



Klagenemnda for offentlige anskaffelser

Klager deltok i to etterfølgende konkurranser for inngåelse av rammeavtale på elektrotjenester. Den første konkurransen ble ikke slutført innen den opprinnelige vedståelsesfristens utløp, og innklagede oppfordret heller ikke tilbyderne til å forlenge fristen. Konkurransen ble deretter avlyst. Dette fant nemnda i strid med de grunnleggende kravene i lovens § 5, herunder kravene til forutberegnelighet. Nemnda la til grunn at vilkårene for erstatning for den negative kontraktsinteresse kunne være oppfylt.

Klagenemndas avgjørelse 11. februar 2008 i sak 2007/153

Klager: Eidsiva el-teknikk AS

Innklaget: Sykehuset Innlandet HF

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

Saken gjelder: Avlysning av konkurranse etter vedståelsefristens utløp. Erstatning.

Bakgrunn:

(1) Sykehuset Innlandet HF (heretter kalt innklagede) kunngjorde 12. februar 2007 en åpen anbudskonkurranse for inngåelse av rammeavtaler på en rekke byggtekniske fag, deriblant elektroarbeid som denne klagen gjelder. Elektroarbeidene var inndelt i 8 ulike områder.

(2) I konkurransegrunnlagets punkt 6 fremgikk det følgende tildelingskriterier:

”Oppdragsgiver vil velge det/de tilbud som er det økonomisk mest fordelaktige for oppdragsgiver vurdert på bakgrunn av opplysninger som fremkommer av tilbudsskjema etter følgende prioriterte rekkefølge:

- Priser og andre kostnader
- Responstid
- Kapasitet”

(3) I grunnlagets punkt 7.1. var det angitt at tilbudsprisene skulle inngis på et vedlagt prisskjema, benevnt som vedlegg A. Vedlegg A så slik ut:

”2. Arbeidsomkostninger

2.1 Timepriser

	<i>Timepris NOK eks mva</i>	<i>Kapasitet (antall ressurser)</i>
<i>Anleggsleder/ingeniør</i>		

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

Formann/arbeidsleder (ansvarlig)		
Fagarbeider		
Lærling		

2.2 Pris for maskiner inkl fører, eks mva

	Timepris eks mva	Km godtgjørelse eks mva
Kran		
Varebil		
Liten lastebil		

2.3 Påslagsprosjenter for materialer, under- og sideentrepriser

Påslag for materialer skal være på netto prisliste (Byggherre forbeholdes retten til å be om restkonto-dokumentasjon mellom entreprenør og hovedleverandørene av materiell)	%
Påslag for underentreprenører skal være	%
Påslag for fremdriftskoordinering av sideentreprenører skal være	-%

3. Maskin og utstysleie

Ekstern leie av utstyr faktureres med basis i oppgitt leiekatalog med en gitt rabatt i tabell nedenfor. Ved internleie skal prisliste vedlegges. Småutstyr med verdi under kr 10 000 skal være inkludert i timeprisene og omfattes ikke av satsene nedenfor eller internleie.

Utleiefirma	Rabatt (%) på veil priser ^{***}

- (4) I punkt 12 var det angitt at vedståelsesfristen var 60 dager fra tilbudsfristen, som var satt til 15. mars 2007 kl. 12:00, jf grunnlagets punkt 8. Det vil si at vedståelsesfristen gikk ut 14. mai 2007 kl. 12:00.
- (5) Innen tilbudsfristens utløp mottok innklagede 9 tilbud, deriblant fra Eidsiva elektnikk AS (heretter kalt klager) og Moelven Elektro AS.
- (6) I brev av 19. april 2007 ble tilbyderne bedt om å oppgi enhetspriser på en rekke nærmere spesifiserte elektroartikler. Fra brevet hitsettes følgende:

”SI ønsker med denne henvendelsen å få utfyllende opplysninger om hva Deres påslag på netto pris på materiell (ref tilbudsskjema kap 2.3) vil bety for endelig pris på våre mest kjøpte elektroartikler. Vi vil understreke at det er forhandlingsforbud ved denne type anbuds konkurranser (ref forskriften for offentlige anskaffelser, FOA § 12-1). Tilbyder skal derfor ikke forsøke å endre pristilbudet sitt ved å besvare

denne forespørselen, men kun foreta en beregning av endelig pris på de forespurte artiklene. Vi ber om svar på vedlagte regneark.”

- (7) I brev av 9. mai 2007 ble tilbyderne meddelt hvem som var tildelt kontrakt. Her fremgikk det blant annet at klager var tildelt elektroarbeidene på Lillehammer og Elverum, 2 av i alt 8 mulige områder.
- (8) I brev av 16. mai 2007 ble tildelingsbeslutningen påklaget av Moelven Elektro AS. I klagen ble det anført at innklagede hadde foretatt en ulovlig endring av konkurransegrunnlaget når det etter tilbudsfristens utløp var blitt bedt om at prisene skulle oppgis på en annen måte enn den som fremgikk av konkurransegrunnlaget. Det ble også anført at fremgangsmåten var i strid med forhandlingsforbudet, og det ble anmodet om at konkurransen ble avlyst. Tilslutt anførte klager at innklagedes begrunnelse for valg av tilbud var mangelfull.
- (9) I brev av 22. mai 2007 avslo innklagede klagen, og opprettholdt tildelingsbeslutningen. Moelven Elektro AS fastholdt klagen i brev av 29. mai 2007. I brev av 30. mai 2007 ga innklagede de øvrige tilbyderne følgende informasjon om den situasjon som var oppstått:

”Etter tildelingen har SI mottatt klage fra en av tilbyderne. SI vil i påvente av klagebehandlingen utsette inngåelse av nye kontrakter. Det må påregnes at dette kan ta litt tid og SI vil ikke ta stilling til prosess for kontraktsinngåelse før denne saken er gjennomgått av våre advokater. Inntil denne saken er avklart vil vi henstille våre elektroleverandører på gamle avtaler om å videreføre sine tjenester og yte bistand etter de vilkår som gjelder på de gamle avtalene.”

- (10) I brev av 5. juni 2007 brakte Moelven Elektro AS saken inn for Klagenemnda (Sak 2007/66). I brev av 8. juni 2007 meddelte innklagede tilbyderne at konkurransen tilknyttet elektroarbeider var avlyst. Fra brevet hitsettes følgende:

”Med bakgrunn klagesak omtalt i brev datert 30.5, har vi kommet frem til at den mest hensiktsmessige måte å få ferdigstilt anskaffelsen på er å gjennomføre en ny konkurranse. SI vil derfor om kort tid utlyse en ny konkurranse. I den anledning imøteser vi et nytt tilbud fra Deres firma.”

- (11) I et eget brev til Moelven Elektro AS uttalte innklagede følgende om klagen og avlysningen av konkurransen:

”Vi vil påpeke at vi ikke deler Deres syn på de påståtte brudd på forskriften som klagen opprinnelig ble basert på. Dette er i brev til KOFA, datert 5.6.07, bl.a. omtalt som brudd på forhandlingsforbudet, urettmessig endring av konkurransegrunnlag og brudd på krav til gjennomsiktighet, etterprøvbarhet og forutberegnlighet. SI vil allikevel avlyse omtalte anbuds konkurranse da flere omstendigheter knyttet til anskaffelsens forløp tilsier at dette er det mest hensiktsmessige utfall for alle parter. Vi ber om kopi av brev der Deres klient trekker klagen. SI vil om kort tid utlyse en ny konkurranse. I den anledning imøteser vi et nytt tilbud fra Moelven Elektro.”

- (12) Den 11. juni 2007 trakk Moelven Elektro AS klagesaken for klagenemnda.

- (13) Samme dag kunngjorde innklagede konkurransen tilknyttet elektroarbeider på nytt. Av det nye konkurransegrunnlaget fremgikk det at det ville bli benyttet samme tildelingskriterier som i den forrige.
- (14) I brev av 20. juni 2007 ba Eidsiva el-teknikk AS om en nærmere redegjørelse for begrunnelsen for avlysningen. Dette ble gitt i innklagedes brev av 25. juni 2007. Fra dette brevet hitsettes følgende:

”Vi vil herved gi en nærmere begrunnelse for avlysningen:

Oppdragsgiver ble klaget inn for påstått brudd på forskriften som omhandler forhandlingsforbudet ved at vi sendte ut forespørsel om innlevering av enhetspriser på elektromateriell etter åpning av tilbudene samt urettmessig endring av konkurransegrunnlag og brudd på krav til gjennomsiktighet,- etterprøvbarehet og forutberegnlighet. Samtidig med at denne saken ble klaget inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser (KOFA) har SI også blitt oppmerksom på at vedståelsesfristen for tilbudene var gått ut.

SI vil understreke at vi hele tiden har motstridt påstandene i klagen, men at en inngåelse av kontrakt etter at vedståelsesfristen var gått ut ville vært ulovlig uten at alle tilbyderne har fått mulighet til å forlenge tilbudet. Inngåelse av kontrakt under disse omstendighetene ville vært en ulovlig direkte anskaffelse fra vår side.

I en totalvurdering av alle ovennevnte forhold har vi derfor kommet frem til at en avlysning og ny konkurranse er det beste for å få ferdigstilt denne anskaffelsen.”

- (15) Innen tilbudsfristen i den nye konkurransen, 5. juli 2007, mottok innklagede 9 tilbud, deriblant fra Eidsiva el-teknikk AS og Moelven Elektro AS.
- (16) I brev av 10. august 2007 meddelte innklagede at kontrakten var tildelt Moelven Elektro AS, YIT Building System AS og Eltron AS. Klager ble altså ikke tildelt kontrakt i denne konkurransen.
- (17) Saken ble brakt inn for klagenemnda i brev av 7. desember 2007. I tilsvaret har innklagede opplyst at tilbudene som ble inngitt i den første konkurransen er makulert da det er gått over 5 måneder siden konkurransen ble avlyst.

Anførsler:

Klagers anførsler:

Avlysning og vedståelsesfrist

- (18) Innklagede har brutt regelverket ved ikke å oppfordre leverandørene til å forlenge tilbudenes vedståelsesfrist. Det er dette som er den reelle årsaken til at konkurransen ikke ble slutført og tildelte kontrakter inngått, jf blant annet innklagedes begrunnelse for avlysningen i brevet av 25. juni 2007. At innklagede lot tilbyderne inngi prisene sine på nytt er ikke i strid med forhandlingsforbudet. Dette må kun karakteriseres som en lovlig avklaring av den priskonsekvens allerede inngitte priser hadde. Uavhengig av hvordan dette vurderes, kunne innklagedes fremgangsmåte i alle fall ikke føre til at det oppstod en rett til å avlyse konkurransen. Det forelå heller ikke andre omstendigheter som kunne gi saklig grunn til avlysning.

Erstatning

- (19) Siden klager var tildelt 2 av de 8 lokalitetene er det sannsynlig at klager ville fått kontrakten på disse dersom innklagede ikke hadde unnlatt å be tilbyderne om å forlenge vedståelsesfristen. Dette gjelder uavhengig av om de 5 tilbudene som skulle blitt avvist hadde blitt avvist eller ikke. På basis av dette er vilkårene for erstatning for den positive kontraktsinteresse oppfylt, og klagenemnda bes om å stadfeste dette. Subsidiært bes nemnda om å uttale seg om vilkårene for erstatning for den negative kontraktsinteresse er oppfylt.

Innklagedes anførsler:

Avlysning og vedståelsesfrist

- (20) Det erkjennes at innklagede i utgangspunktet burde ha oppfordret tilbyderne til å forlenge tilbudenes vedståelsesfrist før denne gikk ut. Den reelle begrunnelsen for at konkurransen ble avlyst er imidlertid at det kun var 4 av de 9 tilbudene som var priset slik konkurransegrunnlaget etterspurte, og at disse tilbudene kun gjaldt et fåtall av de 8 lokalitetene det var bedt om tilbud på. Ut fra dette var det uaktuelt for innklagede å inngå kontrakt på basis av de resterende tilbudene, og den eneste måten å få gjennomført anskaffelsen på var da å avlyse den kunngjorte konkurransen for så å kunngjøre denne på nytt.

Erstatning

- (21) Det erkjennes at innklagede kan være ansvarlig for den negative kontraktsinteresse.
- (22) Når det derimot gjelder erstatning for den positive kontraktsinteresse, er det ikke sannsynliggjort at klager ville fått kontrakten selv om vedståelsesfristen hadde blitt forlenget. Dersom innklagede i samsvar med regelverket hadde avvist de 5 mangelfulle tilbudene, ville det vært uaktuelt for innklagede å inngå kontrakt. Dette fordi de resterende tilbud kun dekket et fåtall av de etterspurte lokaliteter. Den eneste mulighet som gjenstod da var å avlyse konkurransen.

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 etter sin opplyste verdi forskrift om offentlige anskaffelser av 7. april 2006 nr 402 del I og II, jf forskriftens §§ 2-1 og 2-2.

Avklaring, endring av tilbud eller konkurransegrunnlag

- (24) Innklagede har erkjent at ble gjort feil under behandlingen av tilbudene. Nemnda forstår saken slik at man i strid med forskriften § 12-1 (1) enten søkte å endre noen av tilbudene for å gjøre dem sammenlignbare - eller at man søkte å justere konkurransegrunnlaget for at dette kunne anvendes på de foreliggende tilbud, jf forskriften § 8-2 (1). Slike feil kan vanskelig rettes uten å avlyse konkurransen og starte på nytt. Innklagede har anført at tildeling til de resterende tilbud på bare et fåtall lokaliteter uansett ville vært uaktuelt. Klagers anførsel om at endringene besto i lovlig avklaring med tilbyderne og at klager dermed lovlig var tildelt – eller lå an til å bli tildelt - to av lokalitetene, er derfor ikke dokumentert.

Avlysning av konkurransen etter vedståelsesfristens utløp

- (25) Av forskriftens § 13-1 (1) følger det at oppdragsgiver "kan" avlyse en konkurranse med øyeblikkelig virkning dersom det foreligger en saklig grunn. At det er gjort feil

som vanskelig kan rettes i fortsettelsen utgjør etter omstendighetene også saklig grunn til avlysning. Innklagede har anført at det i dette tilfellet dessuten forelå saklig grunn til å avlyse konkurransen da det kun var 4 av de 9 tilbudene som var priset i henhold til kravspesifikasjonen, og disse tilbudene ikke dekket samtlige etterspurte lokaliteter.

(26) Det følger av klagenemndas tidligere praksis, jf blant annet nemndas saker 2005/296, 2006/125 og 2007/5, at slutføring ved tildeling uansett må skje mens tilbudene ennå er bindende. Fra sak 2005/296 siteres:

(27) *”(29) Klagenemnda har i tidligere saker uttalt at en konkurranse er avsluttet når vedståelsesfristen er utløpt, og oppdragsgiveren derfor ikke har noen bindende tilbud å forholde seg til. Denne regelen forutsetter at oppdragsgiveren i utgangspunktet har en plikt til å inngå kontrakt mens tilbyderne ennå vedstår seg sine tilbud, eller iallfall at tilbyderne får en oppfordring om å forlenge sin vedståelse før den opprinnelige fristen utløper, slik at konkurransen kan slutføres i tråd med regelverket. Dette har innklagede ikke gjort, og klagenemnda finner derfor at innklagede har brutt de grunnleggende kravene i lovens § 5.”*

(28) Nemnda mener at også spørsmålet om avlysning må vurderes på samme måte. Dersom oppdragsgiver ser at det ikke er mulig å slutføre konkurransen innen den opprinnelige vedståelsesfrist, må oppdragsgiver oppfordre tilbyderne til å forlenge fristen slik at både spørsmål om tildeling og avlysning avgjøres mens tilbudene ennå er bindende. Tilbydere som vil anfekte en avlysning etter forskriftens § 13-1 (1), må ha som mulighet å vise til et fortsatt virksomt tilbud i konkurransen.

(29) Det fremgår at innklagede før fristutløp verken avlyste konkurransen eller oppfordret tilbyderne til å forlenge vedståelsesfristen satt i konkurransegrunnlaget. Konkurransen ble først avlyst mer enn 3 uker etter at fristen var løpt ut. Hvorvidt konkurransen før fristutløp kunne vært avgjort med de gjenværende tilbyderne på de aktuelle lokaliteter er i forhold til klageren uklart, men en eventuell rett til å avlyse må uansett anses forspilt når fristen utløper uten tildeling eller avlysning. Nemnda behøver derfor ikke avgjøre om det forelå saklig grunn til avlysning og i tilfelle på hvilket grunnlag. Ved dette har innklagede brutt de grunnleggende kravene i lovens § 5, herunder kravet til forutberegnelighet.

Erstatningsspørsmålet

(30) Siden nemnda ikke har tatt stilling til om innklagede kunne hatt saklig grunn til å avlyse konkurransen dersom dette hadde blitt påberopt rettidig, mangler nemnda grunnlag for å ta stilling til om vilkårene for erstatning for den positive kontraktsinteresse for klager er oppfylt. Nemnda legger imidlertid til grunn at vilkårene for erstatning for den negative kontraktsinteresse kan være oppfylt.

Konklusjon:

Sykehuset Innlandet HF har brutt de grunnleggende kravene i lovens § 5, herunder kravet til forutberegnelighet, ved å la vedståelsesfristen utløpe uten tildeling, beslutning om avlysning eller innhenting av tilsagn om fristforlengelse.

For Information

11. August 1958

Von [illegible]
[illegible]

Ed. [illegible]