



**Klagenemnda
for offentlige anskaffelser**

Innklagede gjennomførte en konkurranse med forhandling vedrørende transport av eldre i strid med forskriftens § 4-1. Det ble innhentet muntlige referanser fra andre personer enn de klager hadde oppgitt i tilbudet, i strid med lovens krav til gjennomsiktighet og etterprøvbarehet, jf. lovens § 5. Innklagede hadde forsømt å gi tildelingsbrev, begrunnelse for tildeling og klagefrist, jf. forskriftens § 10 -3.

Klagenemndas avgjørelse 7. august 2006 i sak 2005/206

Klager: Djupvik Transport AS

Innklaget: Oslo kommune

Klagenemndas medlemmer: Inger Marie Dons Jensen, Jens Bugge, Kai Krüger

Saken gjelder: Konkurransereform, referanser, begrunnelse og klagefrist.

Bakgrunn:

- (1) Oslo kommune ved Bjerke bydel (heretter kalt innklagede) kunngjorde 21. mars 2005 en konkurranse med forhandling om transport av eldre til og fra dagsenter i Bjerke bydel. Av konkurransegrunnlagets pkt. 3.1 fremgår det at oppdraget gjelder transport av inntil 65 personer som skal hentes og leveres alle virkedager i året. Av de 65 personene var inntil 15 rullestolbrukere.
- (2) Fire leverandører, herunder Djupvik Transport AS (heretter kalt klager), leverte inn tilbud innen tilbudsfristen. Klagers fastpris var kr 1 560 000 inkl. mva pr. år. Forhandlinger ble gjennomført med to leverandører, herunder klager, den 26. april 2006. Referanser ble innhentet samme dag, og innklagede signerte kontrakt med Bislet Limousine AS den 26. april 2006.
- (3) Det fremgår av anskaffelsesprotokollen ved tilbudsåpning at Bislet Limousine AS hadde et åpningstilbud på kr 1 874 640 inkl. mva. pr. år. Tilbudsprisen ble senere endret til kr 1 744 956 inkl. mva pr. år. Klager opprettholdt sitt pristilbud under forhandlingene.
- (4) Innklagede innhentet referanser fra to dagsentre, Majorstutunet bo- og behandlingssenter og Fagerborghjemmet. Innklagede hevder at begge referansene var entydig negative til klager. Det fremgår av anskaffelsesprotokollen at innvendingene blant annet gikk på:

*” - for liten transportkapasitet medførte store forsinkelser og lang transporttid for de enkelte brukerne.
- dårlig service med vekslende og mange ulike sjåfører.
- sterk økning i antall klager fra brukerne.”*

De samme referansene ga uttrykk for at de hadde vært svært fornøyde med Bislet Limousine. Det ble særlig fremhevet at de hadde mye bedre service, punktlighet og tilgjengelighet, samt at de var lette å samarbeide med.

Det ble også innhentet referanse fra Ryenhjemmet i Bydel Nordstrand. Referansen herfra bekreftet det gode inntrykket av Bislet Limousine”

(5) Om evalueringen uttalte innklagede følgende i anskaffelsesprotokollen:

” VURDERINGER

Som forutsatt i konkurransegrunnlaget gikk vurderingene på pris, kvalitet, service og fleksibilitet.

Pris

Det var en innbyrdes prisforskjell mellom tilbyderne på ca. 175 000 kroner. Denne forskjellen synes å skyldes at Bislet Limousine baserte seg på bruk av nye biler, mens Djupvik Bil & Transport ville skifte til nye biler på et senere, uspesifisert tidspunkt.

Kvalitet

Bydel Bjerke vurderer at bruk av nye biler har en betydelig verdi i form av økt driftssikkerhet og brukertilfredshet.

Referansene som er innhentet tilsier at Bislet Limousine yter en tjeneste av betydelig høyere kvalitet.

Service

Referansene som er innhentet tilsier at det er betydelig forskjell på de to leverandørene i favør av Bislet Limousine.

Fleksibilitet

Da transportbehovet ved dagsentrene er i stadig endring, er det av vesentlig betydning at leverandøren er fleksibel og kan omstille tjenestene raskt. Vi ser ikke at det er noen betydelig forskjell mellom leverandørene på dette punktet.

KONKLUSJON

Selv om Djupvik Bil & Transport hadde det laveste tilbudet, ble risikoen ved å velge dem ansett for å være for stor. Ut fra en helhetsvurdering ble derfor Bislet Limousine valgt som leverandør og kontrakt ble inngått.”

(6) Det ble ikke sendt ut tildelingsbrev med begrunnelse, og klager fikk heller ikke mulighet til å klage på tildelingen før kontrakt ble signert.

Anførsler:

Klagers anførsler:

(7) Innklagede hadde ikke hjemmel for å gjennomføre en konkurranse med forhandling siden anskaffelsens verdi er over terskelverdien, og konkurranse med forhandling kun kan brukes i unntakstilfelle for slike anskaffelser. Konkurransen skulle vært gjennomført som en anbudskonkurranse.

(8) Innklagede har ikke overholdt minimumsfristene i forskriftens del II siden fristen for deltakelse for en konkurranse med forhandling skal være minst 37 dager. I dette tilfellet var det kun gitt en 15 dagers frist.

(9) Det følger av kravene til gjennomsiktighet og etterprøvbarehet i anskaffelsesloven § 5 at oppdragsgiver skal føre referat fra forhandlingsmøtene. Det er derfor et brudd på regelverket at dette ikke ble gjort i dette tilfellet.

(10) Innklagede har innhentet referanser i strid med de grunnleggende kravene til likebehandling, gjennomsiktighet, etterprøvbarehet og god forretningsskikk, jf. lovens § 5. Det er innhentet referanser fra referansepersoner som er oppgitt av konkurrerende tilbyder, mens det ikke er tatt kontakt med referansepersoner som klager selv har oppgitt i tilbudet. Videre innhentet man referanser muntlig og på en slik måte at klager ikke fikk mulighet til å imøtegå de fremsatte anførselene om dårlig utført arbeid. Innklagede har i ettertid heller ikke ønsket å navngi hvilke referansepersoner innklagede har vært i kontakt med. Dette er et grovt brudd på kravet til etterprøvbarehet og gjennomsiktighet.

(11) Innklagede har verken gitt innklagede meddelelse om tildeling av kontrakt, begrunnelse eller klagefrist. Dette er klare brudd på forskriftens § 10-3 (alternativt § 17-3)

(12) Klager krever prinsipalt dekket den positive kontraktsinteressen siden det foreligger vesentlige feil, og det er klar sannsynlighetsovervekt for at klager ville ha blitt tildelt kontrakt dersom referanser ikke var blitt innhentet i strid med regelverket. Subsidiært kreves dekket den negative kontraktsinteresse siden det er klart at klager ikke ville brukt ressurser på å delta i denne konkurransen dersom klager på forhånd hadde kjent til at det ville bli begått denne type brudd på regelverket.

Innklagedes anførsler:

(13) Det foreligger ikke brudd på regelverket for offentlige anskaffelser som har hatt betydning for innklagedes valg av leverandør. Klager har ikke krav på erstatning for verken den positive eller negative kontraktsinteressen.

(14) Vilkårene for å anvende konkurranse med forhandling er oppfylt, jf. forskriftens § 4-2 bokstav c. Dette som følge av at det var vanskelig å fastsette nøyaktige spesifikasjoner for en del tekniske hjelpemidler som transportøren kunne bruke under transport av personer med nedsatt førerdyktighet. Innklagede antok at det kunne finnes innovative løsninger vedrørende disse som man ikke hadde oversikt over, og som både kunne gjøre det vanskelig å sammenligne tilbudene, og se om kvaliteten var tilstrekkelig.

(15) Innklagede erkjenner at fristen for deltakelse i konkurranse med forhandling er satt for kort. Dette har imidlertid ikke hatt betydning for klagers mulighet til å få oppdraget, siden klager kom med sin anmodning innen fristen.

(16) Innklagede er av den oppfatning at anskaffelsesprotokollen ivaretar hensynet til

gjennomsiktighet og etterprøvnbarhet i prosessen, og kan ikke se at det er et uttrykkelig krav til referat i anskaffelsesregelverket.

(17) Innklagede tar avstand fra klagers påstand om at innklagede har benyttet seg av referansepersoner i Bydel Frogner oppgitt av konkurrerende tilbyder. Innklagede har kun sjekket sine egne referanser ved å ta kontakt med Majorstuen bo - og behandlingshjem, og Frognerhjemmet i Bydel Frogner. Dette var referanser som hadde direkte kjennskap til og erfaring med klagers utførelse av sammenlignbare transportoppdrag i kommunen. Erfaringene i Bydel Frogner var entydig positive når det gjaldt Bislet Limousine, og entydig negative når det gjaldt klager.

(18) Innklagede erkjenner at det ikke ble gitt skriftlig meddelelse om tildeling til alle tilbydere, kun muntlig, men kan ikke se at dette har hatt betydning for tildelingen av oppdraget.

(19) Innklagede ser at deler av fremgangsmåten ved anskaffelsen kunne vært håndtert på en bedre måte, men bestrider at dette har hatt innvirkning på valg av leverandør. Innklagede har valgt den leverandør som har kommet med det økonomisk mest fordelaktige tilbudet, og det bestrides dermed at klager har krav på erstatning for den positive kontraktsinteressen.

(20) Innklagede mener at det ikke er noe som tyder på at klager ville latt være å delta i konkurransen dersom han hadde kjent innklagedes fremgangsmåte med anskaffelsen, og hevder derfor at klager ikke er berettiget til å få dekket den negative kontraktsinteressen.

Klagenemndas vurdering:

(21) Klager har deltatt i konkurransen og har saklig klageinteresse, jf forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Anskaffelsen gjelder en prioritert tjeneste etter forskriftens § 2-4 (2) og følger etter sin verdi forskrift om offentlige anskaffelser del I og II jf. forskriftens §§ 2-1 og 2-2.

Konkurranseform

(22) Spørsmålet er om innklagede i dette tilfellet hadde anledning til å benytte unntakshjemmelen i forskriftens § 4-2 c, som tillater bruk av konkurranse med forhandling selv om anskaffelsen etter sin verdi overstiger EØS terskelverdier. Det følger av praksis fra EF-domstolen at bestemmelsen skal fortolkes strengt, og at oppdragsgiver har bevisbyrden når det gjelder å dokumentere at det ikke i tilstrekkelig grad kan fastsettes så nøyaktige spesifikasjoner ved anskaffelsen av transporttjenesten, at valg av det beste tilbudet kan skje etter en åpen eller begrenset anbudskonkurranse.

(23) Transport av personer utgjør kjernen av anskaffelsen, og anskaffelsens karakter er åpenbart ikke av en slik art at den i seg selv oppfyller kriteriet for bruk av unntaksbestemmelsen. Klagenemnda kan heller ikke se at det kan ha vært vanskelig å spesifisere hvilket behov innklagede måtte ha når det gjaldt tekniske hjelpemidler under transport. At innklagede antok at det i markedet kunne finnes innovative løsninger på disse behovene som man ikke hadde oversikt over, og som kunne gjøre det vanskelig å sammenligne tilbudene, er ikke tilstrekkelig til å berettige bruk av unntakshjemmelen i § 4-2 c. Slike behov kan ivaretas ved å spesifisere behovene og invitere til alternative tilbud, jf forskriftens § 8-6 (2)/15-6 (2).

(24) Innklagede anses etter dette for å ha brutt forskrift om offentlige anskaffelser § 4-1 jf. § 4-2 ved å gjennomføre en konkurranse med forhandling. Innklagede har erkjent at fristen som ble gitt for deltakelse i konkurransen, var for kort. Klagenemnda kommer derfor ikke nærmere inn på dette.

Referat fra forhandlingsmøter

(25) Det følger av kravet til etterprøvbarhet at innklagede plikter å dokumentere forhold i anskaffelsesprosessen som kan ha betydning for klagers mulighet til å klage. Det fremgår ikke eksplisitt av regelverket at innklagede skal føre referat fra forhandlingene, men dette følger av kravet til etterprøvbarhet, jfr klagenemndas saker 2003/171 og 2004/124 premiss 36.

(26) I dette tilfellet er det uklart om hva som ble sagt på forhandlingsmøtet hvor klager var tilstede. Det har også betydning for klager å få vite hva som ble sagt på forhandlingsmøtet med Bislet Limousine, for å kontrollere at kravet til likebehandling ikke er overtrådt. Det er derfor i strid med kravet til etterprøvbarhet at innklagede ikke førte referat fra forhandlingsmøtene.

Bruk av referanser

(27) Innklagede valgte imidlertid å kontakte andre som hadde erfaring med klagers transportleveranser, og unnlot å kontakte de oppgitte referansene. Det er også klart fra anskaffelsesprotokollen at innklagede la avgjørende vekt på den negative responsen som ble gitt på klagers leveranser ved evalueringen av tilbudene, og at referansene kun forelå muntlig da valg av tilbyder ble foretatt. Klagenemnda finner det dog ikke sannsynliggjort at innklagede har kontaktet referanser oppgitt av Bislet Limousine slik klager anfører.

(28) I medhold av de overordnede reglene om forutberegnelighet, objektivitet, gjennomsiktighet og etterprøvbarhet i lovens § 5 stilles det visse krav til innhenting av referanseuttalelser, jf sakene 2003/11, 2004/124 og 2004/243.

(29) Klagenemnda finner det i strid med kravet til forutberegnelighet og gjennomsiktighet at innklagede tok kontakt med andre referanser enn de oppgitte, når det var eksplisitt bedt om referanser i konkurransegrunnlaget. Tilbyderne har i slike tilfeller en berettiget forventning om at det kun er de oppgitte referansene som blir kontaktet. Dersom andre referanser, for eksempel egne erfaringer med tilbyder, skulle kunne vektlegges, måtte dette fremgått av konkurransegrunnlaget og da under iakttagelse av lovens krav til likebehandling og etterprøvbarhet, jf. klagenemndas saker 2004/124 premiss 43 og 2004/243 premiss 36, jfr også sak 2003/11. Det er derfor i strid med regelverket når innklagede muntlig tar kontakt med referansepersonene, og baserer evalueringen på denne informasjonen, uten at klager i etterkant kan imøtegå det som fremkommer. At innklagede i ettertid har innhentet skriftlige referanser, endrer ikke dette, siden de skriftlige referansene skulle vært tilgjengelige da tildelingen ble foretatt.

Meddelelse om tildeling, manglende begrunnelse og klagefrist

(30) Innklagede har erkjent at det ikke ble gitt skriftlig meddelelse til klager om tildeling av kontrakt, og at verken begrunnelse eller klagefrist er gitt. Det foreligger brudd på forskriftens § 10-3 (1) og (2).

Krav om erstatning for positiv og negativ kontraktsinteresse

(31) Innklagede har begått flere vesentlige feil i anskaffelsesprosessen.

Klagenemnda kan imidlertid ikke uttale seg om vilkårene for dekning av den positive kontraktsinteressen er oppfylt, siden man ikke kan vite hva resultatet ville blitt dersom innklagede hadde forholdt seg til forskriftens krav.

(32) For at det skal foreligge krav på negativ kontraktsinteresse, må det sannsynliggjøres at klager ikke ville ha deltatt i konkurransen dersom han hadde vært kjent med at regelverket ville bli brutt, jf Firesafe-dommen Rt. 1997 s 574. Noen av de feil innklagede har begått, kan ha hatt direkte betydning for klagers muligheter for å få kontrakten, spesielt innhenting av referanser i strid med kravet til gjennomsiktighet og etterprøvnbarhet. Basert på regelbruddenes art og omfang, er klagenemnda kommet til at vilkårene for dekning av den negative kontraktsinteressen kan være oppfylt.

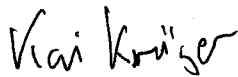
Konklusjon:

Oslo kommune har brutt forskriftens § 4-1 ved å gjennomføre konkurranse med forhandling.

Oslo kommune har brutt forskriftens krav til forutberegnelighet ved å legge vekt på referanser som klager ikke har tilbudt, og kravet til etterprøvnbarhet ved ikke å sørge for skriftlig nedtegnelse av referansene på tidspunktet for tildeling av kontrakt, jf. lovens § 5.

Oslo kommune har brutt forskriftens § 10-3 (1) og (2) ved ikke å gi skriftlig meddelelse om tildeling og ved manglende begrunnelse og klagefrist.

For klagenemnda
7. august 2006


Kai Krüger