



**Klagenemnda
for offentlige anskaffelser**

Klager deltok i konkurranse med forhandling for anskaffelse av entreprise på bygningsmessige fag i forbindelse med utvidelse av Spjelkavik barneskole i Ålesund. Klagenemnda fant at innklagede hadde brutt kravene til likebehandling og forutberegnelighet i loven § 5 og i forskriften § 11-8 (2) ved ikke å avholde reelle forhandlinger med klager. Klagenemnda fant videre at innklagede hadde brutt kravet til begrunnelse i forskriften § 11-14 (1) ved at tildelingsmeddelelsen ikke inneholdt tilstrekkelig informasjon om det valgte tilbudet til at leverandørene kunne vurdere om oppdragsgivers valg hadde vært saklig og forsvarlig, i samsvar med de angitte tildelingskriterier. Klagenemnda fant til slutt at innklagede har brutt kravene til etterprøvarhet, gjennomsiktighet og god forretningsskikk i loven § 5, og forskriften § 3-5 jf. offentleglova § 23 tredje ledd, jf. § 3 ved ikke å gi klager innsyn i øvrige tilbud og anskaffelsesprotokoll før klagefristen gikk ut/før kontraktsinngåelse.

Klagenemndas avgjørelse 25. januar 2010 i sak 2009/106

Klager: Ålesund Bygg AS

Innklaget: Ålesund kommune

Klagenemndas medlemmer: Magni Elsheim, Tone Kleven og Kai Krüger

Saken gjelder: Tildelingsevaluering. Reelle forhandlinger. Begrunnelse. Innsyn.

Bakgrunn:

- (1) Ålesund kommune (heretter kalt innklagede) kunngjorde 16. desember 2008 en konkurranse med forhandling for anskaffelse av entreprise på bygningsmessige fag i forbindelse med utvidelse av Spjelkavik barneskole i Ålesund. Anskaffelsesprosessen ble gjennomført av ARKITRE AS (Sivilarkitekter MNAL).
- (2) Fra konkurransegrunnlaget punkt E. SVARDOKUMENTER hitsettes følgende vedrørende tildelingskriteriene:

"E.3 TILBUDSSKJEMA

Evalueringkriterium 1 – del 1

Prissammendraget er utformet slik at det gjenspeiler inndelingen av beskrivelsen og inneholder de enkelte kapitelsummer, spesifisering av merverdiavgift samt tilbudssum inkl. mva.

E.3.2

REGNINGSARBEID – PÅSLAG OG TIMEPRISER

Evalueringkriterium 1 – del 2

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

Entreprenøren oppgir sine timepriser samt påslag på leveranser som ikke er beskrevet og priset.

E.3.3 ENHETSPRISER, ALTERNATIVE TILBUD OG PRODUKTOPPLYSNINGER

Evalueringskriterium 1 – del 3

Entreprenøren oppgir enhetspriser og navn mv på tilbudte produkter.

E.3.4 KAPASITET, LEVERANSESIKKERHET OG BYGGETID

Evalueringskriterium 2

Entreprenøren skal i svardokument eller i eget følgeskriv redegjøre for egen kapasitet, leveransesikkerhet og byggetid.

E.3.5 KOMPETANSE SAMT SERVICE OG TEKNISK BISTAND ETTER LEVERING

Evalueringskriterium 3

Entreprenøren skal redegjøre for egen kapasitet. Utgangspunktet er at arbeidene igangsettes når igangsettelsestillatelse foreligger og at disse drives kontinuerlig og så hurtig som mulig.”

- (3) Det kom inn åtte tilbud innen tilbudsfristen, herunder tilbud fra Ålesund Bygg AS (heretter kalt klager).
- (4) Av innklagedes referat av 26. februar 2009 benevnt "FORHANDLINGER" fremgikk det at ARKITRE AS, Ramstad & Taklo AS og innklagede hadde avholdt et forhandlingsmøte med K. Nordang AS (heretter kalt valgte tilbyder). Fra valgte tilbyder stilte to personer til møte. Møtet fant sted 24. februar 2009 kl 13.30 – 14.30. Fra referatet fremgår det at det ble forhandlet med valgte tilbyder om enhetspriser, herunder pris på sprengningsstein mv, yttervegg, åpninger i yttervegg, åpninger i innervegg og systemhimling.
- (5) Fra innklagedes e-post av 26. februar 2009 til klager refereres følgende:

"I forbindelse med evaluering av inngitte tilbud ber vi om avklaring av tre punkter i deres tilbud. Dersom noe skulle være uklart bes undertegnede om å bli kontaktet."

- (6) Av e-postens vedlegg benevnt "AVKLARINGER" fremgikk det følgende:

"Rigg og drift *Det er funnet avvik mellom summert beløp for kap 01 Rigg og drift av byggeplass på kr ¹ og oppgitt beløp i Svardokument pkt E.3.1 – på kr (...). Alle beløp er eks. mva.*

Spørsmål *Hvilket beløp gjelder?*

Enhetspriser *I kapittel 28 Riving og demontering er enhetspris for post 28.11.7 oppgitt til kr (...) og enhetspris for post 28.11.8 oppgitt til kr (...).
Vi ønsker en bekreftelse på disse enhetsprisene.*

¹ Opplysningen er sladdet som forretningshemmelighet, jf. offentleglova § 13 og forvaltningsloven § 13 nr 2. Tilsvarende gjelder også andre steder hvor opplysninger er sladdet ved bruk av vanlig parentes.

Prisregulering I konkurransegrunnlaget er det bedt om fast pris i hele byggetiden. I tillegg til opsjon for regulering etter SSB sin indeks, ønsker vi en fastpris på prisregulering i byggetiden."

(7) Det er således på det rene at klager ikke ble invitert til et forhandlingsmøte.

(8) Fra klagers svar av 26. februar 2009 vedrørende avklaring refereres følgende:

"Svar på avklaringsbrev datert 26.02.2009

*Rigg og drift Tilbudssum er kr (...) eks.mva
Rigg og driftskostnader er kr(...) eks.mva.*

Enhetspriser Disse postene er åpenbart feilpriset. Rett sum skal være (...) kr/m2 for post nr 28.11.7 og (...) kr/m2 for post nr 28.11.8. Begge eks.mva.

Prisregulering Fastpris på prisregulering i byggetiden tilbys for kr (...),- eks.mva."

(9) I brev av 2. mars 2009 meddelte innklagede tilbyderne at kontrakt var tildelt K. Nordang AS. Fra brevet hitsettes følgende:

"Vi har mottatt tilbud fra følgende 8 tilbydere.

<i>Nr</i>	<i>Firma</i>	<i>Evalueringssum inkl. mva</i>
<i>1</i>	<i>K. Nordang AS</i>	<i>kr 32 543 816,00</i>
<i>[...]</i>		
<i>7</i>	<i>Ålesund Bygg AS</i>	<i>kr 32 905 606,00</i>
<i>[...]</i>		

Evalueringssum Til opplysning er "evalueringssum" summen av tilbud, prisstigning på 1 % der annet ikke er oppgitt (Fast pris eller fast pris på prisstigning), 100 timer tilbudt timepris, påslag for varekjøp på 100 000 kr, samt byggeplassadministrasjon med basis i 10 mill kr på s-entr * tilbudt adm.prosent. Alt tillagt mva.*

Første evaluering I samsvar med forskrift om offentlige innkjøp, § 11-8 (1) ble det foretatt en første evaluering. Deretter ble det innhentet tilleggsopplysninger / forhandlinger fra de leverandørene som lå lavest i pris.

[...]

Valg av tilbud Tilbyder nr 1: K. Nordang AS

Begrunnelse Valg av tilbyder er gjort på grunnlag av vurderinger av tilbud i forhold til kriterier oppsatt i konkurransegrunnlaget, der beste tilbud ble valgte."

- (10) Av vedlegg til meddelelsen om tildeling fremgikk det en evalueringsskjema med oversikt over karaktersettingen av samtlige tilbud. Her fremgikk det også at tildelingskriteriet "Vederlag/pris" var vektet til 50 prosent, "Kapasitet, leveringssikkerhet og byggetid" til 30 prosent, og "Kompetanse, kvalitet samt service og teknisk bistand etter levering" til 20 prosent. Valgte leverandør oppnådde her en score på henholdsvis 5,5, 5,00 og 5,00 på de ulike tildelingskriteriene, totalt 5,25. Klager oppnådde henholdsvis 5,40, 4,80 og 5,00, det vil si totalt 5,14.
- (11) Klager påklaget tildelingen i brev av 3. mars 2009:

"Det kan se ut for oss som at Dere ikke har tatt stilling til vårt svar på avklaringsbrev levert [...] personlig 26.02.09 og sendt pr e-post samme dag.

[...]

I vårt svar til avklaringsbrev [...] bekrefter vi følgende:

- *Tilbudssum er kr (...) inkl rigg og driftskostnader på kr (...) eks. mva.*
- *Rivearbeidene er feilpriset der rett pris skal være (...) kr/m2 for post 28.11.7 og (...) kr/m2 for post 28.11.8.*
- *Fastpris på LPS tilbys for kr (...)*

Alle priser eks. mva.

Regnestykket som gir rett tilbudssum blir da:

<i>Tilbudssum</i>	<i>kr</i>	<i>(...)</i>
<i>Feilpriset post 28.11.7</i>	<i>kr</i>	<i>(...)</i>
<i>Feilpriset post 28.11.8</i>	<i>kr</i>	<i>(...)</i>
<i>Rett pris post 28.11.7</i>	<i>kr</i>	<i>(...)</i>
<i>Rett pris post 28.11.8</i>	<i>kr</i>	<i>(...)</i>
<i>Fastpris LPS</i>	<i>kr</i>	<i>(...)</i>
<i>RETT TILBUDSSUM</i>	<i>kr</i>	<i>(...)</i>

Videre klages det på gitt poengsum for kapasitet, leveringssikkerhet og byggetid. Som oppgitt i tilbudsdokumentene vil vi til våren nærmest ha 100 % ledig kapasitet og mener derfor ut i fra det at vår vektning må få høyeste vekttall. Etter vår oppfatning strider Deres vektning blant annet mot likebehandlingsprinsippet."

- (12) I innklagedes svar av 4. mars 2009 ble klagen ikke tatt til følge. Fra brevet hitsettes følgende:

"Vi har innhentet tilleggsopplysninger både fra Dem og fra valgte tilbyder. Etter at tilleggsopplysningene fra begge tilbyderne er inkluderte i tilbudssummene, ligger Deres tilbud ca 300 000 kr eks mva høyere enn hos den valgte tilbyder.

I tillegg er tilbudt byggetid fra dere lenger enn hos valgte tilbyder."

- (13) I brev av 6. mars 2009 ble det blant annet begjært innsyn i følgende:

"Deres begrunnelse anses å være svært mangelfull [...].

For at gjennomføring av konkurransen kan vurderes av oss, ber vi om å få tilsendt kopi av:

Kopi av samtlige tilbyderes tilbud.

Kopi av anskaffelsesprotokollen

Kopi av eventuelle møtereferater og innstillinger

Kopi av eventuelle avklaringsnotater, møtereferater mellom inngitte tilbud og tildeling”

- (14) I svar fra innklagede av 24. mars 2009 fulgte følgende bemerkninger til klagers innsigelser:

”Til Deres orientering henvises til følgende presiseringer og tilhørende vedlegg:

1. Tildelingskriteria

Det vises til [...]tilbudsgrunnlaget. Her er det opplyst om de tildelingskriteria som vil bli benyttet[...]. Det er videre forklart hvordan evaluering vil skje, inkl grunnlag for evalueringsberegning av kostnader der dette baseres på tilbudt timepris eller % påslag. I tilbudsgrunnlaget er det ikke opplyst vektning av de forskjellige evalueringskriteria. Dette er ikke et krav for tilbudskonkurransen i hht forskriftens del II – anskaffelser under EØS-terskelverdiene.

2. Likebehandling

Første del av evalueringen har bestått av en vurdering av samtlige godkjente tilbud basert på de evalueringskriteria som var opplyst i tilbudsgrunnlaget. Med de to beste tilbyderne etter denne evalueringen ble det gjennomført avklaring/forhandling vedr de respektive tilbud. Kopi av evalueringsskjema for disse to tilbyderne før gjennomføring av avklaring/forhandling er vist på vedlegg 2.

3. Begrunnelse for valg av leverandør

Begge de to beste tilbyderne ble i avklarings-/forhandlingsprosessen gitt anledning til å gi tilbakemelding på forhold som gjaldt prising av sine tilbud. Etter tilbakemelding fra begge tilbyderne er det foretatt endelig vurdering. Resultatet av dette vises i vedlegg 3.”

Valg av K. Nordang AS er begrunnet i de forhold og den oppsummering som er vist i vedlegg 3. Her fremgår det at denne tilbyderen etter avklaring/forhandling har både laveste tilbud (”evalueringssum” på skjemaet) og korteste byggetid. Pris er kr 361 790 (inkl mva) lavere enn Ålesund Bygg sin pris, og det er tilbudt 1 mnd kortere byggetid.”

- (15) Fra innklagedes vedlegg til brevet refereres følgende evalueringsmatrise, benevnt ”Vedlegg 2”:

			”Tilbud nr 1	Tilbud nr 7
			K. Nordang AS	Ålesund Bygg AS
	Evaluering			
1	Vederlag / pris	50 %	5,50	5,45
2	Kapasitet, lev. sikkerhet og byggetid	30 %	5,00	4,80
3	Kompetanse, kvalitet samt	20 %	5,00	5,00

	<i>service og tekn. bistand etter lev.</i>			
	Sum, med vekttallsberegning	100 %	5,25	5,17
	[...]			
	<i>Videre forhandlinger</i>		<i>Forhandlinger / avklaringer</i>	<i>Forhandlinger / avklaringer</i>
	Kommentarer / stikkord			
	<i>Vederlag (alle summer inkl. mva)</i>		<i>kr 32 585 157,00</i>	<i>kr 32 821 705,00</i>
	<i>Kontrollregnet tilbudssum inkl. mva</i>		<i>kr 32 585 157,00</i>	<i>kr 32 810 527,00</i>
	<i>Evt. Fradrag</i>			(...)
	<i>Prisstigning – tilbud</i>		<i>Fast pris</i>	
	<i>Alternativ prisregulering SSB indeks</i>	<i>1 %</i>		(...)
	<i>Andre forbehold, regningsarbeider</i>			<i>Indeks 15.01.09</i>
	<i>Korrigert tilbudssum</i>		<i>kr 32 585 157,00</i>	<i>kr 32 740 527,00</i>
	<i>Timepris ekstraarbeider</i>	<i>100</i>	(...)	(...)
	<i>Påslag materialer</i>	<i>100 000</i>	(...)	(...)
	<i>Byggeplassadministrasjon</i>	<i>10 000 000</i>	(...)	(...)
	<i>Evalueringssum</i>		<i>kr 33 033 907,00</i>	<i>kr 33 180 527, 00</i>
	<i>% avvik vs laveste tilbud</i>		<i>0 %</i>	<i>0 %</i>
	<i>Evalueringssum i kr – inkl. mva</i>			(...)
	<i>Prisdifferanse – tilbudssum</i>			(...)
			(...)	(...)
	<i>Annet</i>		<i>Brannklasse innv. dører</i>	<i>3 lags glass i vinduer</i>
			<i>Lydkrav SKD 161</i>	<i>R&D er basert på E</i>
	<i>Kjøkken</i>			
	<i>Kontraktstandard</i>			
2	<i>Kapasitet, lev. sikkerhet og byggetid</i>			
	<i>Byggetid</i>		<i>455 kd</i>	<i>Pr. 15. aug. 2010</i>
	<i>Oppstart</i>		<i>Omgående – 2 ukers</i>	<i>Mars 2009</i>
	<i>Ferdigstilling – beregnet</i>		<i>Pr. 15. juli 2010</i>	<i>Pr. 15. aug. 2010</i>
3	<i>Kompetanse, kvalitet samt service og tekn. bistand etter lev.</i>			
	<i>Prosjektansvarlig</i>		[...]	[...]
	<i>Merknader vs innlevert tilbud</i>		<i>Fullstendig utfyllt</i>	<i>Fullstendig utfyllt</i>
	<i>Merknader etter forhandlinger</i>			
	Valgte tilbyder			

(16) Fra innklagedes vedlegg til brevet refereres følgende evalueringsmatrise, benevnt "Vedlegg 3":

			"Tilbud nr 1	Tilbud nr 7
			<i>K. Nordang AS</i>	<i>Ålesund Bygg AS</i>
	Evaluering			
1	<i>Vederlag / pris</i>	<i>50 %</i>	<i>5,50</i>	<i>5,45</i>
2	<i>Kapasitet, lev. sikkerhet og byggetid</i>	<i>30 %</i>	<i>5,00</i>	<i>4,80</i>
3	<i>Kompetanse, kvalitet samt service og tekn. bistand etter lev.</i>	<i>20 %</i>	<i>5,00</i>	<i>5,00</i>
	Sum, med vektallsberegning	100 %	5,25	5,14
	[...]			
	<i>Videre forhandlinger</i>		Forhandlinger / avklaringer	Forhandlinger / avklaringer
	Kommentarer / stikkord			
	<i>Vederlag (alle summer inkl. mva)</i>		<i>kr 32 585 157,00</i>	<i>kr 32 821 705,00</i>
	<i>Kontrollregnet tilbudssum inkl. mva</i>		<i>kr 32 585 157,00</i>	<i>kr 32 377 606,00</i>
	<i>Evt. Fradrag</i>			<i>Jf. korr tilb.sum</i>
	<i>Prisstigning – tilbud</i>		<i>Fast pris</i>	<i>(...)</i>
	<i>Alternativ prisregulering SSB indeks</i>	<i>1 %</i>		<i>(...)</i>
	<i>Andre forbehold, regningsarbeider</i>			<i>Indeks 15.01.09</i>
	<i>Korrigert tilbudssum</i>		<i>kr 32 095 066,00</i>	<i>kr 32 465 606,00</i>
	<i>Timepris ekstraarbeider</i>	<i>100</i>	<i>(...)</i>	<i>(...)</i>
	<i>Påslag materialer</i>	<i>100 000</i>	<i>(...)</i>	<i>(...)</i>
	<i>Byggeplassadministrasjon</i>	<i>10 000 000</i>	<i>(...)</i>	<i>(...)</i>
	<i>Evalueringssum</i>		<i>(...)</i>	<i>(...)</i>
	<i>% avvik vs laveste tilbud</i>		<i>0 %</i>	<i>1 %</i>
	<i>Evalueringssum i kr – inkl. mva</i>			<i>(...)</i>
	<i>Prisdifferanse – tilbudssum</i>			<i>(...)</i>
			<i>(...)</i>	<i>(...)</i>
	<i>Annet</i>		<i>Brannklasse innv. dører</i>	<i>3 lags glass i vinduer</i>
			<i>Lydkrav SKD 161</i>	<i>R&D er basert på E</i>
	<i>Kjøkken</i>			

	<i>Kontraktstandard</i>			
2	<i>Kapasitet, lev. sikkerhet og byggetid</i>			
	<i>Byggetid</i>		<i>455 kd</i>	<i>Pr. 15. aug. 2010</i>
	<i>Oppstart</i>		<i>Omgående – 2 ukers</i>	<i>Mars 2009</i>
	<i>Ferdigstilling – beregnet</i>		<i>Pr. 15. juli 2010</i>	<i>Pr. 15. aug. 2010</i>
3	<i>Kompetanse, kvalitet samt service og tekn. bistand etter lev.</i>			
	<i>Prosjektansvarlig</i>		<i>[...]</i>	<i>[...]</i>
	<i>Merknader vs innlevert tilbud</i>		<i>Fullstendig utfylt</i>	<i>Fullstendig utfylt</i>
	<i>Merknader etter forhandlinger</i>		<i>Korrigerte e-priser</i>	<i>Korrigerte e-priser</i>
	<i>Valgte tilbyder</i>			

(17) Saken ble deretter brakt inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser i brev av 11. mai 2009.

(18) Innklagede signerte kontrakt med valgte leverandør 12. mars 2009.

Anførsler:

Klagers anførsler:

Manglende begrunnelse

(19) Klager anfører at innklagede har brutt forskriften § 13-3 (1) og kravet til etterprøvbarehet i loven § 5 ved at begrunnelsen som ble gitt i brev av 4. mars 2009 ikke tilfredsstillende kravene som stilles i forskriften § 11-14 (1). Det er ikke tilstrekkelig beskrevet eller dokumentert hvordan tildelingskriteriene er vurdert, poengsatt og vektet. Det har ikke vært mulig for klager å vurdere om tildelingsprosessen faktisk har vært gjennomført i henhold til de oppgitte tildelingskriteriene, eller om vurderingene bygger på korrekt faktum.

Tildelingsevalueringen

(20) Klager anfører at gjennomføringen av konkurransen har vært i strid med grunnleggende prinsipper om likebehandling i loven § 5 ved at evalueringen av klagers tilbud på tildelingskriteriet "*Kapasitet, leveringssikkerhet og byggetid*" har vært mangelfull. Som oppgitt i tilbudet, vil klager ha nærmest 100 prosent ledig kapasitet og bør dermed få høyere poeng på tildelingskriteriet "*Kapasitet, leveringssikkerhet og byggetid*". På dette kriteriet har klager imidlertid kun oppnådd en score på 4,80, mens valgte tilbyder oppnådde en score på 5,0. Klager viser til at selskapet, til forskjell fra valgte tilbyder, har sammenlignbare referanseprosjekter. Klagers kapasitet er god, leveringssikkerheten er meget god, og byggetiden er tilsvarende valgte tilbyders (før/etter sommerferie). Når det gjelder kompetanse, vises det til referanseprosjekter for klager som helt klart bør gi høyeste score. I evalueringsskjemaene synes det ikke å være hensyntatt det som fremkom i klagers brev av 3. mars 2009, med henvisninger til avklaringsbrev av 26.

februar 2009, hvor rett tilbudssum for klager er kr 32 499 230 inklusiv mva (kr 25 999 284 eks mva).

Reelle forhandlinger

(21) Klager anfører at innklagede ikke har avholdt reelle forhandlinger med klager. Innklagedes brev hvor det bes om avklaring på tre spørsmål tilfredsstillende ikke kravene til en reell forhandling. Av betydning i saken er at valgte leverandør vant på et anbud kr 282 400 lavere enn klager, mens klager opprinnelig hadde inngitt tilbud kr 207 551 lavere enn vinneren. Etter avklaringsrunden ble klagers tilbud korrigerert med en nedjustering på kr 257 980. Valgte tilbyder har med dette nedjustert sitt tilbud med kr 747 931. Det er klart at klager aldri ble gitt noe forhandlingsgrunn for sin prisberegning. Etter en eventuell forhandlingsrunde ville klagers pris kunne vært redusert tilsvarende valgte tilbyders. Den nedjustering valgte tilbyder har gjort må betraktes som vesentlig. Det er heller ikke klart hvilken informasjon valgte leverandør ble presentert i forkant av den markante prisreduksjonen. Presentasjon av informasjon for kun én av tilbyderne er et brudd på kravet til likebehandling. Forskjellen mellom klagers og valgte leverandørs byggetid beror på fellesferien. Det skulle dermed mindre justeringer til for å sette en formell leveringsfrist til før sommeren. Videre ville klager i alle tilfeller tilpasset prosessen slik at innklagede kunne få tilgang til bygget i løpet av sommeren for møblering og prøvedrift. På bakgrunn av overnevnte anføres det at den avgjørende forskjellen mellom klagers og valgte tilbyders tilbud ville blitt klargjort gjennom reelle forhandlinger. Krav til likebehandling og god forretningsskikk er dermed ikke overholdt. Evalueringsskjema viser videre at klager hadde lavere pris enn valgte tilbyder før forhandlingene. Klager fikk ikke komme inn til forhandling. Dette tyder på at valgte tilbyder ble hentet inn til forhandling og prutet ned for å komme lavere enn klager og må således utgjøre et alvorlig brudd på likebehandlingsprinsippet.

Innsyn

(22) Klager anfører at innklagedes avslag på innsyn i anskaffelsesprotokoll og øvrige tilbud i henhold til offentleglova § 13 beror på feil lovanvendelse. Det vises til Sivilombudsmannens sak 2006/1833 der det ble konkludert med at enhetspriser vanskelig kunne unntas offentlighet. På samme måte som i nevnte sak, er det i foreliggende sak et viktig moment at enhetspriser kan være gjenstand for differensiering etter den enkelte avtale. Det foreligger derfor sterke samfunnsmessige hensyn for innsyn i slike opplysninger. Det har ikke vært tilstrekkelig beskrevet eller dokumentert hvordan tildelingskriteriene er vurdert, poengsatt og vektet. Det har ikke vært mulig for klager å vurdere om tildelingsprosessen faktisk har vært gjennomført i henhold til de oppgitte tildelingskriteriene, eller om vurderingene bygger på korrekt faktum.

Innklagedes anførsler:

Manglende begrunnelse

(23) Den begrunnelse som er gitt er tilstrekkelig, jf. forskriften 11-14 (1). Følgelig foreligger det ikke brudd på § 13-3. Begrunnelsen viste til de fastsatte tildelingskriterier og vurderinger som er foretatt ut fra dette.

Tildelingsevalueringen

(24) Ved vurderingen av kriteriet "kapasitet, leveringssikkerhet og byggetid" ble det presisert at innklagede la opp til skoledrift fra høsten 2010, og at det forut for dette ville være

nødvendig med prøvedrift, uttørking og møblering. Som en naturlig følge av dette var fellesferien av vesentlig betydning for byggetiden. Valgte tilbyder fikk karakteren 5 på dette kriteriet, og klager fikk karakteren 4,8. Dette som følge av lengre byggetid. Når det gjelder tildelingskriteriet "vederlag/pris", ble dette vurdert ut fra de priser tilbyderne kom med etter forhandlinger. De korrigerede prisene som fremkom i klagers avklaringsbrev av 26. februar 2009 ble således lagt til grunn ved evalueringen av tilbudene. Det vises til evalueringsmatrisen, benevnt "Vedlegg 3", hvor det fremgår at valgte tilbyder hadde lavere pris enn klager. Valgte tilbyder ble på denne bakgrunn gitt karakteren 5,5 på dette kriteriet mens klager ble gitt karakteren 5,4.

Karakterene for de tre tildelingskriteriene for hver av de to tilbyderne ble begrunnet slik:

1. Vederlag/ pris: Karakterene er beregnet matematisk i forhold til evalueringssummene før avklaring/forhandlinger. Etter avklaring/forhandling er disse for de to aktuelle firmaene justert i henhold til resultatet av kontakten med tilbyderne.
2. Kapasitet/leveringssikkerhet/byggetid: Karakterene ble satt etter vurdering av tiltakshavers og konsulents erfaringer med de to firmaene, spesielt med hensyn til leveringssikkerhet. Delkriteriet byggetid ble vurdert ut fra det som de to firmaene hadde tilbudt.
3. Kompetanse, kvalitet samt service og teknisk bistand etter levering: Tiltakshavers og konsulents erfaringer ble lagt til grunn. Begge tilbyderne ble gitt samme karakter.

Reelle forhandlinger

(25) Innklagede bestrider at klager ikke fikk forhandle. Forhandlingene ble gjennomført i samsvar med anskaffelsesregelverket. Begge tilbyderne som ble kontaktet for nødvendige avklaringer fikk anledning til å korrigere sine priser på prisstigning og enhetspriser. Det ble imidlertid avholdt et møte med valgte tilbyder 24. februar 2009. Dette for å oppnå nødvendige avklaringer med tilbyder og fordi man ønsket å møte firmaet som ikke tidligere hadde hatt oppdrag for innklagede. Klagers firma var godt kjent for innklagede fra andre prosjekt, og man fant derfor ikke samme behov for å innkalle dem til møte. Dersom konkurranse hadde vært gjennomført som en åpen anbudskonkurranse, ville det ikke vært anledning til slik kontakt mellom partene som det var her. Dette viser at det ble gjennomført en forhandlingsrunde. Tilbyderne var videre gjort kjent med hvilke forhold som ville bli tillagt vesentlig betydning ved evalueringen. Dersom innklagede skulle opplyse klager om forskjellen mellom klagers byggetid og byggetiden til øvrige tilbydere ville dette være i strid med forskriftens § 11-8 (3).

Innsyn

(26) Innklagede mener å ha fremlagt de etterspurte dokumenter som foreligger. Når det gjelder tilbud fra de øvrige tilbyderne, har innklagede vurdert klagers begjæring om innsyn i disse. Ettersom de øvrige tilbud i vid utstrekning inneholder enhetspriser som er å anse som drifts- og forretningshemmeligheter, er disse underlagt taushetsplikt.

Klagenemndas vurdering:

(27) Klager har deltatt i konkurransen og har saklig klageinteresse, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser av 15. november 2002 nr. 1288 § 6. Klagen er rettidig. Anskaffelsen følger etter sin opplyste verdi forskrift om offentlige anskaffelser av 7. april 2006 nr 402 del I og II, jf. forskriftens §§ 2-1 og 2-2.

Tildelingsevalueringen

- (28) Klager har anført at innklagede har begått en rekke feil ved tildelingsevalueringen. Det vises til at innklagede har gitt for lav score til klager på evalueringskriteriene "*Vederlag/Pris*", "*Kapasitet, leveringssikkerhet og byggetid*" og "*Kompetanse, kvalitet samt service og teknisk bistand etter levering*".
- (29) Ved tildelingsevalueringen har oppdragsgiver et vidt innkjøpsfaglig skjønn som kun i begrenset grad kan overprøves rettslig. Klagenemnda kan imidlertid prøve om innklagedes vurdering er i samsvar med regelverkets grunnleggende krav, om evalueringen er basert på korrekt faktum og ellers er saklig og forsvarlig. I klagenemndas sak 2008/121 er det blant annet også uttalt at "*Det følger imidlertid av kravet til forutberegnelighet i loven § 5 at oppdragsgivers poengsetting i alle fall må sikre at relevante forskjeller mellom tilbudene gjenspeiles i de poengene tilbudene gis, jf. klagenemndas avgjørelse i sak 2005/201 (premiss 42), sak 2006/90 (premiss 34) og sak 2007/30 (premiss 39).*"
- (30) Innklagede har fremlagt en matrise som viser hvilke poeng tilbyderne er gitt i tilknytning til det enkelte tildelingskriterium. Det fremgår av denne at klager og valgte tilbyder er gitt samme poengsum på tildelingskriteriet "*Kompetanse, kvalitet samt service og teknisk bistand etter levering*". Nemnda kan ikke ta stilling til denne anførselen da klager ikke har konkretisert hva som ved referansene i klagers tilbud burde ha gitt en høyere score. Nemnda vil videre bemerke at klager er gitt 5 poeng som ut fra evalueringsskjema er nest høyeste score.
- (31) På tildelingskriteriet "*Vederlag/Pris*" scorer valgte tilbyder 5,50 poeng, mens klager fikk 5,40. Innklagede har her vist til evalueringssummene i meddelelse om tildeling av 2. mars 2009. Klager står oppført med en totalsum stor kr 32 905 606, og valgte tilbyder kr 32 543 816. Dette tilsvarer en prisforskjell stor kr 361 790. Dette har gitt utslag i en poengforskjell på 0,10 poeng, hvilket nemnda ikke kan se er usaklig eller uforsvarlig.
- (32) På tildelingskriteriet "*Kapasitet, leveringssikkerhet og byggetid*" er valgte leverandør gitt en score på 5 poeng og klager 4,8. Innklagede har forklart at forskjellen beror på at valgte tilbyder har én måned kortere byggetid enn klager. Den noe lengre byggetiden førte således til at klagers tilbud ble trukket med 0,2 poeng. Heller ikke dette kan nemnda se at skulle være usaklig eller uforsvarlig.
- (33) Ut fra ovennevnte er nemnda kommet til at innklagedes karaktersetting må anses saklig og forsvarlig, og for øvrig også ellers i samsvar med regelverket. Klagers anførsel på dette punkt kan således ikke føre frem.

Reelle forhandlinger

- (34) Klager har anført at innklagede ikke har avholdt reelle forhandlinger. Klager fikk kun anledning til å besvare tre avklarings spørsmål. Innklagede har heller ikke påpekt hvilke forhold som i det vesentligste ville bli avgjørende ved evalueringen av klagers tilbud.
- (35) I en konkurranse med forhandling har oppdragsgiver plikt til å føre reelle forhandlinger med leverandørene. Det følger av forskriften § 11-8 (2) at det kan forhandles om alle sider av tilbudene, herunder blant annet forretningsmessige forhold, pris og tekniske spesifikasjoner. Forhandlingene skal gjennomføres slik at de grunnleggende kravene til likebehandling og forutberegnelighet overholdes. I tillegg har klagenemnda også uttalt

følgende omkring kravet til reelle forhandlinger i klagenemndas sak 2008/136 premiss (94), med videre henvisninger:

"I en konkurranse med forhandling har oppdragsgiver plikt til å føre reelle forhandlinger med leverandørene. Av dette kan det imidlertid ikke utledes noen plikt for oppdragsgiver til å påpeke alle sider av leverandørens tilbud som kan forbedres, jf. klagenemndas saker 2003/105, 2008/123 premiss (46) og FAD Veileder s. 182. Klagenemnda har likevel tidligere kommet til at det kan foreligge plikt til å påpeke et forhold dersom det vil bli tillagt vesentlig eller avgjørende betydning i den etterfølgende tildelingsevalueringen, jf. klagenemndas saker 2005/218 premiss (33) og 2008/123 premiss (47). Innklagede kan også ha plikt til å påpeke et forhold som i den etterfølgende tildelingsevaluering har vært av betydning i disfavør av klager, spesielt når klager og valgte leverandør ellers ligger svært likt og forholdet dermed kan bli utslagsgivende, jf. klagenemndas sak 2008/123 premiss (47)."

- (36) I tillegg må det kunne legges til grunn at oppdragsgiver som hovedregel har plikt til å gi tilbyderne adgang til å forhandle på samme måte, det vil si at det som regel ikke vil være akseptabelt at den ene tilbyderen kun tilbys å forhandle skriftlig hvis den andre/øvrige tilbydere får forhandle muntlig og umiddelbart for oppdragsgiver, for eksempel gjennom et forhandlingsmøte.
- (37) I den foreliggende sak er det på det rene det ble avholdt forhandlingsmøte med valgte leverandør, men ikke med klager. Allerede dette tilsier etter nemndas syn at det ikke har vært reelle forhandlinger med klager, uavhengig av om innklagede på forhånd hadde bedre kjennskap til klagers selskap enn de øvrige. Et muntlig og umiddelbart forhandlingsmøte for oppdragsgiver må anses som noe annet for leverandørene enn en skriftlig forhandling. Videre er det også på det rene at den muligheten klager ble gitt til å forbedre sitt tilbud, utelukkende var å få inngi en besvarelse på de tre avklaringsspørsmål innklagede stilte klager i brevet av 26. februar 2009. Spørsmålene gjaldt blant annet prisavvik internt i tilbudet og fastpris på prisregulering. Avklaringen medførte en prisreduksjon stor kr 257 980 i klagers tilbud. Utover dette mottok ikke klager noen form for tilbakemelding vedrørende tilbudet.
- (38) Av innklagedes evalueringsmatrise vedlagt meddelelsen om tildeling fremgår det at byggetid og pris skilte klagers og valgte tilbyders tilbud. Byggetiden utgjorde 0,2 poeng og prisen 0,1 poeng. Etersom byggetiden var et sentralt moment ved evalueringen av tilbudet, skulle innklagede etter nemndas syn påpekt at ferdigstillelse 15. august 2010 var for nært opp til skolestart, slik at klager ble gitt mulighet til å forbedre sitt tilbud på dette punkt.
- (39) Basert på ovennevnte er klagenemnda kommet til at innklagede ikke kan anses for å ha gjennomført reelle forhandlinger med klager. Dette må i foreliggende sak anses i strid med kravene til både likebehandling og forutberegnelighet i loven § 5, samt bestemmelsen i forskriften § 11-8 (2).

Krav til begrunnelse ved tildelingsmeddelelsen

- (40) Klager har anført at innklagedes meddelelse om tildeling av 2. mars 2009 og 24. mars 2009 ikke tilfredsstillende kravene i § 11-14 (1) ved at det ikke er tilstrekkelig beskrevet eller dokumentert hvordan tildelingsprosessen faktisk har vært gjennomført i henhold til de oppgitte tildelingskriteriene, eller at vurderingene bygger på korrekt faktum. |

- (41) Av forskriften § 11-14 (1) følger at oppdragsgivers begrunnelse ved meddelelsen om kontraktstildeling "skal inneholde tilstrekkelig informasjon om det valgte tilbudet til at leverandøren kan vurdere om oppdragsgivers valg har vært saklig og forsvarlig, i samsvar med angitte tildelingskriterier." Kravet til begrunnelse må vurderes i lys av bestemmelsens formål. Den skal, med sikte på klage, gi tilstrekkelig informasjon for å vurdere om tildelingen er i samsvar med regelverket. For øvrig må det foretas en konkret vurdering av om begrunnelsesplikten er oppfylt.
- (42) Ved tildelingsmeddelelsen av 2. mars 2009 fremkommer, som gjengitt i premiss 9 utelukkende, evalueringssum, hvordan summen er utregnet, navnet på valgte tilbyder og opplysning om klagefrist. Vedlagt var også en evalueringsskjema, gjengitt i premiss 10, som inneholdt en oversikt over tilbydernes poengscore på de ulike tildelingskriteriene. Det fremgår imidlertid ikke hvilken poengskala som er benyttet.
- (43) I nemndas praksis har man i tillegg til matriser og tabeller for poengsetting krevd en redegjørelse for oppdragsgivers vurderinger ved poengsettingen, jf. blant annet sakene 2009/45, 2008/189, 2008/172, 2008/214. Nemnda vil her tilføye at redegjørelsen det er stilt krav om også omfatter opplysninger om hvilken poengskala oppdragsgiver har benyttet. Da slik redegjørelse ikke kan gjenfinnes i begrunnelsen som ble gitt, foreligger det dermed brudd på forskriftens § 11-14 (1).

Innsyn

- (44) Klager har anført at innklagedes unnlattelse av å gi innsyn i anskaffelsesprotokoll og øvrige tilbud utgjør et brudd på regelverket. Klager viser også til at manglende innsyn har forsterket uklårheter vedrørende tildelingsevalueringen. Klagenemnda forstår klagers anførsel slik at det er gjort gjeldende at mangel på innsyn har fratatt klager en reell klagemulighet.
- (45) Av loven § 5 fremgår det at oppdragsgiver skal sikre kravene til etterprøvbarehet, gjennomsiktighet og god forretningsskikk i anskaffelsesprosessen. Av forskriften § 3-5 følger det at for allmennhetens innsyn i tilbud og anskaffelsesprotokoll gjelder offentleglova. Hovedregelen om innsyn følger av offentleglova § 3, hvor det fremkommer at saksdokumenter, journaler og liknende er åpent for innsyn, dersom ikke annet følger av lov eller forskrift. Offentleglova § 23 skal forstås slik at innklagede plikter å imøtekomme anmodning om innsyn fra deltakende leverandører før klagefristen er gått ut/kontrakt med valgte leverandør er inngått.
- (46) Klager fremsatte begjæring om innsyn 6. mars 2009, det vil si etter at innklagede hadde valgt leverandør. Det er på det rene at innklagede ikke oversendte anskaffelsesprotokoll eller øvrige tilbud, og for øvrig heller ikke besvarte resten av klagers henvendelse, før i brev til klagenemnda 24. august 2009. Her fremgår det at begjæringen om innsyn blir avvist. I innklagedes brev til klagenemnda 24. september 2009 ble det opplyst at spørsmålet om innsyn skulle vurderes av innklagede på nytt. På tidspunktet for behandling av saken i klagenemnda er klager fortsatt ikke gitt innsyn i tilbud og anskaffelsesprotokoll.
- (47) Klagenemnda er på denne bakgrunn kommet til at innklagede har brutt kravene til etterprøvbarehet, gjennomsiktighet og god forretningsskikk i loven § 5, og forskriften §

3-5 jf. offentleglova § 23 tredje ledd, jf. § 3 ved ikke å gi innsyn i øvrige tilbud og anskaffelsesprotokoll før klagefristen gikk ut/før kontraktsinngåelse.

Konklusjon:

Ålesund kommune har brutt kravene til likebehandling og forutberegnelighet i loven § 5 og i forskriften § 11-8 (2) ved ikke å avholde reelle forhandlinger med klager.

Ålesund kommune har brutt kravet til begrunnelse i forskriften § 11-14 (1) ved at tildelingsmeddelelsen ikke inneholdt tilstrekkelig informasjon om det valgte tilbudet til at leverandørene kunne vurdere om oppdragsgivers valg hadde vært saklig og forsvarlig, i samsvar med de angitte tildelingskriterier.

Ålesund kommune har brutt kravene til etterprøvnbarhet, gjennomsiktighet og god forretningsskikk i loven § 5 og forskriften § 3-5 jf. offentleglova § 23 tredje ledd, jf. § 3 ved ikke å gi innsyn i øvrige tilbud og anskaffelsesprotokoll før klagefristen gikk ut/før kontraktsinngåelse.

For klagenemnda,

25. januar 2010

Tone Kleven