



Klagenemnda  
for offentlige anskaffelser

Arntzen de Besche Advokatfirma Stavanger DA  
Att. Advokat David Brambani  
Postboks 660  
4003 STAVANGER

Deres referanse

Vår referanse  
2010/144

Dato  
13.04.2011

## Avvisningsbeslutning i klagesak av klage på offentlig anskaffelse

Det vises til Deres klage på offentlig anskaffelse 4. mai 2010 vedrørende anskaffelse av busstjenester. Klagenemndas sekretariat har besluttet å avvise klagen som uhensiktsmessig for behandling i klagenemnda, jf. forskrift 15. november 2002 nr. 1288 om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 9. Grunnen er at klagen klart ikke kan føre frem. Sekretariatets avvisningsbeslutning kan påklages til klagenemndas leder innen tre dager etter at den er gjort kjent for klager.

Nedenfor gis en oppsummering av bakgrunnen for klagen og sekretariatets vurdering.

### *Sakens bakgrunn:*

- (1) Ruter AS (heretter kalt innklagede) kunngjorde 3. april 2009 en konkurranse med forhandling om anskaffelse av busstjenester til fire ruteområder i Asker og Bærum. Foreliggende sak gjelder ruteområde 2.
- (2) Av kunngjøringen punkt II.2.1 fremgår at anskaffelsen er anslått til kr 50 millioner per år og vil ha en varighet på syv år med ensidig opsjon på 1 + 1 +1 år.
- (3) Av konkurransegrunnlaget punkt 6.3 "Gjennomføring" fremgikk det følgende opplysninger om forløpet av forhandlingene:

*Oppdragsgiver vil velge ut minimum 3 tilbydere innenfor hvert ruteområde (forutsatt at det er 3 eller flere egnede tilbud) som det skal forhandles med. Utvelgelsen vil skje på bakgrunn av tildelingskriteriene [...]. Forhandlingene vil normalt forløpe i flere faser. Oppdragsgiver vil redusere antall Tilbydere som det forhandles med fra fase til fase. Reduksjonen vil skje på bakgrunn av tildelingskriteriene [...]. Oppdragsgiver kan forhandle om endringer eller suppleringer av alle sider ved tilbudene, forretningsmessige vilkår, pris og tekniske spesifikasjoner. Dersom forhandlingene fører til endring av tilbudet skal endringene dokumenteres skriftlig i et revidert tilbud fra tilbyder. Forhandlingene skal skje i samsvar med de alminnelige regler i forskriftens del I, herunder kravene til likebehandling, taushetsplikt og god forretningskikk."*

**Postadresse**  
Postboks 439 Sentrum  
5805 Bergen

**Besøksadresse**  
Olav Kyrresgate 8  
5014 Bergen

Tlf.: +47 55 59 75 00 E-post:  
postmottak@kofa.no  
Faks: +47 55 59 75 99 Nettside: www.kofa.no

- (4) I konkurransegrunnlaget punkt 9.1 var det gitt følgende opplysninger om vekting av tildelingskriteriene:

<i>"Tildelingskriterier</i>	<i>Vekting av hvert kriterium</i>
<i>Pris/godtgjørelse</i>	<i>55 – 80 %</i>
<i>Miljøbelastning fra bussene, drivstoff og driften for øvrig</i>	<i>15 – 35 %</i>
<i>Kvalitet og funksjonalitet på bussene</i>	<i>5 – 10 %</i>

*Oppdragsgiver gjør oppmerksom på at ved evaluering av pris/godtgjørelse vil det bli lagt en sterkt utslagsgivende modell til grunn. Anslagsvis vil 30 % høyere pris enn beste tilbud mht pris gi 0 poeng."*

- (5) Av vedlegg 2 til konkurransegrunnlaget punkt 4 "Miljøkrav" underpunkt 4.1.2 "Krav til drivstoff" fremgår et krav om at det skal gis tilbud på samtlige av drivstoffalternativene biogass, biodiesel og vanlig diesel.
- (6) Innen tilbudsfristen 12. august 2009 kom det inn fire tilbud, herunder tilbud fra Veolia Transport Sør AS (heretter kalt klager) og Nettbuss Lillestrøm AS (heretter kalt valgte leverandør).
- (7) Av innklagedes møtereferater fremgår at det ble gjennomført forhandlinger med klager 7. september 2009 og 24. september 2009. Fra referatet 24. september 2009 hitsettes:

*"2. forhandlingsmøte busstjenester Akershus vest 2009 – miljø*

*[...]*

*Ruter er i rute når det gjelder fremdrift i konkurransen. Det er meget jevnt mellom tilbudene i denne konkurransen. Antageligvis er dette siste forhandlingsmøte.*

*[...]*

### *3. Forhandlinger*

*[...]*

#### *Godtgjørelse*

*Det er svært tett mellom tilbyderne. Ruter er forpliktet til å følge utslaget av evalueringsmodellen, men signaliserer en spesiell interesse for drivstoffalternativet; en kombinasjon av biogass og biodiesel. Dette skyldes blant annet at Ruter ikke mottok tilskudd til finansiering av biogass.*

*Ruter ønsker ikke å presse pris, men ønsker å beskrive forholdet mot konkurrentene. Det presiseres at det dreier seg om små marginer. Andre konkurrenter får samme tilbakemelding som Veolia, og Veolia bør vurdere ytterligere forbedringer.*

*Biodiesel – Veolia befinner seg i nedre sjikt (lav pris)*

*Diesel – Veolia befinner seg i nedre sjikt (lav pris)*

*Kombinasjon av biogass og biodiesel – Veolia befinner seg i nedre sjikt (lav pris)*

*Biogass – Veolia befinner seg i midtre sjikt.*

*På spørsmål fra Veolia vil Ruter presisere at det kun er et av alternativene som vinner. Tilbyderen må ikke få flest poeng på alle drivstoffalternativene de tilbyr.*

*Det er lite som skiller mellom tilbyderne på de øvrige tildelingskriteriene.”*

(8) Klager innga revidert tilbud 16. september 2009 og 28. september 2009.

(9) Innklagede har fremlagt følgende resultat av evalueringen av de reviderte tilbud:

<i>Leverandør</i>	<i>Drivstofftype</i>	<i>Pris</i>	<i>Miljø</i>	<i>Kvalitet</i>	<i>Poeng</i>
<i>Nettbuss</i>	<i>Biodiesel</i>	<i>5,5</i>	<i>1,9</i>	<i>0,5</i>	<i>7,9</i>
<i>Nettbuss</i>	<i>Diesel</i>	<i>5,5</i>	<i>1,8</i>	<i>0,5</i>	<i>7,8</i>
<i>[...]</i>	<i>Biodiesel</i>	<i>5,4</i>	<i>1,8</i>	<i>0,5</i>	<i>7,7</i>
<i>Veolia</i>	<i>Biodiesel</i>	<i>5,4</i>	<i>1,8</i>	<i>0,5</i>	<i>7,7</i>
<i>Nettbuss</i>	<i>Gass og biodiesel</i>	<i>5,1</i>	<i>2,1</i>	<i>0,5</i>	<i>7,7</i>
<i>[...]</i>	<i>Diesel</i>	<i>5,4</i>	<i>1,7</i>	<i>0,5</i>	<i>7,6</i>
<i>Veolia</i>	<i>Diesel</i>	<i>5,3</i>	<i>1,7</i>	<i>0,5</i>	<i>7,5</i>
<i>Veolia</i>	<i>Gass og biodiesel</i>	<i>5</i>	<i>1,9</i>	<i>0,5</i>	<i>7,4</i>
<i>[...]</i>	<i>Gass og biodiesel</i>	<i>4,6</i>	<i>2</i>	<i>0,5</i>	<i>7</i>
<i>Nettbuss</i>	<i>Biogass</i>	<i>4,2</i>	<i>2,2</i>	<i>0,5</i>	<i>6,9</i>
<i>[...]</i>	<i>Biogass</i>	<i>3,7</i>	<i>2,1</i>	<i>0,5</i>	<i>6,3</i>
<i>Veolia</i>	<i>Biogass</i>	<i>3,2</i>	<i>2,1</i>	<i>0,5</i>	<i>5,8</i>

(10) Fra innklagedes e-post til klager 8. oktober 2009 hitsettes:

*”Vedr. den pågående konkurranse (busstjenester i Akershus vest 2009 – MILJØ) må vi dessverre melde tilbake at deres selskap ikke vil bli invitert til videre forhandlinger da vi ikke kan se at selskapet har mulighet for å kunne få kontrakten.”*

(11) Fra innklagedes møtereferat fra forhandlinger med valgte leverandør 8. oktober 2009 hitsettes:

*”3. Forhandlingsmøte busstjenester Akershus vest 2009 – miljø*

*[...]*

*Offisiell tildeling av kontrakten skjer etter styremøtet den 4. november. Nettbuss har gode muligheter for å vinne denne konkurransen. Nettbuss er best på alle tre drivstofftyper, og også på kombinasjonen av biodiesel og biogass. Dette møtet er for å få en finpuss av tilbudet, og det er et ønske fra Ruter om å få frem det kombinerte alternativet med biodiesel og biogass.*

#### *Forhandlinger*

*I rangeringen mellom de ulike drivstoffalternativene til Nettbuss, er ikke det kombinerte alternativet best. Biodiesel og diesel er rangert først, mens det kombinerte alternativet kommer lengre ned på listen.*

*Ruter har i sin modell prøvd å vri de andre tildelingskriteriene, hvis man ser bort fra godtgjørelse, slik at det kombinerte alternativet kommer frem.*

*Ruter opplever at det er en felles intensjon om å få til dette alternativet. Nettbuss har dette alternativet som et første valg. Det er ønskelig å teste ut gassdrift uten for stor risiko.*

*For å få frem det kombinerte alternativet har Ruter sett på en mulighet for å få dette til. For at biodiesel alternativet skal få like mange poeng som kombinasjonsalternativet må ikke 10 års prisen overstige 776 500 000 (inkl regulering i beregningsmodellen). Et forslag til løsning for å komme ned i denne prisen er å holde kapitalkostnadene uendret mens km-prisen går ned fra [...] til [...].*

*Nettbuss ønsker en utfordring som dette kombinasjonsalternativet er, men må ha en gjennomgang med konsernet.*

[...]

*Nettbuss ønsker at Nettbuss kun gjør endringer i godtgjørelse. Det ønskes ikke endringer i andre dokumenter i tilbudet.*

*Ruter ønsker at Nettbuss leverer inn et revidert tilbud innen mandag 12.10.09 kl 09.00.*

[...]

*Tildelingen av konkurransen vil være oppe til styrebehandling den 4. november. Offisiell tildeling vil derfor komme enten 4. eller 5. november. Etter dette er det to ukers klagefrist, og deretter kontraktsskriving.”*

(12) Tilbyderne ble meddelt om tildeling ved e-post 4. november 2009 hvorfra refereres:

*”Vedlagt følger to tildelingsbrev, ett for hvert ruteområde hvor Deres selskap har levert tilbud. [...]*

*Veolia er tilbyder nr. 5 i brevene.*

*Som det fremgår av brevene var tildelingskriteriet Pris/godtgjørelse utslagsgivende på de ruteområdene hvor deres selskap ikke nådde opp i konkurransen. For de øvrige tildelingskriteriene var poenggivningen mellom tilbyderne nokså lik.”*

(13) Av vedlegget fremgikk så følgende:

*”Forhandlinger og evaluering er nå slutført og vi kan meddele at kontrakt vil bli tildelt:*

*Tilbyder nr 4: Nettbuss Lillestrøm AS*

[...]

<i>Tildelingskriterier</i>	<i>Variasjonsmulighet</i>	<i>Vekting lagt til grunn ved</i>
----------------------------	---------------------------	-----------------------------------

	(sprang) i vektingen	evalueringer
Pris/godtgjørelse	55 – 80 %	55 %
Miljøbelastning fra bussene, drivstoff og driften for øvrig	15 – 35 %	35 %
Kvalitet og funksjonalitet på bussene	5 – 10 %	10 %

Sluttresultatet av evalueringen er som følger:

Ruteområde 2	Drivstofftype	Pris	Miljø	Kvalitet	Poeng
Tilbyder 4	Biodiesel og – gass	5,3	2,1	0,5	7,9
Tilbyder 4	Biodiesel	5,5	1,9	0,5	7,9
Tilbyder 4	Diesel (5 %)	5,5	1,8	0,5	7,8
Tilbyder 5	Biodiesel	5,4	1,8	0,5	7,7
Tilbyder 1	Biodiesel	5,4	1,8	0,5	7,7
Tilbyder 1	Diesel (5 %)	5,4	1,7	0,5	7,6
Tilbyder 5	Diesel (5 %)	5,3	1,7	0,5	7,5
Tilbyder 5	Biodiesel og – gass	5,0	1,9	0,5	7,4
Tilbyder 1	Biodiesel og – gass	4,6	2,0	0,5	7,0
Tilbyder 4	Biogass	4,2	2,2	0,5	6,9
Tilbyder 1	Biogass	3,7	2,1	0,5	6,3
Tilbyder 5	Biogass	3,2	2,1	0,5	5,8

Det er maksimalt mulig å oppnå 10,0 vektete totalpoeng (maks 5,5 for pris, maks 3,5 for miljø og maks 1,0 for kvalitet på bussene).

Evalueringen viser at tilbyder nr. 4, Nettbuss Lillestrøm AS, etter evaluering av samtlige tildelingskriterier, har det økonomisk mest fordelaktige tilbudet.

Samtlige tilbydere er i dag informert om beslutningen. Frist for eventuell klage er satt til 18. november 2009 kl. 12.00.”

(14) Klager begjærte innsyn i tilbud og protokoller ved brev 5. november 2009.

(15) Fra innklagedes svar ved e-post 9. november 2009 hitsettes:

”Har hatt problemer med å sende deg mailer, da det ser ut til at din e-mail adr ikke takler store mailer.

Har nå delt opp tilbudet i 2 mailer.”

(16) Klager begjærte innsyn på ny ved e-post 16. november 2009 hvorfra refereres:

”Sett hen til at klagefristen for rutepakke 2 og 3 løper ut allerede onsdag førstkommande kl. 12.00, ber jeg om å få oversendt de etterspurte protokoller; det være seg møtereferater samt dokumentasjon som viser grunnlaget for den tildelingsbeslutning som er foretatt, snarest.”

(17) Klager påklaget tildelingsbeslutningen ved brev 18. november 2009 og fremsatte krav om avlysning av konkurransen som følge av innklagedes fremgangsmåte i forhandlingene med tilbyderne. Subsidiært ble innklagede anmodet om å forlenge klagefristen og utsette kontraktsinngåelse.

(18) Fra innklagedes svar ved e-post samme dag hitsettes:

*”Tre tilbydere deltok i to forhandlingsrunder, herunder Veolia og Nettbuss, og alle inngav reviderte tilbud til Ruter etter avsluttet andre forhandlingsrunde. Da Ruter hadde evaluert de innkomne reviderte tilbudene fra de tre tilbyderne, var det klart at Nettbuss var den beste tilbyder iht. tildelingskriteriene på alle tre drivstoffalternativene.*

*De to andre tilbyderne, hvorav Veolia var den ene, ble derfor meddelt at de var ute av konkurransen. Samtidig ble det besluttet at Nettbuss skulle få kontrakten, og at det var nødvendig med et valg mellom de tre drivstoffalternativene før tildeling kunne skje og meddelelse om det kunne sendes ut. Valget av drivstoffalternativ måtte skje i dialog med Nettbuss, og var derfor temaet i det tredje forhandlingsmøtet med Nettbuss. [...]*

*Det er derfor ikke grunnlag for å hevde at det er skjedd brudd på likebehandlingsprinsippet, kravet til forutberegnelighet eller andre regler som gjelder denne konkurransen. [...] Ruter minner om at begrunnelsen ved tildeling kan gis mer utfyllende på forespørsel fra en tilbyder umiddelbart etter at melding om tildeling er sendt til alle tilbyderne. Det har derfor vært god tid for Veolia å etterspørre en slik utdypende begrunnelse. Ruter kan derfor ikke ta klagen fra Veolia på ruteområde 2 til følge. Klagen er derfor avvist.*

(19) Klager opprettholdt sine innsigelser ved e-post 19. november 2009. Klager varslet også om at rettslige skritt nå ville bli vurdert.

(20) Klager begjærte midlertidig forføyning 25. november 2009.

(21) Fra klagers e-post 17. desember 2009 hitsettes:

*”Vi har for øvrig gjentatte ganger etterlyst en protokoll fra Nettbuss’ forhandlingsmøte nr. 2 for ruteområde nr. 2, uten at innsyn i denne protokollen er gitt. Det burde være unødvendig for Veolia å klage til Fylkesmannen/Kofa eller gå til søksmål for å få denne fremlagt. En nærmere begrunnelse for tildelingene for både ruteområde nr. 2 og nr. 3 er dessuten etterspurt uten at dette er etterkommet innen gjeldende frist. Det samme gjelder for Ruters beslutning om ikke å forhandle videre med Veolia.”*

(22) Fra innklagedes svar ved e-post 17. desember 2009 hitsettes:

*”Referat fra Nettbuss’ forhandlingsmøte for ruteområde nr. 2 er sendt dere i mail av 12.11., mailen sendes på nytt etter denne mailen.*

*Alle protokoller skal også være oversendt dere tidligere, men sendes på nytt etter denne mailen. En nærmere begrunnelse for Ruters beslutning om ikke å forhandle med Veolia er redegjort for i vår mail av 18.11. Det er også redegjort vår begrunnelse i telefonsamtale med [...] i Veolia den 6.11.2009 ca kl 11.30.”*

(23) Klager henvendte seg på ny til innklagede ved e-post samme dag:

*”Begrunnelsen som er gitt er ikke tilstrekkelig for at Veolia skal settes i stand til å etterprøve Ruters beslutninger, jf. det som fremkommer i Veolias klage og Veolias begjæring om fastsettelse av mulkt. Dersom etterlyste begrunnelse ikke gis vil Veolia måtte ta nødvendige skritt for å bringe på det rene hva som har vært utslagsgivende for den konkrete poenggivningen m.v.”*

(24) Fra innklagedes svar ved e-post 18. desember 2009 hitsettes:

*”Her ønsker vi nærmere informasjon om hva du ønsker oversendt. Vi kan sende oversikten over Ruters poengfordeling etter to forhandlingsrunder som viser at Nettbuss kom best ut, hvis det er ønskelig?”*

(25) Fra innklagedes e-post til klager 15. januar 2010 hitsettes:

*”Vi har forstått det slik at det etterlyses en bedre begrunnelse for hvorfor Ruter etter 2. forhandlingsmøte ikke valgte å forhandle videre med Veolia. [...] Ruter kan for å underbygge tidligere gitte begrunnelse ytterligere, tilby Veolia innsyn i Ruters oversikt over poengtildelingen etter andre forhandlingsrunde, se vedlegg.”*

(26) Fra Oslo byfogdembetes kjennelse 26. januar 2010 hitsettes:

*”Retten kontaktet Ruter per telefon den 27. november 2009. Det ble opplyst at kontraktene ble underskrevet henholdsvis 18. og 25. november 2009 og kopi av signatursidene oversendt. Retten opplyste dette til Veolia i telefonsamtale samme dag og begjæring om ileggelse av mulkt ble på denne bakgrunnen trukket tilbake. Saken blir etter dette å heve.*

*Saksøker har krevd dekning av sine sakskostnader, jf. tvisteloven § 20-4 bokstav c.*

*[...]*

*Ruter var klar over at motparten vurderte rettslige skritt og burde derfor i det minste ha opplyst om at kontraktene var undertegnet. Retten finner etter dette å tilkjenne Veolia sakskostnader.”*

(27) Saken ble brakt inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser ved brev 4. mai 2010.

*Anførsler:*

**Klagers anførsler:**

*Innsyn*

(28) Klager anfører at innklagede har brutt loven § 5 og forsyningsforskriften § 3-1 ved ikke å gi klager innsyn i tildelingsevalueringen da selskapet ble utelukket fra videre forhandlinger med innklagede, og på tidspunktet for beslutning om tildeling.

*Kontraktinnngåelse*

- (29) Klager anfører at innklagede har brutt kravet til god forretningsskikk ved ikke å opplyse klager om at kontraktene var undertegnet før klager begjærte midlertidig avgjørelse for Oslo byfogdembete.

*Begrunnelse, nærmere begrunnelse og klagefrist*

- (30) Klager anfører at innklagede har brutt loven § 5 (3) og forsyningsforskriften § 11-3 ved ikke å gi tilstrekkelig begrunnelse for valg av leverandør.
- (31) Klager anfører videre at innklagede har brutt forsyningsforskriften § 11-3 (2) ved ikke å gi klager en nærmere begrunnelse for valg av leverandør innen 15-dagers fristen.
- (32) Klager anfører at innklagede har brutt forsyningsforskriften § 11-4 (1) ved at klagefristen er urimelig kort.

*Forhandlingene*

- (33) Klager anfører at innklagede har brutt kravet til likebehandling, god anbuds- og forretningsskikk og konkurranse i loven § 5 ved at valgte leverandør fikk delta i tre forhandlingsmøter, mens klager kun fikk delta i to forhandlingsmøter. Valgte leverandør var eneste tilbyder i siste forhandlingsrunde og fikk da anledning til å gi et nytt revidert tilbud.
- (34) Klager anfører at innklagede har brutt kravet til forutberegnelighet i loven § 5 ved at innklagede unnlot å formidle til klager i andre forhandlingsmøte at dette var siste mulighet for å forbedre tilbudet og gi føringer på hva som skulle til for at klagers tilbud skulle vinne. Ettersom klager ble opplyst om at tilbudet lå best an i pris på tilnærmet alle alternativer, var det derfor en overraskelse for klager å bli kastet ut av konkurransen.
- (35) Klager anfører at innklagede har brutt kravet til god forretningsskikk i loven § 5 og forsyningsforskriften §§ 3-1 og 3-2 ved å gi opplysninger om hvilket sjikt tilbyderne lå prismessig under forhandlingene, og med dette forsøkte å presse prisen på tilbudene.

**Innklagedes anførsler:**

*Innsyn*

- (36) Dagen etter at tildeling av kontrakt fant sted 4. november 2009 mottok innklagede begjæring om innsyn i tilbud og protokoll i medhold av offentleglova fra klager. Innsyn i protokoll ble gitt samme dag. Innsyn i øvrige tilbud ble gitt i løpet av dagene 5. november 2009 til 12. november 2009.
- (37) Det forhold at samtlige dokumenter ikke ble oversendt en bloc med en gang skyldes flere årsaker. For det første måtte innklagede undersøke dokumentene før eventuelt innsyn kunne gis, herunder innhente tilbydernes syn på hva som måtte anses som forretningshemmeligheter. Slik korrespondanse tok noe tid. Når det gjelder innsyn i reviderte tilbud, ble ikke slik innsynsbegjæring fremsatt før i forbindelse med nærværende klagesak. Innklagede fant det ikke naturlig å oversende disse av eget initiativ. De reviderte tilbudene inneholder hovedsaklig taushetsbelagt informasjon.
- (38) Klager presiserte først 12. november 2009 at med protokoll også mentes møtereferater fra forhandlingene. Innklagede oversendte samme dag syv møtereferater fra



konkurransen vedrørende ruteområde 2. Ved en inkurie ble ikke referatene fra andre forhandlingsrunde vedlagt innklagedes oversendelses e-post. Disse ble ettersendt.

### *Kontraktinngåelse*

- (39) Oslo byfogdembete tok stilling til dette spørsmålet i kjennelse 26. januar 2010. Retten besluttet å ilegge innklagede ansvaret for klagers saksomkostninger forbundet med en forgjeves begjæring om midlertidig forføyning som følge av manglende informasjon om når kontrakt ville bli inngått. Saksomkostningsavgjørelsen er rettskraftig avgjort og det er derfor ikke hensiktsmessig for klagenemnda å ta stilling til klagers anførsel på dette punkt.

### *Begrunnelse*

- (40) Innklagede anfører at begrunnelsen som er gitt i tildelingsbrevet tilfredsstillende kravene i forsyningsforskriften § 11-3 (1) og (2) bokstav c. I tildelingsbrevet fremkommer det hvilken leverandør som er valgt, kriterier som er lagt til grunn og hvordan de ulike tilbud er blitt rangert og evaluert i forhold til kriteriene.
- (41) Det var først i e-post 17. desember 2009 at klager anmodet om en nærmere begrunnelse. Innklagede besvarte klagers henvendelse ved e-post 18. desember 2009. Innklagede kom også senere med ytterligere begrunnelser. Innklagedes svar på klagen besvarte de forhold klager ønsket avklart. Valgte leverandør var bedre på pris og oppnådde derfor flere poeng enn klager.
- (42) Klager ble meddelt om tildeling 4. november 2009 og klagefristen ble samtidig fastsatt til 18. november 2009, altså 14 dager. Klagefristen tilfredsstillende følger forskriftens krav om "rimelig tid".

### *Forhandlingene*

- (43) Etter at første forhandlingsmøte var blitt avholdt viste det seg at innklagede ikke fikk økonomisk bistand fra Akershus fylkeskommune ved valg av det miljøvennlige drivstoffalternativet biogass. Innklagede hadde derfor ikke tilstrekkelige økonomiske rammer til å velge dette alternativet. Innklagede ønsket likevel at tilbyderne skulle inngi pris på et miljøvennlig drivstoffalternativ. Innklagede valgte derfor å be tilbyderne om å gi pris på en kombinasjon av biodiesel og biogass. Siden tilbyderne på dette tidspunktet lå meget jevnt, og det var introdusert et nytt drivstoffalternativ, valgte innklagede å invitere alle de tre gjenværende tilbyderne til andre forhandlingsrunde. Innklagede gjorde tilbyderne kjent med at innklagede var særlig interessert i det kombinerte drivstoffalternativet og at dette møtet antageligvis ville bli det siste forhandlingsmøtet i konkurransen. På denne bakgrunn reduserte klager tilbudet marginalt, dvs. i underkant av to promille. Før formell innstilling ønsket imidlertid innklagede å avklare med leverandøren om muligheten for å inngå kontrakt på det kombinerte drivstoffalternativet. Dersom innklagede ikke hadde gjennomført et siste møte med valgte leverandør, hadde innklagede innstilt valgte leverandørs tilbud på biodiesel som vinner av konkurransen.
- (44) Innklagede bestrider å ha brutt kravet til forutberegnelighet i loven § 5. Innklagede hadde ikke plikt til på forhånd å beslutte hvor mange forhandlingsmøter som skulle avholdes. Hvorvidt det er behov for flere møter viser seg ved evalueringen av de reviderte tilbud. Klager fikk opplyst under det andre forhandlingsmøtet at dette var antageligvis det siste møte. Klager fikk også en sterk oppfordring om å forbedre pris på

tilbudet. Når klager kun marginalt forbedret prisen på det kombinerte drivstoffalternativet, skyldtes ikke dette mangel på føringer fra innklagede, men heller et bevisst valg fra klager. Innklagede hadde således grunn til å forstå den marginale endringen dit hen at klager hadde nådd sin smerteterskel i forhold til pris.

- (45) Innklagede anfører at den informasjon innklagede har oppgitt om plassering i forhold til et prissjikt ikke medfører brudd på taushetsplikten eller at enkelte tilbydere fikk særskilte konkurransefortrinn. I en konkurranse med forhandling må det være anledning til å gi informasjon om tilbudenes relative svakheter og styrker slik innklagede her har gjort.

#### **Sekretariatets vurdering:**

- (46) Klager har deltatt i konkurransen og har saklig klageinteresse, jf. forskrift om Klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Anskaffelsen gjelder busstjenester og følger etter sin art og verdi forskrift 7. april 2006 nr 402 om innkjøpsregler i forsyningssektorene (vann- og energiforsyning, transport og posttjenester) del I og del II, jf. forsyningsforskriften §§ 2-1 og 2-3.

#### *Forhandlingene*

- (47) Klager har anført at innklagede har brutt loven § 5 og forsyningsforskriften §§ 3-1 og 3-2 ved å gi opplysninger om pris på det enkelte tilbud og ved dette forsøkt å presse prisen.
- (48) Det følger av forsyningsforskriften § 3-2 (1) at ”*oppdragsgiver og dennes ansatte plikter å hindre at andre får adgang eller kjennskap til opplysninger om tekniske innretninger og fremgangsmåter eller drifts- og forretningsforhold som det vil være av konkurransemessig betydning å hemmeligholde*”.
- (49) Hva som utgjør en forretningshemmelighet må i utgangspunktet vurderes konkret i forhold til den enkelte anskaffelse, jf. klagenemndas sak 2008/62 (premiss 59). Klagenemnda har imidlertid lagt til grunn i praksis at de innkomne tilbudenes totalpriser som hovedregel ikke kan anses som en forretningshemmelighet, jf. klagenemndas saker 2008/87 og 2005/300.
- (50) Det følger av møtereferat 24. september 2009 at innklagede under forhandlingene gav tilbyderne en tilbakemelding om hvilket prissjikt tilbudet på drivstoffalternativene befant seg på. Innklagede opplyste verken om enhetspris eller totalpris og har følgelig ikke brutt taushetsplikten i forsyningsforskriften § 3-2.
- (51) Sekretariatet går så over til å vurdere hvorvidt innklagede har brutt de grunnleggende kravene i loven § 5 ved å utøve et utilbørlig prispress på klager.
- (52) Som et klart utgangspunkt er det i en konkurranse med forhandling tillatt å forhandle om alle sider ved tilbudet, herunder pris, jf. Veileder til FAD 2006.
- (53) Av tidligere klagenemndspraksis følger det at oppdragsgiver også kan ha en plikt til å påpeke et forhold dersom det vil bli tillagt vesentlig eller avgjørende betydning i den etterfølgende tildelingsevalueringen, jf. klagenemndas avgjørelse i sak 2005/218 premiss (33), jf. også klagenemndas saker 2008/123 og 2009/69.

- (54) Det fremgår av møtoreferat 24. september 2009 at innklagede oppfordret klager til å redusere prisen i revidert tilbud som følge av at det var lite annet enn pris som skilte tilbudene fra hverandre. Innklagede påpekte således et forhold som fikk avgjørende betydning i tildelingsevalueringen, noe innklagede også var forpliktet til å gjøre, jf. kravet til forutberegnelighet i loven § 5. Klagers anførsel fører ikke frem.
- (55) Klager har videre anført at innklagede har brutt kravet til likebehandling og konkurranse i loven § 5 ved at valgte leverandør fikk delta i tre forhandlingsmøter, mens klager kun fikk delta i to møter.
- (56) Av konkurransegrunnlaget punkt 6.3 fremgår at innklagede vil forhandle i flere faser på bakgrunn av tildelingskriteriene. Det følger av forsyningsforskriften § 10-1 at oppdragsgiver kan begrense antall leverandører det skal forhandles med på bakgrunn av objektive kriterier som er tilgjengelig for alle interesserte leverandører, men at det må være igjen et antall aktuelle leverandører som er tilstrekkelig til å sikre reell konkurranse.
- (57) I etterkant av det andre forhandlingsmøtet 24. september 2009 innga klager sitt andre reviderte tilbud 28. september 2009. På bakgrunn av evalueringen av reviderte tilbud meddelte innklagede ved e-post 8. oktober 2009 klager om at selskapet ikke ville bli invitert til videre forhandlinger.
- (58) Av innklagedes evaluering av de reviderte tilbud fremgår at valgte leverandør hadde det beste tilbudet på samtlige drivstoffalternativ. Av møtoreferat 8. oktober 2009 fremgår at innklagede avholdt et tredje møte med valgte leverandør for å få en "*finpuss av tilbudet*", og med dette uttrykte at valg av leverandør allerede var gjort. Etter sekretariatets oppfatning var dermed ikke innklagede forpliktet til å avholde ytterligere forhandlinger med klager. Klagers anførsel fører ikke frem.
- (59) Klager har anført at innklagede har brutt kravet til forutberegnelighet i loven § 5 ved ikke å gi klager klar beskjed om at andre forhandlingsmøte var siste mulighet for å forbedre tilbudet.
- (60) Av innklagedes referat fra det andre forhandlingsmøte 24. september 2009 fremgår at innklagede meddelte tilbyderne under møtet at "*antageligvis er dette siste forhandlingsmøte*". Etter sekretariatets oppfatning må slik beskjed være tilstrekkelig klar. Klagers anførsel fører ikke frem.

#### *Begrunnelse*

- (61) Klager har anført at innklagede har brutt kravet til begrunnelse og nærmere begrunnelse i forskriften § 11-3 (1) og 11-3 (2). Videre er det anført at klagefristen er for knapp og at innklagede dermed har brutt forsyningsforskriften § 11-4 (1)
- (62) Det følger av forsyningsforskriften § 11-3 (1) at oppdragsgiver snarest mulig skal gi en kort begrunnelse ved inngåelse av kontrakt. Klagenemnda har tidligere uttalt at selv om det utrykkelig fremgår at begrunnelsen skal være "*kort*", må den være tilstrekkelig med hensyn til å vurdere om oppdragsgivers valg har vært saklig og forsvarlig, og i samsvar med angitte tildelingskriterier, jf. sak 2007/108 (premiss 50).

- (63) Etter forskriften § 11-3 (2) c skal en etterfølgende begrunnelse inneholde opplysninger om de relative fordelene ved det valgte tilbudet, inkludert navnet på valgte leverandør.
- (64) Meddelelse om tildeling ble gitt ved e-post og tilhørende vedlegg 4. november 2009. Klager ble meddelt at pris hadde vært utslagsgivende. I vedlegget var det inntatt en tabell hvor samtlige tilbudte drivstoffalternativ sammenlignes, vektas og poengsettes i henhold til tildelingskriteriene i konkurransegrunnlaget. Videre var det opplyst om valgte leverandørs navn og at klagefristen var satt til 18. november 2009. I innklagedes e-post 18. november fikk klager ytterligere opplysninger om hvorfor tilbudet ikke nådde opp og en forklaring på innklagedes tredje møte med valgte leverandør. Etter sekretariatets oppfatning tilfredsstillende informasjon som ble gitt i tildelingsmeddelelsen 4. november 2009 og svar på klage 18. november både kravet til begrunnelse i forskriften § 11-3 (1) og 11-3 (2) bokstav c. Klagers anførsel fører ikke frem.
- (65) Sekretariatet vil også påpeke at det fremgår av møtereferat 24. september 2009 at klager også i forhandlingene fikk tilbakemeldinger på tilbudet sitt, herunder en prismessig sammenligning med øvrige tilbud.
- (66) Klager har videre anført at klagefristen fra 4. november 2009 til 18. november 2009 var for kort. Klager har vist til klagenemndas sak 2008/170 der nemnda kom til at sakens kompleksitet tilsa at en frist på 13 dager var for kort.
- (67) Det følger av forskriften § 11-4 (1) at oppdragsgiver "i rimelig tid" før kontrakt signeres, må gi leverandørene en skriftlig melding om valg av leverandør.
- (68) Klagefristens lengde reguleres verken i anskaffelsesforskriften eller forsyningsforskriften, men må etter klagenemndas praksis settes ut fra de konkrete saksomstendigheter og rimelighetshensyn.
- (69) Sekretariatet har lagt til grunn at meddelelsen om tildeling ved brev 4. november 2009 tilfredsstillende kravet til begrunnelse i forsyningsforskriften § 11-3 (1) og 11-3 (2) bokstav c. Klagefristen var satt til 18. november 2009, altså 14 dager.
- (70) Det er i tidligere saker lagt til grunn at en frist på ti dager normalt vil være tilstrekkelig lang, jf. klagenemndas saker 2008/98 premiss (103) og 2008/187 premiss (64).
- (71) Sekretariatet legger videre til grunn at klager fikk en direkte oppfordring om å redusere prisen på tilbudet i forhandlingsmøtet 24. september 2009 og ble orientert om at selskapet ikke hadde mulighet til å nå opp i konkurransen allerede ved e-post 8. oktober 2010.
- (72) På bakgrunn av dette finner sekretariatet at klagefristen på 14 dager var tilstrekkelig i dette tilfellet. Klagers anførsel fører ikke frem.

#### *Kontraktssinnngåelse*

- (73) Klager har anført at innklagede har brutt kravet til god anbuds- og forretningskikk i forsyningsforskriften § 3-1 (6) ved ikke å orientere klager om at kontrakter var underskrevet da klager vurderte rettslige skritt. Klager har vist til kjennelsen fra Oslo byfogdembete 25. januar 2009.

- (74) Klager anmodet om forlengelse av klagefrist samme dag som fristen gikk ut 18. november 2009. Innklagede avslo anmodningen samme dag hvorpå klager gjentok anmodningen i e-post 19. november 2009 og varslet samtidig om at rettslige skritt ble "vurdert". Klagers e-post ble ikke besvart av innklagede og klager begjærte midlertidig forføyning for Oslo byfogdembete 25. november 2009.
- (75) Etter sekretariatets syn måtte klager, etter at karenstiden var utløpt og innklagede uttrykkelig hadde avslått fristforlengelse, forstå at kontraktsinngåelsen med valgte leverandør var nært forestående. Klagers anførsel fører heller ikke frem på dette punkt.

#### *Innsyn*

- (76) Det følger av forskrift 7. april 2006 nr 402 om offentlige anskaffelser § 3-5 at "*for allmennhetens innsyn i tilbud og anskaffelsesprotokoll gjelder offentleglova*". Nemnda kan derfor behandle anførsler om brudd på bestemmelsene om innsyn i lov 19. mai 2006 nr 19 om rett til innsyn i dokument i offentlig verksemd (offentleglova) § 23 (3) i klagesaker som reguleres av anskaffelsesforskriften, jf. klagenemdsforskriften §§ 1 og 6 (1).
- (77) I forsyningsforskriften finnes ingen tilsvarende bestemmelse og nemnda kan dermed ikke behandle klagers anførsel om brudd på offentleglova. Klagers anførsel må etter dette avvises i medhold av klagenemdsforskriften § 6 (1).
- (78) Som det følger over har ikke klagen ført frem, og saken avvises derfor i sin helhet som uhensiktsmessig for behandling i klagenemnda, jf. klagenemndforskriften § 9.

Med vennlig hilsen

Erlend Pedersen (e.f.)  
*fungerende sekretariatsleder*

Lene Kristin  
*rådgiver*

Mottakere:  
Arntzen de Besche Advokatfirma Stavanger  
DA