



**Klagenemnda
for offentlige anskaffelser**

Etter avholdt forhandlingsmøte under konkurranse med forhandlinger leverte klager revidert tilbud med to alternative løsninger på fakturaadministrasjon. Innklagede unnlot å vurdere det ene alternativet, først under henvisning til manglende dokumentasjon på gjennomførbarhet, senere under henvisning til at tilbudet avvek fra kravene i konkurransegrunnlaget. Klager hevdet at kommunen var forpliktet til å vurdere begge alternativ, og at klagers alternative løsning medførte at de hadde det økonomisk mest fordelaktige tilbudet. Nemnda kom til at den alternative løsningen avvek fra konkurransegrunnlaget, og at innklagede ikke var forpliktet til å vurdere det nærmere, eller foreta ytterligere avklaringer knyttet til gjennomførbarhet. Det ble ikke konstatert brudd på anskaffelsesregelverket.

Klagenemndas avgjørelse den 27. november 2006 i sak 2005/305

Klager: Bergen Energi AS

Innklaget: Bergen kommune

Klagenemndas medlemmer: Bjørg Ven, Inger Roll-Matthiesen, Per Christiansen

Saken gjelder: Vurdering og avklaring av alternativt tilbud etter forhandlinger

Bakgrunn:

- (1) Bergen kommunen utlyste i DOFFIN databasen den 26.08.05 en konkurranse med forhandling om anskaffelse av forvaltning og finansiell sikring, risikostyring, rådgivning, administrative tjenester, samt eventuell fysisk leveranse av elektrisk kraft. Tildeling skulle skje på bakgrunn av det økonomisk mest fordelaktige tilbudet basert på tildelingskriterier i konkurransegrunnlaget.
- (2) Konkurransegrunnlaget pkt 4.3 oppga følgende tildelingskriterier i ikke-prioritert rekkefølge :

Priser og kostnader, samt evt prisstabiliseringsmodell.

Effektiv og energiøkonomisk administrasjon i henhold til kravene i pkt 3 i konkurransegrunnlaget.

Tjenestekonsept.

Rapporterings- og prognoseverktøy.

Faktureringsløsning og kommunens kostnader knyttet til løsningen.

Interne adm. kostnader hos oppdragsgiver ved tilbudt konsept.

Egne erfaringer og/eller referanser som benytter tilbudt konsept.

Referanser.

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

- (3) Av konkurransegrunnlaget fremgikk det at tilbyderne kunne levere inn tilbud på tre forskjellige alternative løsninger, deriblant alternativ 1, "Clearingkonsept". I tilknytning til samtlige alternativ ble det etterspurt fakturaadministrasjon som skulle ivareta alle kjøpers strømrelaterte kostnader inkludert nettleie.. Det fremkom videre at fakturaadministrasjon bl.a. skulle omfatte elektronisk fakturering/filoverføring.

- (4) Bergen kommune (innklagede) mottok tilbud fra fem tilbydere, herunder fra Bergen Energi AS (klager) som innga tilbud basert på "clearingkonsept". Det ble avholdt ett forhandlingsmøte med alle tilbyderne, og frist for å levere inn revidert tilbud ble satt til 11. 11.2005. Klager innga revidert tilbud innen den fastsatte fristen. Vedrørende fakturaadministrasjon (tilbudets pkt 2) ble det oppgitt to alternative løsninger. Fra tilbudet hitsettes :

- (5) *"Vi tilbyr to alternative modeller slik at Bergen kommune selv kan velge om de ønsker full regnskapsførsel og kontroll av både kraft og nett, eller kun kraften.*

...

Bergen energi kan ikke se at Bergen kommune har behov for en omfattende fakturaadministrasjonstjeneste i tillegg til gode kostnadsrapporter på web. Med mindre kommunen ønsker en tredjepart til en god kontroll av nettleiefakturaen.

Alternativ A.

Full Regnskapsførsel og kontroll som i tilbudet av 25.09. Prisen [50 kr pr nettleiefaktura, alternativt 0.3 øre/kWh – sekretariatets merknad] opprettholdes.

Alternativ B.

Regnskapsførsel og kontroll av kraftkjøpet. Fordeling av spot og finansielt oppgjør. Oversendelse av samtlige rapporter som beskrevet i tilbudet ekskl. nettleiekostnader. Det oversendes en elektronisk fil fra Bergen energi på kraftkost og tilsvarende fra BKK på nett. Både BKK og Bergen energi oversender de samme filer til leverandøren av energiledelsesverktøyet som synliggjør kostnadene og forbruket. Pris på regnskapsførsel og kontroll for Bergen kommune og virksomhetene er kr 100.000,- pr år som tilsvarer 0.044 øre/kWh."

- (6) Innklagedes Lønns- og regnskapssenter utarbeidet en innstilling der det fremgikk om Bergen Energi AS alternative faktureringsløsning:

"Bergen Energi sin løsning tilfredsstiller kravene, forutsatt at BKK Nett AS oversender nødvendig informasjon på fil. Det er imidlertid ikke bekreftet at BKK Nett AS vil gjøre dette."

- (7) Den 23.11.05 konkluderte byrådet med at tilbudet fra Fjordkraft AS var det gunstigste både kostnadsmessig og i forhold til kvalitet. Fjordkraft tilbød leveranse med årlig kostnad for kommunen på kr 1 211 000,-. Klagers tilbud, basert på alternativ a, var beregnet til en kostnad på kr 1 840 000,- pr år. Klagers alternativ b var omtalt men ikke kostnadsberegnet. Det ble påpekt at det ikke var dokumentert at BKK Nett AS var villige til å levere elektronisk fakturering.

- (8) Ved innklagedes brev av 25.11.05 ble klager informert om at Fjordkraft AS var valgt som leverandør. Fra begrunnelsen hitsettes:

"Det var to forhold som førte til at vi ikke valgte Bergen Energi AS. For det første var det to leverandører som etter vår vurdering leverte bedre løsninger på punktene anleggsadministrasjon, energioppfølging og energiledelse jf tilbudsforespørselen pkt 3.3 sett i forhold til kostnadene og til de behov vi har beskrevet. For det andre var totalkostnadene knyttet til summen av kontraktselementene høyere enn det to andreleverandører kunne tilby.

Når det gjelder fakturaadministrasjon festet vi oss særlig ved alternativ B i Deres brev av 11.11.2005. Dette hadde vært en interessant løsning dersom vi var sikre på at BKK Nett AS leverte elektroniske filer i tilfredsstillende format og med tilfredsstillende informasjon i rett tid. Vi har imidlertid ikke fått dokumentert at dette selskapet kan levere slik informasjon til oss. Dette temaet var også sentralt for andre tilbydere som ellers leverte tilbud med god kvalitet."

Ved e-post av 01.12.05 fremsatte klager krav om nærmere begrunnelse fra innklagede. Av kommunens svar, datert 02.12.05, fremgikk bl.a. at kommunens årlige kostnader ved klagers tilbud var beregnet til kr 1.840.000,- basert på fakturaadministrasjon i henhold til alternativ a, som beskrevet ovenfor. Det fremkom videre at kommunen hadde vært i telefonisk kontakt med BKK Nett AS vedrørende mulighet for filoverføring som forutsatt i klagers tilbud alternativ b, men at svaret på dette var negativt.

- (9) Etter å ha kontaktet BKK Nett AS for avklaring i forhold til oversendelse av filer, mottok klager den 05.12.05 e-post fra BKK Nett AS. Fra e-posten hitsettes:

"Vi i BKK Nett tilrettelegger data og klargjør emufiler for fakturablanketter. Fjordkraft lager og sender til Bergen kommune en tilleggsløsning de har utviklet.

Vi vil kunne sende emu-filer til Bergen kommune eller til dere dersom dere har kundens fullmakt for å tilrettelegge for kombiløsninger. Det viktigste for BKK Nett er at vi er i stand til å fullføre fakturabeløpet inkludert betalingsoppfølging, purring og eventuelt til slutt fysisk stengning i en gjennomgående løsning."

- (10) Klager påklaget etter dette innklagedes tildelingsbeslutning til kommunen med krav om omgjøring av vedtaket. I klagen ble det anført at tilbudet basert på fakturaadministrasjon etter alternativ b skulle vært priset til en årlig kostnad på kr 1 127 000,- som var lavere enn valgte leverandørs tilbud.
- (11) Ved brev av 16.12.05 ble klager informert om at kommunen opprettholdt tildelingsbeslutningen. Kjernen i innklagedes vurdering var at klagers tilbud på fakturaadministrasjon etter alternativ b avvek fra det behov kommunen ønsket oppfylt i henhold til konkurransegrunnlaget.
- (12) Ved klage datert 13.12.05 ble anskaffelsen påklaget til KOFA.

Anførsler:

Klagers anførsler kan i korthet sammenfattes slik:

- (13) Bergen kommune åpnet i tildelingen kun for leverandører som kunne foreta felles fakturering av kostnader til kraft og nettleie. Dette var en feil som medførte brudd på likebehandlingsprinsippet, siden det kun var Fjordkraft AS som kunne oppfylle dette

kriteriet. Uavhengige leverandører ble dermed utelukket fra konkurransen. Innklagede var dermed forpliktet til å ta i betraktning klagers alternative løsning (alternativ b) vedrørende fakturaadministrasjon.

- (14) På bakgrunn av kommunens anførsler bestrides det at den alternative fakturaløsningen ikke var i samsvar med kommunens ønsker. Løsningen utgjør en mindre endring og presisering av det opprinnelige tilbudet, og ble tilbudt på bakgrunn av de opplysninger som fremkom om kommunens behov under avklaringsmøtet. Det bestrides også at innklagede var forpliktet til å la de øvrige tilbyderne fremlegge justerte tilbud basert på klagers alternative fakturaadministrasjonsløsning. Innsyn i Bergen Energi AS løsning ville være en vesentlig konkurransebegrensning for klager.
- (15) Klager anfører videre at innklagede har brutt regelverket for offentlige anskaffelser ved å bygge på feil faktum da prisen på klagers tilbud ble beregnet. BKK Nett AS bekreftet ved e-post av 05.12.05 at tilfredsstillende elektroniske fakturafiler ville bli levert. Kommunens vurdering av fakturaadministrasjonsløsningen i henhold til klagers tilbud, alternativ b, var dermed uriktig. BKK Nett AS var ut fra netteiers nøytralitetsplikt forpliktet til å levere elektroniske filer som omhandlet, og dette burde innklagede kjent til.
- (16) Bergen kommune har, uten å kontakte klager for avklaring, uten videre bygget på at BKK Nett AS ikke kunne levere slike filer som forutsatt i det reviderte tilbudets alternativ b. Innklagede skulle kontaktet klager for nærmere avklaring med hensyn til dette før de traff vedtak om tildeling. Særlig må det gjelde på bakgrunn av at innklagede er deleier i Fjordkraft AS. Det stilles da særlig strenge krav til utøvelse av god forretningsskikk hos innklagede. BKK har ved dette handlet i strid med anskaffelsesforskriften § 17-2 (2) og egne oppgitte tildelingskriterier.
- (17) Konsekvensen av saksbehandlingsfeilene er at klager har sett vekk fra alternativ b, og dermed beregnet Bergen Energi AS tilbud til å være kr 713.000,- dyrere enn nødvendig.
- (18) BKK Nett AS bekreftelse viser at klager hadde det økonomisk mest fordelaktige tilbudet. Det anføres at tildelingen på dette grunnlag er i strid med anskaffelsesforskriften § 17-2 (2).

Innklagedes anførsler kan i korthet oppsummeres slik:

Innklagede bestrider å ha brutt regelverket for offentlige anskaffelser.

- (19) Klagers alternativ B er ikke en del av det opprinnelige tilbud, men fremkommer som et nytt tilbud som ikke møter spesifikasjonen av innklagedes behov i konkurransegrunnlaget. Innklagede var ikke forpliktet til å følge opp dette tilbudet ved å foreta ytterligere forhandlinger eller avklaringer knyttet til en løsning kommunen ikke så seg tjent med. Fellesfakturerer er mest kostnadseffektivt og tryggest for oppdragsgiver, og økte interne kostnader må tas med i beregningen ved en todelt løsning.
- (20) Det nye tilbudet medfører usikkerhetsmomenter i forhold til levering og gjennomføring. Videre vil risikofordelingen mellom partene lett bli forskjøvet når

man forutsetter tredjemanns medvirkning. Særlig vil det gjelde når den aktuelle tredjemann ikke er rettslig forpliktet til å bidra. Det er uklart om BKK Nett AS evner å bidra, og om kommunens systemer kan ta i mot filoverføring i det filformat som er angitt av BKK Nett AS i e-post av 05.12.05 til klager. Kommunen må kunne definere sitt eget behov ved en anskaffelse og stå fritt i forhold til å vurdere om alternativer til det definerte behovet er ønskelig. KOFA kan ikke overprøve kommunens skjønnsutøvelse på dette punkt.

- (21) Løsningen medførte uansett avvik fra konkurransegrunnlagets forutsetning om en totalløsning for alle strømrelaterte kostnader. Dersom kommunen skulle innlatt seg på klagers alternativ, ville kravet til likebehandling medført at også de andre tilbyderne måtte fått anledning til å inngi tilbud basert på at kravet til totalløsning ikke lengre ble opprettholdt. Tilrettelegging av kommunens system, og beregning av interne kostnader hos innklagede ved å samordne fakturaer fra to steder i stedet for fra ett sted lar seg vanskelig beregne innen rimelig tid. Klagers reviderte tilbud kom således sent i forhold til kommunens behov for å inngå ny kontrakt før 01.01.06. Etter kommunens vurdering var det da ikke tid til å forhandle videre omkring denne løsningen. Det hører under innkjøpers skjønn å avgjøre hvor lenge det er hensiktsmessig å forhandle.
- (22) Til klagers anførsel om at kun Fjordkraft AS kunne tilby felles fakturaadministrasjon bemerkes at flere tilbydere har levert inn tilbud om dette, inkludert klager gjennom alternativ a.

Klagenemndas vurdering:

Formalia :

- (23) Klager har deltatt i konkurransen og har saklig klageinteresse, jf forskrift om Klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Anskaffelsen følger, etter det som er oppgitt i kunngjøringen og i konkurransegrunnlaget, reglene i anskaffelsesforskriften del I og II. Klagers tilbud, basert på alternativ A, tilsier at forskriftens del II skal anvendes. Prisen på de øvrige tilbudene er ikke oppgitt for KOFA. Både innklagede og klager har ved sine anførsler referert til bestemmelser i anskaffelsesforskriften del III. Nemnda finner likevel at forskriftens del II kommer til anvendelse her, basert på at opplysningene i kunngjøringen og i konkurransegrunnlaget må være bindende for valg av regelsett. I det regelsettene i stor grad er parallelle, får valget ikke betydning for avgjørelsen i denne saken.

Pliktet innklagede å avklare klagers reviderte tilbud nærmere ?

- (24) Innledningsvis bemerker nemnda at det ikke kan konstateres at det kun var Fjordkraft AS som kunne tilby en felles fakturaadministrasjon, slik klager har påpekt. Nemnda finner det tilstrekkelig å vise til innklagedes anførsler på dette punkt.
- (25) Hovedspørsmålet i saken er om innklagede var forpliktet til å ta klagers reviderte tilbud, basert på alternativ b vedrørende fakturaadministrasjon, opp til nærmere vurdering og avklaring.

- (26) Etter nemndas syn avviker klagers alternative tilbud fra konkurransegrunnlagets forutsetning om en fakturaadministrasjon som skulle ivareta alle innkjøpers strømrelaterte kostnader, inkludert nettleie. Den tilbudte løsning innebar at kommunen selv måtte administrere mottak av separate fakturaer tilsendt fra BKK Nett AS. Det var ikke avklart gjennom klagers tilbud hvem som skulle ha risikoen i forhold til at løsningen teknisk lot seg gjennomføre. Det var heller ikke avklart hvem som skulle ha risikoen i forhold til eventuelle hindringer eller vansker ved fremtidige oversendelser fra BKK Nett AS til innkjøper. Slik tilbudet fremsto virket det nærliggende at klager kun skulle påta seg ansvar for administrasjon av fakturering for kraftkjøp, mens innklagede selv skulle være ansvarlig for administrasjon av fakturering for nettleie. Dermed medførte klagers tilbud lavere kostnader for klager, og tilsvarende høyere internkostnader for innklagede. Denne løsningen var likevel en annen enn den oppdragsgiver hadde etterspurt, og det hører under oppdragsgivers innkjøpsfaglige skjønn å kunne forkaste et slikt alternativ.
- (27) Nemnda går ikke nærmere inn på hvorvidt det overhodet var anledning til å akseptere en slik endring, med tanke på likebehandling i forhold til deltakende leverandører og potensielle leverandører som ikke deltok i konkurransen.
- (28) Nemnda er i utgangspunktet enig med innklagede i at det hørte under innklagedes innkjøpsfaglige skjønn å vurdere hvor lenge det var hensiktsmessig å fortsette forhandlingene med tanke på avklaring i forhold til det alternative tilbudet fra klager.. Nemnda merker seg imidlertid at klager her har tilbudt et forslag til løsning som kommunen for så vidt har vurdert som økonomisk interessant. Nemnda har også merket seg at kommunen har et eierforhold til den valgte tilbyder, og at valgte tilbyder var eksisterende leverandør. Dette er forhold som tilsier en særlig aktsomhet for å sikre likebehandling. Det er da uheldig at oppdragsgiver setter seg i en slik situasjon at det blir tidsmessig vanskelig å gjennomføre videre forhandlinger. Saksbehandlingsformen for nemnda gir imidlertid ikke grunnlag for å konstatere brudd på regelverket på dette punkt.
- (29) Av innklagedes begrunnelse til klager i brev av 25.11.05 kan det synes som at innklagede har vurdert klagers alternative tilbud som interessant, under den forutsetning at opplysningene i tilbudet om filleveranser fra BKK Nett AS hadde vært dokumentert. Innklagedes opptreden ved å kontakte BKK Nett AS pr telefon for avklaring om filleveranse styrker inntrykket av at innklagede opprinnelig vurderte klagers løsning som tilstrekkelig og ønskelig, men ikke gjennomførbar. Også den interne innstillingen fra lønns- og regnskapssenteret i Bergen kommune omtaler klagers alternative løsning som om den tilfredsstilte innklagedes krav, gitt nødvendig dokumentasjon på leveransene fra BKK Nett AS. På denne bakgrunn har klagenemnda fått forståelsen av at årsaken til at tilbudet ikke ble vurdert var manglende dokumentasjon på at filleveranse kunne gjennomføres.
- (30) Til dette vil klagenemnda bemerke at klager har risikoen for å fremlegge tilstrekkelig dokumentasjon for gjennomføringsmuligheter i et endelig tilbud i en konkurranse med forhandlinger. Nemnda har på bakgrunn av saksbehandlingsformen ikke grunnlag for å overprøve innklagedes faglige vurdering av at det var uklart om slik filleveranse kunne skje som forutsatt i klagers tilbud, og uten risiko for innklagede. Nemnda viser forøvrig til innklagedes anførsel om at det også etter e-

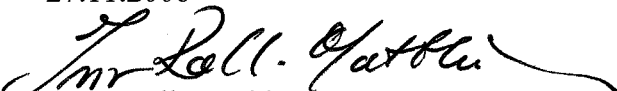
posten fra BKK Nett AS den 05.12.05 var uklart om filleveranse kunne skje som forutsatt. Den nevnte e-post kom under en hver omstendighet for sent og innklagede ville derfor etter nemndas oppfatning uansett vært berettiget til å forkaste klagers alternative tilbud.

- (31) Likevel er det uheldig at innklagedes opprinnelige begrunnelse står delvis i motstrid med noen av anførslene som innklagede har presentert i ettertid. Disse anførslene tar utgangspunkt i at innklagede ikke ønsket den alternative løsningen av hensyn til avvikende risikofordeling, ekstra internkostnader, og forlenget forhandlingsprosess som følge av avvik fra konkurransegrunnlaget. Det er således forståelig at klager har følt behov for klarlegging av innklagedes begrunnelse for tildelingsbeslutningen. Den dokumentasjon som av innklagede er fremlagt for klagenemnda viser imidlertid at begrunnelsen var mer omfattende enn den som ble gitt til klager. Innklagedes begrunnelse er således legitim i forhold til anskaffelsesregelverket og konkurransegrunnlagets forutsetninger, som redegjort ovenfor.
- (32) Etter dette er nemnda kommet til at kommunen ikke var forpliktet til å vurdere klagers alternative tilbud nærmere. Nemnda har dermed ikke grunnlag for å konstatere brudd på anskaffelsesregelverket.

Konklusjon:

Innklagede har ikke brutt regelverket om offentlige anskaffelser.

For klagenemnda,
27.11.2006


Inger Roll-Matthiesen