



Klagenemnda for offentlige anskaffelser

Innklagede gjennomførte en åpen anbudskonkurranse som blant annet omfattet elektroarbeider. Klager var tilbudt som underleverandør av et bestemt produkt i det tilbudet som innklagede fant var det økonomisk mest fordelaktige. Før kontrakt var signert med den valgte leverandøren, ba innklagede denne om å gi tilbud på et annet produkt fra en annen underleverandør, til fortrensel for klager. Klagenemnda fant at forhandlingsforbudet var brutt, og at klager hadde saklig klageinteresse i å få prøvd spørsmålet for klagenemnda.

Klagenemndas avgjørelse 7. juli 2005 i sak 2005/139

Klager: EK Automasjon AS

Innklaget: Universitetssykehuset Nord-Norge HF

Klagenemndas medlemmer: Morten Goller, Siri Teigum, Bjørg Ven

Saken gjelder: Saklig klageinteresse for underleverandør, forhandlingsforbudet

Sakens bakgrunn:

Universitetssykehuset Nord-Norge HF (heretter kalt innklagede) kunngjorde 7. oktober 2004 en åpen anbudskonkurranse for utførelse av bygge- og anleggsarbeider, herunder bygg-, el- og vvs-arbeider samt byggeledelse for senter for Psyktisk Helse Nord-Troms. Anskaffelsen var antatt å ligge under terskelverdiene i forskriftens § 2-2, og ble således gjennomført etter forskriftens del III.

Tildelingskriteriene ble i konkurransegrunnlaget oppgitt å være ”pris” på første prioritet, deretter ”forbehold”, ”fremdrift” og ”økonomi” på delt andre prioritet. I kravspesifikasjonen sto blant annet dette:

”Det skal leveres et integrert anlegg for styring og overvåking (SRO). Anlegget skal forberedes for tilknytning mot hovedsentral (Satchwell Invensys sigma) ved UNN i Tromsø via intranett.

Denne bygningsdel omfatter:

- [...]

- Nødvendig OPC server eller tilsvarende grensesnitt for integrering av EIB-anlegg mot lokal SD-undersentral/ hovedsentral ved UNN Tromsø.”

For entreprisen som gjaldt elektroinstallasjoner innkom tilbud fra tre leverandører, herunder fra Arne H. Johansen AS (heretter kalt AHJ). Prismessig lå disse tilbudene fra ca kr 3.500.000 til ca kr 4.100.000. Tilbudet fra AHJ var ca kr 350.000 lavere enn det nest billigste tilbudet.

Postadresse
Postboks 8132 Dep.
0033 Oslo

Besøksadresse
H. Heyerdahls gate 1
0033 Oslo

Tlf.: 22 33 70 10

Faks: 22 33 70 12

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

Som en del AHJs tilbud inngikk automatiseringsanlegg som omfattet både EIB-anlegg og SD-anlegg. EK Automasjon AS (heretter kalt klager) var tilbudt som underentreprenør av SD-anlegget.

Innklagede fant at AHJ hadde levert det økonomisk mest fordelaktige tilbudet på elektroinstallasjoner.

I et referat fra avklaringsmøte datert 14. januar 2005, fremgår blant annet dette:

”RIE har gjennomgått/ kontrollert de mottatte anbudene. Anbud fra Arne H. Johansen AS er mest økonomisk fordelaktig vurdert mht konkurransekriterier/ har den laveste prisen etter kontrollregning.

Etter at anbudene ble mottatt ble det registrert mangel i anbudsgrunnlaget: funksjonsbeskrivelse for automatisering var ikke sendt ut. Nødv. dokumenter (funksjonsbeskrivelse samt krav om å få tilbud på undersentraler fra Satchwell) ble oversendt AHJ AS.

[...]

Automatiseringsanlegg

-Anbyder har gitt tilbud på automatiseringsanlegg fra EK-automasjon.

-Tilbyder vil gi alternativ pris på anlegget fra Satchwell.

Se første sak i referatet.

Tilbud vil foreligge i løpet av uke 3.”

Frist for å komme med alternativt tilbud ble satt til 21. januar 2005. Det fremgikk videre at innklagede skulle sende forslag til referat samt foreløpig forslag til avtaledokument til AHJ. Innklagede skulle også sende brev til øvrige leverandører om valg av entreprenør.

AHJ innga tilbud på alternativt automatiseringsanlegg. Automatiseringsanlegget som ble byttet ut, utgjorde prismessig ca 15% av tilbudet. Byttet medførte en kostnadsøkning på ca 2% av den totale tilbudssummen.

Kontrakten mellom innklagede og AHJ var signert av begge parter den 4. mars 2005.

Klager har i det vesentlige anført:

Klagers automatiseringsanlegg var det eneste automatiseringsanlegget som var med i AHJs tilbud. Alternativt automatiseringsanlegg ble tilbudt som følge av kontraktsforhandlinger og medførte tillegg i prisen til entreprenøren. Fremgangsmåten strider mot likebehandlingsprinsippet i regelverket om offentlige anskaffelser.

Konkurransegrunnlaget ga mulighet for å tilby løsning med OPC. Det er derfor lite relevant at innklagede har høy kompetanse i fagfeltet for SD-anlegg.

Klager bestrider at endringene som er foretatt er å anse som lovlige mindre justeringer.

Det er i strid med regelverket å endre konkurransegrunnlaget slik at bare en av leverandørene får endret tilbudet sitt.

Innklagede har i det vesentlige anført

Det ble oppdaget feil/ mangel i anbudsgrunnlaget etter at anbudene ble mottatt. Det ble sendt korrigert grunnlag bare til AHJ, ettersom tilbudet fra AHJ var klart best vurdert på grunnlag av tildelingskriteriene. Formålet med møtet var å gjennomgå tilbudsgrunnlaget og tilbudet for å sikre at partene ikke hadde spørsmål eller uavklarte punkter angående beskrivelsen og utføringen av de tekniske anleggene. Videre var formålet å oppnå enighet om kontrakten. Kontraktsdokumentet ble gjennomgått og partene ble enige om alle punkter i kontrakten.

Tilbudte produkter og utstyr inkludert tilbudets alternativer tilfredsstilte generelt forutsatt standard og byggherrens behov. AHJs tilbud angående SD-anlegg var ikke det mest optimale mht funksjonalitet for innklagede. Leverandøren ble spurt om å sette opp en alternativ SD-løsning. I følge forskriften § 16-1 (2) bokstav c er det tillatt å gjøre mindre justeringer i de løsninger som leverandøren har fremsatt. Endringen av automatiseringsanlegg hadde ikke betydning for valget av elektroentreprenør. Fordelen med korrigeringen vil komme i utførelsesfasen ettersom arbeidsgrunnlaget (funksjonsbeskrivelsen) er korrekt og innklagede unngår tilleggskrav.

Oppdragsgiver skal dessuten rette opp åpenbare feil i tilbudet, jf forskriften § 16-1 (3). Årsaken til feil var mangler i konkurransegrunnlaget, ettersom funksjonsbeskrivelse av SD-anlegg ikke var sendt ut i konkurransegrunnlaget. AHJ fikk mulighet til å korrigere denne delen av sitt tilbud. Dette er ikke å regne som forhandlinger.

Årsaken til at innklagede valgte en alternativ SD-løsning var følgende: Innklagede har svært høy kompetanse innen fagfeltet automatisering, og denne kompetansen benyttes til i egen regi å utføre arbeid og installasjoner som flere andre bedrifter leier ekstern ekspertise til å utføre. Innklagede må ha tekniske løsninger som gir mulighet til å utnytte den eksisterende kompetansen, kapasiteten og verktøy slik at de totale kostnadene blir lavest mulig. Klager har tilbudt anlegg som kobles til UNN sin driftssentral i Tromsø via OPC. Denne løsningen gir ikke 100% integrasjon med eksisterende SD-anlegg/programvare hos innklagede. Eksempelvis vil det ikke være mulig for driftspersonalet hos innklagede å utvide anlegget med installasjon og programmering av nye komponenter og funksjoner fra eksisterende SD-anlegg/programvare via den sammenkoblingsmetoden (OPC) som klager hadde tilbudt. Den tilbudte løsningen (OPC) gir integrasjon på et nivå som er tilfredsstillende for bedrifter uten egen fagkompetanse og som må leie inn leverandøren av anlegget for å utføre arbeidet.

Klagenemndas vurdering:

Klagen er rettidig. Det første spørsmålet er om klager, som underleverandør i valgte leverandørs tilbud, har saklig klageinteresse i anbudskonkurransen, jf. forskrift om klagenemnd om offentlige anskaffelser § 6 som lyder:

”Klage til klagenemnda må gjelde unnlatelser, handlinger eller beslutninger under gjennomføringen av anskaffelser etter lov av 16. juli 1999 nr 69 om offentlige anskaffelser eller forskrifter gitt med hjemmel i denne.

Klage kan fremsettes av enhver som har saklig interesse i å få vurdert lovmessigheten av en slik unnlatelse, handling eller beslutning.”

I forarbeidene til forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser er det forutsatt at kjerneområdet for klageretten vil være leverandører (både de som faktisk har deltatt i konkurransen, og potensielle leverandører), deres organisasjoner og eventuelt

tilsynsmyndigheter. For øvrig er innholdet i kravet til saklig klageinteresse overlatt til klagenemndas praksis.

Som underleverandør har klager interesse i at tilbudet til leverandøren forblir uendret, slik at klager kan stå som underleverandør av sitt produkt til innklagede dersom leverandørens tilbud blir valgt som det økonomisk mest fordelaktige. Klager har således saklig klageinteresse i å få prøvd spørsmålet om innklagede brøt regelverket ved å gjennomføre forhandlinger som medførte bytte av underleverandør.

Forskrift om offentlige anskaffelser § 16-1 (1) bestemmer at det ved en åpen anbudskonkurranse ikke er tillatt å endre tilbudene gjennom forhandlinger. Hovedregelen er at det ikke skal forhandles med noen tilbydere fra tilbudsfristens utløp og frem til kontrakt er undertegnet av begge parter, jf § 17-3 (1) annet punkt.

AHJs tilbud ble endret etter et avklaringsmøte, før innklagede hadde sendt meddelelse om valg av leverandør til de øvrige deltakerne og før kontraktssignering.

Innklagede har anført at endringen faller inn under unntaket i forskriftens § 16-1 (2) bokstav c som lyder *”dersom det av tekniske eller funksjonelle grunner er nødvendig, kan det gjøres mindre justeringer i de løsninger leverandøren har fremsatt.”*

Av NOU 1997:21 fremgår det bla følgende om bestemmelsen:

”Oppdragsgiver må [...] kunne dokumentere at den dialog og kontakt som det åpnes for [...] er nødvendig av tekniske og funksjonelle grunner. Det er ikke tilstrekkelig at oppdragsgiver ønsker å gå inn i en dialog med deltakerne med sikte på å komme frem til en økonomisk mer fordelaktig anskaffelse. Bestemmelsen åpner for at oppdragsgiver, i en dialog innenfor klart angitte rammer, skal kunne basere seg på leverandørens tekniske kompetanse.

Det grunnleggende likebehandlingsprinsippet gjelder også her.

Videre er det kun snakk om mindre justeringer. Justeringer som fører til at konkurranseforholdet forrykkes vil trolig ikke være tillatt. Substansielle endringer vil således ikke være tillatt. Det er også en grunnleggende forutsetning at konkurransegrunnlaget ligger fast.”

Klagenemnda finner ikke at innklagede har dokumentert at det var *nødvendig* av tekniske eller funksjonelle grunner å foreta de aktuelle endringene i den tilbudte løsningen. Innklagedes forklaring synes snarere å underbygge at leverandørens tilbud ville bli *bedre* med den nevnte endringen, med andre ord at det vil bli økonomisk mer fordelaktig.

Klagers tilbudte automatiseringsutstyr utgjorde ca 15 % av tilbudets totale verdi. Det er heller ikke godtgjort at endringen utgjorde en *”mindre justering”* i løsningen som var tilbudt. Innklagede kan således ikke hjemle endringene i forskriftens § 16-1 (2) bokstav c. Endringen av AHJs tilbud utgjorde etter dette et brudd på forhandlingsforbudet i forskriftens § 16-1 (1).

Innklagede har vist til at årsaken til feilen i leverandørens tilbud var mangler i konkurransegrunnlaget, ettersom funksjonsbeskrivelse av SD-anlegg ikke var sendt ut i konkurransegrunnlaget. Det er på det rene at mangler i konkurransegrunnlaget ikke er feil som kan rettes etter § 16-3, som gjelder adgangen til å rette åpenbare feil i *tilbudet*. Endringer i konkurransegrunnlag skal foretas etter reglene i forskriftens § 12-4. Innklagede har åpenbart

ikke endret konkurransegrunnlaget i tråd med disse reglene, da endringen ble foretatt etter tilbudsfristens utløp, og kun sendt til én av leverandørene.

Etter at kontrakt er inngått, er visse forhandlinger tillatt mellom partene så lenge endringene ikke innebærer at innklagede gjennomfører en ulovlig direkte anskaffelse. Klagenemnda har ikke tatt stilling til om innklagede ville hatt anledning til å skifte automatiseringsanlegg etter at kontrakt var inngått med AHJ.

Konklusjon:

Universitetssykehuset Nord-Norge HF har brutt forskrift om offentlige anskaffelser § 16-1 ved å la valgte leverandør endre den tilbudte løsningen gjennom forhandlinger før kontraktsinngåelsen.

For klagenemnda, Oslo 7. juli 2005

Morten Goller