



**Klagenemnda
for offentlige anskaffelser**

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

Postadresse
Postboks 8014 Dep.
0030 Oslo

Besøksadresse
Einar Gerhardsens plass 1 (R4)
0030 Oslo

Tlf.: 22 33 70 10
Faks: 22 33 70 12

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

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 & Konsulentservice 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 & Konsulentservice 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 Konsulentservice. 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 & Konsulentservice 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 Konsulentservice 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 etterprøvbarhet 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:


Svein Dahl

28/2
~~19/2~~-03