



Klagenemnda for offentlige anskaffelser

Saken gjelder: De generelle kravene i § 4. Taushetsplikt.

Innklagede gjennomførte en konkurranse etter anskaffelsesforskriften del I for anskaffelse av vintervedlikeholdstjenester. Klagenemnda fant at innklagede hadde brutt forskriften § 7-4 første ledd ved å gi leverandørene tilgang til hverandres priser før fristen for å inngi reviderte tilbud hadde utløpt. Klagers øvrige anførsler førte ikke frem.

Klagenemndas avgjørelse 8. mars 2022 i sak 2021/2153

Klager: Gunnar Svidal

Innklaget: Sunnfjord kommune

Klagenemndas medlemmer: Bjørn Berg, Alf Amund Gulsvik og Elisabeth Wiik

Bakgrunn:

- (1) Sunnfjord kommune (heretter *innklagede*) annonserte 16. juli 2020 en konkurranse for inngåelse av kontrakter om vintervedlikehold av kommunale veier i Førde, Gaular, Naustdal og Jølster. Avtalene skulle ha en varighet på fem år, med opsjon på forlengelse i inntil to år. Konkurransen ble annonsert på kommunens hjemmeside og i avisen Firda. Tilbudsfrist var 10. august 2020.
- (2) Anskaffelsen omfattet «*utføring av vinterarbeid med brøyting, snørydding, strøing og salting inklusiv strøsand og salt, snøfresing, høvling, rydding av vegkryss, reingjering av vegskilt og liknande knytt til kommunale vegar og plassar i Sunnfjord kommune*».
- (3) I konkurransegrunnlaget, som leverandørene fant på innklagedes hjemmeside, var det opplyst at anbudskonkurransen fulgte lov om offentlige anskaffelser og forskrift om offentlige anskaffelser del I. Det var planlagt dialog gjennom forhandlinger med én eller flere leverandører.
- (4) I konkurransegrunnlaget var anskaffelsen delt inn i totalt 49 delkontrakter, der leverandørene kunne levere tilbud på én eller flere roder. Tre av delkontraktene ble kunngjort i Doffin og TED. Det var mulig å gi tilbud på én eller flere roder. Kontraktenes varighet var fem år, med opsjon på forlengelse i inntil to år.
- (5) Videre var det presisert at all kommunikasjon i tilbudsfasen skulle skje skriftlig på e-post til innklagedes postmottak, og at annen kontakt/kommunikasjon med innklagede kunne føre til diskvalifisering av leverandøren.
- (6) Om endring av driftsopplegg fremgikk det videre av punkt 3.9:

«Når ekstraordinære vêrtilhøve gjer det naudsynt, kan Sunnfjord kommune gjere omplasseringar av både eigne og innleidde bilar og maskinar utan at dette får konsekvensar for kontraktstilhøvet mellom partane.

Når kommunen meiner det er mest tenleg for totaløkonomien, kan kommunen med eige utstyr eller med bruk av andre tilbydarar utføre arbeid på tilbydaren sin/sine rode(ar) utan at tilbydar kan krevje kompensasjon. Døme på slikt arbeid er: salting, høvling, fresing og strøing.

I den perioden det vert utbetalt godtgjersle for beredskap, er tilbydaren i kortare periodar pliktig til å utføre vinterarbeid i tillegg til det som allereie er avtalt. Dette gjeld òg på andre roder innan Sunnfjord kommune. I slike tilfelle vil dei avtalte priser som hovudregel bli brukt.»

- (7) Kontrakten ville bli tildelt på bakgrunn av hvilket tilbud som har «*det beste forholdet mellom pris, kvalitet og teknisk stand til maskiner og utstyr*». Priskriteriet var vektet 70 prosent, mens «*Kvalitet*» og «*Teknisk stand på utstyret*» var vektet 15 prosent hver.

- (8) Om prisingen av tilbudet, var det opplyst følgende:

«Tilbødet skal prisast som fastpris per år.

For dei minste rodene vert det opna for at tilbydar kan gi inn fastpris på beredskap og einingsprisar for brøyting, og strøing- og salting. Kommunen ynskjer primært at einingsprisar for strøing og salting er inklusiv strøsand og salt. Dersom dette vert vanskeleg vil vi kunne drøfte andre løysingar.»

- (9) Om vektingen av priskriteriet, stod det blant annet følgende: «*Pris vert vurdert etter ein proporsjonal skala, der det billigast tilbødet får 10 poeng. Dei andre tilbydarane vil få poeng etter kor stor andel det lågaste tilbødet utgjer av tilbydar sin pris.*

- (10) *For dei minste rodene der det er gitt inn fastpris for beredskap og einingsprisar, vil desse bli vurdert som fastpris + timepris brøyting x 30 timar + timepris for strøing inklusiv strøsand x 10 timar, og timepris salting inklusiv salt x 10 timar.»*

- (11) Før tilbudsfristens utløp innga både Ivar A Sunde AS og Gunnar Svidal (heretter *klager*) tilbud på rodene SUB-304 (Gjesdalen), SUB-305 (Vassenden), SUB-306 (Legrovbakken- Øygardsmyrane) og SUB-311 (Årsetvegen). Klagen er begrenset til disse rodene.

- (12) Det ble gjennomført forhandlingsmøter med leverandørene 1. september 2020. Frist for å inngi reviderte tilbud ble satt til 4. september 2020. Det er opplyst at leverandørene ble orientert om konkurrentens tilbudte priser under møtet.

- (13) Etter forhandlingsmøtet valgte klager å tilby en lavere pris på tre av fire roder. Prisen på rode SUB-311 forble uendret. Ivar A Sunde AS valgte å tilby en lavere pris på rode SUB-306. Prisene på de øvrige rodene forble uendret.

- (14) Det er opplyst at moren til innklagedes representant i forhandlingsmøte er tremenningen til Ivar A Sunde AS' styreleder.

- (15) Kontrakter på de fire nevnte rodene ble tildelt Ivar A Sunde AS (heretter *valgte leverandør*) 28. september 2021. For alle fire evalueringene fikk begge leverandørene full poengscore på kriteriene «Kvalitet» og «Teknisk stand på utstyret». Klagers tilbudspris var en kombinasjon av fastpris og en alternativ pris (enhetspris for strøing (x10 timer)), som til sammen utgjorde den tilbudte totalprisen. Valgte leverandør tilbudte en fastpris, som var lavere enn klagers totalpriser på samtlige roder.
- (16) Kontraktene på de fire rodene ble inngått 20. oktober 2020.
- (17) Klagen ble brakt inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser 5. januar 2021.
- (18) Nemndsmøte i saken ble avholdt 10. januar 2022.

Anførsler:

Klager har i det vesentlige anført:

- (19) Innklagede har brutt regelverket ved å gi ulike opplysninger i forkant av innlevering av tilbudet og i forhandlingsmøtet om hvordan tilbudet skulle prises.
- (20) Innklagede har brutt regelverket ved å gi valgte leverandør tilgang til klagers priser i forhandlingsmøtet.
- (21) Innklagede har brutt regelverket i forhandlingsmøtet ved å oppgi en annen e-postadresse for innlevering av justerte tilbud. Dette er i strid med opplysningen i konkurransegrunnlaget om at all kommunikasjon skulle inngis skriftlig til innklagedes postmottak.
- (22) Innklagede har brutt regelverket ved å akseptere valgte leverandørs tilbud, ettersom disse er inngitt etter fristen for innlevering av justerte tilbud.
- (23) Slektsforholdet mellom innklagedes representant og valgte leverandørs styreleder gjør at habiliteten til innklagedes representant kan trekkes i tvil. Representanten representerte innklagede på forhandlingsmøtet, og deltok i anskaffelsesprosessen. Habiliteten skulle ha vært vurdert før anbudsprosessen startet, og forholdet utgjør derfor et brudd på regelverket.
- (24) Innklagede har brutt regelverket ved ikke å skrive referat fra forhandlingsmøtet.
- (25) Det er areal i rode SUB-304 som i henhold til konkurransegrunnlaget skulle brøytes, som ikke blir brøytet. Dersom endringen er gjort etter dialog med valgte leverandør, utgjør dette et brudd på regelverket.

Innklagede har i det vesentlige anført:

- (26) Informasjon om prising av tilbudet fremgår av konkurransegrunnlaget med tilhørende vedlegg. Klager har ikke stilt spørsmål, verken på e-post eller i forhandlingsmøtet, om hvordan tilbudet skulle prises.
- (27) Under forhandlingene ble begge leverandørene gitt tilgang på konkurrentens priser. Dette er trolig et brudd på regelverket. Når denne feilen først var gjort, ble det likevel ikke vurdert som tjenlig å avlyse konkurransen. Ved avlysning ville leverandørenes totalpriser uansett vært kjent. Konkurransen ble derfor sluttført til tross for denne feilen. For å

utjevne konkurransevilkårene fikk begge leverandørene samme type opplysninger om konkurrenten sitt tilbud.

- (28) Det er korrekt at leverandørene ble bedt om å sende reviderte tilbud til en annen e-postadresse. Dette har imidlertid ikke hatt noen betydning for gjennomføringen og resultatet av konkurransen.
- (29) Valgte leverandørs reviderte tilbud ble inngitt innen fristen. Grunnen for at journalføringsdato og innleveringstidspunkt ikke er sammenfallende, er fordi at saksbehandleren har registrert inn dokumentene i etterkant.
- (30) Mor til innklagedes representant er tremenningen til valgte leverandørs styreleder. Dette er klart utenfor reglene om absolutt inhabilitet. Det foreligger heller ikke opplysninger som tilsier inhabilitet på andre grunnlag.
- (31) Det er riktig at det ikke ble skrevet referat fra forhandlingsmøtene som ble sendt ut til leverandørene i etterkant. Det ble imidlertid skrevet et notat som ble benyttet ved evalueringen.
- (32) Innklagede ba om tilbud på rode SUB-304 med grunnlag i kartbladet vedlagt konkurransegrunnlaget. På konkurransetidspunktet var en ny idrettshall under oppbygging innenfor brøyteroden. Da området rundt hallen var ferdigstilt, ble det gjort en avtale om endring av kontrakten, slik at innklagede benytter eget utstyr og mannskap til å brøyte deler av arealet. Dette arealet ble altså tatt ut av kontrakten, og erstattet med annet areal. Fastprisen for oppdraget er ikke endret.

Klagenemndas vurdering:

- (33) Klager har deltatt i konkurransen, og har saklig klageinteresse, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Konkurransen gjelder vintervedlikehold av veier, som er en tjenesteanskaffelse. Konkurransen er gjennomført i henhold til lov om offentlige anskaffelser 17. juni 2016 nr. 73 og forskrift om offentlige anskaffelser 12. august 2016 nr. 974 del I, jf. forskriften §§ 5-1 og 5-3.

Ulike opplysninger om prising av tilbudet

- (34) Klager har anført at innklagede har brutt regelverket ved å gi motstridende opplysninger om hvordan tilbudene skulle prises. Ifølge klager ble det gitt andre opplysninger om prisingen i forhandlingsmøtet, enn hva som var gjort tidligere.
- (35) Det fremgikk av anbudsdokumentene at tilbudet skulle prises, enten som fastpris per år, eller ved alternativ prising hvor leverandøren skulle fylle ut fastgodtgjørelse og enhetspriser i prisskjema. I innklagedes notat fra forhandlingsmøtet med klager 1. september 2020, datert samme dato, er det oppført «[t]ilbod fastpris eks strøing». Klagenemnda forstår dette som en avklaring om hvordan klager ville prise tilbudet sitt. Det er for øvrig ikke særskilt fremholdt at innklagede i forhandlingsmøtet opplyste om at klager ikke kunne prise tilbudet sitt som fastpris per år (inkludert pris for strøing o.l.). Notatet kan ikke tas til inntekt for dette.
- (36) Klagenemnda har ikke holdepunkter for at innklagede har gitt andre opplysninger om hvordan tilbudet skulle prises enn det som fremgikk av anbudsdokumentene. Klagers anførsel kan på denne bakgrunn ikke føre frem.

Brudd på taushetsplikt

- (37) Klager har videre anført at innklagede har brutt regelverket ved å oppgi leverandørenes tilbudspriser i forhandlingsmøtene.
- (38) Det følger av forskriften § 7-4 første ledd at reglene om taushetsplikt i forvaltningsloven gjelder ved gjennomføringen av en anskaffelse som er omfattet av forskriften.
- (39) Etter forvaltningsloven § 13 første ledd nr. 2) plikter oppdragsgiver å hindre at andre får adgang eller kjennskap til det en 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*».
- (40) Priskriteriet var vektet 70 prosent i konkurransen. Innklagede har opplyst at begge leverandørene fikk tilgang til konkurrentens priser i forhandlingsmøtene, altså før leverandørene leverte endelige tilbud i konkurransen. Som følge av dette har leverandørene hatt en mulighet for å tilpasse sine reviderte tilbud etter konkurrentens pris. På dette tidspunktet var det etter klagenemndas oppfatning klart «*av konkurransemessig betydning å hemmeligholde*» prisene. Prisene var da underlagt taushetsplikt etter forvaltningsloven § 13 første ledd nr. 2).
- (41) Innklagede har etter dette brutt forskriften § 7-4 første ledd ved å gi leverandørene tilgang til hverandres priser i forhandlingsmøtene. Bruddet er av en slik karakter at det kan ha påvirket utfallet av konkurransen, og gir følgelig grunnlag for tilbakebetaling av klagegebyret, jf. klagenemnds forskriften § 13.

Endret e-postadresse for inngivelse av tilbud

- (42) Klager har videre anført at innklagede i forhandlingsmøtet har oppgitt en annen e-postadresse for innlevering av revidert tilbud, som stod i strid med opplysningene som var gitt i konkurransegrunnlaget.
- (43) I konkurransegrunnlaget fremgikk det at all korrespondanse og kontakt med innklagede i tilbudsfasen, skulle skje skriftlig per e-post til postmottaket. Innklagede har forklart at det er riktig at leverandørene ble bedt om å sende reviderte tilbud per e-post til en spesifikk person, og ikke til postmottaket, men at dette ikke har hatt noen betydning for gjennomføringen av konkurransen. Klagenemnda er enig i dette, og går derfor ikke nærmere inn på klagers anførsel.

Frist for å levere revidert tilbud

- (44) Klager har anført at valgte leverandør leverte sitt reviderte tilbud etter tilbudsfristen, og at innklagede derfor har brutt regelverket ved å akseptere tilbudet og inngå kontrakt.
- (45) Innklagede har fremlagt kopi av e-posten som inneholder valgte leverandørs tilbud. Denne viser at e-posten er inngitt innen tilbudsfristen. Som det fremgår av avsnitt 29, har innklagede forklart hvorfor journalførings- og mottaksdato ikke er sammenfallende. Klagers anførsel kan på denne bakgrunn ikke føre frem.

Habilitet

- (46) Klager har videre stilt spørsmål ved om innklagedes representant for anskaffelsen var inhabil.
- (47) Det følger av forskriften § 7-5 første ledd at reglene om habilitet i forvaltningsloven § 6 til § 10 gjelder ved gjennomføringen av en anskaffelse som er omfattet av forskriften.
- (48) Innklagede har forklart at mor til innklagedes representant er tremenning med styreleder hos valgte leverandør. Slektsforholdet faller klart utenfor reglene som automatisk medfører inhabilitet, jf. forvaltningsloven § 6 første ledd. Klagenemnda har heller ikke holdepunkter for at det foreligger «andre særegne forhold foreligger som er egnet til å svekke tilliten til hans upartiskhet», jf. forvaltningsloven § 6 andre ledd. Klagers anførsel om at innklagedes representant er inhabil, er altså udokumentert. Anførselen avvises dermed som ubegrunnet, jf. klagenemnds forskriften § 9 første ledd.

Forhandlingsmøte

- (49) Klager anfører at det er et brudd på anskaffelsesregelverket at innklagede ikke har skrevet referat fra forhandlingsmøtet.
- (50) Det følger av anskaffelsesloven § 4 at anskaffelsesprosessen skal være i samsvar med prinsippet om etterprøvbarehet. Det følger videre av forskriften § 7-1 at oppdragsgiver har en dokumentasjonsplikt. Oppdragsgiveren skal oppbevare dokumentasjon som er tilstrekkelig til å begrunne viktige beslutninger i anskaffelsesprosessen, og vesentlige forhold for gjennomføringen av anskaffelsen skal nedtegnes eller samles i en protokoll, jf. bestemmelsens første og tredje ledd.
- (51) Dokumentasjonsplikten innebærer altså at innklagede må dokumentere vesentlige forhold ved gjennomføringen av anskaffelsen. Innklagede har skrevet et notat som er datert da forhandlingsmøtet fant sted. Klager har ikke påpekt særskilte forhold som skulle vært nedskrevet. Klagenemnda kan derfor ikke se at innklagede har brutt dokumentasjonskravet/plikten i forskriften § 7-1. Klagers anførsel fører ikke frem.

Endring av roden

- (52) Klager har anført at deler av arealet som er merket i anbudsdokumentene som en del av rode SUB-304 ikke blir brøytet av valgte leverandør. Klager har vist til at dette har stor betydning for prising av roden, og at det kun var valgte leverandør som fikk informasjon om endring av roden.
- (53) Innklagede har forklart at de ba om tilbud med grunnlag i et kartblad for den aktuelle roden. På konkurransetidspunktet var en ny idrettshall under oppføring innenfor brøyteroden. Da området rundt hallen var ferdigstilt, ble det gjort en avtale om endring av kontrakten som innebar at kommunen benytter eget utstyr og mannskap til å brøyte deler av arealet ved skolen. Arealet ble derfor tatt ut av kontrakten og erstattet med annet areal, uten at prisen ble endret. Slik klagenemnda forstår det, ble valgte leverandør orientert om endringen 10. desember 2020.
- (54) Endringen skjedde altså etter kontrakt var inngått, og det er heller ingen holdepunkter for at valgte leverandør på konkurransetidspunktet kjente til at endringen av brøytearealet ville skje på et senere tidspunkt. Klagenemnda kan dermed ikke se at endringen er gjort etter dialog med valgte leverandør, eller på annen måte påvirket utformingen av tilbudene.

(55) Klagers anførsel fører med dette ikke frem.

Konklusjon:

Sunnfjord kommune har brutt regelverket for offentlige anskaffelser ved å gi leverandørene tilgang til hverandres priser i forhandlingsmøte.

Klagers anførsel om inhabilitet hos innklagede avvises, jf. klagenemndsforskriften § 9 første ledd.

Klagers øvrige anførsler har ikke ført frem.

For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,

Bjørn Berg

Dokumentet er godkjent elektronisk