



Klagenemnda
for offentlige anskaffelser

Advokatene Øymo & Olsen
v/advokat Anette Olsen
Postboks 464
8506 Narvik

Deres referanse

Vår referanse
2009/139

Dato
14.12.2009

Avvisning av klage på offentlig anskaffelse

Det vises til Deres klage på offentlig anskaffelse av 10. juni 2009. Klagenemndas sekretariat har besluttet å avvise klagen som uhensiktsmessig for behandling i klagenemnda, jf. forskrift 15. november 2002 nr. 1288 om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 9. Grunnen er at klagen ikke kan føre fram. Sekretariatets avvisningsbeslutning kan påklages til klagenemndas leder innen tre dager etter at den ble gjort kjent for klager.

Nedenfor gis en oppsummering av bakgrunnen for klagen og sekretariatets vurdering.

Bakgrunn:

- (1) Forsvarsbygg (heretter kalt innklagede) kunngjorde 27. februar 2009 en åpen anbudskonkurranse vedrørende ”Enøktiltak i 5 stk bygninger Rusta Leir – 9 stk bygninger Bardufoss Leir: Tilbud renovering fyrrom VVS- og EL-anlegg.”.
- (2) I konkurransegrunnlagets punkt 8, om innlevering av tilbud, fremkom det blant annet at tilbudsfristen var fastsatt til 26. mars 2009 kl. 14.00. Det fremkom videre at tilbudet skulle leveres til:

<i>Firma:</i>	<i>Forsvarsbygg Markedsområde Midt Troms</i>
<i>Besøksadresse:</i>	<i>Kaserne E Bardufoss Flystasjon</i>
<i>Kontaktperson:</i>	<i>Harriet Beck Jensen</i>
<i>Postadresse:</i>	<i>Pb 1324, 9326 Bardufoss</i>

*Tilbudet skal leveres i lukket forsendelse og forsendelsen skal være merket
Prosjekt 9C84820000B/9C84810000G – Enøktiltak VVS-anlegg, Rusta + BDU
Tilbud – VVS- og El-arbeider*

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

Tilbudet kan ikke avgis med elektroniske middel.

Til forskriftenes § 11-11 (1) a og 20-13 (1) a: Tilbud er levert i tide dersom det er kommet frem til innleveringsstedet før tilbudsfristens utløp.”

- (3) Av konkurransegrunnlaget punkt 9 fremkom det videre at tilbudsåpningen ville finne sted 27. mars 2009 kl. 13.00. Åpningen skulle skje på samme sted som innleveringen.
- (4) Innklagede førte protokoll under tilbudsåpningen, og av denne fremkommer følgende:

”FORSVARSBYGG MOMT

ANBUDSÅPNING

*PROSJEKT NR. 9C84820000B/9C84810000 RUSTA LEIR – BARDUFOSS
FLYSTASJON ENØK – TILTAK*

Tilstede under åpningen var:

<i>Anbud nr.</i>	<i>Anbyder</i>	<i>Sum inkl. mva</i>	<i>Merknader</i>
<i>1</i>	<i>Rørlegger'n AS, Narvik</i>	<i>1.712.795,-</i>	<i>Lev kl. 1404</i>
<i>2</i>	<i>AS Narvik Rørleggerforretning</i>	<i>3.044.538,-</i>	
<i>3</i>	<i>Mesterteknikk AS, Bardu</i>	<i>2.203.930,-</i>	<i>Ex .mva</i>
<i>4</i>	<i>Rørsystemer AS</i>	<i>2.332.949,-</i>	
<i>5</i>	<i>YIT Building System, Finnsnes</i>	<i>2.661.211,-</i>	
<i>6</i>	<i>Bardufoss Rørservice AS</i>	<i>2.120.044,-</i>	<i>Ex. Mva</i>

- (5) Innklagede avviste klagers tilbud som for sent innlevert ved brev 2. april 2009. Fra brevet hitsettes:

”Avtale om Prosjekt Rusta leir – Bardufoss flystasjon prosjekt 9C84820000A/9C84810000 og Prosjekt mannskapsmesse enøk tiltak i 5 bygninger 9C84820000A/9C84810000 for Forsvarsbygg – avvisning

Forsvarsbygg viser til Deres tilbud i ovennevnte konkurranse.

Forsvarsbygg må dessverre meddele Dem at Deres tilbud er avvist, jfr. forskrift om offentlige anskaffelser § 11-11 (1) a. Begrunnelsen er at tilbudet kom inn etter tilbudsfristens utløp.

Forsvarsbygg ønsker Dem velkommen til å delta i fremtidige konkurranser.”

- (6) Klager påklaget avvisningen ved brev til innklagede 16. april 2009. Innklagede avslø klagen ved brev mottatt hos klager 20. mai 2009.
- (7) Saken ble brakt inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser ved klagers brev 10. juni 2009.

Anførsler:

Klagers anførsler:

- (8) Klager anfører at det foreligger brudd på forskriften § 11-11 (1) bokstav a når innklagede har avvist klagers tilbud som for sent innkommet. Klager viser til at selv om tilbudet ble inngitt fire minutter etter fristens utløp, tok innklagede imot det, og åpnet

det sammen med de øvrige tilbudene dagen etter. Klager antok på denne bakgrunn at innklagede så bort fra forsinkelsen. Forsinkelsen skyldtes trafikkforholdene, samt at klager ble stående i vakta noe tid etter ankomst.

- (9) Klager viser til at hovedhensynene bak avvisningsregelen i forskriften § 11-11 (1) er at man ikke skal risikere at en tilbyder har fått kjennskap til innholdet i de øvrige tilbudene, og dermed tilpasse sitt eget tilbud til dette. Ettersom den protokollførte forsinkelsen bare var på fire minutter, gjør ikke hensynet seg gjeldende i denne saken. Det er åpenbart at klager, ved forsinkelsen, ikke har hatt mulighet til å sette seg inn i konkurrenters tilbud, og tilpasse sitt eget. Det vises også til at innklagede ikke vurderte avvisning før en av de øvrige tilbyderne bemerket forsinkelsen under tilbudsåpningen. Forsinkelsen ble ikke kommentert før klagers pris fremkom. Klager hadde laveste pris på ett av anbudene.
- (10) Subsidiært anføres at ettersom innklagede tok med tilbudet under tilbudsåpningen, åpnet det og protokollerte det på tilsvarende måte som de øvrige tilbudene, er avvisning utelukket.
- (11) Klager ber videre om at klagenemnda vurdere om det foreligger grunnlag for å kreve erstatning.

Innklagedes anførsler:

- (12) Innklagede anfører at ettersom klagers tilbud ikke ble levert innen tilbudsfristen, ble det avvist i medhold av forskriften § 11-11 (1) bokstav a. Denne bestemmelsen inneholder en absolutt avvisningsgrunn.
- (13) Innklagede uttaler videre at det var beklagelig at klagers tilbud ble åpnet, men anfører at det ikke var annen mulighet enn å avvise tilbudet da feilen ble oppdaget. Det vises i den sammenheng til at evalueringen av aksepterte tilbud skjedde på et senere tidspunkt enn dagen for åpning av tilbudene.

Sekretariatets vurdering:

- (14) 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 lov 16. juli 1999 nr. 69 om offentlige anskaffelser og forskrift 7. april 2006 nr. 492 om offentlige anskaffelser del I og del II.
- (15) Klager anfører at det er feil når innklagede har avvist deres tilbud fra videre deltakelse i konkurransen, jf. forskriften § 11-11 (1) bokstav a.
- (16) Etter forskriften § 11-11 (1) bokstav a ”skal” et tilbud avvises når ”det ikke er levert innen den fastsatte tilbudsfristen”. Hensynet bak regelen er at det ikke skal foreligge risiko for at en tilbyder kan ha fått kjennskap til innholdet i de øvrige tilbudene, og på den måten kan tilpasse sitt eget tilbud til dette.
- (17) I utgangspunktet er det tilbyderne som bærer risikoen for forsinkelser, jf. klagenemndas saker 2009/68 og 2008/89. I foreliggende sak er det opplyst at forsinkelsene skyldes trafikkforholdene, og at klager måtte vente noen minutter i vekten på Bardufoss Flystasjon før han slapp inn. Klagers tilbud er registrert innkommet fire minutter etter at tilbudsfristen løp ut. Sett hen til at avvisningsregelen er en skal-regel, herunder at den håndheves strengt, er sekretariatet kommet til at innklagede rettmessig avviste klagers tilbud, jf. forskriften § 11-11 (1) bokstav a.
- (18) Klager har subsidiært anført at avvisningen har skjedd for sent, jf. forskriften § 11-13 (1).

- (19) Etter forskriften § 11-13 (1) følger det at en oppdragsgiver ”*snarest mulig*” skal ta stilling til spørsmålet om avvisning. Klagenemnda har lagt til grunn at oppdragsgiver i alle fall må gi en melding om avvisning før kontraktsinngåelse, jf. klagenemndas sak 2008/105 (premiss 34), jf. også EF-domstolens sak C-82/98 ”Alcatel”. Hensynet bak bestemmelsen er at klager skal få anledning til å være med i konkurransen dersom avvisningen viser seg å være uriktig, og å få satt i gang tiltak for å få stanset anskaffelsesprosedyren. I klagenemndas sak 2008/32 premiss (43) ble det i denne sammenheng lagt til grunn at en leverandør som er avvist har klagerett. For at klageretten skal være reell, må kontrakt med valgte leverandør ikke inngås før eventuelle klager fra de øvrige leverandørene er ferdigbehandlet hos oppdragsgiver, jf. klagenemndas sak 2008/32 premiss (44) og EF-domstolens sak C-82/98 ”Alcatel”.
- (20) I foreliggende sak avviste innklagede klagers tilbud ved tilbudsåpningen, som fant sted dagen etter tilbudsfristens utløp. Innklagede har således meddelt klager om avvisningen før kontraktsinngåelsen, slik at klageretten i dette tilfellet har vært reell, og den har også vært benyttet av klager. Sekretariatet kan ikke se at det forhold at innklagede har åpnet tilbudet og notert det i anbudsprotokollen, utgjør et brudd på regelverket. Sekretariatet er på denne bakgrunn kommet til at det i foreliggende sak ikke er i strid med regelverket å avvise tilbudet etter at det er åpnet og protokollert, jf. forskriften § 11-13 (1) om at oppdragsgiver ”*snarest mulig*” må ta stilling til avvisningsspørsmålet.

Ettersom sekretariatet har funnet at klagen ikke kan føre fram, avvises den som uhensiktsmessig for behandling i klagenemnda.

Med vennlig hilsen

Marie Trovåg
seniorrådgiver