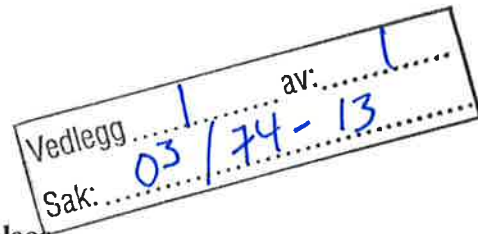




**Klagenemnda
for offentlige anskaffelser**



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.*"

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

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 helhetsegrepet (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 bestriker å ha brutt regelverket om offentlige anskaffelser.

Ottar Arkitekter AS var ikke var inhabile til å delta i konkurransen. Konkurranses grunnlaget 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 brukervedvirkning", "helhetsgrepet (plassering og utforming av bygget)", "fordeling av ressursbruk" og "detaljering 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,


Svein Dahl

Oslo, 6.6.2003