. Vurderingen vil her måtte være konkret i forhold til den enkelte anskaffelse. Det avgjørende vil være markedsforholdene, dvs hvilke tjenester én og samme tjenesteyter normalt vil levere. For eksempel vil én og samme bank oftest levere tjenester i forbindelse med lån, innskudd og annen finansiell bistand. Det må legges til grunn at det meste av en kommunes normale banktjenester er å anse som samme tjeneste og derfor må vurderes som én kontrakt i forhold til regelverket. Dette er ikke til hinder for at det åpnes for at banker kan innlevere tilbud på deler av de aktuelle tjenester, jf § 20 nr 5 og § 21 nr 5.

Innhenting av tilbud fra flere eksisterende bankforbindelser som ledd i reforhandling av gjeldende vilkår, vil måtte anses å innebære en inngåelse av en ny kontrakt. Dersom verdien av kommunens banktjenester overskrider 1.6 millioner kroner, jf beskrivelsen av beregningsmåte ovenfor, vil en slik fremgangsmåte være i strid med regelverket. Ved slik ny kontraktsinngåelse skal det utlyses anbuds konkurransen i henhold til bestemmelsene i tjenstedirektivet, (jf § 10 nr 1). De opplysninger Nærings- og energidepartementet har mottatt går ut på at Narvik kommunes banktjenester har en kontraktsverdi på mer enn 1.6 millioner kroner, slik at tjenesteforskiftens regler skal følges.

Når kontrakt tildeles i henhold til tjenesteforskriften skal tildeling skje etter vurderingen av hva som er det økonomisk mest fordelaktige tilbud (alternativt laveste pris) basert på objektive kriterier, jf tjenesteforskriften § 39. Slike kriterier må ikke formuleres slik at lokale anbydere blir favorisert. Dette er imidlertid ikke til hinder for at kommunen kan stille krav om lokal representasjon hvis dette er nødvendig for at kommunens behov for banktjenester skal bli dekket på en tilfredsstillende måte.

Dersom kommune ønsker å la sine eksisterende bankforbindelser løpe uendret, reiser det seg spørsmål om hvor lenge slike kontrakter kan løpe uten at de må kunngjøres i samsvar med tjenesteforskriften. Det er ingen bestemmelser i regelverket som regulerer hvor lang en slik løpende kontrakt kan være. Det generelle utgangspunkt for varighet er hva som mest gunstig ut fra en målsetting om best mulige innkjøp. Som et utgangspunkt antar departementet at slike løpende kontrakter ikke bør ha en varighet over 3-4 år, fordi lengre kontrakter antas ikke å være kommersielt gunstige. Dette kan ikke omgås ved å endre kontraktsvilkårene underveis. Det vil si at løpende kontrakter inngått før tjenesteforskriftens ikrafttreden ikke bør løpe lenger en ovennevnte tidsrom med mindre dette klart er kommersielt godt begrunnet.

Med hilsen

Pål Hellesylt ef

Ulrikke Teige



DET KONGELIGE NÆRINGS- OG ENERGIDEPARTEMENT

KONTOR: GRUBBEGATA 8 - TLF. 22 24 90 90 - TELEFAX 22 24 95 25/65
POSTADRESSE: POSTBOKS 8148 DEP., 0033 OSLO - TELEKS 21486 OEDEP N

Nes kommune
v/Rådmannen
Postboks 114
2151 Årnes

Deres ref	Vår ref. (bes oppgitt ved svar)	Dato
96/01164	NOE 96/4347 AJ JU HH/gmo	13.08.1996

ANBUD PÅ RENOVASJON I NES KOMMUNE - VURDERING I FORHOLD TIL EØS-REGELVERKET FOR OFFENTLIGE ANSKAFFELSER

Vi viser til Deres brev av 24. juli 1996 der det bes om en vurdering av anskaffelsesprosedyren for renovasjon i Nes kommune i forhold til EØS-regelverket for offentlige anskaffelser. Videre bes det spesielt om en redegjørelse for saksgangen, behandlingstid og konsekvenser av en eventuell klagesak for EFTAs overvåkningsorgan (ESA).

1 Kort om faktum i saken

I januar i år utlyste Nes kommune i henhold til EØS-regelverket for offentlige anskaffelser en åpen anbudskonkurranse på innsamling, transport og renovasjon i kommunen i perioden 1997-2003. Tildelingen av kontrakten skulle baseres på det økonomisk mest fordelaktige anbud.

Fem leverandører leverte anbud hvorav Rådmannen foreslo å innstille Norsk Gjenvinning Oslo AS (Norsk Gjenvinning AS) for innsamling og transport av husholdningsavfall i Nes kommune. Rådmannens vurdering er bl a basert på at Norsk Gjenvinning prismessig leverte det laveste anbudet. Av i alt fire ulike alternativer for henteavstand og hentefrekvens, var Norsk Gjenvinning AS' anbud lavest i tre av alternativene. I innstillingen konkluderte rådmannen med følgende:

"Etter en samlet vurdering har rådmannen kommet fram til at kommunen bør inngå kontraktsforhandlinger med Norsk Gjenvinning AS. Rådmannen finner ikke vektige nok argumenter som tilsier at pris kan fravikes forsåvidt mye til fordel for Holmgren. Da det er grunnlag for å se bort fra anbudet til T Holterud, ligger Norsk Gjenvinning AS lavest i pris på alle alternativer. Dette vil gi den laveste renovasjonsavgifta. Firmaet vil dessuten etablere seg med garasjeanlegg i Nes, benytte lokal arbeidskraft og foreta administrasjonen fra Sørum. Firmaet har et høyt servicenivå og gode rutiner er innarbeidet "

Kommunestyret fattet den 28. mai 1996 vedtak om at kommunen skal inngå kontraktsforhandlinger med Holmgren AS. Samtidig ble det besluttet at innsamling av glass samt hytterrenovasjon skulle tas ut av anbudet. I vedtaket fremgår det at valget av renovatør (Holmgren AS) er gjort *"på bakgrunn av en totalvurdering, med spesiell vekt på hensyn til service, herunder tilgjengelighet m.h.t kundeservicen til oppdragsgiver m.v."*

Norsk Gjenvinning leverte 27. juni 1996 begjæring om midlertidig forføyning med påstand om forbud mot å inngå kontrakt med Holmgren AS inntil spørsmålet om Nes kommune har gjort feil i anbudsprosessen er rettslig prøvet. Rettsforlik mellom partene ble inngått den 4. juli 1996 der Nes kommune forplikter seg til ikke å inngå kontrakt med Holmgren AS eller andre om renovasjon i kommunen før spørsmålet om kommunen har gjort feil i anbudsprosessen er rettslig avgjort eller Nes kommune og Norsk Gjenvinning AS er kommet til enighet.

2 Nærings- og energidepartementets vurdering

Departementets vurdering er utelukkende basert på de opplysninger som fremgår av brev av 24. juli 1996 med vedlegg.

Nes kommune er en offentlig oppdragsgiver i henhold til forskrift om tildeling av kontrakter om offentlige tjenestekjøp, fastsatt ved kgl res 1. juli 1994 med senere endringer (Tjenesteforskriften) § 1 nr 2. Kjøp av renovasjonstjenester er omfattet av tjenesteforskriften, jf § 3 nr 2 kategori nr 16. Den foreliggende kontrakt har en verdi på mer enn 1,6 millioner kroner, noe som tilsier at tjenesteforskriftens regler kommer til anvendelse på den foreliggende kontrakten, jf tjenesteforskriften § 5.

2.1 Anskaffelsesprosedyrer

I henhold til tjenesteforskriften § 10 nr 1 er hovedregelen at oppdragsgiver skal benytte åpen eller begrenset anbudskonkurranse. Bare i de tilfeller som er nevnt i § 10 nr 2 og 3 er det adgang til å benytte en forhandlet prosedyre. Nes kommune har benyttet åpen anbudskonkurranse. En slik anskaffelsesprosedyre innebærer et forbud mot forhandlinger mellom oppdragsgiver og anbydere før kontrakt inngås.

I erklæring fra Rådet og Kommisjonen, inntatt i EØS-avtalen vedlegg XVI nr 2 og 4 fremgår følgende:

"[V]ed åpen og begrenset anbudskonkurranse skal all forhandling med kandidater og anbydere være utelukket når det gjelder vesentlige sider av kontrakten, der avvik sannsynligvis vil føre til konkurransevridning, og særlig når det gjelder priser; det kan imidlertid føres drøftelser med kandidater og anbydere når hensikten utelukkende er å klargjøre eller utdype innholdet i anbudene eller kravene satt av oppdragsgiverne, forutsatt at dette ikke medfører forskjellsbehandling."

Det følger også direkte av tjenesteforskriften § 10 nr 2 bokstav a) at etterfølgende forhandlinger, der anbudene i en forutgående anbudskonkurranse er ukorrekte

eller uakseptable, kun kan gjennomføres dersom det ikke blir foretatt vesentlige endringer i de opprinnelige kontraktsvilkårene.

Både i Rådmannens innstilling og i kommunestyrets vedtak fremgår det at det tas sikte på å føre kontraktsforhandlinger med den valgte renovatør. Dersom det inngås kontraktsforhandlinger om vesentlige sider ved tjenesteytelsen, vil dette være i strid med tjenesteforskriften.

2.2 Endring av konkurransevilkårene

Et grunnleggende prinsipp i EØS-regelverket for offentlige anskaffelser er et forbud mot usaklig forskjellsbehandling. I Rådsdirektiv 92/50/EØF (tjenstedirektivet) som ligger til grunn for tjenesteforskriften, fremgår det av artikkel 3 nr 2 at oppdragsgiver skal sørge for at det ikke forekommer noen forskjellsbehandling av de forskjellige tjenesteyterne. Også ut fra alminnelige forvaltningsrettslige prinsipper om myndighetsmisbruk oppstilles det et forbud mot usaklig forskjellsbehandling. I Ombudsmannens årsmelding 1977 side 146 flg legger Ombudsmannen til grunn at

"det alminnelige forvaltningsrettslige prinsipp om "fair" saksbehandling må [.....] gjelde også når det offentlige opptrer utenfor det offentligrettslige område. Av dette følger at anbyderne ikke kan stilles forskjellig uten saklig grunn."

Dersom oppdragsgiver foretar vesentlige endringer av konkurransevilkårene som medfører en konkurransevridning og favorisering av én leverandør på bekostning av øvrige leverandører, vil dette være i strid med tjenesteforskriften. Det vil også kunne hevdes å være i strid med de forvaltningsrettslige prinsippene om myndighetsmisbruk.

2.3 Tildelingskriterier

I henhold til tjenesteforskriften § 39 skal oppdragsgiver enten basere tildeling av kontrakter utelukkende på laveste pris, eller på det økonomisk mest fordelaktige anbud. Dersom tildeling av kontrakter skal baseres på det økonomisk mest fordelaktige anbud, skal de kriterier som vil bli lagt til grunn oppgis i kunngjøringen. § 39 gir eksempler på hvilke kriterier som kan legges til grunn. Denne listen er ikke uttømmende, men det må antas at det kun vil være tillatt å benytte forretningsmessige kriterier, jf bestemmelsens ordlyd "økonomisk mest fordelaktige anbud/tilbud". Også EF-domstolens uttalelse i den såkalte "Beentjes-dommen" (sak 31/87) innebærer at bruk av ikke-økonomiske kriterier, i den grad de vil være i strid med fellesskapsretten/EØS-retten, er forbudt.

Det vil klart være i strid med tjenesteforskriften å legge vekt på leverandørens lokale tilhørighet. I rådmannens vurdering fremgår det at hensynet til å bevare lokale arbeidsplasser, beholde kompetansen lokalt og lokal tilhørighet på eiersiden vil være et argumenter for å fravike laveste pris. Å ta slike hensyn som preferere lokale leverandører, vil klart være i strid med tjenesteforskriften. I rådmannens konklusjon har imidlertid ikke hensynet til lokal tilhørighet vært særlig avgjørende,

og Norsk Gjenvinning er innstilt på grunnlag av kriterier som pris, service og rutiner.

I kommunestyrets begrunnelse for å velge Holmgren AS fremgår det at valget bygger på en totalvurdering, med spesiell vekt på hensyn til service, herunder tilgjengelighet med hensyn til kundeservice til oppdragsgiver mv. Kriteriet pris er i den forbindelse ikke vektlagt spesielt.

Departementet har ikke grunnlag for å vurdere servicegraden for henholdsvis Norsk Gjenvinning og Holmgren AS. Dersom kommunestyrets reelle begrunnelse for å velge Holmgren AS er motivert ut fra denne leverandørens lokale tilhørighet, vil det være i strid med tjenesteforskriften.

3 Klagesaker for ESA - kort om prosedyren

En hver har adgang til å klage til ESA for brudd på EØS-regelverket for offentlige anskaffelser. ESA kan også på eget initiativ sette i gang en undersøkelse. I klagesaker for ESA er det Norge som stat som formelt er innklaget for brudd på EØS-avtalen, selv om klagen gjelder en kommune eller fylkeskommune. Følgelig vil ESA kun forholde seg direkte til staten v/Nærings- og energidepartementet, som i sin tur vil innhente og oversende de nødvendige opplysninger som ESA finner påkrevet, samt iverksette nødvendige tiltak for å forhindre eller begrense et eventuelt brudd.

Dersom ESA er av den oppfatning at det er begått en "klar og åpenbar" overtredelse EØS-avtalens regler om offentlige anskaffelser, kan ESA innlede en formell prosedyre ved at det sendes ut et såkalt "letter of formal notice", jf ODA-avtalen artikkel 31 og protokoll 2. Innen en frist på inntil 21 dager må det gis en uttalelse til ESA der det enten bekreftes på at overtredelsen er rettet opp, eller gis en redegjørelse for hvorfor forholdet ikke er rettet opp, eller det underrettes om at behandlingen av kontraktstildelingen er avbrutt, enten på oppdragsgiverens eget initiativ eller i kraft av den nasjonale myndighet som er satt til å håndheve regelverket (domstolene).

ESA kan også begjære midlertidig forføyning for EFTA-domstolen for å hindre at kontrakt i strid med EØS-regelverket inngås, jf ODA-avtalen artikkel 41.

Dersom ESA konkluderer med at det er begått et brudd på EØS-avtalens regler om offentlige anskaffelser, vil det bli utstedt en "reasoned opinion" der bruddet blir konstatert, samt en angivelse av hva som ligger til grunn for denne konklusjonen. ESA kan deretter bringe saken inn for EFTA-domstolen å få en fastsettelsesdom for at Norge har begått et brudd på EØS-avtalen.

En planlagt anskaffelse vil kunne bli vesentlig forsinket ved en klage til ESA, ettersom det kan bli krevet at den planlagte anskaffelsen "fryses" inntil det blir klarlagt om brudd er begått eller ikke.

Ved overtredelse av EØS-regelverket for offentlige anskaffelser vil oppdragsgiver kunne bli holdt erstatningsansvarlig overfor de øvrige anbydere etter reglene om erstatning i kontraktsforhold.

Med hilsen

Pål Hellesylt e.f.

Henrik Holmboe

Kopi:
NHO v/Arnhold D. Gjønnes
Postboks 5250, Majorstua
0303 Oslo

forhandlinger med én leverandør for på denne måten å forhandle seg frem til en lavere pris som eventuelt medfører at man klarer å "presse" denne delkontrakten inn under unntaksbestemmelsen. En slik fremgangsmåte må anses å være i strid med regelverket.

Dersom den samlede verdien av delkontraktene ikke overstiger terskelverdien på 1,6 millioner kroner, foreligger det ingen plikt til å følge regelverket for disse anskaffelsene, og dette gjelder uten hensyn til verdien av den enkelte delkontrakt. Mao; siste setning i nest siste avsnitt i Deres brev er ikke korrekt. Selv om verdien av delkontrakten er på over kr 640.000, er den unntatt fra regelverket.

Med hilsen

Mette Karine Gravdahl Agerup

Mette Karine Gravdahl Agerup e.f.

Henrik Holmboe
Henrik Holmboe

Kopi:
Ft, Seksjon statskjøp
Kommunenes Sentralforbund v/Erik Eidene
Kommunalbanken v/Erlend Kahaas



DET KONGELIGE NÆRINGS- OG ENERGIDEPARTEMENT

KONTOR: GRUBBEGATA 8 - TLF. 22 24 90 90 - TELEFAX 22 24 95 25/65
POSTADRESSE: POSTBOKS 8148 DEP., 0033 OSLO - TELEKS 21486 OEDEP N

Statsbygg
Postboks 8106 Dep
0032 OSLO

Deres ref	Vår ref. (bes oppgitt ved svar)	Dato
KAJ/HFO P5	NOE 95/7722 AJ JU HH/JHS	19.01.1996

NYTT RIKSHOSPITAL - BRUKERUTSTYR: MULIGHETER OG BEGRENSNINGER FOR Å TILRETTELEGGE FOR NORSKE PRODUSENTER

Vi viser til Deres brev av 21. desember 1995.

Departementet kan i det alt vesentlige slutte seg til innholdet i notatet og slutter seg i sin helhet til konklusjonen om at *"tilrettelegging for norske produsenter kun i meget snever grad er tillatt etter dagens anskaffelsesregelverk."* For de fleste praktiske formål vil den klare hovedregel være at norske produsenter ikke kan favoriseres ved at det foretas spesiell tilretteleggelse for disse.

Nærings- og energidepartementet er imidlertid opptatt av at offentlige etater utnytter de frihetsgrader som regelverket gir til å drive leverandørutvikling; dvs legge forholdene til rette for konkurransedyktige bedrifter.

Følgende kommentarer kan knyttes til enkelte deler av fremstillingen.

1. Under overskriften *"Andre nyanser ved forbudet mot diskriminering"* fremstår det som noe uklart hva som menes med at forbudet mot diskriminering ikke kommer til anvendelse i tilfeller hvor det stilles krav til *virksomheten* som drives. Det må i den forbindelse være klart at EØS-avtalens artikkel 4 forbyr lovgivning som behandler utenlandske virksomheter dårligere enn nasjonale virksomheter.

Vi antar at det her siktes til at EØS-avtalens artikkel 4 ikke får anvendelse på nasjonal lovgivning som stiller krav til de virksomheter som er etablert innen en stats territorium, selv om disse kravene er strengere enn de som gjelder i andre EØS-stater. Forbudet mot diskriminering innebærer ikke noen generell likestilling av alle EØS-borgere og virksomheter. Ulovlig forskjellsbehandling forutsetter som nevnt ovenfor at et land behandler borgere og virksomheter fra

andre EØS-land dårligere enn nasjonale borgere og virksomheter, f.eks. ved å stille strengere krav til utenlandske virksomheter som ønsker å etablere seg.

2. Under overskriften "*Særskilt om FOU-kontrakter*", siste avsnitt, kan man lett få det inntrykk at en etterfølgende kommersiell kontrakt uten videre kan inngås ved forhandlet prosedyre uten kunngjøring, dersom det produkt som fremstilles i FOU-kontrakten blir patentert. Et slikt syn kan ikke uten videre legges til grunn.

Vareforskriften § 10 nr 3 bokstav c) åpner for at kjøp etter forhandling uten kunngjøring kan foretas dersom anskaffelsen kun kan produseres eller leveres av én bestemt leverandør på grunn av tekniske eller kunstneriske grunner, eller for å beskytte en enerett. At et produkt er patentert er med andre ord hverken en nødvendig eller tilstrekkelig betingelse for å påberope seg bestemmelsen. Det må i tillegg være et vilkår at produktet bare kan leveres av én bestemt leverandør. Selv om et produkt er patentert vil det ofte være andre produkter som til tross for en annen teknisk løsning, kan benyttes til samme formål og således være et konkurrerende produkt til det patenterte produktet. Oppdragsgiver kan normalt ikke se bort fra slike andre tekniske løsninger, for derved å unnlate kunngjøringen av anskaffelsen.

I den forbindelse kan det også vises til vareforskriftens § 8 om bruk av tekniske spesifikasjoner. Her er hovedregelen beskrivelsesnøytralitet; et produkt skal spesifiseres ut fra anskaffelsens formål eller med en funksjonell beskrivelse. Oppdragsgiver er forpliktet til å henvise enten til relevante norske standarder som er i overensstemmelse med europeiske standarder, til europeiske tekniske godkjenninger eller til felles tekniske spesifikasjoner der dette finnes, jf § 8 nr 2. Unntak kan gjøres dersom det berørte prosjektet er en virkelig nyskapsoppgave og anvendelsen av eksisterende standarder ville være uhensiktsmessig, jf § 8 nr 3 bokstav e). Dette vil kunne være tilfelle for nye oppfinnelser og tekniske løsninger. Oppdragsgiver står imidlertid ikke fritt til å spesifisere anskaffelsen i slike tilfeller. § 8 nr 6 setter her klare grenser. I henhold til denne bestemmelsen er det ikke tillatt å benytte tekniske spesifikasjoner som omtaler varer av et bestemt fabrikat mv, med mindre kontraktsgjenstanden gjør slike spesifikasjoner berettiget. Det er heller ikke tillatt å angi varemerker, patenter eller typer. Unntaksvis kan en slik angivelse være tillatt når anskaffelsen ikke kan beskrives tilfredsstillende på annen måte. Ordene "eller tilsvarende" skal i så fall benyttes.

Når det gjelder FOU-kontrakter kan det generelt vises til at *tjenester* innenfor forskning og utvikling bare er omfattet av tjenesteforskriften dersom oppdragsgiver har betalt fullt vederlag og har det hele og fulle utbytte av og kan benytte resultatet av de leverte tjenestene i utøvelsen av sin virksomhet. Eller uttrykt på en

annen måte: FOU-tjenestekontrakter er *unntatt* fra tjenesteforskriften når oppdragsgiver har betalt fullt vederlag, men *ikke* har det hele og fulle utbytte av resultatet og ikke kan benytte resultatet av de leverte tjenestene i utøvelsen av sin virksomhet. Se tjenesteforskriften § 3 nr 2 og § 4 nr 1 bokstav i).

Med hilsen

Mette Karine Gravdahl Agerup e.f.

Henrik Holmboe

Kopi:
Ft/Seksjon statskjøp
Kommunenes Sentralforbund v/Erik Eidene
Kommunalbanken v/Erlend Kohaas

Internt: F-OI, IRM, PHE, SN, HH, MGA, CE, UT



KOPI

DET KONGELIGE NÆRINGS- OG ENERGIDEPARTEMENT

KONTOR: GRUBBEGATA 8 - TLF. 22 34 90 90 - TELEFAX 22 34 95 25/65
POSTADRESSE: POSTBOKS 8148 DEP., 0033 OSLO - TELEKS 21486 OEDEP N

Hel Utvikling AS
Postboks 458
1701 SARPSBORG

Deres ref	Vår ref. (bes oppgitt ved svar)	Dato
	NOE 95/6026 AJ JU CE/JHS	10.01.1996

HEL UTVIKLING AS, HENVENDELSE ANGÅENDE PROVISJONS- MEGLING AV FORSIKRINGSTJENESTER TIL OFFENTLIG SEKTOR

Vi viser til brev av 8. september 1995.

I brevet reises bl a spørsmål om kommunenes bruk av forsikringsmeglere i forhold til normalinstruksen for kommunale/fylkeskommunale innkjøp, og i forhold til lov 22. november 1992 nr 116 om offentlige anskaffelser (anskaffelsesloven) og forskrift om tildeling av kontrakter om offentlig tjenestekjøp fastsatt ved kgl res 1. juli 1994 (tjenesteforskriften) i medhold av loven.

Nærings- og energidepartementet vil med dette, på generelt grunnlag uttale seg om de spørsmål som reises, med utgangspunkt i lov om offentlige anskaffelser og tjenesteforskriften. Normalinstruksen for kommunale/fylkeskommunale innkjøp er det opp til den enkelte kommune å vedta på frivillig grunnlag, og den behandles derfor ikke. For andre forsikringsjuridiske spørsmål, som hvorvidt tjenester ved innkjøp og forhandling må eller bør betales av oppdragsgiver direkte, vises til Finansdepartementet. Når det gjelder spørsmålene om inhabilitet, vises til Justisdepartementet.

Departementet vil understreke at de betraktninger som fremkommer nedenfor, kun er gitt på bakgrunn av de opplysninger som fremkommer i Deres brev

Brevet foranlediger, slik departementets ser det, to spørsmål besvart,

1. Omfatter tjenesteforskriften det offentliges anskaffelser av utarbeidelser av anbudsspesifikasjon og annen innkjøpsmessig støtte, og av servicekontrakter om vedlikehold av forsikringsavtaler samt annen rådgivning i sammenheng med disse ?

2. Hvilke konsekvenser har en eventuell manglende oppfølging av regelverket for kommunale/fylkeskommunale innkjøp?

1. Omfatter tjenesteforskriften det offentlige anskaffelser av utarbeidelser av anbudsspesifikasjon og annen innkjøpsmessig støtte, og av servicekontrakter om vedlikehold av forsikringsavtaler samt annen rådgivning i sammenheng med disse ?

Etter tjenesteforskriften § 3 nr 2 kategori nr 6 punkt a) skal tjenester innen forsikring anskaffes i samsvar med forskriftens prosedyreregler, jf § 3 nr 2. Dette innebærer at tjenestene som hovedregel må anskaffes gjennom anbud etter foreskrevet forhåndskunngjøring.

Med forsikringstjenester menes tjenester oppregnet i De forente nasjoners sentrale produktomenklatur, CPC, referansenummer 812 og 814. Punkt 812 gjelder direkte kjøp av forsikringer, mens punkt 814 gjelder tjenester i tilknytning til forsikringer. Det er her eksplisitt nevnt forsikringsmegling, konsulenttjenester vedrørende forsikringsdekning og hjelp til behandling av forsikringskrav.

Departementet vil for ordens skyld påpeke at det offentlige kjøp av forsikringer som overstiger terskelverdien, også er regulert av forskriften selv om kjøpet formidles gjennom en forsikringsmegler. Kommunen vil dermed være ansvarlig for at slike kjøp gjennomføres i samsvar med regelverket og må således påse at den private tjenesteyteren følger regelverket ved anskaffelsen.

Departementet vil etter dette konkludere med at kommunale/fylkeskommunale kjøp av den type tjenester som nevnt i Deres brev, synes å være blant de typer tjenester som er omfattet av tjenesteforskriften.

Det er videre et krav etter tjenesteforskriften at verdien av den tjenesten som skal anskaffes må overstige terskelverdien gitt i § 5 for at forskriftens regler skal komme til anvendelse. Terskelverdien her er kr 1.600.000,-. I forhold til de problemstillinger som er reist i brevet, vil et aktuelt spørsmål være hva som naturlig skal regnes som én tjeneste, eller med andre ord hvorvidt verdien av konsulentbistanden og servicekontrakten skal vurderes under ett når terskelverdien beregnes.

Departementet er av den oppfatning at det vil være naturlig å vurdere tjenestene under ett ved innkjøp av begge tjenestene på samme tid, se forskriftens § 5. Det fremgår av Deres brev at det er vanlig å kjøpe disse tjenestene under ett gjennom forsikringsmeglere. Departementet vil imidlertid bemerke at det ved en eventuell anbudsinnbydelse vil kunne være aktuelt å åpne for å inngi anbud på deler av de samlede tjenestene.

Så fremt terskelverdien for det som anses som ett innkjøp er oversteget, skal med andre ord innkjøp av forsikringsmeglertjenester foretas gjennom anbudskonkurranse (med mindre tjenesteforskriften § 10 nr 2 punkt c) kommer til anvendelse).

2. Hvilke konsekvenser har en eventuell manglende oppfølging av regelverket

Rettsvirkningene av at EØS- avtalens bestemmelser om offentlige anskaffelser slik de er gjennomført i norsk rett ikke følges i en anskaffelsesprosess, fremkommer dels av anskaffelsesloven og dels av alminnelige anbudsrettslige regler.

Når det gjelder lov om offentlige anskaffelser mv er de reglene som har interesse i forhold til spørsmålene som er tatt opp her, gitt i § 3 annet ledd og § 4 første ledd, dvs at håndhevelsen krever at det tas rettslige skritt.

Forsåvidt det gjelder Deres anførsel om at kontraktene må annulleres og provisjonene betales tilbake, vil § 3 andre ledd komme inn. Det fremgår her at overtredelse av EØS-avtalens bestemmelser om offentlige anskaffelser slik de er gjennomført i norsk rett, ikke gir grunnlag for å sette til side allerede inngåtte kontrakter, se også Ot prp nr 79 (1991-92) side 25. Megleravtaler som er inngått i strid med reglene, kan derfor ikke annulleres eller settes til side etter regelverket om offentlige anskaffelser. Det samme gjelder dermed også den betalte provisjonen.

Med hilsen

Mette Karine Gravdahl Agerup e.f.

Christian Eckhoff

Kopi:

Ft v/Seksjon statskjøp

Kommunenes Sentralforbund v/Erik Eidene,

Kommunalbanken v/Erlend Kohaas

Internt: F-OI, IRM, PHE, SN, HH, MGA, UT



K O P I

DET KONGELIGE NÆRINGS- OG ENERGIDEPARTEMENT

KONTOR: GRUBBEGATA 8 - TLF. 22 34 90 90 - TELEFAX 22 34 95 25/65
POSTADRESSE: POSTBOKS 8148 DEP., 0033 OSLO - TELEKS 21486 OEDEP N

Bergen kommune
Rådmannen
Postboks 805
5002 BERGEN

Deres ref	Vår ref. (bes oppgitt ved svar)	Dato
i:\brev\nadlaan.wpd	NOE 95/1558 AJ JU HH/JHS	23.08.1995

EØS-REGELVERKET FOR OFFENTLIGE ANSKAFFELSER - FINANSIELLE TJENESTER

Vi viser til Deres brev av 18. mai 1995 der det reises spørsmål om Husbankens lån omfattes av forskrift om offentlige tjenestekjøp (tjenesteforskriften).

Det fremgår av tjenesteforskriften § 3 nr 2, kategori nr 6 b) at bank- og investeringstjenester er omfattet av forskriften. Det er gjort unntak for visse tjenester, men de har etter vårt skjønn ingen betydning i relasjon til foreliggende problemstilling.

Inn under bank- og finansieringstjenester faller kommunale låneopptak som ikke er knyttet til finansielle instrumenter. Utgangspunktet er derfor at kommunale låneopptak er omfattet av tjenesteforskriften dersom gebyrer, renter og provisjoner mv. samlet overstiger kr 1,6 mill.

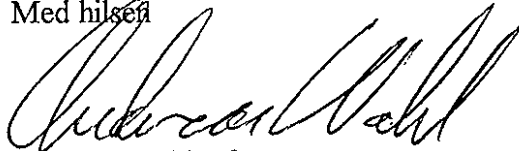
Låneopptak i Husbanken står i utgangspunktet ikke noen særstilling. Husbanken gir i dag bl a generelle lån til grunnfinansiering av nye boliger og fornyelse av eksisterende boliger og bomiljø. I tillegg ytes lån til grunnfinansiering av barnehaver og studentboliger, mens omsorgsboliger fullfinansieres. Dette er lån som ytes uten behovsprøving og som i prinsippet kan ytes av andre finansieringsinstitusjoner, og som det etter departementets syn ikke er grunnlag for å unnta fra tjenesteforskriften.

Ved at Husbanken som et ledd i det offentlige boligpolitikk kan yte subsidierte boliglån, har det tradisjonelt vært gunstigere for kommunene å ta opp lån i Husbanken enn hos finansieringsinstitusjoner som opererer med markedsrente. At Husbanken til tider opererer med lån som er rimeligere enn andre finansieringsinstitusjoner, tilsier imidlertid ikke at slike låneopptak kan unntas fra den anskaffelsesprosedyre som er nedfelt i tjenesteforskriften.

Etter departementets mening er det i prinsippet heller ikke grunnlag for å unnta visse lån som i dag bare ytes av Husbanken, dette gjelder bl a lån som ytes etter en behovsprøving, f eks etableringslån. Med mindre slike lån, som er gjort avhengig av en behovsprøving, kan karakteriseres som offentlig støtteordninger er det ikke grunnlag for å unnta slike lån fra regelverket.

Rene støtte- og tilskuddsordninger fra Husbanken faller følgelig utenfor regelverket for offentlig anskaffelser.

Med hilsen



Andreas Wahl e.f.


Henrik Holmboe

Kopi:
Kommunenes Sentralforbund v/Erik Eidene
Kommunalbanken v/Erlend Kohaas
Forvaltningstjenesten, Seksjon statskjøp

Internt: F-OI, IRM, ACW, PHE, SN, HH



K O P I

DET KONGELIGE NÆRINGS- OG ENERGIDEPARTEMENT

KONTOR: GRUBBEGATA 8 - TLF. 22 34 90 90 - TELEFAX 22 34 95 25/65
POSTADRESSE: POSTBOKS 8148 DEP., 0033 OSLO - TELEKS 21486 OEDEP N

Hordaland Fylkeskommune
Haukeland sykehus
5021 BERGEN

Deres ref	Vår ref. (bes oppgitt ved svar)	Dato
503/95	NOE 95/4219 AJ JU HH/JHS	31.07.1995

EØS-REGELVERKET FOR OFFENTLIGE ANSKAFFELSER - TANNTEKNISKE VARER OG TJENESTER

Vi viser til Deres brev av 9. mai 1995 der det bes om at departementet foretar en ny vurdering av hvorvidt innkjøp fra tanntekniske laboratorier er å anse som varekjøp eller tjenestekjøp.

Det anføres bl a at tanntekniske laboratorier i EU/EØS sammenheng blir definert som produsenter av varer, og det vises i den forbindelse til rådsdirektivene 90/358/EØF og 93/42/EØF og lov av 12. januar 1995 nr 6 om medisinsk utstyr som implementerer direktivene.


De påberopte direktiver inngår som en del av regelverket som tar sikte på å fjerne tekniske handelshindringer og derved bidra til fri bevegelse av varer i EØS-området. Direktivene oppstiller grunnleggende krav til sikkerhet og gir regler om kontroll av produktene for å sikre at disse er i samsvar med de definerte krav.


Direktivene skiller ikke mellom spesialtilpassede produkter og masseproduserte standardvarer. Anskaffelser av tanntekniske tjenester inneholder både tjeneste- og vareelementer som det er vanskelig å skille fra hverandre. Etter det departementet forstår er de produktene som blir innkjøpt fra tanntekniske laboratorier individuelt tilpasset den enkelte pasient der arbeidet med reparasjoner og tilpasninger er det sentrale ved anskaffelsen. Dette taler for å betrakte anskaffelsene som tjenestekjøp i henhold til regelverket for offentlige anskaffelser.

I tillegg antar vi at verdien av tjenesteelementet overstiger verdien av vareelementet, noe som ytterligere taler for å betrakte innkjøpene som et tjenestekjøp. I henhold til tjenesteforskriften § 3 nr 4 skal en kontrakt som både gjelder varer og tjenester være omfattet av tjenesteforskriften dersom verdien av de aktuelle tjenestene er høyere enn verdien av varene som kontrakten omfatter.

På denne bakgrunn er departementet fortsatt av den oppfatning at de anskaffelser det her dreier seg om må anses som tjenestekjøp og således være omfattet av tjenesteforskriftens regler.

Med hilsen


Andreas Wahl e.f.


706 Henrik Holmboe

Kopi:
Kommunalbanken v/Erlend Kohaas
Kommunenes Sentralforbund v/Erik Eidene
Forvaltningstjenesten, Seksjon statskjøp



K O P I

DET KONGELIGE NÆRINGS- OG ENERGIDEPARTEMENT

KONTOR: GRUBBEGATA 8 - TLF. 22 34 90 90 - TELEFAX 22 34 95 25/65
POSTADRESSE: POSTBOKS 8148 DEP., 0033 OSLO - TELEKS 21486 OEDEP N

Rådgivende Ingeniørers Forening
Pilestredet 56
0167 OSLO

Deres ref	Vår ref. (bes oppgitt ved svar)	Dato
Saksnr 7156	NOE 94/5478 AJ JU HH/JHS	06.07.1995

PROGRAM FOR VANNFORSYNING - BEVILGNING TIL GRUNN- VANNSUNDERSØKELSE

Vi viser til Deres brev av 10. mai 1995, oversendt fra Kommunal- og arbeidsdepartementet ved brev av 18. mai s.å.

Det reises spørsmål om NGU's rolle i Program for vannforsyning er forenlig med EØS-avtalens regler om offentlige anskaffelser ettersom også private selskaper har kompetanse til å utføre de tjenester det her dreier seg om.

NGU er den sentrale institusjon for kunnskap om berggrunn, mineralresurser, løsmasser og grunnvann på Norges fastland og kontinentalsokkelens øvre lag. NGU er underlagt Nærings- og energidepartementet som et forvaltningsorgan og er departementets faginstans i spørsmål vedrørende sitt ansvarsområde. Innenfor NGU's ansvarsområde kan Stortingets fritt bevilge midler til driften. Det dreier seg her ikke om noen inngått kontrakt mellom departementet og NGU.

Som et ledd i regjeringens Program for vannforsyning, som har til formål å øke vannkvaliteten i Norge, har NGU fått tildelt midler for å kartlegge mulighetene for økt bruk av grunnvann som vannkilde. For 1995 dreier det seg om en bevilgning på 3 millioner kroner.

Program for vannforsyning retter seg mot kommunene og skal gi støtte til forskjellige typer tiltak knyttet til eksisterende vannverk for å foreta nødvendig kvalitetsforbedring ved vannforsyningsanleggene.

Slik departementet ser på ordningen dreier det seg ikke her om kontrakter om offentlige anskaffelser, men om overføringer til kommunene i forbindelse med kartlegging av grunnvannsforekomster. Kommunene søker om støtte til undersøkelser som så blir finansiert over NGU's budsjett. Av praktiske årsaker blir det imidlertid inngått kontrakt mellom NGU og den enkelte kommune om

gjennomføringen av undersøkelsene. Det dreier seg likevel ikke om kontrakter om offentlige anskaffelser slik disse er definert i regelverket for offentlige anskaffelser, jf tjenesteforskriften § 1 nr 1.

Avslutningsvis kan det legges til at kartleggingen av grunnvann vil føre til økte arbeidsoppgaver innen oppfølgende undersøkelser, prosjektering og utbygging av vannforsyningsanlegg. Disse oppgavene vil være gjenstand for kontraktstildeling på vanlig måte.

Med hilsen



Andreas Wahl e.f.



Henrik Holmboe

Kopi:
Kommunal- og arbeidsdepartementet
Norges Geologiske undersøkelser
Kommunenes Sentralforbund v/Erik Eidene
Kommunalbanken v/Erlend Kohaas
Forvaltningstjenesten, Seksjon statskjøp



K O P

DET KONGELIGE NÆRINGS- OG ENERGIDEPARTEMENT

KONTOR: GRUBBEGATA 8 - TLF. 22 34 90 90 - TELEFAX 22 34 95 25/65
POSTADRESSE: POSTBOKS 8148 DEP., 0033 OSLO - TELEKS 21486 OEDEP N

NKB Rådgivningstjenesten
Postboks 382 Sentrum
0102 OSLO

Deres ref	Vår ref. (bes oppgitt ved svar)	Dato
	NOE 95/2332 AJ JU HH/JHS	15.06.1995

INNKJØPSPOOL - FORHOLDET TIL EØS-REGLENE FOR OFFENTLIGE ANSKAFFELSER

Vi viser til Deres brev innkommet til departementet den 3. april 1995.

Slik departementet forstår henvendelsen dreier det seg her om et frittstående konsulentfirma som inngår flere rammeavtaler med det formål å "videreselge" disse til kommuner og fylkeskommuner. Ved at konsulentfirmaet inngår avtaler som gjelder store varepartier, oppnår kommuner og fylkeskommuner gunstigere priser enn om de enkeltvis skulle inngå avtaler om de samme leveransene.


Kommuner og fylkeskommuner er omfattet av EØS-regelverket for offentlige anskaffelser og er således forpliktet til å følge dette ved anskaffelser av varer og tjenester som har en anslått verdi på 1,6 millioner kroner eller mer. Dersom enkelte kommuner/fylkeskommuner, hver for seg eller i fellesskap, overlater innkjøpene til et konsulentselskap, må anskaffelsene likevel foretas i henhold til EØS-regelverket. Dette fremgår ikke direkte av forskriftene, men kan begrunnes ut fra omgåelsesbetraktninger.

Det følger direkte av vare- og tjenesteforskriften § 1 nr 2 at en sammenslutning dannet av f eks flere kommuner/fylkeskommuner vil anses som oppdragsgiver etter regelverket. Når kommuner/fylkeskommuner går sammen i et innkjøpsfellesskap, er det verdien av de samlede anskaffelser som er det avgjørende i forhold til terskelverdien. Dette innebærer at dersom de samlede verdier av ensartede varer og tjenester som kommunene/fylkeskommunene totalt sett anskaffer har en verdi på 1,6 millioner kroner eller mer, skal anskaffelsene foretas i henhold til EØS-regelverket. Det forhold at den enkelte kommune/fylkeskommune avtar varer og tjenester som isolert sett ligger under terskelverdien, er følgelig ikke avgjørende.

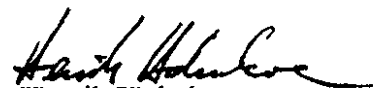
Avgifter som kommunene/fylkeskommunene betaler til konsulentfirmaet må anses som vederlag for selve konsulenttjenesten og vil derfor ikke inngå som en del av

verdien som tas med i beregningen av de varer og tjenester det inngås kontrakter om. Dette er imidlertid en selvstendig kontrakt som i prinsippet vil være omfattet av tjenesteforskriften, jf § 3 nr 2 under kategori 11.

Med hilsen



Andreas Wahl e.f.



Henrik Holmboe

Kopi:
Kommunenes Sentralforbund v/Erik Eidene
Kommunalbanken v/Erlend Kohaas
Forvaltningstjenesten, Seksjon statskjøp

Internt: F-OI, ACW, IRM, PHE, SN



KOPI

DET KONGELIGE NÆRINGS- OG ENERGIDEPARTEMENT

KONTOR: PLØENS GT. 8 - TLF. 22 34 90 90 - TELEFAX 22 34 95 25/65
POSTADRESSE: POSTBOKS 8148 DEP., 0033 OSLO - TELEKS 21486 OEDEP N

Bergen Kommune
Rådmannen
Postboks 805
5002 BERGEN

Deres ref	Vår ref. (bes oppgitt ved svar)	Dato
	NOE 95/1712 AJ JU IRM/JHS	22.05.1995


EØS-FORSKRIFTEN OM KJØP AV TJENESTER - POSTTJENESTER

Vi viser til Deres brev av 27 februar 1995 hvor det bes om en vurdering av forskrift om tildeling av kontrakter om offentlige tjenestekjøps anvendelsesområde i forhold til kjøp av posttjenester.

Departementet er av den oppfatning at når det gjelder kjøp av posttjenester av andre enn Postvesenet, forhindrer pr i dag postmonopolet at kontrakter om transport av "lukkede brev og kort med skriftlige eller med skrift utfylte trykte meddelelser", jf postloven § 3, utføres av andre enn Postvesenet. Departementet er derfor av den oppfatning at forskriften må forstås slik at kjøp av denne type tjenester ikke er omfattet.

Med hilsen


Andreas Wahl e f


Inger Roll-Matthiesen

Kopi:
Kommunenes Sentralforbund v/Erik Eidene
Kommunalbanken v/Erlend mKohaas
Forvaltningstjenesten, Seksjon statskjøp
F-OI, ACW, PHE, SN, HH



DET KONGELIGE NÆRINGS- OG ENERGIDEPARTEMENT

KONTOR: PLØENS GT. 8 - TLF. 22 34 90 90 - TELEFAX 22 34 95 25/65
POSTADRESSE: POSTBOKS 8148 DEP., 0033 OSLO - TELEKS 21486 OEDEP N

Oslo Sporveisbetjenings Forening
Økernveien 7
0653 Oslo

Deres ref	Vår ref. (bes oppgitt ved svar)	Date
	NOE 95/1014- AJ JU HH/ANR	24.04.1995

REGELVERKET FOR OFFENTLIGE ANSKAFFELSER - FORSYNINGSSSEKTORFORSKRIFTEN

Vi viser til Deres brev av 3. februar 1995.

Det reises i brevet en rekke spørsmål om forsyningsforskriftens anvendelse ved kjøp av transporttjenester. Det som synes å være det gjennomgående spørsmål er hvorvidt AS Oslo Sporveier ved å overføre rutekjøringen til AS Sporveisbussene, utløser anbudsplikt på disse rutene etter forskriftens regler.

Oslo Sporveier er oppdragsgiver etter forsyningssektorforskriften. Dette innebærer bl a at Oslo Sporveiers kjøp av transporttjenester som har en verdi på over 3,2 mill kroner må inngås i henhold til forskriften. Derimot vil ikke transporttjenester som utføres i egen regi være omfattet. Oslo Sporveier kan derfor selv trafikker sine ruter uten at det utløser anbudsplikt

Etter det vi forstår har Oslo Sporveier besluttet å skille ut busdivisjonen i et eget selskap, AS Sporveisbussene, og kjøpe transporttjenester fra dette selskapet. Det kan derfor reises spørsmål om en slik avtale kan inngås uten en forutgående kunngjøring og anbudskonkurranse.

Oslo Sporveier eier 52 % av aksjene i Sporveisbussene. I henhold til forskriften § 11 nr 8 får ikke forskriften anvendelse på kontrakter om tjenestekjøp som en oppdragsgiver tildeler et tilknyttet foretak. En forutsetning er imidlertid at minst 80 % av foretakets omsetning av tjenester skriver seg fra ytelse av tjenester til foretaket det er tilknyttet

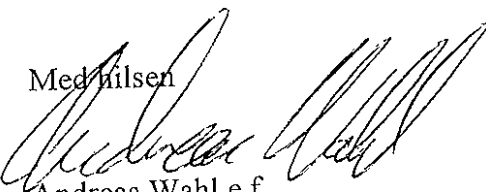
Et tilknyttet foretak er i § 1 nr 3 definert som ethvert foretak som oppdragsgiveren direkte eller indirekte kan utøve avgjørende innflytelse over i kraft av bl a eierforhold og kapitalinteresser, eller som kan utøve en avgjørende

innflytelse over oppdragsgiveren, eller som i likhet med oppdragsgiveren er under avgjørende innflytelse fra et annet foretak i kraft av eiendomsrett, kapitalinteresser eller reglene for virksomheten. Sporveisbussene er etter dette å anse som et tilknyttet foretak til Oslo Sporveier, fordi Oslo Sporveier som oppdragsgiver kan utøve avgjørende innflytelse over Sporveisbussene i kraft av eierforhold.

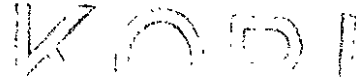
På denne bakgrunn vil Oslo Sporveier kunne kjøpe transporttjenester fra Sporveisbussene uten at forskriftens regler kommer til anvendelse, forutsatt at minst 80 % av Sporveisbussenes omsetning innen tjenester som er oppnådd i EØS-området skrives seg fra tjenester som er ytet til Oslo Sporveier, eller andre foretak Sporveisbussene er tilknyttet.

Det gjøres for ordens skyld oppmerksom på at oppdragsgiver på anmodning skal gi EFTA's overvåkningsorgan nødvendige opplysninger om bl a den aktuelle kontrakt og om forholdet mellom oppdragsgiver og det foretak som er tildelt kontrakten, jf § 11 nr 8 siste ledd.

Med hilsen


Andreas Wahl e.f.


Henrik Holmboe



DET KONGELIGE NÆRINGS- OG ENERGIDEPARTEMENT

KONTOR: PLØENS GT. 8 - TLF. 22 34 90 90 - TELEFAX 22 34 95 25/65
POSTADRESSE: POSTBOKS 8148 DEP., 0033 OSLO - TELEKS 21486 OEDEP N

Bergen kommune
Rådmannen
Postboks 805
5002 Bergen

Deres ref	Vår ref. (bes oppgitt ved svar)	Dato
	NOE 95/1558- AJ JU HH/ANR	30.03.1995

EØS-REGELVERKET FOR OFFENTLIGE ANSKAFFELSER - KJØP AV FINANSIELLE TJENESTER

Vi viser til Deres brev av 20. februar 1995.

Det reises spørsmål om hvorvidt utstedelse av lånesertifikater vil være omfattet av unntaket i tjenesteforskriften § 3 nr 2 kategori 6 og § 4 nr 1 bokstav g). Etter disse bestemmelsene er kontrakter om finansielle tjenester som inngås i forbindelse med emisjon, kjøp, salg og overdragelse av verdipapirer og andre finansielle instrumenter, samt sentralbanktjenester unntatt.

Innledningsvis er det nødvendig å understreke at det er flere uavklarte spørsmål forbundet med forskriftens anvendelse på kjøp av finansielle tjenester. Dette gjelder i særlig grad spørsmålet om hva slags lån som er omfattet av forskriften.

Når det gjelder unntaket for *verdipapirer*, gir ikke tjenesteforskriften noen definisjon av verdipapirer. Verdipapirhandellovens (vphl) legaldefinisjon av verdipapir i lovens § 1 bokstav a) til g) kan imidlertid gi en viss veiledning. Verdipapirer som faller inn under definisjonen her er bl a obligasjoner og andre mengdegjeldsbrev, aksjer, tegningsretter og opsjoner knyttet til slike verdipapirer. Vphl's verdipapirdefinisjon skiller ikke mellom obligasjoners løpetid, og også kortsiktige obligasjoner, herunder sertifikater er omfattet. Videre kan departementet (finansdepartementet) bestemme at andre verdipapirer som er beregnet på alminnelig omsetning skal være omfattet av definisjonen. Avgjørende etter vphl's definisjon er ikke om verdipapiret er et negotiabelt dokument, f eks et omsetningsgjeldsbrev. Verdipapirer som faller utenfor verdipapirdefinisjonen vil for eksempel være pantobligasjoner og vekslar.

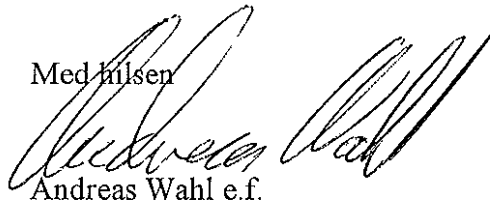
Det som kjennetegner verdipapirer er at man foruten å ha et førstehåndsmarked for vedkommende verdipapir, også har et regulert annenhåndsmarked der

verdipapirer kan omsettes etter at de er utstedt. Obligasjons- og sertifikatmarkedet er lånemarkeder for fordringer på henholdsvis over og under ett års varighet. Slike lån ytes direkte fra innehaveren til utstederen og har avtaler om rentebetalinger m.v. Obligasjons- og sertifikatlån skiller seg således fra "vanlige" gjeldsbrevlån som ytes av finansinstitusjoner, ved at det for de førstnevnte utstedes standardiserte andeler som er ment for omsetning.

Departementet kan ikke se at det skulle være grunn til å behandle sertifikatlån annerledes enn obligasjonslån. Sertifikatlån må etter dette antas å være omfattet av unntaksbestemmelsene i tjenesteforskriften § 3 nr 2 kategori 6 og § 4 nr 1 bokstav g).

Når det gjelder spørsmålet vedrørende tjenesteforskriftens bestemmelser og kommunenes finansieringsordninger gjennom Husbanken, ber departementet om en nærmere redegjørelse av problemstillingen før det kan foretas en nærmere vurdering.

Med hilsen



Andreas Wahl e.f.



Henrik Holmboe



DET KONGELIGE NÆRINGS- OG ENERGIDEPARTEMENT

KONTOR: PLØENS GT. 8 - TLF. 22 34 90 90 - TELEFAX 22 34 95 25/65
POSTADRESSE: POSTBOKS 8148 DEP., 0033 OSLO - TELEX 21486 OEDEP N

K
K
D
I

AS Oslo Sporveier
Forretningsdivisjonen
Postboks 2857 Tøyen
0608 OSLO

Attn.: Div.dir Viggo Johansen

Deres ref	Vår ref. (bes oppgitt ved svar)	Dato
	NOE 94/8223 AJ JU HH/JHS	14.12.1994

KJØP AV TRANSPORTTJENESTER INNEN KOLLEKTIVTRAFIKK - ANVENDELSE AV FORSYNINGSFORSKRIFTEN

Vi viser til Deres brev av 1. november 1994 samt vedlagte notat om forståelsen av forsyningsforskriften.

Departementet kan i det alt vesentlige slutte seg til notatet som er i overensstemmelse med den orientering som ble gitt på møtet den 25. oktober 1994.

Følgende kommentarer og presiseringer kan tilføyes:

Forsyningsforskriften kommer til anvendelse på tildeling av tjenestekontrakter. Derimot faller tildeling av konsesjoner etter samferdselsloven og forskrifter utenfor forsyningsforskriftens anvendelsesområde.

AS Oslo Sporveier er en oppdragsgiver i henhold til forsyningsforskriften (utkast) § 3 nr 1 a, jf § 4 nr 3. Selskapet skal således følge prosedyrene i forskriften ved anskaffelser av varer og tjenester, samt ved kontrahering av bygg og anlegg over de gitte terskelverdier. AS Oslo Sporveier kan imidlertid uten hinder av forskriften selv utføre den rutetrafikk som selskapet har konsesjon til å drive.

Dersom AS Oslo Sporveier ønsker å overføre sine konsesjoner etter de regler som gjelder i henhold til forskrifter fastsatt i lov om samferdsel, vil slike tildelinger ikke omfattes av forsyningsforskriften. Tilsvarende gjelder for de konsesjoner Oslo kommune tildeler som konsesjonsmyndighet.

Hvis AS Oslo Sporveier beholder sine konsesjoner, men ønsker å sette bort driften på enkelte ruter til et annet selskap, vil reglene i forsyningsforskriften komme til anvendelse ved slike kontraktstildelinger, da dette innebærer kjøp av transporttjenester.

Et unntak fra forskriftens anskaffelsesregler følger av § 11 nr 6 i forsyningsforskriften (utkast) for tjenstekontrakter som tildeles et organ som er gitt en enerett i henhold til lov, forskrift eller administrativt vedtak. Departementet vil understreke at det er knyttet usikkerhet til rekkevidden av denne bestemmelsen. Under alle omstendigheter må bestemmelsen forstås med de begrensninger som følger av EØS-avtalens generelle regler. Dette innebærer at bestemmelsen ikke må benyttes på en slik måte at den kommer i strid med reglene om fri bevegelse av tjenester og konkurransereglene. Sett i lys av dette må det antas at det påberopte hjemmelsgrunnlaget for eneretten vil bli underlagt en restriktiv fortolkning.

Det er et vilkår etter bestemmelsen at organet som er tildelt eneretten, er en offentlig oppdragsgiver og således selv er underlagt regelverket for offentlige anskaffelser for sine innkjøp.

Med hilsen



Andreas Wahl e.f.



Henrik Holmboe

❖
kopi: F-01, (ACW), SN, PAE, IRM



KOPI

DET KONGELIGE NÆRINGS- OG ENERGIDEPARTEMENT

KONTOR: PLØENS GT. 8 - TLF. 22 34 90 90 - TELEFAX 22 34 95 25/65
POSTADRESSE: POSTBOKS 8148 DEP., 0033 OSLO - TELEKS 21486 OEDEP N

Statkorn
Att: Arne Ødegaard
Postboks 1367, Vik
0114 OSLO

Deres ref

Vår ref. (bes oppgitt ved svar)

Dato

NOE 94/5748-

AJ JU SN/ANR

22.11.1994

SPØRSMÅL OM STATKORN ER Å ANSE SOM OFFENTLIG OPPDRAKSGIVER I FORHOLD TIL EØS-FORSKRIFTENE OM OFFENTLIG ANSKAFFELSER

Vi viser til Deres brev av 30. august 1994, der Nærings- og energidepartementet bes om vurdere hvorvidt Statkorn, slik de er organisert i dag, er en offentlig oppdragsgiver i relasjon til EØS-forskriftene om offentlige anskaffelser.

Departementet har følgende bemerkninger til spørsmålet:

EØS-forskriftene om offentlige anskaffelser bestemmer alle at offentlige oppdragsgivere er bundet til å følge de fremgangsmåter forskriften foreskriver innenfor de forskjellige forskrifters virkeområde. Hvem som er offentlige oppdragsgivere reguleres alle enslydende i de vedlagte forskriftenes § 1 nr 2.

Omfattet er alle statlige, fylkeskommunale og kommunale myndigheter. I tillegg omfattes også offentligrettslige organer og sammenslutninger dannet av en eller flere av disse.

Hvorvidt et organ er å anse som offentligrettslig etter disse forskriftene reguleres i samme paragraf. De vilkår som er av betydning for vurderingen av hvorvidt Statkorn er et offentligrettslig organ er disse: Organet må være "opprettet med det bestemte formål å imøtekomme allmennhetens behov, og ikke er av industriell eller forretningsmessig karakter", det må være et "selvstendig rettssubjekt" og ha "...et administrasjons-, ledelses- eller kontrollorgan der over halvparten av medlemmene er oppnevnt av statlige, fylkeskommunale eller kommunale myndigheter eller andre offentligrettslige organer."

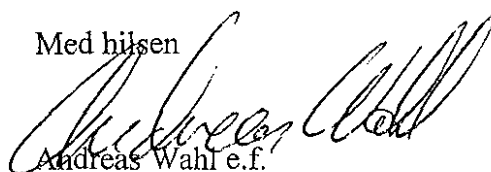
På bakgrunn av de opplysninger som er lagt frem for departementet driver Statkorn virksomhet som delvis er å anse som virksomhet av "forretningsmessig

karakter", ved at de blant annet driver med innkjøp av korn for videresalg. De driver imidlertid også med virksomhet med det formål å imøtekomme allmennhetens behov, ved at de blant annet er satt til å sikre landets kornforsyning, holde beredskapslagre, drive prisutjevning, forvalte støtteordninger til landbruket m.v. Disse forhold er ikke av forretningsmessig karakter og er såvidt karakteristiske for Statkorns virksomhet at virksomheten totalt sett ikke anses å være av forretningsmessig eller industriell karakter. Departementet finner på bakgrunn av det ovenstående, etter en konkret vurdering, Statkorns virksomhet av en slik art at den er ment å tilfredsstille allmennhetens behov. Statkorn er etter dette et offentligrettslig organ, da det er klart at de øvrige vilkår som stilles i forskriften er oppfylt.

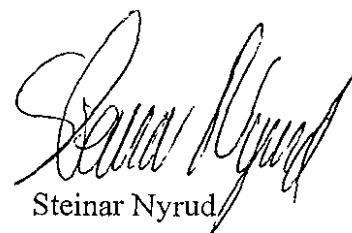
På bakgrunn av ovenstående må Statkorn følge de fremgangsmåter som foreskrives av reglene for offentlige anskaffelser. Dette medfører f.eks. at innkjøp av vedlikeholdstjenester for mer en 1.6 millioner kroner eks. mva, heretter må ut på anbud, jf tjenesteforskriftens § 3 nr. 2, jf § 5 og § 10 nr. 1. Tilsvarende for kjøp av f.eks. anleggsmidler over det samme beløp, jf varekjøpsforskriftens § 3, jf § 5, § 10 nr. 1.

Det presiseres imidlertid at Statkorns innkjøp av landbruksprodukter, ikke er omfattet av forskriftens anvendelsesområde i den utstrekning disse produktene er unntatt fra EØS-avtalen, jf kap 2, jf art. 8 nr.3 litra b, og protokoll nr. 3 til EØS-avtalen.

Med hilsen



Andreas Wahl e.f.



Steinar Nyrud

Vedlegg



K O P I

DET KONGELIGE NÆRINGS- OG ENERGIDEPARTEMENT

KONTOR: PLØENS GT. 8 - TLF. 22 34 90 90 - TELEFAX 22 34 95 25/65
POSTADRESSE: POSTBOKS 8148 DEP., 0033 OSLO - TELEKS 21486 OEDEP N

Kirke-, utdannings- og forskningsdepartementet
Att: Eivind Heder
Postboks 8119, dep.
0032 OSLO

U. off. § 5.

Deres ref	Vår ref. (bes oppgitt ved svar)	Dato
KUF/94/4857 sel/bns	NOE 94/7408- AJ JU SN/ANR	30.11.1994

EØS-REGELENE OM OFFENTLIGE ANSKAFFELSER - VURDERING AV FREMGANGSMÅTEN VED ANSKAFFELSE AV NYTT ØKONOMISYSTEM TIL 26 STATLIGE HØYSKOLER

Vi viser til Deres brev av 7 november 1994, der Nærings- og energidepartementet bes om å vurdere hvorvidt de foretatte endringer i anbudsgrunnlaget i ovennevnte anskaffelse er å betrakte som vesentlig.

Hele anbudssystemet bygger på de grunnleggende prinsipper om gjennom-siktighet og likebehandling. Disse prinsipper forutsetter at alle potensielle anbydere får tilgang til den samme informasjon og at denne senere i anbudsprosessen ikke endres vesentlig.

Et utslag av disse prinsippene finnes i varekjøpsforskriftens § 31 som kun tillater at oppdragsgiver kan anmode om supplerende eller utdypende informasjon om hvordan attester og dokumenter er å forstå. Denne forbyr oppdragsgiver å forhandle om vesentlige sider av tilbudet. Utslag av de samme prinsippene finnes videre i varekjøpsforskriftens § 10 nr.2 som tillater oppdragsgiver å benytte kjøp etter forhandling dersom tilbudene i en tidligere anbudsrunde er ukorrekte, eller dersom tilbudene er uakseptable og tilbudet ikke er endret vesentlig siden forrige anbudsrunde.

Spørsmålet blir på bakgrunn av ovennevnte hvorvidt Kirke-, utdannings- og forskningsdepartementet har endret tilbudet i så stor grad at endringene anses som vesentlige.

Etter varekjøpsforskriftens § 32 skal kriterier for tildeling av kontrakt angis. De valgte kriterier skal fremkomme i anbudsgrunnlaget om mulig i prioritert rekkefølge. Dette er for ovennevnte anskaffelse også gjort. I denne fremkommer pris

som et av mange momenter man må ta med i vurdering. Dette momentet er rangert som nummer fire på listen over til sammen ti momenter.

Det fremkommer av sakens dokumenter at kravspesifikasjonene i anbudet etter utløpet av anbudsfristen ble endret. Utgangspunktet om at man skulle inngå en rammeavtale ble endret til å isteden omfatte en "site-lisenes" gjeldende for alle høyskolene. Anskaffelse av database til alle høyskolene ble trukket ut av anbudet og gitt til Uninett. Videre ble det bestemt at en pilotfase for kvalitetssikring av systemet skulle gjennomføres. Denne informasjon ble ikke meddelt alle anbyderne, da den ble vurdert å være av en slik karakter at den ikke ville påvirke rangeringen av leverandørene imellom.

Disse endringene medførte at Statens Datasentral (SDS), som var den leverandørene som ble ansett for å ha levert det økonomisk mest fordelaktige anbud utifra de ti opplistede kriterier, endret sitt opprinnelige tilbud fra kroner 8 272 820,- inkl mva til ca kroner 6 100 000,- inkl. mva. Dvs en endring på kroner 2 172 820,-, noe som i prosent utgjør en reduksjon på ca 26,3 % iforhold til det opprinnelige pristilbud.

En prisreduksjon på 26,3% som gir seg utslag i nedsettelse på over 2,1 millioner kroner, må normalt i seg selv indikere at det er foretatt vesentlige endringer i anskaffelsen. Når reduksjonen av anskaffelsens verdi dessuten har sammenheng med endringer av hva anskaffelsen omfatter må dette trolig anses som en vesentlig endring av anbudsgrunnlaget.

Om så er tilfellet må man kunngjøre kontrakten på nytt. Den endelige vurdering av om endringen er vesentlig tilligger imidlertid oppdragsgiver som forutsetningsvis er den som har kunnskap til å foreta den konkrete og skjønnsmessige vurdering.

Ved vurderingen er det viktig ikke alene å se på hvilke leverandører som allerede er etablert på det norske marked. Et viktig poeng ved regelverket er også å gi andre leverandører informasjon om anskaffelsene slik at de kan vurdere å gi anbud/tilbud, om nødvendig ved å etablere seg i markedet. Dersom man ikke med en stor grad av sikkerhet vet at slike leverandører ikke finnes må anskaffelsen kunngjøres på nytt dersom endringen av anbudsgrunnlaget kan være av betydning for om de ville ha deltatt i konkurransen.

Med hilsen

Andreas Wahl e.f.

Steinar Nyrud

Intern kopi: F OI, ACW, PHE, HH, IRM.



K O P I

DET KONGELIGE NÆRINGS- OG ENERGIDEPARTEMENT

KONTOR: PLØENS GT. 8 - TLF. 22 34 90 90 - TELEFAX 22 34 95 25/65
POSTADRESSE: POSTBOKS 8148 DEP., 0033 OSLO - TELEKS 21486 OEDEP N

Sandnes kommune
Att: Berit Bore
Postboks 583, Krossen
4301 SANDNES



Deres ref

Vår ref. (bes oppgitt ved svar)

Dato

NOE 94/4156- AJ JU SN/F BOE

01.11.1994

VAREKJØPSFORSKRIFTENS ANVENDELSE PÅ INNKJØP AV SKOLEBØKER I KOMMUNAL SEKTOR

Vi viser til Deres brev av 16 juni 1994.

I brevet vises til fastprisavtalen inngått mellom Den norske bokhandlerforening og Den norske forleggerforening, og i denne forbindelse spørres det om hvordan kommunen skal forholde seg til EØS-reglene for offentlige anskaffelser. På bakgrunn av fastprisavtalen konkluderes det med at det vil være hensiktsløst å sende ut et anbud på lærebøker der prisene er fastsatt på forhånd.

Nærings- og energidepartementet har følgende bemerkninger til problemstillingen:

Varekjøpsforskriften unntar ikke skolebøker fra forskriftens virkeområde, uansett fastprisavtale eller ei, jf forskriftens § 3, jf § 1. Det er heller ingen av forskriftens unntaksregler som kan tenkes anvendt i et tilfelle som dette. Av dette følger det at Sandnes kommune må følge de fremgangsmåter forskriften foreskriver.

Ovennevnte forutsetter at varekjøpet overstiger terskelverdien på 1,6 millioner kroner ekskl. mva. Varekjøpsforskriftens § 5 gir nærmere anvisninger på hvordan terskelverdien beregnes.

I en anbudskonkurranse vil sjelden pris alene være avgjørende ved tildelingen av kontrakten. En varekjøpskontrakt vil oftest tildeles ut fra hva som anses som det økonomisk mest fordelaktige tilbud, jf forskriftens § 32. Da kan man i tillegg legge vekt på kriterier som gjør det mulig å gjennomføre meningsfulle anbudskonkurranser selv om prisen er fastsatt på forhånd. Da vil f.eks. service, leveringssikkerhet, leveringstid, betalingsbetingelser, rabatter på varer det ikke er fastprisavtale på, m.v, kunne være konkurransemomenter.

Fastpris- og omsetningsreguleringsordningen for skolebøker strider ikke mot EØS-regelverket om offentlige anskaffelser. Avtalen er gitt midlertidig dispensasjon etter konkurranseloven. Dispensasjonen utløper 1.1.95. For nærmere informasjon om dette bør Konkurransetilsynet, eventuelt Administrasjonsdepartementet kontaktes.

Med hilsen



Andreas Wahl e.f.



Steinar Nyrud

Kopi
Administrasjonsdepartementet
v/ Beret Sundet
Postboks 8004, Dep
0030 OSLO



KOPI

DET KONGELIGE NÆRINGS- OG ENERGIDEPARTEMENT

KONTOR: PLØENS GT. 8 - TLF. 22 34 90 90 - TELEFAX 22 34 95 25/65
POSTADRESSE: POSTBOKS 8148 DEP., 0033 OSLO - TELEKS 21486 OEDEP N

Datatilsynet
Postboks 8177 Dep.
0034 OSLO

Deres ref	Vår ref. (bes oppgitt ved svar)	Dato
94/771 KBK/HH	NOE 94/3439 AJ JU SN/JHS	10.10.1994

EØS-REGELVERKET OM OFFENTLIGE INNKJØP OG MULIGHETENE FOR Å BEGRENSE DATABEHANDLING AV PERSONREGISTRE I UTLANDET

Vi viser til Deres brev av 19 mai 1994, der det spørres om antagelse av anbud fra et utenlandsk databehandlingsforetak vil måtte medføre at personregisteret må føres og behandles utenfor Norges grenser i henhold til regelverket for offentlige tjenesteinnkjøp.

Det er uklart for departementet hvilke faktiske problemer slike kontrakter kan reise ved at de legges utenfor Norge. Vi vil derfor begrense oss til å gi enkelte generelle merknader til spørsmålet.

I henhold til forskrift om tildeling av kontrakter om offentlige tjenesteinnkjøp er kjøp av EDB tjenester omfattet av forskriften, jf vedlagte tjenesteforskrift (tjf) § 3 nr 2. kategori nr.7, jf vedlagte CPC-nummerliste. Forskriften trådte i kraft 1 juli i år.

Forutsetningen for at man omfattes av tjenstedirektivet er at det er en offentlig oppdragsgiver, som står for tjenstekjøpene, og at tjensteinnkjøpet har en samlet verdi på mer en 1.6 millioner kroner eksklusiv mva, jf henholdsvis tjf §§ 1 og 5. Dersom dette er tilfellet er utgangspunktet at kjøp av tjenester fra datasentraler er omfattet av regelverket om offentlige innkjøp, og den fremgangsmåte som forskriften foreskriver må følges.

Spørsmålet blir deretter om man p.g.a kontraktens egenart kan gjøre unntak fra disse reglene, eventuelt om det kan stilles krav om fysisk tilstedeværelse i Norge som et tildelingskriterium.

Departementet vil først presisere at drift av datasentraler i egenregi, og beslutninger om dette ikke er omfattet av forskriften. Hva som er samme organ i

denne sammenheng, og dermed unntatt fra forskriften vil det føre for langt å gå inn på her, men utgangspunktet er at driften må organiseres innenfor det organ som har behov for dataene. Eksempelvis et departement, et direktorat, et sykehus e.l.

Videre er det klart at drift av datasystem som innebærer overdragelse av offentlig myndighet til dette organet også faller utenfor forskriftens anvendelsesområde, jf EØS-avtalens artikkel 32, jf artikkel 39.

I henhold til tjenesteforskriftens § 4 nr 1 j. gjelder ikke forskriften for "kontrakter som er erklært hemmelige eller bare kan utføres under særlige sikkerhetstiltak i samsvar med lov av 18 august 1914 nr 3 om forsvarshemmeligheter, Sikkerhetsinstruksen eller Beskyttelsesinstruksen gitt ved Kgl.res. av 17 mars 1972 med senere endringer". Det vil si at kontrakter om føring av personregistre som er så sensitive at de faller innenfor noen av disse regelverk, så vil ikke de fremgangsmåter som forskriften foreskriver, komme til anvendelse.

I henhold til tjenesteforskriftens § 4 nr 1 k. gjelder ikke denne forskriften for "kontrakter om tjenestekjøp som omhandlet i EØS-avtalens art. 123". Denne unntar fra EØS-avtalens virkeområde nødvendige tiltak fra medlemslandene som begrunnes utifra hensynet til landets vesentlige sikkerhetsinteresser. Dette er en meget snever unntaksregel, som det skal mye til før brukes på andre områder enn de som eksplisitt allerede er unntatt i bestemmelsens litra b.

Ved siden av disse reglene gjelder også EØS-avtalens generelle prinsipper. Artikkel 39, jf art 33 som omhandler den frie flyt av tjenester, bestemmer at unntak kan gjøres når det kan begrunnes i hensynet til offentlig orden, sikkerhet og folkehelse. Av EF-domstolen er bestemmelsen gitt et snevert anvendelsesområde.

Som det fremkommer av ovennevnte bestemmelser er det ikke alle personregistre som vil falle innunder unntaksreglene. Det er kun sensitive personregistre av betydning for landets sikkerhet, orden eller folkehelse. Det vises i denne sammenheng til en dom avsagt av EF-domstolen i sak C-3/88 (Re Data Processing). Italia forsøkte å begrunne unntak fra regelverket for Edb-leveranser med at det var av betydning for landets sikkerhet. Etter italiensk lov var det kun selskaper som den italienske stat helt eller delvis eide som kunne inngå kontrakter om Edb-leveranser til staten. EF-domstolen uttalte at det ikke var godtgjort at den offentlige orden ville være truet dersom etablering og drift av Edb-systemene gis til firmaer fra andre medlemsland. Sikkerheten var ikke avhengig av det offentlige eierskap, men av personalets taushetsplikt m v. Da de reelle behov i saken kunne sikres like godt via andre mindre vidtgående virkemidler kom domstolen til at det ikke var dokumentert forhold som betinget unntak

Dommen innebærer at den som vil påberope seg statens sikkerhet, selv har bevisbyrden for at dette er nødvendig og ikke overskrider proporsjonalitetsprinsippet, dvs samsvar mellom mål og virkemiddel. Vurderingen av dette tilligger i første rekke den etat som har ansvaret for innkjøpet.

Av det ovenstående følger det at det skal relativt mye til før personregistre, helt kan unntas direktivets fastsatte fremgangsmåter. Hvorvidt Statens vegvesens forespørsel om motorvogn og førerkortregisteret kan unntas er det vanskelig med basis i de foreliggende opplysninger å svare konkret på. Det er imidlertid klart at det ikke kan unntas fordi det alene er snakk om et personregister. Det må være andre forhold som eventuelt kan begrunne et unntak.

Spørsmålet er så om det kan stilles vilkår om at personregisterene må føres i Norge selv om direktivets fremgangsmåter og regler må følges.

Hovedregelen er at en kontrakt skal tildeles på grunnlag av enten laveste pris eller det økonomisk mest fordelaktige tilbud/anbud. Tildeling av kontrakt om føring av et dataregister til alene laveste pris vil ikke være noe godt tildelingskriterium. Det økonomisk mest fordelaktige tilbud har en mer sammensatt vurdering der en på bakgrunn av objektive forretningsmessige vilkår tildeler en kontrakt. Eksempler på hva dette kan være er nevnt i tjf § 39 nr. 1. Denne listen er ikke uttømmende. Eksempelvis vil det være mulig å stille krav om serviceavtaler med service innen gitte tidsfrister, nettverkssikkerhet, kvalitet på overføringene i et "online"-nett e.l.

Videre kan det i anbudsgrunnlaget stilles absolutte vilkår om taushetsplikt eller sikkerhetsklarering, stedlig verneting, lovvalg o.l.

Et eksplisitt krav om stedlig føring av dataregisteret i Norge vil være et diskriminerende krav som ikke er i overensstemmelse med EØS-avtalens art. 4. Ved vurderingen av om et vilkår er diskriminerende har EF-domstolen vektlagt virkningen av et vilkår mer enn dets konkrete utforming.

Av dette følger det at det ikke kan settes klare regler for om et personregister kan føres i Norge eller utlandet. Det må vurderes i hvert enkelt tilfelle om det faller utenfor forskriftens anvendelsesområde i henhold til ovennevnte redegjørelse, og eventuelt om det går an å sette slike vilkår på forretningsmessig grunnlag som i resultatet gjør føring i Norge til det eneste naturlige.

Med hilsen

Andreas Wahl e.f.

Steinar Nyrud

Vedlegg



KOD

DET KONGELIGE NÆRINGS- OG ENERGIDEPARTEMENT

KONTOR: PLØENS GT. 8 - TLF. 22 34 90 90 - TELEFAX 22 34 95 25/65
POSTADRESSE: POSTBOKS 8148 DEP., 0033 OSLO - TELEKS 21486 OEDEP N

Norsk Medisinaldepot AS
v/ Legemiddeldir. Jon Aarskog
Postboks 100, Veitvet
0518 OSLO

Deres ref

Vår ref. (bes oppgitt ved svar)

Dato

NOE 94/1282 AJ JU BOE/SN/JHS 06.10.1994

SPØRSMÅL OM HVILKE PRODUKTER SOM INNGÅR I BEGREPET "ENSARTEDE VARER" VEDRØRENDE BEREKNING AV TERSKELVERDIENE VED OFFENTLIGE INNKJØP AV LEGEMIDLER

Det vises til brev fra Norsk Medisinaldepot AS (NMD) av 2 februar 1994, hvor De ber om en utredning om hvordan terskelverdiene i varekjøpsforskriftens § 5 skal anvendes for offentlige sykehus sitt innkjøp av legemidler.

De ønsker der at begrepet "ensartede varer" skal tolkes slik at det er i overensstemmelse med de produktklassifiseringer som fremgår av ATC-klassifiserings-systemet for legemidler.

Nærings- og energidepartementet viser til vedlagte brev til Norges Apotekerforening hvor dette spørsmålet behandles under pkt. 3.

Departementet er ikke enig i at produktområder generelt skal defineres ut fra ATC med den detaljeringsgrad som fremkommer der. Dette vil være den riktige løsning i en del tilfeller, men ofte er legemidler til en viss grad utbyttbare og tjener samme medisinske behov. Om så er tilfelle må anskaffelsene vurderes som kjøp av "ensartet vare" uavhengig av ATC-listen. Det samme gjelder for forskrift om farmasøytiske spesialpreparater av 22 oktober 1993 som bygger på ATC-listen.

Det vises i denne sammenheng også til St.meld. nr. 2 for 1994 om revidert nasjonalbudsjett, hvor dette problemet blir tatt opp under pkt. 2.6.4.3, side 47

Produktområder kan fritt inndeles grovere enn det som følger av begrepet "ensartede varer" og de prinsipper dette bygger på. Hverken substituttprinsippet, som går ut på at to produkter er ensartede når de gjensidig kan erstatte hverandre, eller utnyttelsen av det aktuelle konkurranseelement i marked, hindrer dette. Disse er derimot til hinder for hvor fint en oppdragsgiver kan inndeles produktområdene når terskelverdien skal beregnes iht til forskriftens § 5. Her må det foretas en

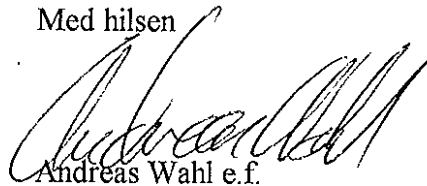
vurdering i hvert enkelt tilfelle, der bruk av ATC-listen kun er et veiledende moment.

I tillegg til det som er sagt ovenfor vil vi få presisere at oppdeling av innkjøp i den hensikt å unngå at forskriften kommer til anvendelse, er forbudt, jf § 5 nr. 6.


Departementet vil også benytte anledningen til å presisere at varekjøpsforskriftens § 10 foreskriver sidestilt bruk av enten åpen eller begrenset anbudskonkurranse. I Deres brev fremkommer det en uttalelse om at disse innkjøpsprosedyrene "helst" skal benyttes. Dette er misvisende. Kjøp etter forhandling er bare tillatt i spesielle situasjoner som beskrives i § 10 nr 2 og 3. Disse unntakene fortolkes strengt.

Departementet har ikke ATC-listen. Om mulig ville vi sette pris på å få tilsendt kopi av denne.

Med hilsen



Andreas Wahl e.f.



Steinar Nyrud

Vedlegg

Brev til Apotekerforeningen
Utdrag av St.meld. nr. 2. 1994

Saksbehandlere:
Steinar Nyrud
Bernd Ewald



DET KONGELIGE NÆRINGS- OG ENERGIDEPARTEMENT

KONTOR: PLØENS GT. 8 - TLF. 22 34 90 90 - TELEFAX 22 34 95 25/65
POSTADRESSE: POSTBOKS 8148 DEP., 0033 OSLO - TELEKS 21486 OEDEP N

Finnmark Ambulanseforening
v/Dag Nedrejord
9730 KARASJOK

Deres ref	Vår ref. (bes oppgitt ved svar)	Dato
	NOE 94/5902 AJ JU ACW/JHS	06.10.1994

AMBULANSETJENESTER - FORHOLDET TIL EØS-AVTALENS REGLER OM OFFENTLIGE ANSKAFFELSER

Vi viser til Deres brev av 6. september i år om ovennevnte.

Fra 1. juli i år gjelder den nye EØS-forskriften for det offentliges kjøper tjenester. Forskriften får anvendelse på kjøp med en kontraktsverdi på over 1,6 mill kroner eks mva.

Regelverket er lagt opp slik at ved kjøp av visse typer tjenester - såkalte prioriterte tjenester - gjelder hele forskriften. Bestemmelsene i forskriften innebærer bl a at kontrakten må utlyses på anbud i hele Europa. For andre typer tjenester - uprioriterte tjenester - er det kun enkelte av forskriftens bestemmelser som er obligatoriske (§ 9 og § 13 nr 2). I disse tilfellene er det ikke noe krav til anbudskonkurranse.

Hvorvidt ambulansetjenester er en prioritert eller uprioritert tjeneste

Blant de prioriterte tjenestene angitt i forskriftens § 3 nr 2, er bl a landtransport (kategori 2). Dette omfatter også transport av personer. I følge § 3 nr 3 regnes imidlertid helsetjenester blant de uprioriterte tjenestene (kategori 25). Under helsetjenester kommer også ambulansetjenester.

For å regnes som en ambulansetjeneste i denne sammenheng, må tjenesten i tillegg til å omfatte transport av personer, også inneholde et element av helsetjeneste. I praksis vil dette normalt innebære at det må være behov for medisinsk tilsyn under transporten. Gjelder tjenesten transport av personer som ikke trenger medisinsk tilsyn under transporten (dvs som like godt kunne benyttet drosje), er det ikke naturlig å regne denne tjenesten som en helsetjeneste. Den må i stedet regnes som ordinær persontransport, og faller dermed inn under reglene som gjelder for de prioriterte tjenestene.

Dersom fylkeskommunen ønsker å inngå en samlet kontrakt om transport både av personer som trenger medisinsk tilsyn, og personer som ikke trenger slikt tilsyn, vil bestemmelsene for prioriterte tjenester gjelde dersom verdien av den prioriterte tjenesten (ren transporttjeneste) er høyere enn den uprioriterte tjenesten (transport m/medisinsk tilsyn) jf forskriftens § 3 nr 4. I motsatt fall gjelder bestemmelsene for uprioriterte tjenester.

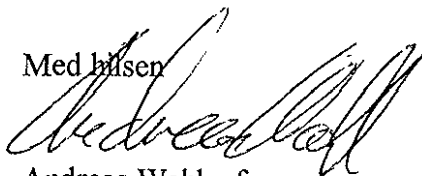
Regler for inngåelse av kontrakter om uprioriterte tjenester ("rene" ambulansetjenester)

Som nevnt gjelder § 9 og § 13 nr 2 i tjenesteforskriften også for uprioriterte tjenester (jf § 3 nr 3). § 9 gir regler om bruk av tekniske spesifikasjoner mens § 13 nr 2 krever at oppdragsgiver skal melde fra om kontrakter som er inngått til EUs publikasjonskontor.

Uavhengig av om kontrakten er verdt mer enn 1,6 mill kr gjelder de generelle reglene i EØS-avtalen. Dette betyr at oppdragsgiver ikke kan forskjellsbehandle aktuelle og potensielle leverandører på grunnlag av nasjonalitet, jf avtalens art 4.

Ut over nevnte regler kan fylkeskommunen selv ha vedtatt anskaffelsesregler som inneholder bestemmelser om hvilken prosedyre som skal følges ved anskaffelser.

Med hilsen



Andreas Wahl e.f.



Pål Hellesylt



DET KONGELIGE NÆRINGS- OG ENERGIDEPARTEMENT

KONTOR: PLØENS GT. 8 - TLF. 22 34 90 90 - TELEFAX 22 34 95 25/65
POSTADRESSE: POSTBOKS 8148 DEP., 0033 OSLO - TELEKS 21486 OEDEP N

Advokatfirmaet Schjødt
Postboks 2444 Solli
0201 Oslo

Attn.: Peter G. Nitter

Deres ref	Vår ref. (bes oppgitt ved svar)	Dato
	NOE 94/3440 AJ JU HH/JHS	03.10.1994

SKATTEDIREKTORATET - ANVENDELSE AV TJENESTE- DIREKTIVETS ARTIKKEL 4

Vi viser til Deres brev av 16. mai 1994 der det blir reist spørsmål om fortolkningen av unntaksbestemmelsen i tjenesteforskriftens artikkel 4.

Innledningsvis kan det opplyses at tjenesteforskriften nå er implementert i norsk rett ved forskrift om gjennomføring av EØS-avtalens vedlegg XVI punkt 5b om tildeling av kontrakter om offentlige tjenestekjøp, fastsatt ved kgl res av 1. juli 1994, med ikrafttredelse samme dag.

Artikkel 4 nr 2 i tjenstedirektivet, som det vises til i Deres brev, er inntatt i forskriftens § 4 bokstav j) med følgende ordlyd:

"Denne forskrift gjelder ikke for:

[...]

kontrakter som er erklært hemmelige eller bare kan utføres under særlige sikkerhetstiltak i samsvar med lov av 18. august 1914 nr 3 om forsvarshemmeligheter, Sikkerhetsinstruksen eller Beskyttelsesinstruksen gitt ved kgl res av 17. mars 1972 med senere endringer."

Unntaksbestemmelsen må sees på som et utslag av EØS-avtalens artikkel 39, jf artikkel 33 som gir adgang til å legge restriksjoner på adgangen til å yte tjenester ut fra nasjonale sikkerhetshensyn. Etter Europadomstolens praksis må disse og lignende unntaksbestemmelser fortolkes restriktivt, og det må foreligge tungtveiende grunner for å kunne påberope seg bestemmelsene.

Et grunnleggende prinsipp ved regelverket for offentlige anskaffelser er likebehandling av de forskjellige leverandører og at utvelgelse skal skje på grunnlag av objektive kriterier. Et krav om at leverandørene må være hjemmehørende i Norge

vil innebære et brudd på diskrimineringsforbudet i EØS-avtalen, og kan bare rettfærdiggjøres dersom det foreligger et rettslig grunnlag for å gjøre unntak.

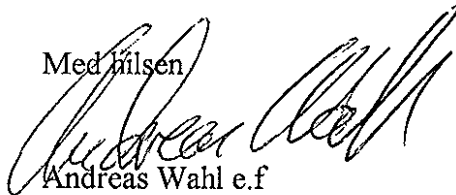
Selv om det er av stor samfunnsmessig betydning at utskrivningen av skattelister blir utført på en korrekt og betryggende måte, anser departementet det som tvilsomt om de tjenester det her dreier seg om kan anses å berøre "vitale nasjonale interesser".

En del opplysninger i skattelistene er underlagt taushetsplikt ut fra hensynet til private interesser. Denne omstendighet vil imidlertid ikke være tilstrekkelig grunn for å unnta et oppdrag om levering av utskrifter fra anbudsreglene.

Oppdragsgiver kan i anbudsgrunnlaget eller i anbudsmaterialet stille de krav til leverandører som måtte være påkrevet for å utføre tjenesten på en forsvarlig måte, herunder bestemmelser om taushetsplikt, sikkerhetsklarering og dokumentoppbevaring mv. De samme krav må imidlertid stilles til norske og andre EØS-leverandører.

Tjenesteforskriften § 35 slår fast at tjenesteyternes evne til å utføre tjenestene kan vurderes særlig med henblikk på deres faglige kompetanse, effektivitet, erfaring og pålitelighet. Bestemmelsen angir også de krav til dokumentasjon som kan stilles til leverandører.

Med hilsen



Andreas Wahl e.f



Henrik Holmboe



KOPI

SA

DET KONGELIGE NÆRINGS- OG ENERGIDEPARTEMENT

KONTOR: PLØENS GT. 8 - TLF. 22 34 90 90 - TELEFAX 22 34 95 25/65
POSTADRESSE: POSTBOKS 8148 DEP., 0033 OSLO - TELEKS 21486 OEDEP N

Rikstrygdeverket
Drammensvn 60
0271 OSLO

Att: Frank Wold

Deres ref	Vår ref. (bes oppgitt ved svar)	Dato
	NOE 94/5405 AJ JU PHE/JHS	05.09.1994

EØS-REGELVERKET OM OFFENTLIGE TJENESTEKJØP - VEDLIKEHOLD AV HEISER

Vi viser til Rikstrygdeverkets forespørsel av 25. juli i år vedrørende tildeling av kontrakter om ettersyn og vedlikehold av heiser.

Får EØS-reglene anvendelse ?

Kontrakter om ettersyn og vedlikehold av heiser er av en slik karakter at de fullt ut er omfattet av reglene i EØS-forskriften om tjenestekjøp, jf forskriftens § 3 nr 2, kategori 1.

Forutsetningen for at forskriften skal få anvendelse er imidlertid at tjenestene har en verdi på mer enn 1,6 MNOK eks mva. For kontrakter som inngås regelmessig skal verdien av tjenestene beregnes ved å summere verdien de kontrakter som er inngått i de 12 foregående månedene, evt anslått verdi for de kommende 12 måneder (§ 5 nr 6). Siden summen av Rikstrygdeverkets vedlikeholdskontrakter i løpet av 12 måneder klart ligger over minsteverdien på 1,6 MNOK, må reglene i tjenesteforskriften følges ved tildelingen av slike kontrakter.

Kan det benyttes begrenset konkurranse/forhandlinger ?

Det opereres med følgende tre forskjellige anskaffelsesprosedyrer i tjenesteforskriften:

1. Kjøp etter åpen anbudskonkurranse;
2. Kjøp etter begrenset anbudskonkurranse, og
3. Kjøp etter forhandling

Rikstrygdeverket kan i utgangspunktet velge mellom å benytte enten prosedyren for åpen eller begrenset anbudskonkurranse. Ved disse prosedyrene kan det ikke forhandles om pris eller andre vilkår.



DET KONGELIGE NÆRINGS- OG ENERGIDEPARTEMENT

KONTOR: PLØENS GT. 8 - TLF. 22 34 90 90 - TELEFAX 22 34 95 25/65
POSTADRESSE: POSTBOKS 8148 DEP., 0033 OSLO - TELEKS 21486 OEDEP N

Administrasjonsdepartementet
Postboks 8004 Dep
0030 OSLO

Deres ref	Vår ref. (bes oppgitt ved svar)	Dato
	NOE 94/3672 F MOT/LEM	24.6.1994

GODKJENNINGSORDNING FOR RENHOLDSBRANSJEN

Vi viser til Deres brev av 26. mai og samtaler i sakens anledning.

I tilleggssavtalen til EØS-avtalen er det tatt inn et direktiv om det offentlige anskaffelser av tjenester. Utkastet til tjenesteforskrift til gjennomføring av dette direktivet gir i §§ 30 flg regler om hvilke krav som kan stilles til leverandører og hva slags dokumentasjon som kan kreves fremlagt.

Reglene innebærer at man ikke kan stille krav om at leverandørene er tilsluttet en godkjenningssordning som beskrevet i brevet fra Norsk Arbeidsmandsforbund, fordi dette ville være å diskriminere utenlandske tilbydere. Heller ikke som kriterium for tildeling av kontrakter kan medlemskap i ordningen brukes, dersom dette ville innebære en diskriminering av leverandører fra EØS-området. Formålet med ordningen vil imidlertid kunne oppfylles ved at man stiller krav om dokumentasjon for innbetalte skatter, avgifter og trygdeavgift, herunder også yrkesskadeforsikring. Det kan også åpnes for at godkjenning etter ordningen skal være tilstrekkelig dokumentasjon for at vilkårene er oppfylt.

Når det gjelder kravene til nødvendig bedriftshelsetjeneste, tilfredsstillende opplæring av de ansatte, innføring av internkontroll og vernetjeneste er det vanskeligere å vurdere hvordan dette kan gjennomføres i henhold til regelverket. Dette skyldes i første rekke hvordan dette skal/kan dokumenteres i forhold til godkjenningssordningen. Generelt kan det sies at forskriften legger forholdene vel til rette for at oppdragsgivere kan stille krav til seriøsitet og profesjonalitet selv om man ikke kan stille krav om at den enkelte leverandør skal være tilsluttet godkjenningssordningen for renholdsbransjen. Også for disse betingelsene kan godkjenningssordningen være tilstrekkelig dokumentasjon på at kravene er oppfylt.

Selv om man i forhold til statlige oppdragsgivere kan gjøre de muligheter som forskriften gir obligatoriske, har Nærings- og energidepartementet visse

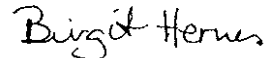
betenkeligheter. Dette er spesielt knyttet til å pålegge oppdragsgivere ansvar som ellers naturlig hører inn under de myndigheter som er satt til å kontrollere at forskjellige regelverk overholdes. Om man allikevel velger å pålegge statlige oppdragsgivere å påse at leverandørene overholder regelverk, har dette en praktisk side som departementet må se nærmere på. Trolig er det fornuftig å holde seg til krav som det er forholdsvis lett å dokumentere.

Nærings- og energidepartementet vil vurdere spørsmålet om å stille slike krav ved statlige anskaffelser i forbindelse med en generell revisjon av regelverket for statlige anskaffelser. Dette arbeidet vil trolig kunne starte høsten 1994

Med hilsen



Eivind Nordtorp



Birgit Hernes

Kopi: AJ-JU

GODKJENNINGSORDNING FOR RENHOLDSBEDRIFTER

Det vises til notat fra F-OI av 9 juni, brev fra AD av 26 mai i år samt brev fra Norsk Arbeidsmandforbund av 7 desember 1993.

Såvidt vi forstår er problemstillingen hvorvidt offentlige oppdragsgivere i hht EØS-regelverket kan stille krav om at leverandører av renholdstjenester skal være godkjent etter den frivillige godkjenningsordningen.

Utkastet til tjenesteforskrift til gjennomføring av Tjenstedirektivet gir i §§ 30 flg regler om hvilke krav som kan stilles til leverandører og hva slags dokumentasjon som kan kreves fremlagt i denne forbindelse.

Etter utkastets § 32 fremgår det at man kan kreve dokumentert at den enkelte leverandør har betalt skyldige skatter, avgifter og trygdeavgifter. Som trygdeavgift synes det i denne forbindelse naturlig å regne yrkesskadeforsikring så langt arbeidsgiver er pålagt å sørge for slik forsikring gjennom lov.

§ 32 nr 2 bestemmer at det kan kreves fremlagt attest fra utpekt myndighet for at slike avgifter er betalt. Om slike attester ikke utstedes av vedkommende EØS-stat kan leverandøren i stedet fremlegge en ed eller erklæring på at vilkårene er oppfylt. Hovedbegrunnelsen for reglens utforming på dette punkt er at det for tjenesteytere i andre EØS-land ofte vil være vanskelig å oppfylle eller dokumentere de krav som stilles etter slike ordninger.

Reglene innebærer at man ikke kan stille krav om at leverandørene er tilsluttet en godkjennelsesordning som beskrevet i brevet fra Norsk Arbeidsmandforbund. Formålet med godkjennelsesordningen vil imidlertid kunne oppfylles ved at man stiller krav om dokumentasjon for innbetalte skatter og avgifter mv. Man kan videre åpne for at godkjennelse etter ordningen skal være tilstrekkelig dokumentasjon for at vilkårene er oppfylt. Dette vil trolig i praksis kunne være en attraktiv løsning for leverandørene som også kan bidra til at ordningen blir en suksess.

Når det gjelder kravene til nødvendig bedriftshelsetjeneste, tilfredsstillende opplæring av ansatte, innføring av internkontroll og vernetjeneste er det vanskeligere å vurdere hvordan dette kan gjennomføres i hht regelverket. Dette skyldes i

første rekke at vi ikke er kjent med hvordan dette skal/kan dokumenteres i forhold til godkjenningsordningen. Vi vil derfor i denne omgang nøye oss med å knytte noen generelle kommentarer til problemstillingen.

Forhold knyttet til lover og regler om arbeidsmiljø ol er regulert i utkastets § 31. Etter denne bestemmelse kan oppdragsgiver i anbuds-/tilbudsgrunnlaget angi hvor tjenesteytere kan få de nødvendige opplysninger om forpliktelser som er knyttet til norske bestemmelser om arbeidsmiljø og arbeidsvilkår. Oppdragsgiver som gir opplysninger som nevnt skal i så fall be dem som deltar i en anbudskonkurranse om å tilkjennegi at de ved utarbeidelsen av anbudet/tilbudet har tatt hensyn til disse forpliktelsene.

Ved å utnytte denne bestemmelsen vil man trolig langt på vei kunne oppnå at de renholdsbedrifter som har oppdrag for det offentlige følger gjeldende regler. Om det skulle vise seg at renholdsbedrifter som har fått kontrakter ikke overholder regelverket må det videre være adgang til å ilegge sanksjoner, f eks ved å utelukke dem fra fremtidige oppdrag eller ved å gi oppdragsgiver adgang til å heve kontrakten om forholdene ikke rettes. Evt sanksjoner bør trolig nedfelles i den enkelte kontrakt eller i regelverket. Det bemerkes at hverken direktivet eller forskriften har bestemmelser som uttrykkelig åpner for å utelukke leverandører som ikke overholder norsk regelverk. En slik adgang må imidlertid innfortolkes så lenge det aktuelle regelverk i seg selv ikke er i strid med EØS-avtalen.

Når det gjelder kravet om opplæring av de ansatte gir utkastet i § 35 regler om hva slags dokumentasjon som kan kreves som bevis for tjenesteyterens tekniske kvalifikasjoner. Bestemmelsen er å anse som uttømmende og man kan som utgangspunkt ikke kreve annen dokumentasjon enn det som er nevnt i bestemmelsen. Etter bestemmelsen kan man ikke stille krav om opplæring av de ansatte. Man kan derimot stille krav til kompetansenivå hos leverandøren og de som skal utføre tjenesten. I denne forbindelse kan man kreve informasjon om utdanning, faglige kvalifikasjoner, erfaring, pålitelighet, tiltak som er truffet for kvalitetssikring etc. Generelt må forskriften sies å legge forholdene vel til rette for at oppdragsgiver kan stille krav til seriøsitet og profesjonalitet selv om man ikke kan stille krav om at den enkelte leverandør skal være tilsluttet godkjenningsordningen for renholdsbransjen. Det bemerkes at også i denne sammenheng kan man la godkjenning etter ordningen i seg selv være tilstrekkelig dokumentasjon for at kravene er oppfylt. (Forutsetningen er selvfølgelig at det stilles like høye krav etter godkjenningsordningen som etter anbudsgrunnlaget til den enkelte kontrakt.)

Avslutningsvis bemerkes at det neppe er noe i veien for at man i forhold til statlige oppdragsgivere gjør de muligheter som forskriften gir obligatoriske. Det kan imidlertid stilles spørsmålstejn ved hvor langt man bør gå her. Etter seksjonens oppfatning bør man i hvertfall være forsiktige med å gå så langt at oppdragsgiverne pålegges ansvar som ellers naturlig hører inn under de myndigheter som er satt til å kontrollere at forskjellige regelverk overholdes. Om man skal pålegge statlige oppdragsgivere noen plikter i denne forbindelse ville det trolig være fornuftig å holde seg til krav som det er forholdsvis lett å dokumentere, f eks krav om attester for innbetalte avgifter, skatter mv.