



**Klagenemnda
for offentlige anskaffelser**

Forskrift om offentlige anskaffelser § 16-3 (3). I en konkurranse med forhandling ble klager ikke invitert til forhandlinger på grunn av for høy pris. Klagers tilbud var 10% høyere enn det valgte tilbudet. Klagenemnda kom til at en slik prisforskjell i denne saken ikke kunne medføre at klager ikke hadde reell mulighet til å få kontrakten.

Klagenemndas avgjørelse 9. august 2004 i sak 2004/2

Klager: Xtra personell AS

Innklaget: Skattedirektoratet

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

Saken gjelder: Utvelgelse til forhandling. Reelle muligheter til å få kontrakten.

Bakgrunn:

- (1) Skattedirektoratet (heretter kalt innklagede) kunngjorde 8. oktober 2003 en konkurranse med forhandling for kjøp av vikartjenester. Vikarene skulle utføre oppdrag i forbindelse med registrering og arkivering av mottatte likningsoppgaver.

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

(2) Om prising av tilbudet sto det i konkurransegrunnlagets punkt 5.2 blant annet:

Tilbyderens pris skal ved denne anskaffelsen gis per time.

Tilbyderens inngitte pris ved denne anskaffelsen skal være en fast pris som tilbyder må vedstå gjennom hele kontraktsperioden.

Tilbyderens totalpris skal omfatte alle kostnader forbundet med anskaffelsen slik denne er definert i dette konkurransegrunnlaget.

(3) **Om evaluering og valg av tilbud het det:**

Kriteriene for tildeling av kontrakten er som følger i prioritert rekkefølge:

pris

vikarens erfaring og kvalifikasjoner

Det kreves at tilbyder dokumenterer/kommenterer alle ovennevnte kriterier,

Ved evaluering og valg av tilbud vil Skattedirektoratet legge til grunn prinsippet om det økonomisk mest fordelaktige kjøp for staten.

(4) **Om forhandlinger het det:**

Skattedirektoratet vil ved denne anskaffelsen kunne gå i forhandlinger med en eller flere tilbydere om alle elementer ved tilbudene etter at disse er levert inn.

Såfremt det finnes tilstrekkelig egnede deltagere og disse har en reell mulighet til å få tildelt kontrakten, vil Skattedirektoratet gå i forhandlinger med minst tre tilbydere.

(5) Ti leverandører ble funnet kvalifisert, blant dem Xtra personell AS (heretter kalt klager) og Adecco Norge AS. Av leverandørene ble bare Adecco innkalt til forhandlinger.

(6) Den 19. november meddelte innklagede klager at det var besluttet å inngå kontrakt med Adecco. Innklagede skrev blant annet:

Etter vår vurdering har Adecco Norge AS levert det økonomisk og kvalitetsmessig mest fordelaktige tilbudet. Beslutningen er basert på en samlet vurdering ut i fra kriteriene som er angitt i konkurransegrunnlaget:

- pris

- erfaring og kvalifikasjoner

Xtra personell as sitt tilbud var rangert som nummer 2 prismessig, og var ca 10 prosent høyere enn prisen til valgt leverandør. Kriteriene erfaring og kvalifikasjoner var så vidt like fra leverandør til leverandør at tilbyder med lavest pris i dette tilfellet ble valgt.

(7) Den 20. november ba klager om en redegjørelse for hvorfor det ikke ble gjennomført forhandlinger med minst tre leverandører. Dagen etter svarte innklagede at klager på grunn av den store prisforskjellen () ikke hadde en reell mulighet til å oppnå kontrakt ().

(8) I brev av 2. desember påklaget klager innstillingen og viste til at regelverket for offentlige anskaffelser ikke var fulgt. Innklagede svarte følgende i brev datert 11. desember:

I brevet henvises det til § 16-3 hvor det står at oppdragsgiver skal gjennomføre forhandlinger med minst 3 leverandører. Vi har i denne saken gjennomført forhandlinger med alle de som inngikk tilbud.

Nærings og Handelsdepartementet har presisert overfor Skattedirektoratet at forhandlingene starter med innsending av tilbud, med andre ord har alle som har levert inn tilbud i realiteten forhandlet. Ved å sende inn tilbud har Xtra personell as dermed juridisk sett vært i forhandlinger med Skattedirektoratet.

Skattedirektoratet har vurdert prisforskjellen til å være for stor til å kunne elimineres bort i forbindelse med en forhandling. Derfor anså vi det for ikke tjenelig å forhandle videre med Deres firma. Lovverket krever at vi kun forhandler med de tilbydere som har en reell mulighet til å oppnå kontrakt. □

- (9) I brev datert 15. januar 2004 meddelte innklagede at avtale ble inngått 17. desember 2003.

Anførsler:

Klagers anførsler:

- (10) Innklagede har brutt regelverket for offentlige anskaffelser ved ikke å gjennomføre forhandlinger med klager.
- (11) Innklagede gjennomførte forhandlinger med bare én leverandør, til tross for at oppdragsgiver etter § 16-3 (3) skal invitere minst tre leverandører til forhandlinger. Prisforskjellen på klagers og Adeccos tilbud var på knappe ti prosent. Denne forskjellen er så liten at den kan elimineres gjennom forhandlinger, og klager hadde derfor reell mulighet til å få kontrakten.

Innklagedes anførsler:

- (12) Innklagede bestrider å ha brutt regelverket for offentlige anskaffelser.
- (13) Oppdragsgiver hadde i denne konkrete saken ikke plikt til å forhandle med tre leverandører. Av ressursøkonomiske hensyn kan oppdragsgiver unnlate å forhandle med leverandører som ikke har reell mulighet til å få kontrakten, for eksempel dersom vedkommendes tilbud er vesentlig dårligere enn det beste, jf Nærings- og handelsdepartementets fortolkningsuttalelse av 17. mars 2003 vedrørende § 16-3 (3):

□I utgangspunktet må oppdragsgiver forhandle med alle leverandører, men av ressursøkonomiske hensyn har oppdragsgiver en skjønnsmessig adgang til ikke å forhandle med de leverandører som ikke har reell mulighet til å få tildelt kontrakten (jf NOU 1997:21)

Ressursøkonomiske hensyn gjør seg gjeldende både for oppdragsgiver og leverandører. Vi kan tenke oss at ett tilbud framstår som vesentlig dårligere enn de andre på flere sentrale tildelingskriterier, og at det derfor er svært lite sannsynlig at forhandlinger med leverandøren vil føre fram. I tillegg til at oppdragsgiver bruker mer ressurser på å inngå en avtale enn nødvendig, binder forhandlingene opp ressurser hos den aktuelle bedriften som den kunne brukt til andre oppgaver. Også vinneren av konkurransen vil tape på det dersom prosessen trekker unødige ut i tid. På den andre siden kan oppdragsgiver ikke bare se hen til effektivitetshensyn ved avgjørelsen av hvem som skal inviteres til forhandlinger.□

- (14) I konkurransegrunnlaget var det bare oppgitt to tildelingskriterier: □Pris□ og □vikarens erfaring og kvalifikasjoner□, hvorav pris hadde høyest prioritet. Leverandørene fikk med andre ord en klar oppfordring om å være konkurransedyktige på pris allerede i sitt opprinnelige tilbud. Oppdragsgiver hadde derfor liten grunn til å tro at annet enn mindre prisforskjeller ville kunne utjevnes gjennom forhandlinger.
- (15) Vurderingen av om leverandøren vil ha en reell mulighet til å få kontrakten hører i utgangspunktet inn under innklagedes innkjøpsfaglige skjønn.

Klagenemndas vurdering:

- (16) Klager har deltatt i den aktuelle anskaffelsesprosessen og har saklig klageinteresse, jf forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Etter innklagedes beregning er kontraktens verdi under terskelverdiene i forskrift om offentlige anskaffelser § 2-2. Dette er ikke bestridt av klager, og klagenemnda legger til grunn at forskriftens del III får anvendelse på anskaffelsen.

- (17) Etter forskriftens § 16-3 (2) skal utvelgelse til forhandlinger skje på grunnlag av den foreliggende informasjon om leverandørens stilling og tekniske, økonomiske og finansielle kapasitet. Ettersom pris verken gjelder leverandørens stilling eller kapasitet, kan tilbudt pris i forhold til forskriftens § 16-3 (2) ikke vektlegges ved utvelgelsen, jf klagenemndas uttalelse i sakene 2003/38 og 2004/76 premissene 26 og 27.
- (18) Etter § 16-3 (3) skal minst tre leverandører inviteres til forhandlinger, forutsatt at et tilstrekkelig antall er egnet. Oppdragsgiver skal likevel bare forhandle med leverandører som har reell mulighet til å få tildelt kontrakten. Ved denne vurderingen vil pris kunne være relevant.
- (19) Spørsmålet er etter dette om en prisforskjell på rundt ti prosent gjorde at klager ikke ville hatt reelle muligheter til å få kontrakten i en situasjon hvor pris etter konkurransegrunnlaget og oppdragsgivers vurdering var det avgjørende tildelingskriteriet. Etter § 16-3 (4) kan alle sider av tilbudene endres gjennom forhandlinger, herunder prisen. Ved konkurranse med forhandlinger vil tilbudene forutsetningsvis kunne forbedres i løpet av forhandlingsprosessen, og rangeringen av tilbudene kan som følge av dette bli endret. Klagenemnda finner det ikke godtgjort at en prisforskjell på ti prosent skal gi grunnlag for å konkludere med at klager i denne saken ikke ville hatt reell mulighet til å få tildelt kontrakten etter gjennomførte forhandlinger, jf klagenemndas uttalelse i sak 2004/76 premiss 28, der det samme ble sagt om en prisforskjell på 18%.
- (20) Foranlediget av innklagedes anførsel i brev av 11. desember 2003 bemerker klagenemnda at plikten etter forskriftens § 16-3 (3) til å gjennomføre forhandlinger ikke kan anses oppfylt ved at interesserte leverandører har inngitt tilbud.

Konklusjon:

Skattedirektoratet har brutt forskrift om offentlige anskaffelser § 16-3 (3) ved at klager ikke ble invitert til forhandlinger.

For klagenemnda,

9. august 2004

Jens Bugge