



Klagenemnda for offentlige anskaffelser

Innklagede gjennomførte en konkurranse med forhandling i forbindelse med riving av en skole, samt nybygg på skolen. Klagenemnda fant at innklagede hadde brutt kravene til likebehandling og god forretningsskikk ved ikke å rettlede klager om at det kunne forhandles om pris. Klagenemnda manglet grunnlag for å ta stilling til klagers øvrige anførsler.

Klagenemndas avgjørelse 15. januar 2007 i sak 2006/13

Klager: HRS Maskin AS

Innklaget: Værøy kommune

Klagenemndas medlemmer: Magni Elsheim, Kai Krüger, Andreas Wahl

Saken gjelder: Krav til likebehandling og god forretningsskikk ved konkurranse med forhandling. Kravet til reelle forhandlinger.

Bakgrunn:

- (1) Værøy kommune (heretter kalt innklagede) kunngjorde 18. oktober 2005 en konkurranse med forhandling i forbindelse med riving av deler av Værøy skole, samt nybygg på skolen. I tillegg omfattet konkurransen etablering av ny varmesentral for gjenstående del av skolen.
- (2) Om valg av tilbud stod det følgende i konkurransegrunnlagets punkt 6.9:

”Det tilbud som anses mest fordelaktig vil bli valgt, basert på en helhetsvurdering med hensyn til (ikke i prioritert rekkefølge) leveringssikkerhet, pris og kvalitet. Det vil bli lagt vekt på tilbyders faglige, tekniske og økonomiske kvalifikasjoner og evne til oppfylling av kontrakten.”
- (3) Innen tilbudsfristens utløp var det kommet inn tilbud fra tre leverandører. Blant disse var HRS Maskin AS (heretter kalt klager) og Fagmek AS (heretter kalt Fagmek) som senere ble tildelt kontrakt.
- (4) Etter kontrollregning hadde klager den laveste tilbudsprisen på kr 1 341 000,- eks mva, mens Fagmek hadde den nest laveste tilbudsprisen med kr 1 458 420,- eks mva.
- (5) Klager og Fagmek ble i brev av 5. desember 2005 innkalt til ”Avklaringsmøte m/ forhandlinger” 8. desember 2005.

- (6) Det fremkom ikke av referatet fra forhandlingsmøte mellom klager og innklagede at pris hadde vært et tema under forhandlingene. Tilbudssum var også etter forhandlingsmøte oppgitt å være kr 1 341 000, - eks mva.
- (7) Fagmeks tilbudssum ble derimot endret under forhandlingene. Av referat fra forhandlingsmøte mellom innklagede og Fagmek fremkom at Fagmeks reviderte tilbudssum var kr 1 310 000,- eks mva.
- (8) Innklagedes rådgiver utarbeidet en "anbudssammenstilling". Fra denne sammenstillingen hitsettes:

"På bakgrunn av avholdte avklaringsmøter med forhandlinger vil vi innstille på at byggherren inngår kontraktsforhandlinger med Fagmek AS. Dette begrunnes med at begge aktuelle tilbydere anses som kvalifiserte for oppgaven, mens Fagmek AS etter forhandlinger har den laveste tilbudssummen. Det legges til grunn at Fagmek AS oppnår lokal godkjenning som forutsatt."
- (9) Klager ble i brev av 22. desember 2005 meddelt at Fagmek var tildelt kontrakt. I brevet stod det at "[v]alg av tilbyder er i tråd med innstillingen og med den begrunnelse at Fagmek AS har lavest pris".

Anførsler:

Klagers anførsler:

- (10) Alle tre tilbydere har etter tilbudsåpning og før avklaringsmøter, fått vite hvilken pris og rekkefølge tilbudene lå på.
- (11) Det ble i forhandlingsmøte 8. desember 2005 gitt anledning for Fagmek til å regulere tilbudsprisen, slik at selskapet kom i posisjon. Dette er feil saksgang og kan ikke være i henhold til regelverket.
- (12) Klager fikk ikke opplyst at forhandlingsmøte også var en priskonkurranse.
- (13) Klager ønsker belyst om det er blitt foretatt en forfordeling av Fagmek, en lokal bedrift på Værøy, gjennom det å sikre arbeidsplasser i lokalmiljøet, bekjenskaper osv.
- (14) Klager ønsker også belyst om faglig kompetanse, referanser osv, er vurdert rettfærdig.

Innklagedes anførsler:

- (15) Det kan være mulig at tilbyderne har fått opplysninger om rekkefølgen mellom dem hva angikk pris. Det har ikke vært innklagedes hensikt å gi ut slike opplysninger, og det må i så fall ha skjedd ved en feil. Det er ikke riktig at tilbyderne har fått oppgitt øvrige tilbyderes tilbudspriser.
- (16) Hele poenget med å gjennomføre en konkurranse med forhandling, er at det skal kunne forhandles om alle sider ved tilbudene, herunder pris. I møtet med klager ble det ikke forespurt direkte om å komme med et nytt pristilbud, men det var underforstått i forhandlingene at pris var et tema. Klager hadde ikke kjennskap til

hvor mye billigere deres tilbud var, og de måtte ha kjennskap til at under forhandlingene kunne øvrige tilbydere komme med nye prisutspill.

- (17) I forhold til tildeling av kontrakt, var det pris som ble utslagsgivende. Innklagede fant det ikke nødvendig å gå inn på en mer detaljert sammenligning av tilbudene.

Klagenemndas vurdering:

- (18) Klager har deltatt i konkurransen og har saklig klageinteresse, jf forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Anskaffelsens verdi er under EØS-terskelverdien, og anskaffelsen følger derfor forskrift om offentlige anskaffelser av 15. juni 2001 nr. 616 del I og III, jf forskriftens § 2-1, jf § 2-2 (1).
- (19) Partene er uenige om leverandørene har fått innsyn i øvrige leverandørers priser før det ble avholdt forhandlingsmøter. På bakgrunn av klagenemndas skriftlige saksbehandling, har nemnda ikke mulighet til å ta stilling til slik faktisk uenighet mellom partene.
- (20) Innklagede har erkjent at det kan være mulig at leverandørene har fått opplysninger om rekkefølgen mellom dem hva angår pris. Som følge av den skriftlige saksbehandlingen, kan klagenemnda imidlertid ikke ta stilling til hvorvidt innklagede faktisk har gitt leverandørene disse opplysningene.
- (21) Det følger av forskriftens § 16-3 (4) at det kan forhandles om alle sider ved tilbudet, herunder pris. Innklagede har således ikke brutt regelverket alene ved at Fagmek ble gitt anledning til å endre sin tilbudspris.
- (22) Spørsmålet er om innklagede har brutt kravene til likebehandling og god forretningsskikk ved at klager ikke ble opplyst om at det kunne forhandles om pris.
- (23) I sak 2005/218 uttalte klagenemnda i premiss (33) at: *"Av forskriften fremgår det at forhandlingene skal skje i samsvar med de alminnelige regler, herunder kravene til likebehandling, taushetsplikt og god forretningsskikk, jf § 16-3 (5) jf § 3-1 (2). I dette ligger det blant annet at tilbyderne som er invitert til forhandling har rett til reelle forhandlinger, hvilket igjen må innebære at oppdragsgiver påpeker forhold som vil bli tillagt vesentlig eller avgjørende betydning i den etterfølgende tildelingsevalueringen. Dette selv om klagenemnda i sak 2003/105 uttalte at oppdragsgiver ikke har plikt til å påpeke alle sider ved leverandørenes tilbud som kan forbedres."*
- (24) Også sak 2003/171 omhandlet konkurranse med forhandling. Her fremgikk det av et møtereferat at valgte leverandør fikk frist for eventuell revisjon av sitt tilbud, uten av tilsvarende mulighet syntes å være gitt klager. Klagenemnda uttalte at *"... oppdragsgiver [må] legge forholdene til rette for at de aktuelle leverandører kan revurdere sine tilbud både på pris og annet, jf. § 9-3 (4) [...]. Bare gjennom reelle forhandlinger hvor tilbyderne innbyrdes gis lik mulighet til å komme med reviderte tilbud [...] kan det grunnleggende kravet til likebehandling, jf. lov om offentlige anskaffelser § 5 og forskriftens § 3-1, ivaretas"*.
- (25) Det følger av anbudssammenstillingen og meddelelsesbrevet at pris var det avgjørende kriteriet for valg av tilbud. Innklagede har også bekreftet dette i sitt

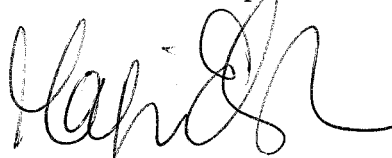
tilsvar for klagenemnda. Konkurransesgrunnlaget la derimot opp til en bredere vurdering av tilbudene enn bare å se hen til tilbudsprisen. På bakgrunn av at pris var utslagsgivende for kontraktstildeling, sammenholdt med at Fagmek ble gitt anledning til å komme med nytt pristilbud, finner klagenemnda at innklagede har brutt kravene til likebehandling og god forretningsskikk, jf forskriftens § 16-3 (5), jf § 3-1 (2) og lovens § 5, ved ikke å rettelede klager om at det kunne forhandles om pris.

- (26) En klage til klagenemnda må være basert på anførsler knyttet til konkrete brudd på anskaffelsesregelverket. Klagers ønske om at klagenemnda skal belyse hvorvidt det er foretatt en forfordeling av Fakmek og hvorvidt faglig kompetanse, referanser osv. er vurdert rettferdig, er for vagt fremmet for at klagenemnda kan ta stilling til dette.

Konklusjon:

Værøy kommune har brutt kravene til likebehandling og god forretningsskikk i forskrift om offentlige anskaffelser § 16-3 (5), jf § 3-1 (2) og lov om offentlige anskaffelser § 5 (3) ved ikke å rettlede klager om at det kunne forhandles om pris.

For klagenemnda,
15. januar 2007



Magni Elsheim