



**Klagenemnda
for offentlige anskaffelser**

Innklagede gjennomførte en konkurranse med forhandling vedrørende oppgradering av et vannbehandlingsanlegg. Klagenemnda kom til at innklagede brøt kravet til forutberegnelighet i lov om offentlige anskaffelser § 5 ved ikke å gi klager adgang til å forhandle om vesentlige forhold ved tilbudet. Videre fant nemnda at innklagede brøt kravet til etterprøvbarehet i lov om offentlige anskaffelser § 5 ved ikke å dokumentere at tilbudene var blitt vurdert opp mot samtlige tildelingskriterier. Klagers øvrige anførsler førte ikke frem.

Klagenemndas avgjørelse 11. februar 2008 i sak 2007/140

Klager: Alfsen og Gunderson AS

Innklaget: Stranda kommune

Klagenemndas medlemmer: Magni Elsheim, Kai Krüger, Siri Teigum.

Saken gjelder: Tildelingsvurdering.

Bakgrunn:

- (1) Stranda kommune (heretter kalt innklagede) utlyste 10. juli 2007 en konkurranse med forhandling vedrørende oppgradering av vannbehandlingsanlegg i Hellesylt.
- (2) I tilbudsforespørselen kapittel 06 ”TILBUDSREGLER” het det:

”06.10 Kriterier for valg av tilbud

Ved flere enn 5 tilbud velges de 3 tilbydere som har lavest pris, og som ikke er avvist etter kap. 06.9, for forhandlinger. Å levere et alternativt tilbud, selv om dette er blant de 3 laveste prisene, gir ingen automatisk rett til å delta i forhandlinger.

Byggherre vil etter forhandlingene velge det tilbud som er økonomisk mest fordelaktig etter en totalvurdering. Pris, derunder anleggs-, energi-, drift- og vedlikeholdskostnader vil være viktigst, men følgende vil også bli vektlagt:

- *kvalitet og levetid på utstyr*
- *framdrift og kapasitet*
- *arbeidsmiljø. Behov for tilsyn og vedlikehold*
- *kompetanse og referanser”*

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

- (3) Innen tilbudsfristens utløp var det inngitt 2 tilbud. Tilbyderne var Alfson og Gunderson AS (heretter kalt klager) og Birger Christensen AS (heretter kalt valgte leverandør).
- (4) Av tilbudsprotokoll av 15. august 2007 fremgikk det at klagers tilbud lød på kroner 1 745 825, mens valgte leverandør hadde inngitt tilbud med en pris på kroner 1 870 850.
- (5) Evalueringsnotat av 14. september 2007 inneholdt i punkt 5 ”Diskusjon/innstilling”:

”Begge tilbyderne er kjente entreprenører innen vannbehandling. Det synes liten tvil om at begge entreprenørene har den nødvendige kompetansen og erfaringen til å utføre en teknisk og framdriftsmessig vellykket gjennomføring av entreprisen.

[...]

Vedlegg 3 viser en sammenstilling av alle postene med enhetspriser og delsummer for begge tilbudene. Vi har følgende merknader til de inngitte prisene:

[...]

- *Det er vesentlig forskjell i pris for doseringsutstyr (post 17). Det er mest sannsynlig at BC har inngitt en feil pris for post 17.4 (fordrøyningstank for å oppnå tilstrekkelig oppholdstid i forbindelse med pH-måling).*

[...]

Forskjellen i tilbudssummene er på kr 128 024 eksklusive merverdiavgift. Dersom post 17.4 trekkes ut av tilbudene er prisforskjellen kr 11 351 i favør av BC, dvs tilbudene er tilnærmet like. Som nevnt har også BC tilbudt en mer kostbar trykksil.

Med bakgrunn i ovenstående vurderinger vil vi anbefale at det avholdes et avklaringsmøte med begge tilbyderne. Avklaringsmøte kan avholdes per telefon.”

- (6) Det ble avholdt avklaringsmøter med begge tilbyderne per telefon. Av referat fra møtet med valgte leverandør av 25. september 2007, fremgår følgende:

”2. Formelle forhold

Utfylling av poster:

Alle poster er utfylt. Post 17.4 fordrøyningstank er feilpriset. Birger Christensen (BC) inngir ny pris.”

- (7) Videre fremgikk det av referatet fra telefonmøtet mellom innklagede og klager datert 25. september 2007:

”2. Formelle forhold

Utfylling av poster:

Post 12.1 Forsikring/ansvar er ikke fylt ut. Posten er inkludert i andre poster.

Forbehold:

Alfsen og Gunderson AS (AG) har tatt følgende forbehold:

- *Framdrift*
- *Legeringstillegg og valutaregulering*

AG gir tilbakemelding om framdrift senest 26.09.07.

3. Prosessutrustning

AG har tilbudt Boll&Kirch trykksil som er en svært mye brukt trykksil i Norge og på denne type overflatevann. Det er tilbudt trykksil med spalteåpning på 200 micron. AG er kjent med at turbiditeten er periodisk relativt høy i flomperioder (0,4 FNU), jfr vedlegg i tilbudsforespørselen. Stranda kommune (SK) har konkrete planer med å gjennomføre tiltak ved elveinntaket som kan dempe noe denne periodiske turbiditetsøkningen.

Spylesekvensen (åpne/stenge) vil i følge AG ikke skape trykkstøt.

Det er ikke problemer med takhøyden i forbindelse med uttak av silinnsatsen.

AG har tilbudt Berson UV-anlegg INLINE 200+DV med automatisk viskesystem og effektregulering (3 trinn). Denne type UV-aggregat er nå inne til godkjenning hos Folkehelseinstituttet. AG gir tilbakemelding snarest når eventuell godkjenning foreligger.

AG undersøker nærmere mht støy og varme fra UV-skapene.

UK gjennomfører snarest min 2 analyseserier for parameteren UV-transmisjon i forbindelse med mye nedbør.

AG har tilbudt et doseringsanlegg for vannglass basert på 2 stk (3x2 m³) lager- og doseringstanker, røropplegg, doseringspumpe og fordrøyningstank i henhold til tilbudsforespørselen.

Doseringsanlegg for nødklor er også tilbudt i henhold til tilbudsforespørselen.

4. Nødstrøm

SK har planer om å flytte eksisterende nødstrømsaggregat (40 kWA) fra Stranda vannbehandlingsanlegg til Hellesylt vannbehandlingsanlegg. Det er beregnet et effektbehov på ca 30 kW inkl 7 kW i reserve. AG gir tilbakemelding om maks effektuttak for UV-aggregatene (totalt ca 10,5 kW).

5. Annet

AG gir tilbakemelding om pris og arbeidsopplegg for årlig service på prosessutrustningen.

SK vil avklare valg av entreprenør med det aller første.”

- (8) Innklagede fattet vedtak om valg av leverandør 27. september 2007. I melding til tilbyderne av 1. oktober 2007 het det:

”MNK-093/07 Vedtak samrøystes:

1. HOH Birger Christensen as vert vald som entreprenør for vassbehandlingsanlegget på Hellesylt, maskin og prosess.
 2. Kostnad med dette arbeidet er kr. 1.743.850,-
 3. I tillegg vil det kome tilleggskostnader for inntaksarrangement, PLS, samt bygningsmessige tiltak.
 4. Kommunalteknikk får fullmakt til å framforhandle kontrakt med valde entreprenør.”
- (9) Klager klaget på tildelingen i brev av 4. oktober 2007 og anførte at klager skulle tildeles kontrakten. Klager påpekte at klager hadde den laveste tilbudsprisen og at avstanden til valgte leverandør var kroner 125 025.
- (10) Innklagede behandlet klagen, og i vedtak av 25. oktober 2007 opprettholdt innklagede beslutningen om å tildele kontrakten til valgte leverandør. Innklagede begrunnet valget på denne måten:

”Grunngjeving: Etter ein totalvurdering har byggherre vald HOH Birger Christensen AS som følgje av at dei andre kriteria vil oppveie prisforskjellen på kr 1.976,-.

[...]

Det er riktig som AG skriv i sin klage, at pris, men da derunder drifts- og vedlikehaldskostnader vil vere viktigast. I tillegg skal også kvalitet på utstyr, framdrift og kapasitet, arbeidsmiljø, behov for tilsyn og vedlikehald, kompetanse og referansar vektleggast. Prisforskjellen er kr 1.976 eller 0,1 % i AG sin favør når det er tatt omsyn til at HOH Birger Christensen (BC) har gitt ein ny pris for post 17.4 (fordrøyningstank). Det er ikkje riktig som AG skriv at byggherre har valt å sjå bort frå prisen, men BC har fått sjansen til å gi ein ny og riktig pris. Vi kan her nemne at lampeskift (ein gong pr år) er kr 1.904 kr lågare pr. år. i favør av BC. Kapitaliserer vi desse driftskostnadene så vil prisforskjellen være ca 8 gong beløpet.

Etter ein totalvurdering har byggherre vald BC som følgje av at dei andre kriteria vil oppveie prisforskjellen på kr. 1.976. I tillegg har byggherre vurdert fordelane med at same leverandør og har anlegg i vassverk i same kommune samt nabokommune, da med tanke på servicepris og servicesamarbeid med desse, som vil vere ein del av driftskostnadene.”

- (11) Begrunnelsen ble meddelt klager i brev av 29. oktober 2007.
- (12) Klage ble inngitt til klagenemnda 6. november 2007.
- (13) Kontrakt ble inngått med valgte leverandør 2. januar 2008.

Anførsler:

Klagers anførsler:

- (14) Klager skulle ha blitt tildelt kontrakten. Laveste pris var angitt som viktigste valgkriterium. Etter klagers beregninger var forskjellen kroner 3 650, og ikke kroner 1 976, som angitt av innklagede. Klagers tilbudssum var kroner 125 024 lavere enn

valgte leverandørs. Klager finner det urimelig at innklagede valgte å se bort fra at valgte leverandør gjorde en feil vurdering av hva som skulle leveres i en av postene i tilbudet, slik at konkurrenten kom i posisjon. Klager hadde imidlertid fortsatt den laveste pris når den aktuelle posten ble trukket ut.

- (15) Det var ikke angitt noen mangler ved klagers tilbud. Klager ble heller ikke bedt om å komme med tekniske endringer eller prisjusteringer på klagers tilbud.
- (16) Basert på ovennevnte vil klager fremsette krav om at klagers kostnader forbundet med tilbudsutarbeidelsen, samt en andel av kalkulert dekningsbidrag, blir godskrevet klager.

Innklagedes anførsler:

- (17) Klagen kan ikke føre frem, verken hva gjelder anførselen om at klager skulle ha vært valgt, eller anførselen om at det foreligger grunnlag for erstatning for den positive og den negative kontraktinteressen.
- (18) Det er riktig, med utgangspunkt i tilbudsprotokollen, at klagers tilbud var kroner 125 024 lavere enn valgte leverandørs. Under avklaringsmøtene ble det imidlertid avdekket at valgte leverandør hadde misforstått innholdet i tilbudsforespørselens post 17.4, som valgte leverandør hadde priset til kroner 150 000. Valgte leverandør hadde tolket denne posten til at hele vannstrømmen skulle ledes gjennom en tank, noe som medførte at tanken ble dimensjonert for stor og dermed også hadde en pris som var altfor høy. Det var i konkurransegrunnlaget forutsatt at kun en liten delstrøm, mindre enn 1 % av produsert vannmengde, skulle ledes gjennom tanken. Med bakgrunn i dette fikk valgte leverandør anledning til å komme med en ny pris. Det var anledning til, med hjemmel i forskriftens § 12-1 (3), å gi valgte leverandør adgang til å rette denne feilen, idet feilen fremstod som ”åpenbar”. Den nye prisen som valgte leverandør fremkom med var kroner 15 000. Dette medførte at den totale prisforskjell mellom tilbudene var kroner 1 976 i klagers favør.
- (19) Det er riktig at ”lavest pris” var angitt som viktigste tildelingskriterium, men den aktuelle konkurransen var en konkurranse med forhandling, og kriterier utover lavest pris skulle også hensyntas, jf tilbudsforespørselens post 06.10. Blant annet må lampeskift, som gjør prismessige utslag, åpenbart regnes for å være ”driftskostnader”.
- (20) Det er isolert sett riktig at det ikke er angitt noen mangler ved klagers tilbud, men det foreligger heller ikke mangler ved det tilbud som ble valgt. Isolert sett er det også riktig at klager ikke ble bedt om å komme med tekniske endringer eller prisjusteringer på tilbudet. Til dette anfører innklagede at det ikke var grunnlag for noen justeringer, idet vilkåret for slike etterfølgende justeringer ikke var oppfylt, jf forskriftens § 12-1 (3).
- (21) Vilkårene for å kunne kreve erstatning er ikke tilstede. Hva gjelder den positive kontraktsinteresse anfører innklagede at det ikke foreligger vesentlige brudd på regelverket, herunder er det ikke påvist brudd på sentrale prinsipper og regler, usaklige hensyn og/eller vilkårlige vurderinger eller feilvurdering av faktiske forhold. Det foreligger heller ikke klar sannsynlighetsovervekt for at oppdraget ville ha blitt tildelt klager.

- (22) Hva gjelder krav om dekning av den negative kontraktsinteresse, er heller ikke vilkårene for å kunne kreve dette oppfylt, idet det ikke foreligger brudd på regelverket, og det heller ikke er sannsynliggjort at klager ikke ville deltatt i konkurransen dersom klager var kjent med hvordan konkurransen ville bli gjennomført. Ei heller er det grunnlag for å hevde at innklagede har opptrådt klanderverdig i saken.

Klagenemndas vurdering:

- (23) Klager har deltatt i konkurransen og har saklig klageinteresse, jf forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Anskaffelsen følger forskrift om offentlige anskaffelser av 7. april 2006 nr. 402 (forskriften) del I og II, jf forskriften § 2-1 og § 2-2.

Forhandlinger

- (24) Klagenemnda oppfatter klagers anførsel slik at klager under forhandlingene med innklagede ikke ble opplyst om svakheter ved klagers tilbud som kunne ha endret innklagedes valg av leverandør, og at det dermed ikke ble gjennomført reelle forhandlinger.
- (25) Det følger av kravet til forutberegnelighet i lov om offentlige anskaffelser § 5 at oppdragsgiver i en konkurranse med forhandling må gjennomføre reelle forhandlinger med aktuelle leverandører, jf blant annet klagenemndas sak 2007/95 premiss (23), samt sakene 2003/105 og 2005/129. I sak 2005/218 uttalte klagenemnda i premiss (33) at:

”Av forskriften fremgår det at forhandlingene skal skje i samsvar med de alminnelige regler, herunder kravene til likebehandling, taushetsplikt og god forretningsskikk, jf § 16-3 (5) jf § 3-1 (2). I dette ligger det blant annet at tilbyderne som er invitert til forhandling har rett til reelle forhandlinger, hvilket igjen må innebære at oppdragsgiver påpeker forhold som vil bli tillagt vesentlig eller avgjørende betydning i den etterfølgende tildelingsevalueringen. Dette selv om klagenemnda i sak 2003/105 uttalte at oppdragsgiver ikke har plikt til å påpeke alle sider ved leverandørens tilbud som kan forbedres.”

- (26) Det er på det rene, jf møtereferatet av 25. september 2007, at klager fikk mulighet til å presentere tilbudet, samt at innklagede ba om nærmere tilbakemeldinger om den tilbudte ytelsen. Ut over dette har innklagede ikke dokumentert at klager har fått tilbakemeldinger om forhold ved tilbudet som kunne forbedres, og at klager ble gitt en mulighet til å forbedre disse forholdene. Tvert i mot virker det som om innklagede har forholdt seg til reglene som gjelder for åpen anbudskonkurranse, og de begrensede muligheter for avklaring som gjelder der, jf forskriftens § 12-1. Pris synes å ha vært utslagsgivende for innklagede ved valg av leverandør, og dette forholdet må anses å være av slik vesentlig betydning at klager burde ha fått mulighet til å forbedre dette.
- (27) Klagenemnda finner derfor at innklagede har brutt kravet til forutberegnelighet i lov om offentlige anskaffelser § 5, ved ikke å rettlede klager om de forhold ved tilbudet som kunne forbedres.

Tildelingsvurdering

- (28) I tilknytning til tilbudsevalueringen kan klagenemnda bare prøve om evalueringen er saklig og forsvarlig og i samsvar med de grunnleggende kravene i lov om offentlige anskaffelser § 5, samt om det er lagt til grunn korrekt faktum ved tilbudsevalueringen.
- (29) Klager har anført at innklagede har brutt regelverket om offentlige anskaffelser ved å legge til grunn feil pris ved vurderingen av valgte leverandørs tilbud.
- (30) Av forskriftens § 11-8 (2) fremgår at det i en konkurranse med forhandling er adgang til å forhandle om endringer eller suppleringer av alle sider ved tilbudene.
- (31) Innklagede forklarte i tilsvaret til klagenemnda av 20. desember 2007 at valgte leverandør etter avklaringsmøtet 25. september 2007 fikk anledning til å inngi en ny pris på en av postene i tilbudet. Klagenemnda finner at valgte leverandørs inngivelse av ny pris på den aktuelle post i henhold til det som var etterspurt i konkurransegrunnlaget må anses for å ligge innenfor den forhandlingsadgang forskriftens § 11-8 (2) hjemler. Innklagede kunne derfor legge til grunn en prisforskjell på kroner 1 976 mellom klagers og valgte leverandørs tilbud ved vurderingen av kriteriet ”Pris”.
- (32) Klager har videre anført at siden klager uansett var billigst skulle klager ha blitt tildelt kontrakten på grunnlag av at lavest pris var angitt som det viktigste tildelingskriterium.
- (33) Det fremgår av tilbudsforespørselen kapittel 06 ”TILBUDSREGLER” at kriteriet ”Pris, derunder anleggs-, energi-, drift- og vedlikeholdskostnader” var viktigst ved vurderingen av tilbudene, men at i tillegg til pris skulle det vektlegges ”kvalitet og levetid på utstyr”, ”framdrift og kapasitet”, ”arbeidsmiljø. Behov for tilsyn og vedlikehold” og ”kompetanse og referanser”. Innklagede har forklart i tilsvaret til klagenemnda av 20. desember 2007, samt i vedtak av 25. oktober 2007, at valgte leverandørs tilbud var bedre på driftskostnader, og at valgte leverandør scoret bedre også på de øvrige tildelingskriteriene, uten at den konkrete vurderingen av tilbudene er opplyst eller dokumentert for klagenemnda. Klagenemnda har dermed ikke grunnlag for å overprøve innklagedes vurdering av klagers og valgte leverandørs tilbud opp mot det øvrige tildelingskriteriene.
- (34) Klagenemnda finner imidlertid at innklagede har brutt kravet til etterprøvbarehet i lov om offentlige anskaffelser § 5 ved ikke å dokumentere at tilbudene var blitt vurdert opp mot samtlige underkriterier til tildelingskriteriet ”Pris”, samt de øvrige tildelingskriteriene ”kvalitet og levetid på utstyr”, ”framdrift og kapasitet”, ”arbeidsmiljø. Behov for tilsyn og vedlikehold” og ”kompetanse og referanser”.

Erstatning

- (35) Klagenemnda antar at vilkårene for erstatning for den negative kontraktsinteresse kan være oppfylt.

Konklusjon

Stranda kommune har brutt kravet til forutberegnelighet i lov om offentlige anskaffelser § 5, ved ikke å gi klager reell adgang til å forhandle om tilbudet.

Stranda kommune har brutt kravet til etterprøvnbarhet i lov om offentlige anskaffelser § 5 ved ikke å dokumentere at tilbudene var blitt vurdert opp mot samtlige tildelingskriterier.

Klagers øvrige anførsler har ikke ført frem.

For klagenemnda
11. februar 2008

Magni Elsheim