



Klagenemnda for offentlige anskaffelser

Innklagede gjennomførte en konkurranse med forhandling i forbindelse med riving av deler av en skole, samt nybygg på skolen. Klagenemnda hadde ikke grunnlag for å konkludere med at innklagede hadde brutt regelverket ved å innkalle klager til forhandlinger vel 1,5 måned etter at forhandlinger med øvrige leverandører var gjennomført.

Klagenemndas avgjørelse 5. mars 2007 i sak 2006/75

Klager: Steinar Pedersen Maskin AS

Innklaget: Værøy kommune

Klagenemndas medlemmer: Jens Bugge, Siri Teigum, Jakob Wahl

Saken gjelder: Innkalling til forhandlinger. Innklagede som valgte leverandørs underleverandør.

Bakgrunn:

- (1) Værøy kommune ved teknisk avdeling (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 oppfylld av kontrakten."
- (3) Innen tilbudsfristens utløp 28. november 2005 var det kommet inn tilbud fra tre leverandører. Disse var Steinar Pedersen Maskin AS (heretter kalt klager), HRS Maskin AS (heretter kalt HRS Maskin) og Fagmek AS (heretter kalt Fagmek) som senere ble tildelt kontrakt.
- (4) Innklagedes konsulent utarbeidet en "anbudssammenstilling". Fra denne sammenstillingen hitsettes:

”3. EVALUERING AV TILBUD.

[...]

Underentreprenører.

Tilbyder 1: Fagmek AS/Paal Arnesen & Sønner AS

Asbestsanering: Værøy kommune, teknisk drift”

- (5) Den 8. desember 2005 ble det avholdt ”Avklaringsmøte m/ forhandlinger” mellom innklagede og henholdsvis HRS Maskin og Fagmek. Klager var ikke innkalt til forhandlingsmøte.
- (6) HRS Maskin AS ble i brev av 22. desember 2005 meddelt at Fagmek var tildelt kontrakt. Klager mottok ikke tilsvarende meddelelse.
- (7) Klager henvendte seg til innklagede ved e-post av 16. januar 2006. Klager påpekte at de ikke hadde mottatt noe skriv om innstilling av utførende entreprenør, og ba samtidig om å få oversendt dokumentasjon over saksbehandlingen slik den forelå på daværende tidspunkt.
- (8) Innklagedes konsulent besvarte henvendelsen i brev av samme dag. Fra brevet hitsettes:

”På vegne av oppdragsgiver meddeles Dere herved at Værøy kommune vil søke å tildele Fagmek AS kontrakten om utførelse av entreprisen ”Rivingsarbeider”.

[...]

Valg av tilbyder er i tråd med innstillingen og med den begrunnelse at Fagmek AS har lavest pris. Alle tilbyderne ble vurdert som kvalifiserte for oppgaven. Det har vært ført forhandlinger med de tilbyderne som man anså hadde reelle muligheter til å nå opp i konkurransen.”

- (9) Klager sendte 18. januar 2006 et brev til innklagede hvor det ble påpekt at klager ikke ble innkalt til forhandlinger, og at dette var å anse som et klart brudd på kravene til forutberegnelighet, likebehandling og etterprøvbarehet. Klager krevde samtidig erstatning for den negative kontraktsinteresse.
- (10) I brev av 26. januar 2006 innrømmet innklagedes konsulent saksbehandlingsfeil ved at klager ikke var invitert til forhandlinger. Innklagedes konsulent ønsket å korrigere feilen ved å gjenåpne forhandlingsrunden, og inviterte klager til ”avklaringsmøte med forhandlinger” 30. januar 2006.
- (11) Klager besvarte henvendelsen i e-post av 27. januar 2006. I e-posten skrev klager at *”[v]i oppfatter utspillet om invitasjon til forhandlinger nå snart tre måneder etter at de andre to tilbyderne har avholdt sine forhandlinger som et spill for galleriet”.*
- (12) Den 1. februar 2006 sendte innklagedes konsulent et likelydende brev til de tre leverandørene. Fra brevet hitsettes:

”Vi viser til brev datert 26. januar 2006 vedr gjenåpning av forhandlinger. Da Steinar Pedersen Maskin AS ikke ønsket å møte til forhandlinger og HRS Maskin AS og Fagmek AS ikke har kommet med nye innspill i denne forhandlingsrunden, vil vår innstilling være uforandret.

Dere meddeles derfor at Værøy kommune har som intensjon å inngå kontrakt med Fagmek AS.”

- (13) Klager sendte 2. februar en e-post til innklagedes konsulent med begrunnelse for hvorfor selskapet ikke ønsket å møte til forhandlinger. I e-posten stod det:

”Begrunnelsen for dette var i hovedsak følgende:

- Forhandlinger var avholdt med de øvrige to tilbydere for nesten tre måneder siden.*
- Å gjennomføre forhandlinger med oss, all den tid vi kjenner til tilbudet fra de øvrige to tilbydere er uetisk og forkastelig.*
- Vi oppfatter på bakgrunn av tidligere samtaler og skriv at vi ikke ble innkalt fordi vi var høyere i pris, og at forhandlinger om pris ikke var aktuelt.”*

- (14) Det er inngått kontrakt mellom Fagmek og innklagede.

Anførsler:

Klagers anførsler:

- (15) Innklagede har brutt lov og forskrift om offentlige anskaffelser ved ikke å innkalle klager til forhandlinger på linje med de øvrige tilbydere. Dette forholdet kunne ikke avhjelpes gjennom innkalling til en etterfølgende forhandling med klager, da en slik forhandlingsprosedyre ikke oppfyller kravene i forskriftens § 16-3 (5) som fastslår at forhandlingene skal skje i samsvar med reglene om likebehandling, taushetsplikt og god forretningsskikk. I tillegg til den forskjellsbehandlingen klager ble utsatt for ved ikke å bli innkalt til forhandlinger samtidig med de øvrige tilbydere, vil en prosess med en etterfølgende separat forhandling i praksis innebære en forskjellsbehandling i forhold til øvrige tilbydere. Dette gjelder særlig i et tilfelle som her hvor klager var kjent med de øvrige tilbydernes tilbudspriser.

- (16) Værøy kommune, teknisk drift er underleverandør for valgte leverandør for så vidt gjelder asbestsanering. Det synes med det som om innklagede har en direkte økonomisk interesse ved valg av leverandør. Det reises spørsmål ved om likebehandlingskravet kan anses oppfylt i dette tilfellet, samt om kravene til taushetsplikt og habilitet er ivaretatt.

- (17) Klager har krav på dekning av den negative kontraktsinteresse.

Innklagedes anførsler:

- (18) Innklagede har rettet opp feilen som ble begått ved ikke å invitere klager til forhandlinger i første omgang. Innklagede kan ikke se at det skulle innebære noe problem i forhold til kravene i forskriftens § 16-3 (5) at forhandlingene med klager ville bli gjennomført på et senere tidspunkt enn forhandlinger med de øvrige leverandørene.

- (19) Innklagede kjenner ikke til hvordan klager skal ha fått informasjon om de øvrige tilbydernes priser. Innklagede har ikke selv gitt slik informasjon. Det kan være mulig at tilbyderne har fått opplysninger om rekkefølgen mellom dem hva angikk pris.
- (20) Det foreligger ikke grunnlag for å kreve erstatning for den negative kontraktsinteresse.

Klagenemndas vurdering:

- (21) 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).
- (22) Innledningsvis bemerker klagenemnda at innklagede også ble klaget inn for klagenemnda av en annen leverandør i samme konkurranse. Den saken ble avgjort av nemnda 15. januar 2007 som klagesak 2006/13, og gjaldt andre spørsmål i tilknytning til konkurransen.

Innkalling av klager til forhandlinger

- (23) Innklagede har erkjent å ha begått en feil ved ikke å innkalle klager til forhandlinger i første omgang. Spørsmålet er således om denne feilen kan anses avhjulpet ved at klager ble invitert til forhandlinger i ettertid.
- (24) Det følger av forskrift om offentlige anskaffelser § 16-3 (5), jf § 3-1 (2) og lov om offentlige anskaffelser § 5, at forhandlingene skal skje i samsvar med kravene til likebehandling og god forretningsskikk.
- (25) Først vel 1,5 måned etter at forhandlingsmøte med de to øvrige leverandørene var gjennomført, og ca en måned etter innklagede meddelte HRS Maskin at Fagmek var valgt som leverandør, ble klager invitert til forhandlinger. Klagenemnda vil bemerke at det var uheldig at det gikk så lang tid, men nemnda finner å måtte legge til grunn at innklagede ved dette ønsket å korrigere feilen som ble gjort ved at klager ikke ble innkalt til forhandlinger i første omgang. Oppdragsgiver skal føre reelle forhandlinger med samtlige leverandører som har rett til å delta i forhandlingene. Innklagede ga i brev av 26. januar 2006 uttrykk for at det skulle foretas en ny evaluering etter at forhandlingsrunden var gjenåpnet. Videre opplyste innklagede i sitt tilsvarende for klagenemnda at pris var det utslagsgivende i vurderingen, og at innklagede ikke gikk inn på en mer detaljert sammenligning av tilbudene på de øvrige kriteriene. Det kunne således vært et poeng for klager å få muligheten til å forhandle om pris.
- (26) Basert på ovennevnte finner klagenemnda at innklagede i utgangspunktet kunne ha anledning til å forhandle med klager i ettertid. Hvorvidt innklagede kan sies å ha brutt kravene til likebehandling og god forretningsskikk ved å invitere klager til forhandlinger i denne konkrete saken, vil imidlertid bero på om klager før et eventuelt forhandlingsmøte har fått opplysninger fra oppdragsgiver om de øvrige leverandørenes priser. Innklagede gjør gjeldende at slike opplysninger ikke er gitt, men at eventuelt opplysninger om rekkefølgen mellom tilbudene kan ha fremkommet. Klager har verken påstått eller dokumentert at opplysningene om konkurrentenes

prisnivå er kommet fra oppdragsgiver. På denne bakgrunn har klagenemnda ikke grunnlag for å konkludere med at innklagede har brutt regelverket ved å innkalle klager til forhandlinger.

Innklagede som valgte leverandørs underleverandør

- (27) Det følger av innklagedes konsulents "anbudssammenstilling" at innklagede er Fagmeks underleverandør når det gjelder asbestsanering for det aktuelle prosjektet. Etter klagenemndas oppfatning kan dette innebære en risiko for at innklagede kan ha en interesse som går utover de kriteriene som er satt i konkurransegrunnlaget, ved valg av tilbud. Innklagede har imidlertid ikke kommentert klagers anførsel, og klagenemnda har ikke tilstrekkelig grunnlag for å ta stilling til klagers anførsel.

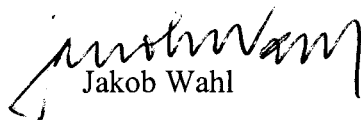
Erstatning

- (28) Ettersom klagenemnda har kommet til at innklagede ikke har brutt regelverket, kan nemnda ikke se at det er grunnlag for å kreve erstatning.

Konklusjon:

Værøy kommune har ikke brutt regelverket for offentlige anskaffelser.

For klagenemnda,
5. mars 2007


Jakob Wahl