



Klagenemnda for offentlige anskaffelser

Innklagede gjennomførte en åpen anbudskonkurranse vedrørende anskaffelsesfaglig rådgivning. Klagenemnda kom til at innklagede brøt kravet til forutberegnelighet i lov om offentlige anskaffelser § 5 ved å gi uklare opplysninger om hvorvidt juridisk kompetanse ville bli vektlagt ved vurderingen av kriteriet "Gjennomføringskompetanse". Klagers øvrige anførsler førte ikke frem.

Klagenemndas avgjørelse 28. januar 2008 i sak 2007/135

Klager: Tiger Consulting AS

Innklaget: Boligbygg Oslo KF

Klagenemndas medlemmer: Per Christiansen, Bjørg Ven, Andreas Wahl.

Saken gjelder: Tildelingsvurdering.

Bakgrunn:

- (1) Boligbygg KF (heretter kalt innklagede) kunngjorde 11. juni 2007 i Doffin-databasen en åpen anbudskonkurranse vedrørende inngåelse av en rammeavtale for kjøp av anskaffelsesfaglig rådgivning.
- (2) Det fremgikk av kunngjøringen punkt II.1.5) om anskaffelsen:

"Arbeidsoppgavene er i hovedsak konsentrert om operativt innkjøp, administrering/oppfølging av leverandører under anskaffelsesprosessen, samt andre administrative arbeidsoppgaver og generell anskaffelsesfaglig rådgivning. De anskaffelsesfaglige rådgiverne vil jobbe tett opp mot Boligbyggs juridiske avdeling og prosjektledere. Det gjøres oppmerksom på at all juridisk rådgivning og alle advokattjenester er forbeholdt kommuneadvokaten i Oslo, og at byrådsavdelingen for finans ved Utviklings- og kompetanseetaten yter bistand ved tvister for KOFA.

Nærmere beskrivelse:

Vedrørende anskaffelser som skal kunngjøres vil oppdragsbeskrivelsen blant annet omfatte følgende ytelser; utarbeidelse og kvalitetssikring av kvalifikasjons- og tilbudsgrunnlag kravspesifikasjoner, offentlig kunngjøring av konkurransen i dagsavis, Doffin og TED, utsendelse av tilleggsinformasjon, loggføring, administrering og oppfølging overfor leverandører og tilbydere, åpning av søknader og tilbud, referansesjekker, evaluering av søknader og tilbud, meldinger til leverandører og tilbydere, bistand i forhandling, skriving av referater, utarbeidelse av innstilling vedrørende leverandører og tilbud, kontraktskriving, generell

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

anskaffelsesfaglig bistand og andre oppgaver som faller naturlig inn under oppdragsbeskrivelsen. Se flere detaljer i eget konkurransegrunnlag.”

- (3) Konkurransegrunnlaget punkt 2 ”OPPDRAKSGIVERS BEHOV OG FORMÅLET MED ANSKAFFELSEN” inneholdt under punkt 2.1 ”Beskrivelse av oppdragsgivers behov” følgende:

”2.1.3 Oppdragsbeskrivelse

Arbeidsoppgavene er i hovedsak konsentrert om operativt innkjøp, administrering/oppfølging av leverandører under anskaffelsesprosessen, samt andre administrative arbeidsoppgaver og generell anskaffelsesfaglig rådgivning. De anskaffelsesfaglige rådgiverne vil jobbe tett opp mot Boligbyggs juridiske avdeling og prosjektledere. Det gjøres oppmerksom på at all juridisk rådgivning og alle advokattjenester er forbeholdt kommuneadvokaten i Oslo, og at byrådsavdelingen for finans ved Utviklings- og kompetanseetaten yter bistand ved tvister for KOFA.

[...]

Detaljert arbeidsbeskrivelse fremkommer i vedlegg 1.”

- (4) Ytterligere beskrivelse av anskaffelsen fremgikk av bilag 1 ”Oppdragsbeskrivelse”:

”A) Operativ innkjøpsfunksjon

[...]

- 1. utarbeidelse og kvalitetssikring av kvalifikasjons- og tilbudsgrunnlag kravspesifikasjoner*
- 2. offentlig kunngjøring av konkurransen i dagsavis, Doffin og TED.*
- 3. utsendelse av tilleggsinformasjon*
- 4. det skal sendes kopi av all korrespondanse til oppdragsgiver*
- 5. loggføring, administrering og oppfølging overfor leverandører og tilbydere*
- 6. åpning av søknader og tilbud*
- 7. referansesjekker*
- 8. evaluering av søknader og tilbud*
- 9. meldinger til leverandører og tilbydere*
- 10. bistand i forhandling*
- 11. skriving av referater*
- 12. utarbeidelse av innstilling vedrørende leverandører og tilbud*
- 13. kontraktskriving*
- 14. utarbeidelse av protokoll*
- 15. generell anskaffelsesfaglig bistand*
- 16. andre oppgaver som naturlig faller inn under oppdragsbeskrivelsen”*

- (5) Tildelingskriteriene fulgte av konkurransegrunnlaget punkt 7 ”OPPDRAKSGIVERS BEHANDLING AV TILBUDENE”:

”7.4 Tildelingskriteriene

Tildelingen skjer på basis av hvilket tilbud som er det økonomisk mest fordelaktige, basert på følgende kriterier:

Kriteriene er som følger:

Priselement: 50 %
Gjennomføringskompetanse: 50 %

Evalueringen vil være basert på vekting av tildelingskriteriene kombinert med karaktersetning som til sammen gir en poengsum. Oppdragsgiver vil tildele kontrakten til leverandøren med høyest poengsum.

PRISELEMENTET

- *Pris*

Arbeidet honoreres etter medgått tid, vedlagt prisskjema skal utfylles.

GJENNOMFØRINGSKOMPETANSE

- **Tilbudt kompetanse (real- og formalkompetanse)**

Tilbudt kompetanse – kommentar:

Vi ber leverandøren innlevere CV for de aktuelle personer som tilbys. I CV'en skal den enkeltes formal – og realkompetanse tilknyttet kontraktsarbeidet presiseres. I foreliggende anskaffelse vurderes innsats-elementet som fremtredende. Tilbyders spesifiserte tilbudte kompetanse (formell- og realkompetanse) vil således være av betydning for hvilken kvalitet oppdragsgiver kan forvente med hensyn til tjenesten som tilbys.

- **Oppgaveforståelse.**

Oppgaveforståelse – kommentar:

Oppdragsgiver oppfordrer tilbyderne til å vise oppgaveforståelse gjennom en redegjørelse for hvordan den aktuelle tilbyder ser for seg å utføre kontraktsarbeidet. Oppdragsgiver vil vektlegge den oppgaveforståelse som tilbyderne demonstrerer i tilbudet.”

- (6) Den 18. juni 2007 mottok leverandørene en e-post fra innklagede med svar på et spørsmål til konkurransegrunnlaget fra en av leverandørene. Innklagede henviste til konkurransegrunnlagets oppdragsbeskrivelse og svarte som følger:

”Følgende spørsmål er stilt fra en leverandør:

Foruten den rent anskaffelsesfaglige kompetansen er vi noe usikre på om oppdragsgiver også etterspør juridisk anskaffelsesrettslig kompetanse.

Boligbygg har gitt følgende svar:

Foreliggende kontraktarbeid er en anskaffelsesfaglig rådgivningskontrakt med hovedfokus operativt innkjøp. Behovet for ren juridisk kompetanse dekkes av Kommuneadvokaten i Oslo og advokater/juridiske rådgivere hos Konserninnkjøp i Utviklings- og kompetanseetaten i Oslo kommune. Videre har oppdragsgiver 2 juridiske rådgivere.”

- (7) Innen tilbudsfristens utløp den 1. august 2007 var det kommet inn 8 tilbud. Blant tilbyderne var Tiger Consulting AS (heretter kalt klager).
- (8) I meddelelse om tildeling av 9. september 2007 het det:

”Boligbygg Oslo KF vil tildele kontrakter på rammeavtale vedrørende anskaffelsesfaglig rådgivning til 3 leverandører. Disse leverandørene er:

*REINERTSEN AS
FIRSTVENTURA AS
NEKOM AS”*

- (9) Klager anmodet om nærmere begrunnelse for valg av leverandører i brev av 12. september 2007. Innklagede ga en nærmere begrunnelse i brev av 17. september 2007:

”4. Formalkompetanse

[...]

Bakgrunnen for ovennevnte presiseringer [se premissene (3) og (6) ovenfor] er å avgrense kontraktarbeidet mot rene juridiske rådgivningstjenester. Kontraktarbeidet omfatter ikke juridisk rådgivning i forbindelse med prosedyre for domstolene, saksbehandling i KOFA, rutinegjennomgørelser, utforming av avtaleverk m.v.

Ovennevnte presiseringer er ikke ment å utelukke juridisk kompetanse i konkurransen. Boligbygg er av den oppfatning at ingen spesiell kompetanse er direkte etterspurt eller direkte utelukket i konkurransen. Vi kan opplyse at til tross for ovennevnte presiseringer inneholder alle de øvrige tilbud juridisk kompetanse. En tilbyder har tilbudt fire advokater (en advokat med spesialfag innen offentlige anskaffelser), men ble ikke valgt grunnet høy pris og noe svak realkompetanse. Tilbyderne har gjennomgående vært av den oppfatning at all den tid lov og forskrift om offentlige anskaffelser er førende for gjennomføringen av anskaffelsesprosessen, er juridisk kompetanse viktig. Flere selskaper tilbyr en jurist som teamleder i et team bestående av tverrfaglig kompetanse.

Tilbudt juridisk kompetanse er blitt vurdert, men det er selvfølgelig vel så viktig med innkjøpsfaglig og kommersiell forståelse, samt ulik kompetanse. Fra tidligere kontraktperioder har vi da også meget god erfaring med rådgivere som ikke er jurister.

Boligbygg har ikke vurdert juridisk kompetanse som irrelevant i foreliggende konkurranse. Og juridisk kompetanse er således vektlagt ved vurderingen av tilbudet fra Firstventura AS.

[...]

7. Vekting og mer om oppdragsgivers vurderinger

[...]

Evalueringen vil være basert på vekting av tildelingskriteriene kombinert med karaktersetting som til sammen gir en poengsum. Karakter 10 er høyeste poengsum. Oppdragsgiver vil tildele kontrakten til leverandøren med høyeste poengsum.

[...]

Boligbygg har rangert tilbyderne som følger:

- | | |
|--|----------------------|
| 1. NEKOM | KARAKTER 9,75 |
| • Pris: Karakter 10 | |
| • Gjennomføringsevne (kompetanse 9 og oppgaveforståelse 10) | |
| 2. FIRSTVENTURA AS | KARAKTER 8 |
| • Pris: Karakter 6 | |
| • Gjennomføringsevne (kompetanse 10 og oppgaveforståelse 10) | |
| 3. REINERTSEN AS | KARAKTER 8 |
| • Pris: Karakter 10 | |
| • Gjennomføringsevne (kompetanse 7 og oppgaveforståelse 5) | |
| 4. PROSJEKT KOMPETANSE AS | KARAKTER 7,75 |
| 5. TIGER AS | KARAKTER 7,75 |
| • Pris: Karakter 7 | |
| • Gjennomføringsevne (kompetanse 8 og oppgaveforståelse 9) | |
| 6. GRIP | KARAKTER 7,75 |
| 7. DELOITTE | KARAKTER 6 |

Avsluttende kommentarer: Nekom AS har etter vår vurdering levert konkurransens rimeligste tilbud. I tillegg er oppgaveforståelsen – sammen med oppgaveforståelsen i tilbudet fra Firstventura AS – vurdert som den beste i konkurransen. Vi viser til tidligere redegjørelse. Kompetansen i tilbudet fra Nekom AS er vurdert til karakteren 10 på bakgrunn av at tilbudet favner to jurister, hvorav en advokat. Som nevnt tidligere er det intet å si på realkompetansen til Nekom AS. Vi har vurdert tilbudt formalkompetanse som meget relevant idet innkjøpene skal foretas med fundament i et etter hvert komplekst regelverk. Videre skal rådgiver blant annet utarbeide kontrakter, bistå i forhandlinger/kontraktsforhandlinger, utarbeide forhandlingsreferat m.v. Vi mener at den juridiske kompetanse er godt egnet med

henblikk på jusstudiets fokus på regelverksforståelse, metodikk, språk og skriftlig fremstilling m.v.

[...]

Ellers nevnes at Reinertsen AS har tilknyttet seg en ekstern advokat til å kurse ansatte i regelverket tilknyttet offentlige anskaffelser. Videre påpekes i tilbudet at Reinertsen AS har to innkjøpsavdelinger; Anskaffelsesfaglig avdeling (offshore) og Anskaffelsesfaglig avdeling (landbasert) på totalt 37 ansatte. Reinertsen har i tilbudsbrevet presisert at selskapet således har intern mobilitet med hensyn til ressurser.”

- (10) Klager påklaget tildelingen i brev av 18. september 2007. Etter å ha vurdert klagen, fastholdt innklagede den opprinnelige tildelingen i brev av 21. september 2007.
- (11) Kontrakt ble inngått med valgte leverandører Nekom AS og Firstventura AS 21. september 2007, og med valgte leverandør Reinertsen AS 24. september 2007.
- (12) I e-post av 5. oktober 2007 opprettholdt klager klagen. Innklagede svarte i brev av 22. oktober 2007.
- (13) Det ble inngitt klage til klagenemnda 17. oktober 2007.

Anførsler:

Klagers anførsler:

Vektlegging av utenforliggende forhold

- (14) Tildelingsvurderingen er i strid med de angitte tildelingskriterier i konkurransegrunnlaget og kravet til forutberegnelighet i lov om offentlige anskaffelser § 5. Innklagede har vektlagt juridisk kompetanse, til tross for at det var uttrykkelig presisert på forhånd at man ikke etterspurte dette. Det fremgikk både av tildelingsbrevet av 9. september 2007 og av den nærmere begrunnelsen av 17. september 2007 at det ved vurderingen av tilbudene fra valgte leverandører Nekom AS, Firstventura AS og Reinertsen AS ble vektlagt juridisk kompetanse.
- (15) Det fremgikk tydelig av oppdragsbeskrivelsen i konkurransegrunnlaget punkt 2.1.3, jf vedlegg 1, at de juridiske deler av rådgivningen knyttet til offentlige anskaffelser ikke ville bli konkurranseutsatt. Når det i konkurransegrunnlaget punkt 7.4 var opplyst at leverandørenes tilbudte kompetanse ville bli vurdert, kunne derfor leverandørene legge til grunn at det sentrale ved evalueringen var hvilken kompetanse man kunne tilby i henhold til oppdragsbeskrivelsen. Innklagede hevder at den innledende tekst i oppdragsbeskrivelsen i konkurransegrunnlaget vedlegg 1, samt konkurransegrunnlaget punkt 2.1.3, ble inntatt for å avgrense kontraktsarbeidet mot rene juridiske rådgivningstjenester, ikke for å utelukke juridisk kompetanse. Dette fremgår imidlertid ikke av konkurransegrunnlaget. Når det i konkurransegrunnlaget er brukt terminologi som ”*juridisk rådgivning*” og ”*advokattjenester*”, samt ”*ren juridisk kompetanse*” om de ytelser som ikke var omfattet, må dette forstås slik som at juridisk kompetanse og kapasitet ikke ble etterspurt. Også på bakgrunn av e-post av 18. juni 2007 inneholdende spørsmål og svar til konkurransegrunnlaget kunne det ikke være noen tvil om at leverandørene ikke var ment å tilby juridisk rådgivning.

- (16) Det eksisterer ingen autorisert formell kompetanse for å foreta offentlige innkjøp. Snur man imidlertid problemstillingen på hodet, gjelder det et formelt kompetansekrav for å kunne tilby juridiske tjenester. Idet innklagede såpass tydelig presiserer at juridisk rådgivning ikke er omfattet av konkurransegrunnlaget, gir dette i seg selv leverandørene en forventning om at innklagede ikke etterspurte juridisk bistand ved denne anledningen.

Uklart konkurransegrunnlag

- (17) Subsidiært anfører klager at konkurransegrunnlaget er uklart, og av denne grunn i strid med kravene til forutberegnelighet og likebehandling i lov om offentlige anskaffelser § 5. Det var ikke klart for tilbyderne hvorvidt og på hvilken måte juridisk kompetanse ville bli vektlagt ved evalueringen.
- (18) Innklagede hevder at alle de øvrige leverandørene, unntatt klager og valgte leverandør Reinertsen AS, har juridisk kompetanse i sine tilbud og at dette viser at leverandørmarkedet har oppfattet oppdragsgivers presisering i tråd med oppdragsgivers intensjon. Hvorvidt enkelte leverandører har tilbudt juridisk kompetanse kan imidlertid ikke tillegges avgjørende betydning i forhold til om konkurransegrunnlaget var tilstrekkelig klart. Avgjørende er hvordan konkurransegrunnlaget objektivt sett var å forstå for tilbyderne. Det er imidlertid en kjensgjerning at enkelte tilbydere i ulike sammenhenger tilbyr tjenester ut over det som er etterspurt i et forsøk på å bedre sin posisjon ved tilbudsevalueringen, og kanskje særlig aktuelt er dette ved denne type tjenesteanskaffelser.
- (19) Dersom konkurransegrunnlaget hadde vært utformet tilstrekkelig klart ville klager også ha tilbudt juridisk kompetanse, slik klager normalt pleier å gjøre ved slike konkurranser. I tillegg til selskapets egen kompetanse, her vurdert til karakter 8, ville klager med en vektet poengsum på 9 oppnådd samme poengsum som valgte leverandører Firstventura AS og Reinsertsen AS. Tilsvarende om juridisk kompetanse ikke var vektlagt ved de vinnende tilbud, noe som med formodning hadde gitt de vinnende tilbud en lavere score på kriteriet "Kompetanse". Det er meget sannsynlig at regelbruddet har fått avgjørende konsekvenser for innklagedes valg av leverandør.

Prisvurderingen

- (20) Innklagedes evalueringsmetode gir vilkårlige resultater for vurderingen av kriteriet "Priser". Forskjellen i timepris mellom Nekom AS og Reinertsen AS' tilbud er kroner 48 000 over kontraktperioden på 4 år, basert på 600 timer per år. Dette representerer en ikke ubetydelig økonomisk forskjell på tilbudene, som burde ha kommet til uttrykk ved tilbudssammenstillingen ved at tilbudene ble gitt ulik priskarakter.

Ulovlig gjenbruk av kvalifikasjonskrav i tildelingsbeslutningen

- (21) Av den nærmere begrunnelsen av 17. september 2007 fremkommer det at innklagede i vurderingen av formal- og realkompetanse i Reinertsen AS' tilbud har vektlagt at tilbyder har to innkjøpsavdelinger. Dette indikerer at det har forekommet en ulovlig sammenblanding av kvalifikasjonskrav og tildelingskriterier, all den tid innklagede ikke har kunnet konkretisere hva som skiller Reinertsen AS' formal- og realkompetanse fra innfrielsen av kvalifikasjonskravene. Videre er det ikke

dokumentert eller sannsynliggjort hvorvidt de 37 konsulentene stilles til rådighet for innklagede under denne avtalen. Dette har sammen med tidligere omtalte ulovlige vektlegging av juridisk kompetanse bidratt til å gi 7 poeng.

- (22) Valgte leverandør Nekom AS' volum på tidligere anskaffelser som vist til i tilsvaret av 26. november 2007, indikerer i gjennomsnitt omlag ett innkjøpsprosjekt per uke. Med andre ord er det snakk om anskaffelser av mindre/svært lite omfang. En vektlegging av det høye antallet mindre referanseprosjekt er ikke egnet til å si noe om kvaliteten på de ytelsene som skal leveres under rammeavtalen. Det er dermed ikke sannsynliggjort hvordan man her skilte mellom innfrielse av kvalifikasjonskrav og tildelingskriteriene. Innklagedes vurdering henger heller ikke sammen med konkurransegrunnlaget punkt 3.3, hvor det indikeres en mulig volumreduksjon til 25 %. Videre heter det at dersom oppdragsgiver beslutter å foreta egen utførelse vil mest trolig de enklere anskaffelser tas ut av kontraktsarbeidet.
- (23) Når det gjelder innklagedes vurdering av Nekom AS' referanser, kan ikke klager se at det er fremlagt dokumentasjon i henhold til konkurransegrunnlaget punkt 5.3.3 som skaper trygghet for at Nekom AS' kvalifikasjoner og tilbud har vært gjenstand for en saklig og forsvarlig vurdering. Verken oppdragsbeskrivelse, verdi eller tidspunkt er tilstrekkelig beskrevet til å kunne foreta en reell vurdering av referansenes innhold. Dette reiser igjen spørsmålet om det er tatt utenforliggende hensyn ved vurdering av enkelte av tilbudene.
- (24) Foruten en ulovlig anvendelse av kvalifikasjonskrav i tildelingsbeslutningen også her, fremstår det dessuten som en grovt urimelig skjønnsutøvelse, samt et brudd på kravet til forutberegnelighet i lov om offentlige anskaffelser § 5, at denne begrunnelsen er lagt til grunn for å gi Nekom AS en svært høy poengsum på 10 poeng.

Erstatning

- (25) Det foreligger grunnlag for erstatning for den positive og den negative kontraktsinteressen. Klager ville med overveiende sannsynlighet ha blitt tildelt kontrakt dersom konkurransegrunnlaget var tilstrekkelig klart og innklagede hadde vært konsekvent i tilbudsvurderingen i forhold til etterspørsel og vektlegging av juridisk kompetanse, og dersom vilkårligheten i prisvurderingen ikke hadde funnet sted. Innklagedes antagelser vedrørende eventuelle konsekvenser for klagers tilbudte priser dersom ytelser fra advokatfirma var inntatt i klagers tilbud, har ikke relevans for nemndas behandling av klagen.

Innklagedes anførsler:

Vektlegging av utenforliggende forhold

- (26) Innledende tekst i oppdragsbeskrivelsen i konkurransegrunnlaget vedlegg 1, samt konkurransegrunnlaget punkt 2.1.3, ble inntatt for å avgrense kontraktsarbeidet mot rene juridiske rådgivningstjenester, ikke for å utelukke juridisk kompetanse. Ved juridiske tvister og i saker der oppdragsgiver har behov for ren juridisk rådgivning i tilknytning til anskaffelser, vil oppdragsgiver bruke kommunens interne ressurser, ikke kontraktspartene i avtalene. Innklagede er uenig i at spørsmål og svar, samt konkurransegrunnlaget punkt 2.1.3, viser at leverandørene ikke var ment å tilby juridisk rådgivning, og at dette frarøver oppdragsgiver muligheten til å vektlegge juridisk kompetanse hos tilbyderne.

- (27) Tildelingskriteriet ”*Tilbudt kompetanse (real- og formalkompetanse)*” var helt åpent med henblikk på den kompetanse leverandørmarkedet kunne tilby for å utføre kontraktsarbeidet. Det eksisterer ingen spesiell autorisert formell kompetanse for å foreta offentlige innkjøp. På bakgrunn av oppdragsbeskrivelsen i konkurransegrunnlaget var det opp til den enkelte leverandør å tilby den kompetanse man mente var mest hensiktsmessig for å utføre kontraktsarbeidet.
- (28) Oppdragsgiver bestrider ikke at tilbudt juridisk kompetanse er vektlagt ved vurdering av tilbudene. Som det fremgår av konkurransegrunnlaget punkt 7.4 er både formalkompetanse og realkompetanse vurdert. Juridisk kompetanse er ett av flere mulige kompetansegrunnlag. Det vises til at det er tildelt kontrakt til leverandør Reinertsen AS som ikke har tilbudt juridisk kompetanse.

Uklart konkurransegrunnlag

- (29) Opplysningene som er gitt i konkurransegrunnlaget, samt spørsmål og svar under konkurransen, var klare på dette punkt. Alle de øvrige leverandørene, unntatt klager og valgte leverandør Reinertsen AS, har tilbudt juridisk kompetanse. Dette viser at leverandørmarkedet har oppfattet oppdragsgivers presisering i tråd med oppdragsgivers intensjon.

Erstatning

- (30) Ingen av vilkårene for å få erstattet den positive kontraktsinteressen er oppfylt i den foreliggende sak. Det foreligger ikke vesentlige feil, og det er ikke en klar sannsynlighetsovervekt for at klager ville ha fått kontrakten om feilen ikke var begått. Innklagede bemerker for det første at konkurransegrunnlaget ikke var til hinder for å tilby juridisk kompetanse. For det andre nevner ikke klager hvilken priskonsekvens det har å tilby tjenestene fra et velrenommert advokatfirma. Tildelingskriteriene i konkurransegrunnlaget punkt 7.4 inneholder også et priselement. Innklagede presumerer at prisen ville blitt vesentlig høyere ved å supplere tilbudets kompetansedel med nevnte advokatfirma. Under klagers forutsetning om at juridisk kompetanse ikke skulle ha blitt vektlagt ved evalueringen, måtte alle tilbud vurderes på nytt med denne forutsetningen. Utfallet av en slik vurdering er et åpent spørsmål.
- (31) Vedrørende erstatning for den negative kontraktsinteresse, er innklagede uenig i at konkurransegrunnlaget er uklart. Flertallet av leverandørene har oppfattet konkurransegrunnlaget dit hen at juridisk kompetanse kan være relevant. Det vises også til at det ikke var noe krav for å få tildelt kontrakten at juridisk kompetanse var tilbudt. Det er i tillegg et vilkår at feilen, i dette tilfellet konkurransegrunnlagets uklarhet, er av en slik art at leverandøren ikke ville ha deltatt i konkurransen dersom leverandøren hadde kjent til hvordan konkurransen ville ha blitt gjennomført.

Prisvurderingen

- (32) Innklagedes skjønnsutøvelse ved karaktersetningen vedrørende pris er ikke vilkårlig eller grovt urimelig. Divergerende timepris på kroner 20 er vurdert som minimal med henblikk på kontraktsarbeidet, og oppdragsgiver har gitt lik karakter hva angår konkurransens priselement.

Ulovlig gjenbruk av kvalifikasjonskrav i tildelingsbeslutningen

- (33) Det er feil at innklagede som et ledd i vurderingen av tilbudt formal- og realkompetanse har vektlagt det faktum at valgte leverandør Reinertsen AS har to større innkjøpsavdelinger. Det er tilbudets ressurspersoner som ligger til grunn for vurderingen. Innklagede viser videre til at det under redegjørelsen "nevnes" at Reinertsen AS har et samarbeid med en ekstern advokat med henblikk på intern opplæring, samt at selskapet har en stor anskaffelsesfaglig avdeling, med totalt 37 ansatte. Denne benevnningen har ikke noe med hvilken formal- og realkompetanse som ligger til grunn for evalueringen. Formålet var å opplyse om at oppdragsgiver har vurdert Reinertsen AS som en seriøs leverandør.
- (34) Det er feil at Nekom AS kun har utført anskaffelser av mindre/svært lite omfang. Dette fremgår av innklagedes redegjørelse vedrørende Nekom AS i brev av 17. september 2007 og brev av 21. september 2007, samt av dokumentasjon vedrørende Nekom AS' realkompetanse.

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 forskrift om offentlige anskaffelser av 7. april 2006 nr. 402 del I og del II, jf forskriftens § 2-1 og § 2-2.
- (36) Klager har anført at innklagede har gjort en rekke feil ved evalueringen av tildelingskriteriene. I tilknytning til tilbudsevalueringen kan klagenemnda bare prøve om evalueringen er saklig og forsvarlig og i samsvar med de grunnleggende kravene i lov om offentlige anskaffelser § 5, samt om det er lagt til grunn korrekt faktum ved tilbudsevalueringen.

Vektlegging av juridisk kompetanse

- (37) Det er på det rene at innklagede har vektlagt juridisk kompetanse i evalueringen av tilbudene opp mot tildelingskriteriet "*Gjennomføringskompetanse*". Spørsmålet er om det for tilbyderne var tilstrekkelig klart ut fra konkurransegrunnlaget og e-post av 18. juni 2007 at dette skulle vektlegges.
- (38) Det følger av de grunnleggende krav til forutberegnelighet, likebehandling og gjennomsiktighet i lov om offentlige anskaffelser § 5 at konkurransegrunnlaget skal være klart og utvetydig. Leverandørene skal ut fra konkurransegrunnlaget kunne se hva oppdragsgiver ønsker anskaffet. Det er innklagedes ansvar å utforme et konkurransegrunnlag som er tilstrekkelig klart med hensyn til den ytelsen som blir etterspurt, jf klagenemndas sak 2006/57 premiss (23).
- (39) Formuleringen i kunngjøringen punkt II.1.5) og konkurransegrunnlaget punkt 2.1.3 om at "*all juridisk rådgivning og alle advokattjenester*" var forbeholdt kommuneadvokaten i Oslo, kan være egnet til å skape uklarhet om hvorvidt generell anskaffelsesrettslig kompetanse var ønskelig ved utførelse av den etterspurte ytelsen. Beskrivelsen retter seg mot rådgivning og bistand, også ved tvister, men kan ikke sies å dekke den generelle kompetanse om anskaffelsesregelverket som kan være aktuelt ved gjennomføringen av konkrete anskaffelser. Innklagede hadde en oppfordring til å avklare om anskaffelsesrettslig kompetanse ville bli vektlagt ved vurderingen av tilbudene, når det ble svart i e-posten sendt tilbyderne 18. juni 2007 på spørsmål stilt om dette. Opplysningen gitt i svaret om at "*Behovet for ren juridisk kompetanse*"

ville bli dekket av kommuneadvokaten i Oslo og advokater/juridiske rådgivere hos Konserninnkjøp i Utviklings- og kompetanseetaten i Oslo kommune, må anses å være en gjentakelse av det angitte i konkurransegrunnlaget, og bidro ikke til å avklare spørsmålet. Klagenemnda finner at innklagede med dette ikke har gitt tilstrekkelig klare opplysninger om innholdet i den tjeneste som skulle anskaffes, og dermed hva som ville bli vektlagt ved vurderingen av tilbudene. Det var dermed skapt en uklarhet som er i strid med lovens krav til forutberegnelighet, jf § 5.

Prisvurderingen

- (40) Når det gjelder innklagedes skjønnsutøvelse ved poengsetting av tilbudt pris, kan ikke nemnda se at dette har betydning for poengsetting av klagers tilbud, og for om klager ville ha blitt tildelt kontrakt i denne konkurranse. Klager har derfor ikke saklig interesse i å få overprøvd denne vurdering av nemnda, jf forskrift om klagenemnda for offentlige anskaffelser § 6, 2. ledd.

Ulovlig gjenbruk av kvalifikasjonskrav i tildelingsbeslutningen

- (41) Klager har anført at innklagede har vektlagt at valgte leverandør Reinertsen AS har to innkjøpsavdelinger, og at det for vurderingen av valgte leverandør Nekom AS' tilbud ble vektlagt et høyt antall mindre referanseprosjekt. Innklagede forklarte i tilsvaret til klagenemnda at det faktisk at Reinertsen AS har to innkjøpsavdelinger ikke ble vektlagt ved vurderingen av tilbudet. Det fremgår heller ikke av de dokumenter som er fremlagt for klagenemnda at dette er blitt avgjørende for valg av leverandør. Klagenemnda kan ikke konstatere brudd på regelverket på dette grunnlag.
- (42) Klagenemnda har ikke grunnlag for å konstatere brudd på grunnlag av vektlegging av valgte leverandør Nekom AS' referanseliste ved vurderingen av tilbudene opp mot tildelingskriteriene. Klagenemnda kan ikke se at dette har blitt vektlagt ved valg av tilbud.
- (43) Klager har anført at innklagedes vurdering av Nekom AS' referanser har vært usaklig og uforsvarlig, og at dette reiser spørsmål om at det er tatt utenforliggende hensyn ved vurderingen av tilbudene. Slik klagers anførsel er utformet for nemnda foranlediger ikke denne en nærmere gjennomgang av innklagedes vurdering av Nekom AS' referanser, noe som nemnda heller ikke har grunnlag for å foreta i fremlagt dokumentasjon. Klagenemnda kan derfor ikke se at innklagedes vurdering av dette kriteriet viser at det er tatt utenforliggende hensyn.
- (44) For så vidt gjelder innklagedes vurdering av valgte leverandør Nekom AS' referanser, har ikke klagenemnda dokumentasjonen klager viser til som grunnlag for sin anførsel/valgte leverandørs tilbud, og kan derfor ikke ta stilling til anførselen.

Erstatning

- (45) Klager har opplyst at klager ville ha tilbudt juridisk kompetanse, dersom det var klart at dette ville bli vektlagt ved vurderingen av tilbudene. Klagers tilbud fikk 0,15 poeng mindre enn en av de valgte tilbyderne. Klagenemnda ser derfor ikke bort fra at klager kunne ha blitt tildelt kontrakt. Imidlertid antar nemnda at klagers score på kriteriet "Pris" i et slikt tilfelle kunne ha blitt et annet enn det ble. Klagenemnda har uansett ikke grunnlag i den fremlagte dokumentasjon for å ta stilling til om det foreligger grunnlag for erstatning for den positive kontraktsinteressen.

- (46) Klagenemnda legger imidlertid 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 tilbudene ville ha blitt vurdert på annen måte enn det som fremgikk av konkurransegrunnlaget og den etterfølgende e-post. Klagenemnda antar at vilkårene for å få erstatning for de kostnader som er påløpt i forbindelse med deltakelse i konkurransen vil kunne være oppfylt.

Konklusjon:

Boligbygg KF har brutt kravet til forutberegnelighet i lov om offentlige anskaffelser § 5 ved å gi uklare opplysninger om hvorvidt juridisk kompetanse ville bli vektlagt ved vurderingen av kriteriet ”Gjennomføringskompetanse”.

Klagers øvrige anførsler har ikke ført ikke frem.

For klagenemnda
28. januar 2008

Per Christiansen
Per Christiansen