



Klagenemnda for offentlige anskaffelser

Klagenemndas avgjørelse 14. august 2003 i sak 2003/70

Klager: Moen Kommunikasjon

Skovvn. 2

0257 Oslo

Innklaget: Norges vassdrag- og energidirektorat

Postboks 5091 Majorstua

0301 Oslo

Klagenemndas medlemmer: Kai Krüger, Siri Teigum, Bjørg Ven

Saken gjelder: Avvisning, krav til forhandlinger, plikt til utelukkende å legge vekt på pris ved valg av tilbud, vektlegging av andre ytelser enn de som var etterspurt, plikt til å gi en skriftlig meddelelse om valg av tilbud, begrunnelsesplikt, kravet til god forvaltningsskikk, erstatning.

Bakgrunn:

Norges vassdrags- og energidirektorat (heretter kalt "innklagede") kunngjorde den 2.12.2002 en konkurranse med forhandling for utarbeidelse og gjennomføring av et arrangement som skulle markere åpningen av ferskvannets år 2003. Tilbudet skulle inneholde en detaljert idéskisse og pris på praktisk gjennomføring av arrangementet. Under beskrivelsen av kontraktsgjenstanden i kunngjøringen og konkurransegrunnlaget var det i tillegg opplyst:

"Virkemidler: Det skal slippes mer vann i fossen. Norsk musikk, afrikansk musikk, bilder som vises på store lerret utendørs av norske vannmotiver og internasjonale vannmotiver".

I følge kunngjøringen skulle kontrakten tildeles det tilbudet som hadde lavest pris. Det var ikke opplyst om alternative tilbud ville bli tatt i betraktning. Av kunngjøringen fremgikk det videre at leverandørene skulle levere en liste *"over de arbeider som er utført de siste fem år"*.

Tilbudsfristen var 6.12.2002. Innklagede fikk inn tre tilbud og klager, Moen Kommunikasjon, var blant disse. Klagers tilbud inneholdt både et maksimumsopplegg, til en pris på 481.840 kroner, og et minimumsopplegg, til en pris på 288.920 kroner. Tilbudet var rettidig. En annen tilbyder, Dinamo Arena, leverte et tilbud med pris på 400.000 kroner, hvilket tilsvarte den økonomiske ramme innklagede hadde oppgitt i konkurransegrunnlaget. Det tredje tilbudet ble levert av firmaet Burson Marsteller. Dette ble levert etter fristens utløp. I forbindelse med tilbudsinnleveringen fikk Burson Marsteller anledning til å presentere sitt firma og sitt tilbud i møte med innklagede. I følge klager ble også klager gitt mulighet for en tilsvarende presentasjon som var forutsatt avholdt før tilbudsfristens utløp, men innklagede skal ha avvist å la klager presentere seg etter at tilbudsfristen løp ut.

Tilbudet fra Burson Marsteller ble senere avvist som for sent innlevert.

Omkring 20.12.2002 tok klager telefonisk kontakt med innklagede, og fikk da muntlig opplyst at innklagede hadde til hensikt å inngå kontrakt med Dinamo Arena.

Den 16.1.2003 sendte klager innklagede et brev der det ble påpekt at klager aldri hadde mottatt noen skriftlig meddelelse om hvilken tilbyder som var blitt valgt for oppdraget. Arrangementet var da allerede gjennomført, og klager påpekte at innklagedes fremgangsmåte har fratatt firmaet muligheten til å påklage beslutningen før kontrakt ble inngått. Brevet inneholdt også enkelte konkrete spørsmål vedrørende gjennomføringen av konkurransen. Klager purret på innklagedes svar i brev av 27.2.2003. Den 24.3.2003 besvarte innklagede henvendelsen.

Anførsler:

Klagers anførsler:

Klager anfører å ha levert tilbudet med lavest pris, og at firmaet således skulle ha vært tildelt kontrakten.

Innklagede har i strid med regelverket for offentlige anskaffelser lagt vekt på andre ytelser enn de som var etterspurt i konkurransegrunnlaget. Klager hevder at under en telefonsamtale med innklagede, fikk klager *"et klart inntrykk av at det hadde vært viktig for NVE at Dinamo*

hadde levert forslag/ideer som kunne brukes senere i forbindelse med Ferskvannets år, blant annet slagord”.

Tilbudet fra Dinamo Arena omfattet ikke visning av lysbilder ute, noe som var et uttrykkelig krav til kontraktsgjenstanden i kunngjøringen. Tilbudene var derfor ikke sammenlignbare.

Kun én av deltakerne i konkurransen fikk anledning til å presentere sitt firma og sitt tilbud i møte med innklagede. Dette var ikke forenlig med den valgte konkurranseformen, konkurranse med forhandling.

Det er først i tilsvaret inngitt til klagenemnda at innklagede ga uttrykk for at klager skulle vært avvist fra konkurransen. Det er for sent å avvise klager på dette tidspunkt.

Subsidiært anføres at det ikke er grunnlag for å avvise klager fra konkurransen. Klager hadde ikke mulighet til å oppfylle kravet i kunngjøringen om å levere en liste over de arbeider firmaet har utført de siste fem år. Årsaken var at Moen Kommunikasjon ble opprettet i januar 2002. Klager hadde imidlertid redegjort for den erfaring og de faglige kvalifikasjoner firmaets medarbeiderteam hadde opparbeidet seg gjennom mange år. Det anføres dessuten at heller ikke Dinamo Arena leverte en slik liste.

Innklagede har brutt regelverket for offentlige anskaffelser ved ikke å gi klager en skriftlig meddelelse om valg av tilbud. Innklagede har også overtrådt begrunnelsesplikten.

Det var i strid med god forvaltningsskikk og et brudd på forvaltningsloven at det tok så lang tid før innklagede besvarte klagers henvendelser.

Vilkårene for å kreve erstatning er oppfylt.

Innklagedes anførsler:

Klager hadde ikke oppfylt kunngjøringens krav om å levere en liste over arbeider utført de siste fem årene. I følge forskrift om offentlige anskaffelser § 15-12(1) bokstav a) skal klager da avvises fra konkurransen.

Det forhold at klager leverte alternative tilbud, medfører også at klagers tilbud må avvises. Det er kun anledning til å ta i betraktning alternative tilbud dersom tildelingen skal skje på grunnlag av hvilket tilbud som er det økonomisk mest fordelaktige.

Innklagede erkjenner å ha brutt plikten til å informere klager om avvisningen, jf. § 15-13(2) jf. § 3-8. Innklagede har ingen plikt til å fastsette en frist for å klage over avvisningsavgjørelser etter § 15-12.

Denne feilen har imidlertid ikke virket inn på innklagedes valg av leverandør, og vilkårene for erstatning er således ikke oppfylt.

Dersom klagers tilbud skulle realitetsvurderes, måtte innklagede legge til grunn klagers maksimale tilbudspris. Klagers laveste pristilbud var så lavt at det ikke kunne tilfredsstille kunngjøringens krav til kontraktsgjenstanden. Det valgte tilbudet hadde lavest pris når klagers maksimalpris legges til grunn.

Klagenemndas vurdering:

Klager har deltatt i den aktuelle konkurransen og har således saklig klageinteresse, jf. forskrift 15.11.2002 om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig.

Anskaffelsens verdi ligger under EØS' terskelverdier, og anskaffelsen reguleres av forskrift om offentlige anskaffelser del I og III, jf. § 2-1(2) jf. § 2-2(1).

Tilbudskonkurranse eller forhandlet konkurranse?

Klagenemnda konstaterer at innklagede har utlyst en forhandlet konkurranse, uten at det egentlig er opptrådt i henhold til dette i det etterfølgende arbeidet. Tvert imot gir saken inntrykk av vingling fra innklagedes side, ved at de strengere regler om tilbudskonkurranse synes lagt til grunn etter utlysningen. Det er grunnleggende forskjeller mellom tilbudskonkurranse og forhandlet konkurranse. De strenge formkrav som gjelder i første tilfelle kan lempes ved forhandlinger, f.eks. fordi de først "tilbudte" priser ved forhandlet konkurranse er et utgangspunkt for nærmere drøftelser. Innklagede har ikke holdt klare linjer her, og har ved dette overtrådt klarhetskrav og krav til forutberegnlighet for deltakerne i konkurransen.

Avvisning av klagers tilbud

Kunngjøringens krav om at leverandørene leverer en liste over arbeider utført de siste fem årene retter seg mot den dokumentasjon leverandørene må fremlegge for at de tilfredsstiller de krav som er satt til deltakelse i konkurransen. Det følger da av § 15-12(2) bokstav g) at innklagede har en skjønsmessig adgang til å avvise leverandører som unnlater å levere en slik liste. Innklagede synes å mene at klager ikke hadde oppfylt dette kravet og at klager derfor ble avvist – eller kunne avvises.

At klager muligens kunne vært avvist, er ikke ensbetydende med at avvisning faktisk er skjedd. Avvisning forutsetter et vedtak, og slikt vedtak skal meddeles vedkommende tilbyder snarest mulig, jf forskriftens § 3-8(1).

Det er ikke tilstrekkelig i denne sammenheng at innklagede i sitt tilsvarende overfor klagenemnda, tre måneder etter at kontrakt ble inngått, gir uttrykk for at klager skulle ha vært avvist fra konkurransen.

Innklagedes anførsel om at klager *”må også avvises fordi de ga alternative tilbud”*, kan heller ikke føre frem. Begge klagers tilbud tilfredsstiller kunngjøringens krav til kontraktsgjenstanden. Eventuelle presiseringer kunne og skulle skjedd ved forhandlinger der de to gjenværende tilbyderne skulle vært gitt like muligheter til å argumentere for sine respektive løsninger. Klagers tilbud var således forskriftsmessig. Innklagede har ikke redegjort for at det er foretatt en forsvarlig utredning av innholdet av klagers tilbud, verken for minimums- eller maksimumsopplegget. Det er heller ikke godtgjort at innklagede har bedt klager om ytterligere opplysninger, slik oppdragsgiver har plikt til å gjøre iht forskriftens § 15-11(1) når oppdragsgiver vurderer å avvise et tilbud som *”unormalt lavt”*.

Vektlegging av andre ytelser enn de som var etterspurt i kunngjøringen

I sitt tilbud har Dinamo Arena fremlagt *”tanker vi har gjort oss omkring et helhetskonsept om verdens ferskvannsar”*. Det fremgår at firmaet har tilbudt ytelser som går utover det kunngjøringen etterspurte. Den fremlagte dokumentasjon gir imidlertid ikke klagenemnda grunnlag for å fastslå at innklagede har vektlagt disse ekstra ytelsene i sin evaluering.

Plikt til å avvise det valgte tilbudet

I foreliggende sak er det i følge kunngjøringen et krav at oppdraget omfatter utendørs fremvisning av norske og internasjonale vannmotiver. Kravet til likebehandling av deltakerne

i konkurransen innebærer at samtlige tilbud skal være i overensstemmelse med de krav til kontraktsgjenstanden som er fastsatt i det opprinnelige konkurransegrunnlaget, med mindre oppdragsgiver deretter gir alle tilbydere lik informasjon og lik mulighet til å levere tilbud på annet grunnlag, jf. EF-domstolens dom C-243/89 premiss 37.

Tilbudet fra Dinamo Arena omfattet blant annet "**AV-utstyr: Leie av teknisk utstyr for fremvisning av billedhow (lerret, fremviser)**". Klagenemnda legger etter dette til grunn at Dinamo Arena faktisk oppfylte kunngjøringens krav til utendørs billedfremvisning. Innklagede handlet følgelig i samsvar med regelverket ved ikke å avvise Dinamo Arena på dette grunnlaget.

Krav til forhandlinger

Ved valg av prosedyren konkurranse med forhandlinger, er det som utgangspunkt en plikt til å forhandle med de aktuelle leverandørene, jf forskriftens § 16-3(3). Opplysningene i saken er noe snaue, men det synes klart at iallfall klager ikke fikk noen mulighet til å argumentere for sin løsning, enn si revurdere den tilbudte pris i lys av de priser som konkurrentene hadde tilbudt. Det er ikke opplyst noe som tyder på at klageren ikke skulle ha hatt "reell mulighet for å få tildelt kontrakten", jf forskriftens § 16-3(3). Innklagede har ved dette på vesentlig måte fratatt klager fra muligheten til å posisjonere seg for å vinne kontrakten, noe som nettopp er hovedpoenget når offentlige oppdrag skal tildeles ved konkurranse med forhandling.

Plikt til å tildele kontrakten tilbudet med lavest pris

Innklagede har oppgitt laveste pris som det eneste tildelingskriteriet i kunngjøringen. Innklagede pliktet da å velge tilbudet med laveste pris, jf. forskriftens § 17-2, vel å merke etter sluttførte forhandlinger med de av tilbyderne som ble betraktet som reelle kandidater til oppdraget.

Det er på det rene at klagers minimumsopplegg var det tilbudet av de innkomne som, på tidspunktet for tilbudsåpningen, hadde lavest pris. I det innklagede ikke synes å ha gjennomført noen forhandlinger, har ikke klagenemnda grunnlag for å vurdere hvordan den endelige tilbudene ville ha blitt seende ut med hensyn til pris. Av den grunn kan klagenemnda heller ikke ta stilling til hvilket tilbud som skulle ha blitt valgt.

Brudd på § 17-3

Det er på det rene at innklagede ikke har gitt klager noen skriftlig meddelelse om valg av tilbud. Det er således klart at innklagede har brutt forskrift om offentlige anskaffelser § 17-3(1). Klagenemnda finner det kritikkverdig at innklagede på denne måten, i strid med

regelverket, fratok klager enhver mulighet til å reise innsigelser mot valg av tilbud i tide før kontrakt ble inngått. I dette ligger at klager heller ikke har fått noen rettidig begrunnelse for de trufne beslutninger på innklagedes side, jf forskriftens § 17-3(2).

Brudd på forvaltningsloven og god forvaltningsskikk

Oppdragsgiver plikter å opptre i samsvar med god forretningsskikk, jf. lov om offentlige anskaffelser § 5 første ledd. Et offentligrettslig organs valg av leverandør innebærer imidlertid også utøvelse av forvaltningsmyndighet, jf. Rt. 1998 s. 1951. Oppdragsgiver må derfor også oppfylle grunnkravet til god forvaltningsskikk.

Dette innebærer at det må stilles visse krav til hvordan innklagede skal behandle henvendelser fra klager. I foreliggende sak har det tatt klager over to måneder å få et skriftlig svar på sitt brev av 16.1.2003. Som det fremgår ovenfor, medfører dette brudd på flere anskaffelsesrettslige regler. Klagenemnda finner det ikke i denne saken nødvendig å ta stilling til om det forsinkede svaret i seg selv utover dette også innebærer at innklagede har opptrådt i strid med kravet til god forvaltningsskikk.

Erstatning

Til tross for at prosedyren konkurranse med forhandling var valgt, gjennomførte innklagede anskaffelsen som en anbudskonkurranse. Dette representerer et alvorlig brudd med de forutsetninger klager la til grunn ved utarbeidelsen av sitt tilbud. Klagenemnda legger til grunn at klager ville ha avstått fra å levere inn tilbud dersom det på forhånd var klart at konkurransen ville bli gjennomført med så grov tilsidesettelse av anbudsrettslige krav til saksbehandlingen. Klagenemnda antar at vilkårene for å få erstatning for de kostnader som er påløpt i forbindelse med deltakelse i konkurransen er oppfylt, og viser til Høyesteretts uttalelser om bevisbedømmelsen i saker hvor det konstateres brudd på anskaffelsesreglene, jf. Rt. 1997 s. 574 (Firesafe).

Konklusjon:

Norges vassdrags- og energidirektorat har brutt forskrift om offentlige anskaffelser § 16-3(3) ved ikke å gjennomføre forhandlinger med deltakerne i konkurransen.

Norges vassdrags- og energidirektorat har brutt § 17-3(1) ved ikke å gi klager en skriftlig meddelelse om valg av tilbud i rimelig tid før kontrakt ble inngått. Norges vassdrags- og energidirektorat har videre brutt plikten i § 17-3(2) til å begrunne sitt valg av tilbud.

Vilkårene for å få erstattet de kostnader som er påløpt i forbindelse med deltakelse i konkurransen anses oppfylt.

For klagenemnda,

Siri Teigum,

19.8.2003