



**Klagenemnda
for offentlige anskaffelser**

Innklagede gjennomførte en åpen anbudskonkurranse for innkjøp av gjerdemateriell til tre reingjerder i Finnmark. I konkurransegrunnlaget klager mottok fra innklagede var det oppgitt feil frist for levering av tilbud. Klager leverte tilbud i henhold til fristen i konkurransegrunnlaget. Klagenemnda fant at innklagede ikke skulle ha avvist tilbude tfra klager som for sent innkommet, men at konkurransen i stedet skulle vært avlyst og kunngjort på nytt. Klagenemnda antok at vilkårene for erstatning for negativ kontraktsinteresse var oppfylt.

Klagenemndas avgjørelse 14.april 2008 i sak 2008/25

Klager: ToJo AS

Innklaget: Reindriftsforvaltningen

Klagenemndas medlemmer: Per Christiansen, Bjørg Ven, Andreas Wahl,

Saken gjelder: Tilbudsfrist

Bakgrunn:

- (1) Reindriftsforvaltningen i Alta (heretter kalt innklagede) kunngjorde 12. november 2007 en åpen anbudskonkurranse for innkjøp av gjerdemateriell til tre reingjerder i Finnmark.
- (2) Av kunngjøringens punkt I.1) fremgikk det at kontaktpunkt for å få tilsendt konkurransegrunnlag var oppgitt i bilag A.II til kunngjøringen. Konkurransegrunnlaget lå også som tilleggsdokument til kunngjøringen. Både i kunngjøringen og i det konkurransegrunnlaget som lå som tilleggsdokument til denne, var tilbudsfristen opplyst å være 4. desember 2007.
- (3) 14. november 2007 sendte ToJo AS (heretter kalt klager) følgende e-post til innklagede:

"Hei

Kan dere sende oss anbudsdokumenter til deres innkjøp av gjerdemateriell, reingjerde, Finnmark.

Innkjøp gj.mat.Pasvik- 12.11.07

CPV: 28822000

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

Dette skal på tre steder i Finnmark.

Vi ønsker å få vite hvilke type gjerde dere ønsker, stolpetype, avstand mellom stolpene og lignende.”

- (4) 15. november 2007 sendte innklagede konkurransegrunnlaget på e-post til klager. Frist for å inngi tilbud var her opplyst å være 14. desember 2007.
- (5) Klager utformet tilbud av 11. desember 2007 som ble registrert innkommet hos innlagede 12. desember 2007.
- (6) I mellomtiden hadde innklagede mottatt og evaluert de øvrige tilbud. Disse var levert innen 4. desember, den fristen som var oppgitt i kunngjøringen og konkurransegrunnlaget som var lagt ut på doffin.no. Tilbudene var blitt åpnet 5. desember, og meddelelsesbrev om vinneren av konkurransen var sendt ut 6. desember.
- (7) 19. desember 2007 sendte innklagede et brev til klager der tilbudet fra klager ble avvist som for sent innkommet. Fra brevet hitsettes:

”Det konkurransegrunnlaget du har fått tilsendt fra oss viser seg å være feil, noe vi beklager. Konkurransegrunnlaget som er lagt inn i Doffin.no er det riktige, og har en innleveringsfrist den 04.12.2007 kl. 15.00.

Ditt tilbud er innkommet til oss den 12.12.07, og er dermed innkommet for sent. Tilbudet avvises derfor i medhold av forskrift om offentlige anskaffelser § 11-11, 1. ledd, bokstav a.”

- (8) 31. desember 2007 sendte klager et brev til innklagede der det ble gitt uttrykk for at klager ikke aksepterte å bli avvist fra konkurransen på grunn av for sent innlevert tilbud. Klager begrunnet sitt standpunkt på følgende måte:

”I ditt brev av 19.12 henviser du til at konkurransegrunnlaget er lagt ut på Doffin.no. I utlysningen av dette anbudet står det under post I.1 Kontaktpunkt ”Kontaktpkt for å få tilsendt /tilgang til konkurransegrunnlaget og/eller andre dokumenter: Annet, benytt bilag A.II” Under dette bilaget (Bilag A del II) står det at man skal kontakte Reindriftsforvaltningen for å få tilsendt konkurransegrunnlaget. (Selve konkurransegrunnlaget er ikke lagt ut på Doffin)

Vi har tatt kontakt med dere kort tid etter at utlysningen var lagt ut på Doffin og fått tilsendt konkurransegrunnlaget fra dere. I tilsendt konkurransegrunnlag var innleveringsfristen satt til 14. desember kl. 15.00 (se vedlegg)

Gjennom mange år med offentlige anbud har vi sett at beskrivelsen med mengde, dokumentasjonskrav og innleveringsfrist/sted ofte avviker fra det som står på Doffin. Det er en generell oppfatning at det man får tilsendt fra oppdragsgiver er det overordnede dokument og at det er opplysninger i dette dokument som er retningsgivende; uavhengig av hva som måtte ha stått i selve utlysningen på Doffin eller annen utlysningsformat (annet elektronisk eller i aviser)”

- (9) Innklagede opprettholdt sin avvisning av tilbudet i brev av 4. januar 2008. Fra brevet hitsettes:

"Det konkurransegrunnlaget du har fått tilsendt fra oss viser seg å være feil, noe vi har beklaget. Vårt konkurransegrunnlag som er lagt inn i Doffin.no samt på våre nettsider er riktige, og har en innleveringsfrist den 04.12.07 kl. 15.00. Ditt tilbud ble mottatt her den 14.12.07.

Når det gjelder pkt. 1 i deres tilsvare, så hevder vi at dette er feil. Innleveringsfristene fremkommer klart i doffin, samt at vårt riktige konkurransegrunnlag kan lastes ned via doffin. Se vedlegg. Videre ligger konkurransegrunnlaget også på våre nettsider (www.reindrif.no).

I ditt tilbud av 11.12.07 viser du til det tilsendte konkurransegrunnlaget, samt til utlysningen i www.Doffin.no. I utlysningen i doffin finnes det riktige konkurransegrunnlag lagt ved i egen fil. Videre fremkommer innleveringsfristen klart både i selve dokumentet og på forsiden i utlysningen i doffin.

Ved sammenligning av begge konkurransegrunnlagene så fremkommer disse som ulike med hensyn til frister og krav. Ut fra fristene som klart fremkommer i doffin, mener vi at leverandøren burde skjønt at noe var feil og gjøre undersøkelser for en avklaring."

- (10) 9. januar 2008 sendte klager et brev til innklagede der de opprettholdt sin klage på avvisningen. I brevet ble det gitt følgende kommentarer til innklagedes brev av 4. januar:

"1. I ditt siste tilsvare til vårt brev av 28. 12 hevder du at dere fikk vårt tilbud den 14.12.

Dette stemmer ikke da vårt tilbud var mottatt av dere 12.12. Vi har ennå ikke fått tilsendt åpningsprotokoll eller lignende på vårt innsendte anbud.

2. Når det gjelder ditt svar på innleveringsfrist så finner vi dette meget merkelig. Vi har vedlagt utlysningen av anbudskonkurransen og har avmerket det vi tidligere har hevdet; nemlig at man skulle ta kontakt med dere for å få tilsendt konkurransegrunnlaget.

At dette ligger på Doffin eller på reindrif.no er en helt annen sak. Hvis det KUN var mulig å hente konkurransegrunnlaget på Doffin eller reindrif.no så burde dette vært utførlig påpekt i utlysningen.

Og; hvis det virkelig var slik at eneste stedet for å hente konkurransegrunnlaget var på nevnte nettadresser; hvorfor har dere da sendt oss konkurransegrunnlaget når vi henvendte oss til dere kort tid etter utlysningen?

Hvorfor har dere satt inn i utlysningen at man skulle ta kontakt med dere for å få tilsendt konkurransegrunnlaget hvis eneste plass å få dette var på Doffin.no eller reindrif.no?"

- (11) Klager bragte saken inn for klagenemnda ved brev av 30. januar 2008.

Anførsler:

Klagers anførsler:

- (12) Innklagede hadde ikke rett til å avvise klagers tilbud som for sent innkommet. Tilbudet ble levert i rett tid, med rett dokumentasjon og ellers i henhold til konkurransegrunnlag mottatt fra innklagede. Innklagede har ansvaret for at de har sendt ut konkurransegrunnlag med feil innleveringsfrist.
- (13) I utlysningen på Doffin står det utvetydig at man skal henvende seg til Reindriftsforvaltningen i Alta. Det har ikke betydning at konkurransegrunnlag med riktig innleveringsfrist var tilgjengelig på doffin.no og reindrift.no. Det er ikke oppgitt i utlysningen at konkurransegrunnlaget måtte lastes ned fra et av disse nettstedene. Dersom det hadde vært tilfelle at konkurransegrunnlaget skulle lastes ned herfra burde ikke innklagede ha sendt konkurransegrunnlaget på e-post til klager.
- (14) Det har heller ikke betydning at den riktige innleveringsfristen stod i utlysningen på doffin. Klager har flere ganger opplevd at innleveringsfrister har blitt endret underveis. Man må derfor forholde seg til det dokument som er sist i tid, og klager hadde ingen grunn til å tro at det her var noe galt.
- (15) Klagenemnda bes om å vurdere om det er grunnlag for erstatning for positiv kontraktsinteresse, enten hele beløpet eller deler av dette. Det ble levert fem tilbud i konkurransen, og pris var et av fem tildelingskriterier. Klagers tilbud er ikke blitt vurdert, men klager mener at han i utgangspunktet hadde en femtedels sjanse til å vinne konkurransen. På den bakgrunn bør klager ha krav på erstatning for en femtedel av sin positive kontraktsinteresse.
- (16) Det bes om at klagenemnda vurderer om det er grunnlag for erstatning for negativ kontraktsinteresse.

Innklagedes anførsler:

- (17) Det konkurransegrunnlaget som ble sendt ToJo AS var et utkast, og ikke den endelige versjonen. Utkastet var ulikt den endelige versjonen både med hensyn til frist for innsendelse av tilbud og kriteriene for tildeling. Etter innklagedes tolkning av regelverket medførte disse forholdene at det ikke kunne tas hensyn til tilbudet fra ToJo AS. Innklagede så seg derfor nødt til å avvise tilbudet som for sent innkommet.
- (18) Klager burde ha skjont at han hadde fått tilsendt feil konkurransegrunnlag. Klager viser i sitt tilbud til doffin.no, og der fremkommer det på alle sider i databasens saksdokumenter at fristen for innlevering var satt til 4. desember. Da klager mottok et konkurransegrunnlag der fristen var satt til 14. desember, burde han skjont at noe ikke stemte. Klager hadde da god tid til å sjekke fristene og levere et tilbud innen den riktige fristen.
- (19) Det er ikke riktig at klager måtte kontakte Reindriftsforvaltningen for å få tilsendt konkurransegrunnlag. Konkurransegrunnlaget var lett tilgjengelig på doffin.no som tilleggsdokument til kunngjøringen.
- (20) Til klagers spørsmål om hvorfor innklagede tilbyr seg å sende ut konkurransegrunnlaget selv, når dette kan lastes ned via Doffin, er svaret at dette gjøres som en ekstra service for å få inn flest mulig tilbud og dermed økt konkurranse.

- (21) Det kan se ut som om klager mener at Reindrifftsforvaltningen flere ganger har endret innleveringsfrister. En slik påstand medfører ikke riktighet siden noe slikt aldri har skjedd. Uttalelsen må derfor være av generell karakter, og ikke noe som kan belastes Reindrifftsforvaltningen.
- (22) Når det gjelder krav om erstatning for positiv kontraktsinteresse, så er det opp til klager å sannsynliggjøre at han ville vunnet anbudet dersom han hadde deltatt i konkurransen. Innklagede kan ikke se at dette er godtgjort og mener det ikke foreligger grunnlag for ersatning for positiv kontraktsinteresse.
- (23) Krav om erstatning for negativ kontraktsinteresse kan det ikke tas stilling til før det foreligger dokumentasjon for utgiftene.

Klagenemndas vurdering:

- (24) 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 del I og III.
- (25) Det sentrale spørsmålet i saken er om innklagede hadde plikt til å avvise klagers tilbud som for sent innkommet. Det følger av forskrift om offentlige anskaffelser § 20-13 (1) bokstav a at et tilbud skal avvises når det ikke er levert innen den fastsatte tilbudsfristen.
- (26) Innklagede har i denne saken oppgitt to forskjellige tidspunkt for innlevering av tilbud i kunngjøring og det konkurransegrunnlaget som ble tilsendt klager. Det er på det rene at klagers tilbud ble levert etter at tilbudsfristen i kunngjøringen var utløpt men innen den fristen som var oppgitt i det tilsendte konkurransegrunnlaget. Innklagede erkjenner at det har vært en svikt i rutinene, og at klager fikk oppgitt en annen frist enn de øvrige tilbyderne.
- (27) Innklagede hevder at klager selv har ansvaret for at tilbudet ble levert for sent. Klager burde ha skjont at tilbudsfristen i det tilsendte konkurransegrunnlaget var feil, da den avvek fra tilbudsfristen i kunngjøringen. Klagenemnda kan ikke si seg enig i dette. Innklagede har selv gjort en feil ved utsendelsen av konkurransegrunnlaget til klager. Det hender at datoer endres, og det er svært viktig at leverandørene kan ha tillit til at materiale som mottas fra oppdragsgiver er korrekt. Det var intet i det tilsendte konkurransegrunnlaget som ga klager oppfordring til å sjekke den oppgitte innleveringsfrist nærmere.
- (28) Klagenemnda har tidligere tatt stilling til et lignende tilfelle. I sak 2003/67 hadde innklagede skapt usikkerhet med hensyn til klokkeslettet for innlevering av tilbudet, og klagenemnda kom til at den vagte leverandør, som leverte noe over en time senere enn de andre tilbyderne, ikke kunne avvises fordi han hadde forholdt seg til den melding om innleveringstidspunkt som faktisk var blitt gitt av oppdragsgiver.
- (29) Samme synspunkt fremkommer av Sue Arrowsmith "The Law of Public and Utilities Procurement" på side 498 :

“ Whilst late tenders may probably not be accepted, however, the better view is that there is an exception when there are special and exceptional reasons for accepting late tender, including fault by the procuring entity ”

(30) Videre blir det uttalt på samme side:

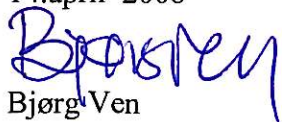
“ There is no violation of equal treatment since a tenderer who has been misled, or affected by some other exceptional circumstance, is not in a comparable situation to one who has not ”

- (31) Klagenemnda har kommet til at innklagede ikke skulle ha avvist klager som følge av for sent innkommet tilbud, når innklagede selv var skyld i at det kom for sent. Klagenemnda vektlegger i denne sammenheng at kravet til likebehandling ikke kan anses brutt ved en slik løsning.
- (32) Der åpningen av tilbudene skjer på forskjellige tidspunkter er det imidlertid en teknisk mulighet for at den som leverer sitt tilbud etter at de øvrige er åpnet, kan ha fått kjennskap til konkurrentenes priser og forholdt seg til disse. En slik mulighet kan prinsipielt ikke aksepteres, og klagers tilbud kan derfor ikke være med i konkurransen. Det samme ble fastslått av klagenemnda i KOFA-sak 2003/67.
- (33) Når en situasjon som dette oppstår som følge av innklagedes eget forhold, kan en løsning være å avlyse konkurransen og starte prosessen på nytt. Her hadde innklagede allerede evaluert tilbudene og tildelt kontrakt. Det er adgang til å avlyse konkurransen på alle stadier av anskaffelsesprosessen inntil kontrakt er inngått så lenge det foreligger “saklig grunn”, jf. forskriftens § 22-1 (1). Selv om det i dette tilfellet var gått 10 dager fra 4. til 14. desember, har klagenemnda kommet til at konkurransen skulle vært avlyst og at innklagede skulle startet prosessen på nytt.
- (34) Klagenemnda finner at innklagede har brutt kravet til likebehandling i lov om offentlige anskaffelser § 5 ved å gi klager feil opplysninger om tilbudsfristen og derved forhindre rettidig innlevering fra klagers side.
- (35) Klagenemnda antar at vilkårene for erstatning for negativ kontraktsinteresse kan være oppfylt på grunn av den feil innklagede har gjort i sin håndtering av saken i forhold til klager. Klagenemnda har ikke grunnlag for å uttale seg om erstatning for positiv kontraktsinteresse.

Konklusjon:

Reindriftsforvaltningen har brutt kravet til likebehandling i lov om offentlige anskaffelser § 5 ved å gi klager gale opplysninger om tilbudsfristen og dermed forårsaket at klager ikke fikk levert sitt tilbud i rett tid.

For klagenemnda,
14.april 2008


Bjørg Ven