



**Klagenemnda
for offentlige anskaffelser**

Saken gjelder: Tildelingsevaluering

Innklagede gjennomførte en konkurranse med forhandling for anskaffelse av en totalentreprise for bygging av seks omsorgsboliger. Klager anførte at innklagede hadde brutt regelverket ved å gjennomføre forhandlinger med valgte leverandør etter at det var sendt ut en åpningsprotokoll med tilbudenes totalpriser. Klager stilte seg også undrende til tidspunktet for vektingen av tildelingskriteriene. Klagenemnda kom til at innklagede ikke hadde brutt regelverket for offentlige anskaffelser.

Klagenemndas avgjørelse 10. oktober 2017 i sak 2016/191

Klager: Fuglafjell AS

Innklaget: Granvin kommune

**Klagenemndas
medlemmer:** Finn Arnesen, Kristian Jåtog Trygstad og Jakob Wahl

Bakgrunn:

- (1) Granvin kommune (innklagede) kunngjorde 27. juni 2016 en konkurranse med forhandling for anskaffelse av en totalentreprise for bygging av seks omsorgsboliger. Innklagede har opplyst at anskaffelsens estimerte verdi er ca. 16 millioner kroner. Tilbudsfrist var 23. september 2016.
- (2) Kontrakt skulle tildeles det økonomisk mest fordelaktige tilbudet. I konkurransegrunnlaget var det angitt følgende om tildelingsevalueringen:

*"1.9
Vurdering og val av tilbød.
Tiltakshavar er ikkje bunden til å velja entreprenør ut frå lågaste pris åleine.
Det vil og bli lagt vekt på teknisk arbeidsopplegg, planlagt arbeidstid og kvalitet i
framlagt tilbodsmatriell.

Det vert ført protokoll frå tilbodsopning, og denne vert sendt tilbydarar.
Kommunen har rett til å avlysa prosjektet, dersom økonomiske råmer vert overskridne."*
- (3) Innklagede mottok tre tilbud, herunder fra Fuglafjell AS (klager).
- (4) Tilbudene ble åpnet 23. september 2016. Åpningsprotokollen med tilbydernes totalpriser ble sendt ut til tilbyderne samme dag.
- (5) Det ble opplyst ved brev av 11. oktober 2016 at innklagede hadde til hensikt å inngå kontrakt med leverandøren Haldor og Johs. Hamre AS. Det hadde på dette tidspunktet ikke funnet sted forhandlinger mellom innklagede og tilbyderne. Det var angitt følgende om evalueringen:

"Grunngjevinga for val av utbyggar var at Haldor og Johs. Hamre AS hadde lågast pris, kortast byggetid. Granvin herad har også vektlagt teknisk arbeidsopplegg og kvalitet i fremlagd tilbodsmateriell."

- (6) Klager påklaget tildelingsbeslutningen ved brev av 18. oktober 2016. Etterfulgt av klagen sendte innklagede ut et brev til tilbyderne, hvor det fremgikk at innklagede valgte å omgjøre tildelingsbeslutningen. Haldor og Johs. Hamre AS ble avvist med henvisning til manglende oppfyllelse av kvalifikasjonskravene. Avslutningsvis i innklagedes brev var angitt:

"Ved ein feil har opningsprotokollen med ei attgjeving av totalprisen for kvart av dei innkomne tilboda vorte offentleggjort før forhandlingane har vorte gjennomført. Granvin herad tykkjer det er beklageleg at dette har skjedd. Granvin herad vil innan kort tid inkalla dei to tilbydarane som er att til forhandlingar."

- (7) Innklagede avholdt et møte med klager 3. november 2016. Ved brev av 8. november 2016, viste klager til spørsmål fra innklagede om hvorvidt klager var villig til å gå i forhandlinger. Klager uttrykte at *"me kan ikkje finna noko hjemmel i forskrift om offentlege anskaffelser som opnar for forhandlingar jmf. § 12.1. «Forhandlingsforbod ved anbudskonkurranser» og me meiner difor at det vil vera useriøst av oss å gå i forhandlingar vedrørende vårt tilbod"*. Deretter gav klager svar på spørsmål fra innklagede vedrørende tilbudet, som hadde kommet frem på møtet 3. november 2016.
- (8) Ved den andre tildelingsbeslutningen, opplyste innklagede å ha til hensikt å inngå kontrakt med Nedrevåg AS (valgte leverandør). Det gikk frem av tildelingsbeslutningen at tildelingskriteriet pris hadde blitt vektet 40 %, planlagt arbeidstid var vektet 10 %, teknisk arbeidsopplegg var vektet 40 %, og kvalitet i fremlagt tilbudsmateriale var vektet 10 %.
- (9) Innklagede opplyste at endringene i tilbudene etter forhandlinger gjaldt de samme tre punktene:

*"1 Frå skifter til betongstein som takteking.
2 Kledning endra til måla type.
3. Heis endra for hald sone.
(Fuglaffjell sitt tilbod var lite tillitsvekkande)."*

- (10) Videre opplyste innklagede at disse avklaringene/forhandlingene medførte en prisendring på minus 40 000 kroner i klagers tilbud, og en endring på minus 595 000 kroner i Nedrevåg AS sitt tilbud.
- (11) Saken ble brakt inn for Klagemåten for offentlige anskaffelser 13. desember 2016. Kontrakt mellom innklagede og valgte leverandør er inngått.
- (12) Nemndsmøte i saken ble avholdt 9. oktober 2017.

Anførsler:

Klager har i det vesentlige anført:

- (13) Innklagede har brutt regelverket ved å føre ulovlige forhandlinger med valgte leverandør. Forskriften § 11-8 åpner ikke for å føre forhandlinger etter at det er sendt ut åpen anbudsprotokoll.
- (14) Klager stiller seg undrende til vektingen av evalueringskriteriene. Tidspunktet for vektingen gjør at tildelingen vanskelig kan etterprøves som upartisk. Det fremstår som vektingen er valgt på et sent tidspunkt for å få foretrukket og kjent tilbyder i posisjon.

Innklagede har i det vesentlige anført:

- (15) Innklagede har ikke gjennomført ulovlige forhandlinger.
- (16) Etter at det først ble begått feil ved at innklagede fattet en tildelingsbeslutning uten å gjennomføre forhandlinger og uten å vekte tildelingskriteriene, ble feilene rettet ved at tildelingsbeslutningen ble omgjort, hvorpå forhandlinger ble gjennomført og tildelingskriteriene ble vektet. Den konkrete vektingen av tildelingskriteriene er lovlig.

Klagenemndas vurdering:

- (17) 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 bygging av seks omsorgsboliger, som er en bygge- og anleggsanskaffelse. Innklagede har opplyst at anskaffelsens estimerte verdi er ca. 16 millioner kroner. I tillegg til lov om offentlige anskaffelser av 16. juli 1999 nr. 69 følger anskaffelsen etter sin opplyste art og verdi forskrift om offentlige anskaffelser av 7. april 2006 nr. 402 del I og II, jf. forskriften §§ 2-1 og 2-2.
- (18) Klager anfører at innklagede har brutt regelverket ved å føre forhandlinger med valgte leverandør. Klager begrunner dette med at forskriften § 11-8 ikke åpner for å føre forhandlinger etter at det er sendt ut en åpningsprotokoll med tilbydernes totalpriser.
- (19) Konkurransen ble kunngjort som en konkurranse med forhandling. Bestemmelsen i § 13-3 (4) angir ikke begrensninger i adgangen til å fortsette forhandlingene etter annulleringen av en kontraktstildeling. Det er også lagt til grunn i praksis at det ikke er noe prinsipielt til hinder for dette, se eksempelvis klagenemndas avgjørelse i sak 2013/60.
- (20) Som påpekt der, i premiss (65) med henvisning til avgjørelsen i sak 2008/9 premiss (41), kan det imidlertid stille seg annerledes der oppdragsgiver har delt informasjon som gjør at tilbyderne kan tilpasse seg de etterfølgende forhandlingene på en uheldig måte. Som eksempel på en situasjon der videre forhandling vil kunne være i strid med kravet til likebehandling og god forretningsskikk i forskriften § 3-1 nevnes at oppdragsgiver *"har informert de andre om valgte leverandørs priser og andre viktige forhold"*.
- (21) I foreliggende sak har oppdragsgiver oversendt åpningsprotokollen, der tilbudsprisene fremgikk, til leverandørene samme dag som anbudsåpning. Klagenemnda må derfor ta stilling til om videre forhandlinger i en slik situasjon er i strid med kravet til likebehandling eller kravet om at konkurransen gjennomføres i samsvar med god anbuds- og forretningsskikk.

- (22) Alle leverandørene fikk tilsendt åpningsprotokollen. Dermed fikk alle leverandørene informasjon om de andres tilbudspriser. Dette kan etter omstendighetene være et brudd på oppdragsgivers taushetsplikt etter forskriften § 3-6, men representerer ingen ulik behandling av leverandørene. Selv om det nok kan være betenkeligheter forbundet med å gjennomføre forhandlinger i en situasjon der leverandørene kjenner hverandres tilbudspriser, innebærer ikke slike forhandlinger et brudd på likebehandlingsprinsippet.
- (23) Tilbake står spørsmålet om det er i strid med god anbuds- og forretningsskikk å gjennomføre forhandlinger der leverandørene er gjort kjent med hverandres tilbudspriser. Også dette må besvares benektende. Den rettslige standarden god anbuds- og forretningsskikk kan nok tenkes ramme situasjoner der oppdragsgiver gjør deltakerne i konkurransen kjent med innholdet i andre deltakers tilbud, men den omstendighet at leverandørene kjenner hverandres tilbudspriser, medfører ikke at det vil være i strid med god anbuds- og forretningsskikk å gjennomføre forhandlinger med dem.
- (24) Klagers anførsel fører ikke frem.
- (25) Klager fremholder også at tidspunktet for vektingen av tildelingskriteriene gjør at tildelingsevalueringen vanskelig kan etterprøves som upartisk.
- (26) Forskriften del II krever ikke at prioriteringen eller vektingen av tildelingskriteriene skal angis i kunngjøringen eller konkurransegrunnlaget, jf. forskriften § 13-2 (2). Kravet om at konkurransen skal gjennomføres i samsvar med kravene til gjennomsiktighet og likebehandling innebærer likevel begrensninger i oppdragsgivers frihet ved den senere fastsettelsen av tildelingskriterienes vekt.
- (27) I den første tildelingsbeslutningen ble det opplyst at *"Haldor og Johs. Hamre AS hadde lågast pris, kortast byggetid. Granvin herad har også vektlagt teknisk arbeidsopplegg og kvalitet i fremlagd tilbodsmateriell"*. Selv om tildelingskriterienes vekt ikke ble konkretisert i den første tildelingsbeslutningen, viser den at det ble foretatt en evaluering av tilbudene opp mot tildelingskriteriene. I tråd med konkurransegrunnlaget ble det tatt utgangspunkt i det laveste pristilbudet, og dette tilbudet hadde også kortest byggetid. Innklagede opplyste også at teknisk arbeidsopplegg og kvalitet i fremlagt tilbuds materiell hadde blitt vektlagt. Den første tildelingsbeslutningen viser således at innklagede har hatt en oppfatning av tildelingskriterienes innbyrdes betydning.
- (28) Etter at innklagede hadde avvist tilbyderer som opprinnelig ble tildelt kontrakten, forstår nemnda saken slik at innklagede måtte gjøre en mer inngående vurdering for å skille mellom de to gjenværende tilbudene, uten at tildelingskriterienes innbyrdes betydning derved ble endret.
- (29) Etter forhandlingene var tilbudsprisene til de gjenværende tilbyderne svært like. Det var også små forskjeller mellom tilbudene når det gjaldt teknisk arbeidsopplegg, planlagt arbeidstid og kvalitet i fremlagt tilbuds materiell. Valgte leverandørs tilbud ble imidlertid vurdert som det beste på samtlige kriterier bortsett fra planlagt byggetid, hvor klagers tilbud ble vurdert som marginalt bedre. Den konkrete evalueringen er ikke angrepet av klager. Slik saken er opplyst, er det heller ikke holdepunkter for at valgte leverandør ble favorisert ved den nye tildelingsevalueringen. Klagers anførsel fører derfor ikke frem.

Konklusjon:

Granvin kommune har ikke brutt regelverket for offentlige anskaffelser.

For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,

Finn Arnesen

Dokumentet er godkjent elektronisk