



Klagenemnda for offentlige anskaffelser

I konkurranse med forhandling om installasjon av komposteringsanlegg basert på totalentreprisevilkårene NS 3431 ble det forhandlet om ulike løsningsforslag fra de gjenværende to konkurrerende leverandører. Deler av saken ble ansett uhensiktsmessig for klagenemndas skriftlige behandlingsmåte og avvist etter klageforskriftens § 9. Nemnda la til grunn at innklagede hadde brutt kravene til forutberegnelighet og etterprøvnbarhet ved å benytte et større spillerom for konkurranse med forhandling enn det som følger av forskriftens krav. Det var også kunngjort tildelingskriterier som var i strid med forskriftens § 17-2.

Klagenemndas avgjørelse 24. januar 2005 i sak 2004/256

Klager: Arnatek AS

Innklagede: IVAR IKS

Klagenemndas medlemmer: Kai Krüger, Morten Goller, Inger Marie Dons Jensen

Saken gjelder: Terskelverdier, konkurranse med forhandling, konkurransegrunnlagets rammer, tildelingskriterier

Sakens bakgrunn:

- (1) IVAR (heretter kalt innklagede) kunngjorde 29. april 2004 en begrenset anbudskonkurranse vedrørende totalentreprisekontrakt basert på NS 3431 for nytt forbehandlingsanlegg ved Hognestad komposteringsanlegg. I konkurransegrunnlaget fremgår at det er tale om konkurranse med forhandling, og saken er av alle parter i fortsettelsen håndtert som dette.
- (2) Entreprisen beskrives som tilbud på prosessløsning og prosessutstyr inklusiv instrumentering til ny forbehandlingslinje for matavfall, herunder systemer for dosering av lesket kalk til matavfallet, beskrevet som en ordning der forhåndsinnstilt kalkmengde fylles i dagtank med batchvis dosering i forbindelse med innlastning i kvern. Tilbyderne bes angi hvordan prosessen kan styres mest hensiktsmessig. Det er gitt noen spesifikasjoner for variabel doseringskapasitet samt løsninger av trommelsikt, bandtransportør, kalksilo m v.

- (3) Det ble konkurrert om å levere det økonomisk mest fordelaktige tilbudet basert på følgende tildelingskriterier:

” - *Tilbudspris*

- *Kvalitet på komponenter*
- *Leveringstid/fremdrift*
- *Teknisk dokumentasjon*
- *Referanser*
- *Økonomisk soliditet*
- *Garantier/garantitid*
- *Forbehold mht leveransen*
- *Kvalitetssikringssystem*
- *Driftskostnader*
- *Tilbyders kompetanse på dette fagområdet*
- *Tilbudte nøkkelpersoners erfaring”*

- (4) Innledningsvis i konkurransegrunnlaget, i punkt 1.1, den generelle orienteringen til leverandørene, opplyste innklagede følgende:

”IVAR ønsker nå tilbud på prosessløsning og utrustning for den nye forbehandlingslinjen. Nytt utstyr skal monteres uten bygningsmessige utvidelser, og vedlagte lay-out tegning viser eksisterende komponenter med forslag til plassering av nytt utstyr. Videre er også et utkast til flytskjema vedlagt.

Det presiseres at arrangement som vist på lay-out tegninger og flytskjema kun er forslag, og leverandørene kan tilby alternative løsninger for kalkdosering.”

- (5) Før det ble besluttet å utlyse en konkurranse hadde innklagede arrangert en idédugnad for å danne seg et inntrykk av hvilke muligheter som forelå for tilsetting av kalk før komposteringen. Her deltok Euroteknikk og Franzefoss siden disse hadde vært leverandører under forsøk og hadde levert utstyr til komposteringsanlegget tidligere.
- (6) Seks leverandører ble invitert til deltakelse i konkurransen, deriblant Arnatek AS (heretter kalt klager). Av disse leverandørene var det bare klager og Euroteknikk AS som leverte tilbud i konkurransen, og som senere deltok i forhandlingene om oppdraget.
- (7) Innklagede vurderte det slik at begge leverandørene hadde tilbudt løsninger som gikk ut over angitt arealbegrensning, og med alternativt doseringsarrangement etter sikt. Av denne grunn ble det i avklaringsmøtene bedt om pris på alternativ innblanding av kalk i

en lukket kalkblander etter trommelsikt. Dosering etter sikt ble på dette tidspunkt valgt som den teknisk, økonomisk og arbeidsmiljømessig beste løsning og lagt til grunn for den videre prosessen. Samtidig ble også dimensjonerende mengder nedjustert til 25 tonn/h. I tilbudsdokumentene ble det forutsatt 50 tonn matavfall/h.

- (8) Frist for tilbakemelding ble satt til 9. juli for klager og 16. juli for Euroteknikk. Euroteknikk tilbød i sitt reviderte tilbud kalkdoseringsutstyr som ikke var basert på oppvarming/ temperaturstyring. Klager tilbød flere varianter av en kalkblander, og variasjonene bestod hovedsakelig i forskjellige størrelser og alternative utførelser for innblanding av alternative kalktyper og installasjon av varmeelementer med styring av råstofftemperaturen under innblanding. Etter dette avholdt innklagede nye avklaringsmøter med de to leverandørene som også leverte ytterligere reviderte tilbud.
- (9) Innklagede kom til at Euroteknikk leverte det økonomisk mest fordelaktige tilbudet, og meddelte sin beslutning til klager. Følgende del av innklagedes begrunnelse for valg av tilbud er relevant for saken:

"Når det gjelder pris og tekniske løsninger, besvarte ikke Arnatek forespurte løsninger etter avklaringsmøte nr. 2, ettersom det var bedt om pris på alternative løsninger hhv. med og uten trommelsikt. Etter en intern teknisk/økonomisk vurdering av de to alternative løsningene, ble alternativ 1 (med trommelsikt) valgt som den tekniske løsning for ny forbehandling."

- (10) Innklagede har forventet kontraktsinngåelse for å se resultatet av klagenemndas behandling av saken.

Klager har i det vesentligste anført:

- (11) Innklagede har brutt forskrift om offentlige anskaffelser § 3-6 ved å la representanter fra Euroteknikk delta i en arbeidsgruppe hvor de tekniske forutsetningene for prosjektet ble utarbeidet.
- (12) Det var ikke anledning til å benytte konkurranse med forhandling i denne anskaffelsen. Dersom innklagede mente at anskaffelsen har FoU-preg, måtte man anvende forskrift om offentlige anskaffelser § 4-2 bokstav d) som grunnlag for å arrangere konkurranse med forhandling. Paragraf 4-2 bokstav c) gjelder kun tjenesteytelser. I konkurranser etter § 4-2 bokstav d) får leverandørene godtgjørelse for utviklingsarbeidet.
- (13) Forhandlingene må videre holdes innenfor rammene av konkurransegrunnlaget. I dette tilfellet konkurrerte man til slutt om en helt annen løsning enn den som opprinnelig var fastsatt i konkurransegrunnlaget.
- (14) Som innklagede har erkjent, ble valgte leverandør gitt en lengre frist for å komme med revidert tilbud. Denne forskjellsbehandlingen strider mot kravet til likebehandling. Dersom klager hadde fått tilsvarende frist, kunne klager levert et betydelig bedre tilbud og dessuten spart seg for overtidskostnader.

- (15) Innklagede har brutt forskriften § 3-3 samt kravene til likebehandling og god forretningsskikk ved å gi Euroteknikk tilgang på klagers nyskapende tekniske løsning. Det kan ikke være anledning til å innlede forhandlinger med konkurrentene om en leverandørs alternative løsning.
- (16) Innklagede har brutt fremgangsmåten for forhandlinger, jf forskrift om offentlige anskaffelser § 9-3. Selv om man kan forhandle om endringer og suppleringer av alle sider ved tilbudene, må forhandlingene skje på grunnlag av de elementer tilbudet inneholder på innleveringstidspunktet. Det opprinnelige tilbudet fra Euroteknikk inneholdt ikke en kalkblander av den typen som ble tilbudt i det endelige tilbudet. Siden klager var den eneste leverandøren som leverte tilbud på lukket kalkblander, skulle forhandlingene blitt gjennomført med klager alene.
- (17) Innklagede hadde ikke anledning til å legge vekt på referanser i tildelingsfasen siden leverandørenes referanser var vurdert i kvalifikasjonsfasen. Det faktum at klagers alternative løsning til slutt ble lagt til grunn, viser at klager innehar mer kompetanse enn valgte leverandør.
- (18) Innklagedes begrunnelse bygger på et uriktig faktum. Klager har besvart alle løsninger de er bedt om å besvare. Siden klager tidligere hadde levert tilbud på en av de alternative løsningene, ble ikke dette tilbudet levert på nytt. Denne feilen viser at tildelingen har skjedd på uriktige premisser. Etter så mange runder med reviderte tilbud har det formodningen mot seg at innklagede kunne foreta forsvarlige sammenligninger av tilbudene.
- (19) Klager ber nemnda vurdere om det er grunnlag for å kreve erstattet negativ kontraktsinteresse.

Innklagede har i det vesentligste anført:

- (20) Innklagede bestrider å ha brutt regelverket for offentlige anskaffelser.
- (21) Tidlig i prosessen ble det avholdt en idédugnad for å gi innklagede bedre kunnskaper om mulighetene for å tilsette kalk før kompostering. Euroteknikk og Franzefoss deltok siden de var tidligere leverandører. På dette tidspunkt hadde ikke innklagede tatt standpunkt til om konkurranse ville bli utlyst. Den senere prosessen med utarbeidelse av tilbudsgrunnlag mv er foretatt av innklagedes konsulent uten innblanding fra disse leverandørene. Når leverandørene i tillegg er gitt betydelig frihet til å velge løsninger og tekniske systemer i konkurransen, kan ikke forskriften § 3-6 være brutt.
- (22) Leveransen har et klart FoU-preg og oppfyller dermed kravet for å kunne arrangere konkurranse med forhandling etter forutgående kunngjøring, jf forskrift om offentlige anskaffelser § 4-2 bokstav c).
- (23) Euroteknikk har ikke fått anledning til å levere et nytt tilbud i konkurransen, men leverandøren er på samme måte som klager gitt muligheten til å supplere og utdype sine opprinnelige løsningsforslag. Både klager og innklagede har fått betydelig frihet til å endre sine opprinnelige forslag etter tilbudsfristens utløp. Dette er i tråd med forutsetningene i konkurransegrunnlaget, jf punkt 1.1, femte avsnitt hvor det presiseres

at: ”arrangement som vist på lay-out tegninger og flytskjema kun er forslag, og at leverandøren kan tilby alternative løsninger for kalkdosering. Forhandlingene er således skjedd i tråd med forskriften § 9-3, og den valgte løsning avviker ikke fra konkurransegrunnlagets krav.

- (24) Svarfristene ble fastsatt i samråd med leverandørene. Klager bekreftet selv at den fastsatte fristen var tilstrekkelig. En eventuell forskjellsbehandling har uansett ikke hatt noen innvirkning på konkurransen, noe klager også har erkjent.
- (25) Innklagede har ikke på noe tidspunkt overlevert Euroteknikk klagers løsningsforslag. Den eneste opplysningen Euroteknikk har fått fra innklagede, er setningen ”*I prinsipp som termoblander for slam*”. Nevnte setning ble ført inn i møtereferat fra møte 2. juli 2004 ved en feil. Selv om dette kan være et brudd på taushetsplikten siden Euroteknikk har fått kjennskap til en fremgangsmåte klager var alene om å tilby, er bruddet marginalt. Det fremgår ikke at opplysningen er hentet fra klagers tilbud, opplysningen ble gitt ved et hendelig uhell, og innklagede hadde ikke til hensikt å hjelpe Euroteknikk.
- (26) Bruddet på taushetsplikten har heller ikke hatt noen virkning på konkurransen. Termoblandingsløsningen ble ikke valgt, og Euroteknikk foreslo heller aldri noen slik løsning.
- (27) Innklagede beklager at møtereferatet inneholder enkelte feil, men bestrider at feilskriften har hatt innvirkning på tildelingsprosessen.
- (28) Det økonomisk mest fordelaktige tilbudet er valgt. Evalueringen ble vanskelig, spesielt siden klager tilbød en rekke alternative løsninger på en forespurrt løsning, mens den andre forespurte løsningen ikke ble kommentert. Innklagede besluttet å gå for løsningen med trommelsikt. Tilbudet fra Euroteknikk hadde lavest pris på dette alternativet.
- (29) Det er ikke grunnlag for å få erstattet negativ kontraktsinteresse.

Klagenemndas vurdering:

- (30) Klager har deltatt i konkurransen og har saklig klageinteresse, jf forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6.

Rettslig grunnlag for konkurranse med forhandling

- (31) Partene har lagt til grunn at del II i forskrift om offentlige anskaffelser får anvendelse, og at konkurranse med forhandling eventuelt må hjemles i § 4-2 bokstav c eller d. Klagenemnda finner det åpenbart at disse bestemmelsene ikke kommer til anvendelse i dette tilfellet. Ingen av partene har imidlertid berørt bestemmelsen i forskriftens § 2-2 som setter 38.55 millioner som terskelverdi for bygg- og anleggskontrakter. Entrepriekontrakter under denne beløpsrammen følger forskriftens del III, som i § 11-1 (1) gir anskaffelsesmyndigheten valget mellom anbudskonkurranse og konkurranse med forhandlinger. Grensen mellom entrepris og tilvirkningskjøp er ikke entydig. Nemnda forstår saken slik at det i dette tilfellet er tale om en utstyrsleveranse som

forutsetter betydelig ombygning og ominnredning av IVARs produksjonslokaler, slik at man med rette har forutsatt at det er tale om en totalentreprise underlagt standardvilkårene i NS 3431. Etter dette hadde IVAR hjemmel for å anvende prosedyren forhandlet konkurranse, og anskaffelsen følger forskriftens del III.

- (32) Klagenemnda konstaterer at saken er omfattende, og at flere av spørsmålene er av utpreget teknisk karakter. De faktiske forhold er delvis omstridt, særlig i det som gjelder de endringer i metode og konsept som fant sted frem mot valg av Euroteknikk som leverandør. Klagenemnda råder ikke over særskilt teknisk ekspertise, og må selv danne seg et inntrykk ut fra sakens dokumenter, noe som i dette tilfelle har bydd på særlige problemer. Klagen ble først avvist av sekretariatet under henvisning til klageforskriftens avvisningshjemmel for uegnede saker (forskriftens § 9), men er senere henvist til nemndsbehandling. Nemnda oppfatter for sin del flere av de omstridte spørsmål i saken som lite egnet for den skriftlige behandlingsform som nemnda anvender, uten adgang til avhør av parter, vitner og teknisk sakkyndige, slik som ved domstolsbehandling. Nemndas vurderinger begrenses derfor til de spørsmål i saken som synes tilstrekkelig opplyst til at nemnda kan foreta sine faktiske og rettslige vurderinger.

Rådgiveres adgang til å delta i konkurransen

- (33) Forskrift om offentlige anskaffelser § 3-6 har følgende ordlyd:

”Oppdragsgiver skal ikke søke eller motta råd som kan bli benyttet under utarbeidelsen av spesifikasjoner for en bestemt anskaffelse fra noen som kan ha økonomisk interesse i anskaffelsen, når dette skjer på en måte som vil kunne utelukke konkurranse.”

For at denne bestemmelsen skal komme til anvendelse, må den informasjon leverandøren tilegner seg, eller råd han måtte gi, ha fått negativ innvirkning på konkurranseforholdet mellom leverandørene. Idédugnaden ble avholdt før det ble besluttet å arrangere konkurransen. Klagers anførsel om at Euroteknikk også har bistått innklagede fram til tidspunkt for prekvalifisering, bestrides av innklagede. Det er altså tale om et omstridt faktum, og denne delen av klagen avvises som uhensiktsmessig for behandling, jf forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 9. Nemnda bemerker at de senere forhandlinger om hvilken løsning som til sist skulle velges, ikke bærer preg av at Euroteknikk har hatt noen fordeler på klagers bekostning. Klagenemnda kan, slik saken står, ikke se at innklagede har brutt forskriftens § 3-6.

Konkurransegrunnlagets rammer

- (34) Regler om konkurransegrunnlagets utforming er nedfelt i forskriftens kapittel 12. I § 12-4 er det gitt regler om rettelse, supplering eller endringer av konkurransegrunnlaget innen tilbudsfristens utløp. Etter dette tidspunkt er adgangen til endringer i konkurransegrunnlaget i prinsippet utelukket, dog slik at anskaffelsesmyndigheten etter § 15-6 kan vurdere alternative tilbud som oppfyller de krav som er satt i konkurransegrunnlaget (EF-domstolen i sak C-421/01 ”Traunfellner”). I konkurransegrunnlaget ble det presisert at de løsninger som var angitt der, ikke skulle anses som bindende. Dette kan forstås slik at det åpnes for alternative forslag, men kan også leses slik at verken konkurransegrunnlaget eller de senere alternative løsningsforslag som leverandørene ble anmodet om å utarbeide, skulle ligge fast. Hvis forhandlinger gjennomføres uten bindinger i konkurransegrunnlaget eller på

en måte som innebærer at konkurransegrunnlaget i realiteten omformes under de senere forhandlinger, kommer dette i konflikt med kravene til forutberegnelighet og etterprøvbarhet etter lovens § 5. Klager mener at innklagede fravek sitt eget konkurransegrunnlag da man skulle treffe sitt valg av leverandør. Klagenemnda er kritisk til en så løs forhandlingsprosedyre som den innklagede har anvendt i denne saken og viser til at det i noen grad er nettopp derfor deler av saken må avvises på grunn av faktisk tvil om sakens forløp. Men nemnda anser også klagers anførsel på dette punkt som uegnet for behandling etter klageforskriftens § 9 fordi det her handler om forhold som blant annet forutsetter en teknisk innsikt som nemnda ikke har. Det samme gjelder anførselen om at begrunnelsen for tildeling til Euroteknikk fravek fra noe man angivelig skulle ha vedtatt i et møte i september 2004. Dette kan nemnda vanskelig ha noen begrunnet formening om.

Brudd på likhetsprinsippet

- (35) Klagers anførsel om brudd på likhetsprinsippet ved avvikende frister for tilbakespill fra de to konkurrerende leverandører fører ikke frem. Klagenemnda oppfatter det slik at fristene for utdypninger og presiseringer inngikk i de løpende forhandlinger - og med klagers tilslutning. At man av praktiske grunner i et slikt tilfelle har noe forskjellige opplegg for hver av partene, er ikke nødvendigvis i strid med likhetsprinsippet.

Spørsmålet om videreformidling av klagers tekniske løsning

- (36) Oppdragsgiver plikter etter forskriftens § 3-3 å hindre at andre får adgang til eller kjennskap til opplysninger om tekniske innretninger og fremgangsmåter eller drifts- eller forretningsforhold av konkurransemessig art. Den nærmere vurderingen av om innklagede i dette tilfellet har gitt Euroteknikk tilgang til klagers kalktilsettingsløsning og senere valgt bort klager, hviler i stor grad på en bedømmelse av omstridte faktiske forhold som i liten grad kan opplyses ved skriftlig saksbehandling. Denne delen av klagen avvises derfor som uhensiktsmessig for behandling, jf forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 9.

Adgangen til å ta hensyn til leverandørens kvalifikasjoner i tildelingsfasen

- (37) Klagenemnda har i sin praksis lagt til grunn at visse forhold som vedrører leverandørens kvalifikasjoner (forskriftens § 12-5), kan benyttes som tildelingskriterier i konkurranser om tjenesteoppdrag der kompetanse og oppfyllelsesevne naturlig inngår i en vurdering av tilbudt kvalitet på tjenesten, jf sak 2004/243. Synspunktet kan ikke gis generell anvendelse på entrepriseoppdrag, verken når det gjelder utførende entreprise eller når det gjelder totalentreprise der entreprenøren skal stå for prosjektering som her. Nemnda konstaterer at enkelte av de momenter som inngår i oppregningen av tildelingskriteriene i denne saken hører under kvalifikasjonskrav etter § 12-5, så som referanser og økonomisk soliditet. Slike sier ikke noe om forventet kvalitet på anskaffelsen og skal derfor ikke vektlegges som tildelingskriterium. På dette punkt er derfor forskriften § 17-2 overtrådt.

Begrunnelsen

- (38) Klagers anførsel om feil i begrunnelsen bygger på en uenighet omkring hva som ble avtalt på møte 10. september 2004. Klagenemnda har verken holdepunkter for å

konstatere at begrunnelsen bygger på uriktige faktiske forutsetninger, eller at en eventuell feil har hatt innvirkning på vurderingen av tilbudene.

Erstatning for negativ kontraktsinteresse

- (39) Forutsetningen for erstatningsansvar for negativ kontraktsinteresse er at anskaffelsesmyndigheten har gjort feil som har påført tilbyder tidstap og utgifter. Retningslinjer for slik erstatning er gitt i Rt. 1997.574 ("Firesafe"). Hvis det kan dokumenteres at forhandlingene i dette tilfelle ble vidløftiggjort ved at det ble åpnet for forhandlinger om konkurransegrunnlaget, kan dette være tilfellet. Vesentlige deler av saken er imidlertid avvist som uhensiktsmessig for nemndas behandlingsform og i dette ligger at nemnda ikke kan uttale noe bestemt om hvorvidt det foreligger grunnlag for erstatning eller om hva slik erstatning i tilfelle skulle bestå i.

Konklusjon:

- IVAR IKS har brutt kravet til forutberegnelighet og etterprøvbarhet i lovens § 5 ved å benytte et større spillerom for konkurranse med forhandling enn det som følger av forskriftens krav.
- IVAR IKS har brutt forskriftens § 17-2 ved å innlemme ulike kvalifikasjonskrav etter § 12-5 som tildelingskriterier i konkurransegrunnlaget.
- For andre klagepunkter viser nemnda til drøftelsen ovenfor, der klagen enten ikke fører frem, eller der klagen avvises som uhensiktsmessig for nemndas behandlingsmåte med henvisning til klageforskriftens § 9.

For klagenemnda,

24. januar 2005

Kai Krüger