



Klagenemnda for offentlige anskaffelser

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:

Postadresse
Postboks 439 Sentrum
5805 Bergen

Besøksadresse
Olav Kyrresgate 8
5014 Bergen

Tlf.: 55 59 75 00
Faks: 55 59 75 99

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

- (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 korrigerte 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. Konkurransgrunnlaget 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:

□pålægger de bydende, at de angiver, hvilken elektrisitetsmengde, der er produceret 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 udbuddet□

- (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 punktet.

- (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 reserveenheter kunne disponeres av innklagede. Det vises blant annet til at samtlige enheter, inkludert reserveenheter, 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: () ☐ hvorefter listen fremgår. Klager har forpliktet seg til å la innklagede disponere utstyret, inkludert reserveenheter. Innklagede har således lagt feil faktum til grunn i evalueringen av ☐kapasitet☐ når reserveenheter 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