



**Klagenemnda
for offentlige anskaffelser**

Klager deltok i en konkurranse med forhandling om totalentreprise for bygging av en ny barneskole. Klagenemnda kom til at innklagede hadde brutt kravene om taushetsplikt og god forretningsskikk i lovens § 5 og forskriftens §§ 3-1 og 16-3 (5) ved å opplyse de øvrige tilbyderne om deres prosentmessige prisforskjell fra klagers tilbud.

Klagenemndas avgjørelse 30. oktober 2006 i sak 2005/243 – 12

Klager: Veidekke Entreprenør AS

Innklaget: Selbu kommune

Klagenemndas medlemmer: Inger Roll-Matthiesen, Bjørg Ven og Andreas Wahl.

Saken gjelder: Opplysning om andre tilbyderes tilbudspriser. Klarhetskravet ved utformingen av konkurransegrunnlaget. Beregning av anskaffelsens verdi.

Bakgrunn:

- (1) Selbu kommune kunngjorde 18. mars 2005 en konkurranse med forhandling under terskelverdi for anskaffelse av totalentreprise for bygging av ny barneskole i kommunen.
- (2) Av notat av 18. mars 2005 fremgår det at innklagede beregnet anskaffelsens verdi til kr. 38 257 762. Da var verdien av "prosjektering detaljprosjekt" og "ravingsentreprise" på til sammen kr. 2 700 000 medtatt i tillegg til den beregnede verdien av kontraktsarbeidet tilknyttet den kunngjorte konkurransen.
- (3) Innen tilbudsfristens utløp hadde innklagede mottatt fire tilbud, deriblant fra Veidekke Entreprenør AS (heretter kalt klager) og Primahus AS (heretter kalt valgte leverandør).
- (4) Det ble avholdt forhandlingsmøter mellom partene 20. og 27. mai 2005. I møtereferatet fra 27. mai fremgår det at:

"Det ble på forhandlingsmøte nr. 1 meddelt til tre av tilbyderne hvordan tilbudene var rangert (prosentvis) i forhold til laveste tilbud ved tilbudsåpning. Veidekke gjorde PL oppmerksom på at de ikke fikk disse opplysningene og ble av den grunn orientert på dette møte."

- (5) I anskaffelsesprotokollen fremgår det følgende om forhandlingsprosessen:

"Forhandlingsrunde 1: 20.05.2005:

Postadresse
Postboks 439 Sentrum
5805 Bergen

Besøksadresse
Olav Kyrresgate 8
5014 Bergen

Tlf.: 55 59 75 00
Faks: 55 59 75 99

E-post:
postmottak@kofa.no
Nettside: www.kofa.no

De enkelte tilbyderne ble under møte informert om sin plassering (prosentvis) i tilbudsrekke, i forhold til laveste tilbudssum ved åpning. Det ble presisert at eventuelle regnefeil, forbehold, avvik og lignende ikke var hensyntatt. [...]

Skjema 1: *Kostnadsendringer ble gjennomgått.*

Veidekke AS kommenterte punkter i skjema som var deres prissatte endringer i tilbudet. Det ble på møte ikke mottatt protester på at de andre tilbyderne fikk mulighet til å prisette endringene.

24.05.2005:

Brev mottatt fra Midt-Norge Entreprenør AS der de trekker seg fra konkurransen. MNE ble i første forhandlingsrunde muntlig orientert om at deres tilbud var ca. 20 % høyere enn laveste tilbyder. De har ikke mulighet til å gå ned så mye i tilbudssum som vil gjøre de konkurransedyktig i forhold til de andre tilbyderne.

25.05.2005:

Røset AS og Veidekke AS ble oppfordret pr telefon til å forhandle med sine leverandører og underentreprenører. Dette etter at skjema 2 ble mottatt fra Primahus der de hadde gjennomført en forhandlingsrunde med sine leverandører og gått ned i tilbudssum.

Forhandlingsrunde 2: 27.05.2005:

Veidekke AS ble orientert vedrørende tilbudenenes prosentvise rangering på dette møte. De aksepterte dette i forhold til innlevering av revidert tilbud. Det ble også fra byggherrens representant J. Haarstad stilt spørsmål om de godtok dette i forhold til tilbudsfrist 31.05.05. Veidekke AS aksepterte videre fremdrift samt fremgangsmåte i forhandlingsprosessen. Tilbyderne ble på nytt oppfordret til å forhandle med sine underentreprenører/ leverandører før innlevering av revidert tilbud."

Anførsler:

Klagers anførsler:

- (6) Klager anfører at innklagede har brutt regelverket for offentlige anskaffelser.
- (7) Kravene til god forretningsskikk og taushetsplikt i lovens § 5 og forskriftens § 16-3 (5) er brutt ved at innklagede opplyste de øvrige tilbyderne om hvordan deres pristilbud prosentmessig lå an i forhold til det rimeligste tilbudet, som i dette tilfellet var klagers.
- (8) Kravet til likebehandling i lovens § 5 og forskriftens § 16-3 (5) er brutt ved at klager ikke samtidig fikk tilsvarende opplysninger om de øvrige tilbyderne.
- (9) Kravene til forutberegnelighet og klarhet i lovens § 5 er brutt ved at konkurransegrunnlaget ikke ga opplysninger om hvilke krav som var absolutte og hvilke krav det kunne forhandles om.
- (10) Anskaffelsens verdi overstiger terskelverdien i § 2-2 og prosedyren konkurranse med forhandling er dermed ulovlig. Innklagede skulle i tillegg til verdien av byggingen av skolen, medtatt verdien av byggeledelse, pelletsfyringsanlegg, riving av eksisterende skole og verdien av forprosjektet, som til sammen gir en samlet anslått verdi på kr.

39 425 000. Innklagede har delt opp anskaffelsen i flere kontrakter i den hensikt å unngå at forskriftens del II kom til anvendelse, jf forskriftens § 2-3 (3).

(11) Klagenemnda bes om å ta stilling til om vilkårene for erstatning er oppfylt.

Innklagedes anførsler:

(12) Innklagede bestrider å ha brutt regelverket for offentlige anskaffelser.

(13) I første forhandlingsmøte ble tilbyderne meddelt egen prisrangering ved tilbudsåpning, basert på inngitte tilbudspriser. Tilbudsprisene var da ikke kontrollregnet, eller på annen måte vurdert i forhold til eventuelle forbehold, foreslåtte endringer eller regnefeil. Tilbydernes navn og priser ble ikke opplyst, jf møtereferatet av 20. mai 2005 punkt 1.2.2.

(14) Rangeringen ble meddelt tilbyderne med noen dagers mellomrom, jf møtereferatet av 27. mai 2005 punkt 2.1.2, men tilbyderne fikk den samme informasjon.

(15) Det skal forhandles om alle sider ved tilbudene, jf forskriftens § 16-3. Innklagede bestrider at konkurransegrunnlaget eller tildelingskriteriene er uklare.

(16) Det ble foretatt en grundig vurdering av terskelverdien, jf innklagedes notat av 18. mars 2005. Konkurransen gjelder totalentreprise for bygge- og anleggsarbeid ved oppføring av en ny skole og omfatter alt som vedrører denne anskaffelsen. Anskaffelsen er ikke delt opp i flere kontrakter i den hensikt å unngå at forskriftens del II kommer til anvendelse. Den totale kontraktssum for totalentreprisen (inkludert prosjektering fra og med detaljprosjekt) ble kr. 36 430 000. Omfanget av endringsarbeider så langt viser at verdien av kontrakten er redusert med kr. 200 000.

(17) Produksjonslokalet for pelletsfyringsanlegget inngår i anskaffelsen, mens levering av energi basert på pelletsfyring med produksjonsutstyr ble anskaffet gjennom en separat varekjøpkonkurranse (NL 2005-07271). Prosjektledelse for rådgivningstjenester er også anskaffet i egen konkurranse (NL 2004-13186), mens byggeledelse inngår i totalentreprisen. Skisseprosjekt og forprosjekt til en verdi av ca. kr. 1 000 000 er også anskaffet i separate konkurranser tidligere.

(18) Det foreligger ikke grunnlag for erstatning.

Klagenemndas vurdering:

(19) Klager har deltatt i konkurransen og har saklig klageinteresse, jf forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Anskaffelsen følger etter sin verdi forskrift om offentlige anskaffelser del I og III, jf forskriftens §§ 2-1 og 2-2 og klagenemndas vurdering nedenfor.

Prisforhandlingene

(20) Av forskrift om offentlige anskaffelser § 16-3 (4) fremgår det at det i en konkurranse med forhandling kan forhandles om alle sider av tilbudene, herunder blant annet om tilbudenes pris. Ut fra kravene til likebehandling, taushetsplikt og god forretningsskikk i lovens § 5 og forskriftens §§ 3-1 og 16-3 (5) er det imidlertid antatt at det gjelder visse begrensninger for hvordan prisforhandlinger kan gjennomføres.

- (21) Om dette er det blant annet uttalt i NOU 1997:21 side 144 at *"det må settes skranker for hvorledes forhandlingene kan foregå. Begrensningene består først og fremst i at det skal bevares taushet omkring innholdet av de tilbudene som har kommet inn. Informasjon om innholdet i et tilbud kan følgelig ikke benyttes direkte til å presse prisen ned på et annet tilbud. En slik praksis vil ikke være i overensstemmelse med likhetsprinsippet. For å ivareta dette måtte konkurransedeltakerne fortløpende ha blitt underrettet om hverandres tilbud og underbud. En slik forhandlingssituasjon ville trolig gi et uheldig prispress mot leverandørsiden."*
- (22) Videre har det danske Klagenævnet for Udbud i kjennelse av 14. september 2001 fastslått at oppdragsgiver ikke kan forsøke å presse en leverandør til å senke prisen ved å opplyse at vedkommendes pris er høyere enn de øvrige leverandørenes priser.
- (23) Det samme ble lagt til grunn i klagenemndas saker 2004/240 (premiss 24-26) og 2004/182 (premiss 25), hvor nemnda i sistnevnte sak uttalte at: *"Forskrift om offentlige anskaffelser setter ikke forbud mot at oppdragsgiver gjør deltagerne i en konkurranse med forhandling kjent med tilbudsprisene som er oppgitt av de øvrige deltagere. Klagenemnda har oppfattet det slik at det å gi meddelelse om konkurrentenes priser ikke er i samsvar med praksis som er etablert som god forretningsskikk for konkurranse med forhandlinger. Det vises til forslag om regler for forhandlede konkurranser i NS 8410, hvor det fremgår at prisene ikke skal oppgis til de øvrige leverandørene under forhandlingene. I NOU 1997:21 er det også lagt til grunn at man ikke kan meddele konkurrentenes priser ved forhandlede konkurranser."*
- (24) Av anskaffelsesprotokollen og møtereferatet av 27. mai 2005 fremgår det at innklagede opplyste tilbyderne utenom klager om deres prosentmessige prisforskjell fra det laveste tilbudet på forhandlingsmøtet 20. mai 2005.
- (25) Etter dette har innklagede brutt kravene om taushetsplikt og god forretningsskikk i lovens § 5 og forskriftens §§ 3-1 og 16-3 (5) ved å opplyse de øvrige tilbyderne om deres prosentmessige prisforskjell fra klagers tilbud.

Likebehandling

- (26) Idet nemnda i drøftelsen over har konkludert med at det er i strid med anskaffelsesregelverket å opplyse tilbydernes priser før forhandlingene er avsluttet, behandles ikke klagers anførsel om at det var i strid med likebehandlingsprinsippet å gi klager opplysninger om de øvrige tilbydernes priser først 7 dager etter at de andre tilbyderne fikk denne opplysning.

Konkurransegrunnlagets manglende differensiering mellom absolutte og forhandlingsbare krav

- (27) I forskrift om offentlige anskaffelser § 16-3 (4) er det fastslått at det kan forhandles om endringer eller suppleringer av alle sider ved tilbudene, så som forretningsmessige vilkår, pris og tekniske spesifikasjoner. I tillegg har klagenemnda i flere tidligere avgjørelser lagt til grunn at oppdragsgiver også kan foreta ikke-vesentlige endringer av konkurransegrunnlaget under forhandlingene. De minstekrav som er satt i grunnlaget kan imidlertid ikke endres på dette stadiet, av hensyn til potensielle leverandører som kan ha unnlatt å delta i konkurransen på grunn av

minstekravene. Hva som må anses som minstekrav og hva som må anses som andre krav, som det eventuelt kan forhandles om, må bero på en konkret tolkning av de enkelte krav oppstilt i konkurransegrunnlaget. Dette fordrer at oppdragsgivers angivelse av kravene er klar nok til at en rimelig opplyst tilbyder kan forstå kravenes innhold, og videre forstår hvilke krav som er absolutte og hvilke krav det eventuelt kan forhandles om. Det er imidlertid ikke nødvendig at oppdragsgiver uttrykkelig betegner absolutte krav som "minstekrav" eller lignende, det er tilstrekkelig at dette klart kan utledes gjennom en tolkning av konkurransegrunnlaget.

- (28) Etter klagenemndas syn oppstiller konkurransegrunnlaget, jf blant annet Bok 1, klart hvilke krav oppdragsgiver krever oppfylt i forbindelse med oppføringen av det nye skolebygget. Idet klager ikke har presisert hvilke krav vedkommende eventuelt anser som uklare, eller påpekt noen konkrete tilfeller hvor det har blitt forhandlet om minstekrav, eventuelt hvor det ikke har blitt forhandlet om krav klager ønsket å forhandle om, er klagers anførsel for upresis til at klagenemnda kan ta nærmere stilling til denne. Nemnda kan uansett ikke se at anskaffelsesregelverket oppstiller noen plikt for oppdragsgiver til å gi en nærmere spesifisering i konkurransegrunnlaget av hva vedkommende antar det er mest aktuelt å forhandle om, utover den plikt oppdragsgiver har til å sørge for at det på en tydelig måte fremgår hvilke krav som er minstekrav, og som dermed er unntatt fra endringer gjennom forhandlinger.

Innklagedes beregning av anskaffelsens verdi og valg av konkurranse med forhandling under forskriftens del III som konkurranseform

- (29) Av forskriftens § 2-3 (1) fremgår det at anskaffelsens verdi skal beregnes på grunnlag av den samlede verdi av de kontrakter som utgjør anskaffelsen på kunngjøringstidspunktet. Utgangspunktet for vurderingen av hvilke kontrakter som skal medtas i beregningen er altså de kontrakter det skal inngås avtale om på basis av den kunngjorte konkurransen. Av bestemmelsens andre og tredje ledd fremgår det at valg av beregningsmetode for anskaffelsens verdi og oppdeling av en planlagt anskaffelse ikke må foretas i den hensikt å unngå at bestemmelser i forskriften kommer til anvendelse. I fjerde ledd fastslås det at når et bygge- og anleggsarbeid er inndelt i flere delarbeider, som det skal inngås særskilte kontrakter for, skal verdien av hvert delarbeid tas med i beregningen.
- (30) I klagenemndas sak 2003/8 ble det uttalt at "*Det er ikke avgjørende om de ulike kontraktene faller inn under ulike bransjer eller fagbetegnelser.*" I sak 2003/109 ble det fastslått at det ikke "*er grunnlag for å legge sammen verdien av tjenestekontrakt[en] med verdien av eventuelt senere bygge- og anleggsarbeider ved vurderingen av anskaffelsens verdi.*"
- (31) Slik klagenemnda oppfatter partenes anførsler består uenigheten mellom dem i hvilke kontrakter som skal regnes med ved verdiberegningen av anskaffelsens anslåtte verdi.
- (32) Innklagede har tatt utgangspunkt i de kontrakter konkurransen direkte gjelder, refererende til totalentreprisen på oppføring av nytt skolebygg, og anslått verdien av disse til kr. 35 557 762. I tillegg er verdien av "*prosjektering detaljprosjekt*" og "*rivningsentreprisen*" tatt med, hvilket gir en totalsum på kr. 38 257 762, som er den summen innklagede har angitt som anskaffelsens anslåtte verdi i

anskaffelsesprotokollen. Verdien av byggeledelse fra oppdragstakers side er inkludert i kontrakten konkurransen gjelder. Det samme gjelder verdien av byggingen av produksjonslokalet for pelletsfyringsanlegget. Det innklagede således har utelatt, sammenlignet med klagers anførsel, er verdien av anskaffelsen av energi til pelletsfyringsanlegget med tilhørende "*produksjonsutstyr*". Dette ble anskaffet i en separat vareanskaffelse. Videre har innklagede unnlatt å medta verdien av byggherrens prosjektledelse og verdien av skisse- og forprosjekt. Dette ble anskaffet i separate tjenestekjøpanskaffelser forut for bygge- og anleggsanskaffelsen.

- (33) Når det gjelder verdien av tjenesteanskaffelsene, foretatt forut for bygge- og anleggsanskaffelsen, fremgår det av klagenemndas sak 2003/109, at denne skal holdes utenfor ved vurderingen av bygge- og anleggsanskaffelsens verdi.
- (34) Nemnda kan heller ikke se at anskaffelsen av energi til pelletsfyringsanlegget har en slik tilknytning til bygge- og anleggsanskaffelsen at verdien av denne skulle blitt regnet med.
- (35) Hvorvidt verdien av produksjonsutstyret anskaffet sammen med energien til pelletsfyringsanlegget, skal regnes med i anslaget over bygge- og anleggsanskaffelsens verdi, er et spørsmål som kan by på tvil. I forskrift for offentlige anskaffelser § 1-4 f. er et "*bygge- og anleggsarbeid*" definert som "*resultatet av bygge- og anleggsarbeider som i sin helhet er tilstrekkelig til å oppfylle en økonomisk og teknisk funksjon*". På den ene side er et fyringsanlegg for en ny bygning nødvendig for at bygget skal fungere. På den annen side kan utstyret i dette tilfelle ha en så nær sammenheng med leveransen av fyringsmateriale at det blir det vesentlige. Slik saken er opplyst mangler klagenemnda tilstrekkelig kjennskap til faktum på dette punkt.
- (36) Det er videre uklart for nemnda hva som konkret ble anskaffet av produksjonsutstyr og verdien av dette, og derved om det bringer anskaffelsen over terskelverdien.
- (37) Dette innebærer at nemnda er avskåret fra å ta stilling til om oppdragsgiver har kunngjort konkurransen etter riktig del i forskriften og om gjennomføringen av anskaffelsen som en konkurranse med forhandling etter forskriftens del III er i samsvar med regelverket. På grunn av dette har nemnda i drøftelsene ovenfor anvendt bestemmelsene i forskriftens del III.

Erstatning

- (38) Klagenemnda mangler grunnlag for å uttale seg om erstatningsspørsmålet, jf klagenemndeforskriftens § 12.

Konklusjon:

Selbu kommune har brutt kravene om taushetsplikt og god forretningsskikk i lovens § 5 og forskriftens §§ 3-1 og 16-3 (5) ved å opplyse de øvrige tilbyderne om deres prosentmessige prisforskjell fra klagers tilbud.

For klagenemnda,
30. oktober 2006


Bjørg Ven