



**Klagenemnda
for offentlige anskaffelser**

Innklagede gjennomførte en konkurranse for anskaffelse av kjøkken- og kantinetjenester. I kunngjøringen hadde innklagede angitt at konkurranseformen skulle være åpen anbudskonkurranse, mens konkurransegrunnlaget opplyste at det skulle gjennomføres forhandlinger. Klagenemnda kom til at uklarheten som her var skapt, var i strid med kravet til forutberegnelighet i lov om offentlige anskaffelser § 5. Videre fant klagenemnda at innklagede hadde brutt forskrift om offentlige anskaffelser § 17-3 ved at det ikke var gitt begrunnelse ved meddelelse om valg av tilbud. Klagenemnda fant at det ikke forelå brudd på protokollføringsplikten i forskriften § 15-1.

Klagenemndas avgjørelse 7. november 2005 i sak 2004/307

Klager: Matpartner AS

Innklaget: Oslo kommune v/ Bydel Sagene

Klagenemndas medlemmer: Inger Marie Dons Jensen, Kai Krüger, Bjørg Ven.

Saken gjelder: Misvisende opplysninger om prosedyreform. Protokollføring. Manglende begrunnelse.

Bakgrunn:

- (1) Oslo kommune v/ Bydel Sagene (heretter kalt innklagede) kunngjorde den 11. oktober 2004 en konkurranse for anskaffelse av kjøkken- og kantinetjenester. Både i overskriften og i kunngjøringens punkt IV 1 var det angitt at prosedyren var åpen anbudskonkurranse.
- (2) På forsiden av konkurransegrunnlaget og i dokumentets punkt 2.2 var det angitt at prosedyren skulle være "åpen konkurranse". Videre het det under punkt 5.5 "Forhandlinger":

"Oppdragsgiver velger hvilke leverandører som skal inviteres til forhandlinger blant de som tilfredsstiller kravene for deltakelse i konkurransen og som har en reell mulighet til å få tildelt kontrakten, jf pkt 2.2.

Det er adgang til å forhandle om endringer eller suppleringer av alle sider ved tilbudene, så som forretningsmessige vilkår, tilbudets faglige innhold, forventet resultatoppnåelse og andre spesifikasjoner."

- (3) Det ble ikke gjennomført forhandlinger.
- (4) Det ble ført anskaffelsesprotokoll for anskaffelsen. Som begrunnelse for valg av leverandør stod det i protokollen:

”Det valgte tilbudet er det mest økonomisk fordelaktige tilbud og har laveste pris i konkurransen”

- (5) I et vedlegg til anskaffelsesprotokollen var det tatt inn en oversikt over prisene som hver enkelt leverandør hadde oppgitt i tilbudet. Videre fulgte en vurdering av de ulike tilbudene:

”Vurdering:

Pris: Medirest er den tilbyderen som har den laveste prisen.

Kvalitet: En gjennomgang av tilbudene tilsier at de fire tilbydere har tilfredstillende kvalitet på sine tjenester. Det er vanskelig å rangere tilbudene da de vurderes å være like gode.

Servicegrad: Tilbyderne har lagt vekt på pasienten i sentrum og viktigheten av frisk og god mat av høy kvalitet til avtalte tidspunkter for måltider. Tilbudene vurderes som like gode.

Leveringssikkerhet: Tilbyderne har referanser på at de har ytt tilfredstillende leveranser for andre oppdragsgivere.

- (6) Leverandørene ble 15. november 2004 meddelt at innklagede ville inngå kontrakt med Medirest. I e-posten var tildelingskriteriene opplistet, og innklagede opplyste at *”Valgte leverandør leverte det mest økonomisk fordelaktige tilbudet”*.
- (7) Den 29. november 2004 mottok innklagede e-post fra klager hvor innklagede ble gjort oppmerksom på at konkurransegrunnlagets pkt. 5.5 inneholdt en regel om forhandlinger. Klager ba også om en individuell vurdering av deres tilbud og en begrunnelse for hvorfor firmaet ikke ble innkalt til forhandlinger.
- (8) Innklagede erkjente i e-post av 30. november 2004 at det var en feil at pkt. 5.5 – punktet om forhandlinger – var inntatt i konkurransegrunnlaget.
- (9) Klage til klagenemnda ble fremsatt 14. desember 2004.

Anførsler:

Klager har i det vesentlige anført:

- (10) Klager anfører at innklagede har brutt regelverket for offentlige anskaffelser.
- (11) Innklagede har ikke opptrådt i tråd med forskrift om offentlige anskaffelser § 12-4 i det kommunen ikke har gjort rettelser for å unngå mistolkinger av konkurransegrunnlaget mht. prosedyreform.
- (12) Innklagede har ikke ført anskaffelsesprotokoll i samsvar med forskriften § 15-1.
- (13) Innklagede har gitt mangelfull begrunnelse for valg av leverandør, jf. forskriften § 17-3.

- (14) Innklagede er erstatningspliktig.

Innklagede har i det vesentlige anført:

- (15) Innklagede bestrider å ha brutt regelverket for offentlige anskaffelser.
- (16) En rettelse, supplerings eller endring i hht. forskriften § 12-4 betinger positiv kunnskap om eventuelle feil. Slik kunnskap hadde ikke innklagede før klager gjorde oppmerksom på dette i e-post av 29. november 2004, dvs. etter utløp av tilbudsfristen 8. november 2004. Når klager ikke har benyttet muligheten til å ta kontakt med innklagede for å få avklart prosedyreformen for konkurransen, må klager selv bære risikoen for sin tolkning.
- (17) Innklagede har ført anskaffelsesprotokoll i tråd med forskriftens § 15-1. Protokollen inneholder alle de opplysninger § 15-1 (1) og (2) litra a og litra b pkt. 1-4 krever. Kravene til innhold i § 15-1 (2) litra c er delvis oppfylt. At begrunnelsen for valg av tilbud er noe tynn, har imidlertid ingen betydning for konkurransens utfall.
- (18) Det erkjennes at begrunnelsen i e-post av 15. november 2004 er mangelfull. Dette har imidlertid ikke hatt betydning for konkurransens utfall.
- (19) Klagenemnda har ikke det nødvendige grunnlag for å uttale seg om erstatningsspørsmålet i denne saken. Klager har verken anført eller dokumentert at firmaet har lidt noe økonomisk tap eller sannsynliggjort øvrige vilkår for at erstatningsansvar foreligger.

Klagenemndas vurdering:

- (20) Klager har deltatt i konkurransen og har saklig klageinteresse, jf forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Kontrakten gjelder uprioriterte tjenester, jf forskrift om offentlige anskaffelser § 2-5, og konkurransen følger del I og III i forskrift for offentlige anskaffelser, jf § 2-1 (3).

Misvisende opplysninger om prosedyreform

- (21) I kunngjøringen av 11. oktober 2004 var det opplyst at konkurransen var en åpen anbudskonkurranse, mens konkurransegrunnlaget både opplyste at anskaffelsesprosedyren var "åpen konkurranse" og at det skulle gjennomføres forhandlinger.
- (22) Når kunngjøringen og konkurransegrunnlaget inneholder motstridende opplysninger om konkurranseform, er det skapt en uklarhet mht hvilken prosedyre som skulle følges. Dette kan ha medført at tilbudene har blitt annerledes enn de ville ha blitt dersom det hadde blitt gjennomført forhandlinger. Klagenemnda finner at den uklarhet som innklagede her har skapt, er i strid med kravet til forutberegnelighet i lov om offentlige anskaffelser § 5, jf blant annet sak 2004/211.

Manglende protokollføring

- (23) I henhold til forskrift om offentlige anskaffelser § 15-1 (2) litra c skal anskaffelsesprotokollen inneholde "begrunnelse for valg av tilbud med angivelse av tilbudets verdi og relative fordeler og egenskaper i forhold til de øvrige tilbudene".

- (24) Forskriften krever at begrunnelsen skal vise at den foretatte tildelingen er i samsvar med de forhåndskunngjorte tildelingskriteriene, jf sak 2004/124. I anskaffelsesprotokollen i foreliggende sak var det bare angitt at det valgte tilbudet var det økonomisk mest fordelaktige tilbudet og hadde lavest pris. En nærmere begrunnelse ble derimot gitt i et vedlegg til anskaffelsesprotokollen. Vedlegget anga tilbudenens verdi, samt en vurdering som viste at innklagede hadde vurdert leverandørene i forhold til de forhåndskunngjorte tildelingskriteriene. Klagenemnda finner at vurderingen i vedlegget til anskaffelsesprotokollen tilfredsstiller kravene i forskriften § 15-1 (2) litra c.

Manglende begrunnelse

- (25) Etter forskrift om offentlige anskaffelser § 17-3 (2) skal oppdragsgiver gi en skriftlig begrunnelse for valg av tilbud. Formålet med begrunnelsesplikten er å gi leverandørene grunnlag for å vurdere om de skal klage.
- (26) Klagenemnda har i en rekke avgjørelser lagt til grunn at en henvisning til tildelingskriteriene angitt i konkurransegrunnlaget med en kommentar om at den valgt leverandøren leverte "*det økonomisk mest fordelaktige tilbudet*", ikke er en begrunnelse. Det vises i denne forbindelse til klagenemndas avgjørelse i sak 2003/3. Ved bare å liste opp tildelingskriteriene og opplyse at "*Valgte leverandør leverte det mest økonomisk fordelaktige tilbudet*", har innklagede etter dette brutt forskriften § 17-3 (2). Dette antas imidlertid ikke å ha hatt noen betydning, da innklagede har gitt en fullgod begrunnelse i anskaffelsesprotokollen med vedlegg.

Erstatning

- (27) Klagenemnda har ikke grunnlag for å si om uklarheten mht prosedyre har påvirket innholdet i klagers tilbud, og kan derfor ikke uttale seg om innklagede er erstatningspliktig for den negative kontraktsinteresse.

Konklusjon:

Oslo kommune v/ Bydel Sagene har brutt kravet om forutberegnelighet i lov om offentlige anskaffelser § 5 ved å gi motstridende opplysninger om konkurranseformen i kunngjøring og konkurransegrunnlag.

Oslo kommune v/ Bydel Sagene har brutt forskrift om offentlige anskaffelser § 17-3 (2) ved at meddelelsen om valg av tilbud ikke inneholdt noen begrunnelse.

Oslo kommune v/ Bydel Sagene har ikke brutt forskrift om offentlige anskaffelser § 15-1 om å føre anskaffelsesprotokoll.

For klagenemnda,
7. november 2005

Inger Marie Dons Jensen