



Klagenemnda for offentlige anskaffelser

Innklagede gjennomførte en åpen anbudskonkurranse for anskaffelse av bygningsmessige arbeider i forbindelse med rehabilitering/ombygging av et leilighetsbygg. Klagenemnda fant at innklagede ikke hadde brutt regelverket for offentlige anskaffelser.

Klagenemndas avgjørelse 7. april 2008 i sak 2008/16

Klager: Eik Bygg AS

Innklaget: Skien kommune

Klagenemndas medlemmer: Morten Goller, Kai Krüger, Jakob Wahl

Saken gjelder: Angivelse av tildelingskriterier – forutberegnelighet. Etterprøvbarehet av tilbudsevaluering. Føringsprotokoll. Bruk av valgte leverandører som rådgiver.

Bakgrunn:

- (1) Skien kommune (heretter kalt innklagede) kunngjorde 19. juni 2007 en åpen anbudskonkurranse for anskaffelse av bygningsmessige arbeider i forbindelse med rehabilitering/ombygging av et leilighetsbygg.
- (2) Før konkurransen ble kunngjort og konkurransegrunnlaget ble utarbeidet, ble det gjennomført et forprosjekt. Forprosjektet ble ledet av innklagedes konsulent, Asplan Viak AS. Innklagede har opplyst for klagenemnda at HRL Entreprenør AS ble engasjert av Asplan Viak AS for å kvalitetssikre priskalkylene i forprosjektet. Som grunnlag for utarbeidelsen mottok HRL Entreprenør AS tre tegninger. Tegningene inneholdt plan over underetasje og de tre øvrige etasjene, samt tegning av fasaden. Tegningene var datert 19. mars 2007. Kalkylene som ble utarbeidet skulle presenteres under den politiske behandlingen av saken i bystyret.
- (3) I konkurransegrunnlaget av juni 2007 fremgikk det i kapittel 00 "Alminnelig del" blant annet følgende om "PROSJEKTETS ART, OMFANG, BELIGGENHET OG ADKOMST":

"Kort om prosjektet

Asplan Viak A/S i Skien er engasjert av Skien kommune for å prosjektere "Rehab Moflataveien 1". Prosjektet har vært utviklet med alternative skisser gjennom 2006 til forprosjekt, og videre til dette detaljprosjekt. [...]"

- (4) Vedlagt konkurransegrunnlaget fulgte det flere skisser og arkitekttegninger som var datert 22. juni 2007. Blant tegningene var situasjonsplan, plan for underetasje, de tre øvrige etasjene og loft, himlingsplan for de tre etasjene samt underetasje, fasadetegninger, tegning med detaljer av yttervegg, romskjema for de ulike etasjene og kjøkkenskjema. I tillegg var det vedlagt en byggeteknisk tegning med detaljer for trapp og fundament.
- (5) Kontrakt skulle i henhold til konkurransegrunnlagets kapittel 00 "Alminnelig del" tildeles den leverandøren som leverte det økonomisk mest fordelaktige tilbudet basert på følgende tildelingskriterier:

”

- 50 % kompetanse
- 50 % pris

Kompetansekriterier

- organisering av prosjektet med stedfortredere på alle viktige ansvarsområder
- CV-er til nøkkelpersonell
- referanseliste siste 3 år med relevante prosjekter”

- (6) Innen tilbudsfristens utløp 4. september 2007 var det kommet inn fire tilbud. Blant leverandørene var Eik Bygg AS (heretter kalt klager) og HRL Entreprenør AS (heretter også kalt valgte leverandør).
- (7) I "Anbudsprotokoll" av 4. september 2007 var det angitt navn på leverandører som hadde levert tilbud og leverandørenes tilbudssummer, samt navn på personer som var tilstede under tilbudsåpningen.
- (8) Tilbudene ble i første omgang evaluert av innklagedes konsulent, Asplan Viak AS. Fra Asplan Viak AS' tilbudsevaluering hitsettes:

”Vekting

PRIS

[...]

Konklusjon:

Etter dette ligger Linga og Nikmann AS og Norbygg AS langt over de to laveste. Eik Bygg AS ligger ca. kr. 487.000 lavere enn HRL Entreprenør AS.

KOMPETANSE, REFERANSEPROSJEKTER

Kompetanse er vurdert ut fra vedlagte CV for personer som er satt opp med nøkkelroller i prosjektet.

Eik Bygg skårer best når det gjelder teoretisk utdannelse, mens HRL skårer best når det gjelder praktisk erfaring og relevante referanseprosjekter.

KONKLUSJON

Vår konklusjon er at tilbudene fra de 2 ovennevnte ut fra kriteriene skårer likt. Eik Bygg AS skårer best på pris, mens HRL Entreprenør AS skårer best på erfaring fra tilsvarende oppgaver. Slik vi ser det vil derfor byggherrens vurdering/erfaring med

de to entreprenørene fra tidligere prosjekter være avgjørende for valg av entreprenør.”

- (9) Innklagede foretok også selv en tilbudsevaluering. I evalueringen ble klagers og valgte leverandørs tilbud gitt følgende poeng:

”

Moflatvegen 1 - bygg												
	Maks poeng	Vekt %	Anbud nr. 2: Eik Bygg					Anbud nr. 3: HRL				
Korrigert pris inkl. mva:			17 541 298					18 321 663				
TILDELINGSKRITERIER:	Oppnådd poeng:					Oppnådd poeng:						
			1	2	3	4	5	1	2	3	4	5
Kompetanse:		50										
Org. Av prosjektet med stedfort.	10				7,0					7,0		
CV for nøkkelpersonell												
PL formalkomp.	10				8,0					6,0		
PL praksis	10				6,0					9,0		
AL Formal	10				8,0					6,0		
AL praksis	10				3,0					6,0		
Prosj. m overføringsverdi:												
	10				6,0					8,0		
Sum prosjektgjennomføring:	60	50			38,00					42,00		
Pris	60	50										
Anbudssum inkl. mva					17 541 298					18 321 663		
Sum pris	60	50			60,00					57,44		
TOTAL SUM:	120	100			98,00					99,44		
Rangering:					2					1		

”

- (10) Ved brev av 4. oktober 2007 ble klager meddelt at kontrakt var tildelt HRL Entreprenør AS. Om begrunnelse for valget fremgikk blant annet følgende:

”[...]

Årsaken til at tilbudet fra HRL Entreprenør AS er det økonomisk mest fordelaktige tilbudet, er at HRL Entreprenør AS har tilbudt en prosjektorganisasjon med større erfaring og har en bredere og mer omfattende portefølje av gjennomførte prosjekter enn Deres firma. Prisforskjellen var ved denne konkurransen ikke tilstrekkelig stor til å oppveie denne forskjellen.

[...]

- (11) Klager ba i e-post av 5. oktober 2007 om en nærmere begrunnelse for tildelingsbeslutningen. Innklagede besvarte henvendelsen ved brev datert 9. oktober 2007. Fra innklagedes brev hitsettes:

”[...]

Byggherren har utført en vurdering av disse områdene.

- Når det gjelder pris organisering av prosjektet, er dette rimelig likt besvart og ingen av firmaene fremstår bedre enn det andre.

- *For CV til nøkkelpersonell har vi sett på prosjektleder og anleggsleder. Vi har både vurdert formalkompetanse og praksis. Her kommer prosjektlederen til HRL noe bedre ut enn prosjektlederen fra Eik Bygg på grunn av hans lange og brede erfaring. Anleggslederen fra HRL kommer også bedre ut enn anleggslederen fra Eik Bygg. Også her er det anleggslederens praksis som gjør et utslag. Anleggslederen fra Eik Bygg har svært kort erfaring som anleggsleder. For dette punktet har HRL tilbudt personell med bedre kompetanse og erfaring enn Eik Bygg.*
- *Referanser: Som De selv påpeker i Deres mail er HRL et firma som har bredere erfaring og har gjennomført større prosjekter enn Deres firma. Dette gjelder både siste treårsperiode og i perioden før dette. For dette punktet har HRL en tyngre og mer relevant referanseportefølje enn Eik Bygg.*

For kompetansedelen, blir HRL klart tyngre enn Eik Bygg, mens Eik Bygg har levert et lavere tilbud enn HRL.

[...]”

- (12) Klager påklaget ved brev av 12. oktober 2007 innklagedes tildelingsbeslutning.
- (13) Innklagede avviste klagen i brev datert 22. oktober 2007. I brevet fremgikk følgende:

”I Deres brev påpeker De at referanselisten som firmaene skal vurderes ut fra skal måles ut fra prosjekter gjennomført de siste 3 år. Dette er helt korrekt, og det er nettopp gjennomført prosjekter de siste 3 år vi har lagt til grunn for vår vurdering. HRL kommer her bedre ut enn Deres firma da HRL har en tyngre og mer relevant referanseportefølje enn Eik Bygg.

Eik Bygg har oppgitt tre prosjekter som omfatter oppføring av nye bygg, hvorav det også er en del ombygging i det ene prosjektet. Videre er det oppgitt to prosjekt som omfatter riving og oppføring av balkonger.

HRL har, i tillegg til en rekke større nybygg, gjennomført 15 – 20 ombyggings- og rehabiliteringsprosjekt i siste treårsperiode.

Samlet omsetning for Eik Bygg for oppgitte prosjekt i siste treårsperiode er kr. 66 mill, mens samlet omsetning for HRL i samme periode for oppgitte prosjekt er kr. 350 mill.

Da HRL har gjennomført langt flere, større og mer relevante prosjekter i siste treårsperiode enn Eik Bygg, har byggherren ut fra dette gitt HRL en høyere poengsum enn Eik Bygg.

Når det gjelder CV-er for nøkkelpersonell, har vi vektlagt faglig utdanning og praksis like høgt. Praksis er ikke favorisert i forhold til faglig utdanning, men vi har gjort en vurdering av faglig utdanning, samt en vurdering av praksis hvor begge deler teller like mye. I vår vurdering har vi sett på nøkkelpersonellet som er tilbudt, det vil si prosjektleder og anleggsleder. Ved vår vurdering av faglig utdanning har Eik Bygg kommet noe bedre ut enn HRL. Når det gjelder praksis, kommer HRL bedre ut enn Eik Bygg da prosjektleder fra HRL har betydelig lenger fartstid som prosjektleder og at Eik Bygg har tilbudt en anleggsleder som har jobbet som forskalingsnekker, men har ingen erfaring som anleggsleder i motsetning til

anleggslederen fra HRL. Når en ser på teoretisk utdanning og praksis samlet sett kommer HRL bedre ut enn Eik Bygg på dette området.

[...]"

- (14) Innklagede inngikk kontrakt med HRL Entreprenør AS 26. november 2007.
- (15) Anskaffelsesprotokoll datert 27. november 2007 var utarbeidet med utgangspunkt i mal fra Fornyings- og administrasjonsdepartementet vedlagt forskrift om offentlige anskaffelser av 7. april 2006 nr. 402.
- (16) Klager brakte saken inn for klagenemnda ved brev av 25. januar 2008.

Anførsler:

Klagers anførsler:

- (17) Innklagedes angivelse av tildelingskriterier er i strid med kravet til forutberegnelighet.
- (18) For det første er underkriteriet ”*CV-er til nøkkelpersonell*” vagt og upresist, og det er generelt sett ikke mulig å lese ut av konkurransegrunnlaget hva som ligger i dette kriteriet.
- (19) Når det gjelder nøkkelpersonellets formelle utdanning og praksis, har innklagede i ettertid gitt uttrykk for at det hele tiden var meningen at disse skulle veie like tungt. Innklagede burde på dette grunnlag, og i samsvar med forskrift om offentlige anskaffelser § 13-2 (2), ha angitt vektningen i konkurransegrunnlaget.
- (20) Heller ikke for underkriteriet ”*referanseliste siste 3 år med relevante prosjekter*” er det angitt nærmere hva som ligger i kriteriet. Innklagede har i ettertid opplyst at det ved bedømmelsen av prosjektets relevans er lagt vekt på porteføljens bredde og på prosjektenes størrelse. Videre er det opplyst at det er lagt vekt på prosjekter som er utført før de siste tre årene, jf innklagedes brev av 9. oktober 2007. Innklagedes vekt på porteføljens bredde, porteføljens størrelse og prosjekter utenfor den angitte tidsperiode er ikke forutberegnelig.
- (21) Videre bør kravet til erfaring stå i forhold til det som skal utføres. Oppdraget med rehabilitering av leilighetsbygget i foreliggende sak er et forholdsvis ukomplisert rehabiliteringsoppdrag. I dette tilfellet blir således innklagedes vektlegging av andre prosjekters størrelse og bredde uriktig.
- (22) Innklagede har ikke kunnet dokumentere at utdanning og praksis har blitt tillagt lik vekt ved vurderingen av nøkkelpersonells CV-er. Innklagede har med dette brutt kravet til etterprøvbarhet i lov om offentlige anskaffelser § 5 og forskrift om offentlige anskaffelser § 3-1 (7).
- (23) Innklagede har brutt forskrift om offentlige anskaffelser § 3-2 (2) og § 3-1 (7). Anbudsprotokollen av 4. september 2007 oppfyller ikke forskriftens krav. Klagers advokat har ovenfor innklagede påpekt manglene ved anbudsprotokollen. Innklagede utarbeidet da en ny protokoll. Denne protokollen ble utarbeidet og undertegnet 27.

november 2007, dvs. ca åtte uker etter at valg av tilbud var foretatt. Dette er ikke i samsvar med forskriftens § 3-2 (2) og § 3-1 (7).

(24) Innklagede har brutt forskrift om offentlige anskaffelser § 3-8 ved at valgte leverandør fikk anledning til å delta i konkurransen til tross for at firmaet hadde vært benyttet som rådgiver for innklagede i forkant av konkurransen. Valgte leverandør sin rolle som rådgiver kan ha virket konkurranseutelukkende. Valgte leverandør har som følge av sin rådgiverrolle fått en tidsmessig fordel ved utarbeidelse av sitt tilbud. Videre kan det ikke utelukkes at innklagede har gitt valgte leverandør konkret detaljert veiledning. Det kan heller ikke sees bort fra at valgte leverandør i sin rådgiverrolle har mottatt informasjon om oppdraget som ikke har blitt gjort tilgjengelig for de andre leverandørene og at rådgiverrollen har påvirket valgte leverandør sin mulighet til å vinne konkurransen.

(25) Det bes om at klagenemnda tar stilling til hvorvidt vilkårene for erstatning er tilstede.

Innklagedes anførsler:

(26) Det naturlige utgangspunktet for potensielle leverandørers tolkning av tildelingskriteriene er den naturlige forståelsen av kriterienes ordlyd. Ordlyden kan i dette tilfellet ikke forstås på annen måte enn det innklagede har lagt til grunn. Det er også slik klager har forstått det.

(27) Når det gjelder "*CV-er til nøkkelpersonell*" har klager i sitt tilbud vedlagt CV med angivelse av formell utdanning og erfaring for personer med nøkkelroller i prosjektet, dvs. personer i lederstillinger som har avgjørende innflytelse på arbeidet. Det er kun dette innklagede har lagt vekt på ved vurderingen av dette kriteriet.

(28) Innklagede hadde ikke plikt til å angi vekten av nøkkelpersonenes formelle utdanning og praksis i konkurransegrunnlaget. Når noe ikke er nærmere angitt om vektning av tildelingskriterier, må det forventes at de skal vektet omtrent likt. Dette krever ikke nærmere angivelse. Det er kun avvik fra dette som i tilfelle må angis nærmere.

(29) Hva gjelder "*referanseliste siste 3 år med relevante prosjekter*" må dette forstås som et ønske om informasjon om prosjekter som har gitt erfaring av relevans for prosjektet. Innklagede må ved vurderingen kunne ta i betraktning både porteføljens bredde og prosjektenes størrelse, uten at det er påkrevd å opplyse nærmere om det i konkurransegrunnlaget.

(30) Klager hevder at innklagede har tatt i betraktning prosjekter forut for den angitte treårsperioden. Dette er faktisk feil, men må bero på innklagedes uheldige formulering "*både siste treårsperiode og i perioden før dette*" i brevet av 9. oktober 2007. Det finnes imidlertid ingen andre holdepunkter for at innklagede har tatt perioden før i betraktning.

(31) Vedrørende klagers anførsel knyttet til at det dreier seg om et relativt ukomplisert rehabiliteringsoppdrag, og at vektleggingen av andre prosjekters størrelse og bredde derfor blir uriktig, var klager kjent med at det pga hensyn til beboernes spesielle situasjon var behov for å sikre en problemfri gjennomføring. Vektleggingen av disse forhold kan da ikke ha vært uventet for klager.

- (32) Innklagedes tilbudsevaluering må ansees tilstrekkelig etterprøvbart. Det vises til Asplan Viak AS' tilbudsevaluering og innklagedes brev av 9. og 22. oktober 2007. Videre er kravet i forskriftens § 3-1 (7) oppfylt. Innklagedes matrise for vektingen av tildelingskriteriene og Asplan Viak AS' rapport gir et godt uttrykk for innklagedes vurderinger og upartiskhet.
- (33) Den første anskaffelsesprotokollen av 4. september 2007 hadde kun formfeil. Opplysningene som manglet fremkom uansett av konkurransegrunnlaget. Den oppdaterte anbudsprotokollen tilførte ikke som sådan noe nytt, men inneholdt informasjon som allerede var tilgjengelig for leverandørene. Den sene utarbeidelsen av formelt riktig protokoll er derfor ikke et forhold som medfører at det i ettertid kan bli stilt spørsmål ved innklagedes ”*vurderinger og upartiskhet*”, jf forskriftens § 3-1 (7).
- (34) Bruken av valgte leverandør som rådgiver har ikke skjedd på en måte som vil kunne utelukke konkurranse. Den utdelte informasjonen i forprosjektet har ikke vært egnet til å gi valgte leverandør en konkurransefordel. Til det har informasjonen vært for mangelfull. Uansett har innklagede søkt å utligne en eventuell konkurransefordel ved å gi en tidsfrist på 77 dager til å komme med tilbud.
- (35) Innklagede har ikke brutt anskaffelsesregelverket. Eventuelle brudd har uansett ikke hatt betydning for utfallet av konkurransen.

Klagenemndas vurdering:

- (36) Klager har deltatt i konkurransen og har saklig klageinteresse, jf forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Anskaffelsen følger etter sin verdi forskrift om offentlige anskaffelser av 7. april 2006 nr. 402 (forskriften) del I og II, jf forskriftens § 2-1, jf § 2-2 (1).

Angivelse av tildelingskriteriene – forutberegnelighet

- (37) Av kravene til forutberegnelighet, likebehandling og gjennomsiktighet i lov om offentlige anskaffelser § 5 følger det at tildelingskriteriene må være klart utformet, slik at alle rimelig aktsomme leverandører vil forstå kriteriene på samme måte, jf EF-domstolens dom C-19/00 (SIAC Construction) og flere av klagenemndas tidligere avgjørelser, for eksempel 2003/74, 2003/273 og 2007/86. Klager har anført at to av underkriteriene er for vagt og upresist utformet, og dermed ikke tilfredsstillende regelverkets krav.
- (38) Klagenemnda ser først på angivelsen av underkriteriet ”*CV-er til nøkkelpersonell*”.
- (39) Ved evalueringen av dette underkriteriet har innklagede sett hen til CV for prosjektleder og anleggsleder. Etter nemndas oppfatning må prosjektleder og anleggsleder anses å falle inn under en naturlig forståelse av hva som menes med begrepet ”*nøkkelpersonell*” i relasjon til anskaffelsen i forliggende sak. Det er typisk ansatte med lederansvar som vil ha en sentral rolle og avgjørende innflytelse ved arbeidet.
- (40) Ved vurderingen av prosjektleders og anleggsleders ”*CV-er*” har innklagede sett hen til formell utdanning og praksis. Begge disse elementene er forhold som normalt

fremkommer av en CV. Etter klagenemndas oppfatning må det således følge av en naturlig forståelse av ”CV-er” at det var nettopp formell utdanning og praksis som ville bli vektlagt.

- (41) Klagenemnda kan på bakgrunn av ovennevnte ikke se at angivelsen av underkriteriet ”CV-er til nøkkelpersonell” har vært i strid med lov om offentlige anskaffelser § 5.
- (42) I tilknytning til underkriteriet ”CV-er til nøkkelpersonell” har klager videre anført at innklagede skulle ha angitt vekten av henholdsvis nøkkelpersonellets formelle utdanning og nøkkelpersonellets praksis, i konkurransegrunnlaget.
- (43) Det følger av forskriftens § 13-2 (2) at der oppdragsgiver på forhånd har bestemt seg for prioritering eller vektning av tildelingskriteriene, skal dette angis i kunngjøring eller konkurransegrunnlag. I foreliggende sak er det tale om to elementer ved evalueringen av et underkriterium, hvorpå elementene ikke er angitt i konkurransegrunnlaget. Klagenemnda kan ikke se at dette er direkte regulert i forskriftens § 13-2 (2). Uansett kan nemnda ut fra fremlagt dokumentasjon ikke se at det er holdepunkter for å legge til grunn at vekt av henholdsvis formell utdanning og praksis var bestemt på forhånd. Nemnda kan videre ikke se at vektlegging av elementene formell utdanning og praksis har vært uventet, slik at det heller ikke av denne grunn (jf kravet til forutberegnelighet) kan kreves at vekten skulle vært angitt i konkurransegrunnlaget.
- (44) Klagenemnda ser videre på angivelsen av underkriteriet ”referanseliste siste 3 år med relevante prosjekter”. Klager har her anført at innklagedes vektlegging av porteføljens bredde, porteføljens størrelse og prosjekter utenfor den angitte tidsperiode ikke er forutberegnelig ut fra konkurransegrunnlagets angivelse av kriteriet.
- (45) Det følger av innklagedes brev av 9. oktober 2007 at valgte leverandør har fått bedre uttelling på underkriteriet ”referanseliste siste 3 år med relevante prosjekter” som følge av at firmaet har bredere erfaring og har gjennomført større prosjekter enn klager. I relasjon til ”... relevante prosjekter” følger det etter klagenemndas oppfatning av en naturlig forståelse at så vel type oppdrag som størrelse på oppdrag kan være av betydning. Nemnda kan således ikke se at det var uventet for leverandørene at størrelsen på gjennomførte prosjekter ble vektlagt.
- (46) Når det er bedt om ”referanseliste ...” for de siste tre årene vil det etter nemndas oppfatning videre være naturlig å se hen til bredden på utførte relevante prosjekter. I innklagedes brev av 22. oktober 2007 fremgår det at klager har oppgitt tre prosjekter som omfatter oppføring av nye bygg, hvorav det også var en del ombygging i det ene prosjektet, mens valgte leverandør har oppgitt 15-20 ombyggings- og rehabiliteringsprosjekter siste treårsperiode. Klagenemnda kan ikke se at det var uventet at dette ble vektlagt.
- (47) I brevet av 9. oktober 2007 opplyste innklagede at ”... HRL [er] et firma som har bredere erfaring og har gjennomført større prosjekter enn Deres firma. Dette gjelder både siste treårsperiode og i perioden før dette.”. Innklagede har anført at til tross for den uheldige formuleringen i brevet, var det bare referanselister for de siste tre årene som ble lagt til grunn for evalueringen. Det vises også til innklagedes brev av

22. oktober 2007. På bakgrunn av klagenemndas skriftlige saksbehandling har nemnda ikke grunnlag for å overprøve innklagedes opplysninger på dette punktet.

- (48) I tilknytning til underkriteriet ”referanseliste siste 3 år med relevante prosjekter” har klager i tillegg anført at vektlegging av andre prosjekters størrelse og bredde er uriktig, ettersom oppdraget må anses forholdsvis ukomplisert.
- (49) Ved fastsettelsen av tildelingskriterier og underkriterier har oppdragsgiver et relativt vidt innkjøpsfaglig skjønn, forutsatt at kriteriene har en tilknytning til kontraktsgjenstanden, jf forskriftens § 13-2 (2), og ikke strider mot regelverkets grunnleggende krav, jf lov om offentlige anskaffelser § 5. Klagenemnda kan ikke se at bruk av underkriteriet ”referanseliste siste 3 år med relevante prosjekter”, herunder vektlegging av prosjektenes størrelse og bredde, ligger utenfor det innklagede måtte ha anledning til å benytte som underkriterium i foreliggende anskaffelse.

Tilbudsevalueringen – etterprøvbarehet

- (50) Klager har anført at det ikke kan dokumenteres at henholdsvis utdanning og praksis har blitt vektlagt likt ved vurderingen av nøkkelpersonells CV-er. Innklagedes tilbudsevaluering (jf premiss (9)) viser imidlertid at maks poeng var 10 for både formalkompetanse og praksis, og at begge elementer har hatt like stor vekt ved ”Sum prosjektgjennomføring”. Klagers anførsel kan således ikke føre frem.

Anskaffelsesprotokoll

- (51) Det følger av forskriftens § 3-2 at oppdragsgiver skal føre protokoll som skal beskrive ”alle vesentlige forhold og viktige beslutninger gjennom hele anskaffelsesprosessen”. For anskaffelser som overstiger kr 500 000 eks mva skal protokollen minst omfatte opplysninger som fremgår av forskriftens vedlegg 4, jf § 3-2 (2).
- (52) Protokollen av 4. september 2007 oppfyller ikke disse kravene, men er derimot å anse som en protokoll utelukkende fra tilbudsåpningen.
- (53) Den andre protokollen som er fremlagt for klagenemnda er datert 27. november 2007, nesten to måneder etter at valg av tilbud ble meddelt og en dag etter kontrakt ble inngått. Innklagede har ikke imøtegått klagers anførsel om at protokollen først ble utarbeidet denne datoen. Tvert i mot skriver innklagede i sitt tilsvare ”Den sene utarbeidelsen av formelt riktig anbudsprotokoll, ...”. Klagenemnda legger på denne bakgrunn til grunn at anskaffelsesprotokollen først ble utarbeidet 27. november 2007, og ikke bare ble underskrevet denne datoen.
- (54) Klagenemnda har tidligere lagt til grunn at anskaffelsesprotokoll skal føres fortløpende gjennom konkurransen, jf sak 2005/286 hvor klagenemnda uttalte følgende i premiss (37):

”[...] Protokollplikten er et utslag av lovens krav til etterprøvbarehet, og etter klagenemndas oppfatning må bestemmelsen forstås slik at protokollen må føres fortløpende gjennom konkurransen. Først når viktige forhold og beslutninger blir protokollført fortløpende, gir protokollen troverdig informasjon om konkurransen. Protokollen er videre et offentlig dokument, og begjæringer om innsyn vil være mest aktuelt før kontrakt inngås. [...]”

- (55) I klagenemndas sak 2007/154 ble opplysninger fra anskaffelsesprosessen samlet i departementets mal nesten to måneder etter at kontrakt var inngått. Klagenemnda uttalte følgende i premiss (52):

”Innklagede har fremlagt anskaffelsesprotokoll som er i samsvar med forskriftens vedlegg 4. Protokollen er datert 14. januar 2008. Innklagede har opplyst at det var denne datoen opplysningene ble samlet i departementets mal. Innklagede har imidlertid fortløpende dokumentert viktige forhold i anskaffelsesprosessen, jf blant annet protokoll fra tilbudsåpning datert 27. august 2007, referat fra forhandlingsmøter datert 7. september 2007 og evalueringsskjema fra tilbudsevalueringen. Når slike vesentlige forhold er dokumentert fortløpende, finner klagenemnda ikke grunn til å konstatere brudd på forskriftens § 3-2 fordi opplysningene først er samlet i departementets protokoll-mal den 14. januar 2008. Etter nemndas oppfatning er kravene til etterprøvbarehet og gjennomsiktighet ivaretatt også frem til opplysningene ble samlet i protokollen 14. januar 2008.”

- (56) Også i foreliggende sak har innklagede fortløpende dokumentert forhold som tilbudsåpning og tilbudsevaluering. Når det gjelder begrunnelse for valg av tilbud kan klagenemnda ikke se at anskaffelsesprotokollen tilfører noe nytt i forhold til det som allerede fulgte av Asplan Viaks tilbudsevaluering av 19. september 2007, innklagedes egen tilbudsevaluering og begrunnelsen inntatt i meddelelsesbrevet av 4. oktober 2007. Nemnda kan heller ikke se at protokollen tilfører øvrige nye opplysninger som ikke allerede fremgikk andre steder. Når vesentlige forhold er dokumentert fortløpende kan nemnda ikke se at det foreligger brudd på forskrift om offentlige anskaffelser § 3-2, jf § 3-1 (7), fordi opplysningen først ble inntatt i departementets protokoll-mal 27. november 2007, jf sak 2007/154.

- (57) Klagenemnda nevner at anskaffelsesprotokollen uansett, frem til ny offentlighetslov forventes i kraft 1. juli 2008, ville være omfattet av unntak fra innsyn i forskrift til offentlighetsloven av 14.02.1986 nr. 351 punkt V, slik at formaliseringen per i dag har mindre betydning så lenge kravene til etterprøvbarehet og gjennomsiktighet er ivaretatt.

Bruk av valgte leverandør som rådgiver

- (58) Forskriftens § 3-8 setter grenser for oppdragsgivers adgang til å bruke rådgivere i forbindelse med en anskaffelsesprosess. Forskriftens § 3-8 lyder som følger:

”Oppdragsgiver skal ikke 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.”

- (59) Valgte leverandør ble engasjert av innklagedes rådgiver for å kvalitetssikre kalkylene i forprosjektet. Etter det opplyste ble dette gjort fordi forprosjektet ble gjennomført i en periode med voldsom prisvekst på entreprenørtjenester, og valgte leverandør på dette tidspunkt nettopp hadde gjennomført lignende arbeider og således var oppdatert på prisenivå. Etter klagenemndas oppfatning kan denne form for rådgivning vanskelig anses som rådgivning ”under utarbeidelsen av spesifikasjoner”. ”Spesifikasjoner” må forstås som krav som stilles til ytelsen, hvilket priskalkylen i forprosjektet ikke kan

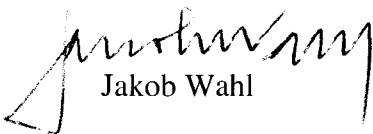
anses å være. Klagenemnda finner på den bakgrunn at forskriftens § 3-8 ikke kommer til anvendelse i forliggende sak.

- (60) Lov om offentlige anskaffelser § 5 oppstiller imidlertid et generelt forbud mot forskjellsbehandling. Kravet til likebehandling kan innebære at oppdragsgiver har en plikt til å utjevne eventuelle fordeler en leverandør har som følge av tidligere oppdrag for oppdragsgiver, slik at leverandørene stilles mest mulig på lik linje i konkurransen. Spørsmålet blir således om valgte leverandørs deltakelse i konkurransen likevel kan anses å være i strid med kravet til likebehandling som følge av leverandørens rolle i forprosjektet.
- (61) I forbindelse med kvalitetssikringen av priskalkylen mottok valgte leverandør tre tegninger med plan over etasjene i bygget som skulle rehabiliteres. Disse tegningene var datert 19. mars 2007. Tegningene var ikke helt identisk med tegningene datert 22. juni 2007 som fulgte konkurransegrunnlaget. Videre inneholdt konkurransegrunnlagets vedlegg 1 en hel del andre tegninger og skisser som valgte leverandør ikke fikk innblikk i under rådgivningsoppdraget. Det er således ikke slik at valgte leverandør på forhånd hadde oversikt over alle tegningene som tilbudet skulle baseres på.
- (62) I tillegg kommer at leverandørene hadde god tid til å utarbeide tilbud. Konkurransen ble kunngjort 19. juni 2007 og tilbudsfrist var 4. september 2007. Den eventuelle fordel valgte leverandør kan ha hatt som følge av innsyn i plantegningene under forprosjektet, må med dette uansett anses utlignet.
- (63) Klagenemnda kan på bakgrunn av ovennevnte ikke se at innklagede har brutt kravet til likebehandling i lov om offentlige anskaffelser § 5.

Konklusjon:

Skien kommune har ikke brutt regelverket for offentlige anskaffelser.

For klagenemnda,
7. april 2008


Jakob Wahl