



Klagenemnda for offentlige anskaffelser

Innklagede gjennomførte en konkurranse om levering av Monoethylenglykolgass til Snøhvit-prosjektet. Anskaffelsen var basert på alternativ prosedyre for olje- og gassektoren, der fem produsenter og senere fem forhandlere ble forespurt om å inngi tilbud på levering til fastpris. I løpet av anskaffelsesprosessen bestemte innklagede seg for å tildele kontrakten basert på indekspris. Alle tilbyderne hadde som alternativ også tilbudt levering til indekspris. Nemnda fant at innklagede hadde brutt anskaffelseslovens § 5 ved at det ikke klart var opplyst hvordan anskaffelsesprosessen ville foregå, hvilke kriterier det ville bli lagt vekt på ved tildelingen og de ikke kunne dokumentere begrunnelsen for valget som ble foretatt. Innklagede hadde også endret priselementet etter tilbudsfristens utløp uten å gi samtlige tilbydere anledning til å forhandle under denne nye forutsetning.

Klagenemndas avgjørelse 27. november 2006 i sak 2005/193

Klager: Hydro Texaco AS

Innklaget: Statoil ASA

Klagenemndas medlemmer: Per Christiansen, Bjørg Ven, Inger Roll-Matthiesen

Saken gjelder: Forsyningsforskriften, alternativ prosedyre for olje- og gassektoren. Tildelingskriterier, begrunnelse, likebehandling god forretningsskikk, etterprøvnbarhet.

Bakgrunn:

- (1) Statoil ASA (heretter kalt innklagede) rettet 3. januar 2005 en forespørsel til fem produsenter av Monoethylenglykol (MEG) om leveranse av 6400 kubikkmeter av gassen til bruk på Snøhvit-prosjektet i Hammerfest, samt opsjon på levering av ytterligere 3000 kubikkmeter. Verdien av de 6400 kubikkmeter var på tilbudstidspunktet ca NOK 40-50 mill. eksklusiv merverdiavgift. Linde AG v/Linde Engineering Division (heretter kalt Linde) administrerte anbudsprosessen på vegne av innklagede. Det innkom kun to tilbud innen fristen 12. januar 2005.
- (2) Den 21. januar 2005 henvendte innklagede seg derfor til fem forhandlere (tradere), deriblant Hydro Texaco AS (heretter kalt klageren). Informasjon om denne forespørselen ble gitt til de to produsentene som allerede hadde levert tilbud. Disse aksepterte endringen. Frist for tilbud ble rettet til den 28. januar, etter at klager gjorde oppmerksom på at 12. januar fortsatt var oppført som tilbudsfrist. Klager ba om lenger frist, og fristen ble forlenget for alle tilbydere til 4. februar 2005. Ytterligere to tilbud kom inn, hvorav ett fra klager. 18. mars ble det stilt noen siste spørsmål til tilbyderne. Disse ble besvart og avklaringsprosessen ble avsluttet 22.

mars. Evalueringsrapporten ble da godkjent og intensjonserklæring sendt ut til de tilbyderne som ble valgt. Den 30. mars ble informasjon sendt til dem som ikke ble valgt. Klager ble gjort kjent med at de ikke fikk kontrakten på grunn av pris. Den 30. mai 2005 ble offisiell innkjøpsordre utstedt.

- (3) Det skulle inngis pris basert på fastpris. Fra pkt 12 i innklagedes forespørsel - *INQUIRY* - av 21. januar 2005 hitsettes:

"12.) PRICE BASIS

THE QUOTED PRICES SHALL BE FIXED AND FIRM EXCLUDING VALUE ADDED TAX (VAT).

THE PRICES ARE FOR DELIVERY DDP MELKOYA ACCORDING TO INCOTERMS 2000.

THE PRICES FOR THE PRODUCT AND FOR THE DELIVERY SHALL BE SHOWN SEPARATELY.

BIDDER SHALL INDICATE THE PROPOSED PLACE OF MANUFACTURE."

- (4) Vedrørende dokumentasjon som skulle følge tilbudet, hitsettes fra pkt. 05.6) *DOCUMENTS TO BE SUBMITTED WITH THE QUOTATION:*

"A) LIST OF DEVIATIONS/EXCLUSIONS, IF APPLICABLE

B) TIME/EXECUTION SCHEDULE

C) BIDDER'S ORGANISATION CHART

D) REFERENCE LIST (AS PER CLAUSE 16 OF THIS INQUIRY)

E) PRODUCT SAFETY DATA SHEET

F) CERTIFICATE (CONFIRMATION THAT REQUIREMENTS AS PER SPECIFICATION ARE FOLLOWED)"

- (5) Klager forespurte innklagede om leveransen av 6400 kubikkmeter MEG kunne forventes å skulle skje i én leveranse, eller i delleveranser. Innklagede besvarte ikke denne henvendelsen. Det ble derfor lagt til grunn at alt skulle leveres i én leveranse. Klageren oppga i sitt tilbud en fastpris på leveransen. I tillegg ble det gitt et alternativt tilbud i henhold til en råvareindeks basert på asiatisk notering. I henhold til klager ble det alternative tilbudet innlevert fordi man ville vise at man var en solid leverandør med internasjonal erfaring som også kunne levere basert på markedspris. Asiatisk notering ble benyttet, i følge klager, fordi Asia er det største marked for MEG på verdensbasis.

- (6) Innklagede forespurte pr e-post 18. mars 2005 om visse forhold i tilknytning til leveransen. I tillegg til spørsmål om lossekapasitet, ventetid og bestillingstid, ble det spurt om delleveranser på 2000 kubikkmeter ville ha noen innflytelse på tilbudt pris. Klagerens priser i tilbudet var begge gyldige til 18. februar 2005 kl 12:00, men begge prisalternativer ble ved e-post av 2. mars forlenget til 16. mars kl 12:00. I e-post av 22. mars 2005 besvarte klager spørsmålene og bekreftet at den alternative prisen kunne opprettholdes, men uttalte ingenting om den faste prisen som var tilbudt. Det hitsettes fra e-posten:

"----

3. Offer no 2, ICIS-LOR Based Price Model (REF: Our offer from February 4, 2005), can be kept despite split shipments.

----“

- (7) I løpet av tildelingsprosessen bestemte innklagede seg for å tildele kontrakten basert på indekspris og ikke på fastpris. Partene er uenige om i hvilken grad klager ble orientert om endringen. Ved e-post av 30. mars 2005 fikk klager avslag på tilbudet. Avslaget er ikke fremlagt for nemnda, men partene synes å være enige om at det ikke inneholdt noen utførlig begrunnelse for beslutningen. Klager ba derfor om et debriefing-møte hos innklagede v/ konsulentfirmaet Linde som håndterte innkjøpsprosessen for innklagede. Klager fant ikke forklaringen i møtet vedrørende kontraktstildelingen tilfredsstillende, og har heller ikke fått referat fra møtet eller annen skriftlig begrunnelse for innklagedes valg.
- (8) Ved klage av 27. juni 2005 ble saken brakt inn for KOFA.

Anførsler:

Klagers anførsler:

- (9) Klager anfører at innklagede har brutt regelverket for offentlige anskaffelser.
- (10) Klager hevder at innklagede ikke har opplyst hvilken anskaffelsesprosedyre som skulle benyttes, og har dermed brutt krav til god forretningsskikk, forutberegnelighet, gjennomsiktighet og etterprøvbarhet, jf lov om offentlige anskaffelser § 5.
- (11) Videre hevder klageren at kravene til forutberegnelighet, gjennomsiktighet og etterprøvbarhet er brutt ved at innklagede ikke eksplisitt opplyste på hvilken måte tildelingen av kontrakt ville finne sted, jf lovens § 5.
- (12) Klager hevder videre at innklagede har brutt kravet til god forretningsskikk og likebehandling ved ikke å sende ut konkurransegrunnlaget samtidig til alle de utvalgte/prekvalifiserte leverandørene, jf lovens § 5. Klager anfører at de ikke ble gjort kjent med at innklagede allerede hadde sendt ut innbydelsen til fem produsenter og at de selv dermed kun ble deltakere i en runde nummer to.
- (13) Videre hevder klager at kravene til forutberegnelighet, gjennomsiktighet, etterprøvbarhet og likebehandling er brutt ved at innklagede har fraveket det tildelingskriterium som er forutsatt i konkurransegrunnlaget, jf lovens § 5. Klager anfører at de ikke ble orientert om at innklagede hadde endret tildelingskriteriet fra fastpris til markedspris. Det hevdes at årsaken til at klageren i sin e-post av 22. mars 2005 ikke bekreftet forlengelse av fastpristilbudet men kun det indeksbaserte tilbudet, var at klager ikke hadde fått bekreftet hos egen leverandør om fastprisen kunne forlenges ut over 16. mars 2005.
- (14) Endelig hevder klager at innklagede har brutt kravene til god forretningsskikk, gjennomsiktighet og etterprøvbarhet ved ikke å gi tilstrekkelig skriftlig begrunnelse for valg av tilbud eller hvorfor klagers tilbud ikke ble valgt, jf lovens § 5. På debriefing-møtet ble det i følge klager opplyst at tildelingskriteriet var blitt

endret. Innklagede nektet imidlertid å opplyse om hvor mange fastpris-tilbud som var blitt innlevert, hvorvidt vinneren(e) også hadde levert fastpris-tilbud eller å opplyse om hvilken råvareindeks som ble valgt.

Innklagedes anførsler:

- (15) Innklagede bestrider å ha brutt regelverket for offentlige anskaffelser.
- (16) Som olje- og gassoperatør bruker innklagede Achilles Joint Qualification System. Det anføres at kravet om å offentliggjøre enkeltanskaffelser ikke lenger gjelder for olje- og gassoperatører. Det hevdes at det i forespørselen til de potensielle leverandørene klart ble opplyst hvilke dokumenter tilbudet skulle basere seg på, men innklagede beklager at det ikke var referert til forsyningsdirektivet i forespørselen.
- (17) Innklagede hevder at det var klart for alle tilbyderne at hovedkriteriet for evalueringen ville være pris, leveringstid og produktets tilgjengelighet og kvalitet, samtidig som innklagede beklager at dette ikke uttrykkelig ble tatt inn i forespørselen.
- (18) Når det gjelder endring av prisformat fra fastpris til indekspris, hevder innklagede at de klart formidlet endringen til alle tilbyderne, inkludert til klageren. Dette ble gjort for å redusere risikoen både for tilbyderne og innklagede. Innklagede erkjenner at dette ikke kan dokumenteres skriftlig, men henviser til sin e-post av 18. mars 2005 til klageren som klager besvarte den 22. mars med at pristilbud knyttet til indekspris ikke påvirkes av om leveransen skjer ved delleveranser. Dette anser innklagede som dokumentasjon på at klager før kontraktstildeling var kjent med og fullt ut aksepterte at markedspris ble lagt til grunn. Klager nevnte ikke på noe tidspunkt at dette ikke var akseptert. Klager har også selv tilbudt markedspris som et alternativt tilbud. En eventuell vurdering av et alternativt tilbud, må etter innklagedes syn ansees som å være "kjøpers valg".
- (19) Videre hevder innklagede at klager tok opp spørsmålet om hvilken råvareindeks klager foretrakk. Dette ble gjort i en telefonsamtale kort tid etter tilbudsinnleveringen. Innklagede hevder å ha besvart dette med at valget av indeks var opp til leverandøren. Det anføres at klager ved to anledninger la fram diagrammer som sammenlignet europeisk og asiatisk indeks, samt at innklagede flere ganger nevnte for klager at tilbyder stod fritt til å tilby priser basert på den indeks tilbyder selv valgte.
- (20) Vedrørende anførselen om utilstrekkelig begrunnelse for kontraktstildelingen, hevder innklagede at det i henhold til gjennomføringen av anskaffelsen generelt ikke skal gis detaljerte opplysninger om andre tilbydere og deres tilbud. Disse opplysninger ble behandlet konfidensielt. For øvrig hevdes det at klager fikk svar på alle sine spørsmål.

Klagenemndas vurdering:

- (21) Klager har deltatt i konkurransen og har saklig klageinteresse, jf forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Innklagede har fått særskilt tillatelse til bl.a. utvinning og ilandføring av gass. Anskaffelsen omfattes derfor av lov om offentlige anskaffelser av 16. juli 1999 nr. 16, og av

forsyningsforskriften, forskrift nr 1424 av 5. desember 2003 om innkjøpsregler for oppdragsgivere innen vann- og energiforsyning, transport og telekommunikasjon. Oppdragsgiver her er også omfattet av forsyningsforskriften § 37, og har dermed anledning til å velge å anvende alternativ prosedyre for olje- og gasssektoren som angitt i forskriften kapittel VI. Ved denne prosedyren gjelder ikke de alminnelige kravene til kunngjøring etc, som ellers ville fulgt av forsyningsforskriften kap III-V.

- (22) Innklagede har ikke selv angitt at de har valgt den alternative prosedyren i forsyningsforskriften kapittel VI. Det fremstår likevel som klart at innklagede har basert seg på en alternativ prosedyre i forhold til de alminnelige reglene i forsyningsforskriften kap III-V. Reglene i forsyningsforskriften kap VI og de alminnelige reglene i anskaffelsesloven kommer dermed til anvendelse på denne anskaffelsen.
- (23) Klager har anført at innklagede har brutt de alminnelige kravene i anskaffelsesloven § 5 ved ikke å opplyse om hvilken anskaffelsesform som ville bli benyttet. Etter nemndas oppfatning følger det rimelig klart av henvendelsen til tilbydereren at det ville bli benyttet en alternativ prosedyre til forsyningsforskriftens alminnelige regler. Forsyningsforskriftens kap VI definerer ikke noen bestemt anskaffelsesprosedyre. Av hensyn til forutberegneligheten for deltakerne er det likevel ønskelig at oppdragsgiver angir hovedtrekkene i den prosedyre som er tenkt fulgt. Nemnda finner derfor at konkurransegrunnlaget burde inneholdt noen opplysninger om den påtenkte fremgangsmåte.
- (24) Innklagede har, forut for tilbudsfristen, ikke angitt hvilke kriterier som ville bli vektlagt ved vurderingen av tilbudene. Innklagede burde også i konkurransegrunnlaget ha gitt klar beskjed om at det foruten pris ville bli lagt vekt på leveringstid og produktets tilgjengelighet og kvalitet.
- (25) Klager ble ikke gjort oppmerksom på at innklagede allerede hadde forespurt fem produsenter og hadde fått tilbud fra to av disse, før invitasjonen ble sendt ut til de fem forhandlerne, deriblant klager. Dermed var det bare de to produsentene som hadde informasjon om at forespørselen denne gang var tilbudsrunde nr 2. De to produsentene fikk også lengre tilbudsfrist ved at tilbudsforespørselen var sendt til dem allerede ved den første forespørselsrunden. Nemnda finner likevel ikke at de to produsentene kan ha hatt noen fordel av denne typen tilleggsinformasjon. Produsentene hadde alt avgitt tilbud i første runde, og det er ikke opplyst, eller anført at de fikk anledning til å endre tilbudene sine ved den andre tilbudsinnhentingen. Det har da ikke skjedd en forskjellsbehandling som gir grunnlag for å konstatere brudd på de alminnelige kravene til god forretningsskikk eller likebehandling.
- (26) Innklagede har etter tilbudsfristens utløp endret vurderingen av priselementet fra fast pris som eneste angitte alternativ i invitasjonen/konkurransegrunnlaget, til markedspris eller indekspris. Dette utgjør endring på et vesentlig punkt. Innklagede burde av hensynet til likebehandling ha gitt alle anledning til å forhandle om endringen. Nemnda kan ikke se at dette er gjort.

- (27) Klager har også anført at innklagede har brutt kravene til god forretningsskikk, gjennomsiktighet og etterprøvbarhet ved ikke å gi tilstrekkelig skriftlig begrunnelse for valg av tilbud eller hvorfor klagers tilbud ikke ble valgt. Det ble avholdt et debriefing-møte der innklagede nektet å opplyse om hvor mange fastpris-tilbud som var blitt innlevert, hvorvidt vinneren(e) også hadde levert fastpris-tilbud eller å opplyse om hvilken råvareindeks som ble valgt. Etter nemndas oppfatning er opplysninger om de andre leverandørene har levert inn fastpristilbud relevant i forhold til å bedømme om kravene til likebehandling er oppfylt. Opplysninger om hvorvidt leverandører har innlevert tilbud i samsvar med konkurransegrunnlagets krav utgjør ikke forretningshemmeligheter, og oppdragsgiver er ikke pålagt taushetsplikt i forhold til slik informasjon.
- (28) Det gjelder her ikke noe generelt krav til skriftlig begrunnelse for valg av leverandør. Forsyningsforskriften kap VI gir oppdragsgiver stor grad av fleksibilitet ved gjennomføring av prosedyren. Dette stiller på den annen side skjerpede krav til at de beslutninger som tas, begrunnes og kan dokumenteres på tilfredsstillende måte. Dette følger implisitt av dokumentasjonskravet i forsyningsforskriftens § 39. Klagenemnda kan ikke se at kravene til begrunnelse og dokumentasjon her er oppfylt.

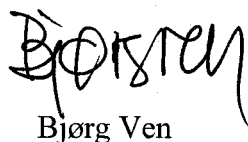
Erstatningskrav:

- (29) Klager har anmodet nemnda om å uttale seg om grunnlaget for erstatning, fordi klager hevder at de ikke ville ha deltatt i konkurransen og pådratt seg utgifter dersom de hadde visst at anskaffelseslovens saksbehandlingsregler ville bli tilsidesatt. Nemnda finner ikke grunn til å uttale seg om erstatningsspørsmålet, jf forskrift om Klagenemnd for offentlige anskaffelser § 12.

Konklusjon:

Statoil ASA har brutt lovens § 5 om krav til forutberegnelighet, gjennomsiktighet, etterprøvbarhet og likebehandling ved å unnlate å angi klart hvordan anskaffelsesprosessen ville bli gjennomført, hvilke kriterier det ville bli lagt vekt på ved tildelingen, ved uten ytterligere forhandlingsadgang å ha endret konkurransegrunnlaget fra fastpris til markedspris, og ved ikke å kunne dokumentere begrunnelsen for valg av leverandør, jf forsyningsforskriftens § 39.

For klagenemnda,
27. november 2006


Bjørge Ven