



**Klagenemnda
for offentlige anskaffelser**

Innklagede gjennomførte en konkurranse med forhandling vedrørende totalentreprise for tilbygg til skolebygg. Klagenemnda la til grunn at innklagede, som erkjent, hadde brutt kravet til god forretningsskikk i loven § 5 og forskriften § 11-8 ved å forsømme kravet om reelle forhandlinger før kontrakt ble tildelt. Tildelingsbeslutningen var dermed med rette annullert. Det forelå ikke brudd på regelverket ved at den andre tildelingsrunden ble gjennomført med inngivelse av reviderte tilbud der deltagerne hadde kjennskap til prisnivået på de tidligere inngitte priser.

Klagenemndas avgjørelse 1. mars 2010 i sak 2009/167 – 13

Klager: OKK Entreprenør AS

Innklaget: Buskerud fylkeskommune

Klagenemndas medlemmer: Kai Krüger, Tone Kleven, Jakob Wahl

Saken gjelder: Reelle forhandlinger. Annullering av tildelingsbeslutning ved konkurranse med forhandling og oppstart av nye forhandlinger. Innsyn i tilbudspris.

Bakgrunn:

- (1) Buskerud Fylkeskommune (heretter kalt innklagede) kunngjorde 24. februar 2009 en konkurranse med forhandlinger vedrørende totalentreprise for tilbygg til Rosthaug videregående skole – avdeling Buskerud. Av kunngjøringen punkt II.1.5) fremkom følgende beskrivelse av anskaffelsens art og omfang:

"Innredning av eksisterende verkstedhall til undervisningslokale for tømrer og snekker. Nybygg for administrasjon og murerfag med tilhørende bifunksjoner."

- (2) Totalentreprisen var angitt å omfatte "Komplett bygg, VVS arbeider, EL, Tele og automasjon". Tilbudsfristen var fastsatt til 3. april 2009. Av kunngjøringen punkt IV.2) fremkom det at kontrakt skulle tildeles det økonomisk mest fordelaktige tilbudet. Av tilbudsinnbydelsen punkt 2.3 fremkom at tildelingsevalueringen skulle skje på grunnlag av følgende tildelingskriterier:

"•Pris/byggetid

•Tilbudt kvalitet/teknisk standard

•Eventuelle forbehold fra totalentreprenøren mht ansvarsfraskrivelse etc. oppstart og fremdrift"

- (3) Syv tilbydere leverte inn tilbud. De fire tilbyderne som hadde inngitt tilbud med lavest pris, deriblant OKK Entreprenør (heretter kalt klager), ble 23. april 2009 invitert til avklaringsmøter.

- (4) Innklagede har i prosesskriv 25. august 2009 opplyst at tilbyderne blant annet ble spurt om å nedjustere prisen i tilbudene sine under avklaringsmøtene 24. og 29. april 2009. En slik prisjustering ble ikke gjort i møtene. Innklagede har i e-post 18. februar 2010 til klagenemndas sekretariat opplyst at det, i etterkant av avklaringsmøtene, ikke var *"grunnlag for å gå videre i forhandlinger om pris som etter vårt skjønn var "skrapt" til beinet, og betydelig lavere enn det vi hadde forventet"*. Innklagede opprettholdt deretter kontakten med klager, som hadde inngitt det rimeligste tilbudet. Ved e-postkorrespondanse 23. og 24. april 2009 mellom innklagede og klager, ble det foretatt avklaringer og presiseringer ved klagers tilbud.

- (5) Ved brev 30. april 2009 meddelte innklagede at:

"Etter gjennomgang med avklarende møte og en helhetlig vurdering av de innkomne tilbud er deres firma: OKK Entreprenør AS vurdert til å ha gitt det mest fordelaktige tilbudet. "

- (6) Tilbyderne fikk frist til 8. mai 2009 for å komme med eventuelle bemerkninger eller klage.

- (7) Innklagede mottok innen fristen en klage fra Veidekke ASA. I klagen ble det fremholdt at innklagede ikke hadde avholdt reelle forhandlinger, og at tilbyderne heller ikke hadde fått muligheten til å levere revidert tilbud. En av de øvrige tilbyderne ba dessuten om innsyn i mottatte tilbud og anbudsprotokoll. Ved e-post til klagenemndas sekretariat 18. februar 2010 har innklagede opplyst at de tre øvrige tilbyderne ble innkalt til avklaringsmøte 15. mai 2009. Dette ble gjort for å sikre alle tilbyderne lik behandling.

- (8) Innklagede tok klagen til følge og meddelte dette til samtlige tilbydere ved brev 18. mai 2009. Av brevet fremkommer blant annet følgende:

"Det vises til tidligere oversendt brev datert 30.04.2009 om valg av entreprenør til ovennevnte prosjekt. I brevet ble det gitt anledning til å komme med bemerkninger til avgjørelsen.

Innenfor gitt tidsfrist ble det levert inn bemerkninger der det blant annet er ytret ønske om innsyn i mottatte tilbud og anbudsprotokoll iht Forskrift for offentlige anskaffelser. I tillegg er det påpekt av en av tilbyderne at det ikke er gitt anledning til å gi et revidert tilbud etter avklarende møte.

De innkomne tilbud lå i underkant av 20 mill kr som det høyeste og i underkant av 14 mill kr som det laveste (priser inkl mva).

På grunn av innleverte bemerkninger finner Buskerud fylkeskommune ved Bygge- og eiendomsseksjonen det riktig og oppheve tidligere innstilling for å gi tilbyderne anledning til å levere et revidert tilbud.

Nytt tilbud bes gitt med samme konkurranse-/tilbudsgrunnlag som tidligere, men med følgende korrigeringer:

a)Rigg og Drift kapittelet; Skolen stiller til disposisjon toalett i nabobygg. Lagringsplass i låven, på ca 160 m2 i bakkeplan, kan disponeres av entreprenør. Øvrige behov som spisebrakke/skiftebrakke/møterom o.a må holdes av tilbyder.

b)Radon; Ev tiltak som er priset for radonbeskyttelse kan utgå.

c)Tildelingskriteriet "eventuelle forbehold fra totalentreprenøren mht ansvarsfraskrivelse etc oppstart og fremdrift" utgår ved ny evaluering.

Tilbudet bes revidert med hensyn til pris og byggetid.

Reviderte tilbud bes levert innen torsdag 28. mai kl 12.00 [...]."

- (9) Klager påklaget annulleringsbeslutningen ved brev 26. mai 2009. Av brevet fremkom blant annet:

"I henhold til Tilbudsinnbydelsen punkt 1.6 er tilbudsåpningen lukket, det vil si at pris ikke skal opplyses. I deres brev 18. mai 2009 opplyses dette.

Vi kan ikke se at det fremgår av Tilbudsinnbydelsen at alle tilbydere skal bli med i den videre prosessen og forhandlingene, og etter Foan § 4-2 litra d, er konkurranse med forhandlinger definert som anskaffelsesprosedyre hvor oppdragsgiver har anledning til å forhandle med en eller flere leverandører. Videre fremgår det av Foan § 11-8 at Dere som oppdragsgivere kan redusere det antall tilbud det skal forhandles med, basert på tilbudskriteriene. En første reduksjon kan skje i forkant av forhandlingene, men i den avsluttende fase skal det likevel være igjen et tilstrekkelig antall tilbud som skal sikre reell konkurranse. I dette tilfelle er det opplyst at det var tre tilbydere som var med frem til endelig tildeling, og dette er også i henhold til Foan § 8-6 (3).

Vi kan derfor ikke se bakgrunnen for at Dere tar en ny runde med revidert tilbud. Okk Entreprenør AS påklager derfor avgjørelsen, og ber om at den opprinnelige innstillingen med valg av entreprenør opprettholdes.

Det forutsettes at den videre prosess med ny behandling av innkomne tilbud stilles i bero til denne klagen er endelig behandlet."

- (10) Innklagede svarte ved e-post 27. mai 2009, hvor avgjørelsen om å oppheve tildelingen, og bakgrunnen for at prisnivået ble opplyst, ble begrunnet slik:

"Buskerud fylkeskommune ved Bygge- og eiendomsseksjonen valgte å endre tildelingsbeslutningen som følge av en feil i utlysningsteksten i Doffin.

Konkurransen ble utlyst i Doffin med forhandling. Da det ikke ble opplyst i konkurransegrunnlaget om hvorvidt forhandlingene ville forløpe i en eller flere faser har vi valgt å gjennomføre reelle forhandlinger med samtlige tilbydere. En utvelgelse av leverandør forut for forhandlingene er da i strid med grunnleggende prinsipper i lov om offentlige anskaffelser.

I den formening å ha gjort rett innstilling ved valg av deres firma, ble det etter noen dager avgjørelsen var tatt oppgitt til ett av firmaene i hvilket prisnivå tilbudene lå. Dette iht offentlighetslova. Det ble ikke oppgitt detaljpriser.

Ut fra dette ble det valgt å gi samme opplysning til alle tilbyderne ifbm innlevering av et revidert tilbud.

Dersom deres firma ikke vil sende inn et revidert tilbud vil vi legge til grunn prisen i det tilbudet dere allerede har levert.

- (11) Klager opprettholdt klagen ved brev 29. mai 2009, og anførte at det ikke forelå feil ved den opprinnelige tildelingsevalueringen, slik at det ikke var adgang til å annullere tildelingen.
- (12) Innklagede besvarte dette ved e-post 4. juni 2009. E-posten kom imidlertid ikke frem til klager, og ble deretter sendt på ny 16. juni 2009. Fra e-posten fremkommer blant annet:

"Det vises til mottatt brev datert 11. juni der det protesteres på vår innstilling etter å ha mottatt revidert tilbud på bygging av lokaler til byggfagene ved Rosthaug vgs avd. Buskerud.

I deres brev refereres det til vår e-post datert 27. mai som ble besvart med brev fra dere datert 29. mai.

*Vedlagt under har vi gitt svar på dette brevet. Dette ble sendt som e-post 4. juni, men kom kanskje aldri fram (?)
Denne etterfølges av en saksorientering i hele prosessen.*

Vedr. Rosthaug videregående skole

Sak: Klage på vedtak om revidert tilbud

Vi viser til mottatt brev datert 29. mai vedr klage på vedtaket på ovennevnte sak.

Det vises i deres brev til at det var tre leverandører som ble tatt med videre i prosessen og at de møter som fant sted var forhandlingsmøter.

Det korrekte er at fire av leverandørene ble invitert til avklaringsmøte med bakgrunn i svært like priser. Det ble altså ikke gjennomført reelle forhandlinger med samtlige tilbydere på dette stadiet. Noen av leverandørene ble ikke innkalt til møter overhodet. I vår kunngjøring ble det ikke fastsatt noen øvre grense for antall leverandører som skulle inviteres til å inngi tilbud. Det ble heller ikke angitt at forhandlingene ville forløpe i flere faser. Det betyr at samtlige leverandører skal ha anledning til å inngi revidert tilbud. Dersom kun noen utvalgte leverandører skulle få anledning til å forhandle og inngi revidert tilbud, ville det medføre et brudd på kravene til forutberegnelighet og likebehandling.

Iht Lov og forskrift om offentlige anskaffelser § 11- 8 Gjennomføring av konkurranse med forhandling, pkt 2. er det gitt oppdragsgiver anledning til å etterspørre forhold i mottatte tilbud for å klargjøre tilbudets innhold. Det ble gjort mot deres firma for å få prissatt enkelte uavklarte forhold.

Da det ikke ble gjennomført forhandlingsmøter, kom dessuten et krav fra en av tilbyderne om å få gi et revidert tilbud. Dette kravet ble stillet med bakgrunn i at de ikke hadde forhandlet om pris for evt å justere sitt tilbud.

Buskerud fylkeskommune ved Bygge- og eiendomsseksjonen (Bfk / B & e-seksjone) valgte da å oppheve sin innstilling og innkalle de resterende tilbydere til avklaringsmøte for å gi alle samme behandling.

Bfk v/ B & e- seksjonen beklager at første gangs innstilling ble gjort på bakgrunn av feil i saksbehandlingen. Men ved å be samtlige tilbydere om et revidert tilbud mener vi å ha ivaretatt og gitt alle firma samme mulighet/behandling.

Mvh

*Terje Muggerud
Overingeniør
Buskerud fylkeskommune
Bygge- og eiendomsseksjonen”*

- (13) Innen den nye tilbudsfristen 28. mai 2009, mottok innklagede fem reviderte tilbud. I tillegg opprettholdt klager prisen i sitt opprinnelige tilbud, og en annen tilbyder trakk tilbudet sitt.

- (14) Ved brev 8. juni 2009 informerte innklagede samtlige tilbydere om at kontrakten ble tildelt Senter-bygg Entreprenør AS. Av brevet fremgår blant annet:

”Etter gjennomgang og vurdering av de innkomne tilbud har firma Senter-bygg Entreprenør AS levert inn det tilbudet som har lavest pris og kortest byggetid.”

- (15) Klager sendte 11. juni 2009 et brev til innklagede med innsigelser på tildelingen av kontrakten til Senter-bygg Entreprenør AS. Fra brevet fremkom blant annet:

”Vi vil hevde at Buskerud Fylkeskommune ikke har fulgt reglene i forskriften og utlysningen samt mail fra Muggerud 27.05.2009. OKK Entreprenør AS har ikke i denne runde blitt innkalt til avklaringsmøte eller forhandlinger, og dette er i strid med ovennevnte. Bakgrunnen for at Dere valgte å kjøre ny runde var nettopp at alle aktørene skulle få muligheten til å komme inn til avklarende møte og forhandlinger. Da OKK Entreprenør AS ikke ble innkalt i denne runden mener vi dette er en saksbehandlingsfeil, og at innstillingen og tildelingen av kontrakten til Senter-bygg Entreprenør AS derfor ikke er riktig og må settes til side.”

- (16) Klager ba samtidig om innsyn i innkomne tilbud og anbudsprotokollen, og opprettholdt anførselen om at innklagede ikke skulle ha opplyst om prisnivået på innkomne tilbud.

- (17) Innklagede besvarte klager ved e-post 16. juni 2009, hvor det blant annet fremgikk:

*”Nedenfor følger en orientering om saksgang i innstillingen;
Arbeidene ble utlyst i Doffinbasen under kategorien ”Anbud med forhandling”.*

Med bakgrunn i mottatte tilbud ble det holdt avklaringsmøter med fire firma som hadde de laveste tilbudene.

Etter det ble et firma innstilt til jobben, men med klagefrist fra de øvrige tilbydere. Avgjørelsen ble påklaget med begrunnelse i at det ikke var gjennomførte reelle forhandlinger og at det ikke var forhandlet om pris for evt å kunne justere sine tilbud.

Buskerud fylkeskommune ved Bygge- og eiendomsseksjonen (v Bfk / B & e seksjonen) valgte å oppheve sin innstilling og innkalle de resterende tilbydere til avklaringsmøte for å gi alle samme behandling.

Begrunnelsen for å oppheve innstillingen var at det i kunngjøring ikke ble fastsatt noen øvre grense for antall tilbydere som skulle inviteres til å inngi tilbud. Det ble heller ikke angitt at forhandlingene ville forløpe i flere faser. Det betyr at samtlige tilbydere skal ha anledning til å inngi revidert tilbud. Dersom kun noen utvalgte tilbydere skulle få anledning til å forhandle og inngi revidert tilbud, ville det medføre et brudd på kravene til forutberegnelighet og likebehandling.

Etter å ha gjennomført avklaringsmøte med alle tilbyderne, med unntak av et firma som trakk seg, sendte Bfk / B & e seksjonen ut et brev 18. mai der det ble gitt anledning til å levere et revidert tilbud innen 28. mai i år.

Følgende firma leverte tilbud – summer fra 28. mai i år;

Oppgitte priser er inkl mva.

	Tilbud	Byggetid
1) Brdr Katrud AS	kr 13.836.360	330 kalend.dg
2) Hobbelstad & Rønning	kr 14.750.000	225 arbeid.dg
3) Senter-bygg Entreprenør AS	kr 13.549.868	240 kalend.dg
4) Bogen og Mathisen	kr. 16.808.006	360 kalend.dg
5) Veidekke ASA	kr 13.480.673	240 kalend.dg
6) OKK AS (opprettholdt sitt tilbud av 14 apr)	kr 13.816.250	240 kalend.dg
7) BN Bygg as (valgte å trekke seg)		

Tilbudene er oppgitt i den rekkefølgen de ble åpnet (1-5) og med de summer som forelå ved anbudsåpningen. I vurderingen av de innkomne tilbud er forhold som var uklare i tilbudene etterspurt mht løsning og pris for å ha likt sammenlikningsgrunnlag for alle.

Ved å korrigere for installasjon av brannvarslingsanlegg ble Veidekke ASA nr. 2 i konkurransen.

Øvrige tilbud har ikke vært nødvendig å justere, men opprettholdt som gitt.

På bakgrunn av ovennevnte:

Arbeidene tildeles firma Senter-bygg Entreprenør AS med begrunnelse i laveste pris og kort byggetid.

Mvh

Terje Muggerud

Overingeniør

Buskerud fylkeskommune

Bygge- og eiendomsseksjonen”

- (18) Saken ble brakt inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser ved klagers brev av 22. juli 2009. Kontrakt med valgte leverandør ble inngått 12. august 2009.

Anførsler:

Klagers anførsler:

- (19) Klager anfører at ettersom innklagedes første tildeling av kontrakt var i samsvar med regelverket, og meddelelsen av tildelingen er en rettslig bindende avtale, hadde innklagede ikke anledning til å annullere denne tildelingen.
- (20) Det vises til at det ikke fremgikk av konkurransegrunnlaget at samtlige tilbydere skulle tas med videre i prosessen, samt at det etter forskriften § 4-2 bokstav d er anledning til å forhandle med en eller flere leverandører. Det vises videre til at det er mulig å redusere antall tilbud før eventuelle forhandlinger, jf. forskriften § 11-8. Innklagede hadde således mulighet til bare å invitere de fire leverandørene med lavest tilbud til avklaringsmøte. Da avklarings- og forhandlingsrunden mellom klager og innklagede startet, var det tre tilbydere igjen i konkurransen. Dette er tilstrekkelig for å sikre reell konkurranse, jf. forskriften § 8-6 (3). Innklagedes første tildeling av kontrakt til klager var således ikke i strid med de grunnleggende prinsipper i lov om offentlige anskaffelser.
- (21) Klager anfører at det er i strid med kravene i loven § 5 at innklagede, ved anmodningen om å inngi reviderte tilbud, samtidig opplyste om prisnivået på de opprinnelige tilbudene.
- (22) Klager anfører videre at ettersom klager ikke ble innkalt til avklaringsmøte eller forhandlinger i den andre tildelingsrunden, fikk klager ikke mulighet til å levere reviderte tilbud, slik at det foreligger en vesentlig saksbehandlingsfeil. Tildeling av kontrakt til Senter-bygg Entreprenør AS må derfor settes til side.
- (23) Klager krever erstatning for positiv og negativ kontraktsinteresse, jf. loven § 10.

Innklagedes anførsler:

- (24) Innklagede anfører at det ikke foreligger feil i tildelingsprosessen.
- (25) Det vises til at det forelå en feil ved den første tildelingsbeslutningen ved at ikke samtlige leverandører ble invitert til forhandlinger, og at det ikke var gjennomført reelle forhandlinger, med innlevering av reviderte tilbud. Dette representerte en vesentlig saksbehandlingsfeil ved tildelingen, jf. kravene til likebehandling og forutberegnelighet i loven § 5. Tildelingsbeslutningen måtte da omgjøres, og kontrakt ble derfor ikke inngått.
- (26) Innklagede bemerker at noen dager etter at avgjørelsen om å tildele kontrakten til klager var tatt, ble en av de øvrige tilbyderne informert om prisnivået på tilbudene. Detaljpriser og navn på tilbyderne ble ikke oppgitt. Innklagede var på dette tidspunktet av den oppfatning at tildelingen av kontrakten til klager var foretatt i samsvar med regelverket. I forbindelse med annulleringen av tildelingsbeslutningen og anmodningen om inngivelse av reviderte tilbud, ble de samme prisopplysningene gitt alle tilbyderne. Innklagede kan ikke se at dette representerer en feil.
- (27) I forbindelse med den andre tildelingsbeslutningen, ble det holdt avklaringsmøter med de tre øvrige tilbyderne. Ett firma trakk seg. Samtlige tilbydere hadde således fått forhandlet og ble gitt anledning til å levere nye tilbud, eventuelt med nye priser. Tilbyderne hadde dermed lik mulighet til å revidere sine tilbud.

- (28) Dersom klagenemnda likevel kommer til at det foreligger en feil, anførers subsidiært at feilen ikke er vesentlig. Klager har hatt anledning til å revidere sitt tilbud på lik linje med de øvrige tilbyderne.
- (29) Innklagede anfører videre at ettersom det ikke er gjort feil i tildelingsprosessen, foreligger ikke grunnlag for klagers krav på erstatning.

Klagenemndas vurdering:

- (30) 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. Anskaffelsen gjelder en bygge- og anleggskontrakt og følger etter sin verdi lov 16. juli 1999 nr. 69 om offentlige anskaffelser og forskrift 7. april 2006 nr. 402 om offentlige anskaffelser del I og II, jf. forskriften §§ 2-1 og 2-2.
- (31) Klagers anførsler gjelder dels innklagedes annullering av tildelingen i den første delen av konkurransen, og dels at innklagede gjennomførte den andre delen av konkurransen etter å ha opplyst om prisene i ved første beslutning om tildeling. Til sist anføres at klager skulle blitt innkalt til forhandlinger, og fått mulighet til å inngi revidert tilbud ved den andre delen av konkurransen.

Bindende avtale etter tildelingsbeslutning

- (32) Klager anfører at ettersom innklagedes meddelelse om at klager ble tildelt kontrakt må anses som en rettslig bindende avtale, forelå det ikke adgang for innklagede til å annullere tildelingsbeslutningen.
- (33) Av forskriften § 4-1 bokstav a fremgår det at kontrakt er inngått når det foreligger en *"gjensidig bebyrdende avtale som inngås skriftlig mellom en eller flere oppdragsgivere og en eller flere leverandører"*. Meddelelse om tildelingen skal skje i rimelig tid før kontrakt inngås, jf. § 13-3 (1), med forutsetning om at det med kontrakt i forskriftens forstand menes tidspunkt for signering. Innklagede meddelte ved brev 30. april 2009 at klager hadde inngitt det økonomisk mest fordelaktige tilbudet, og således ble tildelt kontrakt. Det ble ikke inngått skriftlig avtale. Klagers anførsel kan således ikke føre frem.

Annullering av tildelingsbeslutningen

- (34) Klager anfører dessuten at ettersom den første tildeling av kontrakt var i samsvar med regelverket, forelå det ikke adgang for innklagede til å annullere tildelingsbeslutningen.
- (35) Av forskriften § 13-3 (2) følger at dersom oppdragsgiver *"finner at beslutningen om å tildele kontrakt ikke er i samsvar med § 13-2 (kriterier for valg av tilbud) kan beslutningen annulleres frem til kontrakt er inngått"*.
- (36) Spørsmålet om anvendelsen av denne bestemmelsen ble behandlet av klagenemnda i sak 2008/137. I premiss (27) ble det uttalt:

"(27) I Dragsten/Lindalen side 1814 er det i tillegg antatt at bestemmelsen må fortolkes utvidende slik at en tildelingsbeslutning som er i strid med andre bestemmelser i anskaffelsesregelverket enn § 13-2 også må kunne medføre annullering av den opprinnelige kontraktstildeling. Dette er klagenemnda enig i."

- (37) Klagenemnda legger etter dette til grunn at dersom innklagede, ved den første tildelingsbeslutningen opptrådte i strid med § 11-8, slik Veidekke ASA anførte, foreligger annulleringsadgang i medhold av § 13-3 (2).

Reduksjon av antall tilbydere

- (38) Det første spørsmålet er om innklagedes reduksjon av antall tilbydere fra sju til fire ved innkallelse til avklaringsmøter, er i strid med § 11-8.
- (39) Av forskriften § 11-8 (1) fremgår at *"Konkurranse med forhandling kan forløpe i flere faser for å redusere det antall tilbud det skal forhandles om. En eventuell reduksjon skal skje på bakgrunn av de oppgitte tildelingskriterier. En første reduksjon kan skje i forkant av forhandlingene. I den avsluttende fase skal det likevel være igjen et tilstrekkelig antall tilbud som kan sikre reell konkurranse."*
- (40) Av Fornyings- og administrasjonsdepartementets veileder til reglene om offentlige anskaffelser fra 2006, side 183-184, fremgår at det ved konkurranse med forhandling etter § 11-8 ikke stilles krav om at oppdragsgiver, i kunngjøringen eller konkurransegrunnlaget, plikter å opplyse om konkurransen skal gjennomføres i faser. Oppdragsgiveren kan således redusere antall leverandører før forhandlingene tar til, selv om dette ikke er særskilt varslet i konkurransegrunnlaget.
- (41) I foreliggende sak mottok innklagede tilbud fra syv tilbydere, men valgte å innkalle fire av tilbyderne til avklaringsmøter. Utvelgelsen skjedde på bakgrunn av prisen i tilbudene, som også er et av tildelingskriteriene. En slik fremgangsmåte utgjør ikke regelbrudd og gir således ikke innklagede adgang til å annullere tildelingen etter § 13-3 (2)..

Reelle forhandlinger med like muligheter til å forbedre tilbudene

- (42) Det neste spørsmålet er om innklagede, før tildelingen, gjennomførte reelle forhandlinger med tilbyderne i samsvar med § 11-8.
- (43) Ved gjennomføring av konkurranse med forhandling er det etter § 11-8 (2) adgang til *"å forhandle om endringer eller suppleringer av alle sidene ved tilbudene, så som forretningsmessige vilkår, pris og tekniske spesifikasjoner."* Dersom forhandlingene medfører endringer av leverandørens tilbud, skal endringen dokumenteres.
- (44) I klagenemndas sak 2008/162 ble det nærmere utdypet hva som ligger i forhandlingsadgangen. I premiss (42) - (44) uttales det om dette:

"(42) Forhandlingene skal gjennomføres slik at de grunnleggende kravene til likebehandling og forutberegnelighet overholdes. Det er i forskriften ikke oppstilt noe formkrav på hvordan forhandlingene skal gjennomføres.

(43) I klagenemndas sak 2007/110 uttales blant annet at

"I klagenemndas saker 2003/171 og 2003/267 fastslo nemnda at oppdragsgiver i en konkurranse med forhandling har plikt til å sørge for at forhandlingene blir reelle. I kravet om reelle forhandlinger ligger det at tilbyderne må gis anledning til å revurdere sine tilbud, for så å eventuelt komme med reviderte tilbud, jf. klagenemndas uttalelse i 2003/171. Selv om

ikke oppdragsgiver kan ha noen plikt til å påpeke alle sider av tilbudet som kan forbedres, må det i alle fall kunne kreves at det opplyses om de forhold som vil kunne ha størst betydning.”

(44) 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.”

- (45) Innklagede avholdt i første omgang avklaringsmøter med fire av tilbyderne, deriblant klager. Det nærmere innholdet i møtene er ikke dokumentert. Innklagede har imidlertid opplyst for sekretariatet i e-post 18. februar 2010 at tilbyderne hadde gitt uttrykk for at det ikke var mulig å tilby lavere priser. For de to påfølgende avklaringsmøtene er det fremlagt håndskrevne notater fra møtene som viser at pris og andre forhold ved tilbudene ble diskutert. Det er imidlertid ikke dokumentert at innklagede, etter de første avklaringsmøtene, gav tilbyderne anledning til å inngi reviderte tilbud. Tvert imot fremgår det av den fremlagte dokumentasjon at klager ble tildelt kontrakten uten at de øvrige tre tilbyderne ble bedt om å levere reviderte tilbud. Tilbyderne som deltok i første runde med avklaringsmøter fikk således ikke lik mulighet til å forbedre sine tilbud. Klagenemnda er på denne bakgrunn kommet til at innklagede ikke gjennomførte reelle forhandlinger i forkant av den første tildelingsbeslutningen, jf. forskriften § 11-8.
- (46) Avgjørelsen om å tildele kontrakten til klager var etter dette fattet i strid med § 11-8, og innklagede hadde dermed anledning til å annullere beslutningen, jf. forskriften § 13-3 (2). Klagers anførsel fører dermed ikke frem.

Opplysning om prisnivå

- (47) Veidekke ASAs klage på saksbehandlingen ved den første tildelingen ble tatt til følge av innklagede, og resulterte i en annullering av tildelingsbeslutningen til klager. Ved denne anledning ble tilbyderne i brevet 18. mai 2009 meddelt det omtrentlige prisnivået i konkurransen, som sitert ovenfor under premiss (8). Klagenemnda forstår klager slik at det anføres at innklagede, ved å opplyse om prisnivået på de tidligere innkomne tilbud før tilbyderne inngav reviderte tilbud, har handlet i strid med de grunnleggende prinsipper i loven § 5.
- (48) Under pågående konkurranse med forhandling kan oppdragsgiver ikke bruke de foreliggende åpningstilbud som ledd i forhandlingene. Dette følger av forskriften § 11-8 (3) som blant annet fastslår: *”Oppdragsgiver skal særlig sørge for at det ikke gis opplysninger om innholdet i øvrige deltageres tilbud eller som kan stille noen leverandører bedre enn andre”*. Nemnda viser til sak 2007/154 premiss (43) hvor det blant annet uttales::

”[...] Offentliggjøring av tilbudspriser i konkurranse med forhandling har videre vært tema i flere klagenemndsavgjørelser, jf. Blant annet sak 2007/95 hvor nemda i premiss (26) uttalte følgende:

”Forskriften om offentlige anskaffelser fastslår i § 11-8 (3) og § 20-11 (5) at oppdragsgiver ikke skal gi opplysninger om innholdet i øvrige deltageres tilbud under pågående konkurranse med forhandling, sml. også forskriftens § 20-8 (1). Dette ble lagt til grunn av klagenemnda også før forskriftsendringen i

2006, da en slik regel ikke fantes i forskriften. I sakene 2004/182 premiss (25) og 2004/240 premiss (24) ble det lagt til grunn at lekkasje av slike opplysninger var i strid med etablert oppfatning om god forretningsskikk, jf lovens § 5. [...]”

- (49) Spørsmålet i saken er om det kan utledes av forskriften at oppdragsgiver ved nye forhandlinger i en pågående konkurranse, som etterfølger en lovlig annullering av en tildelingsbeslutning, må opprettholde konfidensialitet for de tidligere inngitte priser. Nemnda kan ikke se at det foreligger en slik plikt. Når tildelingsbeslutningen er tatt og skal meddeles tilbyderne, har oppdragsgiver en plikt til å gi samtlige tilbydere begrunnelse for avgjørelsen. Begrunnelsesplikten innebærer at det skal gis *”tilstrekkelig informasjon om det valgte tilbudet til at leverandøren kan vurdere om oppdragsgivers valg har vært saklig og forsvarlig, i samsvar med angitte tildelingskriterier”*, jf. § 11-14 (1). Opplysning om prisnivå vil være en naturlig del av en slik begrunnelse. Ved skriftlig anmodning fra en leverandør må oppdragsgiveren i tillegg gi en nærmere spesifisert, relativ begrunnelse for hvorfor leverandører som spør ikke ble tildelt kontrakten, jf. § 11-14 (4), første setning. Dersom kontrakten på dette tidspunktet er tildelt, skal begrunnelsen opplyse om *”det valgte tilbudets egenskaper og relative fordeler”*, jf. § 11-14 (4), siste setning. Også dette leder naturlig til at opplysning om prisnivå på de inngitte tilbud blir gjort kjent forut for avtaleinngåelse. Et tilbuds totalpris er i utgangspunktet ikke å anse som en forretningshemmelighet, jf. klagenemndas sak 2006/27 premiss (136). Meddelelse om tildeling utløser uansett, og i tillegg innsynsrett i tilbud og protokoll etter offentleglova 19. mai 2006 nr 16 § 23 tredje ledd, jf. § 3. Regelverket sikrer etter dette ikke konfidensialitet for opplysninger i åpningstilbud når tildelingsbeslutning først er truffet. Det er etter nemndas oppfatning ikke rom for å særbehandle det tilfelle at en tildelingsbeslutning annulleres etter forskriften § 13-3 (2) ved fortsettelsen av konkurranse om samme anskaffelse.
- (50) Innklagede anmodet ved brev 18. mai 2009 samtlige tilbydere om å inngi reviderte tilbud i forbindelse med ny tildeling innen 28. mai 2009. Innklagedes begrunnelse for at prisinformasjonen ble gitt alle tilbyderne på dette tidspunkt, var hensynet til å sikre at alle hadde lik informasjon før innlevering av revidert tilbud. Dette ivaretar prinsippet om lik behandling av leverandørene. Klagers anførsel fører ikke frem.

Innledning av nye forhandlinger og inngivelse av reviderte tilbud i pågående konkurranse med kjent prisnivå fra forutgående annullert tildeling

- (51) Det gjenstående spørsmål er om det av regelverket kan utledes begrensninger i adgangen til å fortsette forhandlingene, herunder med inngivelse av reviderte tilbud, etter en annullering av en kontraktstildeling der prisopplysninger om de opprinnelige tilbud er gitt tilbyderne.
- (52) I nemndas sak 2008/9 pekes det på det uheldige ved at en fortsettelse av en avsluttet konkurranse gjennomføres med leverandørens kjennskap til prisnivået i den avsluttede konkurranse.
- (53) Noe forbud mot å gjennomføre nye forskriftsmessige forhandlinger for å reparere tidligere regelbrudd kan etter nemndas syn likevel ikke utledes av regelverket. I sak 2008/9 premiss (40) og (41) drøfter nemnda betenkeligheter vedrørende en gjenopptatt konkurranse med forhandling når prisene fra en tidligere runde allerede er kjent. Nemnda antar at dette tilsier at oppdragsgivere som vil innlede en slik ny runde, nøye

må vurdere om de tidligere begåtte feil kan rettes uten tildeling og/eller avlysning etter forskriften § 13-1 (1), slik at prisene kan holdes skjult i fortsettelsen.

- (54) I vårt tilfelle synes det som om man kunne opprettholdt konfidensialitet for prisnivået på de tidligere inngitte tilbud ved å korrigere den feil som var begått og som ble anført av Veidekke ASA, nemlig at tilbyderne ikke fikk sjansen til å forbedre sine tilbud under de pågående forhandlingene. Veidekke ASAs klage ligger imidlertid, etter det opplyste, i tid etter tildelingsbeslutningen 30. april 2009, og det var først på det senere tidspunkt, 18. mai 2009, at innklagede gikk ut med prisnivået på de tidligere inngitte tilbud til samtlige tilbydere. Klagers anførsler i vår sak er først og fremst innrettet på å opprettholde den første tildeling av kontrakt til ham. Klagen vedrørende "prislekkasjen" forut for inngivelsen av reviderte tilbud går ikke nærmere inn på det handlingsalternativ som nemnda her peker på. Det er på det rene og erkjent at innklagede begikk regelbrudd ved å forsømme forhandlingsretten i den første delen av konkurransen. Nemnda viker tilbake for å konstatere et nytt regelbrudd når prisene fra første runde på lovlig måte er gjort tilgjengelige for leverandørene i en ny konkurranse om oppdraget.
- (55) Nemnda bemerker at heller ikke ved anbudskonkurranse har oppdragsgiver noen plikt til å holde prisene fra tidligere konkurranse, om samme eller beslektet oppdrag, skjult for nye leverandører. Likhetsprinsippet ivaretas i slikt tilfelle ved at ingen aktører i markedet har fordeler på andres bekostning. Den innvending at den første delen av konkurransen ikke skulle vært avsluttet, men heller gjennomført etter forskriften § 11-8, er uansett ikke anført av klager og nemnda må derfor la dette forhold ligge da nemnda er bundet av partenes anførsler, jf. klagenemndeforskriften § 12 tredje ledd. Den anførsel som klager derimot har fremmet i saken, om prislekkasje i den andre delen av konkurransen, fører etter dette ikke fram.
- (56) Det forelå etter dette grunnlag for å annullere tildelingsbeslutningen, jf. § 13-3 (2), og det utgjør ikke regelbrudd at forhandlingene gjenopptas for å avhjelpe de først begåtte saksbehandlingsfeil etter forskriften § 11-8.

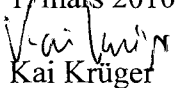
Revurdering av klagers fremforhandlede tilbud i annen runde

- (57) Klager ble ikke innkalt til nye forhandlinger i den andre runden, men fikk anmodning med mulighet til å revurdere pristilbudet på lik linje med de øvrige tilbyderne. Innklagede anfører at det i andre runde ble gjennomført forhandlinger med de tre resterende tilbydere. Klagers fremforhandlede tilbud fra første runde ble stående uendret og nemnda kan dermed ikke se at innklagede hadde plikt til å gjenoppta forhandlingene med klager i annen runde. Anførselen fører ikke fram.

Konklusjon:

Klagers anførsler har ikke ført fram.

For klagenemnda,

1/ mars 2010

Kai Krüger