



Klagenemnda for offentlige anskaffelser

Saken gjelder: Innsyn/taushetsplikt.

Innklagede gjennomførte en åpen tilbudskonkurranse for anskaffelse av ombygging av Volda Sjukehus. Klagenemnda kom til at innklagede hadde utgitt fortrolige opplysninger om klagers tilbud til valgte leverandør i strid med forskriften § 9-3 (5). Etter en konkret vurdering konkluderte nemnda med at innklagede ikke var forpliktet til å avlyse konkurransen som følge av dette regelbruddet.

Klagenemndas avgjørelse 10. juni 2021 i sak 2021/683

Klager: Ivar Aambakk AS

Innklaget: Sykehusinnkjøp HF

Klagenemndas

medlemmer: Bjørn Berg, Karin Fløistad og Kristian Jåtog Trygstad

Bakgrunn:

- (1) Sykehusinnkjøp HF (heretter *innklagede*) kunngjorde 17. desember 2020 en åpen tilbudskonkurranse for anskaffelse av ombygging av Volda Sjukehus. Anskaffelsens verdi ble estimert til 34 millioner kroner. Tilbudsfristen var 19. februar 2021.
- (2) Det ble konkurrert om å levere tilbudet med det beste forholdet mellom pris og kvalitet, basert på tildelingskriteriene «*Pris*» (vektet 80 prosent) og «*Kvalitet*» (vektet 20 prosent).
- (3) Innen tilbudsfristen mottok innklagede tilbud fra Ivar Aambakk AS (heretter *klager*) og Christie & Opsahl AS.
- (4) I brev av 4. mars 2021 opplyste innklagede at det ville gjennomføres dialog med klager og Christie & Opsahl AS. Leverandørenes samlede tilbudspris var oppgitt sammen med informasjon om hvordan tilbudene foreløpig var vurdert på kvalitetskriteriet. Klagers foreløpige uttelling på kvalitetskriteriet var 8 poeng, mens Christie & Opsahl AS' hadde fått 6 poeng. Poengscoren ble ledsaget av følgende tilbakemelding:

«Det er på kvalitet innlevert gode beskrivelser og det er derfor oppnådd gjennomsnittlig god og jevn score. Ivar Aambakk oppnår høyest poengsum da de har tatt med byggetid og de har mer utfyllende beskrivelse av hvordan de tekniske fagene planlegger gjennomføring av prosjektet.»
- (5) I den samlede vurderingen av tildelingskriteriene hadde klager fått en vektet score på 9,60, mens Christie & Opsahl AS hadde fått en vektet score på 9,05.
- (6) Totalprisen bestod opprinnelig av 89 prislinjer, inkludert opsjoner, som leverandørene fylte ut. I leverandørenes reviderte tilbud var 13 av disse prislinjene tatt ut.

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

- (7) I tildelingsbrevet 26. mars 2021 meddelte innklagede at kontrakt var tildelt Christie & Opsahl AS (heretter *valgte leverandør*).
- (8) Resultatet av konkurransen var følgende:

Leverandør:	Christie & Opsahl AS	Ivar Aambakk AS
Score på pris	10,00	9,62
Vektet score på pris (80 %)	8,00	7,69
Score på kvalitet	7,75	8,25
Justert score (poeng)	9,23	10,00
Vektet score kvalitet (20 %)	1,85	2,00
Samlet score	9,85	9,69

- (9) Saken ble brakt inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser 16. april 2021. Innklagede har opplyst at kontraktsinngåelse vil utsettes til klagenemnda har behandlet saken. Saken prioriteres derfor av nemnda.
- (10) Nemndsmøte i saken ble avholdt 31. mai 2021.

Anførsler:

Klager har i det vesentlige anført:

- (11) Innklagede har brutt forskriften § 9-3 (5) ved å utgi fortrolige opplysninger om klagers tilbud til konkurrenten forut for dialogen. Feilen medfører at innklagede plikter å avlyse konkurransen.

Innklagede har i det vesentlige anført:

- (12) Dialogen som er gjennomført var lovlig, og det foreligger ikke noe brudd på forskriften § 9-3 (5). Under enhver omstendighet foreligger det ingen regelbrudd som gjør innklagede forpliktet til å avlyse konkurransen.

Klagenemndas vurdering:

- (13) Klager har deltatt i konkurransen, og har saklig klageinteresse, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Konkurransen gjelder Ombygging av Volda Sjukehus som er en bygge- og anleggsanskaffelse. Anskaffelsens verdi er estimert til 34 millioner kroner. 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 og II, jf. forskriften §§ 5-1 og 5-3.

- (14) Klagenemnda skal ta stilling til om innklagede har gitt ut opplysninger om klagers tilbud til valgte leverandør i strid med forskriften § 9-3 (5).
- (15) Det følger av forskriften § 9-3 (5) at oppdragsgiver bare kan gi leverandørene tilgang til løsninger eller andre «*fortrolige opplysninger*» som en leverandør har gitt, hvis det foreligger samtykke til at disse opplysningene deles. Denne plikten til å beskytte fortrolige opplysninger legger føringer for hvilken veiledning oppdragsgivere kan gi leverandørene i dialogen.
- (16) Forskriften inneholder ingen definisjon av «*fortrolige opplysninger*». Det må imidlertid være klart at bestemmelsen i hvert fall dekker opplysninger som er taushetsbelagt etter forskriften § 7-4, sammenholdt med forvaltningsloven § 13.
- (17) Etter forvaltningsloven § 13 første ledd nr. 2) plikter oppdragsgiver å hindre at andre får adgang eller kjennskap til det han i forbindelse med tjenesten eller arbeidet får vite om «*[...] forretningsforhold som det vil være av konkurransemessig betydning å hemmeligholde av hensyn til den som opplysningen angår*».
- (18) Som det fremgår av avsnitt (4) og (5) ovenfor, ga innklagede informasjon om de konkurrerende tilbudene før dialogen. Informasjonen som ble gitt om hvorfor klagers besvarelse av kvalitetskriteriet fikk best uttelling, var relativt overordnet og generell. Klagers tilbudte byggetid ble ikke oppgitt og heller ikke informasjon om hvordan klager hadde planlagt å gjennomføre prosjektet. Klagenemnda er derfor av den oppfatning at denne informasjonen ikke kan anses som fortrolige opplysninger, og bemerker at innklagede kunne etterlyst disse forbedringene generelt i dialog med valgte leverandør uten å bryte forskriften § 9-3.
- (19) Innklagede opplyste imidlertid også om de konkurrerende leverandørenes priser. Etter klagenemndas syn er det klart at disse prisopplysningene var taushetsbelagt i denne fasen av konkurransen. Kjennskap til konkurrentenes prisnivå gir leverandørene mulighet til å tilpasse sine tilbud. Taushetsplikt om prisene vil derfor ha konkurransemessig betydning, og leverandørene har en berettiget forventning om at prisene ikke frigis underveis i konkurransen. Dette gjelder desto mer i et tilfelle som dette hvor tildelingskriteriet «*Pris*» var vektet 80 prosent, og hadde stor betydning i konkurransen.
- (20) Da opplysningene ble frigitt, var prisinformasjonen etter klagenemndas oppfatning underlagt taushetsplikt etter forvaltningsloven § 13 første ledd nr. 2), og prisene var dermed også «*fortrolige opplysninger*» etter forskriften § 9-3 (5).
- (21) Klagenemnda går etter dette over til å vurdere klagers anførsel om at dette regelbruddet bare kan avhjelpes ved å avlyse konkurransen.
- (22) En oppdragsgiver har plikt til å avlyse en konkurranse dersom det er begått en feil som kan ha påvirket utfallet av konkurransen, eller deltakerinteressen, og som ikke kan rettes på annen måte enn ved avlysning av konkurransen. En teoretisk mulighet for at feilen har påvirket konkurransen, er ikke tilstrekkelig. Det kreves at det foreligger en reell faktisk mulighet for at feilen kan ha hatt betydning.
- (23) Som det er redegjort for ovenfor, har innklagede gjennomført dialog med leverandørene i form av forhandlinger. De fortrolige prisopplysningene som ble formidlet, ble gitt som ledd i denne dialogen. Klagenemnda bemerker at anskaffelsesregelverket åpner for – og

i en viss utstrekning forplikter oppdragsgiver til – å gi informasjon om konkurransesituasjonen på priskriteriet under slike forhandlinger. Det konstaterte regelbruddet er en konsekvens av at innklagede gikk for langt i å formidle konkrete prisopplysninger.

- (24) Etter klagenemndas syn vil terskelen for avlysningsplikt være lav ved ulovlig formidling av fortrolige prisopplysninger underveis i en konkurranse. Kjennskap til konkurrentenes prisnivå gir leverandørene mulighet til å tilpasse sine tilbud. I konkurranser hvor priskriteriet er tillagt stor vekt, skal det da lite til før regelbruddet kan ha hatt betydning for utfallet av konkurransen.
- (25) I denne saken mener imidlertid klagenemnda at omstendighetene etter regelbruddet reduserer feilens betydning. Priskriteriet ble endret underveis i dialogen ved at 13 prisposter ble fjernet. I tillegg var det store bevegelser i begge leverandørenes priser frem mot endelig tilbud. Begge disse forholdene gjør at de formidlede prisopplysningene fremstår som mindre aktuelle enn på tidspunktet hvor disse ble gjort kjent. Slik saken fremstår på bakgrunn av saksdokumentene og partenes redegjørelser, finner klagenemnda etter dette at det ikke er holdepunkter for at regelbruddet kan ha hatt betydning for utfallet av konkurransen. Innklagede er dermed ikke forpliktet til å avlyse konkurransen, og klagers anførsel har ikke ført frem.
- (26) I forlengelsen av dette mener klagenemnda at innklagedes brudd på forskriften § 9-3 (5) ikke er av en slik karakter at det kan ha påvirket utfallet av konkurransen. Bruddet gir følgelig ikke grunnlag for tilbakebetaling av klagegebyret, jf. klagenemndsforordningen § 13.

Konklusjon:

Sykehusinnkjøp HF har brutt regelverket for offentlige anskaffelser ved å utgi opplysninger om klagers tilbud til valgte leverandør i strid med forskriften § 9-3 (5).

For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,

Kristian Jåtog Trygstad

Dokumentet er godkjent elektronisk