



**Klagenemnda
for offentlige anskaffelser**

Offentlig versjon

Innklagede avholdt en konkurranse med forhandling om utbygging av Breviksterminalen. Klagenemnda la til grunn at anskaffelsen var regulert av forskrift 7. april 2006 nr. 403 om innkjøpsregler i forsyningssektorene (vann- og energiforsyning, transport og posttjenester). Klagenemnda fant at det ikke forelå forbehold ved valgte leverandørs tilbud som skulle ført til avvisning av tilbudet. Videre fant klagenemnda at innklagede, ved å la valgte leverandør justere enkelte enhetspriser i sitt tilbud i etterkant av avklaringsmøtet, ikke hadde brutt kravet til forutberegnelighet og likebehandling i loven § 5 og forsyningsforskriften § 3-1.

Klagenemndas avgjørelse 12. april 2010 i sak 2009/164

Klager: Tor Entreprenør AS

Innklaget: Grenland Havn IKS v/styrets leder

Klagenemndas medlemmer: Kai Krüger, Georg Fredrik Rieber-Mohn og Magni Elsheim.

Saken gjelder: Forsyningsforskriften. Kravene til forhandling. Avvisning av valgte leverandørs tilbud. Brudd på kravet til likebehandling og forutberegnelighet.

Bakgrunn:

- (1) Grenland Havn IKS (heretter kalt innklagede) avholdt en konkurranse med forhandling om utbygging av Breviksterminalen.
- (2) Av "SELSKAPSAVTALE OG VEDTEKT FOR GRENLAND HAVN IKS" fremgår det blant annet:

"§ 1-1 Stiftelse og rettslig status.

Grenland Havn IKS er et interkommunalt havnesamarbeid etablert av Bamble, Porsgrunn og Skien kommuner (de samarbeidende kommuner). Samarbeidet organiseres som et interkommunalt selskap (IKS) ved den tilpasning av havnesamarbeidets vedtekt og selskapsavtale som med dette er vedtatt av Grenland Havneråd.

Grenland Havn IKS er et selvstendig rettssubjekt med egne rettigheter og forpliktelser, samt selvstendig partsstilling overfor domstol og andre myndigheter. Selskapets kontorkommune er Porsgrunn kommune.

Grenland Havn IKS registreres i Foretaksregisteret.

§ 1-2 Formål.

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

Grenland Havn IKS er opprettet for å samordne og ivareta den kommunale havnevirkksomheten innen samarbeidsområdet. Grenland Havn IKS skal sammen med andre havneinteresser bidra til et samlet og konkurransedyktig havnetilbud i regionen. Havneanlegg og arealer skal disponeres med sikte på en best mulig ressursutnyttelse.

Grenland Havn IKS skal ivareta de administrative og forvaltningsmessige oppgaver på havne- og farvannssektoen som etter havne- og farvannsloven og annen lovgivning påhviler de samarbeidende kommunene.

For å opprettholde og videreutvikle den offentlige havnevirkksomheten og virksomhetens trafikkgrunnlag i samarbeidsområdet, kan Grenland Havn IKS engasjere seg i havnetilknyttet virksomhet som finnes hensiktsmessig og fordelaktig for de samarbeidende kommunenes havneinteresser, og det næringslivet disse interesser tar sikte på å betjene.

§ 1-3 Eierforhold og deltakeransvar.

Grenland Havn IKS eies av Bamble, Porsgrunn og Skien kommuner. De samarbeidende kommunenes (deleiernes) andeler i selskapet er slik fordelt:

<i>Bamble kommune</i>	<i>33 1/3 %</i>
<i>Porsgrunn kommune</i>	<i>33 1/3 %</i>
<i>Skien kommune</i>	<i>33 1/3 %</i>

De samarbeidende kommunene har et ubegrenset ansvar for så stor del av selskapets forpliktelser som den enkelte deleier har eierandel i selskapet. Først dersom en selskapskreditor ikke innen 14 dager etter påkrav oppnår dekning fra havnen, kan den enkelte deleier i selskapet kreves for dennes andel av forpliktelsen. En deleier som helt eller delvis har dekket en fordring på Grenland Havn IKS, kan straks søke sitt utlegg tilbake av selskapet.

§ 3-1 Grenland havneråd og havnerådets myndighet.

Grenland havneråd fungerer som havneselskapets representantskap og er øverste myndighet i Grenland Havn IKS.

De samarbeidende kommunenes rettigheter og interesser som deleiere i havnevesenet, utøves gjennom havnerådet.

[...]

§ 3-2 Havnerådets sammensetning

Grenland havneråd består av tolv medlemmer med personlige varamedlemmer. Disse medlemmene velges av kommunestyrene selv slik at:

*Kommunestyre i Bamble velger fire medlemmer med varamedlemmer
Kommunestyre i Porsgrunn velger fire medlemmer med varamedlemmer
Kommunestyre i Skien velger fire medlemmer med varamedlemmer.*

Havnerådet konstituerer seg selv og velger sin leder og nestleder. Havnerådets funksjonstid følger kommunevalgperioden. Den enkelte av de samarbeidende kommunene kan foreta nyvalg av egne havnerådsmedlemmer i valgperioden. Nyvalg skjer i så tilfelle for den gjenværende del av ordinær funksjonstid.”

- (3) I forbindelse med gjennomføringen av anskaffelsesprosessen var Norconsult AS engasjert som rådgiver.
- (4) Av tilbudsdokumentet punkt ”6.1 ORIENTERING” beskrives utbyggingen slik:

”Grenland Havn har planlagt å supplere med en ny 100 tonnns frittstående poller og en ny Dykdalb ved sitt anlegg ved Breviksterminalen.

[...]

Dykdalb planlegges fundamentert ved bruk av pilar til fjell. Det er ikke utført tilstrekkelig geotekniske undersøkelser i området for nøyaktig kartlegging av fjell. Derfor er det i beskrivelsen beskrevet en alternativ utførelse med stagforankret stålrørspel rammet til fjell. Denne løsningen vil bli benyttet dersom dybde til fjell viser seg å være større enn antatt. Entreprenør pålegges å kontrollbore til fjell før endelig løsning velges.”

- (5) Av tilbudsdokumentet punkt ”7.1 GENERELLE TILBUDSREGLER” fremgår følgende:

”Anskaffelsen foretas etter begrenset konkurranse med forhandling.

Tildeling av kontrakt vil skje på bakgrunn av det økonomisk mest fordelaktige tilbud.

Tilbudene vil bli vurdert både med hensyn på pris, gjennomføring og framdrift.

[...]

Forbehold som ikke er prissatt vil bli prisberegnet av byggherren for sammenligning av tilbudene. Tilbud med forbehold som ikke klart lar seg prissette, kan forkastes.”

- (6) I punkt ”9.3.1 Massehåndtering” heter det blant annet:

”Overskuddsmasser og ubrukbare tilbakefyllingsmasser fjernes og transporteres til tipplass fremskaffet av entreprenør. Evt. mellomlagring av gravemasser inkluderes i post for graving. Plass for evt. mellomlagring avtales med byggeleder.”

- (7) Tilbudsfristen var 2. juni 2009. Det var satt av tid til tilbudsbefering 27. mai 2009.

- (8) En av tilbyderne, AF Gruppen Norge AS, AF Anlegg Havn, hadde ikke mulighet til å møte på tilbudsbeferingen 27. mai 2009, og informerte innklagede om dette. AF Gruppen Norge AS, v/AF Anlegg Havn, fikk på denne bakgrunn gjennomføre en besiktigelse på egenhånd 26. mai 2009. Besiktigelsen ble blant annet gjennomført av en dykker som undersøkte grunnforholdene. Det var ingen representanter fra innklagede til stede ved denne besiktigelsen.

- (9) Fire tilbydere møtte til tilbudsbehandling 27. mai 2009, deriblant klager. I tillegg møtte en representant fra innklagede, samt en representant fra Norconsult AS.
- (10) Innen tilbudsfristen kom det inn fire tilbud, herunder blant annet fra AF Gruppen Norge AS, AF Anlegg Havn (heretter kalt valgte leverandør) og Tor Entreprenør AS (heretter kalt klager). Fra valgte leverandørs tilbud fremgår blant annet at:

*"Utover dette foreligger følgende forutsetninger knyttet til vårt tilbud:
[...]"*

- *Rene overskuddsmasser leveres til anviste plass i fra byggherre."*

- (11) Ettersom klager og valgte leverandør hadde tilbudt gunstigst pris, ble disse to tilbyderne innkalt til forhandlinger av innklagede. Det ble avholdt separate møter med de to tilbyderne 9. juni 2009.

- (12) I notatet *"OPPSUMMERING FRA AVKLARINGSMØTENE 9. JUNI 2009 – PROTOKOLL"* fremgår blant annet:

"Oppsummering av alle forhold som ble drøftet i avklaringsmøtene med de to rimeligste tilbyderne. Vedlegger håndskrevet notat som ble benyttet under møtene."

<i>Tilstede:</i>	<i>Sten Ulrik Heines</i>	<i>Grenland Havn IKS</i>
	<i>Asbjørn Høie</i>	<i>Grenland Havn IKS</i>
	<i>Øystein Bremseth</i>	<i>Norconsult AS</i>
	<i>Erdil Kenar</i>	<i>AF Gruppen AS – AF Anlegg Havn – kl 09.00</i>
	<i>Thor Lønnebakke</i>	<i>Tor Entreprenør AS – kl 10.30</i>

<i>Pkt. nr.</i>	<i>AF Gruppen Norge AS – AF Anlegg Havn</i>	<i>Tor Entreprenør AS</i>
1.0 <i>Kap. 0</i>	<i>Rigg og drift</i> <i>Kran</i> <i>Spørsmål i møte: Ser av Deres tilbudsbrief at dere har tenkt å benytte tårnkran på land til å betjene alle arbeidene i byggeperioden.</i> <i>Dersom byggherren stiller vederlagsfritt havnekran til Deres disposisjon, under den forutsetning av at bruk må tilpasses havnedrift for øvrig, hvilke priskonsekvenser vil dette da få? Bruk av havnekranen må altså avtale med driftsansvarlig ved terminalen før bruk og entreprenør kan forutsette at kranen kan benyttes når den er ledig og når forhåndsavtale om bruk er inngått.</i>	<i>Rigg og Drift</i> <i>Kran</i> <i>Spørsmål i møte: Hvilke kranløsning har dere tenkt å benytte?</i> <i>Dersom byggherren stiller vederlagsfritt havnekran til Deres disposisjon, under den forutsetning av at bruk må tilpasses havnedrift for øvrig, hvilke priskonsekvenser vil dette da få? Bruk av havnekranen må altså avtale med driftsansvarlig ved terminalen før bruk og entreprenør kan forutsette at kranen kan benyttes når den er ledig og når forhåndsavtale om bruk er inngått.</i> <i>Havnefogd Asbjørn Høie opplyser</i>

¹ Opplysningen er sladdet som forretningshemmelighet, jf. offentleglova § 13 og forvaltningsloven § 13 nr 2. Tilsvarende gjelder også andre steder hvor opplysninger er sladdet ved bruk av vanlig parentes.

	<i>Havnefogd Asbjørn Høie opplyser videre at kranen ofte er ledig, unntatt onsdager, fredag ettermiddag og lørdag, hvor den er mye i bruk.</i> <i>Svar i møte: AF-Anlegg ønsker å vurdere dette nærmere, spesielt fordi det er noen kostnader forbundet med rigging av tårnkran for en slik liten jobb.</i> <i>Svar i svarbrev: Det bekreftes at dersom en kan benytte havnekran vederlagsfritt gis en prisreduksjon på (...)¹ kr.</i>	<i>videre at kranen ofte er ledig, unntatt onsdager, fredag ettermiddag og lørdag, hvor den er mye i bruk.</i> <i>Svar i møte: vi har tenkt å benytte leker med liten kran mellom dykdalb og land. På land har vi tenkt å benytte mindre mobil kran, type traktor med kran eller lignende. Arbeidene krever få tunge løft, primært i forbindelse med montering av pilar, forankringsstag og prefab. element for dykdalbhode. Videre hevder Tor Entreprenør at havnekranen er stor og tung i drift og egnert seg lite til annet enn de tunge løftene. Men Tor Entreprenør ønsket likevel å vurdere eventuell bruk av havnekranen nærmere.</i> <i>Svar i svarbrev: det gis en prisreduksjon på (...) kr/time ved bruk av havnekran. Planlagt bruk oppgis ikke.</i> <i>Svar på telefon: Før oversendelse av svarbrev tok Tor Entreprenør kontakt pr. telefon hvor bruk av havnekran ble diskutert. Byggherrens representant spurte direkte hvor mange timer det planlegges at havnekran vil bli benyttet. Tor Entreprenør ønsket ikke svare på dette, men det ble antydning et omfang i størrelsesorden 10 timer, men at dette omfanget kunne byggherre like godt stipulere som han. Pga. opprinnelig redegjørelse hvor det ble antydning at havnekran var lite egnet til dette bruk, ble et omfang på 10 timer lagt til grunn ved evalueringen.</i>
2.0 <i>Post nr.</i> <i>1.01.13</i> <i>2.01.29</i> <i>2.02.6</i> <i>3.01.21</i>	Deponi for rene masser <i>Spørsmål i møte: Leveringsgebyr for rene masser er priset i disse postene, samtidig med at dere sier i Deres tilbudsbrev at rene masser skal deponeres til byggherren. Hvordan henger dette sammen? I gjeldende poster er det beskrevet at leveringssted skal fremskaffes av entreprenør og i tillegg er</i>	Deponi for rene masser <i>Spørsmål i møte: Leveringsgebyr for rene masser er priset til kr (...) i disse postene, er dette riktig? Det understrekes at entreprenør skal fremskaffe leveringssted. Vil det bety noe for enhetsprisene dersom byggherre tilbyr tippsted innenfor sitt område?</i>

	<i>det beskrevet i alle poster for opplasting og transport (post 1.01.12, 2.01.27, 2.01.28, 2.02.4 og 3.01.19) at tippsted skal fremskaffes av entreprenør.</i> <i>Svar i møte: Det ble diskutert om byggherren var interessert og hadde mulighet til å ta imot rene overskuddsmasser. Dette kunne byggherren ikke og AF-Anlegg bekreftet at de ville stå for levering og deponeringsplass som opprinnelig beskrevet i tilbudspostene.</i> <i>Svar i svarbrevet: AF-Anlegg bekrefter at rene masser leveres til deponi som beskrevet i tilbudet.</i>	<i>Svar i møte: Tor Entreprenør svarer at deponeringsavgift er inkludert i postene for opplasting og transport. Det ble videre diskutert om byggherren var interessert og hadde mulighet til å ta imot rene overskuddsmasser og om det ville bety noe for prisen på postene. Dette kunne byggherren ikke og opprinnelige enhetspriser (post 1.01.12, 2.01.27, 2.01.28, 2.02.4 og 3.01.19) ble beholdt.</i>
3.0 Post nr. 1.02.3	Forskaling av fundamentplate Spørsmål i møte: Er dette riktig enhetspris eller er dette en skrivefeil? Tykkelse på fundament vil bli endret fra 500 til 400 mm, vil dette påvirke enhetspris som er basert på lm? <i>Svar i møte: Dette er åpenbart en kommafeil, enhetspris skal selvsagt være 10 % av fremlagt enhetspris. Tykkelsesendring vil ikke påvirke denne enhetsprisen.</i> <i>Svar i svarbrev: Ny enhetspris med riktig kommaplassering bekreftes. For 40 m utgjør dette en prisreduksjon på (...) kr.</i>	Forskaling av fundamentplate Spørsmål i møte: Tykkelse på fundament vil bli endret fra 500 til 400 mm, vil dette påvirke enhetspris som er basert på lm? <i>Svar i møte: Tykkelsesendring vil ikke påvirke denne enhetsprisen.</i>
4.0 Post nr. 2.01.7	Graving under vann Spørsmål i møte: Kan den tilsynelatende høyre enhetsprisen for graving under vann, forklares teknisk? <i>Svar i møte: Den høyre enhetsprisen forklares med at riggkostnadene for arbeidet er priset inn i posten, men vi ønsker å se nærmere på om dette er riktig vurdert.</i> <i>Svar i svarbrev: AF-Anlegg velger å redusere enhetspris marginal fra (...)kr/m³ til (...) kr/m³, men velger å beholde riggdelen i posten. For 15 m³ utgjør dette en prisreduksjon på (...) kr.</i>	Graving under vann Spørsmål i møte: Kan den tilsynelatende høyre enhetsprisen for graving under vann, forklares teknisk? <i>Svar i møte: Den høye enhetsprisen forklares med at riggkostnadene for arbeidet er priset inn i posten, prisenivået opprettholdes.</i>
5.0	Rensk av fjell	

Post nr. 2.01.11 2.01.12	<i>Spørsmål i møte: Kan den tilsynelatende høye enhetsprisen for rensk av fjell, forklares teknisk?</i> <i>Svar i møte: Den høye enhetsprisen forklares ved at rigggkostnadene for arbeidene er priset inn i posten, prisenivået opprettholdes.</i>	
6.0 Post nr. 2.01.28 2.02.5 3.01.20	Transport av asfalt <i>Spørsmål i møte: Det gjøres oppmerksom på at posten avregnes som m2 og ikke m3. Er det en misforståelse her? Postene er i tillegg priset veldig utlikt selv om aktivitetene så å si er identiske, hvorfor?</i> <i>Svar i møte: AF-Anlegg ønsker å se på dette om det er riktig forstått.</i> <i>Svar i svarbrev: AF-Anlegg velger å redusere enhetspriser med: Post 2.01.28/3.01.20 fra (...)til(...)kr/m2 Post 2.02.5 fra (...)til (...)kr/m2 (For henholdsvis 385 og 60 m2 utgjør dette en prisreduksjon på henholdsvis (...)kr og (...) kr).</i>	
[...]		
16.0 Kap 3.01 Kap 3.04	Like poster/ulike enhetspriser <i>Spørsmål i møte: I kapittel 3.01 og 3.04 er det en del poster som er identiske med poster i kapittel 2.01 og 2.03. Beskrivelsen er valgt utformet slik for å få et ryddig oppsett for de to alternativene. Poster som er identiske, beskriver nøyaktig de samme arbeidsoperasjonene. Det er registrert at identiske poster har fått ulike enhetspriser i de forskjellige kapitlene. Hvordan skal vi forstå dette? Skal vi benytte de rimeligste enhetsprisene eller skal postenes enhetspriser følge alternativene?</i> <i>Svar i møte: Dette har en teknisk forklaring i forbindelse med vårt prissettingssystem, men dere kan benytte de rimeligste enhetsprisene til enhver tid dersom arbeidene for øvrig er identiske.</i> <i>Svar i svarbrev: Ovennevnte bekreftes.</i>	Like poster/ulike enhetspriser <i>Spørsmål i møte: I kapittel 3.01 og 3.04 er det en del poster som er identiske med poster i kapittel 2.01 og 2.03. Beskrivelsen er valgt utformet slik for å få et ryddig oppsett for de to alternativene. Poster som er identiske, beskriver nøyaktig de samme arbeidsoperasjonene. For din del er det bare post 2.01.25 som er identisk med post 3.01.17 og hvor enhetsprisene er ulike. Hvordan skal vi forstå dette? Skal vi benytte den rimeligste enhetsprisen eller skal postenes enhetspriser følge alternativene?</i> <i>Svar i møte: Tor Entreprenør ønsker å se nærmere på dette.</i> <i>Svar i svarbrev: Høyeste enhetspris benyttes.</i>

	<i>Harmonisering av enhetspriser gir en prisreduksjon for hovedalternativet på (...) kr og for alternativ utførelse på (...) kr.</i>	<i>Harmonisering av enhetspriser gir en prisøkning for hovedalternativet på (...) kr.</i>
--	--	---

- (13) På anmodning av innklagede sendte klager en e-post til innklagede 10. juni 2009, med avklaringer og presiseringer i forhold til sitt opprinnelige tilbud. I e-posten står det:

"Viser til avklaringsmøte 09.06.09 med svar på de spørsmål som ble stilt.

- Besparelse ved å benytte havnevesenets kran er kr (...),- pr.t.*
- Post 2.01.25 kan synes å ha vært oversett at det er under vann. Prisen burde vært som post 3.01.17 – kr. (...),- pr. m2.*
- Post 2.01.32 – Tillegg for epoxybelegg på fjellbolter kr. (...),- pr. stk.*
- Ved å benytte stålrør direkte på fjell vil postene 2.03.16, 2.03.24, 2.03.25 og 2.03.26 utgå. I tillegg vil post 2.03.12 bli redusert med kr. (...),-*
- I post 2.04.1 vil endret rørdimensjon med Ø813 (ikke Ø830) x 16 med mer ikke føre til endret kg pris men vi må ha et tillegg for 4 stk endeplater i rørene med kr. (...),- pr. stk.*
- Byggehøyde fender vil enten bli 1450 eller 1550 mm."*

- (14) Valgte leverandør sendte også en e-post til innklagede 10. juni 2009, hvor det fremgår at de "Oversender brev med presiseringer og ny pris ihht. avtale". Av brevet fremgår blant annet:

"- AF Anlegg Havn tilbyr (...) kr i reduksjon på riggposten. Forutsetning for reduksjon er at AF Anlegg Havn benytter havnekranen vederlagsfritt. Bruk av krav avtales med operative ledelsen i havna slik at både AF Anlegg Havn og Grenland Havn får utføre sine arbeider uten ventetid etc.

Rene masser leveres til deponi som priset i tilbudet."

- (15) Innklagede meddelte sin tildelingsbeslutning i e-post 15. juni 2009. Av denne fremgår:

"TILBUDSPROTOKOLL

Tilbudssummer eks. mva. (justert for små regnefeil):

<i>AF Gruppen Norge AS - AF Anlegg Havn</i>	<i>2.992.042,- kr (Alternativ utførelse 2.981.980,- kr)</i>
<i>Kruse Smith AS</i>	<i>Tilbud ikke fremlagt.</i>
<i>Skanska Norge AS</i>	<i>3.938.349,- kr (Alternativ utførelse 4.490.523,- kr)</i>
<i>Tor Entreprenør AS</i>	<i>2.797.853,- kr (Alternativ utførelse 3.023.527,- kr)</i>
<i>Veidekke Entreprenør AS</i>	<i>3.909.869,- kr (Alternativ utførelse 3.437.870,- kr)</i>

INNSTILLING

*Etter avklaringsrunder med to av tilbyderne, er AF Gruppens tilbud vurdert som det rimeligste, uavhengig av hvilke utførelsesmetode som velges.
Det er derfor besluttet å gå i kontraktsforhandlinger med AF Anlegg Havn."*

- (16) Klager ba deretter om innsyn i protokoller fra avklaringsmøtene og evalueringen av tilbudene. Innklagede oversendte dokumentene 17. juni 2009.
- (17) Klager påklaget tildelingsbeslutningen direkte til innklagede ved brev 23. juni 2009. I klagen ble det anført at valgte leverandørs tilbud inneholdt to forbehold som medførte en avvisningsplikt for innklagede. Videre ble det anført at valgte leverandør hadde fått justert sine enhetspriser i strid med regelverket for offentlige anskaffelser. På denne bakgrunnen krevde klager en omgjøring av tildelingsbeslutningen.
- (18) Innklagede avviste klagen ved brev 7. juli 2009. Klager ble samtidig informert om at innklagede ville inngå kontrakt med valgte leverandør.
- (19) Klager opprettholdt klagen ved e-post 10. juli 2009. Klager informerte samtidig om at en klage ville bli sendt til Klagenemnda for offentlige anskaffelser, og ba på bakgrunn av det om at innklagede utsatte kontraktsinngåelsen til saken var behandlet av klagenemnda.
- (20) E-posten ble besvart samme dag. Innklagede informerte om at kontrakt var inngått 7. juli 2009.
- (21) Saken ble brakt inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser ved brev 13. juli 2009.

Anførsler:

Klagers anførsler:

- (22) Klager anfører at det er forskrift 7. april 2006 nr. 402 om offentlige anskaffelser del I og II, som kommer til anvendelse i foreliggende sak. Det vises til at innklagede, som er et interkommunalt selskap eid av tre kommuner, må regnes som en "sammenslutning" av kommunale myndigheter, slik at det omfattes av klassisk sektor, jf. forskrift 7. april 2006 nr. 403 om innkjøpsregler i forsyningssektorene (vann- og energiforsyning, transport og posttjenester) §§ 1-2 (2) og 4-1 bokstav a. Det bestrides imidlertid ikke at aktiviteten til Grenland Havn, isolert sett, er omfattet av forsyningsforskriften, jf. forsyningsforskriften § 1-3 bokstav b nummer 2.
- (23) For det tilfellet at klagenemnda skulle komme til at innklagede er omfattet av forsyningsforskriften, er det bare forsyningsforskriftens del I som kommer til anvendelse, da terskelverdien i § 2-3 ikke er overskredet. Dette har ikke betydning for anførselene i klagen, ettersom saksbehandlingsfeilene også innebærer brudd på de grunnleggende kravene i forsyningsforskriften § 3-1, jf. lov 16. juli 1999 nr 69 om offentlige anskaffelser § 5.
- (24) Klager anfører at valgte leverandørs tilbud inneholdt et forbehold med hensyn til deponi som ikke lot seg prissette, og at tilbudet således skulle vært avvist, jf. konkurransegrunnlaget punkt 7.1, siste avsnitt, forskrift om offentlige anskaffelser § 11-11 (2) og likebehandlingsprinsippet.
- (25) Det vises til at det i valgte leverandørs tilbud er lagt til grunn at "*overskuddsmasser leveres til anviste plass i fra byggherre*". Ettersom det i tilbudsdokumentet punkt 9.3.1 heter at "*Overskuddsmasser og ubrukelige tilbakefyllingsmasser fjernes og*

transporteres til tipplass fremskaffet av entreprenør", slik det på samme måte også er presisert i post 2.01.28 i konkurransegrunnlaget, må dette anses som et forbehold.

- (26) Dette endres ikke ved at valgte leverandør i ettertid hevder at det foreligger en feilskrift. Det er heller ingen holdepunkter for at forbeholdet ble frafalt i avklaringsmøtet 9. juni 2009. Det vises til at valgte leverandør, i brevet sendt 10. juli 2009, skriver at *"Rene masser leveres til deponi som priset i tilbudet"*.
- (27) Heller ikke det forhold at deponiavgiften er priset, endrer det faktum at valgte leverandør har tatt et forbehold i forhold til konkurransegrunnlagets krav om at deponi skal fremskaffes av entreprenør. At valgte leverandør har godtatt å betale for deponiavgiften, har ingen betydning for det forbehold som valgte leverandør har tatt med hensyn til å fremskaffe deponi.
- (28) Klager anfører at valgte leverandørs tilbud dessuten inneholder et forbehold med hensyn til bruk av innklagedes kran, som heller ikke lar seg prissette, slik at tilbudet også på denne bakgrunn skulle vært avvist. Forbeholdet er tatt ved at valgte leverandør, i brev 10. juni 2009, legger til grunn at innklagedes kran kan benyttes *"uten ventetid"*. Ut fra en objektiv tolkning av ordlyden, må *"uten ventetid"* forstås som et forbehold knyttet til oppdragsgivers forutsetning i avklaringsmøtet om at Grenland Havn har fortrinnsrett til bruk av kranen. Dette gjelder uavhengig av at det i ettertid er forutsatt god planlegging for bruken av kranen.
- (29) Klager anfører videre at ettersom innklagede har tillatt valgte leverandør å justere sine enhetspriser på flere punkter, uten at klager er gitt samme mulighet, foreligger det brudd på kravet til forutberegnelighet, likebehandling og forskriften § 11-8 (3). Det vises til at selv om det i utgangspunktet dreide seg om en konkurranse med forhandling, så har konkurransegrunnlaget og den måten konkurransen faktisk har blitt gjennomført på, vist at det skulle foretas en tilbudsevaluering på bakgrunn av det opprinnelige tilbudet. Det ble ikke lagt opp til, og heller ikke gjennomført, forhandlingsmøter der tilbyderne i etterkant kunne inngi reviderte priser. Det vises til tilbudsokumentet punkt *"7 TILBUDSREGLER"*, der det ikke er oppgitt noe med hensyn til gjennomføring av forhandlingene. Innklagedes gjennomføring av konkurransen kan ikke forsvares med at valgte leverandør er gitt anledning til å justere enhetsprisene der valgte leverandør, etter innklagedes oppfatning, hadde priset likeartede ytelser svært forskjellig og at enhetsprisene var svært høye. Videre kunne ikke innklagede unnlate å forhandle med klager med den begrunnelse at klagers priser uansett var konkurransedyktige. Reelle forhandlinger ville ha dreid seg om priser generelt, og forhandlinger om pris måtte ha omfattet begge tilbyderne.
- (30) I tillegg vises det til at innklagede, i tilknytning til de postene prisene er justert for, har gitt valgte leverandør spesifikke opplysninger knyttet til hvilke prisjusteringer som burde gjøres. Dette innebærer at innklagede har gitt valgte leverandør en særfordel i strid med likebehandlingsprinsippet og forskriften § 11-8 (3).
- (31) Klager krever erstatning for tapt fortjeneste.

Innklagedes anførsler:

- (32) Innklagede bemerker at ettersom innklagede er et interkommunalt selskap, kommer forsyningsforskriften til anvendelse, jf. forsyningsforskriften § 1-2 (1) bokstav a. Det vises til at et interkommunalt selskap er et selvstendig rettssubjekt, og således må anses som et ”*offentligrettslig organ*”, jf. forsyningsforskriften § 4-1 bokstav b, jf. lov om interkommunale selskaper §§ 2 og 3. I tillegg kommer også de grunnleggende kravene i loven § 5 til anvendelse.
- (33) Innklagede anfører at det ikke er riktig at valgte leverandør har tatt forbehold med hensyn til deponi. I avklaringsmøtet påpekte innklagede at det var dårlig sammenheng mellom innklagedes krav om at tippsted skulle fremskaffes av entreprenør, og at valgte leverandør i sitt tilbud hadde beregnet deponiavgift for massene og samtidig forutsatt at rene overskuddsmasser skulle leveres til anvist plass fra byggherren. Innklagede forstod valgte leverandør slik at det dreide seg om en feilskrift, og valgte leverandør bekreftet i møtet at selskapet ville stå for deponeringen slik som beskrevet i de enkelte postene i tilbudsinvitasjonen. Innklagede oppfatter formuleringen i brevet 10. juni 2009 som en bekreftelse på forståelsen man kom frem til i avklaringsmøtet. En objektiv lesning av setningen leder ikke til et annet resultat.
- (34) Innklagede avviser i tillegg at valgte leverandør har tatt forbehold med hensyn til bruk av innklagedes kran. I avklaringsmøtene ble det tatt opp med begge tilbyderne om vederlagsfri bruk av havnekranen ville ha noen priskonsekvens. Det ble gjort klart overfor begge tilbyderne at bruk av havnekran hadde som forutsetning at Grenland Havn hadde prioritet, og at det måtte inngås forhåndsavtale om bruken. Det ble videre opplyst at kranen ofte var ledig. Det vil være urimelig å tolke valgte leverandørs uttalelse om at bruken av kranen ”*avtales med operativ ledelse i havna slik at både AF Anlegg og Grenland Havn får utføre sine arbeid uten ventetid etc.*”, slik at det dreier seg om et forbehold om å få benytte kranen uten ventetid.
- (35) Dersom klagenemnda finner at valgte leverandørs uttalelse om bruk av havnekran må anses som et forbehold, anføres subsidiært at forbeholdet kan prissettes og at tilbudet således ikke skulle avvises. Innklagede skulle i et slikt tilfelle sett bort fra bruken av havnekranen ved vurderingen av valgte leverandørs tilbud, altså så bort fra fratrekkt på (...) kr.
- (36) Innklagede anfører at valgte leverandørs justeringer av enkelte enhetspriser ikke er i strid med kravet til forutberegnelighet og likebehandling. Det vises til at da det i konkurransegrunnlaget var angitt at konkurransen skulle gjennomføres som en konkurranse med forhandling, forelå det en plikt for innklagede til å forhandle med de to tilbyderne, jf. forutberegnelighetsprinsippet. Innklagede har oppfylt forhandlingsplikten. Det vises til at innklagede avholdt ett avklaringsmøte med hver av tilbyderne. Formålet med avklaringsmøtene var drøftelser av tekniske løsninger, prismessige konsekvenser av nye løsninger og endringer i utførelsen, samt å avklare uklarheter i den tekniske beskrivelsen og i prissettingen, særlig når det gjaldt enhetspriser. Verken klagenemndas praksis eller en ren fortolkning av anskaffelsesloven § 5 gir grunnlag for å statuere en plikt for oppdragsgiver til å oppfordre tilbydere til å gi en generell prisreduksjon. Protokollen fra avklaringsmøtene viser at innklagede tok opp 15 spørsmål med klager og 17 spørsmål med valgte leverandør, og at 13 av spørsmålene ble tatt opp med begge tilbydere. Valgte leverandør hadde store variasjoner i enhetspris for poster som var identiske, samt svært høy kvadratmeter pris for noen poster, og dette ble påpekt. Innklagede så ingen grunn til å stille tilsvarende spørsmål til klager, da disse postene i

klagers tilbud var rimelige, og likt arbeid var priset med lik enhetspris. Innklagede bestrider videre at valgte leverandør fikk spesifikke opplysninger om hvilke prisjusteringer som burde foretas. Som et resultat av møtene reviderte begge tilbyderne sine tilbud, både når det gjaldt teknisk gjennomføring og når det gjaldt pris.

- (37) Det anføres at det ikke foreligger grunnlag for erstatning for tapt fortjeneste.

Klagenemndas vurdering:

- (38) Klager har deltatt i konkurransen og har saklig klageinteresse, jf. forskrift 15. november 2002 nr. 1288 om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6, andre ledd. Klagen er rettidig.

Hvilke regelverk kommer til anvendelse på anskaffelsen

- (39) Klager og innklagede anfører at ulike regelverk kommer til anvendelse for foreliggende anskaffelse.
- (40) Det er ikke omtvistet at aktiviteten som utøves av innklagede er *"å utnytte et geografisk område til [...] 2. terminalanlegg for luft-, sjø- eller elvetransportører, herunder luft-, sjø- og innlandshavner"*, slik at anskaffelsens gjenstand omfattes av forsyningsforskriften, jf. forsyningsforskriften § 1-3 bokstav b nummer 2. Spørsmålet blir således om innklagede omfattes av forsyningsforskriften, jf. § 1-2, hvor det fremkommer av bestemmelsens første ledd at *"offentligrettslige organ ... som definert i § 4-1 (generelle definisjoner) bokstav b"* er omfattet av forsyningsforskriften. For å anses som et offentligrettslig organ, må Grenland Havn IKS blant annet være et selvstendig rettssubjekt, jf. § 4-1 bokstav b nummer 2.
- (41) Det fremkommer av lov 29. januar 1999 om interkommunale selskaper § 2 at *"Interkommunalt selskap kan ha rettigheter, forpliktelser og partsstilling overfor domstol og andre myndigheter."* Videre fremgår det av *"Selskapsavtale og vedtekt for Grenland Havn IKS"*, § 1-1 at Grenland Havn IKS er et *"selvstendig rettssubjekt"*. På denne bakgrunn legger klagenemnda til grunn at Grenland Havn IKS er et selvstendig rettssubjekt, jf. § 4-1 bokstav b nummer 2.
- (42) Det neste spørsmålet er om innklagede er *"opprettet for det bestemte formål å imøtekomme allmennhetens behov og ikke er av industriell eller forretningsmessig karakter"*, jf. forsyningsforskriften § 4-1 bokstav b, nummer 1.
- (43) Om dette vilkåret sies det i Fornyings- og administrasjonsdepartementets veileder til reglene om offentlige anskaffelser fra 2006, side 13:

"Allmennhetens behov er et begrep som i følge EF-domstolens praksis skal fortolkes vidt. Om dette vilkåret er oppfylt, vil bero på en helhetsvurdering. En sentral vurdering er om selskapet skal ivareta behov i samfunnet, fremfor juridiske eller enkeltpersoners interesse. [...] Det faktum at andre private virksomheter kan imøtekomme behovet, utelukker ikke at virksomheten tjener "allmenne behov."

- (44) Av § 1-2 i selskapsavtalen og vedtektene til innklagede fremgår det at innklagede har som formål *"å samordne og ivareta den kommunale havnevirksomheten innen*

samarbeidsområdet". Videre skal innklagede *"bidra til et samlet og konkurransedyktig havnetilbud i regionen. Havneanlegg og arealer skal disponeres med sikte på en best mulig ressursutnyttelse."* Det fremgår av samme bestemmelse at innklagede skal ivareta de lovpålagte oppgavene som hviler på de samarbeidende kommunene.

- (45) Klagenemnda legger etter dette til grunn at innklagede, ved å drifte havnevirksomheten i de tre samarbeidskommunene, er opprettet for å imøtekomme allmennhetens behov, jf. § 4-1 bokstav b nummer 1.
- (46) Videre er det et krav at organet *"ikke er av [...] forretningsmessig karakter"*, jf. § 4-1 bokstav b nummer 1. For å ta stilling til dette vilkåret må det foretas en konkret helhetsvurdering av organets virksomhet.
- (47) Ved opprettelsen av Grenland Havn IKS overtok virksomheten de samarbeidende kommunenes lovpålagte oppgaver på havne- og farvannssektoen, jf. § 1-2 i *"Selskapsavtale og vedtekt for Grenland Havn IKS"*. Det er altså tale om et organ som står i et nært tilknytningsforhold til det offentlige, opprettet for å samordne den kommunale havnevirksomheten mellom de tre kommunene. Utførelsen av disse samfunnsoppgavene, herunder drift av havnen, tilsier at innklagede ikke er et organ med forretningsmessig karakter.
- (48) Videre fremgår det av lov 17. april 2009 nr. 19 om havner og farvann § 48 første ledd at *"Havnekapitalen kan ikke nyttes til andre formål enn havnevirksomhet, herunder drift, vedlikehold, utbedring, utbygging og utvikling, samt utøvelse av offentlig myndighet etter bestemmelser i eller i medhold av loven her og tilrettelegging for sikkerhet og fremkommelighet i kommunens sjøområder. Av årsresultatet kan det foretas avsetning til fremtidig utviklingstiltak og investeringer i havnevirksomhet."* Innklagede er således ikke et selskap som det kan utdeles utbytte fra da havnekapitalen kun skal benyttes til å ivareta havnevirksomheten på en best mulig måte. Driften av havnetilbudet i regionen er videre forhold det offentlige generelt ønsker å bevare innflytelsen over.
- (49) Av *"Selskapsavtale og vedtekt for Grenland Havn IKS"* § 1-3 fremgår det at de tre deltakerkommunene har et ubegrenset ansvar for så stor del av selskapets forpliktelser som den enkelte deleier har eierandel i selskapet. Innklagedes virksomhet påvirker således kommunenes budsjetter og pålegger kommunene ansvar for den økonomiske risikoen ved innklagedes virksomhet. Dette forsterker tilknytningsforholdet mellom innklagede og eierkommunene.
- (50) På bakgrunn av det ovenstående finner klagenemnda at innklagedes virksomhet ikke er av forretningsmessig karakter, og vilkåret i § 4-1 bokstav b nummer 1 må således anses for å være oppfylt.
- (51) Det siste vilkåret er at innklagede *"i hovedsak er finansiert av statlige, fylkeskommunale eller kommunale myndigheter eller andre offentligrettslige organer, eller hvis forvaltning er underlagt et av disse organers kontroll, eller som har et administrasjons-, ledelses- eller kontrollorgan der over halvparten av medlemmene er oppnevnt av statlige, fylkeskommunale eller kommunale myndigheter eller andre offentligrettslige organer"*, jf. forskriften § 4-1 bokstav b nummer 3.

- (52) Det fremgår av *"Selskapsavtale og vedtekter for Grenland Havn IKS"* § 1-3 at de tre deltakerkommunene eier en tredjedel hver av selskapet. Videre fremgår det av §§ 3-1 og 3-2 at havnerådet består av 12 medlemmer, der kommunene velger fire medlemmer hver, og at havnerådet er selskapets øverste myndighet.
- (53) Klagenemnda legger på bakgrunn av dette til grunn at innklagedes forvaltning er underlagt kommunal kontroll og at innklagede dessuten har et *"ledelses- [...] organ"* der over halvparten av medlemmene er oppnevnt av kommunale myndigheter. Vilåret i § 4-1 bokstav b nummer 3 er således oppfylt.
- (54) Klagenemnda er på denne bakgrunn kommet til at innklagede er å anse som et offentligrettslig organ, jf. forsyningsforskriften § 4-1 bokstav b.
- (55) Det er etter dette forsyningsforskriften som kommer til anvendelse, jf. forsyningsforskriften § 1-2 (1) bokstav a, jf. § 1-3 bokstav b nummer 2. Anskaffelsen følger således etter sin verdi lov 16. juli 1999 nr 69 om offentlige anskaffelser og forsyningsforskriften del I, jf. forsyningsforskriften §§ 2-1 og 2-2.

Hvorvidt det er tatt forbehold knyttet til deponi

- (56) Klager anfører at valgte leverandørs tilbud inneholdt et forbehold med hensyn til deponi, som ikke lot seg prissette, og at tilbudet således skulle vært avvist. Det vises til konkurransegrunnlaget punkt *"7.1 GENERELLE TILBUDSREGLER"* der det fremgår at *"Forbehold som ikke er prissatt vil bli prisberegnet av byggherren for sammenligning av tilbudene. Tilbud med forbehold som ikke klart lar seg prissette, kan forkastes"*.
- (57) Spørsmålet er om valgte leverandør tok et forbehold knyttet til deponering av overskuddsmasser.
- (58) Det fremkommer av konkurransegrunnlaget punkt 9.3.1 at *"Overskuddsmasser og ubrukbare tilbakefyllingsmasser fjernes og transporteres til tipplass fremskaffet av entreprenør"*. Valgte leverandør skrev i sitt tilbud 2. juni 2009 at *"Rene overskuddsmasser leveres til anviste plass i fra byggherre"*.
- (59) I konkurransegrunnlaget kreves det at tipplass skal fremskaffes av entreprenøren. Valgte leverandør har imidlertid i sitt tilbud forutsatt at overskuddsmasser skal leveres til anvist sted fra byggherren. Det fremgår av protokollen fra avklaringsmøtene at innklagede, under møtet, tok opp med valgte leverandør at utsagnet i tilbudet vedrørende deponi ikke samsvarte med kravet i konkurransegrunnlaget. Det er notert i protokollen at valgte leverandør, i møte, *"bekreftet at de ville stå for levering og deponeringsplass som opprinnelig beskrevet i tilbudspostene"*.
- (60) I etterkant av avklaringsmøtet sendte valgte leverandør et brev til innklagede med kommentarer og svar på spørsmål som var tatt opp under avklaringsmøtet. I brevet sies det at *"Rene masser leveres til deponi som priset i tilbudet"*. Lest i sammenheng med protokollen fra avklaringsmøtet, fremstår utsagnet som en bekreftelse på det som ble avtalt på møtet, nemlig at valgte leverandør ville stå for levering og deponeringsplass slik som beskrevet i konkurransegrunnlaget. Denne forståelse er, etter avholdelsen av avklaringsmøtet, også blitt lagt til grunn av innklagede og valgte leverandør.

- (61) Klagenemnda legger etter dette til grunn at valgte leverandør har frafalt sitt forbehold om deponi, slik at det ikke foreligger grunnlag for avvisning. Klagers anførsel fører således ikke frem.

Hvorvidt det er tatt forbehold om bruk av innklagedes kran

- (62) Klager anfører videre at valgte leverandørs tilbud inneholder et forbehold vedrørende bruken av innklagedes kran, som heller ikke lar seg prissette, og at tilbudet av den grunn skulle vært avvist, jf. konkurransegrunnlagets punkt 7.1, hvor det fremkommer at tilbud med forbehold som ikke kan prissettes, skal avvises ("*forkastes*").
- (63) Under avklaringsmøtene informerte innklagede begge tilbyderne om at de kunne få benytte havnens kran vederlagsfritt. Det fremgår av protokollen at forutsetningen var at bruken måtte avtales med driftansvarlig før bruk, og at den bare kunne benyttes når den var ledig og forhåndsavtale var inngått. Innklagede ønsket også opplyst om eventuell bruk av havnens kran ville få prismessig konsekvens for tilbudene.
- (64) I e-posten sendt dagen etter avklaringsmøtet skrev valgte leverandør at "*AF Anlegg Havn tilbyr (...) kr i reduksjon på riggposten. Forutsetning for reduksjon er at AF Anlegg Havn benytter havnekranen vederlagsfritt. Bruk av kran avtales med operative ledelsen i havna slik at både AF Anlegg Havn og Grenland Havn får utføre sine arbeider uten ventetid etc.*".
- (65) Spørsmålet er om valgte leverandør med dette tok forbehold om fortrinnsrett til bruken av havnekranen.
- (66) Valgte leverandør tilbyr en prisreduksjon i tilbudet, mot at innklagedes kran kan benyttes vederlagsfritt. Avslutningsvis har valgte leverandør en uttalelse om at bruken av kranen må avtales med operativ ledelse, slik at begge parter får utføre sine arbeider uten ventetid. Dette er i tråd med innklagedes forutsetning for bruken, nemlig at forhåndsavtale om bruken skal sikre at begge parter får utført sine arbeider. Når valgte leverandør skriver at partene skal få utført sine arbeider "*uten ventetid*", forstår klagenemnda det slik at god planlegging skal forhindre at partene får behov for å bruke kranen samtidig. Etter klagenemndas syn fremstår ikke utsagnet som et forbehold om at valgte leverandør skal ha fortrinnsrett til bruken.
- (67) Klagenemnda legger etter dette til grunn at valgte leverandørs tilbud ikke inneholder et forbehold om fortrinn til bruk av havnas kran, og det foreligger således ikke grunn til avvisning. Klagers anførsel fører ikke frem.

Gjennomføring av konkurranse med forhandling

- (68) Klager anfører videre at innklagede, ved gjennomføringen av konkurransen, har brutt kravet til forutberegnelighet, kravet til likebehandling og forskriften § 11-8 (3).
- (69) Klagenemnda bemerker innledningsvis at ettersom anskaffelsen blir regulert av forsyningsforskriften, kommer ikke § 11-8 i anskaffelsesforskriften direkte til anvendelse i foreliggende sak. Loven § 5 og forsyningsforskriften § 3-1 vil imidlertid gjelde.

- (70) Av konkurransegrunnlaget fremgår det at anskaffelsesprosessen skal gjennomføres som en konkurranse med forhandling. Anskaffelsen er, som fastslått ovenfor, etter sin art og verdi regulert av anskaffelsesloven og forsyningsforskriften del I. Verken av loven eller forsyningsforskriften fremgår det detaljerte regler for hvordan en konkurranse med forhandling skal gjennomføres. Konkurransegrunnlaget gir heller ingen nærmere bestemmelser om hvordan konkurransen skulle gjennomføres. Det avgjørende blir således om de grunnleggende kravene i loven § 5 og forskriften § 3-1 er fulgt ved gjennomføringen av konkurransen.
- (71) Det første spørsmålet blir om valgte leverandørs justering av enhetspriser representerer et brudd på kravet til forutberegnelighet i loven § 5 og forsyningsforskriften § 3-1.
- (72) I klagenemndas sak 2008/170 var det gjennomført en konkurranse med forhandling der anskaffelsen var regulert av loven og forsyningsforskriften del I og II. I premiss (60) uttales det:
- "I forskrift om offentlige anskaffelser av 7. april 2006 nr. 402 fremgår det av § 11-8 (1) og § 20-11 (1) at forhandlingene kan gjennomføres i flere faser, og at en første reduksjon av antall tilbud kan skje i forkant av forhandlingene, men slik at det gjenstår et tilstrekkelig antall tilbud som kan sikre reell konkurranse. Reglene er en kodifisering av praksis fra før forskriftsendringen i 2006, og klagenemnda mener at tilsvarende må legges til grunn for anskaffelser som reguleres av forsyningsforskriften selv om slike regler ikke følger direkte av denne forskriften."*
- (73) Klagenemnda legger til grunn at tilsvarende må gjelde i foreliggende sak.
- (74) Når det er fastsatt i konkurransegrunnlaget at en anskaffelse skal skje etter konkurranse med forhandling, vil det være et brudd på kravet til forutberegnelighet å unnlate å avholde forhandlinger. I klagenemndas sak 2008/162 premiss (44) uttales dette om kravet til forhandlinger:
- "Klagenemnda bemerker innledningsvis at det ikke er av betydning hva møtene kalles, herunder om de kalles avklarings- eller forhandlingsmøter. Det avgjørende er om det har vært foretatt forhandlinger som har gitt alle tilbyderne mulighet til å forbedre sine tilbud."*
- (75) Innklagede avholdt avklaringsmøter med klager og valgte leverandør, og stilte en rekke spørsmål ved ulike forhold i tilbyderens tilbud. Det fremgår av innklagedes protokoll fra avklaringsmøtene at begge tilbyderne ble stilt spørsmål om priser i tilbudene, konsekvenser ved mulige endringer i gjennomføringen av anskaffelsen og andre avklaring ved tilbudene. Protokollen viser videre at valgte leverandør foretok enkelte endringer i sitt opprinnelige tilbud, både under avklaringsmøtet og i etterkant av møtet. Dette hadde valgte leverandør anledning til da konkurransen skulle gjennomføres med forhandlinger.
- (76) Klagenemnda kan etter dette ikke se at innklagede har brutt kravet til forutberegnelighet ved gjennomføringen av forhandlingene herunder ved at valgte leverandør justerte sine enhetspriser, jf. forsyningsforskriften § 3-1 og loven § 5.

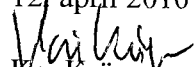
- (77) Spørsmålet videre blir om innklagede, ved å la valgte leverandør justere visse enhetspriser, har brutt kravet til likebehandling i loven § 5 og forsyningsforskriften § 3-1.
- (78) Utgangspunktet er at tilbydere, etter at det er gjennomført forhandlinger, har adgang til å levere revidert tilbud. Dette er en naturlig følge av prosedyren konkurranse med forhandling, da formålet med å forhandle faller bort om man ikke skulle få revidert sine tilbud i etterkant. Dette er også slått fast i en rekke saker, blant annet sak 2003/171 hvor det uttales:
- "Bare gjennom reelle forhandlinger hvor tilbyderne innbyrdes gis like muligheter til å komme med reviderte tilbud, basert på oppdragsgivers klargjøringer av konkurransegrunnlaget, kan det grunnleggende kravet til likebehandling, jf. lov om offentlige anskaffelser § 5 og forskriften § 3-1, ivaretas."*
- (79) I tråd med kravet til etterprøvbarehet har innklagede ført protokoll fra avklaringsmøtene. Av disse fremgår det at klager og valgte leverandør ble stilt mange av de samme spørsmålene, men også fikk noen individuelle spørsmål knyttet opp til deres konkrete tilbud. For de spørsmålene som bare ble stilt til valgte leverandør har innklagede forklart at disse var knyttet til uklare forhold ved valgte leverandørs tilbud, som ikke gjorde seg gjeldende ved klagers tilbud. Det fremgår også av protokollen at begge tilbyderne har fått anledning til å sende inn et svarbrev i etterkant av møtene, der spørsmålene fra møtene ble endelig besvart.
- (80) På bakgrunn av det ovenstående kan klagenemnda ikke se at valgte leverandørs justering av enhetspriser, medfører at konkurransen er gjennomført i strid med kravet til likebehandling, jf. forskriften § 3-1 og loven § 5. Klagers anførsel fører således ikke frem.
- (81) Klager anfører videre at valgte leverandør, i motsetning til klager, har fått spesifikke opplysninger knyttet til hvilke prisjusteringer som burde gjøres og at dette også er i strid med likebehandlingsprinsippet.
- (82) Av protokollen fremgår det at både valgte leverandør og klager har fått påpekt høye enhetspriser på visse poster, se blant annet punkt 4.0 i protokollen. Valgte leverandør har fått flere slike påpekninger fra innklagede. Dette er imidlertid forklart ved at valgte leverandør hadde unormalt høye enhetspriser på visse poster, i motsetning til klager. Videre hadde valgte leverandør priset like poster forskjellig i sitt tilbud, noe innklagede ønsket å få en forklaring på. Dette ble også gjort overfor klager blant annet i tilknytning til punkt 16.0 i protokollen der begge tilbydere fikk spørsmål vedrørende *"Like poster/ulike enhetspriser"*.
- (83) Klagenemnda kan ikke se at valgte leverandør er gitt en særfordel. Innklagede har ikke brutt kravet til likebehandling, og klagers anførsel fører således ikke frem.

Konklusjon:

Klagers anførsler har ikke ført frem.

For klagenemnda,

12. april 2010


Kai Krüger