



**Klagenemnda
for offentlige anskaffelser**

Innklagede gjennomførte en åpen anbudskonkurranse for anskaffelse av nytt sentralutstyr for intercom og lytteanlegg til Ullersmo fengsel. Samtlige tilbud, herunder klagers, i konkurransen ble avvist og innklagede avlyste på den bakgrunn konkurransen. Klagenemnda fant at innklagedes avvisning av klagers tilbud var urettmessig. Etter at konkurransen ble avlyst gjennomførte innklagede en såkalt direkte anskaffelse.

Klagenemndas avgjørelse 3. september 2007 i sak 2007/53 - 13

Klager: Sesam Data AS

Innklaget: Statsbygg

Klagenemndas medlemmer: Magni Elsheim, Kai Krüger, Andreas Wahl

Saken gjelder: Avvisning av klagers tilbud.

Bakgrunn:

(1) Statsbygg (heretter kalt innklagede) kunngjorde 29. september 2006 en åpen anbudskonkurranse for anskaffelse av nytt sentralutstyr for intercom og lytteanlegg til Ullersmo fengsel.

(2) I kunngjøringens punkt IV.2 stod det følgende om tildelingskriterier:

”A) Laveste pris Nei

B) Det økonomisk mest fordelaktige tilbudet i samsvar med:

B1) Kriterier som angitt under Nei

B2) Kriterier som angitt i konkurransegrunnlaget: Ja”

(3) Fra konkurransegrunnlagets punkt 3.5 hitsettes:

”3.5 Tildelingskriterier i denne konkurransen

Tildeling skjer utelukkende ut fra hvilket tilbud som har den laveste prisen. [...]”

(4) Innen tilbudsfristens utløp 19. oktober 2006 var det kommet inn tilbud fra tre leverandører, blant disse Sesam Data AS (heretter kalt klager).

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

(5) Fra klagers tilbud hitsettes:

”Forbehold:

- [...]
- *Vårt tilbud forutsetter at arbeider kan foregå mellom 08.00 og 16.00 på hverdager.”*

(6) Ved brev datert 22. oktober 2006 ble klager meddelt at tilbudet var avvist og at konkurransen var avlyst. Fra innklagedes brev hitsettes:

”Deres tilbud må dessverre avvises, ettersom det må antas å inneholde et forbehold mot konkurransegrunnlagets kontraktsvilkår. Vi sikter her til Deres forutsetning om at arbeidene ”kan foregå mellom 08.00 og 16.00 på hverdager.”

For øvrig ble samtlige tilbud i denne konkurransen avvist, enten som følge av forbehold eller av formelle årsaker. Konkurransen avlyses derfor i henhold til anskaffelsesforskriftens § 10-1 (1).

Vi tar nå sikte på å gjennomføre en forhandlet prosedyre etter forskriftens § 4-3 a. og kommer tilbake til Dem så snart dette er avklart internt.”

(7) I e-post av 25. oktober 2006 inviterte innklagede klager til en ”forhandlet prosedyre”. Fra e-posten hitsettes:

”Vi vil nå gjerne gjennomføre en forhandlet prosedyre. Nevnte forbehold er uakseptabelt for Statsbygg og vi ber dere om å vurdere om det kan bortfalle. Tilbudet deres ligger vesentlig høyere i pris enn laveste tilbyder ved åpningen. Dere gis nå en mulighet til å vurdere tilbudet på nytt herunder tilbudsprisen, framdrift, timepriser med mer.”

(8) Klager besvarte innklagedes henvendelse ved e-post av 26. oktober 2006.

(9) Ved e-post av 9. november 2006 reduserte klager sin tilbudspris noe.

(10) I brev fra klager til innklagede datert 19. desember 2006 stod det følgende:

”Vi har ikke hørt noe fra dere vedrørende tildeling av kontrakten, og vi forutsetter derfor at kontrakt ikke er tildelt. Sesam Data AS har imidlertid mottatt signaler som tyder på at det motsatte har skjedd. Vi minner da om at leverandører skal ha skriftlig meddelelse om valg av leverandør, med begrunnelse for valget og frist for å klage, jf forskriftens § 10-3/§ 17-3. [...]”

(11) Innklagede besvarte henvendelsen ved brev av 3. januar 2007. Fra innklagedes brev hitsettes:

”Hjemmelen for å gjøre bruk av såkalt direkte anskaffelse etter en anbuds konkurranse uten tilbud er følgelig nevnte forskrifts § 11-2 f. Ved en slik

direkte anskaffelse gjelder ikke kravet om at tilbyderne skal motta meddelelsesbrev etter § 17-3, jfr. 11-2 (2).

Ved en feil henviser imidlertid vårt brev av 22.10.2006 til bestemmelser i forskriftens del II, nærmere bestemt § 10-1 og § 4-3 a. Sistnevnte bestemmelse er motstykke i del II til nevnte § 11-2 f. i del III. Denne feilhenvisningen forandrer imidlertid ikke det faktum at konkurransen ble kunngjort og gjennomført som en anskaffelse under den nasjonale terskelverdi, uten krav til meddelelsesbrev etter § 17-3. Statsbygg kan således ikke se at anskaffelsesforskriften er brutt.

K505 ble bestilt fra Intercom Support AS i slutten av november 2006 på bakgrunn av [at] dette firmaet tilbød den laveste prisen for oppdraget. Det er fast praksis i Statsbygg å orientere tilbydere om utfallet av en slik direkte anskaffelse, og vi beklager at dette ikke har vært gjort tidligere.”

(12) Klager brakte saken inn for klagenemnda ved brev av 16. april 2007.

Anførsler:

Klagers anførsler:

- (13) Det foreligger ikke hjemmel for avvisning av klagers tilbud. Basert på avvisningsbrevet er det nærliggende å legge til grunn at innklagede ikke har vurdert det sentrale vilkåret i forskriftens § 15-10 (1) bokstav d, men uten videre har foretatt avvisning som følge av forbeholdets eksistens.
- (14) Uavhengig av om innklagede har vurdert avvisningen basert på en ukorrekt forståelse, skulle ikke klagers tilbud vært avvist. Bakgrunnen for presiseringen av at arbeidet måtte skje mellom kl 08.00 og 16.00 på hverdager, var at det ikke fremgikk av konkurransegrunnlaget hvorvidt det var anledning til dette, eller om det var tenkt at arbeidet skulle skje på kveld/i helger. All den tid det faktisk ikke var noe problem å arbeide innenfor det aktuelle tidsrommet, slik det har kommet frem under forhandlingene, og klager ikke har tatt forbehold med hensyn til fremdriftsplanen, kan klagers forbehold ikke medføre tvil om hvordan tilbudet skal bedømmes i forhold til øvrige tilbud.
- (15) Innklagede har brutt regelverket ved at tildelingskriteriet som er oppgitt i konkurransegrunnlaget avviker fra kunngjøringen.
- (16) Videre har innklagede skapt en uklarhet ved at det i forhandlingene etter den forutgående åpne anbudskonkurransen ble uttalt at tekniske løsninger og kvalitet også ville bli vektlagt. Slik uklarhet skaper tvil med hensyn til hvilke spilleregler som gjelder.
- (17) Innklagede har brutt kravene til etterprøvnbarhet og gjennomsiktighet ved ikke å informere om tildelingsbeslutningen før kontrakt ble inngått.

Innklagedes anførsler:

- (18) Avvisningen av klagers tilbud skjedde etter en konkret vurdering av forbeholdet.
- (19) Forutsetningen om at arbeider kan foregå mellom kl 08.00 og 16.00 er uttrykkelig angitt som et forbehold, noe som i seg selv gir presumsjon for at det er snakk om et

reelt avvik fra konkurransegrunnlagets forutsetninger. Det fremstår som et mindre sannsynlig tolkningsalternativ at klager kun har ment å presisere et behov for tilgang på byggeplassen innenfor alminnelig arbeidstid. Det nærmere innholdet av klagers forbehold fremstår som usikkert. Det kan forstås dit hen at klager tilkjenner at selskapet overhodet ikke kan utføre arbeider utenom angitt tidsrom. Forstått på denne måten skaper forbeholdet tvil om ansvaret for fremdriften i arbeidene. En annen tolkning er at tilbudets fastpris kun omfatter arbeider som utføres mellom kl 08.00 og 16.00, slik at klager automatisk er berettiget til å kreve tilleggsbetaling for arbeider utenom dette tidsrommet. En slik rett for klager, vil ha økonomiske konsekvenser for innklagede som er vanskelig å beregne. Begge disse tolkningsalternativene må føre til avvisning av tilbudet etter forskriftens § 15-10 (1) bokstav d, og antagelig også etter bokstav c, jf § 15-6 (3).

- (20) Det er korrekt at kunngjøringen i den opprinnelige konkurransen oppga at kontrakt ville bli tildelt det økonomisk mest fordelaktige tilbudet, mens konkurransegrunnlaget fastslo at det dreiet seg om en ren priskonkurranse. Innklagede beklager dette, men kan ikke se at denne glippen har vært egnet til å forvirre tilbyderne ettersom kunngjøringen ikke angir noen tildelingskriterier, men nøyer seg med å henvise til konkurransegrunnlaget.
- (21) Innklagede kjenner seg ikke igjen i klagers anførsel om at det under forhandlingene, som etterfulgte den avlyste anbudskonkurransen, ble opplyst at andre faktorer enn pris ville bli vurdert. Innklagede har kun vektlagt pris i tilbudsevalueringen.
- (22) Kravet om meddelelse til de øvrige tilbyderne før kontraktsinngåelse, kan ikke utledes av lov om offentlige anskaffelser og regelverkets forutsetninger om rettslig overprøving.

Klagenemndas vurdering:

- (23) Klager har deltatt i begge konkurransene og har saklig klageinteresse, jf forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Klager har påklaget forhold både i den forutgående åpne anbudskonkurransen og i den etterfølgende direkte anskaffelsen. Anskaffelsens verdi er under EØS-terskelverdien, og den åpne anbudskonkurransen følger dermed forskrift om offentlige anskaffelser del I og III, jf forskriftens § 2-1, jf § 2-2 (1). Den etterfølgende direkte anskaffelsen følger forskriftens del I, jf § 2-1 (1) og § 11-2 (2).

Avvisningen av klagers tilbud

- (24) Under henvisning til forutsetningen i klagers tilbud om at arbeidene *"kan foregå mellom 08.00 og 16.00 på hverdager"* ble tilbudet avvist på bakgrunn av at *"det må antas å inneholde et forbehold mot konkurransegrunnlagets kontraktsvilkår"*. Det følger av forskrift om offentlige anskaffelser § 15-10 (1) bokstav c, jf § 15-6 at et tilbud skal avvises dersom det er tatt vesentlige forbehold mot kontraktsvilkårene. Innklagede henviste i brevet av 22. oktober 2006 imidlertid ikke til hvilke kontraktsvilkår det var antatt at klagers tilbud tok forbehold mot, og klagenemnda kan ikke se at det følger av kontraktsvilkårene at det ikke skulle utføres arbeid i tidsrommet mellom kl 08.00 og 16.00 på hverdager.
- (25) Etter klagenemndas oppfatning kan det i dette tilfellet ikke anses å være et vesentlig forbehold mot kontraktsvilkårene som skulle medført avvisning, at det i klagers

tilbud ble forutsatt at arbeider skulle kunne foregå innenfor det som må regnes som normalarbeidstid. Innklagede har med dette brutt forskriftens § 15-10 (1) bokstav c, jf § 15-6 ved å avvise klagers tilbud.

- (26) Innklagede har i tilsvaret til klagenemnda også vist til at innholdet av klagers forbehold fremstod som usikkert, jf forskriftens § 15-10 (1) bokstav d. Klagenemnda er ikke enig i dette. Forutsetningen i klagers tilbud går ut på at arbeidet "kan" utføres mellom kl 08.00 og 16.00, og sier ikke at alt arbeidet skal utføres i dette tidsrommet.

Klagers øvrige anførsler

- (27) Ettersom klagenemnda i det foregående er kommet til at avvisningen av klagers tilbud var urettmessig, finner klagenemnda ikke grunnlag for å behandle klagers øvrige anførsler.

Konklusjon:

Statsbygg har brutt forskrift om offentlige anskaffelser § 15-10 (1) bokstav c, jf § 15-6 ved å avvise klagers tilbud uten at det inneholdt vesentlige forbehold mot konkurransegrunnlagets kontraktsvilkår.

Klagers øvrige anførsler er ikke behandlet.

For klagenemnda,
3. september 2007


Magni Elsheim