



Klagenemnda for offentlige anskaffelser

Saken gjelder: Avvisning av tilbud.

Innklagede gjennomførte en konkurranse for inngåelse av tjenstekonsesjonskontrakter for levering av brukerstyrt personlig assistanse (BPA). Klager anførte at innklagede hadde brutt regelverket ved ikke å anse klagers tilbud som innkommet. Anførselen førte ikke frem.

Klagenemndas avgjørelse 31.03.2020 i sak 2020/214

Klager: HjemmeBest Personlig Assistanse AS

Innklaget: Fredrikstad kommune (på vegne av Fredrikstad, Hvaler og Råde kommuner)

Klagenemndas medlemmer: Finn Arnesen, Bjørn Berg og Karin Fløistad

Bakgrunn:

(1) Fredrikstad kommune (på vegne av Fredrikstad, Hvaler og Råde kommuner) (heretter *innklagede*) kunngjorde 8. desember 2019 en konkurranse for inngåelse av tjenstekonsesjonskontrakter for levering av brukerstyrt personlig assistanse (BPA) til brukerne i kommunene. Anskaffelsens verdi ble i kunngjøringen estimert til mellom 40 og 60 millioner kroner per år for en periode over fire år, med opsjon på forlengelse 1+1.

(2) Tilbudsfrist ble satt til 24. januar 2020.

(3) I konkurransegrunnlaget pkt. 1.3.1, «*Anskaffelsens formål*» het det at:

- «*Enhver leverandør som oppfyller konsesjonsvilkårene og minimumskravene får sin søknad om konsesjon innvilget.*»

(4) Ifølge konkurransegrunnlagets pkt. 1.2, «*Kommunikasjon*», skulle all kommunikasjon foregå via konkurransegjennomføringsverktøyet, Mercell.

(5) Det fulgte av konkurransegrunnlagets pkt. 4.1, «*Innlevering av søknad*» at:

«Søknad skal leveres elektronisk via Mercell portalen (...) innen søknadsfristen. For sent innkomne søknader vil bli avvist.

(...)

Det anbefales at søknad leveres i god tid før fristens utløp, f. eks. minimum 1 time før tilbudsfristens utløp. Skulle det komme tilleggsinformasjon fra oppdragsgiver som fører til at du ønsker å endre søknaden din før fristen utgår, kan du gå inn og åpne søknaden, gjøre eventuelle endringer og levere på nytt helt inntil fristen utgår. Den sist leverte søknaden regnes som den endelige søknaden.»

Postadresse
Postboks 511
Sentrum
5805 Bergen

Besøksadresse
Zander Kaaes gate 7
5015 Bergen

Tlf.: 55 19 30 00

E-post: post@knse.no
www.klagenemndssekretariatet.no

- (6) I konkurransegrunnlaget pkt. 2.8, «Rettelse, supplerings og/eller endring av konsesjonsgrunnlaget» het det at:

«Innen tilbudsfristens utløp har oppdragsgiver rett til å foreta rettelser, supplerings eller endringer i konsesjonsgrunnlaget som ikke er av vesentlig karakter.

Alle leverandører som har meldt interesse på konkurransen i Mercell, vil motta varsel dersom det blir gjort rettelser, supplerings eller endringer av konsesjonsgrunnlaget, eller dersom det blir lagt ut spørsmål og svar i konkurransen.

Opplysninger om rettelser, supplerings og endringer kunngjøres elektronisk via Mercell-portalens. Ved en revisjon av konkurransen, vil dette vises som en ny versjon av konkurransen. Dersom det blir publisert tilleggsinformasjon vil dette fremkomme i fanebladet tilleggsinformasjon i Mercell-portalens. Leverandører som allerede har meldt sin interesse vil også få en melding via sin e-post, om at det er gitt tilleggsinformasjon eller at det er gjort en revisjon av konkurransen. Følg linken i denne meldingen slik at du kommer inn på den aktuelle konkurransen.»

- (7) Klager leverte sitt tilbud 16. desember 2019 ifølge kvittering fra Mercell nedenfor:

Info	Leverandør
Dato 16.12.2019 13.49	Navn Hjemmebest Personlig Assistanse AS
Tilbudsfrist 24.01.2020 09.00	Kontakt Arve Kambe
Revisjon 2	Organisasjonsnummer 913961471
Valuta NOK	Adresse Gotaasalleen 9-11 2050 Jessheim
	Firmakategori Mellomstor: Under 250 ansatte - Omsetning under 50 mill. EUR. og/eller balanse under 43 mill. EUR.

- (8) Den 8. januar 2020 gjorde innklagede en endring i konkurransegrunnlaget der ordlyden i pkt. 4.1, «Gjennomføringsevne», ble endret. Opprinnelig tekst var følgende:

*«Leverandør må ha en organisasjon som har kapasitet til å gjennomføre i henhold til kontrakten. Tilbyders kapasitet skal dokumenteres med en informasjon om antall ansatte som **skal** være en del av kontrakten og hva slags rolle og ansvar de har i organisasjonen» (uthevet her).*

- (9) Etter endringen lød punktet som følger:

*«Leverandør må ha en organisasjon som har kapasitet til å gjennomføre i henhold til kontrakten. Tilbyders kapasitet skal dokumenteres med en informasjon om antall ansatte som **kan** være en del av kontrakten og hva slags rolle og ansvar de har i organisasjonen» (uthevet her).*

- (10) Informasjon om endringen ble gitt til tilbyderne i Mercell via en melding inne i portalen. Den aktuelle meldingen så slik ut:



- (11) Etter tilbudsfristens utløp mottok innklagede tilbud fra 20 leverandører, hvorav 14 ble tildelt kontrakt. Klager var ikke en av disse.
- (12) Klagen ble brakt inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser 27. februar 2020. Innklagede har opplyst at kontraktsinngåelse utsettes til klagenemnda har behandlet klagen. Saken er derfor behandlet som en prioritert sak.
- (13) Nemndsmøte i saken ble avholdt 30. mars 2020.

Anførsler:

Klager har i det vesentlige anført:

- (14) Innklagede har brutt regelverket ved ikke å tildele klager tjenstekonsesjon på bakgrunn av tilbudet av 16. desember 2019. Klager var kvalifisert og skulle blitt tildelt tjenstekonsesjon.

Innklagede har i det vesentlige anført:

- (15) Innklagede har ikke brutt regelverket ettersom klager ikke har bekreftet sitt tilbud av 16. desember 2019. Den manglende bekreftelsen medfører at klager ikke kan anses for å ha levert tilbud om tjenstekonsesjon innen tilbudsfristens utløp.

Klagenemndas vurdering:

- (16) Klager har deltatt i konkurransen, og har saklig klageinteresse, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Konkurransen gjelder inngåelse av tjenestekonsesjonskontrakter for levering av brukerstyrt personlig assistanse (BPA) for Fredrikstad, Råde og Hvaler kommune, som er en helse- og sosialtjeneste. Anskaffelsens verdi er estimert til mellom 40 og 60 millioner kroner per år over en periode på fire år, med opsjon på forlengelse i 1 + 1 år. I tillegg til lov om offentlige anskaffelser 17. juni 2016 nr. 73 følger anskaffelsen forskrift om konsesjonskontrakter av 12. august 2016 nr. 976 del I og III, jf. konsesjonskontraktsforskriften § 5-1.
- (17) Klager anfører at innklagede har brutt regelverket ved ikke å anse deres tilbud som innkomet. Endringen som ble gjort i konkurransegrunnlaget var ubetydelig for klager, og klager mener derfor det ikke skulle være nødvendig å måtte bekrefte tilbudet på nytt.
- (18) Klagers tilbud ble registrert levert i Mercell 16. desember 2019. Spørsmålet er om den manglende bekreftelsen av tilbudet medførte at det ved tilbudsfristens utløp 24. januar 2020, ikke forelå et tilbud fra klager.
- (19) I den systemgenererte meldingen som ble sendt ut fra Mercell etter at konkurransegrunnlaget ble endret, fulgte det at:
- «MERK! Hvis du allerede har levert inn et tilbud, må du bekrefte tilbudet på nytt.»*
- (20) Denne meldingen ble lest av klager 8. januar 2020 kl. 09.47, kun fire minutter etter at endringen ble kunngjort, se skjerm bilde i premiss 10. Klager bestrider ikke at meldingen ble lest, men fremholder at endringen var ubetydelig for deres tilbud, slik at det ikke var nødvendig å revidere det.
- (21) Innklagede har forklart at årsaken til at det etter endringer i konkurransegrunnlaget er nødvendig å bekrefte allerede innsendte tilbud, er at leverandørene må ta stilling til om endringen oppdragsgiver gjør medfører at leverandørene vil trekke eller revidere sine tilbud.
- (22) Det finnes flere avgjørelser fra domstolene som gjelder spørsmål om avvisning av for sent innkomne tilbud. Selv om situasjonen i vår sak er noe annerledes, sier avgjørelsene likevel noe om hvordan risikoavveiningen skal foretas i slike tilfeller.
- (23) I Øst-Finnmark tingretts dom og kjennelse, TOSFI-2010-59689, hadde leverandøren lastet opp sitt tilbud i KGV-systemet, men fikk av tekniske årsaker ikke levert det innen tilbudsfristens utløp. Etter en alminnelig ordfortolkning kom tingretten til at tilbudet ikke kunne anses levert før oppdragsgiver hadde fått tilgang til det.
- (24) I vår sak har klager levert et tilbud i Mercell før tilbudsfristens utløp, men endringen i konkurransegrunnlaget innebar at tilbudet måtte leveres/bekreftes på nytt. Ved at klager ikke bekreftet tilbudet sitt i Mercell i tråd med meldingen som ble sendt, gikk ikke tilbudet igjennom slik at innklagede kunne åpne det. Klagenemnda har på denne bakgrunn kommet til at tilbudet ikke kan anses som levert.
- (25) Det er leverandøren som har risikoen for at tilbudet blir levert i tide, også når forsinkelsen skyldes uforutsette omstendigheter som leverandøren ikke selv er skyld i. Dette standpunktet ble lagt til grunn i Borgarting lagmannsretts dom, LB-2017-194440-2. Der

skyldtes det for sent innkomne tilbudet leverandørens manglende avkrysning på et punkt i Mercell-portalen, som medførte feilmelding i systemet. Leverandøren fikk ikke levert sitt tilbud. Lagmannsretten uttalte der at:

«Konkurransegrunnlagets forutsetning om at tilbudene må ha kommet frem til [oppdragsgiver] må anses som absolutt. Det blir da, for spørsmålet om rettidighet, ikke rom for betraktninger om årsaken til at tilbudet ikke kom frem til [oppdragsgiver]. Det vises til NOU 2014:4 hvor det i punkt 25.4.2, om «Tilbud som er levert etter tilbudsfristens utløp» heter:

Det er leverandøren som har risikoen for at tilbudet blir levert i tide, også når forsinkelsen skyldes uforutsette omstendigheter som leverandøren ikke selv er skyld i. Selv et tilbud som er levert kort tid etter tilbudsfristens utløp, skal avvises. Det vil i utgangspunktet heller ikke være mulig å ta et for sent tilbud i betraktning når forsinkelsen skyldes oppdragsgivers forhold, men dette kan føre til at oppdragsgiver må avlyse konkurransen.»

- (26) Selv om vår sak skiller seg fra de to nevnte ved at klager faktisk leverte et tilbud før tilbudsfristen, fikk klager klar beskjed om at tilbudet måtte leveres/bekreftes på nytt. Oppdragsgivere må kunne forutsette at leverandørene leser meldingene som blir gitt i løpet av en konkurranse, og tilpasser seg de krav konkurransegjennomføringsverktøyet stiller. At klager anså endringen som ubetydelig, slik at de ikke fant det nødvendig å endre sitt innleverte tilbud, endrer ikke at tilbudet måtte bekreftes/leveres på nytt for å anses innkommet.

- (27) På denne bakgrunn har klagenemnda kommet til at klagers anførsel ikke fører frem.

Konklusjon:

Fredrikstad kommune (på vegne av Fredrikstad, Hvaler og Råde kommuner) har ikke brutt regelverket for offentlige anskaffelser.

For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,

Karin Fløistad

Dokumentet er godkjent elektronisk