



Klagenemnda for offentlige anskaffelser

Klagenemndas avgjørelse 24. mars 2003 i sak 2003/23

Klager: Helle AS

Innklaget: Bømlo Vatn og Avløpsselskap AS

Klagenemndas medlemmer: Svein Dahl, Kai Krüger, Inger Roll-Matthiesen

Saken gjelder: *Anskaffelse av rammeavtale for rørleggertjenester til kommunalt eid vann- og avløpsselskap. Krav til forutberegnelighet og etterprøvbarhet ved anskaffelse som omfattes av lov om offentlige anskaffelser, men som ikke reguleres i gjeldende forskrifter (under forsyningsforskriftens terskelverdier)*

Bakgrunn:

I august 2002 inviterte Bømlo kommune til åpen anbudskonkurranse i forbindelse med kjøp av rørleggertjenester og noen deleleveranser. Anskaffelsen ble kunngjort i Norsk lysingsblads elektroniske database ("DOFFIN"). Kommunen ønsket å inngå rammeavtale med en kontraktperiode på to år og med anslått årlig verdi inntil kr. 500.000. Det ble i kunngjøringen opplyst at kommunen allerede hadde inngått en rammeavtale med firma Brødrene Dahl for leveranse av rør, rørdeler, annet vvs-materiell og diverse betongprodukt.

Kommunen mottok ingen tilbud, og innkalte derfor av eget tiltak de lokale leverandørene Helle AS (heretter kalt "klager") og VVS Bømlo AS til forhandlingsmøte. Klager leverte inn tilbud og ble deretter tildelt en to-årig rammeavtale som eneleverandør av rørleggertjenester til kommunen, med opsjon for kommunen til forlengelse i ytterligere to år. Det synes å fremgå av saken at man på denne tid var kjent med at kommunen var i ferd med å skille ut vann- og avløpstjenestene i kommunen til eget kommunalt heleid selskap.

Kommunen stiftet 17.12.2002 Bømlo Vatn og Avløpsselskap AS (heretter kalt "innklagede"). Kommunen er eneaksjonær i selskapet. Eiendomsretten og ansvaret for alle vann- og avløpsanlegg i kommunen ble overtatt av innklagede fra 1.1.2003. For så vidt gjaldt de rammeavtaler som kommunen hadde inngått, herunder ovennevnte rammeavtaler, ble foretaket, som er sakens innklagede, stilt fritt til å tiltre disse. I brev fra Bømlo kommune til innklagede datert 27.12.2002 er det opplyst om dette:

”Under føresetnad av aksept frå leverandørane tilbyr Bømlo kommune bedrifter i kommunalt eige og bedrifter som frå det offentlege mottak driftsstøtte til dekning av 50% av driftskostnadane eller meir, å ta del i kommunale innkjøpsavtaler som er inngått og som vil bli inngått. Det vil i så fall være valfritt kva avtale ein ønskjer å ta del i, men ein må sjølvsagt være lojal til dei avtaler ein deltek i. Så vidt me kjenner til fell dykkjar bedrift inn under ein av dei 3 nemnde kategoriar. Dersom De ønskjer å delta i ein eller fleire av våre rammeavtaler kan De melde frå til underteikna som vil sette opp ein avtale mellom partane.”

Innklagde tiltrådte den eksisterende rammeavtalen kommunen hadde med firmaet Brødrene Dahl AS. Denne avtalen gjaldt bare leveranser, ikke tjenester. Den allerede inngåtte avtale mellom klager og kommunen ble ikke tiltrådt. Overfor klagenemnda er dette valget begrunnet med at avtalen med klager ikke var tilpasset innklagdes behov.

Innklagede inviterte deretter to lokale leverandører (hvor klager var den ene) til separate møter. Disse ble avholdt i januar 2003. Hensikten var å redegjøre for innklagedes behov og klargjøre om selskapene var villig til å gi tilbud på rørleggertjenester. Det ble ikke utarbeidet noe referat fra møtene, og det ble ikke laget noe konkurransegrunnlag.

Klager og VVS Bømlo AS sendte begge inn tilbud til innklagede i etterkant av disse møtene. Klagers tilbud var datert 29.1.2003.

I brev 30.1.2003 ble klager orientert om at kontrakten var tildelt VVS Bømlo AS, med begrunnelse: ”Grunn til det er ein totalvurdering”.

Innklagede har opplyst at det forventes en omsetning i henhold til den inngåtte kontrakt på 400 000 - 500 000 kroner pr. år. Avtaleperioden er to år. Innklagede har utarbeidet en matrise for å sammenligne tilbudenes prissetting, og har ut fra gitte forutsetninger vurdert VVS Bømlo AS tilbud til å være kr. 70 500,- rimeligere enn det tilbud klager gav i januar 2003. Matrisen ble utarbeidet 30.1.2003, dvs i etterkant av de slutførte forhandlinger.

Partenes anførsler:

Klagers anførsler:

Klager anfører at anskaffelsen skulle vært kunngjort i DOFFIN, og at konkurransen for øvrig ikke har vært gjennomført i samsvar med regelverket for offentlige anskaffelser. Klager opplyser at han ikke forsto i møtet den 17.1.2003 at det var noen ny anbudsrunde han deltok i, og at han oppfattet sitt tilbud 29.1.2003 for å være i henhold til tidligere rammeavtale med kommunen. Klager anfører videre at hans tilbud skulle vært valgt, og at stipulert årsuttak i innklagedes matrise ikke nødvendigvis gir et korrekt bilde på hvilket tilbud som var lavest i pris.

Innklagedes anførsler:

Innklagede bestrider at anskaffelsen ikke har skjedd i samsvar med regelverket for offentlige anskaffelser. Innklagede anfører at leverandørene har vært likebehandlet, og at beslutningsgrunnlaget for valg av tilbud var vært tilfredsstillende. Tilbudet fra VVS Bømlo AS var lavest i pris.

Klagenemndas vurdering:

Klager har deltatt i den aktuelle konkurransen og har saklig klageinteresse. Klagen er rettidig, jf. forskrift om klagenemnda for offentlige anskaffelser. Saken gjelder anskaffelser innen forsyningssektoren (vannforsyning).

Innklagede er et kommunalt heleid vann- og avløpselskap og omfattes av lov 16. juli 1999 nr. 69 om offentlige anskaffelser (heretter kalt "loven"), jf. loven § 2 bokstav c, i det selskapet er å anse som et

"Rettssubjekt(er) som driver virksomhet innenfor sektorene vannforsyning,

[]

Dette gjelder likevel bare i den utstrekning rettssubjektet

1. []

2. er kontrollert av det offentlige"

Når foretaket er heleid av kommunen, er det kontrollert av det offentlige i lovens forstand. Klagenemnda legger til grunn at den aktuelle anskaffelsen i utgangspunktet omfattes av forskrift fastsatt ved kgl. res. 16.12.1994 om innkjøpsregler for oppdragsgivere innen vann- og energiforsyning, transport og telekommunikasjon (heretter kalt "forsyningsforskriften").

I forsyningsforskriften § 4 nr. 1 heter det:

*"§ 4. Virksomhetssektorer som omfattes av forskriften
Denne forskrift kommer til anvendelse på virksomhet som utøves av oppdragsgivere som nevnt i § 3 og som har til formål:*

1. å stille til rådighet eller drive faste nettverk beregnet på ytelse av offentlige tjenester i forbindelse med produksjon, transport eller distribusjon av:

a) drikkevann..."

...

Med opplyst kontraktsvolum i kontraktsperioden ligger anskaffelsen under forsyningsforskriftens terskelverdier, jf. § 12, slik at forsyningsforskriften likevel ikke kommer til anvendelse. Dette innebærer at den aktuelle og anskaffelsen må vurderes i henhold til de generelle bestemmelsene i lov om offentlige anskaffelser. I loven § 5 heter det:

”§ 5 Grunnleggende krav

Oppdragsgiver skal opptre i samsvar med god forretningsskikk, sikre høy forretningsetisk standard i den interne saksbehandling og sikre at det ikke finner sted forskjellsbehandling mellom leverandørene.

En anskaffelse skal så langt det er mulig være basert på konkurranse.

Oppdragsgiver skal sikre at hensyn til forutberegnelighet, gjennomsiktighet og etterprøvarhet ivaretas gjennom anskaffelsesprosessen.

Utvelgelsen av kvalifiserte anbydere og tildeling av kontrakter skal skje på grunnlag av objektive og ikke-diskriminerende kriterier”.

Klagenemnda holder seg til partenes anførsler og går derfor ikke inn på spørsmålet om hvilket betydning det kan ha hatt at kommunen, etter å ha inngått avtale med klager, fristilte sitt eget nyopprettede selskap med sikte på å få i stand en ny rammeavtale. Hva som tilsa at innklagede ikke fant klagerens tilbud tilpasset sine behov når kommunen nettopp hadde inngått en avtale står også som et uavklart spørsmål. Heller ikke har klagenemnda foranledning til å gå inn på om den rammeavtale som først ble utlyst og inngått, men uten synliggjorte rettigheter for de valgte leverandører, i seg selv ville være i overensstemmelse med regelverket. Klagenemnda begrenser seg til å vurdere innklagedes egen håndtering av saken, uavhengig av sakens forhistorie.

Kunngjøring og konkurranse:

Loven § 5 annet ledd krever, så langt det er mulig, konkurranse om tildeling av offentlige kontrakter. I kravet til konkurranse må det innfortolkes et krav om en reell konkurranse. Det kan imidlertid ikke oppstilles et absolutt krav om kunngjøring, f eks når kontrakten er av beskjedent omfang. I den foreliggende saken hadde kommunen kunngjort en konkurranse om rørleggertjenester uten resultat, og innklagede henvendte seg noen måneder senere direkte til de to aktuelle leverandørene i området med forespørsel om å gi tilbud. Klagenemnda legger etter dette til grunn at innklagede ikke har opptrådt i strid med lovens krav til å sikre reell konkurranse, ved å unnlate å kunngjøre oppdraget.

Gjennomføring av forhandlingene:

Oppdragsgiver skal sikre at hensynet til forutberegnelighet, gjennomsiktighet og etterprøvbarhet ivaretas gjennom anskaffelsesprosessen, jf. loven § 5 tredje ledd. Videre følger det av bestemmelsens fjerde ledd at tildeling av kontrakter skal skje på grunnlag av objektive og ikke-diskriminerende kriterier.

Innklagede utarbeidet ikke noe skriftlig konkurransegrunnlag, og det foreligger ingen referater fra de avholdte møtene i januar 2002. Leverandørene hadde således få objektive holdepunkter å forholde seg til i forhold til gjennomføringen av konkurransen og hvilke forhold som ville bli, og som ble vektlagt ved tildeling av kontrakt. Dette må anses klart i strid med de grunnleggende prinsippene om gjennomsiktighet og forutberegnelighet i anskaffelsesprosessen.

Sakens spesielle bakgrunn tilsa at innklagede burde ha klarlagt premissene for disse forhandlingene. For klager måtte det fortone seg som uklart om innklagede ønsket å tiltre rammeavtalen med kommunen, eller om forhandlingene var helt uavhengig av kommunens eksisterende rammeavtale og tidligere konkurransegrunnlag. Siden det gjaldt en helt ny avtale, finner klagenemnda at det skulle vært utarbeidet et skriftlig konkurransegrunnlag, med i det minste opplysninger om kontraktsforutsetninger, kontraktens varighet og avropsordning. Så langt klagenemnda har bragt på det rene, leverte ikke VVS Bømlo AS noe tilbud i forkant av forhandlingene, og det var da desto viktigere å sørge for likestilling av de to som nå konkurrerte om oppdraget.

Klagenemnda finner dessuten at innklagede ved ikke å sørge for utførlig referat fra disse forhandlingene ikke i tilstrekkelig grad sikret at lovens krav til gjennomsiktighet og etterprøvbarhet ble ivaretatt.

Heller ikke de presise forutsetninger om antatt forbruk i 2003 som oppdragsgiver benyttet ved vurderingen av tilbudene synes å ha vært tilkjennegitt overfor leverandørene før utarbeidelsen av tilbudene. Ut fra hensynene til gjennomsiktighet og forutberegnelighet, mener klagenemnda at disse forutsetningene skulle vært opplyst til leverandørene i forkant av utarbeidelsen av tilbudene.

Valg av tilbud:

Innklagede har ved tildelingen benyttet et matriseskjema med klare forutsetninger i forhold til forventet timeforbruk og innkjøp av forskjellig utstyr. På bakgrunn av plikten til å basere tildelingen av kontrakter på objektive kriterier og de ovennevnte krav til forutberegnelighet, gjennomsiktighet og etterprøvbarhet, påpeker klagenemnda at de kriterier som fremkommer i dette matriseskjemaet skulle vært presentert skriftlig for leverandørene ved forhandlingsstart.

Når innklagede ikke ga til kjenne om valg av tilbud ville skje på basis av laveste pris eller det økonomisk mest fordelaktige tilbud, følger det av kravet til forutberegnelighet i loven § 5 at innklagede bare kunne legge vekt på pris. Dette er det eneste kjente og objektive kriteriet deltakerne i konkurransen kunne ha forventninger om. Innklagende har i sin begrunnelse for valg av tilbud vist til en totalvurdering. I den grad innklagede har lagt vekt på

andre kriterier enn pris er dette i strid med det tildelingskriteriet som skulle gjelde for denne anskaffelsen.

I vurderingen av hvilket tilbud som var lavest i pris har innklagede satt opp enkelte forutsetninger om anslått uttak i 2003. Klagenemnda vil peke på at en vurdering over anslått forbruk må bygge på en saklig og forsvarlig vurdering. Klagenemnda har imidlertid ikke tilstrekkelig opplysninger eller forklaringer fra innklagede på dette punktet til å kunne etterprøve, og eventuelt underkjenne, det valg av tilbud som er gjort.

Konklusjon:

Klagenemnda finner at Bømlo Vatn og Avløpsselskap AS ved inngåelse av rammeavtale for rørleggertjenester har brutt kravene til forutberegnelighet, forutsigbarhet og etterprøvbarhet og kravet til å basere tildeling av kontrakt på objektive kriterier i lov om offentlige anskaffelser § 5.

For klagenemnda,

Inger Roll-Matthiesen

25/3-03