



**Klagenemnda
for offentlige anskaffelser**

Innklagede kunngjorde en konkurranse med forhandling for miljøsanering og riving av et tårnbygg ved Tromsø lufthavn. Det ble imidlertid ikke gjennomført forhandlinger med leverandørene slik som annonsert i kunngjøring og konkurransegrunnlag. Klagenemnda fant at innklagede med det hadde brutt kravet til forutberegnelighet. Videre var kravet til god forretningskikk brutt ved at innklagede hadde opplyst om leverandørenes tilbudspriser. Klagers øvrige anførsler ble ikke behandlet.

Klagenemndas avgjørelse 3. desember 2007 i sak 2007/95

Klager: Steinar Pedersen Maskin AS

Innklaget: Avinor AS

Klagenemndas medlemmer: Magni Elsheim, Kai Krüger, Andreas Wahl

Saken gjelder: Krav til forhandlinger. Forutberegnelighet. Offentliggjøring av tilbudspriser under konkurranse med forhandling – kravet til god forretningskikk.

Bakgrunn:

- (1) Avinor AS (heretter kalt innklagede) kunngjorde 19. april 2007 en konkurranse med forhandling for miljøsanering og riving av et tårnbygg ved Tromsø lufthavn.
- (2) Fra konkurransegrunnlagets punkt 01 "**TILBUDSINNBYDELSE**" hitsettes:

"Det vil ikke bli foretatt offentlig åpning av de innkomne tilbud, og tilbudssummer vil ikke bli kunngjort."

- (3) I konkurransegrunnlagets punkt 06.03 "**EVALUERINGSKRITERIER**" fremgikk følgende:

".03.1 TILBUDSVURDERINGEN

"Kjøp etter forhandlinger"

Det tilbud som anses mest fordelaktig basert på inngitt tilbud og forhandlinger med de mest aktuelle tilbydere ut fra tilbudet, vil bli valgt der følgende kriterier legges til grunn:

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

1. Pris

Vekt 30 %

2. Byggetid

Det legges ikke opp til konkurranse om byggetiden. Fremdriftsplan med start- og sluttidspunkt fremgår av prosjektmaterialet, og forutsettes lagt til grunn.

Evt. fravik fra den skisserte tidsplanen må angis i tilbudsbrevet under "tidsplan".

Vekt 30 %

3. Tidligere dokumentert kvalitet, referanser mm.

Referanser vil bli vurdert.

Vekt 20 %

4. Kapasitet/evne til gjennomføring

Det vil bli lagt vekt på om entreprenøren har det faglige, tekniske og økonomiske grunnlag som er nødvendig for oppfylning av kontrakten.

Vekt 20 %

5. Forbehold

Forbehold vil bli priset under evalueringen og tatt med i vurderingen.

6. Annet

Dersom et tilbud har så lav pris at det står i åpenbart misforhold til det som skal leveres, og tilbyderen ikke kan oppgi fyllestgjørende grunner for dette, kan byggherren forkaste tilbudet."

- (4) Den 24. mai 2007 ble det avholdt tilbudsbefering på Tromsø lufthavn Langnes. Av referat fra beferingen fremgikk at det var til stede representanter fra alle leverandørene som senere leverte inn tilbud.
- (5) Innen tilbudsfristens utløp 5. juni 2007 var det kommet inn tilbud fra fire leverandører. Blant leverandørene var Steinar Pedersen Maskin AS (heretter kalt klager) og AF Decom som senere ble valgt som leverandør.
- (6) Ved e-post av 13. juni 2007 ble leverandørene meddelt at AF Decom var innstilt til å utføre oppdraget, og at det ville bli gjennomført forhandlinger med denne leverandøren med sikte på å tildele kontrakt.
- (7) Samme dag, 13. juni 2007, ble det avholdt kontraktsforhandlingsmøte mellom innklagede og AF Decom.

- (8) I brev av 14. juni ble leverandørene meddelt at AF Decom var valgt som leverandør.
- (9) Klager påklagde i brev datert 15. juni 2007 flere forhold i anskaffelsesprosessen. Det ble blant annet klaget på at tilbudssummene ble gjort kjent for samtlige tilbydere ved tilbudsåpningen.
- (10) Innklagede sendte ved e-post av 26. juni 2007 en bestilling av oppdraget til AF Decom. Anleggsstart var satt til 2. juli 2007.
- (11) Innklagede avviste klagers klage ved brev av 2. juli 2007. Fra innklagedes brev hitsettes:

*”Ved åpningen ble tilbudssummene gjort kjent for tilbyderne.
Dette ble gjort i samsvar med avtale som ble gjort under tilbudsbeferingen på
bakgrunn av spørsmål fra tilbyderne om offentliggjøring av tilbudssummene.
Her var og representant fra Steinar Pedersen Maskin AS tilstede.*

*Ingen av tilbyderne tilkjennega verken under tilbudsbeferingen eller senere i
regneperioden innvendinger mot at tilbudsprisene skulle bli gjort kjent etter
åpningen.
Det ble heller tvert imot fra flere uttrykt tilfredshet til en slik åpenhet og at dette
generelt var ønsket av tilbyderne.”*

- (12) Klager brakte saken inn for klagenemnda ved brev av 23. juli 2007.

Anførsler:

Klagers anførsler:

- (13) Det er i konkurransegrunnlaget opplyst at konkurranseformen er konkurranse med forhandling. I innklagedes brev av 2. juli 2007 hevdes det at det var gjort en avtale under tilbudsbeferingen om å endre konkurranseformen. Dette er helt ukjent for klager. Uansett måtte en så vesentlig endring vært presisert i referatet fra tilbudsbeferingen. Innklagedes påstand om at innklagede ikke har endret konkurranseform er feil. Innklagede har mot sitt eget konkurransegrunnlag opplyst tilbudsprisene til den enkelte leverandør, samt utelatt å forhandle med flere enn bare den leverandøren som hadde laveste tilbudspris.
- (14) At tilbudsprisene ble kjent for alle leverandørene, er i strid med kravene til likebehandling, taushetsplikt og god forretningsskikk. Å gjennomføre forhandlinger når det tilbudte prisene er kjent, ville i så fall være en parodi. Innklagedes påstand om at det er inngått muntlig avtale mellom innklagede og tilbyderne om at tilbudsprisene skulle gjøres kjent, er ikke riktig. Under beferingen 24. mai 2007 kom det et hjertesukk fra en av leverandørene om at det var synd at tilbudspriser fra konkurrerende firma ikke alltid ble oppgitt. At dette hjertesukket endret konkurranseformen, har i hvert fall ikke klager fått med seg. Uansett burde en så viktig endring vært presisert i referatet fra beferingen.
- (15) Forsyningsforskriftens ”ånd og likebehandling” er ikke oppfylt, og konkurransen burde vært utlyst på nytt.

- (16) Det bes om en særskilt uttalelse av om klager har krav på erstatning for positiv eller negativ kontraktsinteresse.

Innklagedes anførsler:

- (17) Den 24. mai 2007 ble det inngått en muntlig avtale mellom alle leverandørene og innklagede om at tilbudsprisene skulle opplyses til alle tilbyderne. Spørsmålet ble behandlet i etterkant at tilbudsbeferingen med alle leverandørene til stede, herunder representanter fra klager. Innklagede stiller seg uforstående til at klager ikke fikk med seg henvendelsen og resultatet av ordskiftet.
- (18) Innklagede har ikke endret konkurranseform. For anskaffelser etter forsyningsforskriften er det ikke detaljerte bestemmelser for krav om, og gjennomføring av forhandlinger. Det kan således ikke oppstilles et krav om forhandling. Klagers tilbud ville uansett ikke blitt innkalt til forhandlinger, ettersom det i tilbudet manglet en del etterspurt dokumentasjon vedrørende klagers kvalifikasjoner. De resterende tilbyderne innga tilbudspriser som var hhv 48 og 71 % høyere enn valgte leverandørs tilbudspris, noe som ble vurdert slik at disse leverandørene ikke hadde reell mulighet til å få kontrakten.
- (19) Når det rent faktisk ikke er gjennomført reelle forhandlinger med noen av leverandørene, er kravet til likebehandling oppfylt.
- (20) Det er ikke grunnlag for erstatning for verken positiv eller negativ kontraktsinteresse.

Klagenemndas vurdering:

- (21) Klager har deltatt i konkurransen og har saklig klageinteresse, jf forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Anskaffelsens verdi er under EØS terskelverdier for bygge- og anleggsarbeid i forsyningsforskriften av 7. april 2006 nr. 403 , jf forskriftens § 2-3 (1) bokstav b. Innklagede er ikke "offentlig myndighet" etter forskriftens § 4-1 bokstav a, men omfattes som "offentligrettslig organ" etter forsyningsforskriftens § 1-2 (1), jf § 4-1 bokstav b. Anskaffelsen følger dermed lov om offentlige anskaffelser og forsyningsforskriftens del I, jf forskriftens § 2-1 (1).

Prosedyreform

- (22) Det følger av kunngjøringen og konkurransegrunnlaget at prosedyreform var konkurranse med forhandling. Partene er uenige om innklagede rent faktisk endret prosedyre underveis. Innklagede har imidlertid opplyst at det ikke ble gjennomført reelle forhandlinger med noen av leverandørene.
- (23) Når oppdragsgiver har valgt konkurranse med forhandling som prosedyre, må innklagede gjennomføre reelle forhandlinger med aktuelle leverandører, jf kravet til forutberegnelighet i lov om offentlige anskaffelser § 5 (3) og forsyningsforskriften § 3-1 (4). Innklagede har anført at klager uansett ikke ville blitt innkalt til forhandlinger, ettersom det i klagers tilbud manglet en del etterspurt dokumentasjon vedrørende klagers kvalifikasjoner. Manglende dokumentasjon på kvalifikasjoner vil ikke være et relevant moment ved utvelgelse til forhandlinger. Det vil i stedet være spørsmål av avvisning av leverandøren på kvalifikasjonsstadiet. Klagenemnda går ikke nærmere inn på hvorvidt klager skulle vært avvist, ettersom dette ikke er anført i saken.

- (24) Videre anfører innklagede at de resterende tilbud som ikke nådde opp, hadde så høy tilbudspris at tilbyderne ikke hadde reell mulighet til å få kontrakten. Under forhandlingene kan det forhandles om alle sider ved tilbudene, herunder om pris. Klagenemnda har i flere saker lagt til grunn at tilbudt pris ikke kan danne grunnlag for hvilke leverandører som skal velges ut til forhandlinger, jf blant annet sakene 2003/38 og 2004/76. Disse avgjørelsene gjelder direkte forskrift om offentlige anskaffelser, men nemnda legger til grunn at tilsvarende må gjelde også når anskaffelsen omfattes av forsyningsforskriften. Uansett legger nemnda til grunn at innklagede måtte gjennomført reelle forhandlinger med valgte leverandør som etter innklagedes oppfatning hadde det beste tilbudet. Kontraktsforhandlingsmøtet som ble avholdt mellom innklagede og valgte leverandør 13. juni 2007, kan ikke anses som forhandlinger i relasjon til prosedyreformen konkurranse med forhandling.
- (25) Ettersom innklagede i strid med det opplyste i kunngjøring og konkurransegrunnlag ikke har gjennomført reelle forhandlinger med noen av leverandørene, har innklagede brutt kravet til forutberegnelighet i lov om offentlige anskaffelser § 5 (3) og forsyningsforskriften § 3-1 (4).

Opplysning om leverandørenes tilbudspriser

- (26) Forskriften om offentlige anskaffelser fastslår i § 11-8 (3) og § 20-11 (5) at oppdragsgiver ikke skal gi opplysninger om innholdet i øvrige deltageres tilbud under pågående konkurranse med forhandling, sml. også forskriftens § 20-8 (1). Dette ble lagt til grunn av klagenemnda også før forskriftsendringen i 2006, da en slik regel ikke fantes i forskriften. I sakene 2004/182 premiss (25) og 2004/240 premiss (24) ble det lagt til grunn at lekkasje av slike opplysninger var i strid med etablert oppfatning om god forretningsskikk, jf lovens § 5. Nemnda mener at også forsyningsforskriften må forstås i samsvar med dette, slik at det bryter med lovens § 5 å opplyse om konkurrentenes priser under konkurranse med forhandling. Innklagede har anført at det i etterkant av tilbudsbeferingen 24. mai 2007 ble inngått en muntlig avtale mellom innklagede og leverandørene om at tilbudsprisene likevel skulle gjøres kjent for de øvrige tilbyderne. Det fremgår ikke av referatet fra tilbudsbeferingen eller av øvrige dokumenter fremlagt for nemnda at en slik avtale ble inngått. Nemnda mener at en slik avtale uansett ville vært et brudd på god forretningsskikk etter lovens § 5. Oppdragsgiver kan ikke avtale seg til en sterkere forhandlingsposisjon under konkurranse med forhandling enn det som følger av lovens § 5.
- (27) På denne bakgrunn finner klagenemnda at innklagede har brutt kravet til god forretningsskikk i lov om offentlige anskaffelser § 5 og forsyningsforskriften § 3-1 (6) ved å opplyse om leverandørenes tilbudspriser.

Øvrige anførsler

- (28) En klage til klagenemnda må være basert på anførsler knyttet til konkrete brudd på anskaffelsesregelverket. Klagers anførsel om at forsyningsforskriftens "ånd og likebehandling" ikke er oppfylt, er for vagt fremmet for at klagenemnda kan ta stilling til dette.

Erstatning

- (29) Som følge av det resultat klagenemnda har kommet til ovenfor, antar nemnda at vilkårene for erstatning for den negative kontraktsinteresse kan være oppfylt.

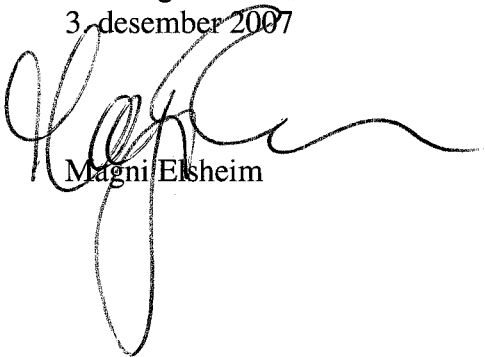
Konklusjon:

Avinor AS har brutt kravet til forutberegnelighet i lov om offentlige anskaffelser § 5 (3) og forsyningsforskriften § 3-1 (4) ved at det ikke ble gjennomført forhandlinger med noen av leverandørene.

Avinor AS har brutt kravet til god forretningskikk i lov om offentlige anskaffelser § 5 og forsyningsforskriften § 3-1 (6) ved å opplyse om leverandørenes tilbudspriser.

Klagers øvrige anførsler er ikke behandlet.

For klagenemnda,
3. desember 2007



Magni Elsheim