



**Klagenemnda
for offentlige anskaffelser**

Klager deltar i en konkurranse under nasjonal terskelverdi for diverse entreprisearbeider tilknyttet opparbeidelse av en lekeplass på en skole. Klagenemnda fant at innklagede ikke hadde brutt regelverket.

Klagenemndas avgjørelse 19. mai 2008 i sak 2008/38

Klager: Karl Johan Vestre

Innklaget: Ørskog kommune

Klagenemndas medlemmer: Per Christiansen, Andreas Wahl og Jakob Wahl.

Saken gjelder: Mangelfullt konkurransegrunnlag. Offentliggjøring av klagers tilbudspris før samtlige tilbud var innhentet. Suksessiv tilbudsinnhenting.

Bakgrunn:

- (1) Ørskog kommune (heretter kalt innklagede) kontaktet 28. august 2007 fire leverandører for å få tilbud på diverse entreprisearbeider tilknyttet opparbeidelse av en lekeplass på et skoleområde. Den 11. juni 2007 hadde innklagede vedtatt en finansieringsramme for tiltaket på kr 100 000,-.
- (2) Som grunnlag for å inngi tilbud hadde innklagede utarbeidet en tilbudsforespørsel som ble sendt samtlige av de utvalgte tilbyderne. Denne er datert 28. august 2007, og inneholder følgende opplysninger:

”Leikeplass på Skarbø skule

Ørskog kommune ønsker og få tilbud på følgende punkt som skal utføres på Skarbø skule

- 1. Skjering av asfalt.*
- 2. Utgraving av asfaltmasser.*
- 3. Utgraving for fundament og nedstøyping av leikeapparat.*
- 4. Fundament for gatestein.*
- 5. Fundament for 2 sittebenker.*
- 6. Gatestein – liten (14) monert ca 150 m.*
- 7. Fuging av gatestein.*
- 8. Sandfylling av leikeareal. Komprimering og klargjøring til størmattlegging.”*

- (3) I tillegg var det vedlagt et kart over lekeplassen

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

- (4) På det tidspunktet innklagede besluttet å fortsette prosessen var det innkommet ett tilbud, fra Karl Johan Vestre (heretter kalt klager). Klagers tilbudspris var på kr [...],- eks mva.
- (5) I møte i "Utval for tekniske saker, næring og miljø" den 21. november 2007, fremmet rådmannen følgende forslag til vedtak i sak betegnet som finansieringssak RS 002/07:

"Ørskog kommune vedtek å nytte kr 375 000,- til opparbeiding av uteområde og leikeplass i tilknytning til Skarbø skule.

Arbeidet vert å starte opp så snart som mogeleg."

- (6) I bakgrunnen for innstillingen fremgikk det følgende opplysninger:

"Den avsatte ramma er, etter innhenting av relevante tilbod, for liten.

Saksdokument

*I Pristilbud - leikeplass på Skarbø skule. Karl Johan Vestre
Ø Kalkyleskjema
S Leikeplass på Skarbø skule.*

Saksopplysningar

Skuleplassen og uteområdet på Skarbø skule er under rehabilitering og skal utrustast med nye og godkjente leikeapparat for uteaktivitetar.

Skulen kjøpte for fleire år sidan inn apparat som skal plasserast på eigna plassar rundt skulebygninga og på skuleplassen. Noko av arbeidet er allereie gjennomført, men også noko står attende ugjort og bør gjennomførast så raskt som mogeleg.

Teknisk avdeling har laga detaljplanar for anlegget og fått desse gjennomgått av tilsette ved skulen, samt våre egne. Skissene er funne tilfredsstillande for den aktiviteten ein legg opp til og det er tilrådd å iverksette utbygginga. Skissa ligg ved denne saksutgreinga.

Ein har frå eininga sin side sendt ut arbeidet for innhenting av prisoverslag. Ein relativ fersk kalkyle, basert på innkomne tilbod og korrigert for tillegg som ikkje er med i forespurnaden, gir ein kostnad på kr. 375.000,- inkl. MVA. Dette er innanfor den avsetninga som er knytt til Skarbø skule for 2007, på til saman kr. 400.000,-. Ein ber no om å få nytte dette til ny tiltaksramme.

I investeringsbudsjettet for Ørskog kommune er det avsett kr. 100.000,- til nemnde formål. I tillegg er det også avsett kr. 300.000,- til måling av skulebygninga og Forsamlingshuset. Arbeid i tilknytning til opprustning av skulebygningane har det ikkje lukkast å få fagfolk til å gjennomføre. Derimot har vi fått tilbakemelding om at grendafolket ønskjer å ta målinga av Forsamlingshuset på dugnad. Midlar til dette føremålet kan vi truleg dekke gjennom ordinære driftsmidlar i 2008."

- (7) Etter dette traff utvalget følgende vedtak:

”Saka vert utsett. Det skal innhenta fleire pristilbod.”

- (8) Videre fremgår det av vedtaket at behandlingen av saken ikke ble unntatt offentlighet. Det vil si at vedtaket, inkludert rådmannens innstilling, har vært offentlig siden 21. november 2007. De dokument som fremgår som ”saksdokument” i innstillingen har imidlertid ikke vært offentlige, og ble etter det opplyste heller ikke lagt fram for Utvalget ved behandlingen av finansieringssaken.
- (9) Etter dette mottok innklagede, den 13. desember 2007, et tilbud fra Ørskog Bygdeservice. Dette pristilbudet var, etter det opplyste, noe lavere enn klagers pristilbud.
- (10) I brev av 5. januar 2008 påklagde klager saksbehandlingen. Klagen hitsettes i sin helhet:

”Klage på vedtak i TNM-sak PS002107

I protokoll frå TNM-møte den 21.11. 2007 framgår fylgjande vedtak: "Saka vert utsett. Det skal hentast inn fleire pristilbod". Eg vart kjent med dette i desember etter å ha fått skriv frå teknisk sjef og saklista for TNM-møte den 9/1-08 der det framgår at same saka om leikeplass på Skarbø skule var oppført.

Av vedtaket i sak PS002/07 og av den nye saka PS 003/08 framgår det at kommunen har gått ut og innhenta nye pristilbod på arbeidet etter at den ordinære tilbodsrunderen der eg leverte tilbod var avslutta. Etter lov om offentlege anskaffelser med forskrifter er det ikkje høve til slik framgangsmåte som kommuna her har nytta. Dette er grunnlaget for min klage.

Eg vil også ha nemnt at dei signal eg fekk frå kommuna etter at den fyrste tilbodsrunderen var avslutta og det var klart at mitt tilbod var det einaste kommuna hadde mottatt, var at kommuna ville ta ved mitt tilbod. Også saksutgreiinga og det å fremje sak 002107 til TNM-møte 21.11.07 stadfester ei slik forståing.

Avslutningsvis vil eg i tillegg til dei lovmessige avvik også peike på det særskildt uheldige i at ein går ut og henter inn nye tilbod etter at den ordinære tilbodsrunderen er avslutta og tilboda der er allment kjente. Dette er å legge opp til forskjellshandsaming, og inviterer ikkje til å konkurrere om tilbod/anbod i kommunen.”

- (11) I utvalgsmøte 9. januar 2008 fremmet rådmannen så følgende innstilling til vedtak:

”Ørskog kommune vedtek å investere kr 300 000,- til opparbeiding av uteområde og leikeplass i tilknytning til Skarbø skule.

Tiltaket vert etablert gjennom bruk av investeringsposten for vedlikehold av kommunale bygningar og finansierast gjennom låneopptak.”

- (12) Etter dette ble saken brakt inn for klagenemnda ved brev av 14. februar 2008. Innklagede avventer kontraktsinngåelse til klagenemnda har ferdigbehandlet saken.

Anførsler:*Klagers anførsler:*

- (13) Det er offentliggjort klare indikasjoner på hvilket prisnivå klagers tilbud hadde før samtlige tilbud var innhentet, jf opplysningene som fremgår av rådmannens innstilling til vedtak i finansieringssak 002/07. Klagers tilbud i den første tilbudsrunderen er ikke blitt forkastet, og klager ble heller ikke gitt anledning til å innge nytt tilbud i den andre tilbudsrunderen, etter at prisnivået på det første tilbudet var blitt offentlig kjent gjennom finansieringssaken.
- (14) Innklagedes suksessive innhenting av tilbud utgjør et brudd på kravene til likebehandling og god anbudsskikk. Dette gjelder uavhengig av om prisnivået i klagers tilbud er blitt offentliggjort.
- (15) Tilbudsforespørselen hadde ingen opplysninger om hvordan konkurransen skulle gjennomføres, herunder ingen opplysning om tilbudsfrist. Det er nå gått ca 8 måneder siden klager innga tilbud, og det er ennå ikke truffet noen avgjørelse i saken. Det var heller ikke gitt noen opplysninger om hvilke kvalifikasjonskrav som ble stilt til tilbyder eller hvilke materialer og kvaliteter som skulle tilbys. Gjennomføringen av konkurransen er i strid med de grunnleggende kravene til forutberegnelighet og god anbudsskikk.

Innklagedes anførsler:

- (16) Innklagede bestrider at det foreligger brudd på regelverket for offentlige anskaffelser.
- (17) I utgangspunktet var anskaffelsen tenkt gjennomført med en budsjettramme på kr 100 000,-. Tanken var at konkurransen skulle gjennomføres som en konkurranse med forhandling. Etter at klagers tilbud var mottatt og innklagede hadde foretatt nye beregninger av anskaffelsens verdi, forstod innklagede at det opprinnelige budsjettet på kr 100 000,- var for lavt. Det ble dermed nødvendig å øke budsjettrammen. I forbindelse med dette besluttet "Utval for tekniske saker, næring og miljø", at det skulle innhentes flere tilbud. Som følge av at det ikke var fastsatt noen eksakt tilbudsfrist så man ingen grunn til at dette ikke skulle la seg gjøre. Innklagede mottok da, den 13. desember 2007, ytterligere ett tilbud i konkurransen.
- (18) Innklagede bestrider at klagers tilbud er gjort offentlig. Da tilbudet ble mottatt ble det stemplet "*Ikkje offentleg*" etter offentlighetslovens § 5, jf forvaltningslovens § 13, og dokumentet har siden vært unntatt offentlighet. Dokumentet ble heller aldri oversendt Utvalget da dette behandlet finansieringssaken. I det sakssystem innklagede benytter, er det etablert en framgangsmåte som skiller mellom innregistrerte dokument i saken ("saksdokument") og vedlagte dokument i forbindelse med politisk behandling av sakene ("vedlagte saksdokument"). Klagers tilbud er kun merket "*saksdokument*", og ble dermed aldri oversendt Utvalget.
- (19) Så langt har innklagede ikke igangsatt forhandlinger med tilbyderne, og innklagede vil avvente klagenemndas behandling av saken. Om nødvendig vil den igangsatte prosess bli avlyst, tiltaket reversert, konkurransegrunnlaget endret, og man vil starte på nytt med en revidert kostnadsanalyse.

Klagenemndas vurdering:

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

Konkurransegrunnlaget

- (21) I klagenemndas sak 2008/27 (premiss 48) slo nemnda fast at oppdragsgiver i henhold til kravet til forutberegnelighet i lovens § 5 har plikt til å ”gi de opplysningene som er nødvendige for at leverandørene skal ha et forsvarlig grunnlag å inngi tilbud på basis av.”
- (22) Ved klagenemndas gjennomgang av konkurransegrunnlaget, finner nemnda at det i alle fall må anses tilstrekkelig klart hva det skulle inngis tilbud på. Dette syn støttes også av at klager tilsynelatende ikke hadde noen problemer med å inngi tilbud på basis av de opplysningene som var gitt. Når det derimot gjelder den manglende angivelsen av prosessregler, tilbudsfrist, samt eventuelle krav til tilbyderne og tilbudene, ser nemnda at grunnlaget med fordel kunne vært mer utfyllende her. Nemnda er imidlertid kommet til det ikke er grunnlag for å konstatere at konkurransen ikke oppfyller regelverkets krav. Basert på dette har innklagede heller ikke brutt regelverket på dette punkt.

Offentliggjøring av klagers tilbudspris

- (23) Av de grunnleggende kravene i lovens § 5, herunder spesielt kravene til likebehandling og god forretningsskikk, følger det at oppdragsgiver ikke må offentliggjøre tilbyderens totalpriser før samtlige priser er endelige. Det samme fremgår av bestemmelsen i forskriftens § 3-6, hvor det heter at oppdragsgiver har taushetsplikt om drifts- og forretningsforhold som det vil være av konkurransemessig betydning å hemmeligholde. Dette vil omfatte tilbyderens totalpriser inntil tilbudsfristen er ute i anbudskonkurranser og inntil forhandlingene er avsluttet i konkurranser med forhandling, jf til støtte for dette syn klagenemndas uttalelser i sakene 2004/182 (premiss 25) og 2004/240 (premiss 24).
- (24) Slik klagenemnda oppfatter situasjonen i foreliggende sak er det kun de opplysningene som fremgår av rådmannens innstilling til finansieringsvedtak i sak 002/07, som har vært offentlig tilgjengelig siden 21. november 2007. Klagers tilbud, inneholdende den eksakte tilbudssum, har således ikke vært offentlig.
- (25) Når man ser på opplysningene som fremgår av rådmannens innstilling, er det etter klagenemndas oppfatning, mulig å utlede at klagers pristilbud mest sannsynlig må ha oversteget kr 100 000,-, siden det i begrunnelsen for innstillingen om økt budsjett er vist til at ”Den avsette ramma er, etter innhenting av relevante tilbød, for liten”, og det fremgår at det opprinnelige budsjett var på kr 100 000,-. Videre er det nok også mulig å utlede at klagers pristilbud neppe oversteg kr 375 000,-, som var det beløp rådmannen foreslo å øke budsjetttrammen til. Dette innebærer at det ut fra rådmannens innstilling kan utledes at klagers pristilbud lå på mellom kr 100 000,- og kr 375 000,-. Dette gir altså en viss indikasjon på prisnivået, men ingen sikker opplysning om det eksakte prisnivå. Selv om det ideelle i denne saken kanskje hadde vært å unnta hele finansieringssaken fra offentlighet til samtlige pristilbud var innhentet og eventuelle forhandlinger avsluttet, kan nemnda likevel ikke se at

regelverket er til hinder for at det gjøres offentlig så vage antydninger om en tilbyders prisnivå som er gjort i denne saken. Dersom det i tillegg skal gjennomføres forhandlinger, vil også den oppgitte utgangspris kunne bli endret underveis. Innklagede har derfor etter nemndas oppfatning ikke brutt regelverket på dette punkt.

Innklagedes suksessive innhenting av tilbud

- (26) Klager har anført at innklagedes suksessive innhenting av tilbud må anses i strid med kravene til likebehandling og god forretningsskikk i lovens § 5.
- (27) Av kravet til konkurranse i lovens § 5 følger det imidlertid at en anskaffelse, så langt som det er mulig, skal være basert på konkurranse. Videre har klagenemnda i en rekke tidligere saker, jf blant annet klagenemndas sak 2003/75, slått fast at innklagede vil ha saklig grunn til å avlyse en konkurranse dersom det kun foreligger ett tilbud. Dette på grunn av at oppdragsgiver ikke kan sammenligne priser og andre konkurransemessige forhold når det kun foreligger ett tilbud.
- (28) Etter klagenemndas oppfatning ville innklagede i dette tilfellet hatt saklig grunn til å avlyse konkurransen på tidspunktet hvor det kun forelå ett tilbud, fra klager. Anskaffelsen er videre etter sin verdi under kunngjøringsgrensen på kr 500 000, jf forskriftens § 2-1 (2), slik at innklagede har rett til å foreta en direkte anskaffelse. Klagenemnda er derfor kommet til at regelverket ikke kan anses til hinder for at innklagede, istedenfor å avlyse konkurransen og begynne på nytt, valgte å innhente flere tilbud samtidig som klagers tilbud ble beholdt i konkurransen. Dette innebærer da at klagers anførsel om at den suksessive innhenting av tilbud er i strid med kravene til likebehandling og god forretningsskikk, ikke kan føre frem.

Konklusjon:

Ørskog kommune har ikke brutt regelverket for offentlige anskaffelser.

For klagenemnda,

19. mai 2008

Andreas Wahl