



Klagenemnda for offentlige anskaffelser

Saken gjelder: Avlysning av konkurransen. Taushetsplikt.

Troms og Finnmark fylkeskommune publiserte en frivillig kunngjøring for inngåelse av kontrakt om prosjektledelse og bistand til utarbeidelse av sikkerhetskonsept for tunnelsystemet på Tromsøya. Konkurransen ble avlyst etter tildeling. Begrunnelsen var at priskriteriet hadde blitt endret i strid med de grunnleggende prinsippene i anskaffelsesloven § 4. Klagers anførsel om at innklagede hadde brutt regelverket ved å avlyse konkurransen, førte ikke frem. Klagenemnda kom til at innklagede hadde brutt forskriften § 7-4 ved å informere om leverandørenes prisstrukturer (timerater).

Klagenemndas avgjørelse 23. februar 2021 i sak 2020/666

Klager: Red Consulting AS

Innklaget: Troms og Finnmark fylkeskommune

Klagenemndas medlemmer: Finn Arnesen, Marianne Dragsten og Elisabeth Wiik

Bakgrunn:

- (1) Troms og Finnmark fylkeskommune (heretter *innklagede*) kunngjorde 11. februar 2020 en frivillig kunngjøring for inngåelse av kontrakt om prosjektledelse og bistand til utarbeidelse av sikkerhetskonsept for tunnelsystemet på Tromsøya. Tilbudsfrist var i kunngjøringen punkt IV.2.2) satt til 2. mars 2020, klokken 23:55.
- (2) I konkurransegrunnlaget var anskaffelsen beskrevet slik:

«Etter gjennomført branntilsyn i tunnelsystemet på Tromsøya er det gitt avvik for utilstrekkelig dokumentasjon av brannsikkerhet i tunnelobjektet. Dokumentasjon som ble utarbeidet på tunnelenes byggetidspunkt er ikke lenger tilstrekkelig etter dagens regelverk, hvor det er et langt større fokus på sikkerhetstenking og risikostyring. I denne forbindelse er det besluttet at det skal arbeides med å dokumentere brannsikkerhet for hele tunnelsystemet (se vedlegg 1 - oversikt over hele tunnelsystemet), i form et "sikkerhetskonsept" / "brannkonsept". Denne typen dokumentasjon er ikke tradisjonelt assosiert med vegtunneler, men heller brannteknisk prosjektering etter byggteknisk forskrift. Det må derfor påregnes endel utviklingsarbeid i forbindelse med dette prosjektet.

Formålet med dette oppdraget er å innhente prosjektleder som skal ha ansvar for å utarbeide et sikkerhetskonsept for hele tunnelsystemet (inkl. parkeringsanlegget) i tråd med byggherre og lokal brannvernmyndighet sine ønsker og behov.»

- (3) Omfanget av prosjektleders oppgaver var beskrevet slik:

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

«Innleid konsulent vil tiltre i rollen som byggherrerepresentant og prosjektleder for utarbeidelse av et helhetlig «sikkerhetskonsept» for tunnelsystemet. Dette vil omfatte følgende:

- Være ansvarlig for å utarbeide et «sikkerhetskonsept» (skal leveres som rapport) i samsvar med krav fra byggherre og lokal brannvernmyndighet. Sluttproduktet har som mål å: 1) få endelig fastsatt om sikkerhetstiltakene som eksisterer i tunnelen i dag er tilstrekkelig til å opprettholde trafikk, uten restriksjoner. 2) få fastsatt behov for tiltak samt å få produsert/framskaffet tilstrekkelig dokumentasjon for å etablere en framtidig godkjent, driftssikker, pålitelig og kostnads-optimalisert sikkerhetsutrustning for tunnelsystemet på Tromsøya.
- Utarbeide konkurransegrunnlag for kjøp av følgende produkter og tjenester som skal inngå som en del av «sikkerhetskonseptet» ;1) 3D-modellering av tunnelsystemet og 2) simulering av ventilasjon- og evakueringsscenarioer som er besluttet som dimensjonerende for byggverket. Rammeverk og krav for dette oppdraget fastslås i samråd med byggherre.
- Evaluere tidligere utført risikoanalyse for tunnelsystemet og fastslå hvorvidt denne gir et tilstrekkelig beslutningsgrunnlag til risikostyring for det aktuelle tunnelobjektet. Rapport skal revideres av konsulent dersom det er behov. Det skal gis klare anbefalinger for hvilke sikkerhetstiltak som bør implementeres i forbindelse med framtidig oppgradering av tunnelsystemet.
- Administrere utarbeidelse av driftsrapport og beredskapsanalyse i samarbeid med relevant personell fra byggherre (TFFK) og aktører fra lokal beredskap. Begge rapporter (produkt) skal inngå som en del av «sikkerhetskonseptet» for tunnelsystemet.
- Bistå med faglig veiledning for utarbeidelse av beredskapsplan.
- Bistå som faglig støtte for byggherre gjennom hele prosessen.

Det er budsjettert med et timesomfang på 230 timer for å fullføre arbeidet som beskrevet ovenfor.»

- (4) Kontrakt skulle ifølge konkurransegrunnlaget tildeles på grunnlag av kriteriene «Pris» (vektet 30 prosent) og «Kvalitet» (vektet 70 prosent).
- (5) Under opplistingen av tildelingskriteriene var det inntatt en tabell med en produktoversikt:

| Produkter | | | | | | |
|-----------|-------------|---------------|-------------------|--------|---------|-----|
| Kategori | Beskrivelse | Leveringsdato | Est. stk. kostnad | Mengde | Enheter | Sum |
| | | | | | | |

| | | | | | | |
|------------------------------|---|------------|------|------|--|------|
| <i>Konkurranses grunnlag</i> | <i>Konkurranses grunnlag for anskaffelse av 3D modellering av tunnelsystemet og simulering av brann/evakueringsscenarioer</i> | | 0,00 | 1,00 | | 0,00 |
| <i>Rapport</i> | <i>Beredskapsanalyse (utarbeides i samarbeid med byggherre og lokale nødetater)</i> | | 0,00 | 1,00 | | 0,00 |
| <i>Rapport</i> | <i>Driftsrapport for tunnelsystemet (utarbeides i samarbeid med byggherre)</i> | | 0,00 | 1,00 | | 0,00 |
| <i>Rapport</i> | <i>Revidert utgave av risikoanalyse (vedlagt)</i> | | 0,00 | 1,00 | | 0,00 |
| <i>Rapport</i> | <i>Sikkerhetskonsept for tunnelsystemet (rapport)</i> | 30.06.2020 | 0,00 | 1,00 | | 0,00 |
| <i>Total sum</i> | | | | | | 0,00 |

- (6) Innklagede mottok 2. mars 2020, før utløpet av tilbudsfristen, en henvendelse fra Asplan Viak AS, der det blant annet stod:

«Asplan Viak har meldt interesse for konkurransen og vi hadde intensjon om å gi tilbud. Vi har imidlertid kommet frem til at vi ikke kan gi pris, og ønsker i den forbindelse å gi en tilbakemelding til oppdragsgiver. Vår vurdering er at konkurransens utforming medfører så stor risiko for oss, at vi ikke kan gi tilbud.

[...]

Det konkurreres på fastpris på "produktene" som skal leveres. Timepris skal ikke angis. Anslått budsjett på 230 timer for 5 ulike "produkter", dvs. ca. 1 ukes arbeid per "produkt." Beskrivelsen angir også at "det må påregnes en del utviklingsarbeid." Omfang av arbeidene er for en stor del avhengig av andre (TFFK og nødetatene, samt rådgivere), i tillegg må det påregnes utviklingsarbeid. Dette medfører svært stor risiko for at man ikke vil treffe med timeanslag. Fastpris må ta høyde for denne risikoen. Dette medfører igjen høy risiko for at tilbudet blir for dyrt for at oppdragsgiver kan akseptere det.

[...]

Vår henstilling til oppdragsgiver Troms og Finnmark fylkeskommune er derfor at for denne type oppdrag burde det vært utlyst som konkurranse på timepris med et antatt omfang (230 t) i stedet for fastpris. Kontrakt på medgått tid gir muligheter for oppdragsgiver til å justere omfang og kvalitet undervegs, noe vi mener det vil være behov for her.»

(7) Til Asplan Viak AS svarte innklagede:

«Det er ment å konkurrere på timepris hos leverandørene med et antatt omfang på 230 timer, altså ikke en absolutt tid, i.e. fastpris. Dette framkommer muligens noe dårlig i konkurransegrunnlaget, noe vi beklager. Kontrakt vil være på medgått tid, da det er forventet å måtte justere på omfang og kvalitet underveis, slik du beskriver i vedlagt tilbakemelding.»

(8) Foranlediget av henvendelsen, publiserte innklagede 2. mars 2020, klokken 15:31 følgende melding i Mercell:

«På bakgrunn av innkommet spørsmål angående konkurranse på pris ønsker oppdragsgiver å presisere at det ikke konkurreres på fastpris på dette oppdraget. Kontrakt vil være på medgått tid med et antatt omfang på 230 timer. Det er kun ønskelig å få oppgitt estimert timepris fra leverandørene.»

(9) Tilbudsfristen ble samtidig forlenget til 4. mars 2020 klokken 12:00. Meldingen om dette ble publisert i Mercell klokken 16:41.

(10) Det ble mottatt seks tilbud, blant annet fra Red Consulting AS (heretter *klager*) og Søvik Consulting.

(11) Som følge av Covid-19, ble det anmodet om forlenget vedståelsesfrist iht. forskriften § 8-15 tredje ledd. Alle tilbyderne, foruten om én, aksepterte forlenget vedståelsesfrist.

(12) I brev av 6. mai 2020 informerte innklagede om at kontrakten var tildelt klager. Søvik Consulting var innstilt som nr. 2. Vedlagt fulgte en oversikt over poengfordelingen, der det fremgikk at klager hadde oppnådd 9,14 poeng mot Søvik Consulting sine 8,84 poeng. På priskriteriet hadde klagers tilbud fått 8,9 poeng mot Søvik Consulting sine 7,4 poeng. Det var opplyst at det var *«svært tett konkurranse mellom to av tilbyderne, noe som medførte en sekundær evalueringsrunde, spesifikt til kun disse tilbudene.»*

(13) I klage av henholdsvis 15. og 28. mai 2020 påpekte Søvik Consulting at det forelå flere alvorlige feil i konkurransen som medførte en avlysningsplikt.

(14) Innklagede avlyste konkurransen 16. juni 2020. Avlysningen var begrunnet i flere forhold. For det første ble det vist til at det ikke ble foretatt en presisering av priskriteriet, men i realiteten en endring fra fastpris til timespris – en endring som ble meddelt på slutten av arbeidsdagen samme dag som tilbudsfristen løp ut, og tilbudsfristen ble kun forlenget med én og en halv dag. For det andre viste innklagede til at det ikke var tatt med informasjon om gjeldende kontraktsvilkår. På grunn av kompleksiteten i det som skulle anskaffes og usikkerheten knyttet til arbeidsomfang, var dette i strid med prinsippet om forutberegnelighet i loven § 4. Innklagede bedømte det slik at det forelå en risiko for at feilene kunne ha påvirket valget av leverandør, og for at potensielle tilbydere kunne ha avstått fra å delta i konkurransen.

(15) Klager påklaget avlysningen av konkurransen i e-post av henholdsvis 17., 22. og 27. juni 2020. Klagen ble ikke tatt til følge.

(16) Klagen ble brakt inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser 4. september 2020.

(17) Nemndsmøte i saken ble avholdt 22. februar 2021.

Anførsler:

Klager har i det vesentlige anført:

- (18) Innklagede har avlyst konkurransen på uriktig grunnlag, og avlysningen var dermed i strid med regelverket.
- (19) Innklagede har utlevert prisstrukturen (timerater) til samtlige leverandører i tildelingsbrevet. Dette skulle vært skjermet av konkurransehensyn, og utgjør følgelig et brudd på regelverket.
- (20) Klagenemnda bes om å uttale seg om innklagede er erstatningspliktig for negativ kontraktsinteresse.

Innklagede har i det vesentlige anført:

- (21) Innklagedes avlysning av konkurransen var saklig begrunnet og lovlig.
- (22) Innklagede har ikke brutt taushetsplikten.
- (23) Vilkårene for erstatning for negativ kontraktsinteresser er ikke oppfylt.

Klagenemndas vurdering:

- (24) Klager har deltatt i konkurransen, og har saklig klageinteresse, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Konkurransen gjelder utarbeidelse av sikkerhetskonsept for tunnelsystem, som er en tjenesteanskaffelse. Innklagede har opplyst at anskaffelsen har en anslått verdi på 345 000 kroner ekskl. mva. I tillegg til lov om offentlige anskaffelser 17. juni 2016 nr. 73 følger anskaffelsen forskrift om offentlige anskaffelser 12. august 2016 nr. 974 del I, jf. forskriften §§ 5-1 og 5-3.

Avlysning

- (25) Klager har anført at innklagede har handlet i strid med regelverket ved å avlyse konkurransen. Ifølge klager sa ikke konkurransegrunnlaget noe om fastpris eller timespris, slik at det ikke ble foretatt en endring av konkurransegrunnlaget i strid med anskaffelsesloven § 4.
- (26) For konkurranser som følger forskriften del II og del III kan oppdragsgiver avlyse konkurransen med øyeblikkelig virkning dersom det foreligger «*saklig grunn*», jf. forskriften §§ 10-4 (1) og 25-4 (1). Loven og forskriften del I har ingen tilsvarende regler om saklig grunn til avlysning av konkurransen. Bakgrunnen for at det i forskriften del II og III kreves saklig grunn, henger sammen med leverandørenes interesser vurdert i lys av de alminnelige prinsippene for offentlige anskaffelser som ligger til grunn for anskaffelsesregelverket, herunder hensynet til forutberegnelighet. Dette vil eksempelvis ramme konkurranser som ikke fullt ut er reelle, men som bare har til hensikt å teste markedet, se henholdsvis Rt. 2001 473 (Concord II) og HR 2019-1801-A (Fosen-Linjen). I denne saken er vi ikke i et tilfelle der innklagede så ut til å teste markedet.
- (27) Slik konkurransegrunnlaget var utformet, er ikke klagenemnda enig med klager i at det utelukkende ble foretatt en presisering av priskriteriet. Konkurransegrunnlaget ba opprinnelig om pris på fem ulike produktkategorier. For hver kategori var det oppgitt mengde «*I*». For en rimelig opplyst og normalt påpasselig tilbyder må det ha fremstått

slik at det skulle inngis en fastpris for hver av de ulike produktene/leveransene. Angivelsen av at det var budsjettert med et timesomfang på 230 timer, indikerer ikke nødvendigvis at leverandørene skulle fakturere for medgått tid.

- (28) Når innklagede – samme dag som tilbudsfristen utløp – meddelte at det ikke skulle konkurreres på fastpris, men på timespris med et antatt omfang på 230 timer, ble det foretatt en endring av prisgrunnlaget, som knytter seg til grunnleggende forutsetninger for konkurransen og leverandørens utforming av tilbudene. Hvorvidt det konkurreres på fastpris eller timespris har stor betydning for leverandørens vurdering av risiko. Tilbudsfristen ble samtidig kun utvidet med én og en halv dag. Klagenemnda antar at det neppe ville gitt andre potensielle leverandører tilstrekkelig tid til å sette seg inn i konkurransen og inngi tilbud, forutsatt at leverandøren overhode mottok og leste endringsmeldingen.
- (29) Klagenemnda kan etter dette ikke se at innklagede, i et tilfelle som det foreliggende, har brutt regelverket ved å avlyse konkurransen.
- (30) Klagenemnda finner ikke grunn til å ta stilling til klagers anførsel om erstatning.

Taushetsplikt

- (31) Klager har anført at innklagede har brutt regelverket ved å informere om leverandørens prisstrukturer (timerater). Etter klagers oppfatning skulle tilbudsopplysninger knyttet til priser vært skjernet av konkurransehensyn.
- (32) Vedlagt tildelingsbrevet datert 6. mai 2020 fulgte en oversikt over poengfordelingen mellom leverandørene. Opplysningene som ble gitt, gjorde det tilsynelatende mulig for leverandørene å regne seg fram til hverandres respektive timerater.
- (33) I henhold til forskriften § 7-4 plikter oppdragsgiver og dennes ansatte å hindre at andre får adgang eller kjennskap til opplysninger om «drifts- eller forretningsforhold som det vil være av konkurransemessig betydning av å hemmeligholde av hensyn til den som opplysningen angår», jf. forvaltningsloven § 13.
- (34) Det er på det rene at prisinformasjonen i denne saken gjelder tilbydernes forretningsforhold.
- (35) Hva som utgjør opplysninger av konkurransemessig betydning å hemmeligholde må vurderes konkret, se blant annet klagenemndas avgjørelse i sak 2012/9, avsnitt 49.
- (36) Som hovedregel kan de innkomne tilbudenes totalpriser ikke anses som en forretningshemmelighet. Dette henger sammen med at totalprisen i et tilbud normalt er en funksjon av en rekke priskomponenter. Tilsvarende må gjelde for evalueringspriser, jf. klagenemndas sak 2015/143. Klagenemnda uttalte i avsnitt 50 at vurderingen imidlertid vil bli en annen dersom innsyn i total- eller evalueringsprisene gjør det mulig for en leverandør å regne seg frem til konkurrentenes enhetspriser. Enhetspriser vil lett bli ansett som opplysninger som det er av konkurransemessig betydning å hemmeligholde, jf. sak 2011/326 med videre henvisninger.
- (37) Konkurransen gjaldt som nevnt anskaffelse av én konsulent for å utarbeide et sikkerhetskonsept for tunnelsystemet på Tromsøya. Når det i et slikt tilfelle gis opplysninger som gjør det mulig for leverandørene å regne seg frem til konsulentenes

respektive timerater, finner klagenemnda at det her er gitt opplysninger som det er av konkurransemessig betydning å hemmeligholde jf. forskriften § 7-4, jf. forvaltningsloven § 13. Innklagede har dermed brutt regelverket ved oppgi disse opplysningene i tildelingsbrevet.

Konklusjon:

Troms og Finnmark fylkeskommune har brutt forskriften § 7-4 ved å utlevere opplysninger som det var av konkurransemessig betydning å hemmeligholde.

Klagers anførsel om brudd på regelverket ved å avlyse konkurransen, førte ikke frem.

For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,

Marianne Dragsten

Dokumentet er godkjent elektronisk