



Klagenemnda for offentlige anskaffelser

I en konkurranse med forhandling begrenset innklagede seg til å innhente forklaringer og bekreftelser angående det tilbudte, samt å etterspørre noen få mindre endringer i tilbudet. Kommunikasjonen foregikk per telefaks. Klagenemnda fant etter en konkret vurdering at dette var i strid med kravet til forutberegnelighet i lovens § 5, og at kravet til reelle forhandlinger etter forskriften § 16-3 ikke var oppfylt. Når én av leverandørene ble innkalt til forhandlingsmøte, innebar dette et brudd på likebehandlingskravet i § 16-3 (5), jf også lovens § 5.

Klagenemndas avgjørelse 23. februar 2004 i sak 2003/267

Klager: ITT Flygt AS

Innklaget: Åsnes kommune

Klagenemndas medlemmer: Jens Bugge, Inger Marie Dons Jensen, Inger Roll-Matthiesen

Saken gjelder: Kravet til gjennomføring av reelle forhandlinger; likebehandling og forutberegnelighet.

Bakgrunn:

- (1) Åsnes kommune (heretter kalt ☐innklagede☐) kunngjorde 20. august 2003 en konkurranse med forhandling for levering, montering, prøving, igangkjøring og

Postadresse
Postboks 439 Sentrum
5805 Bergen

Besøksadresse
Olav Kyrresgate 8
5014 Bergen

Tlf.: 55 59 75 00
Faks: 55 59 75 99

E-post:
postmottak@kofa.no
Nettside: www.kofa.no

innjustering av en avløpsspumpestasjon med tilhørende utstyr. Kontrakten skulle tildeles det økonomisk mest fordelaktige tilbud.

(2) I konkurransegrunnlagets punkt 4.2 nr 1 het det:

- (3) ☐ Anskaffelsen skal foretas ved kjøp etter forhandlinger. Det vil si at det er adgang til å forhandle om endringer eller suppleringer av alle sider ved tilbudene, så som forretningsmessige vilkår, pris og tekniske spesifikasjoner. ☐

- (4) I konkurransegrunnlagets punkt 4.2 nr 12 var følgende kriterier oppgitt:

- (5) ☐ - *Tilbyders faglige kompetanse, effektivitet, erfaring, referanser og pålitelighet*

Tilbyders økonomiske soliditet

Pris

Kvalitet

Teknisk verdi

Tekniske løsninger og funksjonsmessige egenskaper

Service og teknisk bistand

Fremdrift/ferdigstillelsesdato ☐

(6) Siste avsnitt i punkt 4.2 nr 12 lød:

☐ *Det gjøres oppmerksom på at det forut for utsendelse av disse anskaffelsesdokumenter ikke er gjort noen vurdering av den enkelte anmeldte tilbyders stilling og tekniske, økonomiske og finansielle kapasitet, jfr. anskaffelsesforskriftens § 12-6 (kvalifikasjonskrav). Dette vil gjøres først ved inngivelse av tilbud. Alle de anmeldte tilbyderne er gitt anledning til å inngi tilbud.* ☐

- (7) I alt tre leverandører innga tilbud, deriblant ITT Flygt AS (heretter kalt «klager») og Grundfos Pumper AS. Klager tilbød i utgangspunktet sitt «ITT Flygt TOP konsept». Om dette systemet skrev klager: «Dette innebærer at stasjonen leveres med det nyeste innen utforming av avløpspumpestasjoner.» Klager skrev videre:

| (8) «Dersom Åsnes kommune allikevel ikke ønsker dette konseptet er ITT Flygt villig til å diskutere løsninger basert på «gammel standard». Jfm. Kap. 4.2.1 Kjøp etter forhandlinger.»

| (9) Den 13. oktober mottok klager to telefakser fra innklagedes konsulent, der det ble stilt en del spørsmål om tilbudet. Telefaksene ble besvart. Innklagede ønsket først og fremst avklaringer og forklaringer angående de komponentene som var tilbudt, og et par komponenter ble på innklagedes oppfordring skiftet ut. Som følge av korrespondansen ble klagers tilbud oppjustert fra kr 352.223 til kr 359.023.

| (10) Lignende korrespondanse ble også gjennomført med de andre leverandørene.

- (11) Av korrespondansen fremgår det at innklagede den 30. oktober 2003 hadde et forhandlingsmøte med Grundfos Pumper. Som resultat av korrespondanse og forhandlingsmøte ble tilbudet til Grundfos oppjustert fra 261.000 til 333.000.

- (12) I brev av 10. november 2003 avga innklagedes konsulent tilbudsinnstilling til innklagede, der tilbudene ble evaluert. De foreliggende tilbud ble vurdert slik i forhold til tildelingskriteriene:

«Alle tre tilbyderne vil etter vår mening med rask bestilling kunne tilfredsstille prosjektets overordnede fremdrift/ferdigstillelsesdato.

Vi finner heller ikke grunnlag for å skille de tre tilbyderne med hensyn på faglig kompetanse, effektivitet, erfaring, referanser og pålitelighet samt grunnlag for service og teknisk bistand. Alle tilbyderne representerer norske avdelinger av store internasjonale pumpekonserner. Vi har imidlertid ikke sjekket den økonomiske soliditeten. Kontrakten legger opp til at tilbyder må stille sikkerhet for forskuddsbetalinger. Åsnes kommune får vurdere om man finner det nødvendig å innhente kredittopplysninger.

I tillegg til pris blir derved forhold som kvalitet, teknisk verdi, tekniske løsninger og funksjonsmessige egenskaper avgjørende for valget av kontraktspart.□

(13) Om de tekniske løsninger het det i innstillingen:

□De tre tilbyderne har tilbudt samme type hovedløsning, dykkede sentrifugalpumper.

Ingen av tilbyderne har fullt ut fulgt tilbudsgrunnlagets spesifikasjoner, men har slik vi oppfatter det, søkt å tilby løsninger så nært opp til tilbudsgrunnlaget som de finner det formålstjenlig for sist tilbud enten med hensyn til deres utstyrs tekniske løsninger eller for å oppnå en lavere tilbudspris.□

(14) Under prissammenligningsmatrisen var det tilføyd:

□ITT Flygt har ved innhenting av priser på trykktank, større effekt på ovn m.v. kommet med et innspill der de gir fratrekk for ikke å levere det de kaller sine unike løsninger. Dette vil redusere avstanden mellom tilbyderne. Samtidig har tilbyderen færre jordfeilbrytere enn de øvrige. Vi har for sammenlikningen valgt å bibeholde utstyret i tilbyderens opprinnelige tilbud.□

(15) I brev av 10. november 2003 ble leverandørene meddelt at Grundfos ville få kontrakten.

Anførsler:

Klagers anførsler:

- (16) Klager anfører at innklagede har brutt regelverket om offentlige anskaffelser.
- (17) Klager skulle vært innkalt til forhandlinger i henhold til forskriften § 16-3 (3). Faksrespondansen som ble ført med innklagede, var hovedsakelig avklaringer og forklaringer vedrørende løsningen, ikke forhandlinger slik § 16-3 (4) foreskriver. Klager ble aldri innkalt til noe forhandlingsmøte, og hadde uansett aldri inntrykk av å være i noen forhandlingssituasjon. At én av leverandørene ble innkalt til muntlige forhandlinger, innebærer dessuten et brudd på likebehandlingskravet.
- (18) Innklagede har sammenblandet kvalifikasjonskrav og tildelingskriterier. De to første av de oppførte tildelingskriteriene refererer seg til leverandørens kvalifikasjoner.
- (19) Kriteriet *«kvalitet og teknisk verdi»* er ikke vektlagt i innstillingen. Det samme gjelder kriteriet *«tekniske løsninger og funksjonsmessige egenskaper»*. Klagers løsning ville gitt innklagede en besparelse på kr. 8.000 per år, fordi behovet for manuelt ettersyn er mindre med dette utstyret enn med normalt utstyr. Dette skulle vært innkalkulert i innklagedes beregning av pris.
- (20) Kriteriet *«service og teknisk bistand»* er heller ikke vektlagt i innstillingen. For kriteriet *«fremdrift og ferdigstillelsesdato»* skåret alle leverandørene likt, selv om klagers leveringstid var mye kortere enn de andres.
- (21) Klagers tilbud var det økonomisk mest fordelaktige, og klager skulle fått tildelt kontrakten. Klagenemnda bes uttale seg om erstatningsspørsmålet.

Innklagedes anførsler:

- (22) Innklagede bestrider å ha brutt regelverket for offentlige anskaffelser.
- (23) Det ble gjennomført forhandlinger med alle de tre leverandørene. Riktignok ble bare én leverandør innkalt til forhandlingsmøte, men dette var avsluttende kontraktsforhandlinger på bakgrunn av forhandlingene som allerede var gjennomført med alle leverandører per telefaks. Ettersom forhandlingene per

telefaks ble ført på samme måte med alle leverandørene, brøt ikke innklagede kravet til likebehandling i forhandlingene.

- (24) Videre har innklagede vektlagt alle de oppsatte tildelingskriteriene.

Klagenemndas vurdering:

- (25) Klager har deltatt i konkurransen og har saklig klageinteresse, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig.
- (26) Forskrift om innkjøpsregler for oppdragsgivere innen vann- og energiforsyning, transport og telekommunikasjon (forsyningsforskriften) kommer til anvendelse på kontrakter som tildeles av oppdragsgiver under utøvelse av virksomhet som nevnt i forskriftens § 4 nr 1 bokstav a) (drikkevannsforsyning) og som er forbundet med tømning eller rensing av avløpsvann, jf forsyningsforskriftens § 9 bokstav b), jf også klagenemndas uttalelse i sak 2003/146.
- (27) Det følger av forskrift om offentlige anskaffelser § 1-2 (4) at denne ikke kommer til anvendelse i den grad en konkret anskaffelse omfattes av forsyningsforskriftens regler.
- (28) Forsyningsforskriften har ikke regler for anskaffelse under EØS-terskelverdiene, og omfatter således ikke denne anskaffelsen.
- (29) Lov om offentlige anskaffelser gjelder imidlertid også for forsyningssektoren. Lovens generelle krav til konkurranse, likebehandling, forutberegnelighet, gjennomsiktighet og etterprøvbarehet, jf § 5, får derfor anvendelse. Når innklagede i konkurransegrunnlaget har opplyst at anskaffelsen skal håndteres etter forskrift om offentlige anskaffelser del III, følger det av kravet til forutberegnelighet i lovens § 5 at innklagede plikter å følge forskriftens del III.
- (30) Klagenemnda vurderer først klagers anførsler om at firmaet i strid med forskrift om offentlige anskaffelser § 16-3 (3) og (4) ikke ble innkalt til reelle forhandlinger. Videre vurderes om innklagede brøt § 16-3 (5), jf også kravet til likebehandling i lovens § 5, ved å gi Grundfos større muligheter til å forbedre tilbudet gjennom forhandlinger enn det klager fikk.

(31) Etter forskriftens § 16-3 (3) skal oppdragsgiver innkalle minst tre leverandører til forhandlinger, forutsatt at disse har en reell mulighet til å få tildelt kontrakt. Klagenemnda legger til grunn at klager hadde rett til å delta i forhandlinger.

(32) Etter § 16-3 (4) er det adgang til å forhandle om alle sider ved tilbudet. Innklagede plikter å gjennomføre ☐ reelle forhandlinger[□], jf klagenemndas uttalelse i sak 2003/171. Klagenemnda uttalte her:

☐ Forskriftens forhandlingsregel innebærer en plikt for innklagede til å invitere både klager og den konkurrerende leverandør til reelle forhandlinger. (☐) Deretter må oppdragsgiver legge forholdene til rette for at de aktuelle leverandører kan revurdere sine tilbud både på pris og annet, jf. § 9-3 (4) som fastslår at det er

☐ adgang til å forhandle om endringer eller suppleringer av alle sider ved tilbudene, så som forretningsmessige vilkår, pris og tekniske spesifikasjoner. ☐

Bare gjennom reelle forhandlinger hvor tilbyderne innbyrdes gis like muligheter til å komme med reviderte tilbud, basert på oppdragsgivers klargjøringer av konkurransegrunnlaget, kan det grunnleggende kravet til likebehandling, jf. lov om offentlige anskaffelser § 5 og forskriften § 3-1, ivaretas. ☐

(33) Selv om det er grunn til å tro at de fleste forhandlinger gjennomføres i et møte, der det i innkallelsen er gjort klart at poenget er å forhandle, inneholder forhandlingskravet i forskriften ikke noe krav til form. Forhandlinger kan således gjennomføres per telefaks.

(34) Etter klagenemndas vurdering tilfredstilte ikke de to telefakshenvendelsene av 13. oktober kravet til forhandlinger etter § 16-3 (4). Det vises her særlig til at klager i sitt tilbud hadde tilbudt å diskutere andre tekniske løsninger, og at innklagede visste at klager kunne tilby utstyr som ville redusere avstanden mellom leverandørene. Videre er det sett hen til at innklagede ikke identifiserte hva som var den svake siden ved klagers tilbud, nemlig prisen, og at klager ikke hadde noen grunn til å forvente at de to svarbrevene var siste sjanse til å endre tilbudet.

- (35) At innklagede hadde et forhandlingsmøte med Grundfos før den endelige evalueringen av tilbudene ble foretatt, innebærer videre et brudd på kravet til likebehandling av leverandørene, jf forskriftens § 16-3 (5) og lovens § 5.
- (36) Når det gjelder evalueringen av de enkelte tildelingskriteriene, vises det til det som er gjengitt fra tilbudsvurderingen foran. Klagenemnda kan ikke se at samtlige tildelingskriterier ikke er evaluert. Med hensyn til kriteriene *□tilbyders faglige kompetanse, effektivitet, erfaring, referanser og pålitelighet□* og *□tilbyders økonomiske soliditet□* vises til det som er sitert fra konkurransegrunnlaget, der kommunen gjør oppmerksom på at tildelingskriteriene også innbefatter kvalifikasjonskrav. Av tilbudsvurderingen fremgår for øvrig at den økonomiske soliditeten hos leverandørene ikke har fått betydning for avgjørelsen.

Konklusjon:

Åsnes kommune har brutt kravet til forutberegnelighet i lov om offentlige anskaffelser § 5 ved at det ikke ble gjennomført reelle forhandlinger med klager, jf forskriften § 16-3.

Åsnes kommune har brutt kravet til likebehandling i lov om offentlige anskaffelser § 5 ved at det bare ble forhandlet med én av de tre leverandørene, jf forskriften § 16-3 (5).

For klagenemnda,

23. februar

Jens Bugge