



Klagenemnda for offentlige anskaffelser

Innklagede gjennomførte en direkte anskaffelse med hjemmel i forskrift om offentlige anskaffelser § 11-2 (1) bokstav f, vedrørende generalentreprise for oppføring av en barnehage. Klagenemnda fant at innklagede hadde brutt kravene til etterprøvbarhet og gjennomsiktighet ved at deler av tilbudsevalueringen ikke var tilstrekkelig dokumentert. Videre var deler av tilbudsevalueringen i strid med regelverkets krav til likebehandling og forutberegnelighet. Innklagede hadde ikke gitt en tilstrekkelig begrunnelse for valg av tilbud. Klagers øvrige anførsler førte ikke frem.

Klagenemndas avgjørelse 21. januar 2008 i sak 2007/126 – 20

Klager: NP Bygg AS

Innklaget: Oslo kommune v/Omsorgsbygg Oslo KF

Klagenemndas medlemmer: Kai Krüger, Bjørg Ven, Jakob Wahl

Saken gjelder: Klagenemndas kompetanse. Spørsmål om avvisning av valgte leverandør. Tilbudsevaluering. Begrunnelse.

Bakgrunn:

- (1) Oslo kommune v/Omsorgsbygg Oslo KF (heretter kalt innklagede) kunngjorde 26. juni 2006 en konkurranse med forhandling vedrørende generalentreprise for oppføring av Sinsen barnehage. Det kom ikke inn noen tilbud i konkurransen. Innklagede inviterte deretter, uten fornyet kunngjøring, et begrenset antall leverandører til å delta i en konkurranse med forhandling, jf konkurransegrunnlagets punkt 2.2 "Anskaffelsesprosedyre".
- (2) I konkurransegrunnlagets punkt 2.1 stod det følgende om regler for konkurransen:

"Anskaffelsen er omfattet av Lov om offentlige anskaffelser 16. juli 1999 nr 69 og forskrift om offentlige anskaffelser av 15. juni 2001 (foa). For denne anskaffelsen gjelder forskriftens del I og III."
- (3) Kontrakt skulle i henhold til konkurransegrunnlagets punkt 6.2 tildeles den leverandøren som leverte det økonomisk mest fordelaktige tilbud basert på følgende tildelingskriterier:

”

	Kriterium	Krav til dokumentasjon/beskrivelse	Vekting
1)	<i>Pris</i>	<i>I prisvurderingen inngår: a) Tilbudssum b) Timesatser og påslagsprosent ved endringsarbeider c) Ved vurdering av timepris vil det i tilbudsvurderingen bli regnet med 400 timer normalt d) Ved vurdering av materialpåslaget vil det bli beregnet at fordeling materialer/timer er 50/50.</i>	70 %
2)	<i>Kompetanse</i>	<i>Spesifikasjon av utdanning, erfaring og samarbeidsevner. Samarbeidsevner dokumenteres med relevante referanseprosjekter. Det skal henvises til referansepersoner som vil kunne gi en skriftlig tilbakemelding til Omsorgsbygg.</i>	20 %
3)	<i>Byggetid</i>	<i>Normal byggetid er 9 måneder. Kortere byggetid premieres ikke, lengre tilbudt byggetid vil bli tillagt en kr. 3000,- pr. uke a) Sendt igangsettelsestillatelse b) Byggetid</i>	10 %

”

- (4) Innen tilbudsfristens utløp 4. desember 2006 var det kommet inn tilbud fra fem leverandører, herunder fra NP Bygg AS (heretter kalt klager) og Harald Langemyhr AS (heretter kalt Langemyhr) som senere ble tildelt kontrakt.
- (5) Klagers tilbudssum var på kr 24 102 085 eks mva med et fastpristillegg på kr 0, mens Langemyhrs tilbudssum lød på kr 23 244 730 eks mva med et fastpristillegg på kr 600 000 eks mva.
- (6) I klagers tilbud var tid for innsendelse av igangsettelsestillatelse angitt til 15 kalenderdager, mens byggetid var oppgitt å være 270 kalenderdager.
- (7) Det ble avholdt separate ”Avklaringsmøter” med Langemyhr og klager henholdsvis 9. og 15. februar 2007. Av referat fra møtet mellom innklagede og Langemyhr 9. februar fremkom følgende under punkt 7.0 ”Diverse”:
- ”7.1 OBY [Omsorgsbygg Oslo KF] ga H. Langemyhr as mulighet til å vurdere prisbildet, påslag og byggetid i forhold til et evt. videre forhandlingsmøte.”
- (8) Vedlagt e-post av 14. februar 2007 sendte Langemyhr ”et revidert tilbud på fastpris for lønns/prisstigning, og timesatser og påslagsprosent vedr regningsarbeider”. I det reviderte tilbudet var fastprisen redusert til kr 400 000 eks mva.
- (9) Klager leverte ved brev av 21. februar 2007 et revidert pristilbud pålydende 23 248 680 eks mva.
- (10) Om ”Forhandlinger” stod det følgende i innklagedes anskaffelsesprotokoll:

”

Forhandlinger		
Med hvem	Dato	Resultat
H. Langemyhr AS	9.2.2007	Kr. 22.824.259,- eks. mva
NP Bygg AS	15.2.2007	Kr. 23.248.680,- eks. mva

”

- (11) Innklagedes konsulent foretok en evaluering av tilbudene. Fra konsulentens ”ANBUDSEVALUERING / INNSTILLING” hitsettes:

”3. Utvelgelse

[...]

Etter korrigerte totalsummer inkl. prisede tillegg fremkom følgende prisrekkefølge:

Tilbyder 1 : H. Langemyhr AS **Kr. 22.824.259,- eks. mva**
Tilbyder 4 : NP Bygg AS – (Rev.01) **Kr. 23.248.680,- eks. mva**

[...]

4. Vurdering av tilbudene og Innstilling

Innkomne tilbud er vurdert mot hverandre etter kriterier som følger:

- **Samlet tilbussum etter korreksjoner inkl. enhetspriser, påslag og forbehold**
- **Andre tildelingskriterier som oppgitt i anbudsunderlag:**
 - Organisasjon og bemanning / CV
 - Underleverandører
 - Byggetid

Vurderingene er oppsummert i vedlegg 1 – hvor poeng er tildelt anbyderne etter kriterier i anbudet; hvor pris teller 70 % (fordelt med 60 % på tilbud og 10 % på enhetspriser, påslag og forbehold) og andre tildelingskriterier 30 %.

H. Langemyhr AS har levert et ryddig og oversiktlig tilbud og har avklart underleverandører.

H. Langemyhr AS har revidert timepriser for tilleggsarbeider og påslagsprosenter for innkjøp av tjenester, maskinleie og transport og påslagsprosenter for innkjøp av materialer.

Revidert poengvurdering etter avklarende møte og tilbakemeldinger :

- Karakter pris: **6,0**
- Karakter kompetanse/byggetid **3,0**
- Karakter Timepriser/påslag **1,0**
Totalkarakter: 10 av 10 mulige

NP BYGG AS har levert et ryddig og oversiktlig tilbud uten forbehold eller forutsetninger som gir vesentlig usikkerhet på pristilbud.

NP BYGG AS ligger lavest på timepriser for tilleggsarbeider og påslagsprosjenter for innkjøp av tjenester, maskinleie og transport, og har lave påslagsprosjenter for innkjøp av materialer.

- Karakter pris:	6,0
- Karakter kompetanse/byggetid	2,7
- Karakter Timepriser/påslag	1,0
<u>Totalkarakter:</u>	<u>9,7 av 10 mulige</u>

INNSTILLING:

Det innstilles som følger i prioritert rekkefølge – etter avholdte avklaringsmøter med de 2 lavest prisede tilbydere.

Nr. 1 H. Langemyhr AS

Nr. 2 NP BYGG AS

Det anbefales at kontrakt inngås med H. Langemyhr AS da de etter avklarende møte og tilbakemeldinger har gitt betryggende svar på de uklarheter som lå i tilbudet, samt tilbudt justerte enhetspriser iht. vedlagt liste.

NP Bygg AS har likeledes gitt et revidert prisavslag (ref. brev 21.02.07) som gjør at tilbyderne ligger svært likt prismessig, men H. Langemyhr AS 1.8 % under NP Bygg. H. Langemyhr AS har noe kortere byggetid og er ikke avhengig av underleverandører i den grad NP Bygg er. Dette kan gi noe større trygghet for rask oppstart og gjennomføring.

H. Langemyhr har noe bedre referanser på nybygg.”

- (12) Ved brev av 7. mars 2007 ble klager meddelt at Langemyhr var tildelt kontrakt. I brevet var valg av tilbud begrunnet på følgende måte:

”Begrunnelse:

Valget er gjort ut fra kriteriene i konkurransegrunnlaget av 6.11.2006.

Rangering for utvelgelse er gjort på grunnlag av byggetid med 10 % vekt, 20 % vekt på kompetanse og 70 % vekt på pris.

Harald Langemyhr AS kom best ut i alle kriterier og er vurdert som det økonomisk mest fordelaktige.”

- (13) Klager ba i brev datert 16. mars 2007 om en nærmere begrunnelse for innklagedes valg av tilbud.

- (14) Det ble inngått kontrakt mellom innklagede og Langemyhr den 28. mars 2007. Fra kontrakten hitsettes:

”4.1 Kontraktssum

Kontraktsarbeidet skal leveres for:

<i>Tilbudssum</i>	<i>kr.</i>	<i>23 244 730,00, ekskl. mva</i>
<i>Eventuelle korreksjoner</i>		
<i>- Fastpristilbud</i>	<i>kr.</i>	<i>600 000,00, ekskl. mva</i>
<hr/>		
<i>Sum, eksklusive merverdiavgift</i>	<i>kr.</i>	<i>23 844 730,00, ekskl. mva</i>
<i>Merverdiavgift 25 %</i>	<i>kr.</i>	<i>5 961 182,50, ekskl. mva</i>
<hr/>		
<i>Kontraktssum</i>	<i>kr.</i>	<i><u>29 805 912,50, inkl. mva</u></i>

- (15) I brev av 12. april 2007 besvarte innklagede klagers henvendelse av 16. mars 2007. Fra brevet hitsettes:

*”Det er gjort korrigeringer i begge tilbud, men som ikke har hatt noen innvirkning på rekkefølgen.
I tillegg har det vært avholdt forhandlingsmøter med begge tilbydere som heller ikke har gitt noe utslag på rekkefølgen.*

Harald Langemyhr AS har etter korrigeringer og avklarende møte kommet best ut på alle kriteriene pris, kompetanse og byggetid.”

- (16) I brev datert 10. mai 2007 ba klager om en redegjørelse for vurderingen av klagers og valgte leverandørs tilbud i henhold til de oppgitte tildelingskriterier.

- (17) Henvendelsen ble besvart av innklagede i brev av 19. juni 2007. I brevet fremgikk følgende:

”Etter avholdte forhandlingsmøter har som tidligere nevnt ikke dette gitt noen utslag på rekkefølgen.

For kriteriet pris har Harald Langemyhr AS lavest pris, for kriteriet kompetanse er det en liten forskjell hvor Harald Langemyhr AS kommer best ut og for kriteriet byggetid har Harald Langemyhr AS en kortere byggetid med 255 dager.”

- (18) Ved brev av 5. juli 2007 ba klagers advokat om å få opplyst valgte leverandørs totalpris for prosjektet, herunder delpriser som var oppgitt å skulle ha relevans for tildelingen. Videre ble det bedt om en nærmere redegjørelse for hvordan kriteriet ”Kompetanse” var vurdert.

- (19) Klager brakte saken inn for klagenemnda ved brev av 14. september 2007.

- (20) Innklagede og Langemyhr undertegnet 9. oktober 2007 et **”TILLEGGSDOKUMENT TIL KONTRAKT FOR KJØP AV BYGG- OG ANLEGGSSARBEIDER AV 28.03.2007 om Generalentreprise for oppføring av Sinsen barnehage”**. Fra dette tilleggsk dokumentet hitsettes:

"Partene, Harald Langemyhr AS og Omsorgsbygg Oslo KF, er enige om at den korrekte kontraktssum og korrekte timepriser/påslagsprosjenter ved regningsarbeider, slik det fremkom av forhandlingene, er:

<i>Tilbudssum</i>	<i>kr.</i>	<i>22.824.259,00,- ekskl. mva</i>
<i>Fastpristillegg</i>	<i>kr.</i>	<i>400.000,00,- ekskl. mva</i>
<hr/>		
<i>Sum, eksklusive merverdiavgift</i>	<i>kr.</i>	<i>23.224.259,00,- ekskl. mva</i>
<i>Merverdiavgift 25 %</i>	<i>kr.</i>	<i>5.806.064,00,-</i>
<hr/>		
<i>Kontraktssum</i>	<i>kr.</i>	<i><u>29.030.323,00,- inkl. mva</u></i>

Anførsler:

Klagers anførsler:

Begrunnelse

- (21) Innklagede har ikke gitt en tilfredsstillende begrunnelse for valg av tilbud. Innklagedes begrunnelse tilfredsstiller ikke regelverkets krav til gjennomsiktighet og etterprøvbarehet, og heller ikke krav til begrunnelse i seg selv.

Tildelingskriteriet "Pris"

- (22) Vurderingen av tildelingskriteriet pris fremstår som vilkårlig, og i strid med kravene til likebehandling, forutberegnelighet, gjennomsiktighet og etterprøvbarehet.
- (23) Klagers tilbud etter forhandlinger var lavere i pris enn valgte leverandørs tilbudspris. Innklagede har brutt regelverket når det er lagt til grunn at valgte leverandør etter avklarende møte kom best ut på kriteriet pris. Langemyhr har aldri levert inn et tilbud på kr 22 824 259 slik innklagede uriktig påstår. Langemyhrs reviderte tilbud av 14. februar 2007 inneholdt kun et "et revidert tilbud på fastpris for lønns/prisstigning" som innebar at fastpristillegget ble redusert fra kr 600 000 til kr 400 000 eks mva. Konsekvensen av at tilbudet av 14. februar kun var et revidert tilbud på fastpris, er at Langemyhr fastholdt den opprinnelige tilbudssummen på kr 23 244 730 eks mva. Det vises til kontrakten mellom innklagede og Langemyhr av 28. mars 2007 som la til grunn at kontraktssummen var på kr 23 244 730 eks mva. Den nye reviderte tilbudssummen som ble avtalt mellom partene 9. oktober 2007, ble først avtalt etter at klage var inngitt til KOFA. I realiteten har partene her inngått en ny kontrakt med lavere kontraktssum.
- (24) Innklagede har brutt regelverket ved å ta med summeringsfeilen på kr 413 755 eks mva fra klagers første tilbud av 18. desember 2006, inn i vurderingen av det reviderte tilbudet fra klager datert 21. februar 2007.

Tildelingskriteriet "Kompetanse"

- (25) Innklagede har ikke fremlagt noen begrunnelse eller dokumentasjon på hvordan tildelingskriteriet er vurdert. På bakgrunn av dette synes vurderingen av kompetanse å ha vært helt vilkårlig, og under enhver omstendighet i strid med kravene til gjennomsiktighet, etterprøvbarehet og forutberegnelighet.

- (26) Med bakgrunn i den begrunnelse innklagede har gitt i tilsvaret, synes vurderingen av kriteriet "*Kompetanse*" å ha foregått helt vilkårlig. Det vises til følgende forhold:
- (27) Klager stiller seg for det første helt uforstående til innklagedes vurdering av at "*Langemyhr AS har personell med lengre praktisk erfaring*" enn klager. Det vises til at det i klagers tilbud er fremlagt dokumentasjon for at de tre prosjektlederne som skulle gjennomføre dette prosjektet er født i 1960 og har vært i byggebransjen fra 1980 til 2007. Tilsvarende viser CV'ene til prosjektlederne fra Langemyhr er født i 1959 og 1965, og har vært i byggebransjen fra 1981 til 2007. Dokumentasjonen i tilbudene viser følgelig at tilbyderne har like lang praktisk erfaring.
- (28) Videre stiller klager seg uforstående til innklagedes vurdering av at "*Langemyhr AS har personell med lengre [...] relevant utdanning*", i det dette ikke stemmer overens med dokumentasjon i leverandørens tilbud. Innklagedes vurdering av at Langemyhr har personell med lengre relevant utdanning enn klager er positivt feilaktig, og synes å ha vært gjort helt vilkårlig uten å undersøke tilbyderens utdanning slik den er opplyst i tilbudene.
- (29) Klager stiller seg også helt uforstående til innklagedes vurdering av at "*Langemyhr er vurdert til å inneha noe bedre referanser på nybygg/rehabilitering av relevant størrelse og byggtipe*". Den foreliggende uttalelse viser at innklagedes vurdering har vært helt vilkårlig og at vurderingen har foregått uten at innklagede har undersøkt tilbyderens oppgitt referanseprosjekter. Det vises til at klager og klagers prosjektleder har fremlagt dokumentasjon på at de har vært involvert i 30-40 nybygg/rehabilitering av relevant størrelse og byggtipe. Langemyhr har så vidt klager kan se bare vist til ett referanseprosjekt av relevant størrelse og byggtipe.
- (30) Innklagede har ikke innhentet skriftlige uttalelser fra referansepersoner, slik konkurransegrunnlaget foreskriver. Kravet til forutberegnelighet er følgelig brutt.

Tildelingskriteriet "Byggetid"

- (31) Både klagers og valgte leverandørs tilbud lå innenfor normal byggetid på 9 måneder. I henhold til konkurransegrunnlaget skulle kortere byggetid enn dette ikke premieres. Innklagedes vurdering er i strid med regelverket, idet det av meddelelsesbrevet av 7. mars 2007 fremgår at valgte leverandør kom best ut på byggetid.

Saksbehandlingen

- (32) Med bakgrunn i ovennevnte fremstår innklagedes saksbehandling som vilkårlig i seg selv, og strid med de grunnleggende prinsipper. Ingen av tildelingskriteriene synes å være vurdert i henhold til konkurransegrunnlaget, og det synes ikke å forligge etterprøvbare og saklige grunner for valg av tilbud.

Valgte leverandørs reviderte tilbud skulle vært avvist

- (33) Valgte leverandørs reviderte tilbud av 14. februar 2007 skulle vært avvist i henhold til forskrift om offentlige anskaffelser av 7. april 2006 § 11-11 (2) bokstav b, sml. § 11-11 (1) bokstav f. Det vises til at Langemyhr den 14. februar innleverte et ufullstendig tilbud som ikke var direkte sammenlignbart med klagers reviderte tilbud av 21. februar 2007. Tilbudet var ufullstendig ved at det ikke inneholdt en total tilbudssum for konkurransen, i det tilbudet av 14. februar kun var et revidert tilbud på fastpris for lønns/prisstigning. Det vises til at innklagede har hatt store problemer

med å forstå Langemyhrs tilbud av 14. februar, jf at det i den opprinnelige kontrakten mellom innklagede og Langemyhr av 28. mars 2007 ble lagt til grunn at tilbudssummen var kr 23 244 730 eks mva, mens det i den nye kontrakten av 9. oktober 2007 er lagt til grunn at tilbudssummen fra Langemyhr var kr 22 824 259 eks mva.

- (34) Valgte leverandørs muntlige tilbud på kr 22 824 259 eks mva, som etter innklagedes forklaring fremkom på forhandlingsmøtet 9. februar 2007, skulle vært avvist. Det er i strid med regelverket å inngi muntlig tilbud, og dette er en absolutt avvissingsgrunn, jf forskrift om offentlige anskaffelser av 7. april 2006 § 20-13 (1) bokstav b, jf § 20-2. Dette må også gjelde for reviderte tilbud i en konkurranse med forhandling. Det vises til at forskriftens § 20-11 (4) inneholder krav om at endring av en leverandørs tilbud i en konkurranse med forhandling, skal skje skriftlig. Også hensynet til gjennomsiktighet, etterprøvnbarhet og likebehandling tilsier at tilbud må innleveres skriftlig, og at muntlige tilbud må avvises.

Erstatning

- (35) Klagenemnda bes vurdere om det foreligger grunnlag for erstatning for den positive kontraktsinteresse, subsidiært den negative kontraktsinteresse.

Innklagedes anførsler:

Begrunnelse

- (36) Innklagede erkjenner at meddelelsen om kontraktstildeling av 7. mars 2007 burde vært mer utfyllende. Begrunnelsen burde tydeligere angitt hvordan tildelingskriteriene var evaluert og hvordan valgte leverandør scoret i forhold til hvert enkelt kriterium.
- (37) Innklagede erkjenner videre brudd på § 3-8 (4), da det etter forespørsel fra klager ikke ble gitt en tilfredsstillende nærmere begrunnelse for hvorfor klagers tilbud ikke ble valgt.

Tildelingskriteriet "Pris"

- (38) Tildelingskriteriet pris ble vurdert på følgende måte:

	Tilbyder 1 Langemyhr AS	Tilbyder 4 NP Bygg AS
Tilbudssum etter forhandlinger	22 824 259,-	23 248 680,-
Fastpristillegg	+ 400 000,-	0,-
Tilbudssum for evaluering	23 224 259,-	23 248 680,-
Forskjell i timepriser/påslag	+ 13 875,-	
Tilbudssum inkl. påslag/timer ved endringer	23 238 134,-	23 248 680,-

Prisdifferanse	- kr 10 546,-	
----------------	---------------	--

- (39) Fremstillingen viser at Langemyhr har en tilbudssum som er kr 10 546 lavere enn klagers tilbudssum. Tildelingskriteriet er således vurdert i samsvar med lovens generelle og forskriftens spesielle krav.
- (40) Det ble avholdt forhandlinger med Langemyhr den 9. februar 2007. I disse forhandlingene presenterte Langemyhr muntlig en revidert tilbudspris på kr 22 824 259 eks mva. Dette ble ikke inntatt da Langemyhr oversendte sitt reviderte tilbud datert 14. februar 2007. I og med at det var enighet mellom partene om at summen fra forhandlingene (kr 22 824 259 eks mva) var den korrekte tilbudssum, har innklagede inntatt denne i anskaffelsesprotokollen. Innklagede har også inngått kontrakt med Langemyhr på tilsvarende reviderte sum, jf tilleggskravdokument til kontrakten.
- (41) Det medfører ikke riktighet at innklagede ved evaluering av pris oppjusterte klagers reviderte tilbud med summeringsfeil for kr 413 775 slik som klager anfører. Det fremkommer av anskaffelsesprotokollen at klagers reviderte tilbudssum etter gjennomførte forhandlinger var kr 23 248 680 eks mva. Innklagede la denne summen til grunn ved evalueringen.

Tildelingskriteriet "Kompetanse"

- (42) Tildelingskriteriet kompetanse er evaluert i henhold til konkurransegrunnlagets forutsetninger der delelementene utdannelse, erfaring og samarbeidsegenskaper for nøkkelpersonell har vært vurdert. Vurderingen faller inn under innklagedes frie innkjøpsfaglige skjønn. Følgende vurderinger ble foretatt av klagers og valgte leverandørs tilbud:
- (43) Utdannelse:
Begge leverandørene er vurdert likt vedrørende utdannelsen. Klager har personell med noe høyere teoretisk bakgrunn, men Langemyhr har personell med lengre praktisk erfaring og relevant utdanning.
- (44) Erfaring:
Begge leverandørene vurderes å ha god erfaring og viser til gjennomførte referanseprosjekter. Langemyhr er vurdert til å inneha noe bedre referanser på nybygg/rehabilitering av relevant størrelse og byggtipe.
- (45) Samarbeidsevner:
Det er ikke funnet forhold vedrørende samarbeidsevne som skiller tilbyderne fra hverandre og de er vurdert likt på dette delelementet.
- (46) Konklusjon:
Begge tilbyderne er vurdert like på delelementene utdanning og samarbeidsegenskaper, mens Langemyhr kommer litt bedre ut enn klager på delelementet erfaring. Langemyhr scorer således samlet sett noe bedre enn klager på tildelingskriteriet kompetanse.

- (47) Innklagede beklager at disse opplysningene ikke har vært fremlagt på en tilfredsstillende måte tidligere.
- (48) Klager har valgt å tolke setningen ”Langemyhr har personell med lengre praktisk erfaring og relevant utdanning” i innklagedes tilvar som lengre praktisk erfaring og lengre relevant utdanning enn klager. Dette er en feilaktig tolkning. Innklagede har vurdert at Langemyhr har lengre praktisk erfaring enn klager og at begge har relevant utdanning.

Tildelingskriteriet ”Byggetid”

- (49) Innklagede erkjenner at byggetid ikke er vurdert slik som forutsatt i konkurransegrunnlaget. Langemyhr hadde tilbudt en byggetid på 255 dager og klager hadde tilbudt 270 dager. I konkurransegrunnlaget var det forutsatt at kortere byggetid enn innklagedes angivelse av normal byggetid på 9 måneder (270 dager) ikke skulle premieres i evalueringen. Innklagede har ved tilbudsevalueringen beklageligvis lagt til grunn at Langemyhr rent faktisk hadde tilbudt 15 dager kortere byggetid enn klager. Dersom byggetid hadde vært evaluert i henhold til konkurransegrunnlagets forutsetninger, skulle Langemyhr og klager kommet likt ut på dette tildelingskriteriet.

Saksbehandlingen

- (50) Innklagede erkjenner at det i saksbehandlingen har skjedd brudd på regelverket, jf ovenfor. Uavhengig av begåtte feil, er imidlertid selve tildelingen i henhold til regelverket. En objektiv og saklig evaluering av tilbudene viser at det er marginale forskjeller mellom Langemyhrs og klagers tilbud.

Valgte leverandørs reviderte tilbud

- (51) Det bestrides at Langemyhr den 14. februar 2007 leverte inn et ufullstendig tilbud som skulle vært avvist. Innklagede har ikke hatt problemer med å forstå Langemyhrs tilbud av 14. februar 2007. Årsaken til at kontrakten av 28. mars 2007 ikke inneholdt avtalte, reviderte tilbudssummer, er at avtaledokumentet ble utferdiget av et eksternt firma for prosjektledelse, samtidig som det skjedde en overføring av ansvar for prosjektet mellom to avdelinger hos innklagede. I denne situasjonen ble resultatet av forhandlingene ikke ivaretatt ved utarbeidelse av avtaledokumentet og heller ikke kontrollert tilstrekkelig ved underskrift fra innklagedes side. Dette medførte at oppinnelig tilbudssum, fastpristillegg og timepriser/påslagsprosent ble inntatt i kontrakten i stedet for de reviderte størrelsene. Dette er svært beklagelig, men feilen er av begge avtaleparter vurdert som åpenbar og den er nå rettet opp mellom partene ved et underskrevet tillegg til avtaledokumentet.
- (52) Avvisningsregelen klager viser til er uansett en kan-avvisningsregel og medfører ingen avvisningsplikt for oppdragsgiver.
- (53) Det bestrides at Langemyhrs muntlige, reviderte tilbud av 9. februar 2007 skulle vært avvist. Langemyhr innga det opprinnelige tilbudet skriftlig den 12. desember 2006. I forkant av forhandlingene oppdaget innklagede ved kontrollregning av tilbudet en summeringsfeil på kr 420 471. Denne summeringsfeilen ble presentert på forhandlingsmøtet 9. februar 2007 og både feilen og summen ble akseptert av Langemyhr i møtet. Dette medførte at revidert tilbudssum var på kr 22 824 259 eks mva. Innklagede erkjenner at dette burde vært nedfelt i referatet fra

forhandlingsmøtet på en entydig måte, og ikke bare nedfelt i anskaffelsesprotokollen. Langemyhrs reviderte tilbud kan likevel ikke avvises på bakgrunn av at innklagede ikke har inntatt revidert tilbudssum i møterefateret. Det er innklagede, og ikke Langemyhr, som kan lastes for feilen.

Erstatning

- (54) Det bestrides at vilkårene for positiv så vel som negativ kontraktsinteresse, er oppfylt.

Klagenemndas vurdering:

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

Regelverk. Klagenemndas kompetanse.

- (56) Anskaffelsen ble igangsatt før ny forskrift (forskrift av 7. april 2006 nr. 402) trådte i kraft 1. januar 2007, og følger dermed forskrift om offentlige anskaffelser av 15. juni 2001 nr. 616. Anskaffelsen er gjennomført som en direkte anskaffelse med hjemmel i forskriftens § 11-2 (1) bokstav f. Anskaffelsen er dermed kun omfattet av forskriftens del I, jf § 2-1 (1) og § 11-2 (2). I konkurransegrunnlaget var det imidlertid opplyst at forskrift om offentlige anskaffelser del I og III ville bli lagt til grunn for konkurransen, og innklagede må da anses forpliktet til å følge reglene i forskriftens del III ut fra et avtalerettslig grunnlag. Om klagenemndas kompetanse i slike tilfeller uttalte klagenemnda følgende i sak 2003/146:

”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.”

- (57) Klagenemnda legger tilsvarende synspunkt til grunn i foreliggende sak. Nemndas vurderinger i det følgende vil således være basert på reglene i lov om offentlige anskaffelser og forskrift om offentlige anskaffelser (forskriften) del I og III.

Skulle valgte leverandørs reviderte tilbud vært avvist?

- (58) Innklagede har lagt til grunn at valgte leverandør leverte et muntlig revidert tilbud pålydende kr 22 824 259 eks mva på forhandlingsmøtet 9. februar 2007, og det er denne tilbudssummen innklagede har lagt til grunn for tilbudsevalueringen. Spørsmålet er om valgte leverandørs muntlige reviderte tilbud av 9. februar 2007 skulle vært avvist.

- (59) Av forskriftens § 15-10 (2), jf § 15-5 (1) (tilsvarende forskrift om offentlige anskaffelser av 7. april 2006 § 20-13 (1) bokstav b, jf § 20-2 som klager har vist til) følger det at tilbud som ikke er skriftlig skal avvises. Etter klagenemndas oppfatning må imidlertid disse bestemmelsene anses å skulle regulere det opprinnelige tilbudet,

og ikke et revidert tilbud i en konkurranse med forhandling, slik at bestemmelsene ikke får anvendelse i foreliggende tilfelle. Klager har videre vist til forskrift om offentlige anskaffelser av 7. april 2006 § 20-11 (4). Noen tilsvarende bestemmelse følger ikke av 2001-forskriften. Uansett kan det etter nemndas oppfatning ikke utledes av 2006-forskriftens § 20-11 (4) at reviderte tilbud må leveres skriftlig. Det må være tilstrekkelig at endringer kan dokumenteres skriftlig.

- (60) Av kravene til gjennomsiktighet og etterprøvbarhet i lov om offentlige anskaffelser § 5 følger det likevel at dersom forhandlinger fører til endringer i en leverandørs tilbud, må endringene nedtegnes skriftlig. Det fremkom verken av referat fra møtet den 9. februar eller av valgte leverandørs skriftlige reviderte tilbud av 14. februar 2007 at valgte leverandør reviderte tilbudssummen i tråd med det innklagede har lagt til grunn. Den reviderte tilbudssummen pålydende kr 22 824 259 eks mva ble imidlertid inntatt i anskaffelsesprotokollen 27. februar 2007 under punktet "*Resultat*" av forhandlinger. Etter klagenemndas oppfatning må dette være tilstrekkelig for å tilfredsstille regelverkets krav til etterprøvbarhet og gjennomsiktighet, jf lovens § 5.
- (61) Neste spørsmål er om valgte leverandørs skriftlige reviderte tilbud av 14. februar 2007 skulle vært avvist.
- (62) Valgte leverandør leverte per e-post 14. februar 2007 "*et revidert tilbud på fastpris for lønns/prisstigning, og timesatser og påslagsprosent vedr regningsarbeider*", hvor fastprisen var redusert med kr 200 000 eks mva til kr 400 000 eks mva. Klager har anført at tilbudet var ufullstendig ved at det ikke inneholdt en total tilbudssum for konkurransen, og således ikke var direkte sammenlignbart med klagers reviderte tilbud. Som nemnda kom til ovenfor var valgte leverandørs reviderte tilbudssum på kr 22 824 259 eks mva tilstrekkelig dokumentert i innklagedes anskaffelsesprotokoll. Nemnda kan derfor ikke se at det kan stilles krav til at den reviderte tilbudssummen måtte presenteres på nytt sammen med revidert tilbud på fastpris.
- (63) Uansett er bestemmelsen klager viser til (FOA 2006 § 11-11 (2) bokstav b, jf FOA 2001 § 15-10 (2) bokstav d, som gjelder i foreliggende sak) en "kan"- bestemmelse som gir oppdragsgiver rett, men ikke plikt, til å avvise tilbud.
- (64) Klagenemnda kan på bakgrunn av ovennevnte ikke se at valgte leverandørs reviderte tilbud skulle vært avvist.

Tildelingskriteriet "Pris"

- (65) Klager har anført at klagers tilbud etter forhandlinger var lavere i pris enn valgte leverandørs tilbud. Som drøftelsen over viser, tilbød imidlertid valgte leverandør en revidert tilbudssum pålydende kr 22 824 259 eks mva og et fastpristilbud pålydende kr 400 000 eks mva. Valgte leverandørs tilbud var således lavere i pris enn klagers reviderte tilbud som lød på kr 23 248 680 eks mva, og klagers anførsel kan således ikke føre frem.
- (66) Fremlagt dokumentasjon viser at innklagede ikke tok summeringsfeilen på kr 413 755 eks mva fra klagers første tilbud av 18. desember 2006, inn ved vurderingen av det reviderte tilbudet av 21. februar 2007, slik klager har anført. Klagers anførsel kan således ikke føre frem.

Tildelingskriteriet "Kompetanse"

- (67) Ved tilbudsevalueringen har oppdragsgiver et skjønn som bare i begrenset grad kan overprøves rettslig. Klagenemnda kan imidlertid prøve om evalueringen er saklig og forsvarlig og i samsvar med de grunnleggende kravene til forutberegnelighet, likebehandling, etterprøvnbarhet og gjennomsiktighet, samt om evalueringen er basert på riktig faktisk grunnlag.
- (68) Det følger av kravene til etterprøvnbarhet og gjennomsiktighet i lov om offentlige anskaffelser § 5 at oppdragsgiver skriftlig må dokumentere hvordan tilbudene er evaluert. I tilbudsevalueringen fra innklagedes konsulent fremkom hvilke karakter/poeng som var gitt de ulike tilbudene på "*kompetanse/byggetid*". Det er imidlertid ikke fremlagt dokumentasjon på hvordan kriteriet kompetanse er evaluert og hva som ligger til grunn for poenggivningen, herunder er det ikke vist hvordan de ulike elementene under "*Krav til dokumentasjon/beskrivelse*" som var oppgitt i tilknytning til tildelingskriteriet, er vurdert. Det framgår heller ikke av innklagedes meddelelsesbrev av 7. mars 2007 eller av brevene datert 12. april 2007 og 19. juni 2007, hvordan tilbudene er evaluert i tilknytning til kriteriet kompetanse. Innklagede har med dette brutt kravene til etterprøvnbarhet og gjennomsiktighet i lovens § 5.
- (69) At innklagede i ettertid har gitt en presentasjon (basert på hva saksbehandler har opplyst) i tilsvaret til klagenemnda på hvordan kriteriet kompetanse er evaluert, kan ikke reparere det forhold at tilbudsevalueringen er mangelfullt dokumentert i sakens dokumenter.
- (70) Basert på innklagedes fremstilling i tilsvaret til klagenemnda av hvordan kriteriet kompetanse ble evaluert, har klager anført at vurderingen har vært vilkårlig.
- (71) Første spørsmål er om innklagedes vurdering av at "*Langemyhr AS har personell med lengre praktisk erfaring*" enn klager, er vilkårlig. Basert på fremlagt dokumentasjon (CV for tilbudt personell) kan klagenemnda ikke se at det er grunnlag for å si at Langemyhr har personell med lengre praktisk erfaring enn klager. Innklagedes vurdering på dette punktet må således sies å være vilkårlig og i strid med kravet til likebehandling i lov om offentlige anskaffelser § 5.
- (72) Klager har videre anført at innklagedes vurdering av at "*Langemyhr AS har personell med lengre [...] relevant utdanning*", er vilkårlig. Til dette har innklagede anført at det ikke er lagt til grunn at Langemyhr AS' personell har "*lengre [...] relevant utdanning*", bare at Langemyhrs personell har "*relevant utdanning*". Dette støttes også av innklagedes vurdering om at klager har personell med noe høyere teoretisk bakgrunn. På denne bakgrunn finner ikke klagenemnda innklagedes vurdering vilkårlig på dette punktet.
- (73) Videre er spørsmålet om innklagedes vurdering av at "*Langemyhr er vurdert til å inneha noe bedre referanser på nybygg/rehabilitering av relevant størrelse og byggtipe*", er vilkårlig. Herunder har klager anført at innklagede ikke har innhentet skriftlige uttalelser fra referansepersoner, slik det var foreskrevet i konkurransegrunnlaget.
- (74) I klagers tilbud var det inntatt en relativt omfattende oversikt over referanseprosjekter de senere år. Det var imidlertid ikke angitt referansepersoner for

prosjektene. Innklagede hadde således ikke foranledning til å ta kontakt med noen referansepersoner. I klagers prosjektoversikt var det ikke sagt noe om størrelse på prosjektene i form av kontraktsverdi. Etter gjennomgang av prosjektoversikten i klagers tilbud kan klagenemnda heller ikke se at klager hadde oppgitt relevante referanseprosjekter i form av generalentreprise for oppføring av barnehage eller bygg av lignende størrelse. Basert på sakens dokumenter kan nemnda etter dette ikke se at innklagede har utøvet et vilkårlig skjønn når Langemyhr AS ble ansett å komme noe bedre ut på delelementet ”relevante referanseprosjekter” under kriteriet kompetanse.

Tildelingskriteriet ”Byggetid”

- (75) I tilknytning til tildelingskriteriet ”Byggetid” var det i konkurransegrunnlaget angitt at normal byggetid var 9 måneder, og at kortere byggetid ikke ville premieres. Både klagers og valgte leverandørs tilbud lå innenfor normal byggetid på 9 måneder. Valgte leverandørs tilbud ble imidlertid gitt bedre uttelling på kriteriet ettersom tilbudt byggetid var 15 dager kortere enn klagers tilbudte byggetid. Innklagedes evaluering av tilbudene opp mot kriteriet ”Byggetid” har med dette vært i strid med opplysninger gitt i konkurransegrunnlaget, og således i strid med kravet til forutberegnelighet i lov om offentlige anskaffelser § 5 (3). Innklagede har innrømmet feilen og at klager og valgte leverandør skulle vært vurdert likt på dette punktet.

Begrunnelse

- (76) Den skriftlige meddelelsen om hvem som skal tildeles kontrakt skal inneholde en begrunnelse for valget, jf forskriftens § 17-3 (2), jf § 3-8 (3). Begrunnelsen skal sette tilbyder i stand til å vurdere om oppdragsgivers valg av tilbud har vært saklig og forsvarlig og i samsvar med de angitte tildelingskriterier eller om det synes å være grunnlag for å klage på avgjørelsen, jf blant annet klagenemndas avgjørelse i sakene 2003/49, 2005/8 og 2006/118.
- (77) Verken innklagedes knappe begrunnelse i meddelelsesbrevet av 7. mars 2007 eller den etterspurte supplerende begrunnelse som fremkom i brevet av 12. april 2007 tilfredsstiller forskriftens krav til begrunnelse. Innklagede har således brutt forskriftens § 3-8 (4) og § 17-3 (2).

Saksbehandling

- (78) Klagenemnda finner ikke grunn til å gå inn på klagers anførsel om at innklagedes saksbehandling i seg selv er vilkårlig, ettersom nemnda har behandlet alle de konkrete anførselene fra klager. Slik anførselen om vilkårlig saksbehandling er fremmet, kan nemnda ikke se at den tilfører noe utover det nemnda allerede har behandlet i det foregående.

Erstatning

- (79) Spørsmålet om vilkårene for positiv kontraktsinteresse er oppfylt, beror på en konkret vurdering av om det foreligger ansvarsgrunnlag, i form av vesentlige feil, og årsakssammenheng, i form av klar sannsynlighetsovervekt for at klager ville blitt tildelt kontrakt dersom feilene ikke hadde vært gjort. På bakgrunn av sakens dokumenter har klagenemnda ikke grunnlag for å ta stilling til dette. Nemnda har heller ikke grunnlag for å vurdere hvorvidt vilkårene for negativ kontraktsinteresse kan tenkes oppfylt.

Konklusjon:

Oslo kommune v/Omsorgsbygg Oslo KF har brutt kravene til etterprøvnbarhet og gjennomsiktighet i lov om offentlige anskaffelser § 5 ved at evalueringen av tilbudene opp mot tildelingskriteriet ”Kompetanse” ikke er tilstrekkelig dokumentert.

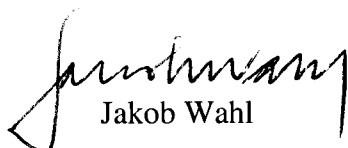
Oslo kommune v/Omsorgsbygg Oslo KF har brutt kravet til likebehandling i lov om offentlige anskaffelser § 5 ved å legge til grunn at valgte leverandør har personell med lengre praktisk erfaring enn klager.

Oslo kommune v/Omsorgsbygg Oslo KF har brutt kravet til forutberegnelighet i lov om offentlige anskaffelser § 5 ved at evalueringen av tilbudene opp mot tildelingskriteiret ”Byggetid” har vært i strid med opplysninger gitt i konkurransegrunnlaget.

Oslo kommune v/Omsorgsbygg Oslo KF har brutt forskrift om offentlige anskaffelser § 3-8 (4) og § 17-3 (2) ved at det ikke ble gitt en tilstrekkelig begrunnelse for valg av tilbud.

Klager øvrige anførsler har ikke ført frem.

For klagenemnda,
21. januar 2008



Jakob Wahl