



**Klagenemnda
for offentlige anskaffelser**

Saken gjelder: Ulovlig direkte anskaffelse, vilkår for å gjennomføre konkurranse med forhandling uten forutgående kunngjøring

Innklagede gjennomførte en åpen anbudskonkurranse for anskaffelse av byggearbeider. To av tre innkomne tilbud ble avvist, og klagers tilbud ble forkastet fordi det oversteg innklagedes budsjett. Alle tilbyderne ble deretter invitert til konkurranse med forhandling. Klagenemnda kom til at innklagedes budsjett var forsvarlig fastsatt og dokumentert før anbudskonkurransen, og at innklagede kunne anse klagers budsjettoverskridende tilbud som uakseptabelt og gå over i konkurranse med forhandling uten forutgående kunngjøring, jf. forskriften § 14-4. Klagers anførsel om at gjennomføringen av konkurransen med forhandling var i strid med regelverket førte heller ikke frem.

Klagenemndas avgjørelse 19. juni 2015 i sak 2015/4

Klager: AS Miljøbygg

Innklaget: Oppland fylkeskommune

Klagenemndas medlemmer: Tone Kleven, Kai Krüger, Georg Fredrik Rieber-Mohn, Jakob Wahl og Andreas Wahl

Bakgrunn:

- (1) Oppland fylkeskommune (heretter innklagede) kunngjorde 1. juli 2014 en åpen anbudskonkurranse for anskaffelse av nybygg til og rehabilitering av Lillehammer videregående skole, avdeling sør, i form av en totalentreprise. Tilbudsfristen var 1. september 2014, men ble senere utsatt.

- (2) Vedrørende prosjektets art og omfang fremgikk følgende i konkurransegrunnlaget:

"Prosjektet omfatter i hovedsak: ombygging av deler av eksisterende skolebygg, nytt skolebygg/idrettsbygg med mellombygg, nytt parkeringshus, etablering av varemottak, ny miljøstasjon, rivning av Anders Sandvigsgate 24, ny utvendig parkering og andre utomhusarbeider."

- (3) Verken kunngjøringen eller konkurransegrunnlaget inneholdt informasjon om budsjettet for anskaffelsen. I referatet fra anbudsbehandling den 13. august 2014 var følgende svar inntatt på spørsmålet "Hvor mye er bevilget ifm. prosjektet?":

"Rammen er på 177 mill. inkl. mva. Rammen skal dekke alle kostnader knyttet til prosjektet som tomtekostnader, byggherrekostnader, planleggingskostnader, utstyr og inventar osv."

- (4) Innen tilbudsfristen mottok innklagede tilbud fra tre tilbydere, derunder AS Miljøbygg (heretter klager) og Veidekke Entreprenør AS (heretter valgte leverandør).

- (5) Klagers tilbudspris var på ca. 150 millioner kroner eks.mva. for alternativ A, og ca. 144 millioner kroner for alternativ B. I brev til klager 1. oktober 2014 meddelte innklagede at klagers tilbudspris var for høy i forhold til vedtatte budsjett, og at tilbudet derfor ble forkastet. Det ble også opplyst at de andre tilbudene var avvist, og at innklagedes intensjon var å inngå i forhandlinger med alle tilbyderne. I brev av 2. og 6. oktober 2014 ble tilbyderne invitert til forhandlinger som skulle foregå i to trinn, med mål om å oppnå tilbud innenfor de vedtatte økonomiske rammene for prosjektet. Videre fremgikk det at:

"Forhandlingene omfatter både pris og løsninger innenfor de kvalitative og funksjonelle kravene som fremgår av opprinnelig konkurransegrunnlag. Løsninger som er detaljbestemt i rammesøknaden skal ikke endres i reviderte tilbud. Tilbud som resulterer i endrede funksjoner eller endrede planløsninger, vil, før de blir akseptert, bli drøftet innad i byggherrens organisasjon. Aksept av slike løsninger vil bli kommunisert til de øvrige tilbydere slik at de også gis tilsvarende anledning til å utfordre opprinnelige rammer for prosjektet.

[..]

Videre ønsker byggherren at entreprenøren fremmer eventuelle forslag til endret utførelse innenfor beskrevet kvalitet og funksjonalitet, som entreprenøren priser rimeligere enn de beskrevne løsningene."

- (6) Etter at første forhandlingsrunde var gjennomført sendte innklagede et brev til tilbyderne 20. oktober 2014, der ulike forhold fra forhandlingene ble gjennomgått. Det fremgikk også at frist for revidert tilbud var 30. oktober 2014. Fra brevet hitsettes:

3. Alle tilbud overskrider budsjettrammen for entreprisekostnad. Alle tilbydere oppfordres til å gjennomgå sine kalkyler på nytt.

Oppland fylkeskommunes kalkyle for prosjektet er utarbeidet av ekstern prosjekteringsgruppe med utgangspunkt i tidligere prosjekter. Holtes kalkulasjonsnøkkel er også benyttet. Vedtatt ramme for prosjektet er 177 mill. inkl. mva. Dette er prosjektkostnad inklusive mva. og inkluderer alle kostnader - også inventar. Byggherre ønsker ikke å oppgi andel som utgjør byggherrens kostnader.

[..]

Byggherren ber tilbyderne vurdere kostnadsreducerende tiltak som presenteres i revidert tilbud. Tiltakene som tilbyder foreslår må framkomme i revidert tilbud: Kort tekst/forklaring knyttet til hva tiltaket omfatter/innebærer med priskonsekvens og evt. andre konsekvenser. NB! Kostnadskonsekvenser skal ikke legges inn i tilbudssummen for de ulike alternativene (A, B og C) men framkomme særskilt med egen priskonsekvens i tilbudsskjemaet.

Det presiseres at «nye» kostnadsreducerende tiltak ikke kan framkomme etter forhandlingsrunde 2."

- (7) I brevet var det også opplistet fem mulige kostnadsreducerende tiltak som kunne legges inn i tilbudet. Det var også opplistet fem forslag til kostnadsreducerende tiltak som ikke var aktuelle for innklagede.

- (8) Etter reviderte tilbud var innkommet og nye forhandlinger gjennomført, sendte innklagede et nytt brev til tilbyderne 10. november 2014. Endelig tilbudsfrist ble satt til 20. november 2014. I brevet var det bedt om tilbud på tre alternative løsninger, én mer enn i anbudskonkurransen. Alternativ C var spesifisert i tidligere brev, og i dette alternativet utgikk bl.a. en gymsal, grupperom og dansesal. I tillegg var de for alle alternativene etterspurt enkelte spesifiserte prisreducerende tiltak. Det fremgikk også at de omtalte kostnadsreducerende tiltakene foreslått fra byggherre i brevet 20. oktober 2014 ikke var aktuelle å gå videre med.
- (9) Klagers endelige tilbud holdt omtrentlig samme prisnivå som det opprinnelige tilbudet i anbudskonkurransen. Prisen på alternativ C, som ikke var aktuelt i anbudskonkurransen, var omtrent den samme som alternativ B. Partene har opplyst at heller ikke valgte leverandørs tilbud lå innenfor den opprinnelige budsjettrammen, slik at innklagede måtte øke denne.
- (10) Tildelingsbeslutningen ble meddelt tilbyderne 25. november 2014. En etterfølgende klage fra klager ble ikke tatt til følge av innklagede. I denne korrespondansen ønsket klager å vite hvor stor del av rammen på 177 millioner som var byggherrekost. Innklagede ønsket ikke å svare på dette, under henvisning til forhandlingstekniske årsaker, men bekreftet at klagers tilbud oversteg budsjettert entreprisekostnad med mer enn 25 %.
- (11) Innklagede har i ettertid opplyst at den totale entreprisekostnaden var kalkulert til 108,3 millioner kroner eks.mva. Av anskaffelsesprotokollen fremgikk det at kontraktsverdien var på ca. 149 millioner kroner.
- (12) Nemndsmøte i saken ble avholdt 1. juni 2015.

Anførsler:

Klager har i det vesentlige anført:

Overgang til konkurranse med forhandling

- (13) Innklagede har brutt regelverket ved å gjennomføre en konkurranse med forhandlinger uten forutgående kunngjøring, uten at vilkårene i forskriften § 14-4 var oppfylt. Klagers tilbud kunne ikke anses som ukorrekt eller uakseptabelt på grunn av at prisen oversteg innklagedes budsjettramme.
- (14) Budsjettet var ikke kunngjort som en bindende ramme i kunngjøring eller konkurransegrunnlag, og det er derfor uten betydning at fylkeskommunen opplyste om budsjettrammen på anbudsbeifaringen.
- (15) Innklagedes budsjett var ikke forsvarlig fastsatt. Innklagede har ved anvendelse av kalkulasjonsverktøyet tilsynelatende ikke tatt hensyn til byggets kompleksitet, men har kun forholdt seg til erfaringstall. Også innklagedes vurdering av pris for rehabilitering var uforsvarlig. Hensett til utskiftningsomfanget burde innklagede tatt høyde for priser på nybygnivå, og i tillegg gjort påslag for irrasjonelle løsninger. Denne feilberegningen beløper seg til ca. 22,7 millioner kroner.
- (16) Overgangen til konkurranse med forhandling i foreliggende tilfelle representerer en omgåelse av regelverket. Innklagede gjennomførte rent faktisk ikke forhandlingene med sikte på å finne alternative og kostnadsbesparende løsninger, slik det ble lagt opp til i

forhandlingsinvitasjonen, men valgte i stedet å be fylkestinget om utvidet budsjettramme. Kontrakten endte derfor på nesten samme pris og løsning som i den opprinnelige anbudskonkurransen, men slik at to avviste tilbydere fikk forhandle seg "inn igjen".

Gjennomføringen av forhandlingene

- (17) Innklagede har brutt regelverket ved å gjennomføre forhandlingene i strid med kravene til forutberegnelighet, gjennomsiktighet og god forhandlingsskikk. Forhandlingene var ikke reelle med sikte på å tillate kostnadsbesparende tiltak, slik det var lagt opp til i forhandlingsinvitasjonen, men var i stedet en ren "pruterunde".
- (18) Forhandlingsinvitasjonen måtte forstås slik at innklagede ville forhandle om, og akseptere, alternative og kostnadsbesparende tiltak. Det var etter klagers skjønn ikke mulig å gi et tilbud innenfor innklagedes økonomiske rammer uten å tilby en endret utførelse, og dette ble understøttet av forhandlingsresultatet. Selv om innklagede i første forhandlingsrunde var lydhør for alternative løsninger, ble tilnærmet alle endringsforslag avvist uten nærmere begrunnelse etter andre forhandlingsrunde. Resultatet ble derfor uunngåelig at tilbudene lå på samme prisnivå som tidligere.
- (19) Klagenemnda bes uttale seg om vilkårene for erstatning er oppfylte.

Innklagede har i det vesentlige anført:

Overgang til konkurranse med forhandling

- (20) Konkurransen med forhandling kunne gjennomføres med hjemmel i forskriften § 14-4 bokstav a. Klagers tilbud kunne anses som uakseptabelt, da det oversteg budsjettet med over 25 %.
- (21) Budsjettet var basert på en grundig og godt gjennomarbeidet analyse, og ble fastsatt på grunnlag av fylkeskommunens egne nyere byggeprosjekter, nasjonale nøkkeltall basert på tilsvarende byggeprosjekter for høy standard (Holtes kalkulasjonsnøkkel for 2014), og erfaringstall fra den engasjerte prosjekteringsgruppen. Budsjettet ble lagt 8 % høyere enn aktuelle nøkkeltall fra kalkulasjonsverktøyet. Den totale entreprisekostnaden var kalkulert til 108,3 millioner kroner, fordelt på 44,7 for ombygging/rehabilitering og 63,6 for nybygg, og det totale budsjettet for prosjektet til 177 millioner kroner. Den estimerte entreprisekosten utgjorde ca. 60 % av den estimerte totalkostnaden. Tilbyderne var kjent med fylkeskommunens budsjetter, da dette både var offentlig tilgjengelig informasjon og dessuten ble opplyst på anbudsbeferingen.

Gjennomføringen av forhandlingene

- (22) Det bestrides at gjennomføringen av forhandlingene var i strid med regelverket. Det ble gjennomført reelle forhandlinger, og det at forhandlingene ikke munnet ut i særlige endringer i prosjektet, og dermed i tilbud som lå innenfor budsjetterte rammer er derfor uten betydning.
- (23) Innklagede satte ikke som en forutsetning for kontraktstildeling at partene klarte å finne løsninger som gjorde at prosjektet kunne gjennomføres i henhold til budsjettet. Tilbyderne var kjente med at kvalitetsnivået var ønsket opprettholdt. Verken forslag presentert fra oppdragsgiver eller fra tilbyderne viste seg å ha den ønskede effekt på pris, uten at det medførte vesentlige endringer i det opprinnelige konkurransegrunnlaget.

Klagenemndas vurdering:

- (24) Klager har deltatt i konkurransen, og har saklig klageinteresse, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Konkurransen gjelder en totalentreprise for oppføring av nybygg og rehabilitering som er en bygge- og anleggsanskaffelse. Entreprisekostnaden var estimert til 108,3 millioner kroner. I tillegg til lov om offentlige anskaffelser følger anskaffelsen etter sin art og verdi forskrift om offentlige anskaffelser av 7. april 2006 nr. 402 del I og III, jf. forskriften §§ 2-1 og 2-2.

Hjemmel til å gjennomføre konkurranse med forhandling etter § 14-4 bokstav a

- (25) Klager anfører at innklagede har foretatt en ulovlig direkte anskaffelse ved å gjennomføre en konkurranse med forhandling uten forutgående kunngjøring uten at vilkårene i forskriften § 14-4 bokstav a var oppfylt. Det vises til at klagers tilbud ikke ble avvist fra konkurransen, og at det derfor ikke kunne anses som ukorrekt eller uakseptabelt.
- (26) Det følger av § 14-4 bokstav a at oppdragsgiver kan anvende konkurranse med forhandling uten forutgående kunngjøring *"når tilbudene i en forutgående åpen [...] anbudskonkurranse [...] er ukorrekte, eller dersom tilbudene er uakseptable i henhold til krav fastsatt i samsvar med § 17-4 (kvalifikasjonskrav) til § 17-15 (HMS-egenerklæring), § 20-1 (fremgangsmåte ved valg av leverandører og tildeling av kontrakter), § 20-3 (avvik), § 20-4 (alternative tilbud) eller § 22-2 (kriterier for valg av tilbud) [...]"*.
- (27) Klager har ikke bestridt at de konkurrerende tilbudene i anbudskonkurransen kunne regnes som *"ukorrekte, eller [...] uakseptable"*, eller at innklagede hadde rett til å avlyse den forutgående åpne anbudskonkurransen, jf. forskriften § 22-1. Det legges også til grunn at de øvrige vilkårene i bestemmelsen, vedrørende kretsen av inviterte leverandører til forhandlingene og forbudet mot vesentlige endringer i de opprinnelige kontraktsvilkårene, var oppfylt.
- (28) To av tilbudene i anbudskonkurransen ble avvist, og klagers tilbud oversteg budsjettet for entreprisekostnad med mer enn 25 %. Spørsmålet er om innklagede i denne situasjonen kunne gå over til konkurranse med forhandling.
- (29) Klagenemnda har i en rekke tidligere saker vurdert hvorvidt budsjettoverskridende tilbud kan anses som *"uakseptable"* etter § 14-4 bokstav a, eller *"ikke [...] egnet"* etter § 14-4 bokstav b, men praksisen er ikke helt entydig. Der sakene 2008/24, 2008/131, og 2010/221 trekker i retning av at vilkåret er eller kan være oppfylt i slike tilfeller, har nemnda i sakene 2010/325 og 2013/65 ansett det nødvendig med en kunngjort bindende budsjettamme for å anse budsjettoverskridende tilbud som *"uakseptable"*. Standpunktet i sak 2010/325, som sak 2013/65 bygger på, har støtte hos Steinecke/Groesmeyer¹ s. 814 note 15 og ville være godt egnet til å hindre omgåelser av forhandlingsforbudet. På den annen side kan det av flere grunner være uheldig om oppdragsgiveren skal være tvunget til å oppgi budsjettgrenser på forhånd. Standpunktet er da også kritisert i juridisk teori, blant annet Thue, Buan og Brun² s. 519. I det nye anskaffelsesdirektivet 2014/24/EU er den aktuelle hjemmelen for å gjennomføre konkurranse med forhandling regulert noe

¹ EU's Udbudsdirektiver med kommentarer, 2. utgave, 2008

² Lov og forskrift om offentlige anskaffelser med kommentarer, 1. utgave, 2013

annerledes, og ny juridisk teori belyser problemstillingen ytterligere. På denne bakgrunn har klagenemnda valgt å behandle saken i stornemnd.

- (30) I en anbudskonkurranse har tilbyderne ett forsøk på å tilby sine betingelser, og adgangen til å gjøre avklaringer og justeringer i tilbudene, eller til å akseptere tilbud med avvikende løsninger fra anbudsgrunnlaget, er snever. Konkurransereformen har enkelte iboende svakheter, og forutsetningene for tilbudsaksept er ikke alltid til stede. Bestemmelsen i § 14-4 bokstav a er gitt for å avhjelpe en del situasjoner der anbudskonkurransen ikke har gitt tildelingsdyktige tilbud. I slike situasjoner kan det etter omstendighetene være ønskelig å tillate dialog mellom partene innenfor rammen av en konkurranse med forhandling, for å oppnå tilbud som er akseptable. Selv om avlysning og gjennomføring av en ny anbudskonkurranse kan være tilstrekkelig for å oppnå et tilfredsstillende tildelingsgrunnlag, vil en slik fremgangsmåte i en del tilfeller ikke være egnet til å forhindre at problemene fra den første konkurransen vedvarer – så som at tilbudene fortsatt overstiger oppdragsgivers budsjett uten forhandlingsadgang. Risiko for ny mislykket konkurranse sammen med tidstap og ressursbruk ved gjennomføring av ny konkurranse kan derfor tilsi avlysning med direkte overgang til forhandlinger uten ny kunngjøring.
- (31) Det hensyn som taler for en restriktiv forståelse av hjemmelen for overgang til konkurranse med forhandling er i første rekke muligheten for omgåelse av forhandlingsforbudet ved anbudskonkurranse, jf. forskriften § 21-1. Oppdragsgiver bør ikke enkelt kunne avslutte anbudskonkurransen med henvisning til at prisene ligger for høyt, for deretter å presse tilbyderne til å underby hverandre. Dette tilsier at det må stilles krav til dokumentasjon for å hindre at forhandlingsforbudet undergraves. Den budsjettoverskridelse som kan tilsi forhandlinger, bør derfor være basert på en forsvarlig utredning i forkant om hva markedet kan tilby, holdt opp mot det alternativ at prosjektet omarbeides for ny kunngjøring med bedre markedstilpasning. Tidligere saker har til dels vært begrunnet i slike hensyn.
- (32) Klagers tilbud i foreliggende konkurranse oppfylte kravene i konkurransegrunnlaget, og var uten formelle mangler. Grunnen til at klagers tilbud ble forkastet, var at det overskred innklagedes budsjetterte entreprenørkostnad med over 25 %. Spørsmålet er dermed om unntaket i forskriften § 14-4 bokstav a dekker en overskridelse av oppdragsgivers budsjett når dette ikke er tatt inn i kunngjøring eller konkurransegrunnlag. Bestemmelsen utgjør et unntak fra hovedregelen om anbudskonkurranse etter § 14-1 (1). Det er et innarbeidet generelt synspunkt at unntak fra regelverkets hovedregler skal tolkes innskrenkende. Henvisningene i § 14-4 bokstav a (som gjennomfører dagjeldende direktiv 2004/18/EF artikkel 30 nr. 1 (a)) spesifiserer ikke formelt det tilfellet at tilbud overskrider oppdragsgivers uopplyste budsjett, jf. bemerkninger i sak 2010/325 premissene (45) og (47).
- (33) I EU-kommisjonens veileder til et tidligere direktiv Dir. 92/50/EEC "*Guidance to the Community rules on public procurement of services*", vedrørende den bestemmelse som svarer til § 14-4 bokstav a, er det forhold at tilbud overskrider oppdragsgivers budsjett brukt som eksempel på hva som kan utgjøre "*uakseptable*" tilbud, jf. avsnitt II.3.3.1.1. Juridisk teori har tidligere vært delt, og i stor grad negativ til denne forståelsen av bestemmelsen, jf. også klagenemndas sak 2010/325 premiss (46). Kommisjonens synspunkt er imidlertid fulgt opp i direktiv 2014/24/EU artikkel 26 (4) b), som nå skal implementeres i norsk rett, der det fremgår : "*Især betragtes [...] tilbud, hvis pris overstiger den ordregivende myndigheds budget som fastsat og dokumenteret forud for*

iværksættelsen af udbudsproceduren, som unacceptable". Tilføyelsen fremstår som en presisering av regelen i gjeldende direktiv 2004/18/EF artikkel 30 nr. 1 (a), og det er ikke holdepunkter for at lovgiver har ment å endre gjeldende rett på dette punkt. I tilsvarende retning også Arrowsmith³ side 1091 kapittel 10-45, som uttaler at *"it seems likely that the same interpretation will be applied to the 2004 Public Sector Directive and that the safeguards stated in the 2014 directive will be implied into the 2004 directive under the principles of transparency and equal treatment"*. Som en del av implementeringen av det nye direktivet i norsk rett er det i tråd med dette foreslått inntatt en definisjon av *"uakseptabelt tilbud"* i ny § 3-5 bokstav h, slik at dette omfatter tilbud som *"overstiger oppdragsgivers budsjett som fastsatt og dokumentert før iverksettelse av konkurransen"*.

- (34) Nemnda er ut fra dette kommet til at også gjeldende forskrift i lys av ovennevnte må kunne tolkes utvidende til å omfatte tilbud som overskrider oppdragsgivers budsjett, selv om slike beregninger – for eksempel ut fra forretningsmessige hensyn – ikke er opplyst på forhånd.
- (35) Presiseringen av at budsjettet må være fastsatt og dokumentert før iverksettelsen av anskaffelsesprosedyren, er ment å sikre mot misbruk. I tillegg må det i medhold av kravene til gjennomsiktighet og likebehandling i loven § 5, og for å hindre omgåelse, kreves at budsjettet er forsvarlig fastsatt, jf. også NOU 1997:21, kapittel 22, *"Til § 7-2"*. I motsetning til det klagenemnda har lagt til grunn i de to foregående sakene om problemstillingen, er det etter reguleringen i det nye direktivet 2014/24/EU, som er i tråd med EU-kommisjonens tolkning av den tilsvarende bestemmelsen i tidligere direktiver, ikke et krav om at konkrete budsjettbegrensninger er synliggjort overfor potensielle tilbydere.
- (36) Klagenemnda er etter dette kommet til at oppdragsgivers bedømmelse av et budsjettoverskridende tilbud som uakseptabelt etter omstendighetene kan oppfylle vilkåret i § 14-4 bokstav a. Selv om en slik løsning, der leverandørene ikke kjenner budsjettet, til en viss grad svekker leverandørenes rettsstilling, ivaretas langt på vei de grunnleggende kravene i loven § 5 og hensynet til å unngå omgåelse ved at budsjettet må være utarbeidet og dokumenterbart fastsatt før iverksettelsen av konkurransen. En tilbyder som har gitt et budsjettoverskridende tilbud, har uansett en risiko for at oppdragsgiver avlyser konkurransen ved saklig grunn til dette, slik som i denne saken. Omgåelseshensyn tilsier at terskelen for å karakterisere tilbudene som uakseptable må være høy. Dette innebærer at det i saker som den foreliggende må sannsynliggjøres at arbeidet med budsjettet fremstår som faglig holdbart og forsvarlig – og særlig i det som gjelder tilpasningen til det relevante marked. Nemnda har i denne forbindelse også lagt vekt på at valgte leverandørs tilbud var det eneste tilbudet som ikke ble avvist, slik at innklagede i begrenset grad kunne sammenligne foreliggende tilbud i anbudskonkurransen som ble avlyst.
- (37) Spørsmålet blir derfor om innklagede forsvarlig har fastsatt og dokumentert budsjettet før iverksettelsen av anskaffelsesprosedyren.
- (38) Klager har ikke bestridt at innklagedes budsjett var fastsatt før iverksettelsen av anbudskonkurransen. Klager hevder imidlertid at budsjettet ikke var forsvarlig. For nybyggets del hevder klager at det ikke ble tatt tilstrekkelig hensyn til byggets

³ The Law of Public and Utilities Procurement, vol. 1, 3. utgave (2014)

kompleksitet. Når det gjelder rehabiliteringsdelen mener klager at innklagede, hensett til utskiftningsomfanget, burde ha regnet med priser på nybygnivå, og i tillegg gjort påslag for irrasjonelle løsninger.

- (39) Innklagede viser til at budsjettet var basert på egne nyere byggeprosjekter, erfaringstall fra den engasjerte prosjekteringsgruppen, og at det ble lagt 8 % over nasjonale nøkkeltall basert på tilsvarende byggeprosjekter for høy standard (Holtens kalkulasjonsnøkkel). Innklagede har i ettertid antatt at de budsjettoverskridende tilbudene var forårsaket av valgt kontraktsmodell, lokale/regionale markedsforhold ved større veiprosjekter, to andre byggeprosjekter i fylkeskommunal regi som var ute samtidig, samt andre større prosjekter lokalt.
- (40) Klagenemnda har begrenset mulighet til å prøve om de konkrete beregninger i prosjekteringen eller estimert kvadratmeterpris for de ulike delene av prosjektet er forsvarlige. Det fremstår imidlertid som klart at innklagede hadde gjort en grundig kostnadsanalyse, at kalkylene var gjort av fagpersonell, og at man i budsjettet hadde lagt inn en margin. Når det gjelder klagers tilbud oversteg dette budsjettet med mer enn 25%.
- (41) Klager har vist til at kontrakten etter forhandlingene endte på nesten samme pris og løsning som i anbudskonkurransen, og at innklagede derfor måtte tilpasse budsjettet for å kunne anta valgte leverandørs tilbud. Den etterfølgende forhøyelsen av budsjettet er riktignok en indikasjon på at oppdragsgiver kan ha feilvurdert hva markedet ville tilby. Det at budsjettet ikke var tilstrekkelig, betyr imidlertid ikke uten videre at budsjettet var satt uforsvarlig lavt. Da klagers tilbud oversteg budsjettet med over 25 %, må det i tillegg kreves mer enn en mindre underbudsjettering fra innklagede for å utelukke at tilbudet kan anses som uakseptabelt. Det foreligger ikke holdepunkter for å konstatere at innklagede vitende underbudsjetterte anskaffelsen, eller at det ikke var gjort et forsvarlig forarbeid. På dette grunnlag har klagenemnda kommet til at innklagede kunne anse klagers tilbud som uakseptabelt, jf. § 14-4 bokstav a. Innklagede hadde derfor hjemmel til å gjennomføre en konkurranse med forhandling, jf. samme bestemmelse. Klagers anførsel fører ikke frem.

Gjennomføringen av forhandlingene

- (42) Klager anfører at innklagede har brutt kravene til forutberegnelighet, gjennomsiktighet og god forhandlingsskikk i loven § 5 ved gjennomføringen av forhandlingene. Dette begrunnes med at innklagede, til tross for at forhandlingsinvitasjonen tydet på at alternative og kostnadsbesparende tiltak ville kunne aksepteres, etter andre forhandlingsrunde avviste alle alternative og besparende tiltak uten særlig begrunnelse. Klager hevder at deltakelsen i forhandlingene derfor skjedde på et annet premiss enn det som endelig ble lagt til grunn.
- (43) Det er ikke omtvistet at kontrakten endte med tilnærmet samme løsning og pris som etter anbudskonkurransen, og at innklagede måtte sørge for økte bevilgninger for å kunne anta valgte leverandørs tilbud. Spørsmålet er om dette var i strid med forutsetningene for den forhandlede konkurransen.
- (44) Av den dokumentasjonen som er fremlagt fra forhandlingene, særlig brevene sendt etter hver av forhandlingsrundene, fremstår det for klagenemnda som om innklagede reelt sett har søkt å oppnå tilbud med prisreduserende tiltak, jf. også premissene (7) og (9). Dette gjelder også brevet etter andre forhandlingsrunde, ved forespørselen om endelige tilbud,

selv om det fremgår at en del av de tidligere diskuterte kostnadsbesparende tiltakene ikke var interessante lenger.

- (45) Ved at tilbyderne aksepterte invitasjonen til å delta i forhandlingene, er det naturlig at de hadde en viss forventning om at prosjektet ville ende opp med delvis alternative løsninger og reduserte priser. Det forhold at innklagede ønsket å forhandle om og vurdere alternative løsninger fra det som var etterspurt i konkurransegrunnlaget, innebærer imidlertid ikke at innklagede hadde forpliktet seg til å anta tilbud med slike løsninger. En viktig grunn til å gjennomføre forhandlinger etter forskriften § 14-4 bokstav a, er nettopp å rette opp de forhold som gjorde tilbudene ukorrekte eller uakseptable i anbudskonkurransen. Klagenemnda kan videre i begrenset grad prøve de innkjøpsfaglige vurderingene innklagede stod overfor ved den endelige tildelingsevalueringen, herunder hvorvidt de foreslåtte kostnadsbesparende tiltakene var økonomisk mer fordelaktige for innklagede. Selv om det endelige valget av en løsning lå nær tilbudene fra anbudskonkurransen og nok representerte et delvis brudd med forventningene fra klager, kan ikke dette være tilstrekkelig til å konstatere at innklagede har brutt kravene til forutberegnelighet, gjennomsiktighet eller god forretningsskikk i loven § 5.
- (46) Klagers anførsel fører ikke frem.

Konklusjon:

Oppland fylkeskommune har ikke brutt regelverket om offentlige anskaffelser.

For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,

Andreas Wahl



Dokumentet er godkjent elektronisk