

*Klager deltok i en bygge- og anleggskonkurranse vedrørende Fauske Strandområde. Klagenemnda kom til at innklagede hadde brutt begrunnelsesplikten i forskriftens § 11-14 (1) og har gitt forskriftsstridig opplysning om klagefrist for beslutningen om tildeling.*

### **Klagenemndas avgjørelse 17. september 2007 i sak 2007/73**

Klager: A.Moan AS

Innklaget: Fauske Parkering AS

**Klagenemndas medlemmer:** Jens Bugge, Kai Krüger, Andreas Wahl.

**Saken gjelder:** Evaluering, begrunnelsesplikt og klagefrist.

#### **Bakgrunn:**

(1) Fauske Parkering AS (heretter kalt innklagede) kunngjorde den 7. mars 2007 en åpen anbudskonkurranse vedrørende prosjektering og utførelse av byggeprosjektet ”Fauske strandpromenade, DEL 3”. Prosjektet bestod i å utvikle området mellom strandpromenaden og Sjøgata på Fauske, og ville innebære utgraving og oppfylling, opparbeidelse av veier, grøntarealer, parkeringsplasser etc.

(2) Det fremgår av konkurransegrunnlagets pkt. 6.2 på side 19 følgende om tildelingskriteriene:

” §17-2 KRITERIER FOR VALG AV TILBUD

*Tildelingen skjer på basis av hvilket tilbud som er det mest økonomisk fordelaktige. Kriterier som blir lagt til grunn er pris, kvalitet, teknisk verdi, service og teknisk bistand. Tilbudt ferdigstillings- tidspunkt vil også ha betydning. (Ref.pkt. 1 og 5.10).*

(3) Videre fremgikk det følgende om tidsplan under pkt. 5.10 i konkurransegrunnlaget:

*”Byggherren ønsker å starte arbeidene så tidlig som praktisk mulig for årstiden. Det er foreløpig foreslått 3 prosjekt- områder som vist i vedlegg (datert 31.10.07)*

*Område 1: Vestre del ønskes ferdigstilt til 13. juni 2007*

*(Til planlagt åpning sammen med Miljøgata (Storgata) og Torvet.)*

*Område 2: Østre del nedenfor Fauske hotell ønskes også ferdigstilt så tidlig som mulig, og vi ber om tilbudt frist for denne delen.”*

(4) A. Moan AS (heretter kalt klager) leverte tilbud i konkurransen innen tilbudsfristen den 26. mars 2007. I brev av 19. april 2007 fra innklagede fremgikk det at Elvenes Maskin og Transport AS ble tildelt oppdraget. Begrunnelsen for tildelingen var følgende:

*” Tildelingen skjer med bakgrunn i at Elvenes Transport og Maskin AS har levert et tilbud som er mest fordelaktig, hva gjelder en helhetsvurdering med hensyn til alle tildelingskriterier angitt i tilbudsgrunnlaget”*

(5) I brev av 23. april 2007 skrev klager slik til innklagede:

*”Med bakgrunn i deres valg av leverandør og kravspesifikasjon ber vi om at dere oversender en spesifisert beskrivelse av valg av leverandør i h.h.t §§ 11-14, jfr. § 13-3 og 20-16, jfr. 22-3 i anskaffelsesforskriften. Likeledes ber vi om en redegjørelse i h.h.t § 13-2 hva gjelder vektingen.*

*[...]*

*I avslagsbrevet fra dere datert 20. april er det ikke satt noen klagefrist, ber om tilbakemelding på klagefristens lengde”*

(6) Henvendelsen ble av innklagede i brev av 27. april 2007 besvart slik:

*”Innledningsvis vil vi bemerke at siden det dreier seg om en bygge- og anleggsanskaffelse under terskelverdi stilles det ikke krav om at tildelingskriteriene angis i prioritert rekkefølge eller med en vekting, jfr. forskriftens 13-3 (2). Som det fremgår av kunngjøringen og konkurransegrunnlaget er de fem tildelingskriteriene pris, teknisk verdi, service og teknisk bistand, samt ferdigstillelse, ikke angitt i prioritert rekkefølge, og skal således i tilbudsevalueringen i utgangspunktet ha like stor vekt”*

*Vinneren av konkurransen, Elvenes Maskin AS, scoret spesielt høyt på tildelingskriteriet ferdigstillelse, som for områdene 1 og 2 var henholdsvis, 47 og 118 dager kortere enn den tilbudte leveringstiden fra A. Moan AS, og dette kriteriet ble utslagsgivende for valg av leverandør. Som det fremgår av konkurransegrunnlagets tidsplan i pkt. 5.10, ønsker byggherren at arbeidene kan starte så tidlig som mulig, og det fremgår at området 1 ønskes ferdigstilt innen 13. juni 2007, av hensyn til den planlagte åpningen av Miljøgaten og nedre torg. A. Moan AS har tilbudt en ferdigstillelse først den 31. juli 2007. For område 2 ønskes ferdigstillelse så tidlig som mulig og her er tidsdifferansen i tilbudene svært stor mellom A. Moan og Elvenes Maskin AS*

*Når det gjelder de øvrige kriteriene var det små marginer som skilte leverandørene, som ikke var tilstrekkelig til å oppveie den betydelige forskjellen i forhold til tidskriteriet. I forhold til priskriteriet lå tilbudet til A. Moan på kr. 14.734.332, mens tilbudet til Elvenes Maskin var på kr. 15.129.350, altså en relativt liten prisdifferanse på 2,68% i favør av A. Moan AS”*

(7) Klagefrist ble i samme brev av 27. april 2007 satt til 14 dager fra tidspunkt om meddelelse om valg av leverandør, i brev av 19. april 2007.

(8) I internt notat fra sivilingeniør A. Nygård AS til innklagede er det foretatt en vurdering av de ulike tilbudene opp mot tildelingskriteriene. Under tildelingskriteriet pris følger det at klagers tilbud er 395 000 kr lavere enn Elvenes sitt tilbud. Videre fremgår det under vurderingen av kvalitet og teknisk verdi at innklagede ikke har

noen konkret dokumentasjon på om det ene tilbudet er av bedre kvalitet enn det andre. Under notatets pkt. 4 blir det uttalt at:

*”Vi har ikke annet å anføre her enn at det ofte er enklere å oppnå god service fra en lokal leverandør enn en ekstern. Vi vet også at Johan Standberg i Norsk Revegetering AS er utdannet landskapsarkitekt og er i stand til å gi oss råd og teknisk bistand underveis og i ettertid”*

Under notatets pkt. 5 *”Tilbudt ferdigstillelse”* fremgår at *”forskjellen mellom A. Moan og Elvenes er meget stor”*. De ulike tidspunktene for ferdigstillelse for de ulike områdene ble skissert i følgende tabell:

	<i>A. Moan AS</i>	<i>Elvenes</i>
<i>Område 1:</i>	<i>31. juli 2007</i>	<i>13. juni 2007</i>
<i>Område 2:</i>	<i>31. oktober 2007</i>	<i>06. juli 2007</i>
<i>Område 3:</i>	<i>-</i>	<i>etter avtale</i>

(9) Kontrakt ble inngått 16. mai 2007.

#### **Anførsler:**

##### *Klagers anførsler:*

- (10) Innklagede har brutt begrunnelsesplikten siden informasjonen i tildelingsbrevet av 19. april var mangelfull, og det var vanskelig ut fra dette å vurdere tilbudene mot de ulike leverandørene. Det er kun henvist til flere vektingspunkter uten at det kommer fram hva hvert enkelt vektingspunkt utgjør.
- (11) Innklagede har ikke vurdert tilbudene iht. forskriftens § 13-2 siden tilbudet fra A. Moan AS var ca. 400.000,- kroner rimeligere enn den som fikk tildelt tilbudet. Det er ikke riktig som innklagede hevder at byggetiden ville ha ført til store utslag i inntjeningen av parkeringsplassene. Det er ikke noen direkte sammenheng mellom byggetid og tiden parkeringsarealene vil være ute av drift. Klagers byggetid var basert på å unngå å ta større arealer ut av drift for å ha størst mulig inntjening og best mulig trafikkavvikling under hele byggetiden. I ettertid har det vist seg at den byggetiden som Elvenes la til grunn i tilbudet ikke er overholdt.
- (12) Klagefristen etter forskriftens § 13-3 (1) er heller ikke oppfylt siden dette ikke ble opplyst i innklagedes brev av 19.april 2007.

##### *Innklagedes anførsler:*

- (13) Innklagede bestrider at det er gitt mangelfull begrunnelse for tildeling av kontrakt. Begrunnelse ble gitt i både brev av 19. april og 27. april 2007. I sistnevnte brev ble det gitt en inngående redegjørelse for hvilke forhold som ut fra tildelingskriteriene medførte at tilbudet til Elvenes Maskin AS ble vurdert som mer økonomisk fordelaktig enn tilbudet fra A. Moan AS.
- (14) Innklagede har ikke angitt den innbyrdes vektingen av tildelingskriteriene, og det er heller ikke et krav etter forskriftens 13-2 (2), når dette ikke er bestemt på forhånd.

- (15) Innklagede anser seg heller ikke forpliktet til å legge avgjørende vekt på prisdifferansen mellom tilbudene slik klager synes å hevde. Dette ville være i strid med konkurransegrunnlagets pkt. 6.2, siden tildelingskriteriene, herunder ”tilbudt ferdigstillestidspunkt” skulle telle like mye. I forhold til de andre tildelingskriteriene kvalitet, teknisk verdi og service og teknisk bistand ble tilbudene ut fra de gitte opplysningene vurdert som tilnærmet like gode.
- (16) Ferdigstillestidspunkt er åpenbart av direkte økonomisk betydning med hensyn til parkeringsinntekter. Tildelingskriteriet ”byggetid” må anses for å være et helt relevant og lovlig tildelingskriterium, som innklagede var forpliktet til å vektlegge. Det forhold at ferdigstillelse av parkeringsarealene av ulike grunner er blitt forsinket under utførelsen er fullstendig irrelevant i forhold til innklagedes plikt å evaluere tildelingskriteriet ”byggetid” ut fra de oppgitte opplysningene i tilbudene.
- (17) Den manglende angivelsen av klagefrist i vårt tildelingsbrev av 19. april 2007 må anses reparert av innklagedes brev av 27. april 2007, hvor det opplyses at klagefristen er 14 dager fra tildelingen, dvs. at klagefristen i realiteten var en uke fra det tidspunkt innklagede ga A. Moan AS en nærmere begrunnelse for valget. A. Moan AS hadde derfor tilstrekkelig tid til å sende inn en klage på dette grunnlag, etter å ha fått en utførlig begrunnelse for valget, og har fått anledning til å fremme sine innvendinger mot tildelingen innen fristens utløp. Uansett burde A. Moan ha anmodet om en forlengelse av klagefristen, noe som i tilfelle ville blitt gitt siden kontrakten ikke ble inngått før 16. mai 2006.

#### **Klagenemndas vurdering:**

- (18) Klager har deltatt i konkurransen og har saklig klageinteresse, jf forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Anskaffelsen ble kunngjort den 4. mars 2007, og det er derfor den nye forskriften av 7. april 2006 nr. 402 som kommer til anvendelse i denne saken. Siden anskaffelsen er under terskelverdi er det forskriftens del I og del II som gjelder, jf. forskriftens § 2-1 (2) og 2-2 (1).

#### *Evalueringen*

- (19) Tildelingsevalueringen skal skje på basis av hvilket tilbud som er det mest økonomisk fordelaktige, jfr. kunngjøringen av konkurransen av 7. mars 2007 og forskriftens § 13-2. I denne saken innebærer dette at innklagede måtte evaluere tilbudet ikke bare etter pris, men også tildelingskriteriene kvalitet, teknisk verdi, service- og teknisk bistand, og ferdigstillestidspunkt.
- (20) Det fremgår av innklagedes brev av 27. april 2007 og internt notat fra sivilingeniør A. Nygård at innklagede under tildelingskriteriet ”ferdigstillestidspunkt” i det vesentligste har lagt vekt på når arbeidet er oppgitt å være ferdig, og at en del av begrunnelsen er at kortest mulig byggetid gir større inntjeningstid på parkeringsplassen. Klager anfører at innklagede under dette tildelingskriteriet skulle ha vektlagt at klagers forslag til løsning ville ført til høyere inntjening i byggeperioden.
- (21) Slik tildelingskriteriet er utformet er klagenemnda enig med innklagede i at det ikke er relevant å ta hensyn til om klager tilbyr en ferdigstillelse som totalt sett ville gi en

høyere inntjening under byggeperioden. Ordlyden peker for det første i retning av at det er kun tidspunkt for ferdigstillelse som skal vektlegges, og at det ikke legges opp til en vurdering av hvilken løsning som totalt sett ville ført til størst mulig inntjening under byggetiden. Det fremgår heller ikke av verken kunngjøring eller konkurransegrunnlag at det er tillatt å vektlegge andre forhold under evalueringen av dette kriteriet, og det ville derfor være i strid med kravet til forutberegnelighet og likebehandling om innklagede tok hensyn til slike opplysninger fra klager. Tvert imot fremgår det av konkurransegrunnlaget at tidspunktet for ferdigstillelse er av betydning for planlagt åpning av Miljøgata, og at det ikke kun er inntjeningsvurderinger som er bakgrunnen for vurderingene. Klagenemnda kan derfor ikke se at innklagede har brutt regelverket ved å unnlate å legge vekt på klagers forslag til løsning.

#### *Begrunnelsesplikten og klagefrist*

- (22) Opplysningene i det første meddelelsesbrevet av 19. april 2007 inneholder kun informasjon om hvilken leverandør som ble tildelt kontrakt, og at tildelingen har skjedd ut fra en helhetsvurdering med hensyn til alle tildelingskriteriene angitt i tilbudsgrunnlaget. Dette er ikke tilstrekkelig for å møte kravet til begrunnelse i forskriftens § 11-14 (1) siden klager med dette ikke gis mulighet til å vurdere om oppdragsgivers valg har vært saklig og forsvarlig.
- (23) Brevet av 27. april 2007 fra innklagede inneholdt for det første informasjon om innklagedes vurdering av tildelingskriteriene pris og ferdigstillestidspunkt. Klager fikk vite hvordan tilbudet hans ble vurdert i forhold til valgte leverandørs tilbud på de tildelingskriteriene som skilte tilbudene mest. Videre fremgikk det om de andre tildelingskriteriene at det var små marginer som skilte leverandørene. Begrunnelsen er i samsvar med de vurderinger som fremgikk av det interne notatet til A. Nygård AS. Klagenemnda er av den oppfatning at innklagede ved dette har gitt klager tilstrekkelig begrunnelse etter forskriftens § 11-14 (4).
- (24) Klagefrist skal etter forskriftens § 13-3 (1) fremgå av meddelelse om tildeling av kontrakt. Klagefristen begynner først å løpe fra det tidspunktet det er gitt en begrunnelse som gjør at leverandørene har tilstrekkelig informasjon til å avgjøre om tildelingen er i samsvar med regelverket. Det er på det rene at meddelelsen om tildeling 19. april ikke tilfredsstilte kravet til begrunnelse etter § 13-3 (1), slik at klagefristen først løper fra 27. april, som var den første og eneste utdypende begrunnelse for beslutningen om tildeling. Klagefristen var i dette brevet satt til 14 dager med start fra 19. april og med utløp 3. mai. Fristen må imidlertid etter forskriften først regnes fra begrunnelsen som fremkom 27. april og da med utløp 11. mai og ikke fra 19. april, slik innklagede hadde basert seg på. I realiteten ble klagefristen dermed ikke 14 men 6 dager. At innklagede opplyser om en forskriftsstridig klagefrist er i seg selv et brudd på regelverket, selv om den reelle frist som gjaldt etter forskriften muligens kan sies å ha vært av rimelig lengde, jf. Forsynings- og administrasjonsdepartementets Veileder av 2006 under pkt. 16.2.3. hvorfra siteres:

*"I meddelelsen skal oppdragsgiver også angi en klagefrist. Denne fristen må sees i sammenheng med kravet om at det skal være mulig å få satt til side beslutningen og oppdragsgivers anledning til å annullere tildelingsbeslutningen, jf. §§ 13-3 annet*

*ledd og 22-2 annet ledd. Fristen må derfor ligge innenfor det som anses som "rimelig tid" før kontrakt signeres. Oppdragsgiver må derfor fastsette tidspunkt for planlagt kontraktsinngåelse til etter utløpet av klagefristen."*

**Konklusjon:**

Fauske Parkering AS har brutt begrunnelsesplikten i forskriftens § 11-14 (1) og har gitt forskriftsstridig opplysning om klagefrist for beslutningen om tildeling.

For klagenemnda,  
17. september 2007

Jens Bugge