



Klagenemnda for offentlige anskaffelser

Saken gjelder: De generelle prinsippene i loven § 4. Dialog. Begrunnelse.

Innklagede inviterte to leverandører til å levere tilbud på en leveranse av byggvareprodukter. Innklagede hadde brutt kravet til forutberegnelighet i lovens § 4 ved ikke å utarbeide et tilstrekkelig tilbudsgrunnlag. Klager fikk ikke medhold i at innklagede hadde brutt regelverket ved å innhente tilbud fra to leverandører. Klagers anførsler om at innklagede hadde brutt regelverket ved å gå i forhandlinger med valgte leverandør, førte ikke frem. Klager fikk heller ikke medhold i at det var gitt en mangelfull begrunnelse.

Klagenemndas avgjørelse 8. juli 2020 i sak 2019/497

Klager: Etnedal Byggsenter AS/Maxbo Etnedal

Innklaget: Etnedal kommune

Klagenemndas medlemmer: Bjørn Berg, Halvard Haukeland Fredriksen og Kjersti Holum Karlstrøm

Bakgrunn:

- (1) Etnedal kommune (heretter *innklagede*) sendte 6. november 2017 en forespørsel til to leverandører om å levere tilbud på en leveranse av byggvareprodukter for perioden 2018 og 2019. I forespørselen stod det:

«De forespurte er Byggmakker Skattum-Dokka og Maxbo Etnedal.

Hvis deres bedrift er interessert i å komme med et tilbud på en leveranseavtale, ber vi om at tilbud og betingelser sendes oss innen 20. november 2017.»

- (2) Innen utløpet av tilbudsfristen mottok innklagede tilbud fra begge de to nevnte leverandørene; Byggmakker Skattum-Dokka og Maxbo Etnedal.
- (3) Cirka ett år seinere, den 15. november 2018, sendte innklagede deretter en e-post til leverandørene og opplyste om følgende:

«Priser er innhentet fra begge leverandører, og vi gjør nå en siste vurdering før vi konkluderer og velger.

Vi gir dere derfor muligheten til å presentere både tilbud og opplegg som dere kan tilby oss.

Vi kommer gjerne til dere i et møte.»

- (4) I e-post av 9. januar 2019 ba innklagede deretter om priser på et utvalg produkter:

Postadresse
Postboks 511
Sentrum
5805 Bergen

Besøksadresse
Zander Kaaes gate 7
5015 Bergen

Tlf.: 55 19 30 00

E-post: post@knse.no
www.klagenemndssekretariatet.no

«Vi ønsker en siste sjekk av priser før vi skriver avtaler med Maxbo eller Byggmakker. Her er et lite utvalg vi ønsker priset basert på dagens prisliste og våre rabatter. (ref. tilbud fra dere)

Legg gjerne ved gjeldende prisliste pr. januar 2019».

- (5) Vedlagt e-posten fulgte en prisliste med 30 ulike produkter.
- (6) Innklagede meddelte i e-post av 18. februar 2019 at kontrakten var tildelt Byggmakker Skattum-Dokka (heretter *valgte leverandør*). Det ble opplyst at kontrakten var undertegnet 15. februar 2019. Av e-posten fremgikk blant annet følgende:

«Begge har levert oss sine komplette prislister, 2 ganger, og de har også gitt oss spesifikke priser på 30 utvalgte varer nå i januar måned. Vi har vært på besøk hos begge to, hvor begge har fått anledning til presentere seg som bedrift/leverandør og sine fortrinn som vår leverandør.

[...]

Vi har blant annet tatt med følgende i vår vurdering, - mulighet for bruk av en mer effektiv bestillingsrutine/bruk av nettbestilling, levering av varer raskt og effektivt, «lokallagermuligheter» og ikke minst pris. Vi har også tatt med i vurderingen det generelle inntrykket vi har dannet oss av de to som har vært aktuelle som leverandører.

MAXBO, - hadde en fordel mht. beliggenhet. (kort veg) De har også den mest fleksible leveringsløsningen. (utkjøring av varer)

Byggmakker, - hadde fordel mht. pris, effektiv bestilling/nettbestilling, en akseptabel leveringsløsning og de presenterte seg og sin bedrift på en veldig god måte.

Begge leverandørene hadde en «lokallagerløsning» som er god. (Lager av forbruksmateriell på Bruflat.)

Når vi summerer opp fakta og inntrykk, faller vi ned på å velge Byggmakker som vår leverandør av byggevarer. [...]»

- (7) Maxbo Etnedal (heretter *klager*) rettet en henvendelse til innklagede 19. februar 2019, hvor klager etterspurte dokumentasjon som viste hvilke forhold som var tillagt vekt ved evalueringen.
- (8) Innklagede besvarte henvendelsen 25. februar 2019. Vedlagt brevet fulgte anskaffelsesprotokollen, datert 8. februar 2019. Av denne fremgikk følgende:

«Prislistene har vært gjennomgått. Det har blitt innhentet et konkret pristilbud på ett sett varer, innen flere varegrupper. (Varegrupper som Mur, tre, gips, gulvbelegg, tettemasse, festemidler, tak, vindu, isolasjon). Det ble ved innhenting av siste gjeldene prisliste i januar 2019, samtidig forespurt spesifikt om tilbud på 30 ulike produkter. En «lett blanding» av «vanlige produkter», samt et spesifikt vindu. [...]

Totalt ligger BM ca. 10 % under Maxbo på prissammenligningen, når vi trekker ut vinduet hvor de har priset to ulike produkter.

[...]

Vi har også vært på besøk hos begge leverandører, og begge har fått anledning til å presentere seg og sin bedrift (se e-post av 15.11.) BM presenterte sin bedrift og det opplegget de kunne tilby oss, mens Maxbo svarte konkret ut våre spørsmål. (ingen presentasjon)

Mulighet for å kunne benytte Nettbutikk ved bestilling av varer ble tatt opp med begge leverandørene i møtene. BM har en oppgående nettbutikk som er åpen 24/7, mens Maxbo ikke har det. De har en form for nettbutikk, som ikke benyttes i særlig grad. («Det er vanskelig å finne fram der», var ordene de som de selv brukte om systemet sitt.)

Vi ser at beliggenhet av leverandørens butikk taler til fordel for Maxbo. De er nærmere Bruflat enn Byggmakker på Dokka, Byggmakker har faste leveringer til Etnedal 3 dager i uka. (mandag, onsdag, torsdag)

[...]

Konklusjon og valg

Når fordeler og ulemper med to leverandørene summeres opp, kommer Byggmakker best ut. Både når det gjelder det prismessige og opplegget de kan tilby med en velfungerende nettbutikk samt en god løsning på både frakt av varer til Bruflat og på «lokallager» av småvarer hos oss. Det er også klart at Maxbo har en bedre beliggenhet lokalt i Etnedal, hvor det er lettere «å stikke innom» etter det man trenger/mangler.»

- (9) Vedlagt brevet var også leveringsavtalen mellom innklagede og valgte leverandør. I punkt 1.1 («Avtalens varighet/oppsigelse») fremgikk det at «Avtalen går løpende med årlige evalueringsmøter og er gjeldende f.o.m. (1.mars 2019) ved signert avtale. Gjensidig oppsigelsestid av avtalen er 3 måneder».
- (10) Punkt 3.0 i avtalen gjaldt «Priser», hvor følgende var inntatt:

«3.1 Prisholdbarhet

Der hvor annet ikke er angitt i tilbudet gjelder generelt forbehold om prisstigning. Normalt foretas prisjusteringer to ganger årlig, 1. april og 1. oktober uten ytterligere varsel.

3.2 Prisjusteringer

Ved prisjustering fra våre leverandører må det påregnes en prisjustering på samme nivå med 1 mnd. varsel.

3.3 Priser

Der hvor annet ikke er avtalt baseres priser ut ifra den til enhver tid gjeldende prisliste som er tilgjengelige over nettløsning. I tillegg kan pris fil genereres på forespørsel, samt eksportfiler til kalkulasjonsprogram.

På større prosjekter eller enkeltstående større leveranser gis prosjektilbud i hvert enkelt tilfelle.»

- (11) Saken ble brakt inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser 8. august 2019.
- (12) Avtalen med valgte leverandør ble sagt opp med virkning fra 1. november 2019. Det er forklart at dette blant annet skyldtes at avtalen ikke var tidsbegrenset.
- (13) Nemndsmøte i saken ble avholdt 29. juni 2020.

Anførsler:

Klager har i det vesentlige anført:

- (14) Innklagede har handlet i strid med prinsippet om konkurranse i loven § 4 ved ikke å innhente tilbud fra et tilstrekkelig antall leverandører. Anskaffelse av byggevarer er en relativt generisk ytelse, og det foreligger ikke forhold som tilsier at hovedregelen om å kontakte minst tre leverandører ikke skal komme til anvendelse.
- (15) Innklagede har handlet i strid med prinsippene om forutberegnelighet og konkurranse ved å unnlate å utforme et konkurransegrunnlag/kontraktsvilkår som tilbyderne skulle basere seg på ved inngivelsen av tilbudene.
- (16) Innklagede har handlet i strid med de grunnleggende prinsippene i loven § 4 ved å vektlegge andre kriterier enn det som var kommunisert til tilbyderne. E-postene som ble sendt henholdsvis 15. november 2018 og 9. januar 2019, forutsatte at tilbudene ville bli evaluert på bakgrunn av pris. Av tildelingsbrevet fremgår det at innklagede, i tillegg til pris, vektla «Lokallager for småmateriell», «Nettløsning for bestilling» og «Levering av varer på døren».
- (17) Subsidiært anføres det at innklagede har brutt regelverket ved å anvende uklare tildelingskriterier som gir innklagede en ubegrenset skjønnsfrihet.
- (18) Innklagede har benyttet avtalevilkår som gjør det umulig å fastslå om kontrakten er tildelt tilbyderen som er best på pris. Dette utgjør et brudd på de grunnleggende prinsippene om konkurranse og likebehandling.
- (19) Innklagede har handlet i strid med regelverket ved å kun gå i forhandlinger med valgte leverandør, og la valgte leverandør diktere kontraktsvilkårene.
- (20) Innklagede har gitt en mangelfull begrunnelse.
- (21) Klagenemnda bes om å uttale seg om vilkårene for erstatning er oppfylt.

Innklagede har i det vesentlige anført:

- (22) Det bestrides at innklagede har handlet i strid med regelverket ved å innhente tilbud fra to leverandører. På tidspunktet forespørselen ble sendt ut, var det fem leverandører i lokalområdet. Bare to av disse var aktuelle kjeder som kunne levere varer til Bruflat på en akseptabel måte med kort varsel.
- (23) Det bestrides at det er handlet i strid med de grunnleggende prinsippene i loven § 4. Begge leverandørene fikk mulighet til å komme med «sine beste priser», og beskrive sine fordeler som leverandør. Pris var utslagsgivende for valg av leverandør. Valgte leverandør lå ca. 10 % under klager på prissammenligningen. Dette kriteriet ble

tilbyderne gjort kjent med på forhånd. Anskaffelsen er altså gjennomført i tråd med det som ble kommunisert til partene.

- (24) Det bestrides at vilkårene i leveranseavtalen utgjør brudd på prinsippene om konkurranse og likebehandling. Det er ikke inngått en eksklusiv avtale. Innklagede kan godta prisene, eller handle hos alternative leverandører om prisene ikke er rimelige.
- (25) Det bestrides at innklagede har brutt regelverket ved å gjennomføre forhandlinger med valgte leverandør. Klager ble ikke tildelt kontrakten, og det var derfor ikke grunn til å forhandle om den med klager.
- (26) Det er gitt en begrunnelse som oppfyller regelverkets krav.

Klagenemndas vurdering:

- (27) Klager har deltatt i konkurransen, og har saklig klageinteresse, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Konkurransen gjelder levering av byggvareprodukter, som er en vareanskaffelse. Anskaffelsens verdi er estimert til under 500 000 kroner. I tillegg til lov om offentlige anskaffelser av 17. juni 2016 nr. 73 følger anskaffelsen derfor forskrift om offentlige anskaffelser av 12. august 2016 nr. 974 del I, jf. forskriften § 5-1.

Kravet til konkurranse i loven § 4

- (28) Klager anfører at innklagede har brutt regelverket ved kun å innhente tilbud fra to leverandører.
- (29) Loven og forskriften del I inneholder ingen formelle krav til anskaffelsesprosedyre. Oppdragsgiver har dermed et stort handlingsrom ved valg av fremgangsmåte. Det følger imidlertid av kravet til konkurranse i loven § 4 at enhver anskaffelse så langt det er mulig skal være basert på konkurranse. Klagenemnda har tidligere lagt til grunn at oppdragsgiver som hovedregel bør kontakte minst tre leverandører, men at dette ikke kan gjelde absolutt. Avgjørende er en konkret vurdering i det enkelte tilfelle, hvor blant annet arten, verdien og betydningen av anskaffelsen vil spille en rolle, jf. blant annet klagenemndas sak i 2015/23, avsnitt 14 med videre henvisinger til sak 2010/253 og sak 2009/6.
- (30) Innklagede kontaktet to leverandører, hvorav begge innga tilbud. Klagenemnda forstår innklagede på den måten at det ikke bestrides at det fantes andre leverandører i nærområdet – men at det per november 2017 kun var to av disse som var aktuelle på grunn av geografisk nærhet til Bruflat med faste kjøredager. Anskaffelsen gjaldt en leveranseavtale av byggvareprodukter hvor varene skulle leveres på kort varsel til Bruflat. Dette setter rammer for hvilke leverandører som er aktuelle. Anskaffelsen hadde videre en estimert verdi på under 500 000 kroner ekskl. mva.
- (31) Klagenemnda kan på denne bakgrunn ikke se at innklagede har brutt kravet om konkurranse i loven § 4 ved å kun henvende seg til to leverandører.

Kravet til forutberegnelighet i loven § 4

- (32) Klager anfører at innklagede har brutt regelverket ved ikke å utarbeide et tilstrekkelig grunnlag for innlevering av tilbud. Nærmere bestemt viser klager til at det ikke var angitt

hvordan tilbudene ville bli evaluert, og at det ikke fremgikk hvilke kontraktsvilkår som ville gjelde for oppdraget.

(33) Den aktuelle konkurransen er som nevnt gjennomført som en del I-anskaffelse. I denne delen av forskriften finnes det ikke særskilte bestemmelser om utforming av konkurransegrunnlag, herunder tildelingskriterier og kontraktsvilkår. Konkurransen må likevel gjennomføres i tråd med prinsippene i loven § 4, herunder prinsippet om forutberegnelighet. Det innebærer at det må gis tilstrekkelige opplysninger til at tilbyderne har et forsvarlig grunnlag for å inngi tilbud, og at det må opplyses på en tilstrekkelig klar måte hvilke momenter som vil bli vektlagt ved tildelingen. Videre følger det av kravet til forutberegnelighet at oppdragsgiver må forholde seg til de opplysningene som er gitt i prosessen.

(34) I tilbudsinvitasjonen som ble sendt til leverandørene 6. november 2017, stod det følgende:

«Etnedal kommune ønsker å vurdere muligheten for å inngå en avtale med en leverandør av byggvareprodukter for leveranser i perioden 2018 og 2019.

[...]

Hvis deres bedrift er interessert i å komme med et tilbud på en leveranseavtale, ber vi om at tilbud og betingelser sendes oss innen 20. november 2017».

(35) Tilbudsinvitasjonen gir ingen opplysninger om hva innklagede vil ta utgangspunkt i ved tildeling av kontrakt. Det var ikke utarbeidet ytterligere anskaffelsesdokumenter som grunnlag for å levere tilbud, eller spesifisert noe om omfanget eller behovet for den aktuelle tjenesten. Leverandørene som ble invitert til å levere tilbud kunne – ut fra de opplysningene som ble gitt – ikke vite hvilke forutsetninger de skulle basere tilbudene på, eller hva innklagede ville legge vekt på ved vurderingen av tilbudene. Først omtrent ett år etter at tilbudene var inngitt, ble det gitt informasjon som tilsa at pris ville bli vektlagt. Av tildelingsbeslutningen fremgikk det imidlertid at innklagede, i tillegg til pris, vektla «Lokallager for småmateriell», «Nettløsning for bestilling» og «Levering av varer på døren».

(36) Etter nemndas oppfatning har innklagede med dette gjennomført anskaffelsen på en måte som er i strid med prinsippet om forutberegnelighet i loven § 4.

(37) Bruddet som klagenemnda har konstatert, kan ha påvirket resultatet av konkurransen, og gir følgelig grunnlag for tilbakebetaling av klagegebyret, jf. klagenemndsforordningen § 13.

Dialog

(38) Klager anfører at innklagede har brutt de grunnleggende prinsippene i loven § 4 ved kun å gå i forhandlinger med valgte leverandør, og la valgte leverandør diktere kontraktsvilkårene.

(39) Forskriften del I inneholder i utgangspunktet ingen bestemmelser som regulerer oppdragsgivers adgang til å gå i dialog med leverandørene. Der oppdragsgiver, i anskaffelser som følger forskriften del I, velger å gå i dialog med leverandørene, legger klagenemnda likevel til grunn at denne dialogen må skje innenfor de grunnleggende prinsippene om likebehandling og etterprøvnbarhet i loven § 4. Videre er det i prinsippet

ikke noe i veien for at oppdragsgiver tar utgangspunkt i leverandørens kontraktsvilkår, så lenge man også her holder seg innenfor prinsippene i loven § 4.

- (40) Begge de to leverandørene som var invitert til å levere tilbud på avtalen, ble henholdsvis invitert til, og gjennomførte møter med innklagede. Slik nemnda forstår klager, knytter anførselen seg til de forhandlingene som innklagede gjennomførte med valgte leverandør etter at kontrakten var tildelt.
- (41) Innklagede har forklart at de gjennomførte forhandlinger med valgte leverandør om kontraktsvilkårene. Klager ble ikke invitert til tilsvarende forhandlinger fordi de ikke ble tildelt kontrakten. Klagenemnda kan ikke se at innklagede med dette har brutt de grunnleggende prinsippene om likebehandling og etterprøvbarhet i loven § 4. Klager har heller ikke vist hvordan det utgjør et brudd på prinsippet om likebehandling at man tok utgangspunkt i valgte leverandørs kontraktsvilkår i forhandlingene.

Kravet til etterprøvbarhet i loven § 4

- (42) Klager anfører at innklagede har brutt regelverket ved å gi en mangelfull begrunnelse for valg av leverandør. Klager viser til at innklagede ikke har gitt informasjon om samtlige forhold som er tillagt vekt ved evalueringen av tilbudene.
- (43) Som nevnt følger anskaffelsen del I. I denne delen av forskriften finnes ingen særskilte regler om oppdragsgivers begrunnelsesplikt. Det følger imidlertid av kravet til etterprøvbarhet i loven § 4, at oppdragsgiver – også i konkurranser etter forskriften del I – bør gi en begrunnelse for valg av leverandør som gjør det mulig å bedømme hvorvidt tildelingen har skjedd i tråd med regelverket, jf. klagenemndas avgjørelse i sak 2019/90, avsnitt 36 med videre henvisninger. Det avgjørende er om oppdragsgiver, ved gjennomføringen av anskaffelsen, har overholdt det overordnede prinsippet om etterprøvbarhet i loven § 4.
- (44) Innklagedes begrunnelse for valg av leverandør i tildelingsbrevet datert 18. februar 2019, er utfyllende, og viser etter nemndas syn hvilke konkrete forhold som gjorde at oppdragsgiver bedømte valgte leverandørs tilbud som det beste. Det ble også gitt en utfyllende begrunnelse for valg av leverandør i anskaffelsesprotokollen.
- (45) Klagers anførsel om brudd på regelverket på dette punkt, kan ikke føre frem.

Konklusjon:

Etnedal kommune har brutt lovens § 4 ved ikke å utarbeide et tilstrekkelig tilbudsgrunnlag. Klagers øvrige anførsler har ikke ført frem.

For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,

Bjørn Berg

Dokumentet er godkjent elektronisk