



Klagenemnda for offentlige anskaffelser

Saken gjelder: Avvisning av tilbud, de generelle kravene i § 4

Innklagede gjennomførte en minikonkurranse om tømrer- og snekkertjenester for tilbygg på en pumpestasjon. Etter at kontrakten først ble tildelt klager fant innklagede at avvisningen av valgte leverandørs tilbud var i strid med forskriften, og innklagede omgjorde tildelingsbeslutningen. Klagenemnda kom til at innklagede hadde rett til å avvise valgte leverandørs tilbud, og at innklagede derfor hadde brutt regelverket ved å omgjøre tildelingsbeslutningen. Klagers anførsler om at innklagede hadde brutt kravet til etterprøvbarhet førte ikke frem.

Klagenemndas avgjørelse 10. mars 2022 i sak 2021/2187

Klager: Steam Clean Buskerud AS

Innklaget: Holmestrand kommune

Klagenemndas

medlemmer: Marianne Dragsten, Kjersti Holum Karlstrøm, Elisabeth Wiik

Bakgrunn:

- (1) Holmestrand kommune (heretter *innklagede*) kunngjorde 11. mars 2020 en åpen anbudskonkurranse for inngåelse av en rammeavtale med flere leverandører om kjøp av tømrer- og snekkertjenester. Anskaffelsens verdi var estimert til 10,5 millioner kroner. Tilbudsfristen var 28. april 2020.
- (2) I kunngjøringen var anskaffelsen angitt med hoved-CPV-kode 50700000 – «*Reparasjon og vedlikehold knyttet til bygninger*», samt følgende beskrivelse:

«Anskaffelsen skal dekke oppdragsgivers løpende behov for tømrer- og snekkertjenester. Innholdet i avtalen er vedlikehold, rehabilitering, reparasjoner og andre mindre tømrer- og snekkerarbeider.»
- (3) Rammeavtalene ble inngått 6. august 2020 med Botnebygg AS, Svein Roar Andersen AS Muremester-Entreprenørforretning og Steam Clean Buskerud AS (heretter *klager*).
- (4) Innklagede inviterte 2. september 2021 leverandørene på rammeavtalen til en minikonkurranse om tømrer- og snekkertjenester for tilbygg på en pumpestasjon. Kontraktsverdien var estimert til 800 000 kroner. Tilbudsfristen var 14. september 2021.
- (5) I konkurransegrunnlaget gikk det frem at minikonkurransen skulle avholdes i henhold til alle krav satt opp i opprinnelig avtale, og i henhold til avropsmekanisme og tildelingskriterier på rammeavtalen. Kontrakten skulle tildeles tilbyderen som tilbød laveste pris.

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) Samtlige leverandører ga tilbud innen tilbudsfristen. Klagers tilbudspris var 847 468 kroner. Botnebygg AS (heretter *valgte leverandør*) sin tilbudspris var 560 200 kroner.
- (7) Tilbudet til valgte leverandør ble avvist fra minikonkurransen 16. september 2021 med følgende begrunnelse:

«Vi ser oss dessverre nødt til å avvise dere fra konkurransen. Avvisningen hjemles i FOA 24-8 annet ledd; avvisning fordi tilbudet er unormalt lavt og det er avvik som ikke må anses som ubetydelige. I konkurransen har dere ikke fylt ut priser på alle stedene vi har bedt om pris. Tilbudet anses som ufullstendig og avvises.

Viser til side 24 i vedlegg: pumpestasjon Bjerkøya.

- *Her står der oppført en sum, her skal det ikke oppgis noen sum. Dere informerer ikke hva denne summen refererer til.*
 - *Side 27, 30-32 (totalt 9 linjer) har dere ikke oppført priser der vi ber om priser.»*
- (8) Kontrakten ble tildelt klager samme dag.
 - (9) Valgte leverandør påklaget avvisningen 19. september 2021, og viste blant annet til at man ikke ble gitt anledning til å redegjøre for prisene i sitt tilbud, jf. forskriften § 24-9 (1). Innklagede ba derfor om en slik redegjørelse, og valgte leverandør leverte denne 29. september 2021. Innklagede omgjorde deretter avvisningsbeslutningen og tildelte kontrakten til valgte leverandør 1. oktober 2021.
 - (10) Klager påklaget tildelingen 14. oktober 2021. Innklagede opprettholdt tildelingsbeslutningen 25. oktober 2021.
 - (11) Kontrakt ble inngått 7. november 2021.
 - (12) Klager brakte saken inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser 23. desember 2021.
 - (13) Nemndsmøte i saken ble avholdt 7. mars 2022.

Anførsler:

Klager har i det vesentlige anført:

- (14) Innklagede har brutt regelverket ved ikke å avvise valgte leverandørs tilbud. Anskaffelsen følger forskriften del II. Valgte leverandør hadde ikke priset alle prispostene slik det var etterspurt, hvilket medfører at valgte leverandørs tilbud ikke var sammenlignbart med de øvrige tilbudene i konkurransen. Tilbudet fremstår unormalt lavt i forhold til estimert kontraktsverdi og klagers tilbudspris. Valgte leverandørs tilbud skulle derfor ha vært avvist i medhold av prinsippene om forutberegnelighet og likebehandling i loven § 4.
- (15) Innklagede har brutt regelverket ved å omgjøre avvisningen av valgte leverandørs tilbud. Beslutningen om å avvise tilbudet med grunnlag i avvisningsadgangen etter forskriften § 24-8 (2) beror på en skjønnsutøvelse som ikke kan omgjøres eller endres i ettertid. Det innkjøpsfaglige skjønnet kan bare overprøves dersom dette fremstår usaklig, vilkårlig eller for øvrig i strid med prinsippene i loven § 4, og det foreligger ingen slik feil ved avvisningen. Ettersom anskaffelsen ikke følger del III, hadde innklagede ingen plikt til å innhente en redegjørelse etter forskriften § 24-9 (1).

- (16) Innklagede har brutt kravet til etterprøvnbarhet ved ikke å gi innsyn i anskaffelsesprotokollen fra den opprinnelige tildelingen til klager, og en sladdet versjon av valgte leverandørs tilbud som gir mulighet til å kontrollere hvilke poster som ikke er prissatt.

Innklagede har i det vesentlige anført:

- (17) Det bestrides at regelverket er brutt. Konkurransen fulgte reglene i forskriften del III, jf. forskriften § 26-3 (4). Basert på redegjørelsen til valgte leverandør ble tilbudet ikke lenger ansett som unormalt lavt, og de postene som ikke var priset inngikk som en del av tilbudets totalpris. Det var totalprisen i tilbudene som skulle sammenlignes under tildelingskriteriet. Omgjøringen medførte ikke at innklagede endret sitt innkjøpsfaglige skjønn.
- (18) Innsyn i anskaffelsesprotokollen fra den opprinnelige tildelingen var ikke etterspurt før klagebehandlingen for klagenemnda, og innsyn i den endelige anskaffelsesprotokollen ble gitt. Samtlige prislinjer i valgte leverandørs tilbud er sladdet.

Klagenemndas vurdering:

- (19) Klager har deltatt i konkurransen, og har saklig klageinteresse, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Konkurransen gjelder tildeling av en kontrakt om tømrer- og snekkertjenester for tilbygg på en pumpestasjon, som er et avrop på en rammeavtale om tømrer- og snekkertjenester. Ved minikonkurranser under rammeavtale, beregnes klagefristen fra inngåelse av hver enkelt kontrakt, jf. blant annet klagenemndas avgjørelse i sak 2016/63 avsnitt (26), og klagen er dermed rettidig. Rammeavtalens estimerte verdi er 10,5 millioner kroner. Rammeavtalen følger lov om offentlige anskaffelser 17. juni 2016 nr. 73 og forskrift om offentlige anskaffelser 12. august 2016 nr. 974 del I og del III.
- (20) Klagenemnda skal ta stilling til om innklagede har brutt regelverket ved å omgjøre beslutningen om å avvise valgte leverandørs tilbud og tildele kontrakten til klager.
- (21) Gjeldende regelverk fastsetter ikke hvilke regler som regulerer avvisnings- og omgjøringsadgangen ved tildeling av kontrakt under rammeavtale. I den gamle forskriften (2006) § 15-1 (1) var det fastsatt at oppdragsgiver ved tildeling av kontrakter innenfor en rammeavtale skal *«følge prosedyrereglene som følger av denne forskrift»*. Bestemmelsen samsvarer med dagjeldende anskaffelsesdirektiv (2004) artikkel 32 avsnitt 2:
- «Med henblik på inngåelse af en rammeaftale følger de ordregivende myndigheder de procedureregler, der er omhandlet i dette direktiv, i alle faser indtil tildelingen af de kontrakter, der er baseret på denne aftale.»*
- (22) Klagenemnda har lagt til grunn at dette måtte forstås slik at de samme reglene gjelder ved tildeling av kontrakter som gjaldt for tildelingen av rammeavtalen, så langt det passer, jf. klagenemndas avgjørelse i sak 2016/63 avsnitt (30) med videre henvisning til sak 2011/154. I sistnevnte sak kom klagenemnda til at avvisningsspørsmålet i en minikonkurranse skulle følge de samme avvisningsreglene som selve rammeavtalen.
- (23) Selv om en slik løsning ikke lenger følger av direktiv- og forskriftsbestemmelsenes ordlyd, finner klagenemnda ingen holdepunkter for at dette innebærer en realitetsendring

sammenlignet med tidligere regelverk. Nemnda legger derfor til grunn at reglene i forskriften del III gjelder så langt de passer for denne minikonkurransen.

- (24) Ved gjennomføringen av minikonkurransen ble kontrakten først tildelt klager, etter at valgte leverandørs tilbud ble avvist med henvisning til avvissingsretten i forskriften § 24-8 (2). Avvisningen av tilbudet og tildelingsbeslutningen ble deretter omgjort fordi innklagede vurderte at avvisningen var i strid med forskriften, og kontrakt ble tildelt valgte leverandør. Klager har anført at valgte leverandørs tilbud var lovlig avvist, og at innklagede har brutt regelverket ved å omgjøre tildelingsbeslutningen.
- (25) Det følger av forskriften § 25-1 (4) at oppdragsgiver kan omgjøre en tildelingsbeslutning dersom den finnes å være «i strid med forskriften». Dette er forstått slik at oppdragsgiver kan og skal rette opp feil ved den foregående evalueringen, men at en lovlig tildelingsbeslutning ikke kan annulleres ut fra en endret skjønnsmessig vurdering, se eksempelvis klagenemndas avgjørelse sak 2020/413 avsnitt 30 med videre henvisninger.
- (26) Spørsmålet for klagenemnda er derfor om avvisningen av valgte leverandør var i strid med regelverket.
- (27) Valgte leverandørs tilbud ble avvist fordi tilbudet ble ansett «unormalt lavt og det er avvik som ikke må anses som ubetydelige». Innklagede viste til at valgte leverandør ikke hadde gitt priser på alle postene hvor det var bedt om pris, og at tilbudet ble ansett ufullstendig. Videre hadde valgte leverandør priset en post hvor det ikke var bedt om noen pris, uten å informere om hva denne summen refererte til.
- (28) Etter klagenemndas oppfatning skaper denne prisingen en uklarhet om hvorvidt valgte leverandør har inngitt et tilbud som samsvarer med tjenestene som er etterspurt i konkurransegrunnlaget. En slik uklarhet måtte ha vært avklart for å sikre at tilbudet blir sammenlignbart med de øvrige tilbudene, dersom innklagede ønsket å ta det med videre i konkurransen, se Forenklingsutvalget i NOU 2014:4 pkt. 25.4.5.2. Det er leverandøren som har risikoen for uklarheter i tilbudet, og det kan ikke oppstilles noen plikt for oppdragsgiver til å avklare valgte leverandørs tilbudspriser, jf. klagenemndas avgjørelse i sak 2020/717 avsnitt (31) med videre henvisninger til NOU 2014:4 punkt 25.4.7.2. Innklagede besluttet i stedet å avvise valgte leverandør fra konkurransen og å tildele kontrakten til klager.
- (29) Klagenemnda har på denne bakgrunn kommet til at innklagede hadde rett til å avvise valgte leverandørs tilbud fra konkurransen, jf. forskriften § 24-8 (2) bokstav a). Det er dermed ikke nødvendig å vurdere om tilbudet også rettmessig kunne avvises som unormalt lavt.
- (30) Ettersom valgte leverandørs tilbud rettmessig var avvist, var det ikke i strid med forskriften å tildele kontrakten til klager. Innklagede hadde dermed ikke rett til å omgjøre avvissings- og tildelingsbeslutningen. Klagers anførsel fører etter dette fram.
- (31) Klager anfører videre at innklagede har brutt kravet til etterprøvbarehet ved ikke å gi innsyn i anskaffelsesprotokollen fra den opprinnelige tildelingen. Det er også anført at det er i strid med kravet til etterprøvbarehet at klager bare mottok en sladdet versjon av valgte leverandørs tilbud som ikke ga klager mulighet til å se hvilke prisposter som ikke var priset.

- (32) Når det gjelder anskaffelsesprotokollen har innklagede ikke gitt noen nærmere begrunnelse for hvorfor denne ikke ble sendt ut da klager først begjærte innsyn i den. Protokollen har imidlertid blitt fremlagt i forbindelse med saksopplysningen for klagenemnda. Nemnda anser at denne protokollen i tilstrekkelig grad dokumenterer viktige beslutninger frem til den opprinnelige tildelingen. Klagers anførsel fører derfor ikke frem.
- (33) Når det gjelder sladdingen av valgte leverandørs tilbud, skal avgjørelser om nektet innsyn etter systemet i offentleglova § 32 (1) og forvaltningsloven § 28 (1) påklages til det organet som er nærmest overordnet det organet som har nektet innsyn i førsteinstans. Klagenemnda er ikke et ytterligere overordnet klageorgan for innsynsbegjæringer, jf. eksempelvis sakene 2018/125 avsnitt (69) og 2019/471 avsnitt (52). Klager har opplyst at innklagedes behandling av innsynsbegjæringen ble påklaget til Statsforvalteren 15. november 2021. Anførselene om innsyn i valgte leverandørs tilbud avvises derfor som uhensiktsmessig for behandling i klagenemnda, jf. klagenemndsforordningen § 9.
- (34) Bruddet som er konstatert kan ha påvirket utfallet av konkurransen. Klagegebyret skal derfor tilbakebetales, jf. klagenemndsforordningen § 13.

Konklusjon:

Holmestrand kommune har brutt regelverket for offentlige anskaffelser ved å omgjøre tildelingsbeslutningen.

Klagers øvrige anførsler førte ikke frem.

For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,

Marianne Dragsten

Dokumentet er godkjent elektronisk