**Best value procurement: dommer frem til nå**

14. oktober 2015

*

[**Av en av våre forfattere**](http://www.cobouw.nl/auteur/van-een-onzer-auteurs)

Det finnes ikke mange dommer om best value procurement (prestasjonsinnkjøp) enda. I løpet av de siste tre årene har det ikke vært mer enn ti (publiserte) avgjørelser. Dermed er det enda mer interessant å ta en nærmere titt på disse avgjørelsene. En oversikt i et nøtteskall, hvor vi ser på vurderingen av risiko- og merverdivurderingen, vurderingen av gyldigheten i konkretiseringsfasen og intervjuet av nøkkelpersonene.

I en dom fra tingretten i Den Haag (11. mai 2012, [ECLI:NL:RBSGR:2012:BW6061](http://deeplink.rechtspraak.nl/uitspraak?id=ECLI:NL:RBSGR:2012:BW6061)) dreide det seg om en tilbyders merverdi- og risikovurdering som ble negativt vurdert med fire poeng. Den klagende tilbyderen anførte at fire poeng kun kan gis når "selv en blind person kan se at det er dårlig". Dommeren som behandler midlertidige forføyninger, ble ganske fort ferdig med saken. Det ble avgjort at utgangspunktet må være at oppdragsgiveren har en stor vurderingsfrihet. Dommeren som behandler midlertidige forføyninger, kan kun si noe om selve poengvurderingen gjort av evalueringskomiteen, hvor man må se om poenggivningen skjer innenfor rammen av vurderingsfrihet og om evalueringen har skjedd i henhold til forskriftene. Det ble ikke fastslått at evalueringen ikke oppfylte kriteriene og dermed forble evalueringen uendret. Se også dommen fra tingretten i Rotterdam den 17. februar 2014, ECLI:NL:RBROT:2014:1486.

I anbudssaken angående N23 Westfrisiaveien (tingretten i Noord-Holland, 21. mars 2014, ECLI:NL:RBNHO:2014:2536) dreide det seg om at tilbudet til BAM fremstod som angivelig vinner i evalueringsfasen, men i den følgende konkretiseringsfasen ble det likevel erklært ugyldig. Dommeren som behandlet den midlertidige forføyningen kom frem til den logiske slutningen at ved BVP-anbudsprosesser er konkretiseringsfasen ment for å gjøre en grundig evaluering av tilbudet for på den måten å kunne avgjøre om tilbudet er gyldig. Fordi BAM ikke kunne motbevise de ugyldighetene som ble fremmet av provinsen, gikk BAM glipp av arbeid for godt over 200 millioner. I en avgjørelse av tingretten i Den Haag den 7. mai 2014, ECLI:NL:RBDHA:2014:5633, ble et tilbud som var utelukket i seleksjonsfasen, likevel erklært gyldig etter en grundigere evaluering av evalueringskomiteen. I følge en avgjørelse fra tingretten i Den Haag den 19. juni 2014, ECLI:NL:RBDHA:2014:7938, innebærer en grundig vurdering i konkretiseringsfasen en evaluering av hele tilbudet, blant annet tilbudsprisen, og altså ikke bare en vurdering av utarbeidelsen av handlingsplanen.

Intervjuer er et verktøy som ofte brukes BVP-anbudsprosesser. Dommeren som behandlet en midlertidige forføyningen i tingretten Breda, avsa dom den 29. juli 2015 ECLI:NL:RBZWB:2015:5028 i en sak hvor en tilbyder synets at oppdragsgiveren hadde vært urettmessig subjektiv i vurderingen av intervjuet. I evalueringen ble det nemlig beskrevet at oppdragsgiveren hadde en negativ følelse fordi de mente at de oppfattet motvilje mot oppdragsgiveren. Fordi oppdragsgiveren ikke hadde begrunnet godt nok at det (også) viste seg i intervjuet at den teoretiske handlingsplanen ikke var i samsvar med nøkkelpersonens faktiske plan, ble det vurdert at saken ikke trengte å behandles innholdsmessig i tingretten. I en viktig avgjørelse fra Lagmannsretten i Den Haag, 17. mai 2015, ECLI:NL:GHDHA:2015:413, ble det avgjort at det ikke per definisjon er umulig å benytte intervju i en anbudsprosess. Spørsmål skal da ikke gjøres tilgjengelige på forhånd, men man skal gi tydelig informasjon om hva som forventes. Man må også gjøre det tydelig på forhånd hva som blir vurdert, og unngå uklare vurderingsbegrep. Også beskrivelsen av oppdragets målsetninger skal ifølge tingretten i Arnhem (6. mai 2015 ECLI:NL:RBGEL:2015:3398) gi et tydelig nok bilde av hva oppdragsgiveren egentlig ønsker, slik at oppdragstakerne kan beskrive konkrete løsninger.

**Joost Haest
Severijn Hulshof advocaten**

**ECLI:NL:RBSGR:2012:BW6061**

Permanent link:


Instans

Tingretten i Den Haag

Dato dom

11-05-2012

Datum publisering

16-05-2012

Saksnummer

415969 - KG ZA 12-323

Rettsområde

Privatrett

Spesielle kjennetegn

Midlertidig forføyning

Innholds indikasjon

Midlertidig forføyning: anbudslovgivning. Ugyldighet og evaluering av tilbudet. På den ene siden har det ikke blitt sannsynliggjort at oppdragsgiveren senere i prosessen har erklært tilbudet ugyldig på riktig grunnlag. Samtidig har det ikke blitt sannsynliggjort at evalueringskomiteen har gitt tilbudet en for lav poengsum.

Nettsted:

Rechtspraak.nl
JAAN 2012/107

**Dom**

Tingretten i Den Haag

Sektor privatrett - midlertidig forføyning

saksnummer: 415969 / KG ZA 12-323

Avgjørelse i midlertidig forføyning datert 11. mai 2012

i saken mellom

ansvarlig selskap

Fa. Gebr. Van der Lee,

etablert i Hagestein (Vianen kommune),

saksøker,

advokat A. Stellingwerf Beintema i Amsterdam,

mot:

Den nederlandske staten (Departementet for Infrastruktur og Miljø)

etablert i 's-Gravenhage,

saksøkte,

advokat J.E. Palm i 's-Gravenhage,

med intervensjon av:

1. de Combinatie Vissers Ploegmakers B.V. / F.P.H. Ploegmakers B.V.,

etablert i Erp (Veghel kommune)

2. det private selskapet med begrenset ansvar

Vissers Ploegmakers B.V.,

etablert i Erp (Veghel kommune),

3. det private selskapet med begrenset ansvar

F.P.H. Ploegmakers B.V.,

etablert i Vinkel (Maasdonk kommune),

advokat L.C. van den Berg i 's-Gravenhage.

Partene blir heretter omtalt som henholdsvis "Van der Lee", "Staten" og "de Combinatie".

1. Prosessen

1.1. Van der Lee leverte den 27. mars 2012 en begjæring om midlertidig forføyning mot staten med rettsmøte med tingrettsdommeren den 17. april 2012. Den muntlige forhandlingen skal finne sted den 2. mai 2012.

1.2. De Combinatie har søkt om intervensjon i saken mellom Van der Lee og Staten. Under den muntlige forhandlingen den 2. mai 2012 forklarte Van der Lee og Staten at de ikke har noen innvendinger mot intervensjonen. De Combinatie har deretter blitt akseptert som tredjepart ettersom de har sannsynliggjort å ha nok egeninteresse i saken. Dessuten har det ikke kommet frem at intervensjonen står i veien for kravet om hurtig saksgang i midlertidige forføyninger og god prosesskikk.

1.3. Avgjørelse tas i dag.

2. Sakens bakgrunn

På grunnlag av de foreliggende dokumentene og de muntlige forhandlingene under saksbehandlingen den 2. mai 2012 tas det utgangspunkt i følgende.

2.1. Den 29. august 2011 kunngjorde Rijkswaterstaat Noord-Brabant (heretter: "RWS") på vegne av Staten den ikke-offentliggjorte europeiske anbudsprosessen for utvikling og utføring av oppgraderingen av Zuid-Willemsvaart Den Dungen-Veghel. Anbudsreglementet "Aanbestedingsreglement Werken 2005 (ARW 2005)" ble erklært gjeldende for prosessen. Tildelingskriteriet er det "økonomisk mest gunstige tilbudet" (heretter kalt "emvi").

2.2. Vilkårene for anbudet er blant annet nedskrevet i "Deltakelses- og evalueringsdokumentet Ikke-Offentliggjort Prosess" (heretter: "Deltakelses- og evalueringsdokument") som alle de utvalgte deltakerne har mottatt. I tillegg har det blitt utsendt fem veiledende kunngjøringer hvor det gis svar på spørsmål fra deltakerne.

2.3. Anbudsprosessen er delt inn i tre faser i henhold til filosofien bak "Best Value Procurement" (heretter: "BPV"), hvor kvalitet vektlegges tungt. Etter at det økonomisk mest gunstige tilbudet har blitt fastslått (fase 1), gjennomgår man en såkalt "konkretiseringsfase" med den angivelige oppdragstakeren (fase 2). Denne fasen har som mål å verifisere at den angivelige oppdragstakerens tilbud også innfrir alle kravene på et mer detaljert nivå. Dersom det ikke er tilfelle, blir det tilbudet lagt til side som ugyldig og man påbegynner "konkretiseringsfasen" med den neste deltakeren på listen. Dersom "konkretiseringsfasen" er vellykket, begynner fase 3 hvor kontrakt underskrives og oppdraget utføres.

2.4. I følge deltakelses- og evalueringsdokumentet blir det økonomisk mest gunstige tilbudet avgjort i henhold til disse tildelingskriteriene: (1a) Risikovurdering av oppdragsgiver, (1b) Risikovurdering av oppdragstaker, (1c) Merverdivurdering, (1d) Intervju med nøkkelpersoner og (2) Pris.

2.5. Paragraf 2.3.3 i deltakelses- og evalueringsdokumentet sier følgende angående dokumentet "Risikovurdering av oppdragsgiver", som tilhører de såkalte "kvalitative dokumentene":

"I risikovurderingen av oppdragsgiveren skal de viktigste risikofaktorene for oppdragsgiveren identifiseres. Den potensielle leverandøren skal prioritere de identifiserte risikofaktorene og oppgi kontrolltiltak. Resultatet av risikovurderingen skal registreres i vedlegg E som har blitt tilsendt."

Vedlegg E består av en tabell hvor 9 eller flere risikofaktorer og de tilhørende kontrolltiltakene kan beskrives. I denne tabellen står det: "Gi en prioritering av de identifiserte risikofaktorene her (største/viktigste risikofaktorer først)".

I vedlegg B er det opplyst følgende om hva som er viktig når det gjelder risikovurderingen av oppdragsgiveren: (1) Identifisering av de viktigste risikofaktorene, (2) Identifisering av effektive kontrolltiltak, (3) SMART og (4) Ambisjon og engasjement.

2.6. I paragraf 2.3.4 av deltakelses- og evalueringsdokumentet har følgende blitt bestemt med hensyn til dokumentene som skal leveres inn sammen med tilbudet:

"Ved innleveringen skal følgende dokumenter vedlegges i henhold til vedlegg A. (...) Dersom disse dokumentene (...) ikke innleveres eller innleveres ufullstendig, er tilbudet ugyldig." Videre er det bestemt at tilbudet ved innlevering skal inneholde en tidsplan i hovedtrekk. Her står følgende nevnt:

"Tidsplanen består av maksimalt 1 A3 side og inneholder minst hovedaktivitetene (inkl. aktivitetene og oppdragsgivers risikofaktorer og merverdimuligheter), de viktigste milepælene og kritiske situasjoner.

I den fjerde veiledende kunngjøringen står det følgende om paragraf 2.3.4 under punktene 4-5 og 4-6:

"Teksten

"Tilbyderen skal levere inn en tidsplan i hovedtrekk sammen med tilbudet sitt." har blitt byttet ut med "Tilbyderen skal levere inn en grunnleggende tidsplan i hovedtrekk sammen med tilbudet sitt. I denne grunnleggende tidsplanen er merverdimulighetene ikke tatt med."

(...)

Den følgende teksten har blitt tilføyd: "Dersom merverdimulighetene fører til en endring av den grunnleggende tidsplanen, skal tilbyderen tydeliggjøre dette for seg."

I den femte veiledende kunngjøringen står det i spørsmål 96 også følgende om tidsplanen som skal innleveres:

"Denne tidsplanen blir vurdert i henhold til hvor fullstendig den er og i henhold til gyldigheten."

2.7. Når det gjelder evalueringen tilsier deltakelses- og evalueringsdokumentet under paragraf 4.2.4 det følgende:

" a. Evaluering av kvalitative dokumenter

(...)

Evalueringen blir foretatt av den tidligere nevnte evalueringskomiteen. (...) Evalueringen skjer trinnvis, som følger:

\* Medlemmene av evalueringsgruppene vurderer dokumentene uavhengig av hverandre, basert på egen kompetanse.

\* I evalueringsgruppene blir poengene og begrunnelsen avgitt i fellesskap.

\* Lederne i begge gruppene avgir de endelige samlede poengene og begrunnelsene under ledelse av evalueringskomiteens leder.

Ikke før de endelige poengene og begrunnelsen av de kvalitative dokumentene har blitt avgitt per kriterium, begynner evalueringen ved hjelp av intervjuer.

b. Evaluering av øvrige dokumenter som skal leveres inn med tilbudet

Tidsplanen og begrunnelsen av prosjektorganisasjonen som leveres inn sammen med tilbudet, blir ikke vurdert innholdsmessig av evalueringskomiteen. Det blir kun vurdert om de er fullstendige. Dokumentinnholdet blir diskutert under intervjuene."

2.8. Poengsummene som kan tildeles av vurderingskommisjonen er 2, 4, 6, 8 og 10, hvor 10 poeng er den beste poengsummen. 6 er en nøytral poengsum, og for å få en 4 eller 8, skal den delen vurderes som "markant dårligere enn 6" eller "markant bedre enn 6". Tildelingen av poeng skjer blant annet ved hjelp av å sammenligne tilbudene med hverandre.

2.9. Blant flere har Van der Lee og de Combinatie levert tilbud i anbudsprosessen. Van der Lee har blant annet inkludert en risikovurdering av oppdragsgiver i tilbudet sitt. I risikovurderingen som Van der Lee har levert inn, blir det beskrevet ni risikofaktorer. Etter innleveringen av tilbudene har intervjuene som er beskrevet i 2.4, blitt foretatt.

2.10. I brev av 13. mars 2012 ga RWS beskjed til Van der Lee at de Combinatie hadde det økonomisk mest gunstige tilbudet. I vedlegg 2 som ble sendt sammen med brevet blir det opplyst følgende om evalueringen av Van der Lees risikovurdering:

"Tilbudet ditt inneholder betydelig negativ informasjonen i henhold til (...) nevnte punkter i EMVI-tabellen. På grunnlag av dette vurderer vi dette kriteriet som markant dårligere enn en nøytral poengsum tilsier.

Begrunnelsen for at det er gitt 4 for risikovurderingen av oppdragsgiveren, er at noen av de nevnte risikofaktorene faller innenfor tilbyderens innflytelsessfære i stedet for innenfor oppdragsgiverens innflytelsessfære. Det er ikke tydeliggjort hvorfor de nevnte risikofaktorene er viktige. Utarbeidelsen av risikofaktorene når det gjelder effektivitet, SMART og engasjement er meget moderat."

2.11. Den 19. mars 2012 var det en samtale mellom Van der Lee og RWS. Her ble kvalitetsvurderingen i Van der Lees tilbud diskutert.

2.12. Van der Lee har i et brev til RWS datert 20. mars 2012 gjengitt samtalen som fant sted den 19. mars 2012 og påklaget den negative vurderingen. I følge Van der Lee er den helhetlige vurderingen en følge av risikofaktorene 3 og 4, mens risikofaktorene 8 og 9 var vurdert som "bra" av RWS.

2.13. I brev av 23. mars 2012 meddelte (advokaten til) RWS følgende til (advokaten til) Van der Lee:

"Tildelingsbeslutningen datert 13. mars som har blitt sendt til din klient, inneholdt allerede alle de relevante begrunnelsene for denne avgjørelsen: samtalen datert 19. mars - av din klient kalt "evaluering" - inneholdt kun en mer detaljert forklaring av nevnte begrunnelser."

2.14. I (ikke inkludert) brev av 17. mars 2012 meddelte RWS til Van der Lee at tilbudet har blitt erklært ugyldig ettersom aktivitetene og oppdragsgiverens risikofaktorer mangler i den grunnleggende tidsplanen.

3. Tvisten

3.1. Van der Lee har, saklig gjengitt, følgende krav:

prinsipalt: at staten tillater Van der Lee å delta i konkretiseringsfasen;

subsidiært: (a) at staten skal la alle tilbudene vurderes av en ny, ekstern evalueringskomite som er uavhengig av staten, med fokus på det som blir besluttet i denne dommen; og (b) at staten etter den nye evalueringen skal fatte ny beslutning innen to uker om hvorvidt Van der Lee gis adgang til konkretiseringsfasen;

mer subsidiært: at staten på ny skal legge ut det gjeldende oppdraget på anbud;

atter subsidiært: ta en passende beslutning; og dersom ikke kravene oppfylles, skal det pålegges tvangsmulkt, og staten skal dømmes til å betale saksomkostningene.

3.2. Van der Lee har følgende argumentasjon. RWS har feilaktig vurdert risikovurderingen av oppdragsgiveren som ble innlevert av Van der Lee, med poengsummen 4. Også tatt i betrakting den utdypende forklaringen som senere ble gitt av RWS at kun to av de ni risikofaktorene ble vurdert som dårlige, hadde ikke RWS kunnet vurdere hele denne delen som "markant negativ" uten videre begrunnelse. Dersom denne delen hadde blitt gitt poengsummen 6, hadde Van der Lee fått den høyeste poengsummen, og han hadde gått videre til konkretiseringsfasen. At RWS erklærte tilbudet ugyldig, er i strid med åpenhets- og likhetsprinsippet. I tillegg inneholdt Van der Lees innleverte tidsplan absolutt en vurdering av oppdragsgivers risikofaktorer og aktiviteter. På grunnlag av dette kreves det at Van der Lee inviteres til konkretiseringsfasen. Eller eventuelt skal alle tilbudene vurderes på nytt. Dersom det blir besluttet at alle tilbudene er ugyldige etter en grundig ny vurdering, skal det utlyses et nytt anbud.

3.3. Staten og de Combinatie konkluderer hver for seg at Van der Lees krav skal avvises.

4. Vurdering av tvisten

4.1. I denne prosessen skal det vurderes om RWS har hatt gyldige grunner til å erklære Van der Lees tilbud ugyldig, og om det var rimelig å vurdere del-kriteriet "risikovurdering av oppdragsgiver" til poengsummen 4.

Ugyldighet

4.2. Det må innrømmes overfor Van der Lee at det er uheldig når, slik som her, oppdragsgiveren på et senere tidspunkt kommer med andre relevante grunner for tildelingen etter at oppdraget allerede har blitt tildelt og tildelingen begrunnet(også kalt anbudsbeslutning). Likevel er ikke denne arbeidsmåten i strid med prinsippene i anbudslovgivningen. Slik som dommeren i den midlertidige forføyningen har besluttet i dommene av 22. februar 2012 (LJN BV8345 og BV8382), har det vist seg i den parlamentariske historien angående paragraf 6 i loven "Wet implementatie rechtsbeschermingsrichtlijnen aanbesteden (Wira)" [loven om implementeringen av rettsbeskyttelsesretningslinjene for anbud] at ikke (direkte) å komme med alle de relevante grunnene som har ført til den begrunnelsen, kun kan føre til forlengelse av den såkalte "karensperioden" og ikke (også) til ugyldigerklæring av tildelingsbeslutningen.

4.3. Man kan heller ikke finne holdepunkter for at de senere oppgitte grunnene ikke skulle kunne tas med i vurderingen av tildelingsbeslutningen. Det å ignorere en slik grunn, ville nemlig føre til en tildeling på grunnlag av et ugyldig eller ufullstendig tilbud, noe som klart er i strid med likhetsprinsippet.

4.4. Siden Van der Lee ble informert om - den av RWS påståtte - ugyldigheten allerede i brev av 17. april 2012, og Van der Lee har sendt omfattende klage på denne ugyldigheten, er ikke interessene hans skadet vesentlig. Ugyldigheten som har blitt påstått av RWS skal derfor tas med i vurderingen av kravene til Van der Lee.

4.5. Alt dette tatt i betraktning skal det derfor undersøkes om RWS med rette kan hevde at tidsplanen som ble innlevert av Van der Lee, ikke oppfylte kravene som ble stilt til den. Tvisten mellom partene dreier seg om spørsmålet om Van der Lee har beskrevet aktivitetene og oppdragsgiverens risikofaktorer på den foreskrevne måten.

4.6. Ut fra informasjonen som er hentet fra deltakelses- og vurderingsdokumentet og den veiledende kunngjøringen under punkt 2.6, viser det seg at den grunnleggende tidsplanen som skal leveres inn sammen med tilbudet, skal "inneholde" oppdragsgiverens risikofaktorer og aktiviteter. Dersom de mangler, er tilbudet ugyldig. Derimot er det ikke beskrevet på hvilken måte disse risikofaktorene og aktivitetene skal tas med i tidsplanen. Nå som den etterspurte tidsplanen gjaldt en "tidsplan i hovedtrekk" som ikke trengte en utdypende forklaring, kan retten ikke komme frem til at den grunnleggende planen som ble innlevert av Van der Lee ikke oppfylte de stilte kravene. Dermed kunne ikke Van der Lees tilbud legges til side som ugyldig på grunn av den manglende fullstendige tidsplanen.

Vurdering risikovurdering av oppdragsgiver

4.7. Mellom partene er det fastslått at dersom Van der Lees innleverte risikovurderingen hadde fått den (nøytrale) poengsummen 6 i stedet for den (markant negative) poengsummen 4, hadde ikke de Combinatie, men Van der Lee blitt invitert til konkretiseringsfasen. Van der Lee har inntatt det standpunktet at risikovurderingen av oppdragsgiveren i tilbudet hans har blitt feilaktig vurdert med at det inneholder markant negativ informasjon og at det på grunnlag av BVP minst burde ha blitt vurdert med en 6.

4.8. Standpunktet om at risikovurderingen av oppdragsgiveren skulle ha blitt vurdert med poengsummen 6, underbygges av Van der Lee med at begrunnelsen for tildelingsintensjonen i kombinasjon med samtalen som fant sted den 19. mars 2012 viste at kun to av de ni nevnte risikofaktorene ble vurdert som negative. I tillegg er Van der Lee av den mening at den av RWS krevde begrunnelsen - sett i ettertid - aldri hadde passet i det foreskrevne formatet. I følge Van der Lee hadde RWS måtte stole på at de, med god kompetanse, var i stand til å håndtere risikofaktorene og hadde kunnet utdype de angitte risikofaktorene og kontrolltiltakene under intervjuene og i konkretiseringsfasen. I følge den anvendte BVP kan poengsummen 4 kun gis dersom "en blind person kan se at det er dårlig", ifølge Van der Lee.

Derimot har RWS begrunnet at Van der Lees risikovurdering av oppdragsgiveren ble vurdert som "generelt" dårlig. RWS henviser til den i deres øyne feilaktige prioriteringen av risikofaktorene.

4.9. Ved vurderingen av dette tvistepunktet må det tas utgangspunkt i at RWS som anbudsgiver har en stor vurderingsfrihet. Det betyr at dommeren i den midlertidige forføyningen kun kan foreta en begrenset vurdering av om poengene som har blitt gitt av evalueringskomiteen, har blitt gitt innen vurderingsfriheten deres og om vurderingen har skjedd på foreskreven måte.

4.10. Ved vurderingen av poengsummen som har blitt gitt av RWS for risikovurderingen av oppdragsgiveren som ble innlevert av Van der Lee, skal det tas utgangspunkt i begrunnelsene som ble gitt i vedlegg 2 i brevet datert 13. mars 2012. Av denne under 2.10 nevnte begrunnelsen kan det ikke avledes at kun to av de ni meldte risikofaktorene har blitt vurdert som "dårlige". Det handler nemlig om de (av Van de Lee) nevnte risikofaktorene. RWS hevder at noen av disse risikofaktorene faller innenfor deltakerens innflytelsessfære og dermed, slik dommeren i den midlertidige forføyningen har forstått det, altså ikke hører hjemme i risikovurderingen av oppdragsgiveren. I tillegg opplyses det i brevet om at det ikke er tydelig hvorfor disse "nevnte risikofaktorene" er viktige og at utarbeidelsen i form av effektivitet, SMART og engasjement [...] er meget moderat. At det viste seg i kontakten av 19. mars 2012 at denne dårlige vurderingen kun gjelder to av de ni risikofaktorene, slik som Van der Lee har hevdet og RWS har motsagt, kan ikke fastslås i den begrensede tidsrammen av denne saken om midlertidig forføyning.

4.11. At denne vurderingen, som er gjort i henhold til kriteriene som er nevnt under 2.5 skulle være feilaktig, har etter dommerens vurdering ikke blitt sannsynliggjort. Argumentet til Van der Lee om at det foreskrevne formatet var for begrenset, og at RWS måtte stole på ekspertisen hans, viser egentlig til det motsatte. Det samme gjelder for omstendighetene rundt at Van der Lee under den muntlige forhandlingen ikke har forsvart seg mot det som er hevdet av RWS om prioriteringen av ekspropriasjonen. I tillegg er det uklart hvorfor det ikke kunne gis innsikt i risikofaktorene og de tilhørende kontrolltiltakene. Med argumentet om at han må få sjansen til å gi en utdypelse av risikofaktorene som han har sendt inn, overser Van der Lee at risikovurderingen av oppdragsgiveren er et eget tildelingskriterium ifølge deltakelses- og vurderingsdokumentet, hvor det står beskrevet under 2.7 at det gis en poengsum uavhengig av intervjuene. I motsetning til det som Van der Lee har påstått, tilsier ingenting at poengsummen 4 kun kan gis dersom det er snakk om et "absolutt dårlig" tilbud. I den tilgjengelige informasjonen om BVP kan det kun avledes at poengsummen 4 betyr at det har blitt gitt en poengsum som er vesentlig dårligere enn nøytralt, noe som skal vurderes i henhold til de under 2.5 opplyste kriteriene og på grunnlag av en sammenligning av de forskjellige tilbudene.

4.12. På grunnlag av dette, og i lyset av den begrensede vurderingen under 4.9, er det ikke på forhånd sannsynlig at evalueringskomiteen skulle ha vurdert Van der Lees risikovurdering av oppdragsgiveren med minst en 6. Dette betyr at kravet om å bli invitert til konkretiseringsfasen skal avvises.

Ny vurdering og nytt anbud

4.13. Ettersom det ikke har blitt sannsynliggjort at vurderingen er mangelfull, er det ingen grunn til at RWS skulle forpliktes til en ny vurdering av tilbudene. Ettersom Van der Lee ikke har grunngitt hvorfor tilbudene til de som har scoret bedre enn han, skulle være ugyldige, er det ingen grunn til å forplikte RWS til å legge ut et nytt anbud. I tillegg har RWS under den muntlige forhandlingen ettertrykkelig vist at alle tilbudene har blitt vurdert (på nytt) på samme måte som Van der Lees tilbud, noe som ikke har ført til et annet resultat.

Konklusjon og kostnader

4.14. Konklusjonen er at Van der Lees krav avvises. Han blir, som tapende part, dømt til å betale saksomkostningene til staten og de Combinatie, inkludert renter og tilleggskostnader.

5. Avgjørelsen

Dommeren i den midlertidige forføyningen:

- avviser kravet;

- dømmer Van der Lee til å betale saksomkostningene i denne saken, frem til nå for henholdsvis staten og de Combinatie € 1.391,- hver, hvorav € 816,- i advokatsalær og € 575,- i rettsgebyr;

- bestemmer at, dersom disse prosesskostnadene ikke er betalt til staten innen fjorten dager etter i dag, skal det påløpe renter;

- dømmer Van der Lee samtidig til å betale tilleggskostnader til staten som er € 131,- i advokatsalær;

- bestemmer at, hvis Van der Lee ikke har oppfylt kravene i denne dommen innen fjorten dager, og at dommen må kunngjøres for Van der Lee av staten, økes tilleggskostnadene med € 68,- i advokatsalær og med kunngjøringskostnadene for denne dommen;

- erklærer at betalingsforpliktelsen av saksomkostningene til staten og de Combinatie ikke utsettes dersom saken ankes.

Denne dommen er avsagt av dommer R.J. Paris og offentliggjort den 11. mai 2012.

**ECLI:NL:RBROT:2014:1486**

Permanent link:


Instans

Tingretten i Rotterdam

Dato dom

17-02-2014

Dato publisering

03-03-2014

Saksnummer

C/10/441986 / KG ZA 14-5

Rettsområde

Privatrett

Spesielle kjennetegn

Midlertidig forføyning

Innholds indikasjon

For sen klage om ugyldighet. Vurderingsfrihet oppdragsgiver.

Lovhenvisninger

[Aanbestedingswet 2012](http://wetten.overheid.nl/cgi-bin/deeplink/law1/bwbid%3DBWBR0032203)
[Aanbestedingswet 2012 2.130](http://wetten.overheid.nl/cgi-bin/deeplink/law1/bwbid%3DBWBR0032203/article%3D2.130)

Nettsted:

Rechtspraak.nl
JAAN 2014/71

**Dom**

dom

**TINGRETTEN I ROTTERDAM**

Team Handel

saksnummer: C/10/441986 / KG ZA 14-5

**Avgjørelse i midlertidig forføyning datert 17. februar 2014**

i saken mellom

selskapet med begrenset ansvar

**[saksøker],**

etablert i Werkendam,

saksøker,

advokat G.L. Weerheim,

mot

**ROTTERDAM KOMMUNE,**

etablert i Rotterdam,

saksøkte,

advokat J.E. Palm.

Partene vil heretter kalles [saksøker] og kommunen.

**1. Prosessen**

1.1.

Prosedyrens forløp er sammensatt av:

begjæringen datert 7. januar 2014

den muntlige forhandlingen datert 3. februar 2014

prosesskrivene til [saksøker]

og kommunens prosesskriv.

1.2.

Dom har blitt avsagt.

**2 Sakens faktum**

I denne midlertidige forføyningen tas det utgangspunkt i følgende fakta, som er påstått og ikke motsagt, og innholdet i saksdokumentene som har blitt innlevert av partene.

2.1.

Kommunen kunngjorde den 1. oktober 2013 et offentlig anbud for å inngå en avtale med en leverandør for å opprette en sykkelforbindelse mellom Kralingen og Feijenoord. Det beskrivende dokumentet inneholder følgende informasjon:

*“(…)*

1. ***Innledning***

*(…)*

1.3

***Definering og omfang av oppdraget***

1.3.1

***Omfang***

*(…)*

*Prosjektet sykkelforbindelse mellom Kralingen og Feijenoord innebærer en fergeforbindelse for sykkeltrafikken mellom begge delkommunene (...).*

*Fergen har som hovedmål å bidra til et finmasket nettverk for langsom trafikk mellom begge sidene av elven Nieuwe Maas. For sykkeltrafikken forbedres reisetiden og omkjøringsfaktorer som en følge av fergeforbindelsene (...).*

1.3.2

***Målsetningene***

*(…)*

*Hovedmålsetningene*

*Hovedmålsetningen i dette anbudet er å inngå en avtale med en oppdragsgiver som utfører en ordinær sykkelfergetjeneste i minst tre år mellom Kralingen og Feijenoord, på grunnlag av forutsetningene og kravene i dette beskrivende dokumentet.*

*(….)*

*Målsetninger angående tidsplanen*

*Sykkelfergetjenesten skal være i drift fra 1. mars 2014.*

1.3.3.

***Omfang***

*(…)*

*Maksprisen for utføringen av sykkelfergetjenesten i tre år er*

*€ 1 425 000,00 (…) og består av de følgende elementene:*

• *Drift av en sykkel- og fotgjengerferge med en minst 1 avgang hvert 20. minutt fra klokken 07.00 til 19.00 på hverdager.*

• *Levere og vedlikeholde en bruksklar pongtong, altså inkludert landgang, søyler for ankring, fasiliteter for ventende passasjerer, radardetektor og konstruksjon.*

*(…)*

**3 Vurderingsmetodikk**

*(…)*

3.2

***Trinn 2: Tildeling***

*Tilbudene som ble suksessfullt vurdert i henhold til seleksjonskravene blir vurdert i henhold til minstekravene for deltakelses (...) og del-tildelingskriteriene. Man tar en avgjørelse om det økonomisk mest gunstige tilbudet ifølge prinsippene i Best Value Procurement (...).*

*(…)*

3.2.2

***Minstekrav***

*Et tilbud som ikke oppfyller ett eller flere av minstekravene, kvalifiserer ikke for tildeling av oppdraget. Tilbudet skal oppfylle de følgende minstekravene:*

1. *At tilbudet er komplett (...).*

2. *At tilbudet er i samsvar med kravene.*

*Tilbudet skal være i samsvar med alle kravene og vilkårene som har blitt beskrevet i det beskrivende dokumentet og de øvrige dokumentene i anbudsprosessen.*

3. *Kravene som er nevnt i vedlegg 1 (Programkrav) skal oppfylles uvilkårlig og utvetydig.*

4. *Tilslutt blir tilbudsprisen vurdert i henhold til maksprisen (...).*

3.2.3

***Del-tildelingskriterier***

*(…)*

*Hvilken deltaker som har det økonomisk mest gunstige tilbudet blir avgjort i henhold til de følgende del-tildelingskriteriene:*

1. *Tilbudsomfang (40 %);*

2. *Risiko- og merverdivurdering RAVA (25 %);*

3. *Tidsplan (5 %);*

4. *Intervju nøkkelperson (30 %).*

3.2.4

***Kvalitetsdokumenter som skal leveres inn sammen med tilbudet***

*(…)*

**1 Tilbudsomfang:**

*I tilbudsomfanget skal deltakeren (...) oppgi:*

• *Hvilken løsning han har for å oppnå det ønskede resultatet. Løsningen må være innen det som har blitt beskrevet i Programkravet (...) og anbudsinnholdet (se paragraf 1.3) (...).*

• *På hvilken måte han vil utføre oppdraget i hovedtrekk for å nå oppdragsgiverens målsetninger (se paragraf 1.3).*

**2 Risiko- og merverdivurdering**

*Risikovurdering:*

• *I risikovurderingen skal deltakeren identifisere oppdragets vesentligste risikofaktorer.*

• *I risikovurderingen skal deltakeren prioritere risikofaktorene etter egen innsikt og nevne de tilhørende effektive kontrolltiltakene (...).*

*Merverdivurdering*

• *I merverdivurderingen skal deltakeren identifisere merverdimulighetene for dette oppdraget (dette er "ekstratiltak som tilfører oppdraget verdi i tillegg til anbudsomfanget i seg selv"). Deltakeren skal kort beskrive på hvilken måte denne muligheten tilfører (ekstra) verdi til oppdraget i tillegg til anbudsomfanget når det gjelder å realisere oppdraget og målsetningene. Deltakeren skal også prioritere merverdimulighetene etter egen innsikt (...).*

*(…)*

*Risiko- og merverdivurderingen (RAVA) vurderes som ett dokument, hvor deltakerne kan få én samlet poengsum.*

*(…)*

3.2.6

***Vurdering generelt***

*I vurderingsmodellen nedenfor er det opplyst om den maksimale kvalitetsverdien per kriterium som kan tilkjennes (vurdering av poengene i pengebeløp). Kvalitetsverdiene fører til et fiktivt fratrekk eller tillegg i deltakerens tilbudspris.*

***Tildelingskriterier og innbyrdes forhold***

***Makspris (eks. mva)***

***€ 1 425 000,00***

*(…)*

*(…)*

*(…)*

*(…)*

*RAVA*

*25 %*

*- € 356 250,00*

*Maksimalt fiktivt fratrekk*

*(…)*

*(…)*

*(…)*

*(…)*

|  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- |
| ***Modell for verdibestemmelse*** | ***Fiktivt fratrekk*** |  | ***Fiktivt tillegg*** |
|  | *100 %* | *50 %* | *0 %* | *50 %* | *100 %* |
| ***Poeng*** | ***10*** | ***8*** | ***6*** | ***4*** | ***2*** |
| ***Del*** | ***Verdibestemmelse i pengebeløp*** |
| *(…)* | *(…)* | *(…)* | *(…)* | *(…)* | *(…)* |
| *RAVA* | *-€ 356.250* | *-€ 178.125* | *€ 0* | *€ 178 125* | *€ 356 250* |
| *(…)* | *(…)* | *(…)* | *(…)* | *(…)* | *(…)* |

*Til hvert poeng tilhører, per del eller kriterium, en verdi i pengebeløp (...).*

*Poengrekken er som følger:*

*Poengrekke*

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| ***Poeng*** | ***Vurdering*** | ***% fiktivt fratrekk fra eller fiktivt vedlegg på tilbudsprisen*** |
| *2* | *Dårlig* | *100 % tillegg* |
| *4* | *Ikke godt nok* | *50 % tillegg* |
| *6* | *Nøytral (ingen merverdi)* | *Hverken tillegg eller fratrekk* |
| *8* | *Bra (stor merverdi)* | *50 % fratrekk* |
| *10* | *Utmerket* | *100 % fratrekk* |

3.2.7

***Evalueringskomiteen***

*Vurderingene utføres av evalueringskomiteen bestående av innholdseksperter som får hjelp av en innkjøpsspesialist og en jurist.*

3.2.8

***Vurdering av kvalitetsplanene***

*(…)*

*Vurdering kvalitetsplaner*

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| ***Kriterier*** | ***Fokus*** | ***Målsetning til oppdragsgiveren som har lagt ut anbudet*** |
| ***RAVA*** ***Risiko- og******Merverdivurdering******(kvalitetskriterier)*** | • *Identifisering av viktige risikofaktorer og merverdimuligheter*• *Identifisering av effektive kontrolltiltak*• *SMART beskrevet*• *Ambisjon og innsats* | *Minimalisere risikofaktorer for å realisere omfanget og målsetningene til oppdragsgiveren. Deltakeren viser med risiko- og merverdivurderingen at han har god oversikt over og kontrollerer oppdragets omfang (og risikofaktorer som henger sammen med det) og at han maksimaliserer mulighetene for å tilføye verdi til oppdragsgiverens målsetninger som går lenger enn oppdragsomfanget.* |
| *(…)* | *(…)* | *(…)* |

*Medlemmene av evalueringskomiteen vurderer de kvalitative dokumentene uavhengig av hverandre og på grunnlag av egen ekspertise, deretter blir poengsummene og begrunnelsene avgitt i konsensus av evalueringskomiteen.*

*Poengene blir tilkjent på grunnlag av kravene som stilles i anbudsdokumentet, og hvorvidt deltakeren har overført dette til innholdet i tilbudet sitt.*

*(…)*

3.2.9

***Vurdering ved hjelp av intervjuer***

*Deltakere med tilbud som har fiktive fratrekk (...) for de kvalitative planene RAVA, Tilbudsomfang og Tidsplan blir invitert til å la nøkkelpersonen delta i intervjuene.*

*(…)*

*På grunnlag av intervjuet blir det vurdert hvorvidt nøkkelpersonen har god oversikt over oppdraget og er kyndig til å lede det. Spørsmålene vil være grundig innrettet mot dette (...).*

*Hele intervjuet vil tas opp. Det som sies i intervjuet utgjør en integrert del av tilbudet (...).*

*(…)”.*

2.2.

Programkravet (vedlegg 1 ved det beskrivende dokumentet) stiller følgende krav:

*“(…)*

***Komfort og sikkerhet***

*Oppdragsgiveren er ansvarlig for fysisk, sosial og nautisk sikkerhet på skipet i henhold til lovgivningen.*

*(…)”.*

2.3.

En veiledende kunngjøring datert 22. oktober 2013 inneholder følgende informasjon:

*“(…)*

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| ***Spørsmål 1*** | ***Side 27*** | ***Vedlegg 1 - betjening/Frekvens*** |
| *Er du villig til å akseptere en enmannsstyring, noe som kan anses som et sikkerhetsemne?* |
| ***Svar spørsmål 1*** |
| *Oppdragsgiveren krever at oppdragstakeren holder seg til den gjeldende lovgivningen (...).* |

*(…)”.*

2.4.

[saksøker] har levert tilbud i tide for å delta i anbudsprosessen. Relevant innhold i tilbudet er:

*“(…)*

***Anbudsomfang: løsning for sykkel- og fotgjengerferge Feijenoord - Kralingen***

**1 Sykkelfergen**

*(…)*

*Informasjon om denne sykkelfergen:*

*(…)*

*- oppfyller de siste kravene til ILT (divisjon skipstrafikk);*

*- har tilgang til alle nødvendige redningsmidler, inkludert en defibrillator*

*(…)*

*(...) Dersom nødvendig er det i rushtiden en overfart hvert 10. minutt, hermed fordobles rushtidskapasiteten til 1440 sykler. Dersom det blir enda travlere, kan reservebåten settes inn(i rushtiden).*

**2. Mannskapet**

*(...) Mannskapet har blitt trent opp i livreddende handlinger (inkludert betjeningen av defibrillatoren), brannslokking og har gyldig sertifisering for dette. Når det er travelt blir, et ekstra medlem av mannskapet brukt til billettsalg (...).*

*(…)*

***Skjema 5 Risiko- og merverdivurdering (RAVA)***

*(…)*

|  |  |
| --- | --- |
| *Risiko 1* | *Pongtongen er ikke bruksklar den 1. mars fordi én eller flere av tillatelsene fra kommunen mangler (...). Søknaden om tillatelsene er det kritiske øyeblikket i dette prosjektet.* |
| *Kontrolltiltak* | *Underleverandøren vil forberede søknadene for tillatelsene før 10. desember (...). Underleverandøren vil undersøke eventuelle problemer før pongtongen bygges. Fokus er på undersøkelsen av "Udetonert sprengstoff". (…). Videre innkalkuleres det en periode på 8 uker på grunnlag av antakelsen om at pongtongen passer i reguleringsplanen.* |
|  |  |
| *Risiko 2* | *Manglende avganger på grunn av tekniske problemer eller manglende personale (...).* |
| *Kontrolltiltak* | *(...) Det startes med et nylig bygget skip som allerede har vist seg å fungere godt på andre strekninger. Godt forebyggende vedlikehold bidrar til bedriftssikkerheten. Mannskapet på skipet er meget kompetant og vet hva de skal gjøre når det er tekniske problemer, vedlikeholds-bedriften vår gir skipperen telefonisk støtte ved problemer. Dersom det likevel er noe som går galt (sikkerhetsfeil), er det en reparatør til stede innen én time, og hvis nødvendig er det et reserveskip tilgjengelig på mindre enn 2 timers seilavstand.* *Vi har cirka 20 meget erfarne skippere i firmaet vårt (alle bor i denne regionen) med et meget lavt sykefravær. Ved personalproblemer er en reserveskipper tilgjengelig på kort varsel. Man kan selvfølgelig alltid tenke seg situasjoner som fører til en manglende avgang, for eksempel en reisende som blir uvel ombord og må vente på en ambulanse etter å ha mottatt førstehjelp.* |
| *(…)* |  |

*(…)”.*

2.5.

I e-post datert 6. november 2013 inviterte kommunen [saksøker] med nøkkelpersonen til intervjuet som er nevnt i det beskrivende dokumentet. Dette intervjuet fant sted den 11. november 2013. Under intervjuet var herr [x] til stede på vegne av [saksøker]. En skriftlig utarbeidet rapport av det intervjuet viser:

*“(…)*

*Hvordan er det med skippernes turnus? Vil de jobbe i skift, må man seile fra 07.00 til 19.00?*

*Vi har andre småferger ved Driehoeksveer (...). Trafikken der besørges av én mann, som seiler hele dagen (...).*

*(…)*

*Det seiler altså alltid kun én skipper på båten?*

*En skipper på båten ja.*

*(…)*

*Og fortøyningen og slikt, alt det der gjør skipperen også?*

*Det gjør skipperen (...).*

*Det kan hende at dersom det er veldig travelt med billettsalg, det kommer an på hvordan den prosessen er innrettet, at det tar mer tid, og da er det lurt å engasjere en billettselger. Men i prinsippet seiler alle fergene mine med én skipper uten billettselger.*

*(…)*

*Jeg har her sertifikatet til skipet og under paragraf 45 står det at det er egnet for enmannsstyring ved tåke, altså også når det er tåke er det lov å ha kun én skipper. Men i praksis har vi alltid en ekstra person, rett og slett for ekstra sikkerhet (...)".*

2.6.

I brev datert 13. desember 2013 ga kommunen beskjed til [saksøker] om at de har intensjon om å tildele dette oppdraget til Aquabus B.V. i Dordrecht (heretter: Aquabus). Relevant utdrag fra brevet:

*“(…)*

*Med bakgrunn i tildelingskriteriet har dere oppnådd resultatene nedenfor i forhold til den deltakeren som vi har intensjon om å tildele oppdraget til:*

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| ***Vurdering kvalitetskriterier*** | ***Aquabus B.V.*** | ***[saksøker]OV B.V.*** |
| *(…)* | *(…)* | *(…)* |
| *RAVA* | *10* | *4* |
| *(…)* | *(…)* | *(…)* |
| ***Verdi i pengebeløp*** |  |  |
| *(…)* | *(…)* | *(…)* |
| *Verdi RAVA* | *-/- € 356.250* | *€ 178 125* |
| *(…)* | *(…)* | *(…)* |
| ***Totalverdi i pengebeløp*** |  |  |
| *Tilbudspris* | *€ 1 425 000* | *€ 860 946* |
| *(…)* | *(…)* | *(…)* |
| ***Fiktiv tilbudspris*** | ***€ 641 250*** | ***€ 784 071*** |
| ***Rangering*** | ***1*** | ***2*** |

*(…)*

*Vurdering tilbudsomfang*

*Det innleverte tilbudsomfanget deres har blitt enstemmig vurdert som "bra" av evalueringskomiteen fordi det oppfyller kravene som blir stilt i det beskrivende dokumentet (...).*

*Vurdering RAVA*

*Deres innsendte risiko- og merverdivurdering har blitt enstemmig vurdert av evalueringskomiteen som "utilstrekkelig" fordi dere ikke har sannsynliggjort godt nok i risiko- og merverdivurderingen at dere har god oversikt over og kontrollerer oppdragsomfanget (og de tilhørende risikofaktorene). Dere nevner kun to risikofaktorer. Evalueringskomiteen savner spesielt risikofaktorene og kontrolltiltakene ved ulykker/problemer som brann, kollisjoner, mann overbord, medisinske tilfeller og hvordan dere håndterer situasjonen dersom skipperen blir uvel hvis dere vil ha en turnusordning med kun én person per skift.*

*(…)”.*

2.7.

Et brev fra kommunen til (advokaten til) [saksøker] datert 30. desember 2013 inneholder følgende informasjon:

*“(…)*

*På grunnlag av brev datert 17. desember 2013 (...) vil vi gjerne svare på de punktene som dere har nevnt i begrunnelsen for avvisningen av (...) [saksøker] (...) for det nasjonale anbudet "Sykkelfergeforbindelse Kralingen - Feijenoord"(...).*

*I brevet deres har dere hevdet at man skulle ha skjønt at det dreide seg om et tilbud med minimumbesetningen som er påkrevd i lovverket, nemlig 1 skipper og 1 maskinist/matros (...). I tillegg til det faktum at dette ikke kommer klart frem i tilbudet, har klienten deres i intervjuet sagt at han normalt vil bruke 1 skipper og kun bruke en billettselger som ekstra mannskap når det er travelt (...).*

*Ut fra brevet deres må vi derfor konkludere at klienten deres tydeligvis ikke oppfyller det beskrevne lov- og regelverket og dermed heller ikke oppfyller minstekravene. Dette betyr på grunnlag av paragraf 3.2.2 i det beskrivende dokumentet at tilbudet ikke kommer i betraktning for tildeling i det hele tatt.*

*(…)*

*(...) Vurderingskommisjonen har vurdert dette kriteriet som "utilstrekkelig" på grunnlag av beskrivelsen og gitt Aquabus’ tilbud en høyere poengsum fordi de hadde sendt inn en bedre og mer utbredt beskrivelse (...)".*

**3 Tvisten**

3.1.

[saksøker] krever i en rettskraftig dom:

*prinsipalt:*

1. at kommunen skal dømmes til å trekke inn intensjonen om å tildele oppdraget til Aquabus og invitere [saksøker] til konkretiseringsfasen,
2. forby kommunen å tildele oppdraget til noen andre enn [saksøker],

*subsidiært:*

1. at kommunen skal dømmes til å la alle tilbudene vurderes av en ny, ekstern evalueringskomite som er uavhengig av kommunen, og som tar i betraktning det som besluttes i denne dommen, og
2. at kommunen dømmes til å foreta en ny avgjørelse innen to uker etter den nye vurderingen om [saksøker] skal inviteres til konkretiseringsfasen,

*mer subsidiært:*

at kommunen skal legge ut det gjeldende oppdraget på anbud på nytt;

*mest subsidiært:*

avsi en passende beslutning,

*primært og (mer/mest) subsidiært:*

at kommunen skal dømmes til å betale en tvangsmulkt på € 10 000, -- for hver dag som kommunen ikke etterlever denne dommen, med et maksimum på € 250 000, --, og også dømme kommunen til å betale saksomkostningene.

3.2.

Kommunen har det følgende begrunnede tilsvaret.

3.3.

Partenes krav blir vurdert.

**4 Vurderingen**

4.1.

Grunnen til at det haster følger av kravet til [saksøker]. Kommunen har i tillegg ikke motsagt at det haster.

4.2.

Det mest vidtrekkende forsvaret er tilsvaret fra kommunen om at tilbudet til [saksøker] er ugyldig, fordi dette ikke oppfyller kravene til gjeldende lover og regler. Ut fra oppdragsomfanget og intervjuet til [saksøker] viser det seg ifølge kommunen at skipet til [saksøker] kun blir bemannet av en person, mens det på grunnlag av gjeldende lov- og regelverk kreves to personer.

4.2.1.

Det er fastslått at kommunen først i brev datert 30. desember 2013, det vil si etter den foreløpige tildelingsbeslutningen datert 13. desember 2013, inntok det standpunktet at tilbudet til [saksøker] var ugyldig. [Saksøker] påstår at denne ugyldigerklæringen kom for sent.

4.2.2.

I dommen datert 7. desember 2012 (LJN: BW9231) kom høyesterett frem til at paragraf 6 Wira (nå par. 2.130 Aanbestedingswet 2012) innebærer at det ikke er lov til å komme med en annen (relevant) grunn for tildelingsbeslutningen etter tidsfristen som nevnes i den paragrafen. Et unntak kan kun rettferdiggjøres dersom oppdragsgiveren kan sannsynliggjøre spesielle grunner eller forhold.

Slike grunner eller forhold har ikke kommet frem i dette tilfellet. Kommunen konstaterte allerede ved innleveringen av tilbudet til [saksøker] at [saksøker] går ut i fra at de skal besørge turnusen med kun én person. Sett bort i fra om den konstateringen er riktig, hadde kommunen altså allerede i den vurderingen kunnet trekke konklusjonen at tilbudet til [saksøker] ikke oppfylte gjeldende lover og regler og dermed ikke ville være gyldig. Det har de derimot ikke gjort. Under de omstendighetene beslutter derfor dommeren i den midlertidige forføyningen at kommunens påstand om at tilbudet til [saksøker] kom for sent, ikke vil behandles innholdsmessig.

4.3.

Mellom partene er det et tvistemål om (evalueringskomiteen til) kommunen ved vurderingen av tilbudet til [saksøker] på del-tildelingskriteriet risiko- og merverdivurderingen (RAVA) med rette ga en 4 og dermed et fiktivt tillegg på € 178.125, -- i tillegg til tilbudsprisen.

4.3.1.

Dommeren i den midlertidige forføyningen bemerker først og fremst at (evalueringskomiteen til) kommunen har en egen vurderingsfrihet når det gjelder tildelingskriteriet "økonomisk mest gunstige tilbud", slik at dommeren har en begrenset rolle i den vurderingen hvis oppdragsgiveren har håndhevet de objektive kriteriene og kravene om åpenhet og tydelighet har blitt oppfylt. I tillegg kan man forvente at deltakeren er godt informert og følger med som han skal (EU-domstolen 29. april 2004, saksnr. C-496/66 Succhi di Frutta).

Kriteriene som oppdragsgiveren håndhever skal derfor eksplisitt meddeles i anbudsdokumentene slik at alle godt informerte og normalt oppmerksom deltakere er i stand til å tolke disse på samme måte.

4.3.2.

I følge kommunens begrunnelse har evalueringskomiteen vurdert den av [saksøker] innleverte risiko- og merverdivurderingen som "utilstrekkelig", fordi [saksøker] kun hadde beskrevet to risikofaktorer, og evalueringskomiteen spesielt var interessert i risikofaktorene og kontrolltiltakene ved problemer som brann, kollisjon, mann over bord og medisinske tilfeller og hvordan [saksøker] håndterer situasjonen hvis skipperen blir uvel når det kun er én person per skift.

[Saksøker] nekter for at skiftet skal utføres med én person. Han vil utføre oppdraget i samsvar med gjeldende lov- og regelverk. Minstebemanningen vil derfor være om bord på skipet. Og når det gjelder elementene brann, kollisjon, mann over bord og medisinske tilfeller, er det lovbestemt at man skal ha kontrollrutiner. Kontrollrutinene ved disse risikofaktorene tilhører dermed de tekniske spesifikasjonene. Dette er minstekrav og ikke tildelingskriterier, ifølge [saksøker].

4.3.3.

Når det gjelder spørsmålet om kommunen også hadde lov til å vurdere de innleverte risikovurderingene på sikkerhetskriteriene (brann, kollisjon, mann overbord og medisinske tilfeller) og de tilhørende kontrolltiltakene, vurderer dommeren at kommunen i paragraf 3.2.8 av det beskrivende dokumentet i ganske generelle ordelag ber deltakerne om å identifisere de viktigste risikofaktorene (og merverdimulighetene) og effektive kontrolltiltak i risiko- og merverdivurderingen. I følge paragraf 3.2.8 skulle deltakerne dermed vise at de har god oversikt og kontroll over oppdragsomfanget (og de tilhørende risikofaktorene).

Dette tatt i betraktning og ettersom anbudet gjelder persontransport på vann, hadde en godt informert og normalt oppmerksom deltaker etter dommerens skjønn kunnet regne med at kommunen også ville vurdere risiko- og merverdivurderingen i henhold til sikkerhetsrisikofaktorer og tilhørende kontrolltiltak og hvordan deltakerne prioriterer disse risikofaktorene.

Det at slike kontrolltiltak også er tatt med i lovbestemte sikkerhetsplaner og dermed faller inn under minstekravene, gjør ikke dette annerledes. I følge paragraf 3.2.8 i det beskrivende dokumentet blir det nemlig ikke spurt *om* det iverksettes kontrolltiltak, men *hvilke* kontrolltiltak. Det er tenkelig at deltakeren har iverksatt ekstra (sikkerhets)tiltak - for eksempel i forhold til den lokale situasjonen-, noe som vil gjøre at denne deltakeren vil skille seg fra en annen deltaker. Det samme gjelder for hvordan deltakeren prioriterer (sikkerhets)risikofaktorene.

4.3.4.

På bakgrunn av dette og at kommunen har en egen vurderingsfrihet (se 4.3.1), var kommunen kompetent til å gi en negativ vurdering til omstendigheten at [saksøker] ikke hadde nevnt noen sikkerhetsrisikofaktorer og kontrolltiltak i risiko- og merverdivurderingen sin. Det faktum at [saksøker] var villig til å fremlegge sikkerhetsplanen sin, forandrer ikke dette. Ut fra det beskrivende dokumentet er det tydelig at deltakerne skulle utarbeide risikofaktorer og merverdimuligheter i skjemaet som står i vedlegg 5 til det beskrivende dokumentet. [Saksøker] har heller ikke henvist til sikkerhetsplanen i risiko- og merverdivurderingen sin.

4.3.5.

[Saksøker] nekter i tillegg for at de vil gjennomføre skiftet med én person. De sier at de har brukt den lovbestemte minstebemanningen i tilbudet sitt, nemlig 1 skipper og 1 maskinist/matros.

Under den muntlige forhandlingen forklarte [saksøker] derimot at han har latt det stå åpent om med hvor mange personer de ville gjennomføre skiftet. Dersom sykkelfergen som ment i dette anbudet blir godkjent av Rijkswaterstaat som ferge slik som nevnt i Binnenvaartbesluit, holder det med én fullstendig kvalifisert skipper på sykkelfergen, sier [saksøker].

På bakgrunn av dette og ettersom [saksøker] under intervjuet med nøkkelpersonen (se 2.5) i tillegg har forklart at fergene deres i prinsippet seiler med én person, kunne kommunen rimeligvis gå ut i fra at risiko- og merverdivurderingen til [saksøker] ikke ville beskrive hvordan det skal håndteres dersom skipperen blir uvel når han er eneste bemanning.

4.3.6.

Med hensyn til poenget som Aquabus fikk på del-tildelingskriteriet RAVA har kommunen under den muntlige forhandlingen forklart at de har gitt Aquabus en høyere poengsum fordi beskrivelsen av risikofaktorene og merverdimulighetene til Aquabus var bedre og mer utfyllende. Kommunen viser til at Aquabus har beskrevet flere risikofaktorer og (for kommunen interessante) merverdimuligheter. Totalt sett har kommunen derfor gitt Aquabus den maksimale poengsummen for RAVA. Slik som allerede har blitt vurdert, hadde kommunen vurderingsfrihet til å gjøre dette (se 4.3.1). Sakens faktum og omstendigheter som kunne føre til avgjørelsen om at kommunen ikke kunne komme frem til denne poengsummen, har ikke tilsagt dette.

Innvendingen til [saksøkeren] om at det ble tilkjent maksimalt antall poeng til Aquabus på delen RAVA tas derfor ikke i betraktning.

Som godt informert og normalt oppmerksom deltaker hadde [saksøker] i tillegg måtte skjønne at en grundig beskrevet risikovurdering ville vurderes som bedre enn en kort beskrevet risikovurdering.

4.4.

På grunnlag av dette har det på forhånd ikke blitt sannsynliggjort at kommunen ved vurderingen av delen RAVA til tilbudet til [saksøker] ikke kunne gi poengsummen 4 og dermed det fiktive tillegget i tilbudsprisen. Det betyr at kravene til [saksøker] må avvises.

4.5.

[saksøker] skal som tapende part dømmes til å betale saksomkostningene.

**5 Avgjørelsen**

Dommeren i den midlertidige forføyningen,

5.1.

avviser kravene,

5.2.

dømmer [saksøker] til å betale kommunens saksomkostninger

€ 608,- i forskudd og € 816, -- i advokatsalær, det påløper fra den femtende dagen etter denne dommen,

5.3.

dømmer [saksøker] til betaling av € 131,- i tilleggskostnader, forhøyet med

€ 68,- dersom dommen må kunngjøres offentlig,

5.4.

forklarer at forpliktelsen til betalingen av saksomkostningene og tilleggskostnadene ikke utsettes dersom saken ankes.

Denne dommen er avsagt av dommer A.F.L. Geerdes og offentliggjort den 17. februar 2014, med tilstedeværelse av L.A. Bosch, sekretær. 2083/676

**ECLI:NL:RBNHO:2014:2536**

Permanent link:


Instans

Tingretten Noord-Holland

Dato dom

21-03-2014

Dato publisering

15.04.2014

Saksnummer

C/15/210156 / KG ZA 14-8

Formelle relasjoner

Endelig dom: [ECLI:NL:RBNHO:2014:2537](http://uitspraken.rechtspraak.nl/inziendocument?id=ECLI:NL:RBNHO:2014:2537)

Rettsområde

Anbudslovgivning

Spesielle kjennetegn

Midlertidig forføyning

Innholds indikasjon

Anbud N23 Westfrisiaweg makspris € 204 000 000,-

Klage på ugyldigerklæring av tilbudet avvist.

I dette anbudet skulle deltakerne ifølge Best Value Procurement-metodikken kun prise påmeldingen og mengdeposten som ligger til grunn for den. Bam-Van Oord c.s. hadde det økonomisk mest gunstige tilbudet.

Ved undersøkelsen i konkretiseringsfasen viste det seg at tilbudet til Bam-Van Oord c.s. ikke oppfylte kravene på fire punkter som alle gjelder mangler i den økonomiske underbyggelsen, og dermed er ugyldig. Provinsen har med rette konkludert at det er snakk om ufullstendigheter i tilbudet til Bam-Van Oord c.s.

Krav om ny anbudsrunde er avvist.

Heijmans har riktignok handlet i strid med det som er nedfelt i anbudsveiledningen, men provinsen har kunnet avgjøre at utelukkelsen av Heijmans som en følge av dette ville være uforholdsmessig. I tillegg ville en utelukkelse av Heijmans aldri kunne føre til en ny anbudsrunde, men vil ha til følge at den neste deltakeren ville ha blitt invitert til konkretiseringsfasen, slik at kravet om et nytt anbud heller ikke kan gis medhold på dette grunnlaget.

Kravet om å forby (videre) utføring av oppdraget eller forberedende handlinger gis heller ikke medhold. Bam-Van Oord c.s. har ingen interesse i det kravet, ettersom tilbudet til Bam-Van Oord c.s. har blitt erklært ugyldig med rette.

Nettsted:

Rechtspraak.nl
JAAN 2014/107

**Dom**

dom

**TINGRETTEN I NOORD-HOLLAND**

Avdeling privatrett

Seksjon Handel & Insolvens

saksnummer: C/15/210156 / KG ZA 14-8

**Avgjørelse i midlertidig forføyning datert 21. mars 2014**

i saken mellom

1. det private selskapet med begrenset ansvar

**BAM WEGEN B.V.,**

etablert i Utrecht,

2. det private selskapet med begrenset ansvar

**BAM CIVIEL B.V.,**

etablert i Gouda,

3. det private selskapet med begrenset ansvar

**VAN OORD NEDERLAND B.V.**,

etablert i Gorinchem,

saksøkere,

advokat P.F.C. Heemskerk og J.M.E. Yilmaz,

mot

det offentligrettslige organet

**PROVINSEN NOORD-HOLLAND**,

etablert i Haarlem,

saksøkte,

advokat J.E. Palm og P.J. Stuijt.

og

det private selskapet med begrenset ansvar

**HEIJMANS INTEGRALE PROJECTEN B.V.**

etablert i Rosmalen,

intervenerende tredjepart,

advokat D.C. Orobio de Castro,

og

1. det private selskapet med begrenset ansvar

**DURA VERMEER DIVISIE INFRA B.V.**,

etablert i Hoofddorp,

2. det private selskapet med begrenset ansvar

**VBK NOORD B.V.**,

etablert i Hoorn (NH),

3. det private selskapet med begrenset ansvar

**AANNEMINGSBEDRIJF K. DEKKER B.V.**,

etablert i Warmenhuizen, Schagen kommune,

betingede tredjeparter i intervensjon,

advokat M. Straatman,

Partene vil heretter kalles Bam-Van Oord c.s., provinsen, Heijmans en Dura Vermeer c.s.

**1. Prosessen**

1.1.

Prosessen forløp består av:

* -

begjæringen

* -

brevet datert 23. januar 2014 fra Bam-Van Oord c.s.

* -

saksdokumentene med vedlegg 1 til og med 20 fra Bam-Van Oord c.s.

* -

saksdokumentet med endring av krav med vedlegg 21 til og med 26

* -

brevet datert 4. mars fra advokat Yilmaz med vedlegg 27

* -

brevet datert 5. mars 2014 av advokat Orobio de Castro med vedlegg 1 til og med 19

* -

faksen datert 5. mars 2014 fra advokat Yilmaz

* -

brevet datert 6. mars 2014 fra advokat Palm, med tilsvar og vedlegg 1

* -

brevet datert 6. mars fra advokat Orobio de Castro med vedlegg 20 til og med 23

* -

konklusjonen om Heijmans’ intervensjon

* -

konklusjonen om intervensjonen. subsidiært forening av Dura Vermeer c.s.

* -

den muntlige forhandlingen

* -

den muntlige avgjørelsen i sakene hvor Heijmans og Dura Vermeer c.s. har blitt akseptert som tredjeparter som heretter nevnt under 2

* -

begjæringen fra Bam-Van Oord c.s. med to vedlegg

* -

provinsens tilsvar med vedlegg 1

* -

Heijmans’ tilsvar.

1.2.

Den 7. mars 2014 fant den muntlige forhandlingen sted. Til stede var: [navn], [navn] og [navn] på vegne av Bam-Van Oord c.s., bistått av advokat Straatman og advokat M.P. van Leeuwen; [navn], [navn] og ingeniør [navn] på vegne av provinsen, bistått av advokater Palm og Stuijt og advokat M.C. de Vries; [navn] på vegne av Heijmans, bistått av advokat Orobio de Castro og advokat E.M. van Dam; [navn], [navn], [navn], ingeniør [navn], [navn] og [navn] på vegne av Dura Vermeer c.s., bistått av advokat Heemskerk og advokat Yilmaz.

1.3.

I nevnte brev datert 23. januar 2014 har advokat Heemskerk på vegne av Bam-Van Oord c.s. påberopt fortroligheten til bedriftsinformasjon, og dermed har de ikke videresendt alle vedleggene til tredjepersonene. Partene har ikke påklaget denne beslutningen.

På grunnlag av gjeldende rettspraksis kan Bam-Van Oord c.s. og provinsen ikke forpliktes til å dele denne informasjonen med Heijmans og Dura Vermeer c.s. fordi det er fastslått at disse dokumentene inneholder konkurransesensitiv informasjon om Bam-Van Oord c.s., noe som ingen har bestridt. Det er i samsvar med regelverket i anbudslovgivningen, hvor deltakere i et anbud blir beskyttet mot innsyn fra konkurrerende deltakere i konkurransesensitiv informasjon som deltakeren har delt med oppdragsgiveren.

1.4.

På grunn av sakssammenheng har saken med saksnummer C/15/201178/ KG- ZA 14-9 blitt behandlet umiddelbart etter den muntlige forhandlingen.

1.5.

Dom har blitt avsagt.

**2 Hendelsene som ligger til grunnlag for intervensjonen**

2.1.

Heijmans og Dura Vermeer c.s. har begge nedlagt krav om intervensjon i saken mellom Bam-Van Oord c.s. og provinsen. Bam-Van Oord c.s. har ikke hatt innsigelser mot forespørslene om intervensjonen. Provinsen har merket seg at Dura Vermeer c.s. to ganger eksplisitt har bekreftet at de aksepterer provinsens beslutning om å erklære tilbudene deres ugyldige derfor kan de ikke ifølge provinsen intervenere i denne saken nå.

2.2.

Under den muntlige forhandlingen ble Heijmans akseptert som tredjepart i hovedsaken da de kan anses å ha en egeninteresse i intervensjonen for å sikre sine egne rettigheter og rettsposisjon og ettersom saksbehandlingen ikke blir unødvendig forsinket eller komplisert som følge av intervensjonen.

Dura Vermeer c.s. har blitt akseptert på samme grunnlag, men den tillatelsen er betinget, nemlig kun dersom Dura Vermeer blir akseptert som krevende part i saken med saksnummer C/15/201178/ KG- ZA 14-9.

2.3.

Ettersom Dura Vermeers krav ble avvist ved dom i dag i saken med saksnummer C/15/201178/ KG- ZA 14-9, ble denne betingelsen ikke oppfylt. Det betyr at Dura Vermeer c.s. altså ikke aksepteres som tredjepart i denne prosessen. Dommeren anser at det ikke foreligger noen grunner for at de skal idømmes saksomkostninger.

**3 Sakens faktum**

3.1.

Den 16. mai 2013 kunngjorde provinsen en europeisk anbudsprosess i henhold til ARW 2012 for tildelingen av oppdraget å utforme og utføre oppgraderingen av veien N23 Westfrisiaweg mellom Heerhugowaard og Houtribdijk (heretter: oppdraget).

Tildelingskriteriet er det "økonomisk mest gunstige tilbudet".

I anbudet brukes Best Value Procurement-metodikken (heretter: BVP). Deltakerveiledningen, åtte veiledende kunngjøringer og en avtale med to spørsmålsspesifikasjoner utgjør en del av anbudsdokumentasjonen. I tillegg har det blitt utdelt en mengdepost som skal prises av deltakerne. Oppdragets makspris er € 204 000 000, -.

3.2.

I deltakerveiledningen har det blant annet blitt opplyst:

*(…)*

1 *Innledning*

1.1

*Generelt*

*(…)*

*Ved å levere inn et tilbud, erklærer deltakeren at han ubetinget aksepterer anbudsprosessen slik som beskrevet i denne deltakerveiledningen.*

*Oppdragsgiverens kontaktperson er i dette anbudet prosjektets innkjøpsleder, herr ingeniør [navn] MTD. Kommunikasjonen angående dette anbudet skal i størst mulig grad skje via TenderNed. I tilfeller som ikke beskrives i denne veiledningen, kan dere ta kontakt via:*

*• digitalt: aanbesteding-n23@noord-holland.nl eller*

*• skriftlig: Projectbureau N23 Westfrisiaweg, (…) (leveres i resepsjonen, på hverdager mellom klokka 09.00 og 19.00).*

*Det er ikke tillatt å ta kontakt med andre personer innen Prosjektbyrået N23 Westfrisiaweg eller provinsen Noord-Holland i forbindelse med dette anbudet. Det er heller ikke tillatt å ta kontakt med representanter fra de forskjellige kommunene, Hoogheemraadschap Hollands Noorderkwartier, Rijkswaterstaat og Prorail i forbindelse med dette anbudet. Deltakere som gjør det, kan utelukkes fra anbudsprosessen. Denne begrensningen gjelder ikke for den "angivelige oppdragstakeren" under ‘konkretiseringsfasen’ (se paragraf 5.2).*

*(…)*

1.5

*Best Value Procurement*

*Oppdragsgiveren benytter seg av metodikken Best Value Procurement (BVP) i denne anbudsprosessen. Med denne metodikken ønsker oppdragsgiveren å begrense transaksjonskostnadene, finne eksperten blant deltakerne og oppnå sluttresultatet (når det gjelder kvalitet, tid og penger). Dette skal skje med minst mulig innsats under utføringen.*

*Best Value Procurement (BVP) eller "prestasjonsinnkjøp" er en metodikk som er basert på at oppdragsgiveren gir slipp på kontroll og stoler på at oppdragstakeren leverer prestasjoner som kan verifiseres. Oppdragstakeren får handlingsrom til å ta ansvaret og (også) oppdraget med å kontrollere risikofaktorene hos oppdragsgiveren. Innen BPV blir risikofaktorer minimalisert ved hjelp av åpenhet og ansvar i stedet for styring, inspeksjoner og kontroller.*

*BVP-prosessen består av tre faser:*

*(…)*

*I fase 1 blir tilbudene levert inn av deltakerne og vurdert av oppdragsgiveren. Ut fra denne vurderingen viser det seg hva som er det "økonomisk mest gunstige tilbudet".*

*I fase 2 gir den angivelige oppdragstakeren en utdypende forklaring av tilbudet sitt, og oppdragsgiveren verifiserer om tilbudet oppfyller kravene. Under den fasen utarbeider oppdragstakeren diverse planer, slik som prosjektledelsesplanen, tidsplanen og risikooversikten. Tilbudet kan ikke endres lenger under denne fasen. Konkretiseringsfasens mål er å planlegge utføringen så detaljert at det ikke kan komme noen overraskelser og endringer under utføringen.*

*Dersom denne fasen blir gjennomgått suksessfullt, får oppdragstakeren oppdraget og kan utføringen (fase 3) begynne.*

*(…)*

2.3

*Deltakelse*

*(…)*

2.3.2

*Prisdokumenter som skal leveres inn sammen med tilbudet*

*(…)*

*6. Dokumenter med økonomisk underbyggelse.*

*Sammen med tilbudet skal det leveres inn en økonomisk underbyggelse. Den økonomiske underbyggelsen skal gi et detaljert bilde av hvordan totalprisen er sammensatt. Bakgrunnen for prisen skal oppfylle følgende krav:*

• *I den økonomiske underbyggelsen skal man benytte forutsetningene til oppdragsgiveren. (Dokumentene det gjelder er opplyst i Vedlegg XVII ved avtalen, blant annet mengdeposten). (…)*

*(…)*

2.3.3

*Kvalitative dokumenter som skal leveres inn sammen med tilbudet*

*I denne paragrafen beskrives det hvilke dokumenter som skal leveres inn i henhold til de kvalitative tildelingskriteriene: Prestasjonsunderbyggelse, Risikovurdering og Merverdivurdering.*

*(…)*

*(…)*

*En av grunnene til å benytte Best Value Procurement i dette prosjektet er at det bidrar til en reduksjon av oppdragsgiverens risikofaktorer, og at muligheter som gir merverdier, utnyttes i utføringen av arbeidet. Metodikken er rettet mot å tildele prosjektet til den oppdragstakeren som har sannsynliggjort at han er best egnet til å redusere risikofaktorer og utnytte merverdier. (Risikofaktorer er uønskede hendelser som direkte eller indirekte truer prosjektmålsetningene mens merverdimulighetene nettopp bidrar til prosjektmålsetningen.) For å bevise dette er det viktig at deltakeren underbygger at tiltakene deres vil ha ønsket effekt med verifiserbar og spesifikk dokumentasjon.*

*Det er absolutt ikke meningen at deltakeren overtar oppdragsgivers risikofaktorer, risikofordelingen endres i forhold til til kontrakten.*

*Tiltakene som beskrives i merverdiplanen er valgfrie ekstratiltak / muligheter. De tilhørende prisene utgjør derfor ikke en del av tilbudsprisen. I konkretiseringsfasen vil oppdragsgiveren informere deltakeren om hvilke ekstra tiltak som ønskes utført av oppdragstakeren.*

*9. Merverdivurdering*

*For tildelingskriteriet merverdivurdering skal deltakeren beskrive følgende:*

*• Hvilke prosjektspesifikke merverdier han har identifisert;*

*• Hvilke tiltak han tilbyr for å benytte disse merverdimulighetene;*

*(…)*

4.2

*Prisvurdering*

*Oppdragsgiveren har oppgitt en makspris for anbudet. Maksprisen er*

*€ 204 000 000, = eks. mva.*

*Tilbudsprisen, inkludert prisen for merverditiltakene (se paragraf 2.3.3), skal være lavere enn maksprisen. (…)*

5.1

*Invitasjonen til konkretiseringsfasen*

*Deltakeren som har det økonomisk mest gunstige tilbudet som ikke har blitt erklært ugyldig, kvalifiseres som den foreløpige oppdragstakeren og inviteres til konkretiseringsfasen.*

*Oppdragsgiveren sender skriftlig beskjed til alle deltakerne samtidig om:*

*• hva som er den fiktive tilbudsprisen for oppdragstakeren det gjelder;*

*• begrunnelsen for denne fiktive prisen;*

*• hvilken deltaker som blir invitert til konkretiseringsfasen;*

*• denne deltakerens fiktive tilbudspris.*

*Alle deltakerne kan i løpet av klageperioden som er beskrevet nedenfor, få en samtale med en utdypende forklaring om vurderingen de fikk.*

*Dersom en deltaker har en klage angående tildelingen av oppdraget til den foreløpige oppdragstakeren, skal deltakeren sende en begjæring om midlertidig forføyning innen 20 kalenderdager etter kunngjøringen, og sende oppdragsgiveren en kopi av denne begjæringen. Dersom dette ikke skjer innen fristen, mister man i utgangspunktet retten til å klage på avgjørelsen.*

5.2

*Konkretiseringsfasen*

*Konkretiseringsfasen starter i det øyeblikket at invitasjonen til konkretiseringsfasen har blitt sendt til den foreløpige oppdragstakeren. Målet med konkretiseringsfasen er at den foreløpige oppdragstakeren får muligheten til å gi en utdypende forklaring av tilbudet sitt og for å forberede fasen som kommer etter tildelingen. Oppdragsgiveren vil, blant annet på grunnlag av denne informasjonen, vurdere om tilbudet fortsatt innfrir kravene i avtalen. Den foreløpige oppdragstakeren har ikke anledning til å gjøre endringer i tilbudet sitt i denne fasen.*

*(…)*

3.3.

I veiledningen til kontrakts-dokumentene datert 16. mai 2013 er følgende opplyst:

*(…)*

*2.7.1.. Innleveringsfasen*

*(…)*

*Den økonomiske underbyggelsen*

*I Vedlegg XVII Informasjon blir det gitt en beskrivelse av oppdragsgiverens forutsetninger; for eksempel i form av mengder, tegninger, nåværende areal, grunninformasjon og poster på grunnlag av tilgjengelig informasjon på dette tidspunktet. Disse forutsetningene inneholder usikkerheter, men skal likevel tas med i deltakernes tilbud.*

*I tillegg setter deltakerne opp egne forutsetninger som de synes er viktige for å kunne komme med et komplett tilbud hvor det opplyses om alle arbeidsoppgavene, aktivitetene og kostnadene knyttet til å kunne utføre arbeidet i samsvar med kontrakten. Disse forutsetningene skal ikke være i konflikt med oppdragsgiverens forutsetninger slik som nevnt ovenfor, og disse inneholder også usikkerheter. De gjelder i alle fall emner som utføringsmetoder, midlertidige arbeidsoppgaver og risikofaktorer. Dersom det er motstridigheter, går oppdragsgiverens forutsetninger foran oppdragstakerens forutsetninger.*

*Sammen utgjør de "Forutsetninger for tilbudet".*

*I den økonomiske underbyggelsen viser deltakeren på en oversiktlig måte hva som er sammenhengen mellom forutsetningene i tilbudet og mengdene og prisene som ble brukt, slikt at denne er egnet som økonomisk grunnlag for å fastsette byggeprisen (fast pris) og de økonomiske konsekvensene ved endringer.*

*Eksempel:*

*Under mengdeposten er det tatt med å "tilføye 600 m3 sand". Deltakeren anslår at man kun trenger 400 m3 og informerer oppdragsgiveren om dette. Oppdragsgiveren er overbevist og endrer mengdeposten. Dersom dette anslaget først skulle komme frem etter den siste veiledende kunngjøringen (2 uker før deltakelsen), skal prisene fylles inn i den gjeldende mengdeposten. Den potensielle optimaliseringen kan derfor ikke medberegnes i prisen (for det ville føre til tilbud som ikke kan sammenlignes). Derimot er dette mulig dersom en merverdimulighet blir beskrevet som en prosess (og ikke som et resultat) og kobles til prosjektmålsetningen.*

*(…)*

3.4.

I den veiledende kunngjøringen datert 12. august 2013 opplyste provinsen om den siste oppdateringen av mengdeposten.

3.5.

26. august 2013 leverte 6 deltakere inn et tilbud (heretter i fellesskap: deltakerne); blant annet Bam-Van Oord c.s., Heijmans og Dura Vermeer c.s.

3.6.

I brevet som ble sendt 19. september 2013, ga provinsen følgende informasjon til Bam-Van Oord c.s.:

*26. august 2013 leverte dere inn et tilbud på kontrakten for N23 Westfrisiaweg (...). Deretter har vi vurdert tilbudet deres og de andre tilbudene i henhold til deltakerveiledningen. Denne vurderingen har konkludert med at dere har levert inn det økonomisk mest gunstige tilbudet. Derfor er dere den foreløpige oppdragstakeren, og vi inviterer dere til konkretiseringsfasen. (...)*

*Ved innleveringsfristen (26. august 2013 kl. 10.00) var det levert inn seks tilbud. To av disse tilbudene oppfylte ikke kravene som er nedfelt i ARW 2012 og/eller deltakerveiledningen.*

*De kvalitative dokumentene og intervjuene av deltakerne har blitt vurdert i henhold til deltakerveiledningen. (…)*

*På grunnlag av forestående poengsummer ble det deretter utregnet en fiktiv tilbudspris for hvert tilbud:*

|  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- |
| ***Deltaker***  | ***Tilbudspris*** | ***Tillegg eller fradrag*** | ***Fiktiv tilbudspris*** |
| *Ballast Nedam -**De Vries & Van de Wiel* | *(…)* | *(…)* | *€ 210 377 333* |
| *BAM - Van Oord*  | *(…)* | *(…)* | *€ 105 306 333* |
| *Dura Vermeer-VBK-**K. Dekker*  | *(…)* | *(…)* | *€ 104 883 334* |
| *Van Gelder - Mobilis*  | *(…)* | *(…)* | *€ 251 989 666* |
| *Heijmans*  | *(…)* | *(…)* | *€ 116 732 833* |

*Dette innebærer at tilbudet deres har den laveste fiktive tilbudsprisen. Ut fra verifiseringen av den økonomiske underbyggelsen i henhold til paragraf 4.4 av deltakerveiledningen er det heller ingen grunn til å erklære tilbudet ugyldig. Derfor inviterer jeg firmaet deres til konkretiseringsfasen.*

*(...) Dersom dere ønsker en muntlig forklaring rundt denne begrunnelsen, kan dere søke om det per*

*e-post (...)*

*Dersom en av de avviste deltakerne begjærer midlertidig forføyning, vil vi fortsette konkretiseringsfasen med firmaet deres, men vi vil avvente dommen før vi kommer med en foreløpig tildeling.*

*(…)*

3.7.

19. september 2013 startet konkretiseringsfasen, og har det vært kontakt 38 ganger mellom Bam-Van Oord c.s. og provinsen, blant annet et innledende møte, presentasjoner, teknisk konsultasjon, omgivelseskonsultasjon, telefonsamtaler og e-postkontakt.

3.8.

I en e-post datert 30. september 2013 på vegne av [navn] fra Heijmans til [navn] fra provinsen blir det opplyst følgende:

*19. september 2013 mottok vi et brev fra dere hvor dere gir beskjed om at Bam/Van Oord hadde det økonomisk mest gunstige tilbudet.*

*Dere meddeler også at det ikke har blitt funnet grunner til å erklære dette tilbudet ugyldig.*

*I en samtale datert 30. september som jeg hadde med dere, [navn] (begge PNH) og med [navn] (Heijmans) har dere fortalt at det var "noen ufullkommenheter" i tilbudet fra BAM/Van Oord, men at disse ikke var grunn nok til å erklære det ugyldig.*

*Jeg vil gjerne få svar innen kl. 17.00 den 1. oktober 2013 på følgende:*

*Hva mener dere konkret med "noen ufullkommenheter"?*

*Hva er grunnen til at tilbudet til BAM/Van Oord ikke ble erklært ugyldig på grunnlag av disse "ufullstendighetene"?*

*Kan dere bekrefte at BAM/Van Oord har oppfylt alle kravene i kontrakten når det gjelder materialer? (= både i de skriftlige dokumentene og i intervjuene) Et svar med "ja" eller "nei" holder.*

3.9.

I en e-post datert 1. oktober 2013 fra [navn] på vegne av prosjektbyrået N23 Westfrisiaweg til [navn] fra Heijmans blir det opplyst følgende:

*30. september 2013 sendte dere oss en e-post med en del spørsmål som gjelder det økonomisk mest gunstige tilbudet, nemlig tilbudet til BAM - Van Oord. Nedenfor forklarer jeg hvordan vi har kommet frem til vurderingen om at det ikke fantes grunner til å erklære dette tilbudet ugyldig. Vi går ut i fra at vi med dette har svart godt nok på spørsmålene deres.*

*For å begynne med det siste spørsmålet deres: de kvalitative dokumentene og informasjonen som har blitt gitt under intervjuene, oppfylte de stilte kravene.*

*Når det gjelder det øvrige: Den økonomiske underbyggelsen av tilbudet til BAM - Van Oord har blitt nøye undersøkt av en gruppe økonomer for å vurdere om denne oppfylte kravene. Den økonomiske vurderingen oppfylte kravene som ble stilt, med unntak av et par poster hvor det ble signalert mulige avvik fra mengdeposten eller kontrakten. (Mer utdypende informasjon om hva disse mulige avvikene gjelder kan vi ikke gi uten å skade de kommersielle interessene til BAM - Van Oord.) Det mulige fortrinnet som denne deltakeren kan ha oppnådd i henhold til den fiktive tilbudsprisen, er derimot beskjedent i forhold til forskjellen med den neste deltakeren i rangeringen.*

*Med andre ord: selv om tilbudet til BAM - Van Oord ikke hadde hatt disse ufullkommenhetene, hadde ikke utfallet av rangeringen av anbudet vært annerledes. Derfor synes vi ikke det var rimelig å erklære tilbudet til BAM - Van Oord ugyldig. Deltakerveiledningen gir oss denne vurderingsfriheten.*

3.10.

I en e-post datert 3. oktober 2013 skriver [navn] på vegne av Heijmans følgende til prosjektbyrået N23 Westfrisiaweg:

*Vi har registrert reaksjonen deres. Vi vil gjerne gi en utdypende forklaring rundt spørsmålet deres på følgende punktene:*

*I svaret deres på vårt siste spørsmål sier dere at de kvalitative dokumentene og informasjonen som ble gitt under intervjuene, innfridde de stilte kravene. Spørsmålet vårt var spesifikt rettet mot materialene som skal brukes. Derfor ønskes gjerne et svar på det spesifikke spørsmålet om BAM/Van Oord har oppfylt de kravene som stilles i kontrakten med hensyn til bruken av materialer (= både i de skriftlige dokumentene og i intervjuene)?*

*I tillegg sier dere at det har blitt signalert et mulig avvik i mengdeposten eller kontrakten og at det å gi mer informasjon om dette ville skade de kommersielle interessene til BAM/van Oord.*

*- Hva mener dere med mulige avvik?*

*- På hvilke poster har dere konstatert avvikene og hva innebærer disse avvikene?*

*- Hvorfor vil de kommersielle interessene til BAM/van Oord skades dersom avvikene etter deres oppfatning er beskjedne?*

*Vil ønsker å motta svar fra dere senest fredag 4. oktober 2013 klokken 12.00. Dersom dette ikke er mulig, ber vi dere om å forlenge "karensperioden" på 20 dager (etter sending 19. september) med 7 dager til.*

3.11.

Den 8. oktober 2013 sendte Heijmans inn en klage i form av en begjæring om midlertidig forføyning. Klagen er rettet mot provinsens intensjon om å tildele oppdraget til Bam-Van Oord c.s. Den midlertidige forføyningen ble trukket inn igjen før den muntlige forhandlingen hadde funnet sted.

3.12.

Den 15. oktober 2013 fant en evalueringssamtale sted mellom provinsen og Bam-Van Oord c.s.

3.13.

I brevet som ble sendt 30. oktober 2013, ga provinsen følgende informasjon til Bam-Van Oord c.s.:

*I brevet som ble sendt 19. september informerte jeg alle deltakerne i denne anbudsprosessen om at dere hadde det økonomisk mest gunstige tilbudet, og at jeg har intensjon om å invitere dere til konkretiseringsfasen. Heijmans Integrale Projecten B.V. har (...) informert oss om at de ikke kan se seg enige i denne beslutningen, og at de har begjært behandling av denne klagen i en midlertidig forføyning.*

*Denne begjæringen har ført til at jeg har sett på saken på nytt. Det har ført til at jeg har besluttet å trekke inn beslutningen datert 19. september. Etter at en avgjørelse har blitt tatt om den videre prosessbehandlingen, vil jeg informere dere skriftlig om dette. Selvsagt får dere da også informasjon om hvilken klageperiode dere har etter den nye avgjørelsen.*

*(…)*

3.14.

I brevet som provinsen sendte til Dura Vermeer c.s. den 30. oktober 2013 ble det gitt følgende informasjon:

*I brevet som jeg sendte dere den 19. september, informerte jeg dere om at Bam - Van Oord hadde det økonomisk mest gunstige tilbudet og dermed var invitert til konkretiseringsfasen. Heijmans Integrale Projecten B.V. har på grunnlag av paragraf 5.1 av deltakerveiledningen informert oss (i tide) om at de ikke kan se seg enige i denne avgjørelsen og har begjært behandling av denne klagen i en midlertidig forføyning.*

*Jeg undersøker for øyeblikket hvordan vi skal fortsette anbudsprosessen, og dermed har jeg besluttet å trekke inn avgjørelsen datert 19. september. (…)*

3.15.

I brev av 19. november 2013 ga provinsen blant annet beskjed til Bam-Van Oord c.s. at -kort sammenfattet - provinsen har gjennomgått vurderingsprosessen som førte til invitasjon til konkretiseringsfasen på nytt. Denne revurderingen har ført til at de har konstatert at tilbudet til Bam-Van Oord c.s. er ugyldig og de derfor ikke skulle ha vært invitert til konkretiseringsfasen. Provinsen gir i en utdypende forklaring beskjed om at tilbudet på seks punkter ikke innfrir kravene som er stilt i paragraf 2.3.2 sub 6 av deltakerveiledningen.

3.16.

I brev av 2. desember 2013 sendte Bam-Van Oord c.s. en protest til provinsen angående ugyldigerklæringen av tilbudet til Bam-Van Oord c.s. og at de ikke er enige i at det er snakk om seks ufullstendigheter. I tillegg hevder Bam-Van Oord c.s. at det er meget uaktsomt av provinsen å meddele i et brev til Heijmans at det skulle være ufullstendigheter i tilbudet til Bam-Van Oord c.s.

3.17.

I brevet som ble sendt 19. desember 2013, ga provinsen følgende informasjon til Bam-Van Oord c.s.:

*(…)*

*I brevet datert 2. desember protesterte dere på de konstaterte ugyldighetene. Den utdypende forklaringen deres har ført til konstateringen av at Bam-Van Oord c.s. likevel oppfyller kravene på to punkter. På fire av de andre nevnte punktene har Provinsen dessverre måttet konstatere at tilbudet deres ikke oppfyller kravene som er gitt i deltakerveiledningen under paragraf 2.3.2: "Prisdokumenter som skal leveres inn sammen med tilbudet" under del 6 "økonomisk underbyggelse", og derfor er ugyldig.*

*(…)*

*Jeg vil gjennomgå ugyldighetene med dere, hvor jeg samtidig besvarer det dere har påstått i brevet deres datert 2. desember 2013.*

*(…)*

3.18.

I brevet som ble sendt 19. desember 2013, ga provinsen følgende informasjon til Dura Vermeer c.s.:

*26. august 2013 leverte dere inn et tilbud for kontrakten N23 Westfrisiaweg (...). I et brev datert 19. september 2013 har jeg svart at kombinasjonen Bam Wegen b.v. - Bam Civiel b.v. - Van Oord Nederland b.v. hadde det økonomisk mest gunstige tilbudet, og dermed ble de invitert til konkretiseringsfasen.*

*I tillegg har jeg i det samme brevet begrunnet hvorfor tilbudet deres har blitt erklært ugyldig - med henvisning til paragraf 4.4 av deltakerveiledningen - Dere har ikke sendt inn klage / begjæring innen den gjeldende klagefristen.*

*Deretter informerte jeg dere den 31. oktober 2013 om at Heijmans Integrale Projecten B.V. på grunnlag av paragraf 5.1 av deltakerveiledningen har informert oss (i tide) om at de ikke kan se seg enige i denne beslutningen og har søkt om behandlingen av denne klagen i en midlertidig forføyning. Provinsen informerte dere om at de vil revurdere hvordan anbudsprosessen skal videreføres, og de har derfor besluttet å trekke inn beslutningen datert 19. september 2013.*

*Imidlertid har jeg måttet konstatere at også tilbudet til kombinasjonen Bam Wegen b.v. - Bam Civiel b.v. - Van Oord Nederland b.v. ikke oppfyller de stilte kravene og derfor er ugyldig.*

*Jeg kan meddele at jeg har tatt en ny avgjørelse angående dette anbudet, og at jeg har intensjon om å invitere Heijmans Integrale Projecten b.v. til konkretiseringsfasen, ettersom de hadde det økonomisk nest mest gunstige tilbudet.*

*Dersom dere ikke er enig i avgjørelsen om å invitere Heijmans Integrale Projecten b.v. til konkretiseringsfasen, skal dere begjære en midlertidig forføyning innen 25 kalenderdager etter den dagen som denne e-postens dato. Dere har derfor anledning frem til 13. januar 2014 til å begjære en midlertidig forføyning.*

*(…)*

3.19.

I kunngjøring datert 20. desember 2013 opplyste provinsen på nettsiden sin at fra slutten av desember 2013 vil firmaet Ooms Contruction B.V. (heretter: Ooms) starte med diverse forberedende arbeidsoppgaver, forut for realiseringen av N23 Westfrisiaweg. Det dreier seg om å lage et skille mellom veien og hvor det arbeides, hvor man for eksempel kan hugge ned trær og grave nye og fjerne gamle bekker.

3.20.

I brev av 22. januari2014 ba advokaten til Bam-Van Oord c.s. provinsen om en forklaring på hvorfor oppdraget nå har blitt tildelt Ooms. Provinsen har i brev av 27. januar 2014 til advokaten til Bam-Van Oord c.s. besvart brevet datert 22. januar 2014.

**4 Tvisten**

4.1.

Bam-Van Oord c.s. har følgende krav etter endring av begjæringen:

Prinsipalt:

1. å forby provinsen (videre) utføring av avtalen som de har inngått med Ooms med hensyn til de forberedende arbeidsoppgavene
2. pålegge provinsen å trekke inn avgjørelsen datert 19. desember 2013
3. forby provinsen å starte konkretiseringsfasen med Heijmans, og
4. pålegge provinsen å fortsette konkretiseringsfasen for oppdraget (inkludert de forberedende arbeidsoppgavene) med Bam-Van Oord c.s. i fasen som de befant seg i

Subsidiært:

1. å forby provinsen (videre) utføring av avtalen som de har inngått med Ooms med hensyn til de forberedende arbeidsoppgavene
2. pålegge provinsen å trekke inn avgjørelsen datert 19. desember 2013, og
3. hvis provinsen fortsatt ønsker oppdraget utført, at de legger ut et nytt anbud med oppdraget (inkludert de forberedende arbeidsoppgavene)

I alle tilfeller:

1) at Bam-Van Oord c.s. skal idømmes en tvangsmulkt på € 100 000,- eller et annet beløp som dommeren finner rimelig for hver dag som provinsen helt eller delvis ikke etterlever dommen

2) at provinsen også dømmes til å betale alle saksomkostningene, inkludert tilleggskostnader og renter.

4.2.

Bam-Van Oord c.s. påklager tildelingsbeslutningen hvor provinsen tildeler oppdraget til Heijmans. Bam-Van Oord c.s. legger til grunn for begjæringen at tilbudet til Bam-Van Oord c.s. urettmessig ble erklært ugyldig fordi det ikke er snakk om ufullkommenheter i tilbudet. Med hensyn til det subsidiære kravet om å legge ut oppdraget for anbud på nytt, legger Bam-Van Oord c.s. til grunnlag at prinsippet om åpenhet og likhet har blitt brutt av provinsen ved at provinsen har hatt kontakt med Heijmans og den tilfeldige måten som provinsen forklarer anbudsdokumentene på. Bam-Van Oord c.s. påstår i tillegg at provinsen ikke har respektert fredningstiden som de selv har bestemt ved å la Ooms utføre forberedende handlinger. Provinsen har tatt arbeidsoppgaver ut fra oppdraget og tildelt disse til en part som tidligere har vært indirekte involvert i dette arbeidet, noe som ikke er lov ifølge Bam-Van Oord c.s.

4.3.

Heijmans krever - oppsummert - at provinsen pålegges ikke å ta tilbudet til Bam-Van Oord c.s. i betraktning, fortsette konkretiseringsfasen med Heijmans, ikke godta/avvise kravene til Bam-Van Oord c.s. og å dømme Bam-Van Oord c.s. til å betale saksomkostningene i denne saken.

4.4.

Dura Vermeer c.s. krever - oppsummert - at Bam-Van Oord c.s. ikke skal aksepteres som part i saken, eller i alle fall at kravene deres skal avvises, og at Bam-Van Oord c.s. skal dømmes til å betale saksomkostningene, inkludert tilleggskostnader og renter.

4.5.

Provinsen har kommet med tilsvar. Partenes krav blir vurdert nærmere.

**5 Vurderingen**

5.1.

Det er fastslått at deltakerne ifølge BVP-metodikken kun skal prise registreringsdokumentet og den tilhørende mengdeposten. Hver deltaker skal prise mengdene som står i mengdeposten, uten at det er mulig å fravike disse for å optimalisere utformingsfasen. I mengdeposten har provinsen foreskrevet med hvilke mengder det skal regnes. I tillegg måtte deltakerne levere inn en økonomisk underbyggelse slik at man kunne få innsikt i hvordan prisene har kommet i stand. Konkretiseringsfasen er ment for å undersøke det innleverte tilbudet grundig, slik at man kan avgjøre om det er gyldig. Ifølge brevet som er gjengitt under 3.17, har provinsen i undersøkelsen i konkretiseringsfasen konkludert at tilbudet til Bam-Van Oord c.s. ikke oppfylte kravene på fire punkter som alle gjelder mangler i den økonomiske underbyggelsen, og dermed er ugyldig.

5.2.

Bam-Van Oord c.s. er ikke enige i ugyldigerklæringen av tilbudet deres og fremmer derfor primært påstanden at provinsen urettmessig har konkludert at tilbudet er ugyldig. De forsvarer seg mot følgende fire punkter hvor det ifølge provinsen er snakk om ufullkommenheter: posten Levere og legge sand, posten Fjerne sand fra arbeidsområdet, posten Hard grunn og posten Funksjonell ERBI [krav og retningslinjer for bygg- og infrastruktur i prosjekter]. Hver av postene behandles individuelt.

Levere og legge sand

5.3.

Angående denne posten (post 104) hevder Bam-Van Oord c.s. at påstanden om at de ikke har priset leveringen og leggingen av den oppgitte mengden med sand, er uriktig.

5.4.

Ut fra mengdeposten som ble opplyst av provinsen før deltakelsen, viser det seg at det skulle prises en mengde på 2 300 000 m3 i denne posten. Ifølge den økonomiske underbyggelsen til Bam-Van Oord c.s. har tilbudet blitt utarbeidet slik i en av delpostene:

**Bytte ut sand med alternativt materiale for overbygning 690 000 m3**

Mindre sand for overbygning (...) - 690 000,00 m3 (...) - 7 341 600

KOSTNADER ALTERNATIVE MATERIALER (...) 690 000,00 m3 5 181 900

Korreksjon DMA dato 21-08-2013 (…) 690 000,00 m3 (…) 241.500

- 1 918 200

I tillegg hevder provinsen, uten innsigelser, at det i dokumentet med forutsetningene til Bam-Van Oord c.s. står *Av den totale mengden sand kan man bytte ut omtrent 690 000 m3 sand fra kildene IJsselmeer eller sjøsand med materialer fra andre kilder.* Under saksbehandlingen har Bam-Van Oord c.s. sagt at det i første omgang var meningen at de skulle bruke sand fra IJsselmeer eller sjøsand, men at de i løpet av budsjettfasen bestemte seg for at de også ønsket å bruke sand fra andre kilder, som fra Nauerna og via mellomleverandøren Theo Pouw B.V. Denne forklaringen kan ikke komme dem til gode. Grunnen til dette er at formuleringen som ble brukt i tilbudet tydeliggjør at det dreier seg om sand eller andre materialer. Argumentet til Bam-Van Oord c.s. om at de med tittelen *alternativ* mente et alternativ for den tidligere forutsetningen om henting av all sanden fra IJsselmeer eller å bruke sjøsand er ikke holdbart. Det som Bam-Van Oord c.s. har opplyst i tilbudet, kan innen rimelighetens grenser ikke tolkes som "sand som kommer fra et annet sted". Bruken av benevnelsen *alternativt materiale for overbygning* og *kostnader alt. materialer* kan kun tolkes som "materiale som ikke er sand". Det at det også menes sand med de alternative materialene, kommer ikke frem noen steder. Det at det er inntatt i den økonomiske underbyggelsen at det vil brukes 690 000 m3 mindre sand for overbygningen, tyder heller til på det motsatte. I motsetning til det Bam-Van Oord c.s. hevder, kan man heller ikke se i den økonomiske underbyggelsen hva som er prisen på sanden, ettersom også prisen for det alternative materialet har blitt medberegnet i den samme prisen. Argumentet til Bam-Van Oord c.s. at man kunne se i prisen at det dreide seg om sand og ikke et annet materiale, er derfor ikke holdbart. Med bakgrunn i deltakerveiledningen gjelder det en ulovlig optimalisering som ikke kunne tas med i tilbudet på denne måten.

5.5.

Dette fører til konklusjonen at Bam-Van Oord c.s. ikke har kommet med en pris for leveringen og legging av 2 300 000 m3 sand. Dermed oppfyller ikke tilbudet dette kravet, noe som fører til at provinsen med rette kunne konkludere at tilbudet til Bam-Van Oord c.s. var ugyldig.

Fjerne sand fra arbeidsområdet

5.6.

Når det gjelder denne posten (post 105) argumenterer BAM-Van Oord c.s. at de har gitt en pris for å fjerne 930 000 m3 sand. BAM-Van Oord c.s underbygger dette med et ettersendt rettsdokument og forklarer at de kunne tilby lav pris per m3 fordi de kan avlevere en del av sanden på andre arbeidsområder i Amsterdam og også oppbevare en del i depotet og gjenbruke dette senere i dette oppdraget.

5.7.

Ut fra mengdeposten viser det seg at det skulle prises en mengde på 930 000 m3 i denne posten. Ut fra den økonomiske underbyggelsen til Bam-Van Oord c.s. viser det seg at 150 000 m3 av de foreskrevne 930 000 m3 ikke blir fjernet, men gjenbrukt i arbeidet. Argumentet til provinsen, som ikke har blitt motsagt, er at også dokumentet med forutsetningene til BAM-Van Oord c.s. forklarer at *av bakkematerialet som skal fjernes, kan ca. 150 000 m3 (dels) brukes som sand*. At Bam-Van Oord c.s., som de har utdypet under rettshøringen, først ville bringe 150 000 m3 til et depot utenfor arbeidsområdet og deretter bringe det tilbake til arbeidsområdet senere, vises ingen steder i tilbudet deres. Derfor har provinsens argument om at Bam-Van Oord c.s. har gitt en pris for å fjerne 930 000 -/- 150 000 m3 = 780 000 m3 bakkemateriale, vist seg å være riktig. Det fører til at tilbudet ikke oppfyller dette kravet, noe som fører til at provinsen med rette kunne konkludere at tilbudet til Bam-Van Oord c.s. var ugyldig.

Hard grunn

5.8.

Med hensyn til denne posten hevder Bam-Van Oord c.s. at provinsen urettmessig har påstått at Bam-Van Oord c.s. har opprettholdt veidekket av spesifiserte veideler i strid med to råd fra Grontmij.

5.9.

Det er fastslått at herdingsrådene til Grontmij utgjør en del av Vedlegg XVII til avtalen og dermed er forutsetninger som skal følges uendret av deltakerne. Argumentet til Bam-Van Oord c.s. om at Grontmij kun har gitt veiledende råd, og at det ikke kan oppfattes som et krav, blir derfor avvist.

I tilbudet har Bam-Van Oord c.s. som forutsetning at *veifundamentene og sykkelstifundamentene, som kan forbli som de er, er sterke nok.* Det er i strid med provinsens forutsetning om at veikonstruksjonen på de angitte veistrekningene har nådd slutten av levetiden sin, og at fundamentene trengs å byttes ut eller forsterkes. Den utdypende forklaringen som Bam-Van Oord c.s. har kommet med i begjæringen kan derfor ikke endre dette, ettersom den forklaringen ikke står i tilbudet og de forutsetningene som har blitt beskrevet der.

Funksjonell ERBI

5.10.

Angående denne posten hevder Bam-Van Oord c.s. at det gjelder en ny klage som provinsen ikke har nevnt tidligere, og at den derfor ikke skal tas i betraktning. Videre argumenterer Bam-Van Oord c.s. med at den funksjonelle ERBI ikke inneholder krav, men kun gjelder der hvor det spesifikt blir etterspurt i spørsmålsspesifiseringen. I tillegg hevder Bam-Van Oord c.s. at provinsen urettmessig kobler merknaden til Bam-Van Oord c.s. fra dokumentet med forutsetninger til kravet 1.1.7 og 1.1.18 av den funksjonelle ERBI, hvor Handboek Wegontwerp (Håndbok Veiutforming) ikke foreskrives.

5.11.

Ifølge brevet datert 19. desember 2013, slik som gjengitt under punkt 3.17, har merknadene som har blitt nedfelt i dette brevet om denne posten ikke blitt oppført som en ny klage, men er ment som en utdypende forklaring av konklusjonen om at tilbudet ikke oppfyller de stilte kravene på dette punktet. Det har ikke kommet frem at det er snakk om en ny klage. I tillegg viser det seg i dokumentet med forutsetninger til Bam-Van Oord c.s. at de håndhever de minimale avstandene som er beskrevet i "Handboek Wegontwerp", noe som er i strid med kravene til den funksjonelle ERBI. På dette grunnlaget kan man ikke konkludere med annet enn at tilbudet er ugyldig på dette punktet.

5.12.

Bam-Van Oord c.s. hevder generelt sett og mer spesifikt i henhold til de nevnte postene at da de underskrev på deltakelsesskjemaet, erklærte de at de har tatt med alle kostnadspostene, noe som selvsagt skal etterleves. Det at de uten videre har oppfylt alle kravene i anbudsdokumentasjonen og dermed har holdt seg til prisene som tilhører de oppgitte mengdene, kan ikke føre til at det motsatte skulle fremkomme i utarbeidelsen av postene. Derfor kan dette argumentet avvises. I motsetning til det som Bam-Van Oord c.s hevder, kan ufullkommenhetene på detaljnivå ikke tilsidesettes med kun den argumentasjonen at Bam-Van Oord c.s. har holdt seg til prisen på hovednivå. Hovednivåprisen er nemlig basert på det underliggende detaljbudsjettet, slik at eventuelle feil på detaljnivå også ville utgjøre en del av prisen på hovednivå. At Bam-Van Oord c.s. muligens har gitt en mer utbredt økonomisk underbyggelse enn det som var pålagt, gjør ikke dette annerledes.

5.13.

Den generelle påstanden til Bam-Van Oord c.s. om at provinsen har konkludert med ugyldighet uten at Bam-Van Oord c.s. har fått muligheten til å gi en forklaring om de antatte ugyldighetene, har vist seg å være uriktig ifølge korrespondansen som er nevnt under punkt 3.15 og 3.16.

5.14.

Det som har blitt vurdert her har til følge at kravene til Bam-Van Oord c.s. om at avgjørelsen datert 19. desember 2013 skal trekkes inn, blir avvist.

Krav om nytt anbud

5.15.

Bam-Van Oord c.s. legger til grunn for det subsidiære kravet om et nytt anbud at Heijmans har brutt bestemmelsen i deltakerveiledningen slik som nedfelt under 3.2 (nummer 1.1). Bam-Van Oord c.s. argumenterer med at Heijmans’ prosjektdirektør, [navn], tok kontakt per telefon med [navn] i provinsen angående anbudsprosessen 5 arbeidsdager før deltakerfristen. Bam-Van Oord c.s. argumenterer i tillegg med at Heijmans også tok kontakt med provinsen angående tilbudet til Bam-Van Oord c.s. etter deltakelsesfristen.

5.16.

Det er fastslått at Heijmans, ved hjelp av [navn], tok kontakt med [navn] i provinsen per telefon én gang angående anbudet. I følge forklaringen som provinsen ga under den muntlige forhandlingen, har [navn] sagt til [navn] at han ikke kunne ta telefonisk kontakt med han, og at måten som var beskrevet i deltakerveiledningen var den eneste riktige. I tillegg er det fastslått at [navn] har sendt en e-post, slik som tidligere beskrevet i punkt 3.8, hvoretter [navn] har svart på vegne av provinsen slik som gjengitt under 3.9.

5.17.

Det er ingenting å utsette på e-postutvekslingen, ettersom den første beskjeden var sendt til den foreskrevne adressen og kontaktpersonen, og den beskjeden ble besvart av den samme kontaktpersonen. Selv om [navn] ikke hadde lov til å ta kontakt med [navn], ettersom det ikke var i samsvar med det som er inntatt under 1.1 i deltakerveiledningen, har provinsen avgjort at utestenging av Heijmans ville være uforholdsmessig. Ut fra formuleringen av retten til utestengning følger det at beslutningen om utestengning er en skjønnsmessig beslutning av provinsen. Når man går ut i fra det som har blitt vurdert her, kunne provinsen rimeligvis ta denne beslutningen i dette tilfellet.

5.18.

I tillegg har provinsen med rette argumentert at utestengning av Heijmans aldri ville ha ført til et nytt anbud, men at den neste i rekken ville ha blitt invitert til konkretiseringsfasen, slik at kravet om et nytt anbud heller ikke kan gis medhold på dette grunnlaget.

5.19.

Bam-Van Oord c.s. har ikke underbygget godt nok at kravene som stilles i anbudsdokumentene ikke er tydelige og transparente nok, eller at provinsen opptrer vilkårlig, slik at påstandene til Bam-Van Oord c.s. heller ikke kan føre til at kravet om et nytt anbud kan gis medhold.

5.20.

Kravet om et forbud mot (videre) utføring av avtalen som provinsen har inngått med Ooms om de forberedende aktivitetene kan heller ikke gis medhold. Bam-Van Oord c.s. har ingen interesse i det kravet, ettersom tilbudet til Bam-Van Oord c.s. med rette har blitt erklært ugyldig på grunnlag av de andre avviste kravene. I tillegg tilbakeviser provinsen at oppdragstildelingen er i strid med anbudsforskriftene, og derfor har Heijmans ingen innvendinger mot de forberedende aktivitetene som har blitt utført av Ooms.

5.21.

Dette fører til at de øvrige kravene til Bam-Van Oord c.s. også avvises.

5.22.

Dette fører til at Heijmans med rette har intervenert i denne saken. Dette innebærer samtidig at Heijmans ikke (lenger) har noen interesse i tilvisningen av kravene sine, slik at disse avvises.

5.23.

Bam-Van Oord c.s. vil som tapende part bli dømt til å betale saksomkostningene. Til tross for avvisningen av kravene til Heijmans, må Bam-Van Oord c.s i forhold til Heijmans likevel anses som den tapende parten og vil Bam-Van Oord c.s. derfor også dømmes til å betale saksomkostningene til Heijmans.

Kostnadene til provinsen og Heijmans blir begge for seg anslått til ca.:

- rettsgebyr € 608,00

- advokatsalær € 816,00

Totalt € 1424,00

5.24.

Tilleggskostnadene som har blitt krevet av provinsen vil også bli tilvist slik som heretter gjengitt.

**6 Avgjørelsen**

Dommeren i den midlertidige forføyningen

6.1.

fastslår at vilkårene for å tillate Dura Vermeer c.s. som tredjeperson ikke ble oppfylt.

6.2.

avviser kravene,

6.3.

dømmer Bam-Van Oord c.s. til å betale saksomkostningene, for provinsen estimert til € 1 424,00 frem til nå, og tillegges renter i henhold til paragraf 6:119 BW etter den femtende dagen etter kunngjøringen av denne dommen, helt til hele beløpet har blitt betalt. For Heijmans er dette beløpet estimert til € 1 424,00.

6.4.

Bam-Van Oord c.s. dømmes i tillegg til å betale provinsens saksomkostninger; € 131 i advokatsalær, som skal økes med € 68 i advokatsalær for kunngjøringen dersom beløpet ikke har blitt betalt innen 14 dager.

6.5.

Dommeren erklærer denne dommen som rettskraftig når det gjelder betalingen av saksomkostningene.

Denne dommen er avsagt av dommer Th. S. Röell og offentlig kunngjort med tilstedeværelse av sekretæren A.R. ten Berge den 21. mars 2014.[**1**](http://uitspraken.rechtspraak.nl/inziendocument?id=ECLI:NL:RBNHO:2014:2536#_3c355396-fd3b-4a5d-8ae0-0960d615e43f)

1Conc.: 802

**ECLI:NL:RBNHO:2014:5633**

Permanent link:


Instans

Tingretten i Den Haag

Dato dom

07-05-2014

Dato publisering

10-06-2014

Saksnummer

C-09-462426

Rettsområde

Privatrett

Spesielle kjennetegn

Midlertidig forføyning

Innholds-indikasjon

Anbud. Oppdraget var - selv om det var foreslått - ikke endelig tildelt til saksøker enda. Oppdragsgiveren har lov til å trekke inn en tildelingsintensjon på grunnlag av egen undersøkelse eller reaksjoner fra andre deltakere, også etter at karensperioden har utløpt. Dersom det viser seg i ettertid at den tidligere tildelingsintensjonen ikke har blitt gjort i samsvar med anbudsdokumentene, må hensynet til den (opprinnelig) vinnende deltakeren vike for det lovfestede prinsippet om lik behandling av alle deltakerne.

Lovhenvisninger

[Aanbestedingswet 2012](http://wetten.overheid.nl/cgi-bin/deeplink/law1/bwbid%3DBWBR0032203)
[Aanbestedingswet 2012 2.129](http://wetten.overheid.nl/cgi-bin/deeplink/law1/bwbid%3DBWBR0032203/article%3D2.129)

Nettsted:

Rechtspraak.nl
JAAN 2014/132 med kommentar av T.H. Chen

**Dom**

**Tingretten i Den Haag**

Team Handel - dommer i midlertidig forføyning

saksnummer: C/09/462426 / KG ZA 14/325

**Avgjørelse i midlertidig forføyning datert 7. mai 2014**

i saken mellom

det private selskapet med begrenset ansvar

**[A] Signs & Safety B.V.,**

etablert i Zoetermeer,

saksøker,

advokat H. Eijer i Zoetermeer,

mot:

det offentligrettslige organet **(Waterschap) Hoogheemraadschap van Rijnland,**

etablert i Leiden,

saksøkte,

advokat M.W. Huijbers i Woerden,

med intervensjon av:

det private selskapet med begrenset ansvar

**De Vlieg Techniek B.V.,**

etablert i Lisse,

advokat E.H. Bakker i Utrecht.

Partene blir heretter omtalt som "[A]", "het Hoogheemraadschap" og "De Vlieg".

**1 Hendelsen som ligger til grunn for intervensjonen**

De Vlieg har søkt om intervensjon i saken mellom [A] og het Hoogheemraadschap. Under den muntlige forhandlingen den 23. april 2014 meddelte [A] og het Hoogheemraadschap at de ikke har noen innvendinger mot intervensjonen. De Vlieg har deretter blitt akseptert som tredjepart ettersom selskapet har sannsynliggjort at det har tilstrekkelig egeninteresse i saken. Videre er det ikke påvist at intervensjonen står i veien for kravet om hurtig saksgang ved midlertidig forføyning og den gode prosesskikken generelt sett.

**2 Sakens faktum**

På grunnlag av de foreliggende dokumentene og de muntlige forhandlingene under saksbehandlingen den 23. april 2014 tas det utgangspunkt i følgende.

2.1.

Het Hoogheemraadschap utlyste den 4. oktober 2013 et europeisk anbud for anskaffelse av sikkerhetsskilting i vannrenseanlegg for avløpsvann på 18 steder. I brev datert 4. oktober 2013 inviterte het Hoogheemraadschap firmaer til å levere inn tilbud på dette oppdraget. I brevet (heretter: veiledningen) står det blant annet:

***1.3 Best Value Procurement***

*Het Hoogheemraadschap i Rijnland har valgt å legge stor vekt på kvalitet i tillegg til pris, for å avgjøre hvilken deltaker som skiller seg mest ut. Het Hoogheemraadschap bruker metodikken i Bast Value Procurement (...) til dette.*

*Evalueringen under tildelingsfasen skjer i to trinn. I det første trinnet leverer deltakerne inn et antall dokumenter. Med disse dokumentene viser deltakerne hvilken visjon de har og hvordan de vil utføre oppdraget. Det er et bevisst valg at omfanget av disse dokumentene skal være begrenset, ut fra tanken om at en "ekspert" forstår hele oppdraget og trenger lite tekst for å forstå det vesentligste. I det andre trinnet, som finner sted etter vurderingen av dokumentene, vil oppdragsgiveren avholde intervjuer med deltakernes nøkkelpersoner. I hvilken grad nøkkelpersonene forstår oppdraget og tilbudet sitt og kan lede prosjektet, er nemlig veldig viktig for å kunne prestere maksimalt i utføringen.*

*Etter at disse to trinnene er avsluttet, kan man på grunnlag av tilbudsprisen og informasjonen fra disse to trinnene samlet avgjøre hvilket tilbud som er det økonomisk mest gunstige. Med den deltakeren (den angivelige oppdragstakeren) blir den såkalte konkretiseringsfasen gjennomgått. I den fasen skal den angivelige oppdragstakeren dokumentere at han vil levere den kvaliteten som han har lovet, innen den oppgitte tidsplanen og tilbudsprisen.*

*(...)*

3.4

***Øvrige vilkår***

*(...)*

*b) Oppdragsgiveren forbeholder seg retten til ikke å ta tilbudet under behandling dersom tilbudet/dokumentene som har blitt levert inn av deltakerne ikke oppfyller kravene i den foreskrevne anbudsprosedyren.*

*(...)*

*f) Enhver interessent som ikke er enig med beslutningen, skal begjære en midlertidig forføyning ved tingretten i Den Haag innen maksimalt 20 dager etter at beslutningen ble kunngjort. (...)*

*Dersom det ikke har blitt begjært en midlertidig forføyning innen 20 dager etter tilsending av beslutningen, kan de avviste deltakerne ikke lenger komme med innvendinger, og de har mistet sine klagerettigheter. . Oppdragsgiveren er i det tilfellet også fri til å gå videre i anbudsprosessen i henhold til den foreløpige tildelingen og vil inngå en avtale med den angivelige oppdragstakeren.*

*(...)*

5.2

***Dokumenter som skal leveres inn med hensyn til prisen (konvolutt 1)***

*Deltakerne skal levere inn følgende dokumenter i konvolutt 1 sammen med tilbudet sitt:*

5.2.1

***Tilbudspris***

*Deltakeren skal oppgi en tilbudspris med en spesifikasjon av kostnadspostene. Tilbudsprisen for utføringen av det totale oppdraget skal være basert på informasjon som finnes i det totale tilbudet.*

*(...) Tilbudsprisen (eks. mva) skal ikke være høyere enn maksprisen som het Hoogheemraadschap i Rijnland har satt for utføringen av dette oppdraget.* ***Maksprisen har blitt satt til € 300 000 (eksklusiv mva).***

*(...)*

6.1

***Vurderingsprosedyren***

*Oppdraget blir tildelt på grunnlag av tildelingskriteriet "det økonomisk mest gunstige tilbudet" (EMVI), og man benytter seg av "Best Value Procurement-metodikken".*

*Hvilken deltaker som har det økonomisk mest gunstige tilbudet blir avgjort i henhold til de følgende tildelingskriteriene:*

1. *1. Kostnader / Tilbudspris (lavere enn maksprisen) (25 %)*

2. *2. Kvalitet (75 %)*

*● Prestasjonsunderbyggelsen 20 %*

*● Risiko- og merverdivurdering (RAVA, Risk Assessment, Value Added Plan) (25 %)*

*● Intervjuer (30 %)*

*Tilbudet med den laveste fiktive tilbudsprisen er det økonomisk mest gunstige tilbudet. Den fiktive tilbudsprisen er deltakerens tilbudspris minus det fiktive fratrekket for kvalitetskriteriene (prestasjonsunderbyggelsen, risiko- og merverdivurdering, tidsplan og intervjuer).*

*(...)*

6.3

***Tildelingskriterier og vektleggingsfaktorer***

*Alle tilbudene som leveres inn, blir sammenlignet med hverandre ved hjelp av tildelingskriteriene nedenfor og den tilhørende poengfordelingen.*

*(...)*

6.5

***Gyldighetsvurdering av tilbudene***

*Tilbudsprisen vil vurderes i henhold til den såkalte "maksprisen" til oppdragsgiveren: Tilbud som har en tilbudspris som er høyere enn eller lik maksprisen, blir lagt til side. Denne vurderingen skjer av personer som er ansatt ved het Hoogheemraadschap i Rijnland, men ikke tilhører prosjektgruppen. Prosjektgruppen mottar denne informasjonen etter at intervjuene har blitt evaluert.*

*(...)*

7.1

***Avgjørelse om hva som er det økonomisk mest gunstige tilbudet***

*Deltakeren med den laveste fiktive tilbudsprisen, har det økonomisk mest gunstige tilbudet. Dersom den økonomiske underbyggelsen oppfyller kravene, kvalifiserer deltakeren til tildelingen av oppdraget.*

*Oppdragsgiveren sender skriftlig beskjed til alle deltakerne om hvem som er den vinnende deltakeren, og som går videre til konkretiseringsfasen. Før endelig tildeling kan oppdragsgiveren, dersom det er ønskelig, bruke verifiseringsfasen til for eksempel å etterprøve verifiserbar informasjonen angående utføringen og tilbudsprisen.*

*(...)*

*De ikke-utvalgte deltakerne har muligheten til å sende inn en klage mot avvisningen og/eller rangeringen i løpet av en periode på 20 kalenderdager. (...)*

7.2

***Tildelingsperioden - konkretiseringsfasen***

*Ved utsending av den (foreløpige) tildelingsintensjonen begynner samtidig konkretiseringsfasen. Denne fasen tar vanligvis 4 (til 6) uker og hensikten er å verifisere den angivelige oppdragstakerens tilbud.*

*(...)*

*Prosjektgruppen vurderer om den endelig innleverte handlingsplanen har den kvaliteten som den angivelige oppdragstakeren har oppgitt i tilbudet sitt (inkludert den oppgitte tilbudsprisen). Dersom oppdragsgiveren er av den oppfatning at den angivelige oppdragstakeren har dokumentert ved hjelp av den innleverte planen at han innfrir ovenstående og er i stand til å utføre oppdraget, vil oppdragstakeren tilbys en rammeavtale. (...)”*

2.2.

[A], De Vlieg og en tredjeperson, Gebr. [B] B.V. (heretter: [B]), leverte rettidig inn et tilbud.

2.3.

Het Hoogheemraadschap har kommet til at tilbudet til De Vlieg hadde et avvik på mer enn 10 % i forhold til det gjennomsnittlige tilbudet og har derfor blitt bedt om å komme med en utfyllende (økonomisk) underbyggelse.

2.4.

I brev datert 20. desember 2013 ga het Hoogheemraadschap følgende beskjed til De Vlieg:

*"I henhold til til prosedyren i det offentlige europeiske anbudet basert på Best Value-metodikken (Sikkerhetsskilting DIG-1034) kan jeg meddele at het Hoogheemraadschap i Rijnland har bestemt seg for å tildele oppdraget til [A] Sign & Safety og dermed ikke vil benytte tilbudet ditt.*

*Etter at tildelingskriteriene har blitt tilpasset, har det vist seg at tilbudet ditt ikke er det tilbudet som skiller seg mest fra de andre. Vi har vurdert tilbudet ditt i henhold til tildelingskriteriene som er beskrevet i anbudsveiledningen.*

*Kvalitetsdokumentene hadde en overveiende markant merverdi. Derimot manglet ofte det praktiske fundamentet og resultatinformasjon. Den økonomiske underbyggelsen ble ikke ansett som logisk og realistisk.*

2.5.

I brevets vedlegg, hvor det ble gitt en oversikt over vurderingene, står det blant annet:

*"I tillegg mangler kostnadene for en evakueringsplan, merking av rør og tanker og skiltingen rundt Atex-områdene (fermentering). Det er uklart hva kostnadene for vedlikehold er, noe som blir nevnt flere ganger."*

2.6.

I tillegg ga het Hoogheemraadschap skriftlig beskjed til [A] om følgende den 20. desember 2013:

*"Det er med glede at vi meddeler at het Hoogheemraadschap i Rijnland har intensjon om å tildele dere oppdraget i det europeiske anbudet om anskaffelse av sikkerhetsskilting.*

*(...)*

*Dersom det begjæres en privatrettslig midlertidig forføyning innen 20 kalenderdager angående tildelingsintensjonen, vil dommen i den midlertidige forføyningen avventes. Den dommen danner deretter grunnlaget for den videre beslutningsprosedyren hos het Hoogheemraadschap angående tildelingen.*

*Dersom det ikke begjæres en midlertidig forføyning innen 20 kalenderdager etter utsending av denne tildelingsintensjonen, vil oppdraget tildeles dere endelig. Etter tidsfristen på 20 kalenderdager vil het Hoogheemraadschap informere dere nærmere om avtalen som skal inngås."*

2.7.

De Vlieg har sendt inn en skriftlig klage til het Hoogheemraadschap om den foreløpige tildelingsbeslutningen den 30. desember 2013 og bedt om et møte angående forlengelse av karensperioden. Først ble møtet planlagt avholdt den 6. januar 2014, og det ble gitt en forlengelse av karensperioden på 7 dager. Møtet ble senere flyttet til 20. januar 2014. I et brev datert 14. januar 2014 ga het Hoogheemraadschap skriftlig beskjed til De Vliegs advokat om at karensperioden skulle forlenges til 31. januar 2014.

2.8.

30. januar 2014 begjærte De Vlieg midlertidig forføyning mot het Hoogheemraadschap .

2.9.

I brev datert 3. mars 2014 meddelte het Hoogheemraadschap følgende beskjed til [A]:

*"Rijnland har som en følge av den midlertidige tildelingsbeslutningen datert 20. desember 2013 mottatt to klager fra deltakeren De Vlieg Techniek c.s.*

*Rijnland konstaterer dessverre at det er uklarhet rundt prosedyren som skal følges ved Rijnlands evaluering av tilbudene (basert på Best Value Procurement-metoden). Derfor har De Vlieg Techniek c.s. sett seg nødt til å starte en midlertidig forføyningsprosess mot Rijnland.*

*På grunnlag av denne begjæringen fra De Vlieg Techniek c.s. har Rijnland undersøkt innholdet i klagen nærmere og kommet til konklusjonen at tilbudet fra De Vlieg Techniek c.s. ikke har blitt vurdert på riktig grunnlag.*

*(...)*

*Ved nærmere undersøkelse av vurderingen gjort av l Rijnlands evalueringskomite i seleksjonsfasen har Rijnland kommet til konklusjonen at den økonomiske delen i tilbudet fra De Vlieg Techniek c.s. likevel oppfyller kravene som er stilt i invitasjonen til seleksjonsfasen, og at det i seleksjonsfasen feilaktig er konkludert med at den økonomiske underbyggelsen ikke ble ansett som logisk og realistisk.*

*Rijnland skulle derfor ikke ha avvist De Vlieg Techniek c.s. i seleksjonsfasen med begrunnelse om at den økonomiske underbyggelsen ikke var god nok.*

*Konklusjonen er at Rijnland etter nærmere gjennomgang av vurderingen i seleksjonsfasen kommer frem til at De Vlieg Techniek c.s. hadde tilbudet som var økonomisk mest gunstig.*

*(...)*

*På dette grunnlaget trekker Rijnland inn den foreløpige tildelingsbeslutningen datert 20. desember 2013 (og dermed også de tilhørende avvisningsbeslutningene).*

*Samtidig meddeles herved at på grunnlag av det som har blitt beskrevet, blir tilbudet fra De Vlieg Techniek c.s. ansett som det økonomisk mest gunstige tilbudet, og Rijnland tildeler foreløpig oppdraget til De Vlieg Techniek c.s.*

2.10.

Samme dato ble det sendt et brev til De Vlieg med omtrent det samme innholdet.

**3 Tvisten**

3.1.

[A] krever:

prinsipalt:

at het Hoogheemraadschap ikke tar hensyn til De Vliegs klage, som er inntatt i begjæringen datert 30. januar 2014, opprettholder den foreløpige tildelingen datert 20. desember 2013 og tildeler oppdraget endelig til [A];

subsidiært:

at het Hoogheemraadschap forbys å tildele oppdraget endelig slik som opplyst i brevet datert 3. mars 2014 og pålegges å starte en ny anbudsprosess hvor [A] blir invitert til å levere inn et tilbud;

at dersom dette ikke skjer, idømmes det en tvangsmulkt.

3.2.

[A] argumenterer som følger. I vedlegget til brevet datert 20. desember 2013 sendt til De Vlieg kommer det frem at De Vlieg ikke har tilbudt evakueringsplan, markering av rør og tanker og skilting rundt Atex-områdene. Det er ifølge de gjeldende lover og regler og den såkalte "skilt-boken" påbudt på disse stedene, og det har blitt beskrevet i anbudsdokumentene. [A] har tilbudt de delene, slik at det ikke var mulig å utføre en god sammenligning mellom de to tilbudene, og derfor skulle het Hoogheemraadschap ha erklært tilbudet til De Vlieg ugyldig.

I veiledningen under paragraf 3.4 er det inntatt en karensperiode som gjelder for alle parter, og som er tydelig beskrevet og ikke til å misforstå som en absolutt tidsfrist. Dersom det ikke har blitt begjært en midlertidig forføyning innen 20 dager etter beslutningen, har eventuelle klagere mistet klageretten sin. Karensperioden er ment for at oppdragsgiveren og de øvrige deltakerne snarlig får klarhet rundt resultatene av anbudsprosessen. Også [A] har derfor som deltaker rettigheter i forbindelse med denne tidsfristen. I brevet datert 20. desember 2013 forklarte het Hoogheemraadschap hvorfor oppdraget ikke ble tildelt til De Vlieg. 9. januar utløp karensperioden. Det ble ikke begjært en midlertidig forføyning før den datoen. Het Hoogheemraadschap skulle derfor ha tildelt oppdraget endelig til [A]. Het Hoogheemraadschap hadde ikke rett til å fravike denne datoen ensidig ettersom denne datoen var fastlagt i veiledningen og [A] ikke hadde sagt seg enig i å fravike denne karensperioden. [A] var heller ikke informert om dette. Het Hoogheemraadschap har derfor endret vurderingen sin på grunnlag av en klage som ble levert inn for sent. I tillegg har den endelige tildelingen til [A] allerede funnet sted. I brevet datert 20. desember 2013 som er sendt til [A], står det nemlig at oppdraget skal tildeles [A] endelig dersom det ikke begjæres en midlertidig forføyning innen 20 dager. Dette vilkåret, som het Hoogheemraadschap selv har bestemt, har ikke blitt oppfylt.

Het Hoogheemraadschap har urettmessig innfridd De Vliegs krav og bestemt at tilbudsprisen fra [B] ikke skulle ha blitt tatt med i beregningen av den gjennomsnittlige prisen. Paragraf 6.3 i veiledningen tilser nemlig at *alle* de innleverte tilbudene skal sammenlignes med hverandre. De Vliegs tilbud fraviker derfor likevel gjennomsnittet med mer enn 10 %, slik at het Hoogheemraadschap kunne be om en begrunnet redegjørelse. Het Hoogheemraadschap hadde forøvrig også anledning til å etterspørre dette selv om tilbudsprisen hadde fraveket den gjennomsnittlige prisen med mindre enn 10 %. Deretter har het Hoogheemraadschap med rette vurdert at den økonomiske underbyggelsen fra De Vlieg ikke var grundig nok. Het Hoogheemraadschap hadde derfor ikke lov til foreløpig å tildele oppdraget til De Vlieg.

Ved at het Hoogheemraadschap nesten ikke videreformidlet noe av informasjonen til [A] som de fikk i diskusjonen med De Vlieg etter at karensperioden var utløpt, har [A] blitt urettmessig behandlet og skadet i sine interesser. Som en følge av disse handlingene må oppdraget legges ut for anbud på nytt slik at alle deltakerne kan bli vurdert på nytt med like sjanser.

3.3.

Het Hoogheemraadschap og De Vlieg har begrunnede tilsvar som skal behandles hvis nødvendig.

**4 Vurderingen av tvisten**

4.1.

[A] hevder først og fremst at tilbudet til De Vlieg skulle ha blitt lagt til side fordi noen lovbestemte deler mangler. Det argumentet holder ikke stand. [A] henviser for underbyggelsen av standpunktet sitt til vedlegget i brevet som ble sendt til De Vlieg den 20. desember 2013, slik som opplyst under 2.5. Ut fra dette vedlegget kan derimot ikke avledes at de nevnte elementene ikke har blitt tilbudt, men det blir kun opplyst at kostnadene for disse mangler. Het Hoogheemraadschap har under den muntlige forhandlingen bekreftet at disse delene har blitt tilbudt av De Vlieg.

4.2.

[A] hevder også at klagene fra De Vries angående den første tildelingsbeslutningen ble levert inn for sent og derfor ikke skulle ha blitt tatt til etterretning av het Hoogheemraadschap. Ifølge [A] hadde het Hoogheemraadschap ikke anledning til å endre beslutningen om tildelingen til [A] etter at karensperioden, som er beskrevet i veiledningen, hadde utløpt. Diskusjonen mellom partene dreier seg om (i) når karensperioden startet og (ii) om het Hoogheemraadschap hadde anledning til å forlenge denne perioden uten tillatelse fra [A]. Dommeren i den midlertidige forføyningen mener at oppdragsgiveren har lov til å trekke inn en tildelingsintensjon på grunnlag av egen undersøkelse eller reaksjoner fra andre deltakere, også etter karensperiodens utløp. Karensperioden er ment for å gi nok rettsbeskyttelse til de tapende deltakerne slik at de har nok tid til å sende inn en klage og begjære en midlertidig forføyning. Dette skal finne sted i en periode der det fortsatt er hensiktsmessig å gripe inn i anbudsprosessen. Dette medfører ikke at man etter karensperioden uten videre skal inngå en kontrakt med deltakeren som har fått oppdraget foreløpig tildelt. Det at den perioden er utløpt, gir kun rett til oppdragsgiveren om å tildele oppdraget endelig til den deltakeren som han ifølge den foreløpige tildelingen ønsker å utføre oppdraget med. Dersom det viser seg i ettertid at den tidligere tildelingsintensjonen ikke har blitt gjort i samsvar med anbudsdokumentene, slik som het Hoogheemraadschap og De Vlieg har argumentert for, må hensynet til den (opprinnelig) vinnende deltakeren vike for det lovfestede prinsippet om lik behandling av alle deltakerne.

4.3.

Med hensyn til standpunktet til [A] at oppdraget allerede hadde blitt tildelt endelig, blir det følgende vurdert. I utgangspunktet gir ikke den foreløpige tildelingen noen rettigheter til den vinnende deltakeren. I paragraf 2.219 til Aanbestedingswet 2012 [anbudsloven] står det nemlig at kunngjøringen av tildelingsbeslutningen av oppdragsgiveren ikke innebærer en aksept av et tilbud slik som ment i paragraf 6:217 (1) av Burgerlijk Wetboek [privatrett]. Selv om man kunne gå ut i fra at karensperioden har utløpt, blir likevel ikke en foreløpig tildelingsbeslutning automatisk endelig av den grunn. Dette kan være annerledes dersom oppdragsgiveren i løpet av anbudsprosessen har gitt annen informasjon som førte til at man har fått inntrykk av at man blir tildelt oppdraget endelig etter at karensperioden har utløpt. [A] hevder med rette at brevet datert 20. desember 2013 suggererer at den foreløpige tildelingen automatisk skal omgjøres til en endelig beslutning etter at de 20 dagene har gått. Derimot mener dommeren i den midlertidige forføyningen i likhet med het Hoogheemraadschap at man ikke er bundet til den - uriktige - formuleringen i brevet ettersom dette ville være i strid med prosedyren som er beskrevet i veiledningen. I veiledningen står det nemlig ettertrykkelig beskrevet at etter at den foreløpige tildelingsbeslutningen har blitt gjort kjent, og før det gjøres en endelig tildeling, kan det vinnende tilbudet vurderes i henhold til blant annet pris og om oppdraget kan utføres. Dette har for øvrig ingen sammenheng med spørsmålet om dette kan føre til et erstatningskrav mot het Hoogheemraadschap, men dette er ikke aktuelt i dette søksmålet.

4.4.

På grunnlag av alt dette skal det avgjøres om tildelingsintensjonen til het Hoogheemraadschap datert 20. desember 2013 er i strid med anbudsdokumentene og om het Hoogheemraadschap har korrigert uriktighetene i prosedyren med den nye tildelingsintensjonen. [A] påstår at det ikke er tilfellet og at man skal ta utgangspunkt i den første tildelingsintensjonen igjen. Partene strides først og fremst om spørsmålet om tilbudet fra [B] skulle ha blitt tatt med i beregningen av den gjennomsnittlige prisen. For den vurderingen er det viktig at tilbudsprisen fra [B] var høyere enn den såkalte maksprisen på € 300 000, --, noe som er fastslått. Paragraf 6.5 i veiledningen tilsier tydelig at et slikt tilbud skal bli lagt til side. Het Hoogheemraadschap har i første omgang tatt med tilbudsprisen til [B] i beregningen av den gjennomsnittlige prisen, og som en følge av dette har het Hoogheemraadschap konkludert at tilbudsprisen fra De Vlieg hadde et avvik på mer enn 10 % av den gjennomsnittlige prisen. Ifølge [A] var dette i tråd med veiledningens paragraf 6.3 at *alle* de innleverte tilbudene skal sammenlignes med hverandre på grunnlag av tildelingskriteriene. Dette argumentet følges ikke. En deltaker som er godt informert, hadde ikke kunnet forstå denne bestemmelsen, i kombinasjon med paragraf 6.5, annerledes enn at alle de *gyldige* tilbudene skulle sammenlignes med hverandre. Det at et tilbud blir lagt til side betyr nemlig ikke noe annet enn at det tilbudet blir utelukket fra deltakelse. En sammenligning av et ugyldig tilbud med andre tilbud er ikke mulig. En slik sammenligning har, slik som De Vlieg har påstått og som ikke har blitt motsagt, heller ikke funnet sted fordi det ikke har vært foretatt intervjuer med medarbeiderne til [B]. Det at het Hoogheemraadschap i første omgang tok med tilbudsprisen fra [B] ved en feiltakelse, har med rette blitt korrigert senere.

4.5.

[A] hevder også at - dersom man antar at De Vliegs tilbudspris ikke hadde hatt et avvik på mer enn 10 % av gjennomsnittet - hadde Hoogheemraadschap rett til å be De Vlieg om en økonomisk underbyggelse av sitt eget tilbud og skulle ha avvist med begrunnelsen at den økonomiske underbyggelsen ikke var grundig nok. Det standpunktet er heller ikke holdbart. Ut fra bestemmelsene i veiledningen følger det nemlig ikke at tilbudets økonomiske underbyggelse er et av tildelingskriteriene som avgjør om deltakeren har det økonomisk mest gunstige tilbudet. Det er heller motsatt, ut fra veiledningen følger det at - etter at den foreløpige tildelingsintensjonen har blitt gjort kjent - starter den såkalte konkretiseringsfasen. I denne fasen, hvor blant annet prisen undersøkes, vil det økonomisk mest gunstige tilbudet verifiseres. Ettersom [A] ikke har bestridt at De Vliegs tilbud var det økonomisk mest gunstige tilbudet ifølge beregningen som er nevnt i veiledningen, har het Hoogheemraadschap med rette bemerket dette tilbudet som det økonomisk mest gunstige tilbudet slik som beskrevet i brevet datert 3. mars 2014.

4.6.

Dette fører til konklusjonen at det primære kravet til [A] avvises. Det er heller ikke grunn til å pålegge en ny anbudsrunde slik som det har blitt krevet subsidiært. Det faktum at Hoogheemraadschap startet en diskusjon med De Vlieg etter 20. desember 2013 uten alltid å informere [A] om innholdet, gir ingen grunn for dette. Det har ikke vist seg at noen bestemmelser i anbudslovgivningen har blitt brutt. [A] blir, som tapende part, dømt til å betale saksomkostningene i denne saken både for het Hoogheemraadschap og De Vlieg.

**5 Avgjørelsen**

Dommeren i den midlertidige forføyningen:

- avviser kravet;

- dømmer [A] til å betale saksomkostningene i denne saken, frem til nå for henholdsvis het Hoogheemraadschap og De Vlieg på € 1.424,- hver, hvorav € 816,- i advokatsalær og € 608,- i rettsgebyr;

- erklærer denne dommen somrettskraftig når det gjelder betaling av saksomkostningene til De Vlieg.

Denne dommen er avsagt av dommer G.P. van Ham og offentliggjort den 7. mai 2014.

**ECLI:NL:RBNHO:2014:7938**

Permanent link:


Domstol:

Tingretten i Den Haag

Dom avsagt:

19.06.2014

Dom publisert:

04.08.2014

Saksnummer:

C-09-465139 - KG ZA 14-522

Rettsområde:

Privatrett

Spesielle kjennetegn:

Midlertidig forføyning

Sammendrag:

Begjæring om midlertidig forføyning i anbudsprosedyre. Kravet om å stanse tildelingen av oppdraget avvises. Saksøker gir en for snever fremstilling av vurderingen i konkretiseringsfasen om hvorvidt et anbud er levert inn i henhold til spesifikasjonene. I denne fasen skulle oppdragsgiveren ikke bare vurdere utarbeidelsen av handlingsplanen, men hele tilbudet inkludert prisene som ble tilbudt. I motsetning til det som saksøker påstår, har saksøker ikke levert inn et anbud som er i henhold til spesifikasjonene. Saksøker har ført kostnader under feil budsjettposter og utelukket visse kostnader i anbudet. Anbudet er derfor med god grunn utelukket fra videre deltakelse i anbudsprosessen.

Kilde:

Rechtspraak.nl
JAAN 2014/182

**Domsavsigelse**

**Tingretten i Den Haag**

Team Handel - dommer i sak om midlertidig forføyning

saksnummer: C/09/465139 / KG ZA 14-522

**Avgjørelse i sak om midlertidig forføyning av 19. juni 2014**

i saken mellom

**CGI Nederland B.V.,**

etablert i Rotterdam,

saksøker,

advokat G. ‘t Hart i Rotterdam,

mot:

den nederlandske staten, (Forsvarsdepartementet og Defensie Pijpleiding Organisatie ((DPO),

hjemmehørende i Den Haag,

saksøkte,

advokat J.E. Palm i Den Haag.

Partene blir heretter omtalt som "CGI" og "staten".

**1 Fakta**

På grunnlag av de foreliggende dokumentene og de muntlige forhandlingene under saksbehandlingen den 5. juni 2014 tas det utgangspunkt i følgende.

1.1.

Defensie Pijpleiding Organisatie (DPO) har, på vegne av staten, satt i gang en europeisk anbudsprosedyre. Anbudet gjelder inngåelse av en flerårig avtale om å levere, implementere og vedlikeholde et Pipeline Management System 2.0, heretter omtalt som "oppdraget". Tildelingskriteriet er det "økonomisk mest gunstige tilbudet". DPO bruker som operatør av et rørledningsnettverk med farlige stoffer et risikostyringssystem (Pipeline Management System (PMS). Det nåværende systemet er foreldet, og oppdraget har som målsetning å erstatte dette risikostyringssystemet. DPO har latt anbudet utføres at Pro 10 B.V., Partners in Procurement & Tendering i Den Haag, heretter "Pro 10".

1.2.

Anbudsprosedyren er nærmere beskrevet i "Anbudsveiledning Offentlig Europeisk Anbud: Pipeline Management System 2.0" datert 15. november 2013, heretter kalt "veiledningen". I veiledningen har følgende med relevans til saken blitt nedskrevet:

*“(…)*

4.2.1

*BPV-prosessen*

*(…)*

*Etter vurdering av tilbudene blir det foretatt en tildelingsbeslutning, og den såkalte "konkretiserings- og verifiseringsfasen" begynner. I denne fasen blir tilbudet verifisert, og deltakeren må dokumentere sine forklaringer. I denne fasen skal også, før oppdraget tildeles endelig, den potensielt vinnende deltakeren utarbeide forslaget og tidsplanen (se kapittel 1) i detalj i henhold til tilbudet.*

4.2.2

*Best Value Procurement for PMS 2.0*

*(…)*

*Deltakerne skal levere følgende informasjon* ***anonymt****:*

1. *En kort og god handlingsplan (oppdragsomfang);*
2. *En kortfattet beskrivelse av muligheter som kan tilføre merverdi for DPO (merverdivurdering);*
3. *En kortfattet beskrivelse av risiko og kontrolltiltakene (risikovurdering);*
4. *En tidsplan og kostnadsoversikt;*
5. *En profil av nøkkelpersonene som de bruker for oppdraget og som belyser oppdraget godt og som kan overbevise DPO ut fra ekspertisen om at handlingsplanen deres fungerer (intervjuene);*
6. *En pris for leveringen og implementeringen av PMS 2.0;*
7. *En pris for vedlikehold og administrasjon av PMS 2.0 (for en periode på 4 + 1+ 1 år);*
8. *Timepris for gjennomføringen av endringer på forespørsel av DPO.*

*(…)*

*Som en del av Konkretiseringsfasen skal deltakeren i samsvar med DPO levere inn følgende:*

1. *En funksjonell konstruksjon;*
2. *En fungerende demo-omgivelse;*
3. *En beskrivelse av den tekniske utformingen;*
4. *En detaljert tidsplan og oppgavefordeling rundt implementeringen;*
5. *En utarbeidet Service Level Agreement med resultatavtaler og KPI-er.*

*(…)*

*Dersom det viser seg at deltakeren ikke kan innfri løftene gitt i tilbudet i en detaljert og god handlingsplan, da fører dette til utelukkelse fra anbudsprosedyren, for deltakeren har da ikke levert det som ble tilbudt.*

*Dersom utarbeidelsen til den potensielt vinnende deltakeren oppfyller alle kravene, ikke fraviker fra tilbudet og det ikke er noen juridiske restriksjoner for en endelig tildeling, da vil oppdragsgiveren tildele oppdraget endelig.*

*(…)*

4.5

***Kvalitet: Ønsker og muligheter (merverdi)***

*(…)*

 *De totale kostnadene ved å innfri ønskene og å utnytte mulighetene skal ikke overstige oppdragsgiverens makspris (€ 495 000 eks. mva.). (...)*

4.9

***Pris***

*Prisen skal spesifiseres på 3 underdeler:*

1. *Prisen for levering og implementering av PMS 2.0 (under maksprisen);*
2. *Prisen for drift av PMS 2.0 i løpet av maksimalt 6 år (4+1+1)*
3. *Prisen for å benytte medarbeidere til å gjennomføre endringer på forespørsel fra DPO.*

*Slik som tidligere sagt håndteres det en makspris på grunnlag av prinsippet til Best Value Procurement.* ***Denne maksprisen gjelder kun for den delen av tilbudsomfanget som omhandler levering og implementering av PMS 2.0 inkludert ønske- og merverdivurderingen.*** *Dersom deltakeren leverer inn et tilbud med et høyere beløp, fører dette til at tilbudet utelukkes. (...)*

4.9.2

*Drift (Administrasjon og vedlikehold)*

*Deltakeren skal gi en fast pris for en fullstendig bruksklar og alltid tilgjengelig PMS 2.0 i en periode på maksimalt 6 år slik som beskrevet i tilbudsomfanget. Alle kostnadene skal være medberegnet, med unntak av kostnader for endringer som gjennomføres på forespørsel fra DPO. Prisene per år skal stå i forhold til arbeidsmengden som oppdragstakeren har i det aktuelle året. Det er altså ikke lov til å fremskyve kostnadene. Fordelingen skal være logisk og skal underbygges i verifiseringsfasen.*

*(…)”.*

1.3.

Blant dokumentene som skal leveres inn med tilbudet, skal det være en samsvarsliste hvor deltakeren skal forsikre om at han oppfyller hvert individuelle krav. Hvis dette mangler, vil tilbudet utelukkes. Det generelle kravet AE7 i samsvarslisten lyder: *"Systemet benytter seg av den nyeste programvaren, som støttes av oppdragstakeren, og skal ikke nå statusen "end of life" innen den maksimale perioden på 6 år".*

1.4.

I (minst) to veiledende notater har det blitt gitt svar på spørsmål fra mulige deltakere.

1.5.

Blant annet har CGI meldt seg på i tide for oppdraget. CGI har akseptert samsvarslisten. I tilbudet har CGI gitt en "Kostnadsoversikt over utvikling/implementering/administrasjon i paragraf 2, hvor de har opplyst at de vil ha € 10 500,- i opplæringskostnader for leveringen og implementeringen av PMS 2.0. Denne kostnadsposten har CGI skrevet i anførselstegn i kolonnen "implementering" og (et annet sted i tabellen) opplyst "beløp i anførselstegn er tatt med i administrasjonskostnadene".

Videre har CGI meddelt følgende av relevans i tilbudet:

*“(…)*

2.2.2

***Administrasjon***

*(…)*

*2. Tilpasset vedlikehold. Vi anbefaler at det settes opp en lanseringskalender for PMS 2.0. I lanseringskalenderen kan det tas med endringer som følger av forskjellige typer vedlikehold (korrigerende, preventive, adaptive). Tilpassede endinger er funksjonelle berikelser av PMS 2.0 og faller utenfor det opprinnelige omfanget.*

*3. I sammenheng med dette oppdraget blir GeoWeb 4.2 levert og implementert hos DPO. DPO får tilgang til nye versjoner av GeoWeb. Implementering av disse nye versjonene er ikke en del av oppdragsomfanget."*

1.6.I brev av 19. februar 2014 har Pro 10 gitt beskjed til CGI og de øvrige deltakerne at CGI hadde det økonomisk mest gunstige tilbudet og at man har intensjonen om å tildele oppdraget til CGI. I tillegg ble det gitt beskjed om at verifiseringsfasen og konkretiseringsfasen starter, og at den endelige tildelingen finner sted dersom disse fasene har blitt vurdert som tilfredsstillende, og det ikke er noen juridiske restriksjoner.

1.7.

I brev av 21. februar 2014 har Pro 10 invitert CGI til verifiserings- og konkretiseringsfasen. I dette brevet har følgende av relevans blitt omtalt:

*“(…)*

*I forbindelse med konkretiseringsfasen skal følgende dokumentasjon leveres:*

1. *En funksjonell konstruksjon;*
2. *En fungerende demo-omgivelse;*
3. *En beskrivelse av den tekniske utformingen;*
4. *En detaljert tidsplan og oppgavefordeling rundt implementeringen;*
5. *En utarbeidet Service Level Agreement med resultatavtaler og KPI-er.*

*Videre skal det leveres inn en omfattende og detaljert kostnadsoversikt for utvikling, implementering og drift (administrasjon og vedlikehold). I denne oversikten skal det gjøres et tydelig skille på kostnadene i tilbudsprisen knyttet til oppdragsomfanget, ønsker og muligheter på den ene siden og driftskostnadene utarbeidet per kontraktsår på den andre siden.*

*Ved ønskene og mulighetene skal det oppgis eksplisitt hvilke kostnader som påløper for DPOs regning. Man skal holde seg innen rammene som har blitt satt opp i anbudsdokumentene og rammene i eget tilbud.*

*Det skal gis en fullstendig oversikt over alle de nødvendige lisensene og tilhørende kostnader som er nødvendige for PMS 2.0, slik som beskrevet i oppdragsomfanget. Det skal opplyses om alle nødvendige lisenser, for eksempel FME-lisenser (som oppgitt under sjanser og muligheter, erstattet WION robot) som er nødvendige, og om kostnadene er tatt med i prisen. (...)".*

1.8.

29. februar 2014 bekreftet CGI skriftlig overfor Pro 10 at de vil levere inn de etterspurte dokumentene senest 21. mars 2014.

1.9.

26. mars 2014 ga staten beskjed til CGI per telefon at de etter en grundigere verifisering av tilbudet til CGI har konstatert at CGI har levert inn et ugyldig tilbud og derfor er utelukket fra deltakelse.

1.10.

Mellom partene står det fast at CGI har skrevet følgende til Pro 10/DPO i en e-post datert 1. april 2014 (som ikke er en del av rettsdokumentene):

*"CGI og Grontmij leverer herved inn et endret tilbud på administrasjonskostnadene til PMS 2.0 fra*

*€ 807 738 (6 år) til € 602 144 (6 år). Dette endrede tilbudet er basert på tjenesten slik som beskrevet i vedlagte Service Level Agreement. Som en følge av denne kostnadsreduksjonen vil administrasjonskostnadene for de kommende 6 årene komme på 20,3 % av prosjektkostnadene*

*(€ 495 000).*

*(…)*

*Vedlagt forklaring om reduksjon av kostnadene:*

*Når det gjelder underdelen: Administrasjon av lisenser*

*De nødvendige lisensene for å utvikle PMS 2.0 er:*

*(…)*

• *FME Desktop Professional Edition 2014 (ønske 1). CGI har gjort en feil her. Dersom DPO ønsker å bruke ønske 1, vil CGI ta disse lisenskostnadene for egen regning (...)".*

1.11.

3. april 2014 fant det sted en samtale mellom CGI og Pro 10/DPO, hvor den foreløpige utelukkingen av CGI har blitt utdypet. I brev av 4. april 2014 har Pro 10 gitt følgende beskjed av relevans til CGI:

*"(...) CGI har ikke kommet godt gjennom verifiseringsfasen og konkretiseringsfasen av diverse grunner. Grunnene utarbeider vi nedenfor her for dere.*

*Overskridelse av maksbeløp for administrasjon og implementering*

*(…)*

*Du har levert inn et tilbud med et beløp på nøyaktig € 495 000 (eksklusiv mva.), dermed når tilbudet ditt maksbeløpet. Under verifiseringsfasen og konkretiseringsfasen har det vist seg ut fra opplysningene som dere har gitt, at ikke alle kostnadene for realisering (og drift) av ønskene og mulighetene slik som beskrevet i tilbudsomfanget, har blitt tatt med. Kostnadene for FME-lisensen og WION-roboten (ønske 1) har ikke blitt tatt med av dere under ønskene. Vedlikeholdskostnadene har heller ikke blitt tatt med. I det andre notatet har det blitt stilt spørsmål rundt dette, og det har blitt gitt et eksplisitt svar at de kostnadene skal tas med i tilbudet.*

*Dette fører til at kostnadene i tilbudet ditt overstiger maksbeløpet, og at tilbudet ditt derfor skal utelukkes fra deltakelse i henhold til anbudsveiledningen. Videre viser det seg at dere tydeligvis har levert inn uriktig informasjon i tilbudet ditt. Ifølge punkt 4 av anbudsforskriftene (paragraf 2.2 i anbudsveiledningen) står det at sanksjonen er utelukking.*

*Utarbeidelse*

*(…)*

*DPO må konstatere at dette ikke har blitt gjort godt nok. DPO har til nå tre ganger etterspurt en kostnadsoversikt. Samtidig er utarbeidelsen til SLA og utvikling/implementering ikke bra nok. Uten å ha intensjonen om å gi en fullstendig oppsummering her, nevner vi et antall iøynefallende saker som har bidratt til DPOs beslutningen om ikke å tildele oppdraget til CGI. Det gjelder:*

a. *CGI sier at nye versjoner vil kostnadsberegnes i ettertid. Dette er i strid med anbudsveiledningen. Alle kostnadene for drift og administrasjon skal falle innenfor tilbudsprisen, utenom kostnader for endringer på forespørsel fra DPO. (...). Dersom det kreves nye versjoner for å garantere funksjonaliteten, skal dette være medberegnet i prisen.*

*Kostnadene for levering og implementering og også drift er ikke detaljert underbygget, selv om vi har etterspurt dette flere ganger.*

*Ut fra den mottatte, meget begrensede kostnadsoversikten viser det seg at det er medberegnet kostnader for opplæring av medarbeiderne i driftsfasen, mens dette skulle være en del av implementeringen av systemet og derfor skulle ha blitt tatt med i tilbudsomfanget.*

*Utarbeidelsen av delene (...) av tilbudsomfanget er ikke akseptert. Utarbeidelsen av de følgende delene fra samsvarslisten er ikke akseptert (...)."*

1.12.

9. april 2014 ga Pro 10 skriftlig beskjed om den andre tildelingsintensjonen til DPO.

1.13.

I brev av 17. april 2014 protesterte CGI på den andre tildelingsintensjonen til DPO. I dette brevet ble følgende av relevans omtalt:

*“(…)*

*Ved den uforpliktende tilsendingen den 7. mars 2014 tok CGI derimot ved en feiltakelse med en kostnadspost knyttet til FME-lisensen for WION-roboten (ønske 1) i kostnadene for drift. DPO korrigerte denne feilen under en samtale den 26. mars 2014, uten at det fikk noen videre konsekvenser, derimot spør DPO senere (27. mars 2014) CGI om enda et tilpasset tilbud for drift. Først den 2. april 2014 kommer DPO tilbake til dette og da som grunn for avvisning.*

*(…)*

*Fordi de for høye kostnadene på € 807 739 for administrasjon og vedlikehold ble nevnt som viktigste grunn for avvisningen av DPO den 26. mars 2014, ble det avtalt at CGI kunne levere inn et nytt forslag for drift (administrasjon og vedlikehold) 27. mars 2014. CGI kom 1. april 2014 med et alternativt prisforslag for drift.*

*Helt uventet får CGI deretter den 2. april 2014 muntlig beskjed om at DPO ikke lenger ønsker å fortsette med CGI fordi "tilliten" ikke er tilstede for å gå videre til driftsfasen med CGI.*

*(…)*

*Kort sammenfattet vurderer DPO prisen på nytt vedrørende to aspekter, og hvilken vurdering som allerede har funnet sted ved den foreløpige tildelingen. I tillegg behandler DPO subjektive innholdsmessige argumenter som CGI har motsagt.*

*CGI kan derfor ikke akseptere vurderingen av konkretiseringsfasen gjort av DPO og ber DPO innstendig om å gjøre en ny vurdering av dokumentene som de har levert inn.*

*(…)”.*

1.14.

I brev av 23. april 2014 og 28. april 2014 ga Pro 10 beskjed til CGI om at forespørselen om en ny vurdering ikke blir innfridd, og at den andre tildelingsintensjonen forblir uendret.

**2 Tvisten**

2.1.

CGI krever at staten (DPO) forbys å tildele oppdraget til noen andre enn CGI, eller dersom oppdraget allerede er tildelt, at staten pålegges å stanse utføringen av oppdraget. Staten skal idømmes saksomkostningene med renter.

2.2.

CGI argumenterer som følger. I paragraf 4.2.1 og 4.2.2 i veiledningen er det bestemt at dersom det viser seg under konkretiseringsfasen at handlingsplanen ikke er i samsvar med tilbudet, skal dette tilbudet utelukkes fra deltakelse. Det er ingen andre grunner for utelukkelse. I brevet av 4. april 2014 nevnte Pro 10 derimot grunner for utelukkelse som ikke er tatt med i anbudsdokumentene. Prisene som ble tilbudt, kan ikke knyttes til innholdet i handlingsplanen og ble allerede vurdert før den første tildelingsintensjonen var gjort kjent. Pro 10 henviser også til det som er tatt med i veiledningen med hensyn til underdelen "kvalitet" som grunn for utelukkelse, men også dette var allerede blitt vurdert. Uten grunnlag i anbudsdokumentene var det ikke tillatt å utføre en fullstendig verifisering av tilbudet fordi det ville gi Pro10/PDO en for stor vurderingsfrihet. Derfor skulle det i konkretiseringsfasen kun vurderes om handlingsplanen var i samsvar med de stilte kravene. CGI har uforpliktet, på forespørsel fra Pro 10, gitt en omfattende og detaljert kostnadsoversikt. På grunnlag av anbudsdokumentene var dette ikke et krav, slik at kostnadsoversikten ikke kan vurderes som en selvstendig del. CGI har visstnok ved en feiltakelse tatt med lisenskostnadene for WION-roboten i denne kostnadsoversikten under posten "drift", men ettersom denne kostnadsoversikten ikke utgjør en del av tilbudet, kan det heller ikke resultere i en utelukking som en følge av dette. Det er heller ikke snakk om en overskridelse av maksprisen ettersom CGI ikke beregner ekstra kostnader. Det var heller ikke lov til vesentlig å redusere kostnadene for driftn. I tillegg var CGIs priser allerede vurdert, og CGIs tilbud var allerede erklært gyldig. I motsetning til det som staten har argumentert med, er kostnadene for implementeringen av nye versjoner for korrigerende og preventivt vedlikehold tatt med i den tilbudte prisen. Tilpassede endringer som ikke er nødvendige for å tilfredsstille de nåværende kravene for PMS 2.0, faller utenfor oppdragsomfanget og faller inn under "merarbeid". I kostnadsoversikten har CGI satt visse opplæringskostnader i anførselstegn under posten "implementering" fordi disse kostnadene visstnok skal betales under administrasjonsfasen og utgjør en del av administrasjonskostnadene, men arbeidsoppgavene som henger sammen med dem, blir dels allerede utført i implementeringsfasen. Arbeidsoppgavene endres dermed ikke, og disse kostnadene faller derfor heller ikke innenfor maksprisen.

I brevet av 4. april 2014 har kun del d sammenheng med måten som CGI har utarbeidet tilbudet på, men grunnen til at den utarbeidelsen ikke er tilfredsstillende, blir ikke underbygget av Pro 10. Den ubegrunnede beskjeden om at utarbeidelsen av noen deler av tilbudsomfanget og samsvarslisten ikke aksepteres, anses som utilstrekkelig. CGI har oppfylt samsvarskriteriet, og det er derfor ikke rom for utelukkelse fra deltakelse i anbudsprosessen.

2.3.

Statens tilsvar behandles så fremt nødvendig.

**3 Vurderingen av tvisten**

3.1.

Mellom partene er det en tvist om staten er forpliktet til å tildele oppdraget til CGI, slik som CGI har påstått, og staten har motsagt.

3.2.

CGIs standpunkt er at staten bare kunne vurdere CGIs tilbud på samsvarsdelen, og ikke lenger på pris og kvalitet, i konkretiseringsfasen. Denne delen av vurderingen hadde ifølge CGI allerede blitt fullført før tildelingsintensjonen. Dommeren kan ikke se seg enig i dette standpunktet. Ut fra paragraf 4.2.1 i veiledningen kommer det frem at "konkretiseringsfasen og verifiseringsfasen" begynner etter at tildelingsbeslutningen har blitt tatt, og at deltakeren skal levere inn dokumentasjon for sine tidligere forklaringer. Den foreløpig vinnende deltakeren skal utarbeide forslaget og tidsplanen detaljert i henhold til tilbudet. I tillegg viser paragraf 4.2.2 i veiledningen at oppdraget tildeles endelig dersom den foreløpige vinnerens utarbeidelse er tilstrekkelig, den ikke avviker fra tilbudet og det ikke er noen juridiske restriksjoner. Den påståtte begrensede vurderingen av tilbudet som er foreslått av CGI, nemlig kun delen om samsvar, er derfor ikke holdbar. Dette betyr at det i konkretiseringsfasen ikke bare skal være en vurdering av utarbeidelsen av handlingsplanen, men hele tilbudet, inkludert prisene som har blitt tilbudt. Dette siste er enda viktigere ettersom det i invitasjonen datert 21. februar 2014 også blir bedt om en detaljert kostnadsoversikt over utvikling, implementering og drift av PMS 2.0. CGI bekreftet i brev av 28. februar 2014 at de vil levere denne kostnadsoversikten. I motsetning til det som CGI hevder, er det ikke grunnlag for å hevde at staten har vurdert tilbudet på et annet grunnlag enn det som er oppgitt i anbudsdokumentene. Det har derfor heller ikke vist seg at tilbudet har blitt utelukket på et annet grunnlag enn det som er oppgitt i anbudsdokumentene.

3.3.

I tillegg har CGI bestridt at de ikke har oppfylt samsvarskravene. Først og fremst hevder de at lisenskostnadene som er knyttet til WION-roboten, som har blitt tilbudt under ønske 1, (kun) ved en feiltakelse har blitt tatt med under kostnadene for drift. I e-post av 1. april 2014 har de tilbudt selv å ta på seg disse kostnadene dersom DPO ønsker å bruke denne roboten. Dommeren mener at staten på dette punktet ikke har sannsynliggjort hvorfor maksprisen hadde blitt overskredet dersom CGI hadde tatt med disse lisenskostnadene under administrasjonskostnadene slik som beskrevet i anbudsdokumentasjonen, ettersom CGI har levert inn et tilbud som er på nøyaktig maksprisen på € 495 000. I samsvar med det som er bestemt i paragraf 4.9 i veiledningen fører dette til utelukkelse fra deltakelse. Tilbudet til CGI i e-posten datert 1. april 2014 endrer ikke dette, ettersom CGI da likevel ikke har tatt med alle administrasjonskostnadene i tilbudet sitt, noe som er foreskrevet i anbudsdokumentene.

3.4.

CGI har også argumentert for at staten urettmessig har inntatt standpunktet at CGI ikke har tatt med kostnadene for implementeringen av nye utgaver med hensyn til korrigerende og preventivt vedlikehold i tilbudsprisen. Ut fra det generelle kravet AE7 i samsvarslisten og ut fra paragraf 4.9.2 i veiledningen følger det at alle kostnadene for fullstendig klargjøring for bruk og drift av PMS 2.0 i en periode på maksimalt 6 år skal være medberegnet i tilbudet, med unntak av såkalte "endringer". I paragraf 2.2.2 under 3 av tilbudet har CGI derimot beskrevet at DPO har tilgang til de nye utgavene av GeoWeb, og at implementeringen av de nye utgavene ikke er en del av oppdragsomfanget. I tillegg har staten i denne sammenhengen argumentert for at konseptet for Service Level Agreement som ble innsendt i verifiseringsfasen, viser at CGI har planer om å beregne kostnader for de nye versjonene i ettertid. Dette har ikke blitt motsagt. Dermed kunne staten ifølge dommeren med rette gå ut fra at de nye versjonene ikke utgjør en del av tilbudet til CGI og dermed har staten kunnet vurdere at tilbudet til CGI heller ikke oppfyller kravene i anbudsdokumentene på dette punktet.

3.5.

Til slutt mener dommeren at staten på riktig grunnlag har argumentert for at CGI urettmessig har tatt med visse opplæringskostnader for drift, mens disse kostnadene skulle ha blitt tatt med under kostnadene for levering og implementering. CGI har på dette punktet argumentert for at de har planer om å involvere forvalterne av PMS 2.0 i utviklingen av PMS 2.0 forut for administrasjonsfasen, slik at de blir fortrolige med PMS 2.0 og ikke er uforberedt når administrasjonsfasen begynner. Derimot, nå som det er fastslått at kostnadene for kunnskapsdeling ifølge CGI påløper ved realisering/implementering av PMS 2.0, hadde CGI ikke anledning til å medberegne disse kostnadene i prisen for drift, sett i lyset av det som er foreskrevet i paragraf 4.9 av veiledningen og det at det gjelder en makspris for kostnadene knyttet til levering og implementering.

3.6.

Dette fører til konklusjonen at staten har utelukket tilbudet til CGI fra (videre) deltakelse på riktig grunnlag og at kravene fra CGI avvises. CGI vil, som tapende part, bli dømt til å betale saksomkostningene, og (delvis betinget) til å betale tilleggsomkostninger.

**4 Avgjørelsen**

Dommeren:

- avviser kravene;

- dømmer CGI til å betale saksomkostningene i denne saken, frem til nå for staten estimert til

€ 1 424, hvorav € 816 i advokatsalær og € 608 i rettsgebyr. Dette beløpet skal økes med renter fra den femtende dagen etter domsavsigelsen;

- CGI dømmes i tillegg til å betale tilleggsomkostninger; estimert til € 131 i advokatsalær, som skal økes med € 68, dersom beløpet ikke blir betalt innen 14 dager;

- erklærer at denne dommen er rettskraftig når det gjelder betaling av saksomkostningene;

- avviser alt det øvrige.

Denne dommen er avsagt av dommer G.H.I.J. Hage og offentliggjort den 19. juni 2014.

**ECLI:NL:RBNHO:2015:5028**

Permanent link: http://deeplink.rechtspraak.nl/uitspraak?id=ECLI:NL:RBZWB:2015:5028

Instans

Tingretten i Zeeland-West-Brabant

Dato domsavgjørelse

29.07.2015

Dato publisering

29.07.2015

Saksnummer

C/02/301183 / KG ZA 15-397

Rettsområde

Privatrett

Spesielle kjennetegn

Midlertidig forføyning

Innholds-indikasjon

Anbud på tilrettelagt transport til fritidsreiser i kommuner i Zeeland, Grossmans tilsvar, ingen sammenslåing av oppdrag, begrunnelse for tildelingsintensjonen, anbudet endres ikke.

Lovhenvisninger

[Aanbestedingswet 2012](http://wetten.overheid.nl/cgi-bin/deeplink/law1/bwbid%3DBWBR0032203) (Anbudsloven 2012)
[Aanbestedingswet 2012 1.5](http://wetten.overheid.nl/cgi-bin/deeplink/law1/bwbid%3DBWBR0032203/article%3D1.5) (Anbudsloven 2012 1.5)
[Aanbestedingswet 2012 1.9](http://wetten.overheid.nl/cgi-bin/deeplink/law1/bwbid%3DBWBR0032203/article%3D1.9) (Anbudsloven 2012 1.9)
[Aanbestedingswet 2012 2.130](http://wetten.overheid.nl/cgi-bin/deeplink/law1/bwbid%3DBWBR0032203/article%3D2.130) (Anbudsloven 2012 2.130)

Nettsted:

Rechtspraak.nl
JAAN 2015/196 med kommentar av E.E. Zeelenberg
JG 2015/48 med kommentar av M.E. Biezenaar

**Domsavgjørelse**



Domsavgjørelse

**TINGRETTEN i ZEELAND-WEST-BRABANT**

Handelsrett

Breda

Saksnummer: C/02/301183 / KG ZA 15-397

**Avgjørelse i sak om midlertidig forføyning datert 29. juli 2015**

Mellom

det private selskapet med begrenset ansvar

**TRANSVISION BV**,

etablert i Gorinchem,

saksøker,

advokat P.F.C. Heemskerk i Utrecht,

og motpart

1.

**MIDDELBURG KOMMUNE,**

etablert i Middelburg,

2.

**VEERE KOMMUNE,**

etablert i Veere,

3.

**VLISSINGEN KOMMUNE,**

etablert i Vlissingen,

saksøkte,

advokat U.T. Hoekstra,

og

det private selskapet med begrenset ansvar

**HALA ZEELAND BV,**

etablert i Middelburg,

intervenerende part

advokat M.W.J. Jongmans i ’s-Hertogenbosch,

Partene vil heretter omtales som Transvision, kommunene og HALA.

**1. Prosessen**

1.1.

Prosessens forløp fremgår av:

* -

stevningen datert 26. juni 2015 med vedlegg 1 til og med 15,

* -

kravet til kommunen datert 10. juli 2015 med vedlegg 1 til og med 5,

* -

brevet til HALA datert 15. juli 2015 med forespørsel om intervensjon og vedlegg 1,

* -

brevet til Transvision datert 16. juli 2015 med vedlegg 16 til og med 20,

* -

den muntlige forhandlingen den 17. juli 2015,

* -

prosesskrivet fra Transvision,

* -

prosesskrivet fra kommunene,

* -

prosesskrivet fra HALA.

1.2.

HALA har søkt om intervensjon, subsidiært om felles behandling av saken sin med kommunenes sak. HALA krever at tingretten avsier en kjennelse om midlertidig forføyning slik at:

1. Kravene til Transvision erklæres ugyldige, i det minste at begjæringen avvises;
2. Kommunene pålegges å opprettholde tildelingsintensjonen til HALA som i brev av 4. juni 2015, og dermed tildele oppdraget til HALA; og at Transvision blir dømt til å betale saksomkostningene.

1.3.

Transvision og kommunene meddeler at de erklærer seg enige i dommerens avgjørelse.

Dommeren mener at intervensjonen, basert på uttalelsene, egner seg bedre til å behandles sammen med kommunenes sak enn som en selvstendig intervensjon. HALA tillates derfor en felles behandling av saken sammen med kommunenes sak.

1.4.

Domsavgjørelse har blitt avsagt.

**2 Tvisten**

2.1.

Transvision krever – oppsummert - at tingretten avsier en kjennelse om midlertidig forføyning slik at:

Prinsipalt:

at tildelingsintensjonen datert 4. juni 2015 trekkes inn, og at oppdraget legges ut for anbud på nytt;

Subsidiært:

at tildelingsintensjonen datert 4. juni 2015 trekkes inn og at oppdraget tildeles Transvision;

 Ytterligere subsidiært:

at tildelingsintensjonen datert 4. juni 2015 trekkes inn, og at tildelingsintensjonen datert 4. juni 2015 får en riktig og tilstrekkelig begrunnelse;

At det i alle tilfeller skal pålegges en tvangsmulkt på € 100 000, og at kommunene dømmes til å betale saksomkostningene.

2.2.

Kommunene og HALA kommer med tilsvar.

2.3.

Partenes krav blir drøftet.

**3. Sakens bakgrunn**

3.1.

På grunnlag av de uimotsagte påstandene og prosesskrivene blir det tatt utgangspunkt i følgende faktum:

1. Kommunene kunngjorde på TenderNed den 2. april 2015 en europeisk offentlig anbudsprosess for innkjøp av "Tjenester for spesiell persontransport over land" (heretter kalt oppdraget).
Det var mulig å stille spørsmål frem til 24. april 2015. Deltakelsesfristen var den 18. mai 2015 klokken 12.
2. Både Direktiv 2014/24/EU og Aanbestedingswet 2012 (Aw) [Anbudsloven 2012] er gjeldende for denne anbudsprosessen.
3. Kapittel 2 i Anbudsdokumentet lyder:
*"2.1 Oppdragsomfanget*
*Det gjelder Wmo-transport [Wmo = Lov om offentlig støtte] (såkalt tilrettelagt transport til fritidsreiser), elevtransport, gym- og svømmetransport, transport for sosialklienter, taxi fra bussholdeplass til bussholdeplass og valgfri transport til og fra psykiske ungdomshelsetjenester og spesialbarnehager (for klienter i de deltakende kommunene).* *Under kontraktstiden kan målgrupper eller transportstrømmer tilføyes eller frafalle, på grunnlag av endringer i politikken eller lovgivningen. Dette blir tidsnok kommunisert til transportøren. Regien utgjør ikke en del av dette anbudet. I tillegg til å ha regien, foreskriver GVC også hvilke typer kjøretøy som skal brukes.*
*Oppdraget inneholder kun utføringen av transporten på grunnlag av tidsplanen til Gemeentelijke Vervoercentrale (GVC) [den kommunale transportsentralen]. (…)*
*2.2 Nåværende situasjon*
*(…)*
*I den nåværende situasjonen har kommunene Vlissingen, Veere og Middelburg en avtale med flere transportører for de forskjellige transportstrømmene. Hver transportør tar seg av oppdraget, planlegging og kontroll av sine egne kjøretøy.*
*(…)”.*
4. Tildelingskriteriet er det "økonomisk mest gunstige tilbudet" ("EMVI").
De følgende delkriteriene for tildelingen gjelder:

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| Tildelingskriterium  | Kvalitetsverdi | Minimumscore |
| Krav nøkkelperson / CV  | Ingen  | 6 |
| Handlingsplan, risiko- og merverdivurdering- - Kvalitet tjenesteyter € 3,75- - SROI € 1,25- - Miljøvennlighet, lokale bedrifter o.l. € 1,25- Totalt  | € 6,25 | 6 |
| Intervju | € 6,25 | 6 |
| Totalt | € 12,50 |  |

De nevnte tildelingskriteriene blir verdsatt som følger:

|  |  |
| --- | --- |
| Vurderingspoeng  | Prosentandel av den maksimale kvalitetsverdien |
| 10 | + 100% | (Meget godt - maksimal merverdi) |
| 8 | + 50% |  |
| 6 | Nøytral (ingen merverdi) |
| 4 | - - 50% | (Utilstrekkelig) |
| 2 | - - 100% | (Dårlig) |

Evalueringskomiteen gir hvert tildelingskriterium en poengsum, som beregnes ved å gange den prosentandelen som tilhører poengsummen med den maksimale kvalitetsverdien som kan oppnås for det kriteriet. Ved å redusere tilbudsprisen med kvalitetsverdien oppstår den "fiktive tilbudsprisen". Deltakeren med den laveste fiktive tilbudsprisen kvalifiserer seg som EMVI – økonomisk mest gunstig.

19. april 2015 ga [navn X] på vegne av de Nationale Moboliteitscentrale (NMC) beskjed til kommunene i en e-post at han ikke er enig i oppsettet av anbudet fordi kommunen har slått sammen transportstrømmer både geografisk og innholdsmessig, uten at dette er verken logisk eller ansvarlig, i alle fall har de ikke delt opp det sammenslåtte oppdraget i deler/områder. I tillegg har NMC stilt spørsmål om den direkte tildelingen av regi-oppdraget til GVC. Disse innvendingene har NMC enda en gang gjort kjent for kommunene via en beskjed på TenderNed 23. april 2015.

Kommunene ga et sammendrag av innvendingen til NMC i den veiledende kunngjøringen datert 1. mai 2015 med følgende reaksjon:

***"Spørsmål 3:***

*Det dreier seg om ulike typer transportstrømmer, nemlig behovsavhengig transport og faste reiseruter. En sammenslåing av disse forskjellige transportoppdragene er derimot ikke tillatt ifølge kommisjonen av anbudseksperter (råd nr. 182). Transportstrømmer har kun nok sammenheng til å kunne slås sammen i ett oppdrag dersom personene som skal transporteres, tilhører både den ene og den andre målgruppen. Det dreier seg her om fem transportstrømmer. Er det ikke nødvendig at det legges ut fem individuelle transportoppdrag for anbud?"*
***Svar gitt: 01.05.2015***
*Ifølge § 1.5 av anbudsloven skal tjenesteoppdrag som legges ut for anbud, ikke slås sammen unødvendig. Dette oppdraget er lagt ut på anbud for å innhente pristilbud på det å stille transportmidler med sjåfør tilgjengelig for transport av målgruppene. Det dreier seg altså om leie av transportmidler med sjåfør, som blir inndelt og styrt av Gemeentelijke Vervoercentrale Zeeland BV (GVC) [den kommunale transportsentralen]. Det dreier seg her ikke om et oppdrag om å styre en transportstrøm, og enda mindre en sammenslåing av forskjellige oppdrag for å styre forskjellige typer transportstrømmer. Oppdraget er altså annerledes enn oppdragene som det var snakk om i råd 182, fordi det der ble lagt ut oppdrag på anbud for transportører av forskjellige målgrupper.*
*Oppdragene til kommunene i Walcheren er like. De tre kommunene i Walcheren har slått sammen oppdragene sine fordi Walcheren er ett sammenhengende transportområde. De aller fleste transportbevegelsene finner sted innenfor dette området. Via GVC er det garantert at transportbevegelsene er koordinert med hverandre, slik at det sikres en effektiv bruk av de tilgjengelige kjøretøyene i dette området. Derfor er det nødvendig å slå sammen disse oppdragene."*

NMC kom med seks nye klager via TenderNed den 11. mai 2015 når det gjelder tildelingssystemet som ble brukt i anbudsprosessen, blant annet to klager når det gjelder evalueringssystemet som kommunene bruker.

Transvision leverte inn tilbudet sitt den 13. mai 2015 sammen med underentreprenører.

Den 18. mai 2015 sendte Taxicentrale Middelburg klage om anbudet til kommunene via TenderNed.

26. mai 2015 fant intervjuet med kommunene sted slik som beskrevet i anbudsdokumentet, hvor herr R. van der Veer (nøkkelperson) og herr B. Luijk (driftsleder) var til stede på vegne av Transvision.

I brev av 3. juni 2015 avviste kommunene via advokat klagene til Taxicentrale Middelburg.

I brev av 4. juni 2015 sendte kommunene beskjed til Transvision om at de planlegger å tildele oppdraget til HALA Zeeland B.V., og kommunene ga en utdypende forklaring om vurderingen av tilbudet til Transvision.

Kommunene ga beskjed til Transvision via e-post den 15. juni 2015 at de endte på tredje plass i vurderingen. Kommunene informerte Transvision om at forskjellen mellom tilbudet deres og det vinnende tilbudet utgjør mer enn 25 %.

Transvision kom i brev av18. juni 2015 med følgende klager til kommunene: uoversiktlig evalueringssystem, unødig sammenslåing av forskjellige transportstrømmer, uriktig og ufullstendig begrunnelse av den foreløpige tildelingsbeslutningen og manglende Waadi-sertifikater.

På forespørsel fra Transvision fant en evalueringssamtale sted mellom Transvision og kommunene den 22. juni 2015. 24. juni 2015 besvarte kommunene klagene til Transvision.

Transvision la også fram klagene sine for Kommisjonen av Anbudseksperter. Kommisjonen av Anbudseksperter har sagt at de ikke kan komme med en beslutning før Karensperioden er forbi, og ba kommunene om å forholde seg til Karensperioden slik at kommisjonen kan ta en endelig beslutning som kommunene kan ta i betraktning. Kommunene ønsket ikke det.

**4 Vurderingen**

4.1.

Transvision legger til grunn for kravene sine at kommunene med dette anbudet handlet i strid med paragrafene 1.9 og 1.5 Aw ved å benytte seg av et uoversiktlig evalueringssystem og urettmessig slå sammen delene av oppdraget. Disse to urettmessighetene hver for seg og samlet tilsier at oppdraget bør legges ut på anbud på nytt. Transvision legger også ned påstand om at kommunene har handlet i strid med paragraf 2.130 Aw ved å gi en uriktig og ufullstendig forklaring om evalueringen sin. Til sist og subsidiært legger Transvision ned påstand om at kommunene har tildelt oppdraget til en deltaker som ikke oppfyller det lovbestemte kravet om å være Waadi-registrert (Wet allocatie arbeidskrachten door intermediairs). Tilsvaret fra HALA blir behandlet sammen med tilsvaret fra kommunene, ettersom sakene behandles samlet.

4.2.

*Tilsvar Grossmann*

4.1.2.

Kommunene og HALA fører som mest tungtveiende argument at Transvision har mistet retten til å påberope uregelmessigheter i anbudsprosessen. De har henvist til rettspraksis i kjølvannet av dommen i EF-domstolen av 12. februar 2004, Grossman Air Service, sak C-230/02. Transvision bestrider at de var for sene med klagene sine.

4.2.2.

Dommeren forutsetter at Grossman-dommen og den påfølgende rettspraksisen først og fremst vektlegger at man kan forvente en pro-aktiv holdning hos den deltakende entreprenøren for at anbudsprosessen skal være effektiv. Dersom en deltaker signalerer utydeligheter eller ufullstendigheter i anbudsprosessen i et stadium hvor disse fortsatt kan gjøres ugjort, skal han gi beskjed om det i det aktuelle stadiet. Man kan forvente av en deltaker at han klager på prosessen eller tildelingskriteriene som håndteres i et stadium hvor disse fortsatt kan korrigeres med minst mulig konsekvenser for den videre anbudsprosessen.

4.2.3.

Ifølge HALA har Transvision via advokat først kommet med klagene sine til kommunene i brev av 18. juni 2015. Transvision var av den mening at de kunne slutte seg til spørsmålene som tidligere er blitt stilt av NMC og Taxicentrale Middelburg. Muligens har Transvision involvert disse tredjepersonene som underentreprenører fordi de innså (for sent) at de ikke hadde opptrådt pro-aktivt. Det å slutte seg til andres spørsmål er derimot ikke lov. Derfor bør konklusjonen ifølge HALA være at det eneste relevante rettssubjektet for vurdering av Grossmann-tilsvaret, deltakeren, ifølge europeisk rettspraksis har mistet retten til å klage ved først å klage den 18. juni 2015.

4.2.4.

Dommeren er av den oppfatning at kommunene har oppfattet klagene fra NMC via e-post den 19. april 2015 og via TenderNed 23. april 2015 som klager som kom fra Transvision. Det samme gjelder for klagene som har blitt sendt inn av Taxicentrale Middelburg. På grunn av dette mener dommeren at Transvision kan slutte seg til klagene fra NMC og Taxicentrale Middelburg, så fremt disse kan anses å ha blitt gjort i tide. Klagene som ble sendt inn 19. og 23. april 2015, mot geografisk og innholdsmessig sammenslåing av transportstrømmene av kommunene er gjort i tide.

Nå som det tydeligvis er uklarheter hos Transvision om anbudsprosessen hadde det, sett i lyset av det som er vurdert under 4.2.2., vært logisk at de hadde reagert tidligere i prosessen. NMC stilte derimot først i brev av 11. mai 2015 utdypende spørsmål, og deretter sendte Transvision inn tilbudet sitt 13. mai 2015, uten å avvente kommunenes svar på spørsmålene som var stilt av NMC. Det har ikke blitt påvist at Transvision sendte inn tilbudet sitt den 13. mai 2015 under protest og/eller forbehold. Ettersom tidsfristen for deltakelse var 18. mai 2015 og det derfor ikke var noen grunn for Transvision å sende inn tilbudet allerede 13. mai 2015, kunne kommunene gå ut i fra at det tydeligvis ikke var nødvendig for dem å avvente svarene på spørsmålene. Spesielt ettersom det i brevet datert 11. mai 2015 ikke ble bedt om svar før slutten av deltakelsesfristen 18. mai 2015.

På dette grunnlaget mener dommeren at Transvision har mistet retten til å klage på punktene som ble levert inn av NMC i brev datert 11. mai 2015. Det samme gjelder for klagene fra Taxicentrale Middelburg som først klaget 18. mai 2015 etter at deltakelsesfristen var utløpt, med unntak av klagen fra Transvision datert 18. mai 2015 som gjelder begrunnelse for vurderingen. Den er ikke sendt inn for sent fordi begrunnelsen først ble gjort kjent for Transvision etter avvisningsbrevet datert 4. juni 2015.

4.3.

*Påstand om ulovlig sammenslåing av oppdrag*

4.3.1.

Transvision har begrunnet påstandene sine med at det både er snakk om et geografisk og innholdsmessig ulovlig sammenslått oppdrag fordi kommunene ikke har gitt en rasjonell forklaring for sammenslåingen. Transvision mener at det er snakk om en sammenslåing av flere oppdrag for utføringen av transport på grunnlag av GVCs planlegging og påstår at paragraf 1.5 Aw krever at en sammenslåing av oppdrag skal begrunnes av oppdragsgiveren i anbudsdokumentene.

Transvision henviser til Kommisjonen av Anbudseksperter som bruker betegnelsen "oppdrag som er vesentlig forskjellige" i sine råd. Slike oppdrag har så avvikende generelle kjennetegn at disse oppdragene skiller seg på vesentlige punkter. Ifølge Transvision er det også tilfellet her fordi kommunene leter etter en partner som kan stille kjøretøyer med sjåfører til disposisjon for regional Wmo-transport, elevtransport, gym- og svømmetransport, Wsw-transport, bussholdeplass-taxi og (frivillig) transport til og fra psykiske ungdomshelsetjenester og spesialbarnehager. Ifølge Transvision skiller de generelle kjennetegnene til disse forskjellige transportstrømmene seg fra hverandre på viktige punkter, nemlig: målgruppene, når transportør innkalles og transportmidlene som skal brukes. Ifølge Transvision har erfaring vist at transportstrømmen til unge elever med alvorlige begrensninger ikke kan kombineres med andre transportstrømmer, verken transporttype eller logistikk. I tillegg blir det ingen andre steder i Nederland lagt ut anbud med en kombinasjon av to eller flere av disse transportstrømmene.

4.3.2.

Kommunene fører som tilsvar at de ser oppdraget i anbudet som ett homogent oppdrag, nemlig et oppdrag om å stille et transportmiddel med en egnet sjåfør til rådighet. I det nye oppsettet er det GVCs oppgave å planlegge når de forskjellige kjøretøyene skal brukes, slik at disse transportstrømmene håndteres riktig. Transportøren som det skal inngås kontrakt med, har derfor ingenting med denne planleggingen å gjøre. Transportøren skal stille kjøretøyer tilgjengelig som deretter blir satt inn i en tidsplan av GVC, slik at GVC kan betjene transportstrømmen. Det er litt annerledes enn det tidligere oppsettet, for transportøren trenger ikke lenger å bry seg med planlegging av en transportstrøm. I det endrede oppsettet hvor regien blir lagt til GVC, og transportørene kun skal kjøre på henvisning av denne sentralen, kan sluttresultatet bli 14 % billigere og kvalitativt også bedre, ved at for eksempel den samme sjåføren som kjører elever om morgenen kan kjøre de samme elevene til sportsaktiviteter på ettermiddagen.

4.3.3.

Dommeren er av den oppfatning at kommunene i svaret på spørsmål 3 i den veiledende kunngjøringen, her gjengitt under f i faktadelen, har begrunnet godt nok hvorfor det innholdsmessig ikke er snakk om sammenslåtte oppdrag, ettersom kommunene ikke ønsker å kjøpe inn regi-arbeid.

Det har blitt begrunnet godt nok at kommunene har valgt et endret oppsett hvor regien ikke lenger blir lagt ut for anbud, men blir utført selv av kommunene via GVC. Nå som det er tydelig at det altså ikke blir innvilget et regioppdrag, kan det ikke være snakk om en sammenslåing av regioppdrag.

Det er derfor ikke sannsynlig at det er snakk om en ulovlig sammenslåing av transportstrømmer. I motsetning til det som Transvision påstår, er det ikke snakk om en sammenslåing av reisende fra forskjellige transportstrømmer i ett transportmiddel. Kommunene har utdypet at det er meningen at et transportmiddel som først blir brukt til for eksempel elevtransport, deretter for eksempel brukes til WMO-transport, og at det derfor er snakk om en sekvensiell kombinasjon. Tatt i betraktning hvilke minstekrav som stilles til sjåførene i tilbudsforespørselen, må man kunne gå ut i fra at en sjåfør som er egnet til å transportere unge, sårbare elever, også er egnet til for eksempel å transportere gamle mennesker innen WMO-transport. Det er sannsynlig at også kjøretøyene som kreves, er egnet til dette.

Det har derfor ikke blitt sannsynliggjort at oppdraget burde ha blitt delt i to fordi det ikke er mulig å kombinere de forskjellige transportstrømmene i henhold til type og logistikk, slik som Transvision påstår. Kommunene har begrunnet godt nok at det ikke er nødvendig å dele opp disse. De har sagt at reisende fra begge transportstrømmene kan transporteres etter hverandre av den samme sjåføren og det samme kjøretøyet, og at det derfor ikke er nødvendig å inngå to forskjellige kontrakter for transportøren som stiller kjøretøyet for elevtransporten tilgjengelig, og den som stiller kjøretøyet for WMO-transporten tilgjengelig. Det dreier seg om den samme type transportmiddel og den samme, egnede sjåføren med de nødvendige sosiale ferdighetene.

4.3.4.

Konklusjonene er at kommunene ikke har slått sammen forskjellige oppdrag i det nye oppsettet, men at det er snakk om ett oppdrag. Det kreves ingen begrunnelse for det oppdraget. Det er opp til kommunene selv å velge et nytt oppsett hvor de selv, via GVC, har regien når det gjelder transportplanleggingen. Kommunene har begrunnet valget ved å hevde at de med den sentrale regien via GVC vil unngå at ledig kapasitet brukes til andre kunder. De vil også unngå at oppdragstakeren lager en plan hvor noen reisende må vente i timevis i taxi eller buss fordi det først skal avleveres andre passasjerer. Kommunene sier at dette skjer i den nåværende situasjonen, og at det er en uønsket situasjon.

4.3.5.

Kommunene erkjenner at det er snakk om en geografisk sammenslåing. Dommeren mener at kommunene har begrunnet godt nok under 3.1 bokstav f i svaret på spørsmål 3 i faktadelen hvorfor det er snakk om en "geografisk sammenslåing" av oppdrag. Nemlig fordi den geografiske sammenslåingen garanterer at transportbevegelsene henger sammen i et begrenset transportområde, og at man dermed kan sikre en effektiv bruk av kjøretøyene.

4.4.

*Begrunnelse av tildelingsintensjonen.*

4.4.1.

Transvision påstår at kommunene i strid med paragraf 2.130 Aw ikke har begrunnet tildelingsintensjonen riktig og tilstrekkelig ved kun å oppsummere et par positive og negative stikkord. Det har ikke blitt tydeliggjort for Transvision hvorfor kommunene mener at rollefordelingen mellom nøkkelpersonen, driftslederen og elevtransport-koordinatoren er utydelig og har blitt betraktet som et negativt element i vurderingen. Transvision skjønner heller ikke hvorfor GVCs rolle ikke er tydelig for dem, hvorfor tilbudet har for lite lokalt preg og hvorfor de kun har fått poengsummen "6" under "levedyktighet lokale entreprenører". Til sist sier Transvision at begrunnelsen som har blitt gitt av kommunene når det gjelder intervjuet, er utillatelig subjektiv, ettersom tydeligvis "følelse" spiller en stor rolle i denne vurderingen.

4.4.2.

Kommunene og HALA motsier at tildelingsintensjonen ikke eller i utilstrekkelig grad inneholder grunnlaget for beslutningen. De punktene som Transvision nevner, skal drøftes punktvis, hvor det gås nærmere inn på punktene til de forskjellige partene hvor det er nødvendig. Dommeren vil da ta utgangspunkt i sitatene som står i stevningen, ettersom Transvision har valgt å utelate brevet til kommunene datert 4. juni 2015 som en del av saksdokumentene.

Det dreier seg om de følgende sitatene fra kommunenes brev til Transvision datert 4. juni 2015:

*"Utdypende forklaring kvalitet*
*Jobbe positivt med mentorer, ha oppmerksomhet for opplæring, vurdering av foreldre, rådgivning. Negativ ved nødsituasjoner, lange linjer, rolle nøkkelpersoner, avdelingsleder og koordinator elevtransport utydelig, det virker som om det er et hull mellom elevtransport og øvrige, plan for å bli kjent uke 32c stemmer ikke, tilbudet viser at de ikke har skjønt rollen til GVC, klager går til hovedkontoret. Risikoene viser at de ikke har skjønt rollen til GVC, ikke ekstra valgmuligheter i henhold til stilte krav om oppringningsservice). Muligheter er det lite av, og nesten ikke tilpasset den lokale situasjonen i Zeeland.*

*Begrunnelse SROI Positiv 35 % er ambisiøs. Men tvil om realisering, underbyggelse mangler.*

*Begrunnelse levedyktighet, lokale entreprenører o.l.*
*Positiv 70 % grønn gass, Eco drive, CO2 nøytral. Negativ: ved store forespørsler ved underentreprenører.*

*Utdypende forklaring intervju*
*Positiv kunderettet, er flink til å oppgi merverdi, innovativ bruk av dukke.*
*Negativ følelse at det er aversjon mot GVC. SROI-delen er ikke overbevisende / ingen underbyggelse, kan ikke forklare hva de vil gjøre konkret for SROI, kan ikke svare godt på spørsmål om SROI, driftsleder og nøkkelperson er ikke den samme personen, eksempler fra Valys og ikke rettet mot målgruppen / markedet i Zeeland, mange ord lite innhold, de sier andre ting enn det som står i tilbudet (f.eks. i nødstilfelle ringer sjåføren direkte til GVC)."*

4.4.3.

Dommeren har kun en begrenset vurderingsfrihet når det gjelder de kvalitative kriteriene. Og de som vurderer dette, må ha en viss frihet i utførelsen. Dommeren vil derfor kun utføre en tilbakeholden overprøving av vurderingen av de kvalitative kriteriene. Det er viktig at kommunene har formulert de kvalitative kriteriene slik at det er tydelig for en deltaker hvilke kriterier han skal oppfylle, at tilbudet blir vurdert ifølge et så objektivt system som mulig og at tildelingsbeslutningen er formulert så tydelig at det er mulig for de avviste deltakerne å se hvordan vurderingen har blitt utført.

4.4.4.

I kapittel 3.1.2. av tilbudsforespørselen har vurderingen av handlingsplanen og risiko- og merverdivurderingen blitt beskrevet slik:

*"3.1.2. Vurdering handlingsplan, risiko- og merverdivurdering*
*• Handlingsplanen; risiko- og merverdivurderingene blir vurdert i henhold til planene til de andre deltakerne.*
*• Vi leter etter den beste eksperten som viser at han er "eksperten" og altså en deltaker som er tydelig bedre de andre."*
*•*  Poeng 2 t.o.m. 10:
*• 2 står for: "dårlig"; negativ merverdi, ingen ekspert; ønsker vi ikke å jobbe med";*
*• 10 står for: "høy kvalitet absolutt den beste eksperten, vil vi gjerne ha som partner"*
*• Utgangspunktet er stadig en nøytral "6". Kun handlingsplaner, risiko- og merverdivurderinger som er betydelig bedre får et høyere poeng.*
*• Det dreier seg IKKE om hvilken handlingsplan, risiko- og merverdivurdering som er minimalt bedre: forskjellene må være betydelige. Det er opp til deltakeren å vise at "de kan det".*
*• Dersom de ikke kan det, da får de en nøytral vurdering."*

4.4.5.

Kommunene har som tilsvar at det dreier seg om at deltakeren angir hvilke løsninger han tilbyr når anbudet er lagt ut ifølge metodikken av prestasjonsinnkjøp eller Best Value Procurement. Deltakeren er eksperten, og han skal tydeliggjøre for kommunene hvordan han vil utføre dette oppdraget suksessfullt på grunnlag av ekspertisen sin. Konkurrentenes tilbud viser at de har tilbudt en merverdi. Et eksempel gjelder foreldresamtalene. Det er foreskrevet at man skal ha en bli-kjent-samtale med foreldrene til elevene som skal transporteres før skoleåret begynner. En av deltakerne har fremmet ideen om å ha et foreldremøte i løpet av skoleåret slik at foreldrene kan gi tilbakemeldinger om transporten, og at man eventuelt kan gjennomføre forbedringer i utføringen av oppdraget på grunnlag av denne informasjonen. Et eksempel som en annen deltaker har oppgitt i handlingsplanen sin, er å bruke en fast vikar dersom sjåføren er syk. Kommunene påstår at denne typen forslag ofte vises i tilbudene til andre deltakere, men at de ikke kan si alt for mye om dette.

Selv om loven sier at de kjennetegnene som gjør at vinneren skiller seg fra de andre deltakerne, skal nevnes, og at kommunene dels har gjort det ved å gi meget få eksempler, men loven sier også at konfidensialiteten til de andre tilbudene skal bevares.

4.4.6.

Det er opp til Transvision å vise i handlingsplanen og risiko- og merverdivurderingen sin at og hvorfor de tilbyr merverdi i forhold til de andre deltakerne. Transvision sier i denne sammenhengen at de ikke skjønner at kommunene har gitt merverdivurderingen deres en negativ vurdering. Transvision har kommet med en idé om å transportere bevegelseshemmede personer fra Zeeland til flere steder i hele landet via offentlig transport.

Kommunene har som tilsvar at denne ideen til Transvision ikke er relevant for oppdraget i dette anbudet fordi transport utenfor denne regionen ikke er en del av oppdraget. De forklarer at kostnadene for denne typen transport faller inn under en annen lovbestemmelse, nemlig Valys og sier at Valys-transport ikke nevnes i bokstav 2.1 i anbudsdokumentet hvor omfanget til oppdraget blir beskrevet.

Dommeren mener at en normalt opplyst og oppmerksom deltaker kunne ha skjønt at Valys-transporten ikke utgjør en del av oppdraget på grunnlag av det som er beskrevet i kapittel 2.1 av anbudsdokumentet. Det er derfor selvsagt at muligheten som Transvision tilbyr ved å transportere bevegelseshemmede personer fra Zeeland til andre steder i landet, ikke tilføyer en merverdi.

4.4.7.

Transvision hevder videre at de ikke skjønner at handlingsplanen deres forårsaker forvirring når det gjelder nøkkelpersonen eller driftslederen. De forklarer at de har beskrevet i handlingsplanen at elevtransportkoordinatoren er ansvarlig for kommunikasjonen mellom skolene, foreldrene og sjåførene, og samtidig er kontaktperson for sjåførene for eventuelle spørsmål om elevtransporten. De sier at det er beskrevet tydelig i handlingsplanen at driftslederen er den som velger personalet, og at han samtidig er ansvarlig for vurderingen av sjåførene dersom det kommer klager. Videre er han kontaktperson for sjåførene for alle transportstrømmer, utenom elevtransporten. Nøkkelpersonen er den faste kontaktpersonen for kommunene, som beskrevet i tilbudsforespørselen.

Kommunene hevder at nøkkelpersonen ikke er beskrevet i Transvisions handlingsplan og at de derfor ikke kunne vite på hvilken måte de ville oppfylle kravene som beskrevet i tilbudsforespørselen. Nøkkelpersonen virker ikke å ha en rolle hos Transvision. I alle fall er ikke denne rollen som sluttansvarlig blitt beskrevet tydelig nok ifølge kommunene. Kommunene hevder at dette heller ikke har blitt tydeligere under intervjuene. Av det kunne avledes at dersom en bil som blir brukt til elevtransport er ødelagt, er det elevtransport-koordinatoren som man skal ta kontakt med, men tydeligvis skal man også ta kontakt med driftslederen dersom den samme ødelagte bilen skal brukes til en annen type transport. Dette sammen med beskjeden om at denne lederen sitter like rundt hjørnet på kontoret som består av 3 rom, at det ikke må gjøres vanskeligere enn det er, og at bildet av at 87 mennesker holder på med å ordne transporten ikke er riktig fordi det ikke dreier seg om veldig vanskelig matematikk.

Dommeren slår fast at det under 2.11 i anbudsdokumentet blir beskrevet at nøkkelpersonen skal være den første kontaktpersonen og er ansvarlig fra A til Å når det gjelder daglig ledelse og utføring. Dommeren er enig med kommunene om at denne rollen ikke er beskrevet i handlingsplanen til Transvision, hvor nøkkelpersonen tydeligvis ikke er beskrevet. Kommunene kunne dermed med rette komme til den konklusjonen at det ikke er tydelig beskrevet i handlingsplanen hvordan elevtransport-koordinatorens og driftslederens roller forholder seg til nøkkelpersonens rolle og fullmakter.

4.4.8.

Transvision motsier at tilbudet viser at de har misforstått GVCs rolle. Kommunene har begrunnet påstanden sin med at Transvisions sjåfør ikke tar direkte kontakt med GVC dersom det oppstår en trafikkulykke. Transvision mener at det her ikke er mer enn logisk at sjåføren først ringer til Transvision som så sender en traume-ekspert til ulykkesstedet for å bistå sjåføren og elevene. Dette har også blitt beskrevet på denne måten i Transvisions handlingsplan og har ingenting å gjøre med at de ikke skjønner hva som er GVCs rolle. For GVC vil selvfølgelig også informeres om hendelsene. Dette har også blitt forklart under intervjuene.

Kommunene henviser til at det står i Transvisions handlingsplan at sjåføren ringer Transvisions traume-ekspert, og at denne eksperten vil bistå sjåføren og elevene. Samtidig står det i programkravene at:

*"Sjåføren: melder umiddelbart fra til GVC når det er ulykker/problemer under transporten".*

Handlingsplanen er derfor i strid med programkravene, for det første som en sjåfør skal gjøre, er å ringe GVC umiddelbart. Egentlig er handlingsplanen ikke i samsvar med kravene på dette punktet, men likevel har ikke konklusjonen blitt trukket at Transvisions tilbud derfor er ugyldig.

Dommeren mener at Transvisions tilbud ikke er i samsvar med anbudsdokumentet når det gjelder punktet om hvem sjåføren skal ringe dersom det skjer en ulykke. Dommeren mener at kommunene med rette kunne avgjøre at denne feilen hos Transvision kunne ses på som at de ikke har skjønt GVCs rolle.

4.4.9.

Når det gjelder vurderingen av punktet SROI (Social Return On Investment) har kommunene vurdert som følger:

*"Positiv 35 % er ambisiøst. Men tvil om realisering, underbyggelsen mangler."*
Kommunene har gitt en utdypende forklaring om at nøkkelpersonen ikke hadde en god plan, i alle fall ikke kunne fortelle noe om hvordan han hadde planer om å realisere den lovede SROI.

Ettersom denne påstanden ikke har blitt motsagt av Transvision, kan man ikke konkludere med at kommunene ikke har begrunnet denne vurderingen godt nok.

4.4.10.

Transvision skjønner ikke hvorfor de har fått en nøytral poengsum "6" på delkriteriet "Levedyktighet lokale entreprenører o.l.". Ifølge Transvision er samarbeid med lokale entreprenører dog formulert som delkriterium for tildeling av oppdraget, men ikke vurdert deretter. Kommunene skulle ha gitt Transvision en høyere poengsum enn den nøytrale poengsummen "6" som de har fått. Transvision skjønner heller ikke hvorfor kommunene gir en negativ vurdering for bruken av underentreprenører.

Kommunene hevder at Transvisions tilbud ikke har en merverdi sammenlignet med de andre tilbudene når det gjelder bruken av lokale entreprenører. Kommunene forklarer at den negative vurderingen av bruken av underentreprenører har blitt gitt fordi vedlegg 2 bokstav III "levedyktighet, lokale entreprenører o.l." beskriver følgende: *"Kommunene synes det er viktig at lokale entreprenører blir involvert i utføringen av oppdraget hvor det er mulig. Hvordan vil dere gjøre dette?"*

Dommeren beslutter at det holder med en marginal overprøving av dette delkriteriet basert på kommunenes begrunnelse og utdypende forklaring. Det er ikke opp til dommeren å tre inn i denne vurderingen. Tydeligvis har Transvision villet bruke underentreprenører som ikke kunne ansees som lokale entreprenører. Dommeren er usikker på dette ettersom Transvision ikke har vedlagt tilbudet sitt i rettsdokumentene og heller ikke har gjort kjent hvor disse underentreprenørene er etablert.

4.5.

*Intervju*

4.5.1.

Transvision hevder at kommunenes begrunnelse rundt intervjuet er utillatelig subjektiv, fordi "følelse" tydeligvis spiller en stor rolle i denne begrunnelsen. Transvision hevder at det er utydelig for dem hvordan evalueringskomiteen har kunnet beskrive i den utdypende forklaringen at det var snakk om en "aversjon mot GVC".

I den fullstendige utarbeidelsen av intervjuet viser det seg ifølge Transvision at nøkkelpersonen ikke har sagt at Transvision ikke er interessert i kommunene i Walcheren som oppdragsgiver, men at nøkkelpersonen har sagt følgende om hvordan Transvision har planer om å skille seg ut fra den store, grå massen:

*“(.) Vi i Transvision synes ikke dere er så interessante som oppdragsgiver. Det høres sikkert litt rart ut (...) men ... ja dere skal overvåke, vi lager avtaler med hverandre og spilleregler og vi vil også gjerne få betalt fakturaen vår, det hadde vært fint. Men til syvende og sist dreier det seg hos oss om hvem som sitter i bilen og det har vi f.eks. også gjort angående Valys-transporten."*

Ifølge Transvision var det her meningen å vise at de synes at interessene til de som transporteres, er viktigere enn kommunenes interesser, noe som kommunene burde verdsette. Transvision hevder videre at kommunene ikke har prøvd å få en utdypende forklaring om tilbudet, men at det på nytt ble stilt spørsmål om handlingsplanen, og at man lette etter inkonsekvenser.

4.5.2.

Kommunene viser til at det har blitt oppgitt i tilbudsforespørselen at deltakeren har en ekstra mulighet til å profilere seg via nøkkelpersonen i intervjuet. Det er derfor rart at nøkkelpersonen ikke har blitt nevnt i Transvisions handlingsplan. Kommunene gjentar at det ikke har blitt tydeliggjort hvordan den nøkkelpersonen som ikke var nevnt, kunne være sluttansvarlig, spesielt i henhold til de andre ansvarlige personene som Transvision har nevnt. De som har vurdert tilbudet, har konstatert at det som nøkkelpersonen har sagt om planen sin under intervjuet, på diverse punkter ikke er konsistent med det som har blitt nedskrevet i handlingsplanen. Videre har det vist seg at nøkkelpersonen ikke hadde en god plan, i alle fall ikke kunne fortelle noe om hvordan han hadde planer om å realisere den lovede Social Return On Investment.

Kommunene forklarer at intervjuet er ment for å se hvordan nøkkelpersonen vil utføre handlingsplanen. Ettersom det viste seg i intervjuet at den teoretiske handlingsplanen ikke er konsistent med den faktiske utføringen av nøkkelpersonen, har kommunene kommet til konklusjonene at enten den ansvarlige personen ikke vet hva Transvision har tilbudt i handlingsplanen sin, eller at tilbudet til Transvision har et forandrende innhold etter omstendighetene.

Kommunene hevder videre at når nøkkelpersonen blir spurt om hva visjonen hans er angående samarbeidet med GVC, gir han ikke annet enn et standard-svar om at dette samarbeidet er avhengig av at man har et godt samarbeid og at man må bli bedre kjent med hverandre. Dette er et dårlig standard-svar som ikke viser noen form for personlig visjon. Videre har nøkkelpersonen gitt uttrykk for at Transvision selv kan overvåke kvaliteten dersom de selv har regien, men at de ikke har denne muligheten på grunn av GVCs rolle i dette oppdraget. Kommunene mener at det her ikke fremvises noen visjon eller planer om å samarbeide med kommunene og GVC for å sørge for kvaliteten på transporten.

4.5.3.

Tilbudsforespørselen sier følgende om vurderingen av intervjuet:

*“3.1.3. Vurdering intervju*
*• Forklaring om hvordan evalueringskomiteen gir poeng for intervjuet.*

*• Intervjuene er ikke ment for å si noe om kvalitetene til den intervjuede personen generelt sett. Det dreier seg om å finne ut hvem av deltakerne som er best egnet til dette spesifikke oppdraget.*
*• I tillegg blir det vurdert på samme måte som nevnt under 3.1.2."*

Dommeren mener at det også er tilstrekkelig med en marginal vurdering av delkriteriet intervju, sett i lyset av den utdypende forklaringen og begrunnelsen fra kommunene. Kommunene har begrunnet godt nok hvorfor Transvision ikke har fått en høy karakter på intervju-delen.

4.5.4.

Konklusjonen er at kommunene har begrunnet tildelingsintensjonen godt nok i brevet sitt datert 4. juni 2015. I tillegg har kommunene også, uforpliktet, gitt en utdypende forklaring av begrunnelsen sin enda en gang i evalueringssamtalen datert 22. juni 2015 og i brevet datert 24. juni 2015.

4.6.

*Waadi-registrering*

4.6.1.

Transvision hevder at det på grunnlag av paragraf 7a under 1 Waadi er forbudt i Nederland å stille arbeidstakere til rådighet på en annen måte enn gjennom et rettssubjekt som er registrert i Handelsregisteret. Ved avgjørelse av om det er snakk om å stille arbeidstakere til rådighet, skal man i henhold til paragraf 1 under 1c sjekke om det (i) mot betaling (ii) stilles arbeidstakere til rådighet (iii) til en annen (iv) for slik å utføre arbeid under hans tilsyn eller ledelse, på en annen måte enn ifølge en arbeidskontrakt. Ifølge Transvision har alle disse kravene blitt oppfylt i denne situasjonen fordi sjåførene som stilles til rådighet av transportørene vil jobbe mot betaling under (indirekte) tilsyn av kommunene. Fordi Transvision som eneste deltaker innehar den pålagte registreringen, kan man ikke komme til en annen konklusjon enn at oppdraget må tildeles Transvision.

4.6.2.

Kommunene og HALA hevder at Waadi ikke er gjeldende fordi arbeidsoppgavene det gjelder, ikke faller innenfor den materielle rekkevidden til denne lovbestemmelsen. GVC har regien, og det er tydelig ifølge oppdraget som har blitt lagt ut for anbud, at transportøren ikke bare vil være arbeidsgiver materielt sett, men også formelt. Det er derfor ikke snakk om at kommunene skal låne personale fra en partner som må ha en Waadi-registrering.

4.6.3.

Dommeren mener derfor at påstanden om den såkalte Waadi-registreringen ikke er relevant. Dersom Waadi-registreringen hadde vært relevant, noe som kommunene og HALA motsier, gjelder denne registreringen i beste fall kun som et lovpålagt krav. Det at Waadi-registreringen ikke er et krav i dette anbudet, kan ikke ses som en uregelmessighet i anbudet. Når det skal inngås en avtale mellom kommunene og HALA, vil Waadi-registeringen kunne bli relevant. HALA har dessuten bevist at de oppfyller Waadi-registreringen.

4.7.

På grunnlag av alt dette mener dommeren at anbudet kan opprettholdes og at kravene avvises.

4.8.

Dommeren bemerker i tillegg at Transvision under den muntlige forhandlingen har forklart at de er overrasket over at kommunene holdt en markedskonsultasjon før de la ut anbudet som de ikke ble invitert til, og som de heller ikke ble informert om.

Kommunene har forklart at de har valgt kun å invitere de to største markedsaktørene til den konsultasjonen fordi de ikke ville ha for mange parter tilstede.

Det er fastslått at markedskonsultasjon i og for seg er tillatt, så fremt informasjonen man får der deles. Ifølge kommunene er dette tilfelle.

Transvision har bemerket at de to aktørene som ble invitert, muligens har et kunnskapsforsprang, men de har ikke konkretisert denne bemerkningen nærmere eller sannsynliggjort eller bevist at dette faktisk har skjedd.

**5. Saksomkostningene**

5.1.

Transvision skal som tapende part dømmes til å betale saksomkostningene. Kostnadene for kommunene og for HALA blir estimert til € 613 i rettsgebyr og € 816 i advokatsalær for hver av dem.

**6 Avgjørelsen**

Dommeren

6.1.

Avviser kravene;

6.2.

Dømmer Transvision til å betale saksomkostningene, for kommunene frem til nå estimert til

€ 1 429 og for HALA også € 1 429;

6.3.

Dommeren erklærer denne dommen rettskraftig når det gjelder betalingen av saksomkostningene.

Denne dommen er avsagt av dommer Van Geloven og offentlig kunngjort med tilstedeværelse av Van de Kreeke-Schütz den 29. juli 2015.

**ECLI:NL:GHDHA:2015:413**

Permanent link: <http://deeplink.rechtspraak.nl/uitspraak?id=ECLI:NL:GHDHA:2015:413>

Instans

Lagmannsretten i Den Haag

Dato domsavgjørelse

17.03.2015

Dato publisering

18.03.2015

Saksnummer

200.161.832200.161.832

Rettsområde

Privatrett

Spesielle kjennetegn

Ankesak midlertidig forføyning

Innholds-indikasjon

Statlig anbud. Intervju og subjektive kriterier. Retningslinjene om proporsjonalitet.

Lovhenvisninger

[Aanbestedingswet 2012](http://wetten.overheid.nl/cgi-bin/deeplink/law1/bwbid%3DBWBR0032203) (Anbudsloven 2012)
[Aanbestedingswet 2012 1.10](http://wetten.overheid.nl/cgi-bin/deeplink/law1/bwbid%3DBWBR0032203/article%3D1.10) (Anbudsloven 2012 1.10)

Nettsted:

Rechtspraak.nl
JAAN 2015/94 med kommentar av K.H.M. van der Woerdt

**Domsavgjørelse**

**LAGMANNSRETTEN I DEN HAAG**

Avdeling Privatrett

Saksnummer: 200.161.832200.161.832/01

Saksnummer domstol: C/10/46108710/461087

**Avgjørelse den 17. mars 2015**

i saken mellom

**Ziut B.V.,**

etablert i Arnhem,

ankende part,

heretter kalt: Ziut,

advokat: D.J.L. van Ee i Amsterdam,

mot

1. **Alblasserdam kommune,**

etablert i Alblasserdam,

2. **Dordrecht kommune,**

etablert i Dordrecht,

3. **Sliedrecht kommune,**

etablert i Sliedrecht,

4. **Zwijndrecht kommune,**

etablert i Zwijndrecht,

ankemotpartene,

heretter kalt: kommunene,

advokat: D. van Leersum i Dordrecht.

**Saken**

1. Ved stevning datert 22. desember 2014 har Ziut søkt om en hastebehandling av anken i saken mellom partene som ble avgjort av dommeren i tingretten i Rotterdam den 26. november 2014. I stevningen av anken har Ziut nevnt og utdypet fem klager mot dommen i den midlertidige forføyningen. I en egen begrunnelse av klagene sine har Ziut (utelukkende) konkludert slik som det som er påstått i ankestevningen. I tilsvaret med saksdokumenter (vedlegg 1 til og med 8 fra første instans og et utfyllende vedlegg 9) har kommunene motsagt klagene. 16. februar 2015 lot partene advokatene sine gi en muntlig forklaring av prosesskrivene.

2. Til slutt ba partene om en domsavgjørelse.

**Vurdering av anken**

3. Det har ikke blitt klaget på noen av fakta som er fastsatt i den ankede dommen i punktene 2.1 - 2.11, derfor tas det utgangspunkt i de fakta som er beskrevet der. Det dreier seg om følgende i denne saken.

1. Ziut er en bedrift som retter seg mot utforming, bygging, rådgivning, vedlikehold, kontroll og administrering av offentlig belysning, trafikkreguleringsinstallasjoner og tilhørende tjenesteytelser og aktiviteter.
2. 7. juli 2014 publiserte kommunene et offentlig europeisk anbud for en "Rammeavtale om vedlikehold og modifisering av offentlig belysning mars 2015-mars 2019" (heretter: anbudet).
3. I anbudsdokumentet er det opplyst (på side 28) at tildelingskriteriet er "det økonomisk mest gunstige tilbudet (EMVI) i henhold til tildelingskriteriene pris og kvalitet". Det kan oppnås maksimalt 200 poeng for delkriteriet "pris" og 800 poeng for delkriteriet "kvalitet", hvorav maksimalt 350 kan tildeles forhandlingsplanen og 450 intervjuet.
4. Med hensyn til intervjuet har det blant annet blitt omtalt følgende i det beskrivende dokumentet (side 29):

*"Kun de deltakerne som oppfyller alle minstekravene, vil inviteres til intervjuet. Intervjuet varer i ca. 45 minutter. Hver deltaker blir intervjuet for seg. (...) De intervjuede vil få fremlagt to saker. Evalueringskomiteen vurderer intervjuet. (...) Intervjuet er ikke en diskusjon, men en saklig spørsmål-svar samtale. De intervjuede personene vil ikke bli vurdert på grunnlag av deres presentasjonsferdigheter, men på grunnlag av innholdet i svarene som blir gitt."*

I paragraf 9.5 i det beskrivende dokumentet har det blitt utdypet på hvilken måte intervjuet vil finne sted og hvordan det vil vurderes. Der har det blant annet blitt beskrevet:

*"Intervjuspørsmålene har ikke riktig eller feil svar. Med svarene sine kan deltakeren vise at han skjønner hva oppdragsgiveren ønsker, og om han har kapasitet til en effektiv gjennomføring av kontrakten. Det er også det som vurderingskommisjonen følger med på under intervjuet:*

1. *er den intervjuede personen kjent med ønsket til oppdragsgiveren;*

2. *er den intervjuede kjent med sitt eget tilbud;*

3. *kan han/hun handle selvstendig og effektivt under kontraktens løpetid;*

4. *er han/hun i stand til å etterleve kontraktskravene.*

Under intervjuet har det blitt stilt forskjellige spørsmål som har blitt besvart i den første veiledende kunngjøringen. I den andre veiledende kunngjøringen har det blitt nevnt følgende om intervjuet (side 11):

***"9.5 Vurdering kvalitet av delkriteriet "intervju"***

***Systematikk***

*Hver intervjuet person får nøyaktig de samme spørsmålene. Spørsmålene gjøres ikke kjent på forhånd, men blir bestemt på forhånd av ledergruppen i Stadsbeheer Dordrecht.*

*Spørsmålene gjelder to arbeidsprosesser i to forskjellige eksempler.*

*For begge eksemplene blir det formulert et sett med spørsmål som gjelder måten man forbereder seg på, planlegging & kommunikasjon og (oppstart av) utføringen.*

*Intervjuspørsmålene har ikke riktig eller feil svar. Med svarene sine kan deltakeren vise at tilbudet hans oppfyller kravene til oppdragsgiveren og om han med dette tilbudet er i stand til å gi en effektiv gjennomføring av kontrakten. Det er også det som evalueringskomiteen følger med på under intervjuet:*

1. *er den intervjuede personen kjent med ønsket til oppdragsgiveren;*

2. *er den intervjuede kjent med sitt eget tilbud;*

3. *hvorvidt han/hun handler selvstendig og effektivt under kontraktens løpetid;*

4. *måten kontrakten etterleves.*

*I tillegg blir det opplyst følgende om intervjuet: Nøkkelfigurene har muligheten til å ta med seg dokumenter og notater som de selv kan se i under intervjuet. For eksempel sitt eget tilbud og spesifikasjonene."*

I paragraf 7.3 av anbudsdokumentet (side 23 og 24) har det blitt formulert følgende kriterier for deltakerens økonomiske kapasitet med hensyn til likviditet, forholdet mellom egenkapital og fremmedkapital/ gjeld, lønnsomheten og den frie kontantstrømmen. Det har blitt stilt som minstekrav at minst tre av de fire stilte kriteriene må oppfylles, men at man i hvert fall skal score på kriteriet likviditet og fri kontantstrøm.

I det beskrivende dokumentet har det videre blitt skrevet (side 25) at deltakeren skal kunne dokumentere at han oppfyller den etterspurte kjernekompetansen ved å henvise til to referanser.

I brev av 2. oktober 2014 til kommunene har Ziuts advokat sendt inn et antall klager på vegne av Ziut mot anbudet og har bedt om endring i anbudet og om å forlenge tidsfristen for deltakelse med minst to uker. Kommunene har avvist dette i brev av 7. oktober 2014.

Den 8. oktober 2014 ble vurderingsprotokollene Intervjuer og Handlingsplan som hører til anbudet, fastsatt.

Ziut avga sitt tilbud den 9. oktober 2014 og begjærte midlertidig forføyning.

4. Ziut krever i denne saken om midlertidige forføyningen at kommunene pålegges å trekke inn anbudsprosessen, og at kommunene forbys å tildele oppdraget i henhold til anbudsprosedyren. Videre krever han at kommunene pålegges, dersom de likevel vil la oppdraget utføres, å følge anbudsprosedyren i henhold til kravene som stilles i Anbudsloven 2012 og ifølge prinsippene til anbudsretten, eller i det minste at dommeren avsier en dom som han finner hensiktsmessig, og at kommunene skal dømmes til å betale saksomkostningene.

5. I dommen som har blitt anket, har kravene blitt avvist. Med påstand I klager Ziut på dommerens avgjørelse om at Ziut ikke skulle innfri de økonomiske kravene. Ziut påstår at de økonomiske kravene som stilles til deltakerne ikke var kjent under den første muntlige forhandlingen, og at dommeren har gått ut i fra informasjon som ikke var en del av rettsdokumentene. Med påstand II hevder Ziut at dommen som ankes, har interne motsigelser. Ziut påstår i denne forbindelsen at dommeren urettmessig har konkludert med det faktum at fem deltakere har registrert seg, at de stilte økonomiske kravene ikke er uforholdsmessige fordi (i) dette er en feilaktig betegnelse og (ii) deltakernes økonomiske egnethet ikke er kjent enda. Påstand III er rettet mot dommerens skjønn, at bevisbyrden ligger hos Ziut når det gjelder å dokumentere at deltakerne er økonomisk uegnet. Med påstand IV klager Ziut mot avsnitt 4.2 i den ankede dommen, hvor det har blitt vurdert at Ziut har handlet i strid med god prosesskikk ved å komme med nye påstander under saksbehandlingen. Klage V retter seg mot at de har blitt dømt til å betale saksomkostningene.

6. Retten viser først og fremst til at Ziut ikke lenger har noen interesse i påstand IV, ettersom han har kunnet fremme alle påstandene sine i anken, mens dommeren for øvrig ikke har knyttet noen konsekvenser til at han har handlet i strid med god prosesskikk. Denne påstanden vil derfor ikke behandles. Retten vil heretter behandle de øvrige påstandene, dels samlet.

Kravene med hensyn til den økonomiske kapasiteten.

7. Mellom partene er det ingen tvist rundt at anbudsprosessen har blitt satt " på vent" i avvente av dommen i denne anken, og at tilbudene ikke har blitt vurdert enda. Det betyr at kommunene ikke har kunnet komme med en vurdering av spørsmålet om Ziut innfrir kravene om den økonomiske kapasiteten enda. Ettersom kommunene i svaret også ettertrykkelig ikke gir svar på det, kan man ut i fra det enkle faktum at Ziut klager på kravet som stilles, ikke avledes at de ikke innfrir dette kravet. Påstand I blir derfor innfridd. Det betyr at de øvrige klagene som Ziut hadde mot anbudet i den midlertidige forføyningen, og som han har gjentatt i anken, likevel skal vurderes. Som en følge av det avvises det mest omfattende tilsvaret fra kommunene, nemlig at Ziut ikke har en egen interesse i anken.

8. Ziut har i påstand II hevdet at dommeren har brukt en feilaktig betegnelse i avsnitt 4.6 ettersom han urettmessig går ut i fra at det er fem deltakende tilbud, og av dette har avledet at de stilte kravene om den økonomiske kapasiteten ikke er uforholdsmessig. Klagen er i den grad riktig fordi, slik som beskrevet over her, det enda ikke er kjent om deltakerne oppfyller kravene til den økonomiske kapasiteten, slik at man ikke kan trekke konklusjonen at kravene er uforholdsmessige kun ut fra det faktum at fem bedrifter har levert inn et tilbud. Påstand II innfris så langt, mens det da ikke er noen interesse mer i påstand III.

9. Dommeren har i avsnitt 4.8 i den ankede dommen blant annet vurdert at de stilte økonomiske kravene heller ikke er uforholdsmessige i henhold til Anbudsloven 2012 (Aw) og retningslinjene om proporsjonalitet. Kommunene har sagt at det ikke er rettet en klage mot denne kjennelsen. Retten avviser denne påstanden fordi påstand II tar utgangspunkt i at dommeren på feilaktig grunnlag kom frem til konklusjonene at de stilte økonomiske kravene ikke er uforholdsmessige. Ziut har i sin begrunnelse av påstand II (paragraf 28) også henvist til retningslinjene om proporsjonalitet. Kommunene hadde ut i fra det kunnet forstå at den klagen også er rettet mot avsnitt 4.7 og 4.8 i dommen som har blitt anket. Retten vil derfor behandle denne påstanden deretter og ta med det som kommunene har hevdet i den midlertidige forføyningen på dette punktet.

10. Ziut påstår i første instans at kravene som stilles til den økonomiske kapasiteten skal være slik at alle som er i stand til å utføre oppdraget tilfredsstillende, også kan delta i anbudet. Videre har han påstått at retningslinjene om proporsjonalitet tilsier at man skal være tilbakeholden med å stille økonomiske krav. Kommunene har som tilsvar at de i månedene før den første muntlige forhandlingen ble konfrontert med diverse oppdragstakere som gikk konkurs og at de finansielle og økonomiske kravene er stilt for å forhindre at oppdraget tildeles en oppdragstaker som ikke er økonomisk solid nok.

11. Ut fra paragraf 1.10 første ledd Aw følger det at oppdragsgiveren som legger ut anbudet, i forberedelsen av et offentlig anbud kun kan stille krav, vilkår og kriterier til deltakerne og tilbudene som er rimelige i forhold til oppdraget. Retningslinjen som nevnes i paragraf 1.10, tredje ledd Aw er retningslinjene om proporsjonalitet.

Utgangspunktet for retningslinjene om proporsjonalitet er, slik som Ziut har anført, at man skal forhindre at parter som er i stand til å utføre et oppdrag, blir utelukket fra deltakelse ved å stille for høye krav (side 34). Det utgangspunktet medfører derimot ikke at oppdragsgiveren ikke har friheten til å stille krav, spesielt ved prosjekter som går over lengre tid, om hvorvidt oppdragstakeren virkelige er i stand til å utføre oppdraget. Sett i lyset av den friheten, har det i den midlertidige forføyningen ikke blitt sannsynliggjort godt nok at parter som hadde vært i stand til å utføre oppdraget, blir utelukket fra deltakelse på grunn av de stilte kravene. Oversikten som Ziut har vedlagt som saksdokument 10 og som er deres egen analyse av de økonomiske tallene til andre bedrifter i bransjen, er ikke tilstrekkelig, ettersom denne oversikten -i motsetning til det som Ziut hevder - har blitt motsagt av kommunene (paragraf 77 i prosesskrivet i første instans), og Ziut ikke har underbygget videre at parter som hadde vært i stand til å utføre oppdraget, blir utelukket på grunn av disse kravene.

12. Med hensyn til de økonomiske forholdene legger retten vekt på at retningslinjene om proporsjonalitet ikke forbyr å stille slike krav, men krever at man skal være tilbakeholden med bruken (side 34). Nødvendigheten av tilbakeholdenheten kan henledes til det faktum at det å sammenligne slike økonomiske tall noen ganger gir problemer fordi det har blitt brukt forskjellige bokføringsmetoder. Samtidig er det skrevet i retningslinjene om proporsjonalitet at problemene med sammenligningen av disse forholdene noen ganger kan forhindres ved å definere kravene/forholdene tydelig i anbudsdokumentene. Retten kommer derfor frem til at det derfor er opp til kommunene å begrunne hvorfor de har stilt økonomiske krav, og hvordan de vil omgås dem. Begrunnelsen som kommunene har gitt på dette punktet, er veldig begrenset. Ut fra det som Ziut har påstått, kan det derimot ikke avledes at det er utydelig for dem hva kommunene har ment med de økonomiske kravene og begrepene og forholdene, samtidig som de heller ikke har påstått at disse kan være utydelig for andre. På grunnlag av oppdragsgivers frihet, og det rettferdige ønsket til kommunene om kun å ville jobbe med en sterk oppdragstaker over flere år, kommer retten frem til det som ble bestemt i den midlertidige forføyningen om at kommunene med rette kunne stille dette kravet, og at kravet i paragraf 1.10 første ledd har blitt oppfylt. Retten tar hensyn til at kommunene uimotsagt har påstått at de stilte kravene er en trend i henhold til en bedrifts økonomiske posisjon og derfor kan være en indikator for fremtiden. Retten har videre fastslått at Ziut også erkjenner (side 3 i prosesskrivet i anken) at den håndterte "Quick Ratio" absolutt har en betydning for en aktuell konkursrisiko. Også dersom det stemmer at en Quick Ratio med poengsum 1 blir ansett som sunn i litteraturen, er det dermed ikke sagt at kravet om at Quick Ratio skal være minst 1.1, er uforholdsmessig. Påstanden om at kravet som stilles om forholdet mellom egenkapital og fremmedkapital/ gjeld er "ganske høyt" (side 4 i prosesskrivet i anken), fører heller ikke til den konklusjonen, selv om det skulle vise seg å stemme. Det faktum at Ziut påstår (side 4 i prosesskrivet i anken) at reorganiseringskostnader eller en nedskrivning av faste aktiva kan være nødvendige og at det kunne føre til at de stilte kravene ikke innfris, bringer heller ikke med seg at de disse kravene anses som uforholdsmessige, samtidig som man umulig kan kreve av en oppdragsgiver at man skal ta hensyn til slike individuelle forhold når man formulerer kravene. Retten bemerker også at man ikke trenger å innfri alle de fire kriteriene, men minst tre av dem, og at det ikke i alle kravene dreier seg om økonomiske forhold hvor retningslinjene om proporsjonalitet foreskriver at man skal være tilbakeholden.

13. Retten avviser derfor klagene om de stilte kravene om økonomisk kapasitet.

Intervjuet.

14. Med hensyn til klagene som Ziut har mot intervjuet, bestemmer retten det følgende: Oppdragsgiveren skal ivareta prinsippet om åpenhet; dette medfører at vilkårene og modalitetene i tildelingsprosessen skal opplyses i anbudsdokumentene på en oversiktlig, nøyaktig, og utvetydig måte slik at alle godt informerte og oppmerksomme deltakere kan oppfatte og bruke denne informasjonen på samme måte. Samtidig kan oppdragsgiveren på denne måten vurdere om tilbudene faktisk oppfyller kravene som gjelder for oppdraget (Eu-domstolen 29. april 2004, sak C-496/99, Succhi di Frutta). I dette tilfellet er det snakk om et kvalitativt tildelingskriterium. Man unngår derfor ikke en viss form for subjektivitet. Visstnok er det (til en viss grad) i strid med den objektive evalueringssystematikken i anbudsretten og de gjeldende prinsippene om åpenhet og lik behandling, men det trenger i seg selv ikke å bety at det også faktisk er snakk om å handle i strid med disse prinsippene eller lovene. Det er viktig at (i) det er tydelig for en kandidat-deltaker hva som forventes av han, (ii) at tilbudet blir vurdert ifølge et så objektivt system som mulig og (iii) at tildelingsbeslutningen er formulert så tydelig at det er mulig for de avviste deltakerne å se hvordan evalueringen har blitt utført.

15. Innen rammene av disse forutsetningene synes retten at det ikke per definisjon er umulig å avholde et intervju. Man kan ikke kreve at oppdragsgiveren gjør kjent på forhånd hvilke spørsmål som skal stilles i intervjuet fordi dette ville føre til strategiske svar. Derimot er ikke kravet oppfylt om at det skal være tydelig for kandidat-deltakeren hva som forventes av han. Følgende evaluering ligger til grunne for dette. Paragraf 9.5 i det beskrivende dokumentet (side 34 og 35) velger som utgangspunkt at en deltaker i intervjuet også "kan vise at han skjønner hva oppdragsgiveren vil" og at det "ikke er riktige eller gale svar". Poengtildelingen foretas avhengig av spørsmålet om deltakeren "er litt overbevisende", "overbevisende" eller "meget overbevisende", hvor det også legges vekt på spørsmålet om oppdragsgiveren har "(få) bekymringer". Det er alle diffuse begrep som ikke gir kandidat-deltakeren noen tydelighet ved forberedelsen av intervjuet. Når det heller ikke er noen riktige eller gale svar, er det ikke tydelig hva som blir vurdert hos den intervjuede, mens spørsmålet om en deltaker - eller mer spesifikt: den intervjuede medarbeideren - "overbeviser" også er uavklart.

16. I den første veiledende kunngjøringen ble flere spørsmål i forbindelse med intervjuet belyst. Angående spørsmål 8 ble det opplyst at svarene i intervjuet vil bli vurdert i henhold til (1) hvorvidt man er kjent med oppdraget som anbudet gjelder, (2) hvorvidt man kjenner innholdet i sitt eget tilbud, (3) hvorvidt man kan handle selvstendig og effektivt i løpet av kontraktsperioden og (4) hvorvidt man er i stand til å oppfylle kontrakten. I den andre veiledende kunngjøringen ble det i paragraf 9.5 opplyst at spørsmålene vil gjelde "måten man forbereder, planlegger & kommuniserer om (oppstarten av) utføringen". Videre ble det informert om at deltakeren må vise at "tilbudet hans oppfyller det som oppdragsgiveren ønsker", og blir de fire punktene som tidligere er beskrevet, gjentatt. Retten mener at ved å oppsummere disse punktene, gis det en viss -selv om ikke akkurat nøye avgrenset - tydelighet om innholdet i intervjuet, men at dette likevel fører til at det er umulig for deltakerne å vite hvilke krav de må oppfylle, for å score poeng. Dette gjelder enda mer ettersom innflytelsen av denne subjektive delen av tildelingskriteriene på sluttpoengsummen er relativt stor, slik at sluttpoengsummen i vesentlig grad (nesten halvparten) er avhengig av en poengvurdering hvor deltakeren ikke vet på forhånd hvordan han kan innfri kravene. Retten tilføyer at det heller ikke er tydelig hvordan det å kjenne til sitt eget tilbud og det å være kjent med oppdraget, er knyttet til oppdraget og ikke til deltakeren som (som Ziut med rette bemerker) er et vilkår for tildelingskriteriene. Når det gjelder "muligheten til å handle selvstendig og effektivt" har Ziut vist til at det forklarende dokumentet gir lite rom for selvstendig handling, slik at det heller ikke for denne delen er tydelig hvilke kriterier deltakeren skal oppfylle.

17. Dette betyr at Ziut med rette har påklaget intervju-delen og at anbudet ikke kan fortsette i det nåværende oppsettet. Med muligheten for en eventuell fortsettelse av anbudet i en endret form vil retten også drøfte de øvrige klagene til Ziut.

Handlingsplanen.

18. Ziut har påstått at kriteriet "Handlingsplan - Levedyktighet og Innovasjon" ikke gjelder oppdraget når oppdragsgiveren heller ikke kan kontrollere om dette kriteriet virkelig oppfylles i utføringen.

19. I det beskrivende dokumentet (side 31) har "måten som deltakeren omgås levedyktighet og innovasjon" blitt tatt med som del-tildelingskriterium. I den andre veiledende kunngjøringen (side 9) har det blitt beskrevet at handlingsplanen på en overbevisende måte skal vise "hvordan levedyktighet blir satt inn spesifikt for dette oppdraget, og hvordan man forutser relevant utvikling de kommende årene". I den tredje veiledende kunngjøringen (spørsmål 1) har det blitt utdypet at de "nevnte tiltakene og effektene skal være konkrete og gjelde spesifikt for dette oppdraget". Derfor er retten overbevist om at det hermed har blitt godt nok tydeliggjort at dette del-tildelingskriteriet gjelder oppdraget og ikke deltakeren. Riktignok har det blitt lagt vekt på deltakeren i det beskrivende dokumentet, men det har blitt etter-justert i de veiledende kunngjøringene. I motsetning til det som Ziut påstår, kan man ut i fra svaret fra kommunene i den tredje veiledende kunngjøringen ikke avlede at kommunene har planer om å kontrollere om en deltaker faktisk vil implementere de tiltakene han har beskrevet, selv om dette er en mulighet under utføringen.

Oppdraget uforholdsmessig?

20. Ziut har videre påstått at oppdraget er uforholdsmessig fordi det handles i strid med forskrift 3.3 A i retningslinjene om proporsjonalitet. Der har det blitt opplyst at oppdragsgiveren ved en rammeavtale ikke krever at deltakerne har personale, utstyr eller materialer tilgjengelig uten at det gis en omsetningsgaranti eller godtgjørelse for det. Ziut viser videre til forskrift 3.3 B i retningslinjene om proporsjonalitet hvor det er opplyst at oppdragsgiveren, når et oppdrag skal fordeles over flere deltakere innen en rammeavtale, skal gjøre kjent på en åpen måte (1) for hvilke aktiviteter det kreves priser i tilbudet, (2) innen hvilken tidsramme de forskjellige arbeidsoppgavene skal utføres og (3) på hvilken måte disse arbeidsoppgavene skal fordeles over de forskjellige deltakerne. Ziut har videre påstått at retningslinjene om proporsjonalitet tilsier at det skal brukes en prisliste.

21. Mot kommunenes påstand at de etterspurte mengdene er en reell estimering av de faktisk nødvendige mengdene, og at spørsmålet på dette punktet er basert på erfaringer fra nær fortid, har Ziut ikke underbygget påstanden sin om det motsatte godt nok. Derfor innfris heller ikke påstanden om at man skulle ha utarbeidet en prisliste. Som Ziut også erkjenner, har kommunene oppgitt grunngodtgjørelser for generelle kostnader "koordinering og kommunikasjon" og for en vente- og feilsøketjeneste. At disse godtgjørelsene er lave, har ikke blitt underbygget av Ziut, og Ziut har heller ikke underbygget at kravene som stilles til leveringen av visse tjenester eller varer, fører til nødvendigheten av å ha store menger av varer på lager. Retten gir derfor ikke Ziut medhold i påstanden om at oppdraget er uforholdsmessig.

Prosjektreferanse som kreves uforholdsmessig?

22. Ziut har, til slutt, i den utdypende forklaringen av påstand I også i forbifarten hevdet at den krevde prosjektreferansen er uforholdsmessig. Han har ikke underbygget denne påstanden på noen måte. Derfor var det ikke tydelig for kommunene hva han hadde klaget på, og derfor kan denne påstanden ikke anses som en riktig innbrakt påstand. Det ville være i strid med god prosesskikk dersom Ziut hadde fått lov å utdype denne ikke-begrunnede påstanden først under den muntlige forhandlingen fordi kommunene da ikke lenger har muligheten til å reagere ordentlig på dette. Retten vil derfor ikke vurdere denne påstanden.

Avrunding og konklusjon

23. Retten nekter bevisførsel av bevisene til både Ziut og kommunene fordi de, så fremt det ville være rom for videre bevisføringen innen denne hurtig-anken, ikke oppfyller kravene som stilles til bevis i ankesaker. Kommunene har heller ikke fremlagt dokumentasjon for faktum, men for anbudsprosessen og valgene som har blitt tatt. Slik dokumentasjon kan ikke føre til et annet resultat.

24. Dette betyr at kjennelsen fra den midlertidige forføyningen skal oppheves, og at kravene til Ziut skal sikres som følger. Som tapende part dømmes kommunene til å betale saksomkostningene både i den midlertidige forføyningen og i anken. Påstand V tas derfor også til følge. Under de kostnadene faller også etter-kostnadene (som kommer) (og kan innkreves av lensmannen - HR 19 mars 2010, LJN: BL1116). Ifølge paragraf 237 tredje ledd Rv begrenser retten prosesskostnadene i denne dommen til kostnadene som har blitt påført før dommen.

**Beslutning**

Retten:

- opphever kjennelsen fra den midlertidige forføyningen i tingretten i Rotterdam datert 26. november 2014

og, med ny rettskraft,

* -

pålegger kommunene om å trekke anbudsprosessen og forbyr kommunen om å tildele oppdraget på grunnlag av denne prosessen;

* -

pålegger kommunene, dersom de fortsatt vil la dette oppdraget utføres, at de følger en anbudsprosess som innfrir kravene som stilles i Anbudsloven 2012, og følger prinsippene i anbudsretten;

* -

dømmer kommunene til å betale tilbake det som Ziut har betalt til kommunene i forbindelse med dommen datert 26. november 2014, økt med renter fra den dagen Ziut har betalt og frem til tilbakebetalingen;

* -

dømmer kommunene til å betale saksomkostningene i første instans, for Ziut frem til 26. november 2014 estimert til € 608 i rettsgebyr, € 77,52 i kunngjøringskostnader og € 816 i advokatsalær;

* -

dømmer kommunene til å betale saksomkostningene i anken, for Ziut frem til nå estimert til € 704 i rettsgebyr, € 77,52 i kunngjøringskostnader og € 2 682 i advokatsalær;

* -

erklærer dommen rettskraftig.

Denne dommen er avsagt av dommer A.V. van den Berg, E.M. Dousma-Valk og J.J. van der Helm og er offentliggjort 17. mars 2015 med tilstedeværelse av sekretæren.

**ECLI:NL:RBGEL:2015:3398**

Instans

Tingretten i Gelderland

Dato domsavgjørelse

06.05.2015

Dato publisering

29.05.2015

Saksnummer

281130

Rettsområde

Privatrett

Spesielle kjennetegn

Første instans - med en dommer
Midlertidig forføyning

Innholds-indikasjon

Anbud

Lovhenvisninger

[Aanbestedingswet 2012](http://wetten.overheid.nl/cgi-bin/deeplink/law1/bwbid%3DBWBR0032203) ([Anbudsloven 2012](http://wetten.overheid.nl/cgi-bin/deeplink/law1/bwbid%3DBWBR0032203))

Nettsted:

Rechtspraak.nl
JAAN 2015/158 med kommentar av M.B. Klijn og S.E. Landheer

**Domsavgjørelse**

domsavgjørelse

**DOMSTOLEN I GELDERLAND**

Avdeling tingrett og handelsrett

Med sete i Arnhem

saksnummer: C/05/281130 / KG ZA 15-151 / 57 / 812

**Avgjørelse i midlertidig forføyning datert 6. mai 2015**

i saken mellom

det private selskapet med begrenset ansvar

**IDDINK VOORTGEZET ONDERWIJS B.V.**,

etablert i Ede,

saksøker,

advokat M.J.J.M. Essers og C.G. van Blaaderen i Amsterdam,

mot

1. stiftelsen

**STICHTING VOORTGEZET MONTESSORI ONDERWIJS NIJMEGEN EN OMSTREKEN**,

etablert i Nijmegen,

saksøkte,

advokat S.C. Brackmann i Rotterdam,

2. stiftelsen

**STICHTING 'HET RHEDENS'**, også kjent under navnet

**REGIONALE SCHOLENGEMEENSCHAP HET RHEDENS VOOR LYCEUM HAVO MAVO VBO,**

etablert i Rozendaal,

saksøkte,

advokat S.C. Brackmann i Rotterdam,

3. stiftelsen

**STICHTING SCHOLENGEMEENSCHAP MONTESSORI-LYCEUM ROTTERDAM, GYMNASIUM, ATHENEUM, HAVO,**

etablert i Rotterdam,

saksøkte,

advokat S.C. Brackmann i Rotterdam,

4. stiftelsen

**STICHTING SCHOLENGEMEENSCHAP VOOR VRIJESCHOOLONDERWIJS**, også kjent under navnet **KAREL DE GROTE COLLEGE,**

etablert i Nijmegen,

saksøkte,

advokat S.C. Brackmann i Rotterdam,

5. stiftelsen

**STICHTING AUGUSTINUS STICHTING**, også kjent under navnet **NOTRE DAME DES ANGES HAVO,**

etablert i Ubbergen,

saksøkte,

advokat S.C. Brackmann i Rotterdam,

6. stiftelsen

**STICHTING GEREFORMEERD VOORTGEZET ONDERWIJS OOST-NEDERLAND,** også kjent under navnet **GREIJDANUS**,

etablert i Zwolle,

saksøkte,

advokat S.C. Brackmann i Rotterdam,

7. stiftelsen

**STICHTING ONDERWIJSGROEP ZUIDWEST-DRENTHE,** også kjent under navnet **STAD EN ESCH MEPPEL**,

etablert i Meppel,

saksøkte,

advokat S.C. Brackmann i Rotterdam,

8. foreningen

**VERENIGING VOOR GEREFORMEERD VOORTGEZET ONDERWIJS VOOR MIDDEN-NEDERLAND,** også kjent under navnet **GSG GUIDO DE BRÈS AMERSFOORT**,

etablert i Amersfoort,

saksøkte,

advokat S.C. Brackmann i Rotterdam,

9. foreningen

**VERENIGING VOOR GEREFORMEERD VOORTGEZET ONDERWIJS VOOR WESTELIJK NEDERLAND**,

etablert i Rotterdam,

saksøkte,

advokat S.C. Brackmann i Rotterdam,

10. stiftelsen

**ONDERWIJSSTICHTING ESPRIT,** også kjent under navnet **BERLAGE LYCEUM**,

etablert i Amsterdam,

saksøkte,

ikke til stede,

11. foreningen

**VERENIGING CHRISTELIJK VOORTGEZET ONDERWIJS TE ZUTPHEN,** også kjent under navnet **BAUDARTIUS COLLEGE**,

etablert i Zutphen,

saksøkte,

advokat S.C. Brackmann i Rotterdam,

12. stiftelsen

**STICHTING ISENDOORN**,

etablert i Warnsveld,

saksøkte,

advokat S.C. Brackmann i Rotterdam,

13. stiftelsen

**STICHTING GEREFORMEERDE SCHOLENGROEP,** også kjent under navnet **GOMARUS COLLEGE**,

etablert i Groningen,

saksøkte,

advokat S.C. Brackmann i Rotterdam,

14. stiftelsen

**STICHTING MONTESSORI SCHOLENGEMEENSCHAP AMSTERDAM**,

etablert i Amsterdam,

saksøkte,

advokat S.C. Brackmann i Rotterdam,

15. stiftelsen

**STICHTING H3O VOOR CHRISTELIJK PEUTERWERK KINDEROPVANG, PRIMAIR EN VOORTGEZET ONDERWIJS**,

etablert i Dordrecht,

saksøkte,

advokat S.C. Brackmann i Rotterdam.

Saksøker omtales heretter som Iddink. Saksøkte nr. 10 omtales heretter som Berlage Lyceum. De øvrige saksøkte omtales som De Samarbeidende Skolene.

**1. Prosessen**

1.1.

Prosessens forløp er sammensatt av:

* -

innkallingen

* -

den muntlige forhandlingen

* -

prosesskrivet fra Iddink

* -

tilsvaret fra De Samarbeidende Skolene

* -

Berlage Lyceum var ikke til stede.

1.2.

Fordi saken haster, ble dom avsagt den 6. mai 2014. Faktum og de grunner som avgjørelsen bygger på, er beskrevet nedenfor.

**2 Faktum**

2.1.

Det er to store bedrifter aktive på markedet for opplæringsmidler for ungdomsskoler og videregående skoler i Nederland, nemlig Iddink og Van Dijk Educatie B.V. (heretter: Van Dijk).

2.2.

Den 6. oktober 2014 kunngjorde De Samarbeidende Skolene et europeisk anbud for opplæringsmidler. Målet for anbudet var å forsyne elever og lærere med opplæringsmidler til skolene i samarbeidsforbundet, i en periode på åtte år. Den totale verdien på oppdraget er estimert til rundt 60 millioner euro. I anbudsprosessen har De Samarbeidende Skolene brukt tjenester fra Yellow Way Consultancy. I anbudsdokumentet har følgende blitt nedskrevet som er aktuelt her:

(…)

1.3

Oppdragets målsetning

Målene for oppdraget som legges ut for anbud er:

* -

Hvert år blir det betalt en fast sum per elev, på grunnlag av de nåværende kostnadene for opplæringsmidler som er lavere enn godtgjørelsen i henhold til Loven om gratis skolebøker og som endrer seg i samsvar med utviklingen i godtgjørelsen og med kostnadene av opplæringsmiddelpakken til deltakende skoler;

* -

Prisavtalen tar hensyn til tilgjengeligheten av opplæringsmidler som er utviklet (eller vil utvikles i fremtiden) for ungdomsskoler og videregående skoler og/eller som er i samsvar med regler om innkjøp av opplæringsmidler til hver av de deltakende skolene;

* -

Den ønskede løsningen er fleksibel i henhold til opplæringsmidler. Valget av opplæringsmidler og metoder er forbeholdt de individuelle deltakende skolene.

* -

Den ønskede løsningen gir fleksibilitet i bøker og digitalt materiale;

* -

Den ønskede løsningen gir mulighet til å gjennomføre undervisningsprosessen ved hjelp av (deler av) tilgjengelige opplæringsmidler og dermed realisere tilpasset undervisning;

* -

Den ønskede løsningen gir en enkel og tydelig tilgang (SSO) til digitale opplæringsmidler for alle brukerne og fungerer fra første skoledag i skoleåret kontrakten iverksettes;

* -

Overgangen til den ønskede situasjonen skjer i et tempo som er tilpasset den nåværende situasjonen og ambisjonen til hver enkelt skole.

1.4

Omfanget av oppdraget som legges ut for anbud

I oversikten i vedleggene er, så fremt tilgjengelig, prognosene for elevantallene gitt for hver av de deltakende skolene. Beløpene som gjennomsnittlig ble brukt per elev i skoleåret 2013-2014 har også blitt presentert i en oversikt per skole. Videre har det blitt opplyst via hvilken type avtale hver skole anskaffer opplæringsmidler per i dag.

1.5

Kvalifikasjoner som kreves i oppdraget som legges ut for anbud

(...) Kjernekvalifikasjonene som kreves er:

Levere opplæringsmidler til ungdoms- og videregående skoler, på grunnlag av egen kontroll, et bok-fond underlagt egen forvaltning og et utkontraktert bok-fond.

(…)

2.2

Gjeldende prosess

(…)

Anbudstildelingen gjøres i henhold til Best Value Procurement (BVP).

2.3

Tildelingskriterium

Tildelingskriteriet i dette oppdraget er det økonomisk mest gunstige tilbudet. Dette kriteriet blir videre beskrevet i kapittelet om evalueringen av tilbudet.

(…)

3.2

Krav om egnethet

(…)

3.2.1

Krav om egnethet med hensyn til økonomisk kapasitet

(…)

3.2.2

Krav om egnethet med hensyn til teknisk og faglig kompetanse

(…)

* -

Deltakeren har tilgang til et kvalitetssystem som er rettet mot å øke kundetilfredsheten ved å innfri kravene og ønskene til kunden og lovfestede krav som er gjeldende for deltakerens tjenester og produkter. I tillegg skal deltakeren påviselig kunne kontrollere bedriftsprosessene.

* -

Deltakeren skal inneha den omtalte kjernekompetansen.

(…)

4. informasjon som skal innleveres

(…)

4.1

Prestasjonsunderbyggelse

Det første dokumentet som deltakerne skal lage er prestasjonsunderbyggelsen. I det dokumentet skal deltakerne vise at de er i stand til å realisere De Samarbeidende Skolenes målsetninger. Det gjør deltakerne ved hjelp av påstander som de selv har valgt, og som blir underbygget av grundig dokumentasjon som ikke kan bestrides. I tillegg skal disse påstandene være punktlig beskrevet og verifiserbare i fremtiden.

Fordi informasjonen i prestasjonsunderbyggelsen brukes for å vurdere om oppdraget skal tildeles, skal disse påstandene og underbyggelsen være rettet mot oppdraget og ikke henvise direkte til tidligere hendelser. Det betyr at en påstand slik som:

"vi er i stand til å realisere målsetningene fordi vi har gjort dette suksessfullt ti ganger tidligere"

Ikke fører til en positiv evaluering. Dersom påstanden lyder:

"vi er i stand til å realisere målsetningen fordi vi vil utføre oppdraget slik eller slik, og det vil føre til en kundetilfredshet på 90 %"

Vil dette svaret kunne gi en positiv evaluering.

I det neste kapittelet blir evalueringsrammen for prestasjonsunderbyggelsen gjengitt. Det er én A4 side tilgjengelig for denne delen.

4.2

Risikovurdering

Det andre dokumentet som deltakerne skal levere inn, er en risikovurdering, inkludert kontrolltiltak. I det dokumentet beskriver deltakerne hvilke risikoer som er forbundet med oppdraget for De Samarbeidende Skolene. Det er avgjørende at deltakeren selv ikke har noen innflytelse på disse risikoene. Ved hver risiko forklarer deltakeren hvorfor den identifiserte risikoen er viktig, hvordan den kan reduseres (elimineres), hvordan reduseringen av risikoen måles og hvorfor kontrolltiltaket vil virke. Risikoene blir oppgitt i prioritert rekkefølge, hvor det skal underbygges hvorfor prioriteten er slik som deltakeren har oppgitt. Kostnadene for de risikoreduserende tiltakene er en del av tilbudsprisen.

I det neste kapittelet blir evalueringsrammen for risikovurderingen gjengitt. Det er én A4 side tilgjengelig for denne delen.

4.3

Merverdivurdering

Via merverdivurderingen kan en deltaker tilby ekstra valgmuligheter uten å bry seg om kostnadene ved disse ekstra valgmulighetene. Ekstra valgmuligheter, som heretter kalles merverdi/ merverdi, skal ha tilknytning til oppdraget og skal tilføye verdi ved realiseringen av oppdragets målsetning. Man skal underbygge hvorfor en mulighet tilføyer merverdi.

(…)

4.4

Intervju

Etter evalueringen av den skriftlige delen av tilbudet (prestasjonsunderbyggelse, risikovurdering og merverdivurdering) blir deltakerens nøkkelpersoner intervjuet. (…)

Under intervjuet blir det spurt om hvorvidt nøkkelpersonen ser helheten i oppdraget til De Samarbeidende Skolene, kan identifisere risikoer og skjønner og omfavner tilbudet. Nøkkelpersonen blir egentlig spurt om å utdype og tydeliggjøre tilbudet.

4.5

Pris

Deltakerne skal oppgi priser for leveringene i pristabellen som er vedlagt. Prisene blir bearbeidet til en totalpris for oppdraget på grunnlag av de oppgitte tallene i prisvedlegget og blir vurdert som en totalpris ifølge systematikken som er beskrevet i kapittelet "evaluering".

Fordi det er snakk om en overgangsperiode i løpet av avtalens varighet, skal prisene oppgis via forskjellige modeller. Det blir bedt om en rabattprosent i henhold til konsumentprisen av opplæringsmidler som skal håndteres i den første perioden av kontraktsperioden. Deretter bes det om en pris per elev for å kunne realisere målsetningen totalt sett. Under konkretiseringsfasen vil det avgjøres hvordan hybride former skal prises.

5. Evaluering av tilbudene

(…)

5.2

Evaluering av prestasjonsunderbyggelse, risikovurdering, merverdivurdering og intervju

Tilbudene som oppfyller de formelle kravene, vil vurderes innholdsmessig. Det skjer på grunnlag av de faste evalueringsrammene.

Kombinasjonen av skriftlige tilbud og intervjuet vil vurderes samlet. Der blir det maksimalt tilkjent de følgende poengene for delene prestasjonsunderbyggelse, risikovurdering, merverdivurdering og intervjuer:

Vektleggingsfaktorer

|  |  |
| --- | --- |
| Del av tilbudet | Maksimalt antall poeng |
| Prestasjonsunderbyggelse | 20 |
| Risikovurdering | 20 |
| Merverdivurdering | 20 |
| Intervjuer (alle intervjuene til deltakeren tilsammen) | 10 |

Vurdering av prestasjonsunderbyggelse, risikovurdering, merverdivurdering og intervjuer skjer i en samlet vurdering ved hjelp av en skala med følgende mulige poeng: 2 - 4 - 6 - 8 - 10. Den oppnådde poengsummen blir multiplisert med faktoren som trengs for å omsette en tier i det maksimalt antall poeng som kan oppnås på den delen. I tabellen nedenfor blir faktoren oppgitt som poengsummen blir multiplisert med i hver del.

|  |  |
| --- | --- |
| Poeng for | Multiplisert med |
| Prestasjonsunderbyggelse | 2 |
| Risikovurdering | 2 |
| Merverdivurdering | 2 |
| Intervjuer (alle intervjuene til deltakeren tilsammen) | 1 |

Prestasjonsunderbyggelsen blir vurdert i henhold til følgende evalueringsramme:

|  |  |
| --- | --- |
| Poeng | Kjennetegn prestasjonsunderbyggelse |
| 0 | Prestasjonsunderbyggelsen mangler i tilbudet |
| 2 | I prestasjonsunderbyggelsen har det kun blitt gjengitt påstander som henviser til egenskaper hos deltakeren og/eller i oppdrag som har blitt utført tidligere, eller prestasjonsunderbyggelsen mangler i tilbudet. |
| 4 | I prestasjonsunderbyggelsen oppgir deltakeren via relevante påstander at han vil kunne utføre oppdraget suksessfullt og at han kan realisere målsetningene til De Samarbeidende Skolene, hvor påstandene inkludert underbyggelsen har blitt nøyaktig beskrevet, men ikke er verifiserbare. Der refererer de underbygde påstandene ikke direkte til egenskapene hos deltakeren og/eller i oppdrag som har blitt utført tidligere. |
| 6 | I prestasjonsunderbyggelsen oppgir deltakeren via relevante påstander at han vil kunne utføre oppdraget suksessfullt, og at han kan realisere målsetningene til De Samarbeidende Skolene, hvor minst en påstand har blitt nøyaktig beskrevet og er verifiserbar. Der refererer den nøyaktig beskrevne og verifiserbare påstanden ikke direkte til egenskapene hos deltakeren og/eller i oppdrag som har blitt utført tidligere. |
| 8 | I prestasjonsunderbyggelsen oppgir deltakeren via relevante påstander at han vil kunne utføre oppdraget suksessfullt og at han kan realisere målsetningene til De Samarbeidende Skolene, hvor minst halvparten av minst tre påstander har blitt nøyaktig beskrevet og er verifiserbare. Der refererer de nøyaktig beskrevne og verifiserbare påstandene ikke direkte til egenskapene hos deltakeren og/eller i oppdrag som har blitt utført tidligere. |
| 10 | I prestasjonsunderbyggelsen oppgir deltakeren via relevante påstander at han vil kunne utføre oppdraget suksessfullt og at han kan realisere målsetningene til De Samarbeidende Skolene, hvor alle, minst tre, påstander har blitt nøyaktig beskrevet og er verifiserbare og ikke referer direkte til egenskaper hos deltakeren og/eller i oppdrag som har blitt utført tidligere. |

(…)

5.3

Evaluering av prisen

Av de tilbudene som oppfyller de formelle kravene, vil også prisen vurderes. Det skjer på grunnlag av prisvedlegget.

Prisen er sammensatt av to deler. Først blir det spurt om en rabattprosent i forhold til konsumentprisen. Deltakeren med den høyeste rabatten får for den delen av del-tildelingskriteriet (pris) 15 poeng. Andre deltakere får for den samme delen 0 poeng.

Den andre prisen som blir etterspurt, er prisen for realiseringen av målsetningen til oppdraget. Deltakeren med den laveste prisen per elev mottar 15 poeng. Antall poeng for de øvrige deltakerne blir avledet av dette ved hjelp av formelen:

Laveste pris / pris deltaker \* 15 = antall poeng for deltakeren

6 Konkretiseringsfasen

Etter at deltakerne har blitt vurdert, teller den høyest rangerte som foretrukket deltaker. De øvrige deltakerne blir også informert om valget av den foretrukne deltakeren. Sammen med den foretrukne deltakeren blir tilbudet konkretisert. Resultatet av konkretiseringsfasen er et konkretisert, tydeliggjort og underbygget tilbud som passer innenfor rammene av oppdraget og tilbudet.

(…).

2.3.

Det vedlagte prisvedlegget har følgende innhold:



[navn deltaker, rabattprosent, pris per elev]

2.4.

Den 10. oktober 2014 organisert De Samarbeidende Skolene et informasjonsmøte for mulige deltakere for å gi mer informasjon om anbudsprosessen.

2.5.

I brev av 15. oktober 2014 skrev De Samarbeidende Skolene følgende til deltakerne:

I anbudsdokumentet angående anbudet om opplæringsmidler er prisvedlegget og paragraf 5.3 om vurdering av prisen ufullstendig. Ved å gi ut et nytt prisvedlegg blir anbudsdokumentet endret. Fordi det handler om en endring av et tildelingskriterium, skulle det ha funnet sted en beregning. Fordi det ble oppgitt under presentasjonen den 10. oktober at en eventuell forespørsel om mer innleveringstid vil bli innvilget, vil ikke anbudet bli beregnet.

Prisvurderingen vil skje på følgende måte:

Deltakeren med den høyeste rabatten (%) på konsumentprisen inkludert mva. får 10 poeng. Øvrige deltakere får for denne delen 0 poeng.

Deltakeren med den laveste leieprisen per år på grunnlag av konsumentprisen inkludert mva., får 10 poeng. Øvrige deltakere får for denne delen 0 poeng.

Deltakeren som inkludert mva. tilbyr den laveste prisen for realiseringen av alle målsetningene, får 10 poeng. Øvrige deltakere får for denne delen 0 poeng.

Det maksimale beløpet som kan beregnes per elev, er den godtgjørelsen som blir gitt av staten per elev for opplæringsmaterialer.

2.6.

Ved brev av 15. oktober 2014 ble det følgende prisvedlegget vedlagt:



[navn deltaker, rabattprosent, leiepris, pris per elev]

2.7.

I den første veiledende kunngjøringen datert 21. oktober 2014 ble følgende aktuelle spørsmål og svar gitt:

Generell merknad: Berlage Lyceum Amsterdam utgjør ikke en del av dette anbudet og er ikke deltaker her.

1

1.3 Oppdragets målsetning

Vi gleder oss til å sette i gang oppdraget sammen med dere. Vi skjønner derimot ikke godt nok hva dere ønsker med bakgrunn i anbudsdokumentet. Vi vil gjerne utarbeide ønskene deres slik at vi kan gi er mer spesifikt tilbud. Kan dere trekke inn dette dokumentet slik at vi kan ha en samtale?

*De deltakende skolene vil gjennomføre målsetningene slik som beskrevet i anbudsdokumentet, så snart som mulig. Det å trekke inn dokumentet og ha en samtale er derfor dessverre ikke mulig. Vi vil gjerne ha en samtale, men da etter anbudsprosessen. Samtalene som da finner sted, er med deltakeren med det beste tilbudet.*

2

4 Informasjon som skal leveres inn

Evalueringskriteriene er veldig abstrakte for oss. Vi skjønner ikke hvordan dere kan innfri kravene om objektivitet, åpenhet og proporsjonalitet med disse. Kan dere utdype dette?

Objektiviteten er garantert ved at vi håndterer en evalueringsramme som nok er litt abstrakt. Tilbud blir vurdert i henhold til denne rammen. Ved å utgi evalueringsrammen, er kravet om åpenhet innfridd. Det er ingen andre uforholdsmessigheter i resten av dokumentet.

4

4.5 Pris

Under møtet den 10. oktober sa dere at dere ikke forventet noen løsninger i tilbudene og at dere heller ikke ville vurdere noen løsninger som nevnes i tilbudene. Dere sa at deltakerne vil vurderes i henhold til hvordan de vil håndtere oppdraget. Hvordan kan vi tolke prisforespørselen innen denne rammen? Dreier den seg om løsningen (som ikke er kjent enda) eller om håndteringen?

*Dere trenger ikke å kommunisere en løsning enda, men dere kan godt tenke ut en og gi en pris. Vi går ut i fra at deltakerne har en løsning, men vi vil ikke vurdere den. Vi vurderer kun prisen.*

5

Side 5, par. 1.1

Når kan vi forvente en fullstendig oversikt over spesifikasjonen “Oversikt deltakere og tall”?

*Vi gjør så godt vi kan for å gi denne informasjonen. Vi håper å ha klarhet i dette så fort som mulig etter høstferien.*

7

Side 5 & 10, par. 1.1 & 2.9

Hvor sikkert er det at virkelig alle skolene som er oppgitt i spesifikasjonen “Oversikt deltakere og tall”, vil inngå avtalen?

*Det er aldri sikkert. Hver skole har mulighet til å avstå fra å inngå avtalen. En skole er da forpliktet til å organisere et endret anbud. Den korte tiden tatt i betraktning er ikke dette sannsynlig, men man kan aldri gi garantier.*

8

Side 5, par. 1.3.1

Under opplæringsmøtet fredag 10. oktober oppga dere at det kommer mer informasjon om prisen. Har dere alt mer tydelighet rundt dette?

*Det har imidlertid blitt publisert.*

10

Side 5, par. 1.3.1

Dere oppgir at beløpet per elev endres i henhold til kostnadene for skolenes opplæringspakke, kan dere opplyse nærmere om dette?

*Dersom den statlige godtgjørelsen i henhold til loven om gratis skolebøker reduseres, da skal kostnadene også reduseres. Dersom godtgjørelsen øker, da kan prisen per elev indeksreguleres.*

11

Side 5, par 1.3.1

Hvordan forholder det årlige faste beløpet per elev seg til kostnadene for opplæringsmiddelpakken per deltakende skole?

*Løsningen som er en realisering av målsetningene skal gis for det beløpet som skolene har tilgjengelig for opplæringsmidler for øyeblikket. For enkelte skoler er det beløpet lavere enn det beløpet som staten gir.*

18

Side 20, par 5.3

Delen “pris” vektlegges med 30 % i dette tilbudet. Vanligvis vektlegges prisen med maksimalt 10 % i BVP anbud. Kan dere forklare hvorfor dere har valgt denne fordelingen (70 % / 30 %)?

*De deltakende skolene synes prisen for opplæringsmidler er viktig, derfor har denne delen blitt betydelig vektlagt.*

2.8.

I den andre veiledende kunngjøringen datert 4. november 2014 står følgende:

(…)

Spørsmål 2

Gjelder spørsmål 8 under 1.

Med den nåværende situasjonen som utgangspunkt ber dere i prisvedlegget om en rabattprosent på konsumentprisen ved kjøp av opplæringsmidler. Med et bok-fond under egen forvaltning og et bok-fond som blir utkontraktert, blir det håndtert helt forskjellige rabattprosenter. Ønsker dere å gjøre forskjell på rabattprosenten ved et bok-fond under egen forvaltning og rabattprosenten ved et utkontraktert bok-fond? Videre faller digitalt opplæringsmateriale også under kjøp av opplæringsmidler. Marginen på digitale opplæringsmidler er derimot så forskjellig fra bokmaterialer at man ikke kan gi den samme rabatten for dette. Ettersom det er uforutsigbart hvor stort volum det digitale opplæringsmaterialet vil ha, ber vi dere om å etterspørre en egen rabatt for dette også.

Svar 2

Det har blitt publisert et endret prisvedlegg ved denne veiledende kunngjøringen.

Spørsmål 3

Gjelder spørsmål 10 og 11 under 1.

Beløpene som er nevnt i prisvedlegget er veldig forskjellige. Vi har inntrykk av at disse beløpene ikke kan sammenlignes med hverandre. Vi har også inntrykk av at hver skole har oppgitt disse tallene ut fra sin egen beregning som ikke kan sammenlignes direkte med de andre skolene. Hvordan skal vi tolke beløpene i prisvedlegget i henhold til påstanden deres om at realiseringen av målsetningen skal gjøres for det beløpet som skolene kan bruke på opplæringsmidler for øyeblikket? Kan dere forklare hvordan disse tallene har blitt satt sammen, og hvorfor de er så forskjellige? Inkluderer disse tjenesteytelse, kjøp-, leiepris og abonnementspriser?

Svar 3

Det har vist seg å være veldig vanskelig å presentere informasjonen på den samme måten. Derfor faller spørsmålet om en pris per elev for å realisere målsetningene til De Samarbeidende Skolene bort. I konkretiseringsfasen blir prisene per skole avgjort, hvor man vil ta hensyn til de kommuniserte utgangspunktene.

De oppgitte prisene blir vurdert som følger:

|  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- |
| Prisen | Kjennetegn | # poeng deltaker som oppfyller kjennetegnet | # poeng øvrige deltakere på denne delen |
| 1 | Høyeste rabatt | 5 | 0 |
| 2 | Høyeste rabatt | 5 | 0 |
| 3 | Høyeste rabatt / laveste lagring | 4 | 0 |
| 4 | Laveste lagring | 4 | 0 |
| 5 | Høyeste rabatt / laveste lagring | 3 | 0 |
| 6 | Høyeste rabatt / laveste lagring | 3 | 0 |
| 7 | Laveste rabatt | 6 | 0 |

2.9.

Ved den andre veiledende kunngjøringen ble det følgende prisvedlegget vedlagt:



[Rabattprosenter som gis for de forskjellige delene]

2.10.

I brev av 28. januar 2015 ga De Samarbeidende Skolene beskjed til Iddink at de har rangert tilbudet deres på andre plass, og at de vil starte konkretiseringsfasen med Van Dijk.

2.11.

Den 24. april 2015 tildelte De Samarbeidende Skolene en foreløpig rammeavtale til Van Dijk.

**3 Tvisten**

3.1.

Etter endring av kravet krever Iddink i en rettskraftig dom:

1

* -

a) at anbudsprosessen for levering av opplæringsmidler (med publikasjonsnummer 2014/S 195-344402) skal trekkes inn innen 48 timer etter denne dommen, eller innen en periode som dommeren bestemmer;

* -

b) forby at oppdraget i denne anbudsprosessen for levering av opplæringsmidler (med publikasjonsnummer 2014/S 195-344402) endelig tildeles til Van Dijk;

* -

c) at det organiseres et nytt anbud for oppdraget (med publikasjonsnummer 2014/S 195-344402) for skoleåret 2016/2017, eller i det første skoleåret som man rimeligvis kan organisere en ny anbudsprosess, så fremt De Samarbeidende Skolene fortsatt ønsker å tildele enda et oppdrag, i samsvar med det som blir bestemt i denne dommen. Og at de håndhever de kontraktene som gjelder nå, eller at disse blir forlenget frem til den nye anbudsprosessen har ført til en eller flere nye avtaler.

2

Avgjøre at De Samarbeidende Skolene, dersom ett eller flere av kravene under 1 blir innvilget, blir dømt til en tvangsmulkt på € 100 000 dersom dommen ikke etterleves, eller et beløp som dommeren bestemmer og som pålegges for hver dag, del av dagen og/eller hver gang som De Samarbeidende Skolene ikke etterlever dommen.

3

At saksøkte skal dømmes til å betale følgende til Iddink:

* -

a) etter-kostnader på € 131 uten offentlig kunngjøring som ment i paragraf 237 under 4. ledd Rv, forhøyet med et beløp på € 68 dersom den kunngjøres, og at det skal betales rente fra den åttende dagen dersom beløpet ikke er betalt; og

* -

b) saksomkostningene i denne prosessen og at det skal betales renter fra den åttende dagen dersom beløpet ikke er betalt.

**4 Vurderingen**

4.1.

Grunnen til at det haster følger av kravet.

4.2.

På grunnlag av den utdypende forklaringen som De Samarbeidende Skolene har gitt under den muntlige forhandlingen, står det fast at Berlage Lyceum ikke er deltaker i dette anbudet. Iddink hadde kunnet skjønne dette selv også på grunn av meldingen om dette fra De Samarbeidende Skolene i den første veiledende kunngjøringen. Det at Berlage Lyceum stod på oversikten som ble utgitt av De Samarbeidende Skolene, gjør ikke dette annerledes. Det ble nemlig ikke gitt noen elevtall av denne skolen. Iddink hadde derfor ikke trengt å tvile på beskjeden som ble gitt i den første veiledende kunngjøringen. Derfor er Iddinks krav mot Berlage Lyceum ubegrunnede og urettmessige. Iddinks krav mot Berlage Lyceum vil derfor avvises.

4.3.

I hovedsak gjelder Iddinks klager mot anbudsprosessen det følgende. Typen og omfanget av oppdraget er ikke avgrenset tydelig nok, hvor det har blitt brukt urettmessige tildelingskriterier. På grunn av måten som anbudet har blitt utformet på, vil det ifølge Iddink være en vurdering av kravene om man er egnet i stedet for en vurdering av tildelingskriteriene. Med hensyn til prisen har Iddink påstått at De Samarbeidende Skolene har brutt de generelle prinsippene i anbudsretten ved at de gjennomførte en vesentlig endring av tildelingskriteriet pris i informasjonsrundene. Ved endringen av prisvedlegget i den andre veiledende kunngjøringen har evalueringen blitt begrenset til en vurdering av rabattprosentene i den første perioden, i stedet for en vurdering av begge periodene. Prisen i den andre perioden skulle etableres i konkretiseringsfasen. Ved å forskyve prisbestemmelsen til konkretiseringsfasen, fører dette til urettmessige prisforhandlinger med, i dette tilfellet, Van Dijk.

4.4.

Det sentrale i tilsvaret fra De Samarbeidende Skolene omhandler i hovedsak at Iddink ikke har skjønt metodikken i Best Value Procurement (heretter: BVP). Ifølge De Samarbeidende Skolene blir det med metodikken i BVP nettopp appellert til partenes ekspertise. Det dreier seg der nettopp om at deltakerne kan utforme tilbudet sitt selv, hvoretter De Samarbeidende Skolene kan vurdere og rangere disse tilbudene. Klagene som Iddink har mot anbudet er ifølge De Samarbeidende Skolene i bunn og grunn at BVP-metodikken er utillatelig i en offentlig anbudsprosess. Det følgende vurderes.

4.5.

I motsetning til det som De Samarbeidende Skolene mener, er spørsmålet om BVP-metodikken er lovlig i en offentlig anbudsprosess ikke et spørsmål i denne saken. Det er ikke en påstand fra Iddink. Det det dreier seg om for Iddink, er at de mener at man ikke har innfridd kravene til de generelle prinsippene i anbudsretten innen denne BVP-metodikken. Det dreier seg altså om hvordan dette spesifikke anbudet har blitt innrettet. Det er fastslått at oppdragsgiveren skal vurdere om deltakerne innfrir de tekniske spesifikasjonene, kravene og normene som oppdragsgiveren har stilt, på grunnlag av paragraf 2.26 første del og 6. ledd av Anbudsloven (Aw). Dette innebærer at oppdragsgiveren må fastlegge spesifikasjoner, krav og normer som deltakerne vil bli vurdert etter. Oppdragsgiveren har i utgangspunktet frihet til å avgjøre tildelingskriteriene selv. Begrepet om nøyaktig hvor konkrete spesifikasjonene, kravene og normene skal være, er tøyelig. Derimot er oppdragsgiveren forpliktet til å formulere tildelingskriteriene på en slik måte at alle godt informerte og oppmerksomme deltakere er i stand til å tolke disse kriteriene på samme måte. I tillegg skal alle vilkårene og modalitetene i tildelingssystematikken gjøres kjent på forhånd på en tydelig, nøyaktig og utvetydig måte slik at det ikke er rom for favorisering eller vilkårlighet, og for å sikre at anbudsprosessen kan vurderes i ettertid. Dette fremkommer av likhets- og åpenhetsprinsippet.

4.6.

I dette tilfellet er beskrivelsen av oppdragets målsetninger (del 1.3 av anbudsdokumentet) så vagt at man ikke kan få et tydelig bilde av hva skolene nøyaktig ønsker og hva de forventer av oppdragstakerne. Under den muntlige forhandlingen har skolene nok en gang utdypet at de ikke ville se løsninger fra deltakerne (i form av en konkret plan for utføringen av oppdraget), men at de kun ville se hvordan deltakerne hadde tenkt å innfri målsetningene, slik som formulert i anbudsdokumentet. Det er vanskelig å forestille seg at en deltaker kan tydeliggjøre hvordan han vil innfri disse målsetningene uten en konkret plan. Målsetningene gir så lite støtte at muligheten er stor for at de forskjellige deltakerne ville tolke disse målsetningene totalt forskjellig, hvor det er fare for at dette vil føre til tilbud som ikke kan sammenlignes. Det må derfor konkluderes med at beskrivelsen av oppdragets innhold er ufullstendig konkretisert, og at det derfor ikke er tydelig nok hva som forventes av deltakerne. Dermed oppfyller ikke beskrivelsen av oppdraget og måten som anbudet er innrettet på, de kravene om åpenhet og likhet som nevnes under 4.5. I tillegg ville Iddink nettopp tilby en konkret løsning i tilbudet sitt, men fikk til svar fra De Samarbeidende Skolene at de ikke var interessert i dette (se den første veiledende kunngjøringen spørsmål 4 og svaret på det). Under den muntlige forhandlingen forklarte Iddink at de ønsket å tilby et såkalt "spotify-system", hvor skolene får tilgang til opplæringsmidler hvor de selv kan velge etter ønske og behov. Iddink har ikke beskrevet dette i tilbudet sitt som en følge av svaret de fikk fra De Samarbeidende Skolene i den veiledende kunngjøringen. Under den muntlige forhandlingen hevdet De Samarbeidende Skolene at dersom Iddink hadde tatt med dette i tilbudet sitt, hadde de ikke sittet her. Dette understreker uklarheten som har oppstått på grunn av måten som oppdraget er formulert på, hvor Iddink tydeligvis har blitt satt på feil spor av De Samarbeidende Skolene.

4.7

Konklusjonen er at det må komme en ny anbudsprosess fordi anbudet ikke innfrir kravene som stilles til det. I den nye anbudsprosessen skal De Samarbeidende Skolene formulere spesifikasjonene, kravene og normene for tildelingen av oppdraget mer konkret. Også innenfor disse rammene har De Samarbeidende Skolene nok rom til å "utfordre" deltakerne til å komme med fornyende forslag. Det er i seg selv mulig at en oppdragsgiver ikke har kunnskap nok til å kunne avgjøre hva slags løsning de nøyaktig trenger for oppdraget som legges ut for anbud, og at de vil overlate til deltakerne å tenke ut løsninger uten selv å formulere spesifikasjoner, krav og normer. Men det vil nok fort blir for diffust for et offentlig anbud. Til det har man prosedyren om konkurranserettet dialog som beskrevet i paragraf 2:28 Aw.

4.8

Med hensyn til endringene i prisvedlegget vurderes det følgende. Ifølge anbudsdokumentene vil i henhold til EMVI prisen utgjøre 30 % i evalueringen. I første omgang bestod prisen av to deler. Den første delen gjaldt overgangsfasen (periode 1), hvor deltakerne skulle gi en rabattprosent på konsumentprisen. Deltakerne kunne få maksimalt 15 poeng for dette. Den andre prisen som ble etterspurt, gjaldt utføringen av oppdragets målsetninger (periode 2, fasen etter overgangsfasen). Deltakeren med den laveste prisen per elev skulle også motta 15 poeng for denne delen. Periode 1 og periode 2 teller altså likt. I brev av 15. oktober 2014 ga De Samarbeidende Skolene beskjed om at de har endret prisvurderingen slik at deltakeren som ville gi den høyeste rabatten på konsumentprisen, skulle få 10 poeng, deltakeren med den laveste leieprisen per år 10 poeng, og til sist skulle det gis 10 poeng til deltakeren med den laveste prisen per elev (periode 2). Prisvedlegget ble endret i henhold til dette. Ved den siste endringen av prisvedlegget, ved den andre veiledende kunngjøringen, har komponenten som hadde sammenheng med periode 2 blitt fjernet. For den andre perioden trengte og kunne man ikke lenger oppgi en pris. Kun periode 1 ble til overs i evalueringen. Hvor tildelingskriteriet pris altså først gjaldt hele perioden (overgangsfasen, eller periode 1 og fasen etterpå, nemlig fase 2) gjelder det nå kun periode 1. Hvor periode 1 først utgjorde 15 % i sluttevalueringen, har det til slutt blitt 30 %. Det må også tas med i evalueringen at periode 1 er en overgangsperiode til en ny leveringsmåte av opplæringsmaterialer (som er anbudets målsetning) som kun er en liten del av perioden til hele oppdraget, slik at rabatten som ble gitt i denne perioden derfor fikk en altfor stor betydning i den totale evalueringen. Under disse omstendighetene er det snakk om en vesentlig endring av tildelingskriteriet pris, noe som er i strid med både prinsippet om lik behandling og åpenhetsplikten som følger av dette, og kravene om at emnet og tildelingskriteriene i offentlige anbud skal være beskrevet tydelig på forhånd. I tillegg er prisen for periode 2 tydeligvis noe som det kan forhandles om i konkretiseringsfasen, noe som er i strid med likhets- og åpenhetsprinsippet. Prisen skal nemlig være fastsatt ved innleveringen av tilbudet og kan ikke fastsettes i løpet av anbudsprosessen. De Samarbeidende Skolene har sagt at denne prisen for den andre perioden egentlig var fastsatt på grunn av skolenes budsjetter, men de har ikke kunnet tydeliggjøre at dette også er kjent for deltakerne.

4.9

Konklusjonen er derfor at De Samarbeidende Skolene må stanse anbudet og, dersom de ønsker å tildele dette oppdraget, må starte en ny anbudsprosess hvor oppdraget er beskrevet konkret nok slik at alle godt informerte og oppmerksomme deltakere kan tolke tildelingskriteriene på samme måte.

4.10

Ettersom De Samarbeidende Skolene har sagt at de frivillig vil etterleve dommen, er det ingen grunn til å knytte tvangsmulkt til dommen.

4.11

De Samarbeidende Skolene vil som tapende part dømmes til å betale saksomkostningene. Kostnadene for Iddink blir estimert til € 1 506,84 (€ 613 i administrasjonsgebyr, € 816 i advokatsalær og € 77,84 i kunngjøringskostnader).

**5 Avgjørelsen**

Dommeren :

5.1.

Avviser Iddinks krav mot Berlage Lyceum,

5.2.

Beslutter at anbudsprosessen for levering av opplæringsmidler (med publikasjonsnummer 2014/S 195-344402) skal trekkes inn innen 48 timer etter denne dommen,

5.3.

Forbyr at oppdraget i denne anbudsprosessen for levering av opplæringsmidler (med publikasjonsnummer 2014/S 195-344402) endelig tildeles til Van Dijk,

5.4.

Avgjør at De Samarbeidende Skolene, så fremt de fortsatt ønsker å tildele dette oppdraget, skal legge ut oppdraget for anbud på nytt, med etterleving av det som har blitt bestemt i denne dommen,

5.5.

Dømmer De Samarbeidende Skolene til å betale saksomkostningene, for Iddink estimert til € 1 506,84 frem til nå, som tillegges forsinkelsesrenter i henhold til paragraf 6:119 BW etter den åttende dagen etter kunngjøringen av denne dommen, helt til hele beløpet har blitt betalt,

5.6.

De Samarbeidende Skolene dømmes i tillegg til å betale saksomkostningene i forbindelse med denne saken; estimert til € 131 i advokatsalær, som skal økes med € 68 i advokatsalær for kunngjøringen, dersom beløpet ikke har blitt betalt innen 14 dager. Dette beløpet skal økes med renter i henhold til paragraf 6:119 BW etter den åttende dagen etter kunngjøringen av denne dommen, helt til hele beløpet har blitt betalt,

5.7.

Denne dommen er rettskraftig,

5.8.

Avviser alt det øvrige.

Denne dommen er avsagt av dommer R.J.B. Boonekamp og offentliggjort den 6. mai 2015. Faktum og begrunnelsen er registrert separat den 21. mai 2015.