



Klagenemnda for offentlige anskaffelser

Advokatfirmaet Svardal
Postboks 1270 Vika
0111 OSLO
Norge

Deres referanse

Vår referanse
2011/0104-12

Dato:
15.11.2012

Avvisning av klage på offentlig anskaffelse

Det vises til Deres klage på offentlig anskaffelse av 22. mars 2011 vedrørende anskaffelse av snøbrøyting i leirområdene på Setermoen. Klagenemndas sekretariat har besluttet å avvise klagen som uhensiktsmessig for behandling i klagenemnda, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 9. Grunnen er at klagen klart ikke kan føre fram. Sekretariatets avvisningsbeslutning kan påklages til klagenemndas leder innen 3 virkedager etter at den ble gjort kjent for klager.

Nedenfor gis en oppsummering av sakens bakgrunn og sekretariatets vurdering.

Bakgrunn:

Forsvarsbygg (heretter kalt innklagede) kunngjorde 30. juli 2010 en åpen anbudskonkurranse for snørydding i leirområdene på Bardufoss og Setermoen. Anskaffelsen var angitt som en bygge- og anleggsanskaffelse. Klager har deltatt i konkurransen, og har saklig klageinteresse, jf. forskrift om Klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig.

I konkurransegrunnlagets del I fremgikk det under punkt 10 at "*Leverandøren har anledning til å delta på tilbudsåpningen*". Det fremkommer av åpningsprotokollen at det ble foretatt tilbudsåpning 30. september 2012, hvor fire leverandører deltok. Innklagede hadde mottatt tre tilbud, herunder fra klager og Bardu Maskin AS. Det tredje tilbudet ble avvist, da det var levert etter tilbudsfristen. Klagers tilbud var mer enn kroner 500 000 lavere i pris enn tilbudet fra Bardu Maskin AS.

Innklagede meddelte klager om at klager ville bli tildelt kontrakt ved brev datert 10. september 2010. Klager ble ansett for å ha det økonomisk mest fordelaktige tilbudet basert på kriteriene; "*Pris*", "*Masking- og kjøretøypark*", "*Erfaring fra tilsvarende oppdrag*" og "*Tilgang til leide maskiner og utstyr*". Det fremgikk av begrunnelsen at klagers tilbud var "*betydelig lavere*" enn de øvrige tilbudene, og at "[p]å grunn av den store prisdifferansen, ga

Postadresse:
Postboks 439 Sentrum
5805 Bergen

Besøksadresse:
Rådhusgaten 4
5014 Bergen

Telefon: +47 55 59 75 00 postmottak@kofa.no
Telefaks: +47 55 59 75 99 www.kofa.no

ikke de øvrige tildelingskriteriene tilstrekkelig utslag for å oppveie det valgte tilbudets lave pris."

Ved brev datert 8. oktober 2010 ble klager meddelt at konkurransen var avlyst som følge av feil i konkurransegrunnlaget, jf. forskriften § 13-1. Innklagede har forklart at avlysningen skyldes at konkurransen var kunngjort som en bygge- og anleggsanskaffelse, mens innklagede senere kom til at anskaffelsen måtte anses som en tjenesteanskaffelse, jf. forskriften § 4-1 bokstav c og d. Dette hadde medført feil ved kunngjøringen av konkurransen.

Innklagede kunngjorde 4. oktober 2010 en ny åpen anbudskonkurranse for anskaffelse av snørydding i leirområdet på Setermoen. Ved den nye konkurransen hadde også arealet for anskaffelsen økt med 18 000 m². Anskaffelsen var nå kunngjort som en tjenesteanskaffelse etter forskriften del I og III, hvor CPV-klassifisering var oppgitt til 98390000 "*Andre tjenester*". Sekretariatet legger imidlertid til grunn at riktig CPV-klassifisering er 90620000 "*Snørydding og brøyting*", og at anskaffelsen dermed må anses som en prioritert tjenesteanskaffelse i kategori (16). I tillegg til lov om offentlige anskaffelser fulgte dermed anskaffelsen etter sin opplyste art og verdi forskrift om offentlige anskaffelser av 7. april 2006 nr. 402 del I og III, jf. forskriften §§ 2-1 og 2-2.

Klager ble ved brev datert 30. november 2010 meddelt at kontrakt ville tildeles Bardu Maskin AS, som ved det nye tilbudet hadde redusert sitt pristilbud, og ved dette lagt seg kroner 1000 lavere i pris enn tilbudet til klager. Innklagede har imidlertid opplyst i e-post av 4. april 2011 at kontrakt ikke ble inngått etter konkurransen, og at ny kunngjøring av konkurransen ville foretas i "*i løpet av 2011*".

Sekretariatets vurdering:

Klager har anført at innklagede har brutt regelverket ved at klagers priser ble gjort kjent til de øvrige tilbyderne, da totalsummen var avgjørende og utgjorde en forretningshemmelighet. Det er vist til at konkurrenten fikk et konkurransefortrinn ved å kjenne valgte leverandørs pris, og at likhetsprinsippet dermed ikke er overholdt. Videre er det anført at klager har lidt et økonomisk tap som følge av at feilen, ved at klagers priser var kjent ved den etterfølgende konkurransen. Sekretariatet forstår klager på den måten at det både anføres at innklagede har brutt regelverket ved å gi innsyn i opplysninger underlagt lovbestemt taushetsplikt, og at innklagede uansett har brutt regelverket ved at klagers pris var kjent ved gjennomføringen av den etterfølgende konkurransen.

Det er ikke bestridt at innklagede kunne avlyse den første konkurransen som følge av feilaktig klassifisering av anskaffelsen. Innklagede har erkjent at øvrige konkurranser om snøbrøyting for Bardufoss og Heggelia skulle vært avlyst.

Det følger av forskriften § 3-5 at "*[f]or allmennhetens innsyn i tilbud og anskaffelsesprotokoll gjelder offentleglova*". I lov om rett til innsyn i dokument i offentlig verksemd (offentleglova) 19. mai 2006 § 3 er hovedregelen at saksdokumenter er offentlige, og oppdragsgiver er i utgangspunktet forpliktet til å gi innsyn i de innkomne tilbud etter at leverandør er valgt, jf. offentlova § 23 3. ledd. Av forskriften § 3-6 følger det imidlertid at "*[o]ppdragsgiver 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, jf. lov 10. februar 1967 om behandlingsmåten i forvaltningssaker (forvaltningsloven) § 13*". Selv om utgangspunktet er

at oppdragsgiver skal gi innsyn i tilbudene etter at leverandør er valgt, har oppdragsgiver etter forskriften § 3-6 altså likevel plikt til å unnta forretningshemmeligheter når innsyn gis.

Hva som utgjør en forretningshemmelighet må i utgangspunktet vurderes konkret i forhold til den enkelte anskaffelse, jf. klagenemndas sak 2010/294 og 2005/70. Klagenemnda har lagt til grunn i praksis at de innkomne tilbudenes totalpriser som hovedregel ikke kan anses som en forretningshemmelighet, men at enhetspriser lett kan bli ansett som forretningshemmeligheter, jf. blant annet klagenemndas saker 2011/154, 2010/294, 2008/87 og 2008/208. I det foreliggende tilfellet er det kun totalprisene, og ikke enhetsprisene, som er gjort kjent.

I klagenemndas sak 2003/67 kom klagenemnda til at konkurransen skulle vært avlyst og utlyst på nytt, og det ble lagt til grunn følgende: *"At leverandørene i et slikt tilfelle kjenner hverandres priser er ingen hindring; dette forhold vil gjelde samtlige deltagere og kan ikke misbrukes ved en ny konkurranse. Likhetsprinsippet overholdes dermed."* Tilsvarende synspunkt ble også lagt til grunn i klagenemndas sak 2009/167, hvor det i premiss (49) ble vist til at tildelingsmeddelelse utløser innsynsrett i tilbud og protokoll etter offentleglova § 23 3. ledd, og at *"[r]egelverket 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."*

Innklagede har erkjent at det er beklagelig at tilbudsprisene var kjent i den etterfølgende konkurransen, og sekretariatet er enig i at dette var en uheldig konsekvens av innklagedes feil ved den første konkurransen. Sekretariatet kan imidlertid ikke se at dette i seg selv innebærer et brudd på regelverket i det foreliggende tilfellet, da det faktisk er åpnet for at oppdragsgiver kan velge at tilbudsåpningen skal være åpen for leverandørene, jf. forskriften § 17-1 (2) bokstav c, og Fornyings- og administrasjonsdepartementets *"Veileder til reglene om offentlige anskaffelser"* side 148. En konsekvens av å foreta åpen tilbudsåpning er at prisene blir kjent for tilbyderne, noe som også skjedde her. På bakgrunn av den foreliggende dokumentasjon er det heller ingenting som tilsier at innklagede ble klar over feilen, som medførte at konkurransen måtte avlyses, før etter både totalpris og tildelingsbeslutning var meddelt tilbyderne. Innklagede har dermed ikke brutt regelverket ved at klagers tilbudspris ble gjort kjent ved den første konkurransen, og det var da heller ikke i strid med regelverket at klagers priser var kjent ved gjennomføringen av den etterfølgende konkurransen. Klagers anførsler kan etter dette klart ikke føre frem.

Ettersom sekretariatet har funnet at klagen klart ikke kan føre fram, avvises den som uhensiktsmessig for behandling i klagenemnda, jf. klagenemndsforskriften § 9.

Jonn Sannes Ramsvik
gruppeleder (e.f.)

Linn Håland Vetaas
rådgiver

Kopi til: