



Klagenemnda for offentlige anskaffelser

Innklagede gjennomførte en åpen anbudskonkurranse for anskaffelse av et scenegulv/utescene med tilhørende tilleggsarbeid som levering, bortkjøring og fresing/rigg. Klagenemnda fant at innklagede hadde brutt forskriftens § 11-14 (1) og (4) ved ikke å gi opplysninger om det valgte tilbudets egenskaper og relative fordeler hva angikk pris som ga grunnlag for å vurdere om valget av tilbud hadde vært saklig og forsvarlig, i samsvar med de angitte tildelingskriterier.

Klagenemndas avgjørelse 23. februar 2009 i sak 2008/148-7

Klager: Audionor AS

Innklaget: Den norske Opera & Ballett

Klagenemndas medlemmer: Per Christiansen, Siri Teigum og Jakob Wahl.

Saken gjelder: Innsyn i valgte leverandørs totalpris og tilbud for øvrig.

Bakgrunn:

- (1) Den norske Opera & Ballett (heretter kalt innklagede) kunngjorde 24. april 2008 en åpen anbudskonkurranse for anskaffelse av et scenegulv/utescene med tilhørende tilleggsarbeid som levering, bortkjøring og fresing/rigg.
- (2) I konkurransegrunnlagets punkt 5 fremgikk det følgende tildelingskriterier:

"1. Pris (vektlegges 70 %)
2. Leveranse i forhold til behov (vektlegges 30 %)"
- (3) Innen tilbudsfristens utløp den 29. mai 2008, mottok innklagede tre tilbud. Disse var fra Audionor AS (heretter kalt klager), MTI Norge AS og AVAB-CAC AS (heretter kalt valgte leverandør).
- (4) Både klager og valgte leverandør leverte scenegulv fra den samme produsent, nivtec-flexibel Bühnensysteme GmbH. Klagers pristilbud var på kr [...] og refererte seg til et scenegulv på 16x16 meter. Valgte leverandør ga pris på tre ulike størrelser; 16x16 meter til kr [...], 20x16 meter til kr [...] og 20x20 meter til kr [...].
- (5) I anskaffelsesprotokollens punkt 1.12 fremgår det følgende begrunnelse for valg av tilbud:

"Begrunnelse: Både Audionor og AVAB-CAC leverte inn tilbud på scenegulv fra samme produsent (Nivtec). Begge tilbudene var i tråd med kriteriene og spesifikasjonene i konkurransegrunnlaget. Tilbudet fra AVABCAC ga en noe lavere kvadratmeterpris ved sammenligning av pristilbud på gulv av samme størrelse. Pris er vektlagt 70 % ihht

konkurransegrunnlaget. Scenegulvet fra produsent Nivtec er vurdert som bedre egnet til DNO&B sitt behov enn scenegulvet tilbudt fra MTI Norge."

- (6) I e-post av 30. juni 2008 ble klager meddelt følgende vedrørende valg av tilbud:

"Begrunnelse for valg av leverandør:

To leverandører leverte tilbud på samme gulv. Leverandørene ble dermed vurdert likt på kriteriet "Leveranse i forhold til behov" (vektet 30 %).

Når det gjelder kriteriet "Pris" (vektet 70 %), ble det sammenlignet pris på gulv av samme størrelse. Valgt leverandør hadde lavest pris av de to leverandørene som tilbød samme produkt. Det forelå ikke forskjeller mellom tilbudene som tilsier at prisene ikke er sammenlignbare. Begge leverandører leverte pristilbud som på en tilfredsstillende måte dekket de forhold som var beskrevet i konkurransegrunnlaget.

Da det ikke var forhold under de øvrige tildelingskriterier der valgt leverandør ble vurdert dårligere enn klager, ble pris avgjørende.

DNO&B er kommet til at man ikke kan oppgi prisen til valgte tilbyder da dette må anses som et forhold det vil være av konkurransemessig betydning for valgte leverandør å hemmeligholde, jf forvaltningsloven § 13 første ledd nr 2. For ordens skyld gjør vi oppmerksom på at vi har forespurt valgt leverandør om prisen kan oppgis, men samtykke er ikke gitt."

- (7) I e-post av 1. juli 2008 anmodet klager om å få opplyst valgte leverandørs totalpris, samt den tekniske spesifikasjonen på denne leverandørens tilbud. Som grunnlag for dette ble det vist til både (1) og (4) i forskriftens § 11-14. Klagers anmodning ble i e-post av 2. juli 2008 besvart av innklagede på følgende:

"Når det gjelder teknisk løsning har både Audinor og valgt leverandør levert tilbud i tråd med kravene satt i konkurransegrunnlaget. Begge har levert tilbud på samme scenegulv fra Nivtec.

Valgt leverandør ønsker ikke å offentliggjøre hvilken pris de har tilbudt. Etter konsultasjon med advokat vil ikke tilbudt pris oppgis da dette må anses som et forhold det vil være av konkurransemessig betydning for valgt leverandør å hemmeligholde, jf forvaltningsloven § 13 første ledd nr 2. Som tidligere beskrevet lå denne prisen noe under pris tilbudt fra Audinor."

- (8) Saken ble brakt inn for klagenemnda i e-post av 15. august 2008. Kontrakt var på dette tidspunkt ennå ikke inngått, og innklagede opplyste i brev av 1. september 2008 at dette tidligst ville skje 12. september 2008.
- (9) Ved innsendelsen av tilsvaret til klagenemnda den 5. september 2008, la innklagede ved en sladdet versjon av valgte leverandørs tilbud. Av denne fremgikk det hvilken teknisk løsning leverandøren hadde tilbudt, mens leverandørens totalpriser var sladdet vekk. Klager er gitt kopi av dette.

Anførsler:

Klagers anførsler:

- (10) Det anføres at innklagede har brutt regelverket ved ikke å gi klager innsyn i valgte leverandørs totalpris og tilbud for øvrig (den tilbudte tekniske løsning). Først med etterspurte opplysninger vil klager med sin kjennskap til produktet kunne vurdere om valget av leverandør er riktig, jf forskriftens § 11-14 (1) og (4).

Innklagedes anførsler:

- (11) Klagers tilbudte produkt var helt identisk med valgte leverandørs (samme scenegulv fra samme produsent). Klager kan derfor gis innsyn i tilbudet hva gjelder de tekniske spesifikasjoner til det tilbudte produkt.
- (12) Når det imidlertid gjelder valgte leverandørs totalpris, motsetter innklagede seg at klager gis innsyn i dette. Prisen må anses som et forhold det vil være av konkurransemessig betydning for valgte leverandør å hemmeligholde. Dette fordi det er få elementer i leveransen og fordi scenen som skal leveres er konkret beskrevet og da utgjør den det alt vesentlige av den totalpris som er oppgitt. I tillegg er alle produktene som er tilbudt i konkurransen sammenlignbare og kjent av konkurrentene. Dersom totalprisen oppgis vil dette derfor si mye om leverandørens prispolicy og kalkyler, og dermed gi et konkurransemessig fortrinn ved senere leveranser. Selv om forskjellige leveranser av scenegulv varierer i størrelse og antall elementer, er disse så vidt oversiktlige at totalprisen ikke er mindre sensitiv enn prisene for de enkelte elementer av leveransen, inkludert evt tjenester. I den foreliggende sak tilbyr klager i tillegg et helt identisk produkt fra samme produsent. Klager har mao detaljerte opplysninger om produktet og produktenes egenskaper. Dette gjør at informasjonsverdien for klager øker ytterligere i forhold til det som er anført over, og det må være klart at det dreier seg om sensitiv informasjon/forretningshemmeligheter som er unntatt fra offentligheten etter forvaltningsloven § 13 første ledd nr. 2. I tillegg har valgte leverandør bedt innklagede om å ikke opplyse selskapets totalpris, da denne også etter leverandørens oppfatning må anses for å være en forretningshemmelighet.

Klagenemndas vurdering:

- (13) Klager har deltatt i konkurransen og har saklig klageinteresse, jf forskrift om Klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Anskaffelsen følger etter sin verdi forskrift om offentlige anskaffelser av 7. april 2006 nr 402 del I og II, jf forskriftens §§ 2-1 og 2-2.

Manglende opplysning om valgte leverandørs tilbudte tekniske løsning og totalpris

- (14) Idet klager ble gitt innsyn i valgte leverandørs tekniske løsning ved oversendelsen av innklagedes tilsvaret den 5. september 2008, finner nemnda ikke grunn til å vurdere dette forholdet nærmere. Spørsmålet her blir derfor om innklagede har brutt regelverket ved ikke å opplyse valgte leverandørs totalpris til klager.
- (15) Av forskriftens § 11-14 (1) følger det at: *”Oppdragsgivers begrunnelse om kontraktstildeling [...] skal inneholde tilstrekkelig informasjon om det valgte tilbudet til at leverandøren kan vurdere om oppdragsgivers valg har vært saklig og forsvarlig, i samsvar med angitte tildelingskriterier”*. I bestemmelsens fjerde ledd følger det i tillegg at dersom en leverandør skriftlig anmoder om det, skal oppdragsgiver senest innen 15 dager etter at anmodningen er mottatt, gi leverandøren: *”en nærmere begrunnelse for hvorfor [...] leverandøren ikke tildeles kontrakt. Dersom kontrakt er tildelt, skal navnet på den som fikk kontrakten eller rammeavtalen opplyses sammen med det valgte tilbudets egenskaper og relative fordeler.”*

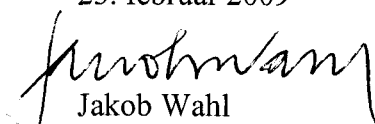
- (16) Dette innebærer at det er det valgte tilbudets egenskaper og relative fordeler leverandørene har krav på å få informasjon om. I aktuelle tilfelle hadde valgte leverandør og klager gitt tilbud på det samme scenegulvet, og det var tilbydernes totalpriser som ble det avgjørende for valget av tilbud. Når det gjelder innsyn i valgte leverandørs totalpris, har klagenemnda i en rekke tidligere saker, jf senest nemndas sak 2008/208 (premiss 29), uttalt at totalprisen som hovedregel ikke kan anses for å være en forretningshemmelighet, jf forskriftens § 3-6 Unntak fra dette kan imidlertid tenkes i de tilfeller innklagede konkret kan godtgjøre at det vil være av konkurransemessig betydning å hemmeligholde totalprisen. Siden klager og valgte leverandør i dette tilfellet hadde tilbudt identiske produkter, blir spørsmålet i det videre om innklagede kan sies å ha godtgjort at det var påslaget på det tilbudte produkt som var det vesentlige konkurranseelementet i denne konkurransen.
- (17) I tilsvaret har innklagede vist til at leveransen inneholdt få elementer, at totalprisen omtrent var identisk med prisen på scenegulvet, at de tilbudte produkter var sammenlignbare og kjente for alle tilbyderne i markedet, samt at valgte leverandør uttrykkelig har motsatt seg utlevering av totalprisen. Videre er det også pekt på at dersom valgte leverandørs totalpris gjøres kjent ovenfor de øvrige leverandørene, så vil dette gi de en kunnskap om valgte leverandørs prispolicy og kalkyler som de kan misbruke konkurransemessig i en senere konkurranse. Tilslutt har innklagede anført at det vil være særlig skadelig å opplyse totalprisen til klager, da klager tilbød akkurat det samme produktet som valgte leverandør.
- (18) Etter klagenemndas oppfatning kan de forhold innklagede har trukket frem her ikke godtgjøre at det vil være av konkurransemessig betydning å ikke bekjentgjøre valgte leverandørs totalpris ovenfor klager. Det er ikke påvist at det er påslaget på det tilbudte produkt som er det vesentlige konkurranseelementet. Videre er det heller ikke påvist konkret hvordan klager skulle kunne bruke kunnskapen om totalprisen i eventuelle senere konkurranser, eller at det er sannsynlig at det vil finne sted slike lignende konkurranser i nær fremtid. Basert på dette, finner nemnda etter en helhetsvurdering at de forhold innklagede har trukket frem i tilsvaret ikke kan godtgjøre at klager ikke skulle få innsyn i valgte tilbuds egenskaper og relative fordeler. Innklagedes unnlatelse av å gi slikt innsyn innebærer derfor at innklagede har brutt kravet i forskriftens § 11-14 (1) og (4) om å gi opplysning om det valgte tilbudets egenskaper og relative fordeler slik at klager kunne vurdere om oppdragsgivers valg av tilbud hadde vært saklig og forsvarlig, i samsvar med de angitte tildelingskriterier.

Konklusjon:

Den norske Opera & Ballett har brutt forskriftens § 11-14 (1) og (4) ved ikke å gi opplysninger om det valgte tilbudets egenskaper og relative fordeler hva angår pris som ga grunnlag for å vurdere om valget av tilbud var saklig og forsvarlig, i samsvar med de angitte tildelingskriterier.

For klagenemnda,

23. februar 2009


Jakob Wahl