

NOTAT

Dato
Oslo, 10. september 2012

Til:
Vigo IKS

Att.:
Styret i Vigo v/styreleder

Fra:
Esther Lindalen R. Garder

Deres ref

Vår ref

Ansvarlig advokat
Esther Lindalen R. Garder

KONKURRANSE OM LEVERING AV KONSULENTOPPDRAK – ANBEFALING OM VIDERE FREMDRIFT

1. INNLEDNING

Det vises til tidligere kontakt i saken.

Dette notatet vil gi Vigo IKS (Vigo) en begrunnet anbefaling om videre fremdrift i konkurransen. Notatet må ses i sammenheng med mitt notat av 27. august 2012, redegjørelse på styremøte 28. august samt øvrig kontakt herunder møte på mitt kontor 6. september 2012.

2. KOFAS AVGJØRELSE

2.1. Innledning

Grunnlaget for usikkerheten knyttet til videre fremdrift, er KOFAs avgjørelse i sak 2012/144 etter klage fra Inventura AS. KOFA mener Vigo har brutt regelverket om offentlige anskaffelser på to punkter, herunder at det foreligger en plikt til å avvise tilbudet fra Ernst og Young AS (EY).

KOFAs uttalelser er rådgivende og ikke bindende for partene. Et sentralt spørsmål er derfor om Vigo bør forholde seg til KOFAs uttalelse, eller om det foreligger feil i grunnlaget for uttalelsen som gjør at den ikke bør legges til grunn for den videre fremdriften.

Uansett hvilken beslutning Vigo nå tar, vil man risikere klager og eventuelt rettslig prosess. I en sak for domstolen vil saken bli opplyst på en helt annen måte enn for KOFA fordi saksbehandlingen i KOFA er skriftlig, mens en rettslig behandling er muntlig med vitneførsel og

annen bevisførsel. Det er derfor viktig å foreta en grundig vurdering av KOFAs uttalelse før man tar en avgjørelse om videre fremdrift. Jeg har forsøkt å gjøre dette nedenfor.

Min vurdering av KOFAs uttalelse nedenfor, er basert på de faktiske forhold jeg har kjennskap til pr. i dag. Grunnlaget for dette er oversendte dokumenter samt møte med Brynjulf Bøen, Karl Petter Kristiansen og Vigdis Margrethe Hoven på mitt kontor 6. september 2012 der de faktiske forhold ble gjennomgått (Karl Petter Kristiansen var med på møte pr. telefon). Skulle det komme frem andre eller motstridende opplysninger/dokumentasjon i en rettslig behandling, kan dette naturligvis få konsekvenser for saken.

2.2. Nærmere om KOFAs vurdering av at Vigo er forpliktet til å avvise EY

2.2.1. Innledning – rettslig utgangspunkt

Jeg vil ikke gå grundig inn på de juridiske forholdene knyttet til avvisningsplikten i anskaffelsesforskriften § 20-12(1)(f), jfr. § 3-8. Etter min vurdering synes det som om KOFA tar et korrekt rettslig utgangspunkt for sin vurdering når KOFA i premiss 39 uttaler:

"Valgte leverandør har utarbeidet et forprosjekt for anskaffelsen av skoleadministrativt system. Utarbeidelse av et forprosjekt er normalt ikke tilstrekkelig til å bli rammet av forskriften § 3-8. I Borgarting lagmannsretts dom i sak LB-2010-201985 uttales følgende om dette:

"Lagmannsretten legger til grunn at ordet spesifikasjoner må tolkes videre enn rent tekniske spesifikasjoner og må omfatte alle former for krav som stilles til leveransen, jf. Dragsten m.fl.: Offentlige anskaffelser side 632. På den andre siden er retten enig med den ankende part i at det må trekkes et skille mellom hva som er krav til ytelsen i vid forstand og det som er grunnlagsdokumentasjon for den videre prosjekteringen. Det å bidra i forberedelsen av en konkurranse ved å utarbeide grunnlagsdokumenter, er normalt i seg selv ikke til hinder for å delta i den samme konkurransen."

I denne saken har EY utarbeidet dokumentasjon som Vigo har valgt å benytte som grunnlag for konkurransen. Dette er normalt ikke nok til avvisning.

Det vises også til premiss 43 hvor det heter:

"Spørsmålet er så om rådgivningen har gitt valgte leverandør "et klart konkurransefortrinn og denne fordelene heller ikke i det vesentligste er utjevnet før konkurransen er avsluttet", jf. Borgarting lagmannsretts dom i sak LB-2010-201985. " (understreket her)

Min oppfatning er at det synes som om de rettslige utgangspunktene er korrekte. Spørsmålet er derfor om KOFA har lagt et korrekt faktum til grunn for sin vurdering og om KOFA har fulgt opp

de rettslige utgangspunkter. Som nevnt av KOFA i premiss 38 skal det foretas en konkret vurdering i den enkelte sak. Dette er nærmere behandlet nedenfor.

2.2.2. Er det korrekt at EY har utarbeidet spesifikasjonene for anskaffelsen?

Etter anskaffelsesforskriften § 3-8 skal oppdragsgiver "ikke søke eller motta råd som kan bli benyttet under utarbeidelsen av spesifikasjoner fra noen som har økonomisk interesse i anskaffelsen, når dette skjer på en måte som kan utelukke konkurranse."

KOFA legger til grunn at EY har utarbeidet alle spesifikasjonene for anskaffelsen. En forutsetning for at anskaffelsesforskriften § 3-8 kommer til anvendelse er at rådene som mottas kan bli benyttet under utarbeidelsen av spesifikasjoner. KOFA legger vekt på at "kravspesifikasjonen er nær identisk med forprosjektrapportens overordnede beskrivelse av anskaffelsen av skoleadministrativt system" (premiss 42). KOFA viser i samme premiss til at kravspesifikasjonen henviser til forprosjektrapporten i forhold til ressursbruk.

Etter det jeg fikk opplyst på møte, var den faktiske situasjonen at Vigo selv satt sammen informasjon fra rapporter EY hadde laget og la dette inn i kravspesifikasjonen. KOFAs beskrivelse av de faktiske forhold er derfor etter min mening ikke helt presis. Det er for så vidt korrekt at det er EY som har utarbeidet de dokumenter og opplysninger som er gjort til en del av kravspesifikasjonen. Det er imidlertid ikke korrekt at EY laget dette for at det skulle tas inn som en del av konkurransedokumentene eller kravspesifikasjonen. Det var Vigo som bestemte dette. Det vises også til forprosjektrapporten på side s 2 hvor det heter:

"Formålet med dette dokumentet

Formålet med dette dokumentet er å gi et foreløpig kostnadsestimat av anskaffelsesfasen som er neste fase av SAS-prosjektet. Dokumentet er ment å gi input til fylkeskommunens budsjettprosesser." (understreket her)

Formålet med forprosjektrapporten var således ikke å lage en kravspesifikasjon for anskaffelsen av konsulenttjenester, men input til fylkeskommunens budsjettprosesser. Vigo valgte selv å ta dette inn som en del av kravspesifikasjonen og fremlegge rapporten for at alle tilbyderne skulle ha samme informasjon ved utarbeidelsen av tilbud.

Etter min mening er derfor KOFAs beskrivelse av den faktiske situasjonen for unyansert. Av KOFAs beskrivelse får man et inntrykk av at EY har utarbeidet dokumentene med sikte på at dokumentasjonen skal utgjøre en del av kravspesifikasjonen i konkurransen om konsulenttjenester. Etter det jeg har forstått er dette ikke korrekt.

Rettslig sett er nok EYs arbeid tilstrekkelig til å si at Vigo har mottatt råd "som kan bli benyttet under utarbeidelsen av spesifikasjoner", slik at man er innenfor anvendelsesområde til anskaffelsesforskriften § 3-8. Jeg mener imidlertid det har betydning for vurderingen av avvisningsspørsmålet at EY ikke har bestemt hvilken informasjon som skal inn i kravspesifikasjonen, men at dette er noe Vigo har gjort.

2.2.3. Har EY fått en konkurransefordel i strid med anskaffelsesforskriften § 3-8?

Det fremgår ovenfor at jeg er enig i KOFAs rettslige utgangspunkt gjengitt i premiss 43 hvor det heter:

"Spørsmålet er så om rådgivningen har gitt valgte leverandør "et klart konkurransefortrinn og denne fordelten heller ikke i det vesentligste er utjevnet før konkurransen er avsluttet", jf. Borgarting lagmannsretts dom i sak LB-2010-201985. " (understreket her)

For å kunne avvise EY må det således foreligge et "klart konkurransefortrinn" og dette må ikke "i det vesentlige" være utjevnet. Vurderingen av dette må være helt konkret og knytte seg til faktum i denne saken.

I KOFAs uttalelse premiss 44 heter det:

"Foreliggende konkurranse gjaldt bistand til gjennomføring av en konkurransepreget dialog. Som nevnt over, var hele kravspesifikasjonen utarbeidet av valgte leverandør. Klagenemnda legger til grunn at dette ga valgte leverandør bedre kjennskap til prosjektet enn øvrige tilbydere, og dermed en fordel ved utarbeidelsen av tilbud. Innklagede hevder å ha utjevnet denne fordelten ved å legge forprosjektrapporten for ressursberegningen ved konkurransegrunnlaget og ved å utvide fristen for å levere tilbud i konkurransen." (understreket her)

KOFA gir ingen konkret begrunnelse for at EY gjennom utarbeidelsen av forprosjektrapporten har fått bedre kjennskap til prosjektet og dermed en fordel i konkurransen. Jeg er ikke ubetinget enig i KOFAs argumentasjon og mener den er for generell og ikke klart påviser at EY har fått noen fordel i konkurransen. I tilfeller der oppdragsgivers rådgiver har utarbeidet spesifikasjoner som blir benyttet i en anskaffelse, vil denne rådgiveren normalt ha bedre kunnskap om prosjektet enn øvrige tilbydere. Dette er det normale og ikke i seg selv nok til at det foreligger en plikt til avvisning. For å kunne avvise en tilbyder må det kunne sannsynliggjøres at denne har fått en konkret og klar fordel ved utarbeidelsen av tilbudet. Å vise til at man har bedre kjennskap til prosjektet er ikke tilstrekkelig. Etter min mening foreligger det derfor en svakhet ved KOFAs begrunnelse på dette punkt. KOFA påviser ikke at EY har hatt noen fordel, men legger dette automatisk til grunn som en følge av at de har hatt mer kjennskap til prosjektet enn andre tilbydere. Det er etter min mening ikke korrekt og heller ikke i samsvar med de rettslige utgangspunkt KOFA selv setter opp.

I KOFAs uttalelse premiss 45 heter det:

"I konkurransegrunnlaget punkt 3.3.1 er tilbyder for vurderingen av tildelingskriteriet "Løsningsforslag/Oppdragsforståelse" bedt om å beskrive sin plan for gjennomføring av oppdraget. Det er opplyst at rapporten fra forprosjektet skal benyttes som mal. Forprosjektrapporten gir estimer på ressursbruk, inkludert antall timer som er nødvendig for gjennomføringen av anskaffelsen, samt enkelte forutsetninger for disse estimatene og antatte kostnader for gjennomføringen av den konkurransepregede dialogen, basert på tre forskjellige scenarier av hvor mye arbeid fylkeskommunen vil utføre selv. Forprosjektrapporten er imidlertid svært kortfattet, og ga lite informasjon om hva som var

grunnlaget for beregningen av nødvendige ressurser. Dette medførte at selv om innklagede leverte ut rapporten, hadde valgte leverandør mer informasjon enn de øvrige tilbydere om ressursbruken." (understreket her)

Også dette avsnittet bærer etter min mening preg av en unyansert vurdering. At forprosjektrapporten er kort og gir lite informasjon om hva som var grunnlaget for beregningene av nødvendige ressurser, medfører ikke i seg selv at EY har noen fordeler i konkurransen. KOFA påviser ingen konkret fordel for EY i konkurransen. Som nevnt ovenfor, er det en normal konsekvens at en rådgiver har mer kunnskap enn øvrige tilbydere – dette er imidlertid ikke nok til å si at man har hatt en fordel i konkurransen. KOFA drøfter rett og slett ikke årsakssammenhengen mellom EYs evt. merkunnskap og om dette har gitt en fordel i konkurransen. Det synes også som om KOFA uten nærmere begrunnelse, mener at grunnlaget for beregningen av nødvendige ressurser skulle vært fremlagt. På et generelt grunnlag kan det etter min mening heller ikke kreves at alt som danner grunnlaget for beregninger skal legges frem. Det må foretas en konkret vurdering. Dette ble også etter det opplyste gjort av Vigo og det ble konkludert med at forprosjektrapporten skulle legges frem og at EY ikke hadde noen fordel i konkurransen på bakgrunn av de andre dokumentene i saken.

Det er også viktig at Inventura AS har valgt å tilby en vesentlig kortere gjennomføringstid enn det som er anbefalt i forprosjektrapporten. Dette indikerer at Inventura AS selv har ment å ha mer enn god nok informasjon om ressursbruken og grunnlaget for beregningen av denne. Realiteten er jo at Inventura AS har valgt å se bort fra ressursberegningen som er foretatt av EY og dette uten at Inventura AS har etterspurt grunnlaget for beregningene eller annen informasjon/dokumentasjon.

Situasjonen hadde vært en annen dersom Inventura AS hadde forholdt seg til de oppgitte estimatene i konkurransedokumentene, mens EY hadde et tilbud på enten betydelig høyere eller lavere antall timer. Hvis EY ikke hadde forholdt seg til de oppgitte estimatene ville det kunne være en indikasjon på at EY hadde mer informasjon av betydning for utarbeidelsen av tilbudet – og dermed en fordel i konkurransen. At EY forholder seg til de estimer de selv har gitt – og som også alle andre tilbydere har fått tilgang til – tilsier etter min mening at EY ikke har hatt en fordel i konkurransen. Hvis Inventura AS mente å ha mindre informasjon om grunnlaget for estimatene enn EY, så burde jo Inventura AS forholdt seg til estimatene og ikke gitt tilbud på et vesentlig mindre antall timer. Argumentasjonen i KOFAs avgjørelse er på denne bakgrunn svak.

Det er vanskelig å se at EY har fått en fordel ved å benytte og bygge sitt tilbud på informasjon som er gjort tilgjengelig for alle tilbydere i konkurransen.

Etter møte med Vigo har jeg også fått et klart inntrykk av at Vigo mener å ha utjevnet en evt. fordel i konkurransen ved å fremlegge forprosjektrapporten. Vigo mener at EY ikke har hatt noen fordel i konkurransen. Jeg legger stor vekt på at dette spørsmålet eksplisitt ble vurdert av Vigo ved utarbeidelsen av konkurransedokumentene. Det ble også eksplisitt vurdert om det var noe i den øvrige dokumentasjonen (som ikke ble fremlagt) som kunne gi EY noen fordeler, men det ble konkludert med at det ikke var tilfelle. Etter det jeg har forstått ville tilbydere ikke ha noen nytte av den øvrige dokumentasjonen og den ble derfor ikke lagt frem.

I KOFAs premiss 46 heter det:

"Som det fremgår av innklagedes anførsler, utgjorde valgte leverandørs arbeid i forbindelse med foreliggende konkurranse kun en liten del av oppdraget valgte leverandør utførte for innklagede. Hoveddelen av oppdraget besto i å utarbeide spesifikasjoner og dokumentasjon for skoleadministrasjonssystem som vinneren av foreliggende konkurransen skulle anskaffe for innklagede. Disse spesifikasjonene var ikke vedlagt konkurransegrunnlaget, da innklagede mente de ikke hadde relevans for konkurransen. Dette innebar at valgte leverandør var den eneste leverandøren som hadde kjennskap til det produktet som vinneren av konkurransen skulle bistå innklagede med å anskaffe. Samlet sett innebærer dette at valgte leverandør har hatt vesentlig mer informasjon enn øvrige leverandører ved utarbeidelsen av tilbud, uten at innklagede har utjevnet forskjellen ved å levere ut all skriftlig dokumentasjon. Klagenemnda finner på denne bakgrunn at valgte leverandør har blitt benyttet som rådgiver i strid med forskriften § 3-8, og at innklagede derfor har brutt regelverket ved ikke å avvise valgte leverandør fra konkurransen, jf. forskriften § 20-12 (1) bokstav f."

KOFA legger til grunn at EY har hatt vesentlig mer informasjon enn øvrige leverandører fordi EY hadde mer kjennskap til "det produktet som vinneren av konkurransen skulle bistå innklagede med å anskaffe". KOFA drøfter imidlertid ikke noe om hvorvidt denne informasjonen har gitt EY noen fordel i konkurransen. EY forholdt seg til estimatene av ressursene i forprosjektrapporten. Dersom EY hadde vesentlig mer kunnskap enn øvrige aktører av betydning for denne konkurransen, ville det medført at EY kunne tilbudt et lavere timeantall enn øvrige leverandører. Som det fremgår av resultatet fra konkurransen er det ikke tilfelle. Jeg kan ikke se at KOFA har påvist at EYs "merinformasjon" har gitt EY noen fordel i konkurransen.

Det synes som om KOFA mener at Vigo skulle utlevert "all skriftlig dokumentasjon". Etter det jeg kjenner til, har KOFA ikke sett "all skriftlig dokumentasjon" og kan derfor ikke ha kunnskap om hvorvidt øvrig dokumentasjon inneholdt noen informasjon av betydning for konkurransen om konsulent tjenester. Det er således etter min mening ikke faktisk grunnlag for KOFAs konklusjoner på dette punkt. Vigo vurderte om det skulle fremlegges ytterligere dokumentasjon og mente at det ikke foreligger noe informasjon i den øvrige dokumentasjonen som har gitt EY en fordel ved utformingen av tilbudet. Vigo mener således at det ikke ville være hensiktsmessig å legge ved ytterligere dokumentasjon da tilbyderne ikke kunne bruke denne informasjonen til noe. Jeg har ikke gått gjennom all øvrig dokumentasjon da dette er meget omfattende, men legger Vigos vurdering av dette til grunn. Vigo mener de vurderinger som ble gjort er korrekte og har således ikke endret oppfatning etter KOFAs avgjørelse.

Det kan etter min oppfatning også stilles spørsmål ved om det hadde vært i samsvar med regelverket om offentlige anskaffelser å legge ut masse informasjon som man mente var uten betydning for utarbeidelse av tilbud i denne konkurransen. Som nevnt av Vigo mente man det kunne være uheldig å gi ut kravspesifikasjonen på dette stadiet. Dette av hensyn til konkurransen som skulle komme i ettertid. Jeg forstår Vigos synspunkt, men går ikke nærmere inn på dette da

det avgjørende for min vurdering i denne saken er om EY hadde noen fordel ved å kjenne til øvrig dokumentasjon.

2.2.4. Oppsummering/konklusjon

Basert på ovennevnte er det min oppfatning at KOFA ikke i tilstrekkelig grad har vurdert de faktiske forhold korrekt. Det er ikke påvist at EY har hatt en reell konkurransefordel som strider mot anskaffelsesforskriften § 3-8 og det er da etter min oppfatning ikke grunnlag for å avvise tilbudet til EY.

Det understrekes at min konklusjon på dette punkt er forbundet med noe usikkerhet.

2.3. **Har Vigo brutt kravet til forutberegnelighet ved evalueringen av tildelingskriteriet "Løsningsforslag/Oppdragsforståelse"?**

I KOFA's uttalelse premiss 54 – 58 heter det:

"(54) Når det gjelder evalueringen av tildelingskriteriet "Løsningsforslag/Oppdragsforståelse", anfører klager at innklagede har brutt regelverket ved å trekke poeng ved evalueringen på grunn av at det i tilbudene er lagt til grunn færre timer til å gjennomføre den konkurransepregede dialogen enn det er lagt opp til i forprosjektet.

(55) Klager har fått 80 av 100 mulige poeng ved evalueringen av tildelingskriteriet "Løsningsforslag/Oppdragsforståelse". Det fremgår av innklagedes nærmere begrunnelse at klager har fått trekk i poeng som følge av at klager har lagt færre antall timer til grunn for gjennomføring av prosjektet enn det som er anbefalt i forprosjektrapporten.

(56) Under beskrivelsen av tildelingskriteriet "Løsningsforslag/Oppdragsforståelse" i konkurransegrunnlaget punkt 3.3.1 fremgår det at forprosjektrapporten skulle benyttes som mal ved utarbeidelsen av plan for gjennomføringen av oppdraget. I kravspesifikasjonen er det også vist til forprosjektrapporten hva gjaldt tidsbruken per ressurs per fase. Ettersom tilbyderne skulle utarbeide sin egen plan for gjennomføringen av prosjektet for evalueringen, og det i forprosjektrapporten fremgår at den gir et estimat over nødvendige ressurser, kan konkurransegrunnlaget etter klagenemndas mening ikke forstås dithen at tilbyderne måtte legge til grunn det samme antall timer for gjennomføring av oppdraget som det antallet som fremgikk av forprosjektrapporten. Klagenemnda kan dermed ikke se at det faktisk at en tilbyder har lagt til grunn færre timer til gjennomføring av oppdraget enn det som er estimert i forprosjektrapporten i seg selv kan begrunne å gi leverandørens tilbud lavere poengsum på tildelingskriteriet "Løsningsforslag/Oppdragsforståelse".

I premiss 55, sitert ovenfor, legger KOFA til grunn at Inventura AS har fått trekk i poeng fordi man har lagt til grunn færre timer enn i forprosjektrapporten. Jeg har fått tilleggsopplysninger som tilsier at faktum er noe mer nyansert. Etter det jeg forstår, ble det gitt trekk til Inventura AS fordi det var lagt til grunn vesentlig færre timer enn i forprosjektrapporten og uten at det var gitt noen forklaring på hvordan man hadde tenkt at man skulle bruke så mange færre timer enn det som var estimert. Etter det jeg har fått opplyst ble det foretatt en skjønnsmessig vurdering av tilbudene opp mot tildelingskriteriet "Løsningsforslag/oppdragsforståelse" der antall timer bare var en del av en skjønnsmessig vurdering. Dette underbygges blant annet ved at PWC har fått bedre score enn Inventura AS på dette kriteriet, selv om PWC også har et lavt timeantall. Forskjellen i poeng er et resultat av at det er kvalitetsmessige forskjeller i tilbudene. Poenggivningen er derfor et resultat av en helhetsvurdering der timeantallet er en del av vurderingen.

Det er mulig at KOFA har rett i at det vil være i strid med prinsippet om forutberegnelighet dersom KOFAs avgjørelse er å forstå slik at ethvert avvik fra de estimerte timene medførte en automatisk trekk i poeng. Jeg har imidlertid ikke forstått det slik at dette er situasjonen. Uansett må det legges vekt på at Inventura AS har tilbudt et vesentlig mindre timeantall og uten at det er gitt noen tilfredsstillende begrunnelse på hvorfor man mener å kunne gjennomføre oppdraget på så mange færre timer enn det som er estimert. Når det tilbys et timeantall som ligger vesentlig under det estimerte antall timer, så vil det etter min oppfatning ikke være i strid med prinsippet om forutberegnelighet at man trekkes i poeng med mindre man har en god begrunnelse for å fravike estimatene så mye.

Det er også et poeng at vurderingen av dette tildelingskriteriet er sammensatt og består av mye mer enn antall timer. Det er en sammensatt skjønnsvurdering som retten (og KOFA) i begrenset grad kan overprøve. Jeg går ikke nærmere inn på dette.

I KOFAs uttalelse premiss 57 heter det:

(57) Klager har i sitt tilbud lagt til grunn at det skulle benyttes 5191 timer til gjennomføringen av prosjektet, i stedet for de cirka 6500 timer som fremgikk av forprosjektrapporten, altså et avvik på cirka 1300 timer, noe som må anses som betydelig. Det fremgår av innklagedes anførsler at innklagede vurderte det slik at klager ikke i tilstrekkelig grad begrunnet hvordan de kunne benytte så mange færre timer enn det som var estimert på forhånd. Denne vurderingen kommer imidlertid ikke frem i innklagedes evaluering av tilbudene, hvor det tvert i mot er opplyst at klager har tolket oppdraget på en god måte, og at klagers løsningsforslag er detaljert og viser en bra oppdragsforståelse. Klagenemnda finner på denne bakgrunn at innklagede har brutt kravet til forutberegnelighet i loven § 5 ved å gi klager lavere poengsum ved evalueringen av tildelingskriteriet "Løsningsforslag/Oppdragsforståelse" som følge av at klagers plan for gjennomføring av anskaffelsen la til grunn færre timer enn det som fremgikk av forprosjektrapporten.

(58) Klagenemnda har ikke grunnlag for å gå nærmere inn på evalueringen av øvrige tilbud på tildelingskriteriet "Løsningsforslag/Oppdragsforståelse".

Det synes som om KOFA her åpner for at det ville vært lovlig å foreta en evaluering der det er tatt hensyn til at Inventura AS ikke i tilstrekkelig grad begrunner hvorfor man kan benytte så mange færre timer enn det som var estimert på forhånd. KOFA legger imidlertid avgjørende vekt på at det ikke fremkommer av den fremlagte dokumentasjonen at det er dette som faktisk har skjedd, men at den fremlagte dokumentasjonen viser at Vigo's oppfatning var at Inventuras *"løsningsforslag er detaljert og viser en bra oppdragsforståelse"*. Jeg har fått informasjon fra Vigo om at grunnlaget for trekk i poeng blant annet var fordi det ikke var gitt noen begrunnelse for hvordan Inventura AS mente de kunne gjennomføre oppdraget med så mange færre timer enn det som var estimert. Dersom dette er korrekt, mener jeg det taler for at avgjørelsen fra KOFA er feil fordi man har lagt til grunn et feil faktum for sin uttalelse. Det er imidlertid viktig å være oppmerksom på at dokumentasjonen her trekker i motsatt retning og Vigo vil nok derfor ha bevisbyrden for sine anførsler her.

Evalueringen av tildelingskriteriet løsningsforslag/oppdragsforståelse har ikke hatt betydning for rangeringen av tilbudene og er således uansett ikke av betydning for valg av leverandør.

Med den informasjon om faktum som jeg har fått av Vigo, mener jeg det ikke er grunnlag for å foreta en ny evaluering. Jeg understreker at dette nok er et punkt der det foreligger noe større usikkerhet i forhold til min konklusjon er spørsmålet om avvisning av EY.

3. KORT GJENNOMGANG AV ALTERNATIVER – SAMT ANBEFALLING

3.1. Innledning

Nedenfor vil jeg gå gjennom de ulike alternativer og gi råd om hvordan jeg mener Vigo nå bør håndtere situasjonen.

Vigo bør forholde seg på den måten man mener best samsvarer med regelverket om offentlige anskaffelser. I noen situasjoner, som denne, kan det være vanskelig å si noe sikkert om hvilket resultat en domstol vil komme til i vurderingen av hva som er korrekt etter regelverket om offentlige anskaffelser. Det vil for eksempel være uklart om en domstol vil være uenige med KOFA's uttalelser i denne konkrete saken. I slike saker er det etter min mening også viktig å ta strategiske hensyn ved valg av fremdrift så lenge disse ikke kommer i konflikt med hva man mener er en korrekt fremgangsmåte ihht. regelverket om offentlige anskaffelser. Dette for å unngå unødvendige klagerunder og rettslige prosesser samt minimalisere risikoen for mulige erstatningskrav. Det er også et hensyn at man skal få en så rask fremdrift i prosjektet som mulig.

3.2. Et alternativ er å fastholde tildelingen til EY

Et alternativ er å fastholde tildelingen til EY. Dette innebærer i så fall at Vigo ikke opptre i samsvar med den uttalelsen som foreligger fra KOFA. For å kunne anbefale en slik fremdrift, må

det foreligge forhold som gjør at det er reell mulighet for at en rettslig behandling av saken vil medføre et annet resultat enn det avgjørelsen fra KOFA skulle tilsi.

Basert på det som fremgår ovenfor – særlig under punkt 2.2, mener jeg at det foreligger svakheter ved KOFAs avgjørelse som tilsier at det er en reell mulighet for at en rettslig behandling vil medføre et annet resultat enn uttalelsen fra KOFA skulle tilsi. Det er derfor min anbefaling at Vigo fastholder tildelingen til EY fordi det etter min oppfatning ikke foreligger grunnlag for å avvise dette tilbudet.

Velger Vigo å følge min anbefaling, må det påregnes at Inventura AS, og muligens tilbyder nummer 2 i konkurransen, vil kreve en rettslig overprøving av saken. I en slik prosess vil nok uttalelsen til KOFA bli benyttet som et sterkt argument og resultatet av en rettslig behandling er usikkert. Jeg mener det likevel er fornuftig å få en overprøving av saken før man eventuelt avviser EY. Dette av flere årsaker:

- 1) For det første vil en avvisning av EY kunne medføre at EY går til rettslige skritt i saken. Da vil kommunen kunne få en avgjørelse mot seg om at det ikke var anledning til å avvise EY. I en slik situasjon må da Vigo vurdere å omgjøre beslutningen om avvisning av EY, men risikerer da en rettslig prosess fra Inventura AS evt. nummer 2 i konkurransen. Ved å fastholde den beslutningen man har tatt, vil man raskere få en avklaring av situasjonen.
- 2) Dersom man skulle få en rettslig prosess, vil dette medføre at saken kan belyses i et helt annet omfang enn for KOFA. Man har da også et mer sikkert grunnlag for å fatte korrekte beslutninger for videre fremdrift.
- 3) I en rettslig behandling kan det komme frem andre forhold som tidligere ikke har vært oppe – dette kan også påvirke den videre fremdriften.
- 4) Jeg tror en avklaring av situasjonen nå vil medføre best mulig fremdrift i prosjektet slik at man ikke mister unødvendig tid.

Min anbefaling er derfor at Vigo fastholder tildelingen til EY og at det skrives et brev til Inventura AS om dette og at Inventura AS gis en frist til evt. å begjære en rettslig overprøving. Jeg kan påta meg å lage utkast til slikt brev dersom Vigo beslutter å følge min anbefaling.

3.3. Et alternativ er å avvise tilbudet til EY

Et alternativ er å avvise tilbudet til EY og tildele oppdraget til det tilbudet som da scorer best på tildelingskriteriene. Dette vil være i samsvar med KOFAs uttalelse. Som det fremgår av punktet ovenfor, mener jeg det foreligger feil ved KOFAs avgjørelse og det er min anbefaling at Vigo ikke avviser tilbudet til EY.

3.4. Et alternativ er å avlyse konkurransen

Vigo kan velge å avlyse konkurransen. Dette alternativet er det nærmere redegjort for i mitt notat av 27. august 2012 og jeg gjentar ikke dette. Det følger av min anbefaling om ikke å avvise EY, men fastholde tildelingen at jeg mener at Vigo ikke bør avlyse konkurransen. Det kan selvfølgelig fremkomme forhold som endrer dette, men pr. i dag mener jeg Vigo bør fortsette konkurransen og fastholde EY som vinner.

4. ANBEFALT VIDERE FREMDRIFT

Min anbefaling er at Vigo fastholder tildelingen til EY basert på den argumentasjon som fremgår ovenfor om at det ikke er grunnlag for avvisning.

Slik jeg ser saken, er det heller ikke grunnlag for å endre evalueringen av tildelingskriteriet Løsningsforslag/Oppdragsforståelse, selv om dette er noe mer usikkert. Uansett vil en endring av evalueringen på dette kriteriet, ikke endre rangeringen av tilbudene slik at dette således er av mindre betydning i forhold til å kåre en vinner i konkurransen.

Jeg foreslår at jeg lager et utkast til brev til Inventura AS der jeg redegjør for den prosessen som har vært og resultatet av denne. I brevet vil det også bli satt en frist for Inventura AS til å gå videre med saken.

Ta kontakt dersom dere har spørsmål eller kommentarer.

Med vennlig hilsen



Esther Lindalen R. Garder
Advokat