



Klagenemnda for offentlige anskaffelser

Saken gjelder: Avvisning av tilbud. Avlysning.

Innklagede gjennomførte en åpen tilbudskonkurranse for anskaffelse av byggearbeider knyttet til oppgradering av tunnelfasade. Innklagede besluttet å forlenge tilbudsfristen, og ga valgte leverandør skriftlig bekreftelse på det. Ved en feil ble ikke ny frist publisert i konkurransegjennomføringsverktøyet før opprinnelig tilbudsfrist var utløpt. Klagenemnda kom frem til at det var begått en feil som ga plikt til å avlyse konkurransen.

Klagenemndas avgjørelse 18. februar 2022 i sak 2022/29

Klager: Arbo Entreprenør AS

Innklaget: Drammen kommune

Klagenemndas

medlemmer: Bjørn Berg, Marianne Dragsten og Kristian Jåtog Trygstad

Bakgrunn:

- (1) Drammen kommune (heretter *innklagede*) kunngjorde 18. oktober 2021 en åpen tilbudskonkurranse for anskaffelse av byggearbeider, herunder oppgradering av fasade på øvre tunnelportal på Spiralen i Drammen kommune.
- (2) Tilbudsfrist ble i konkurransegrunnlaget angitt til 18. november 2021 kl. 12. I punkt 4.4.1 fremgikk at «*Tilbudet skal være skriftlig og bindende og leveres via Mercell*».
- (3) Innklagede besluttet 17. november 2021 å forlenge tilbudsfristen med ett døgn, slik at tilbudsfristen ble satt til 19. november 2021 kl. 12. Bakgrunnen for beslutningen om forlengelse var at innklagede hadde brukt noe lengre tid på utsending av referat fra tilbudsbeferingen enn det som var forespeilet leverandørene på beferingen. Innklagede har opplyst at deres inntrykk fra beferingen var at fristen ble opplevd som knapp.
- (4) Fristforlengelsen ble formidlet skriftlig via konkurransegjennomføringsverktøyet (heretter bare *KGV*) til den ene av to leverandører som deltok i konkurransen, Haandverkerne AS. Fristforlengelsen ble ikke formidlet skriftlig til den andre leverandøren, Arbo AS (heretter *klager*). Fristforlengelsen ble lagret, men ved en feil ikke publisert i KGV.
- (5) Klager leverte tilbud før utløpet av den opprinnelige tilbudsfristen 18. november 2021 kl. 12.
- (6) Innklagede ble oppmerksom på at fristutsettelsen ikke var publisert rett etter utløpet av den opprinnelige tilbudsfristen. Innklagede kontaktet da klager og informerte om at tilbudet kunne endres frem til kl. 12 dagen etter. Innklagede endret etter dette tilbudsfrist

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

i KGV. Endringen i KGV ble loggført 18. november 2021 kl. 12:31. Fristutsettelsen ble ikke registrert i kunngjøringen på Doffin.

- (7) Haandverkerne AS innga tilbud etter at opprinnelig tilbudsfrist var utløpt, men før utløpet av den nye fristen. Innklagede har dokumentert at ingen av de innkomne tilbudene ble åpnet før utløpet av den nye tilbudsfristen.
- (8) I tildelingsbrev 9. desember 2021 informerte innklagede om at kontrakt ville bli tildelt Haandverkerne AS (heretter *valgte leverandør*). Klager påklaget tildelingen 17. desember 2021. Klagen ble ikke tatt til følge, og innklagede opprettholdt tildelingsbeslutningen 23. desember 2021.
- (9) Klagen ble brakt inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser 6. januar 2022. Innklagede har opplyst at kontraktsinngåelse utsettes til klagenemnda har behandlet saken. Saken behandles derfor som en prioritert sak.
- (10) Nemndsmøte i saken ble avholdt 14. februar 2022.

Anførsler:

Klager har i det vesentlige anført:

- (11) Innklagede har erkjent at tilbudsfristen utløp uten at den ble forlenget. Avvisningsbestemmelsen er absolutt.
- (12) En eventuell forlengelse av tilbudsfristen må skje før tilbudsfristen er utløpt. Når tilbudsfristen er utløpt, kan ikke konkurransen gjenåpnes ved å forlenge tilbudsfristen slik at flere leverandører kan inngi tilbud. En slik praksis er i strid med regelverkets intensjon, og kravene til en ryddig prosess som sikrer likebehandling.
- (13) Det forhold at en leverandør har fått beskjed om at tilbudsfristen vil bli utsatt, men uten at dette skjer, gir ikke en rett til fristutsettelse. Det medfører heller ikke at innklagede kan se bort fra den absolutte avvisningsbestemmelsen. Eventuelle løftebrudd må vurderes ut fra erstatningsbetraktninger – utenfor selve konkurransen.
- (14) Denne konkrete saken er ikke sammenlignbar med klagenemndas avgjørelse i sak 2008/25, som innklagede har vist til. Rettstilstanden er uansett endret siden uttalelsen ble gitt.

Innklagede har i det vesentlige anført:

- (15) Tilbudsfristen er gyldig forlenget til 19. november 2021. Fristen ble forlenget før utløp av tilbudsfrist, endringen ble imidlertid ikke publisert før 31 minutter etter tilbudsfristens utløp.
- (16) De grunnleggende prinsippene i loven §§ 1 og 4 er best ivaretatt dersom fristen anses forlenget til 19. november 2021. Konkurransen må derfor anses gjennomført med tilbudsfrist 19. november 2021.
- (17) Subsidiært anføres at det foreligger særlige omstendigheter som tilsier at valgte leverandørs tilbud kan medtas i konkurransen. Det er dokumentert at tilbudene ble åpnet etter utløpet av den siste fristen, og det foreligger dermed ikke en misbruksfare.

- (18) Likebehandlingsprinsippet er ivaretatt. Fristforlengelsen er beskjeden, og alle leverandørene er informert om endringen i KGV, og gjort særlig oppmerksom på muligheten til å levere nytt tilbud innen den nye fristen. Det fremgår av teori at det i sjeldne tilfeller kan foreligge unntak fra avvisningsplikten dersom det foreligger spesielle eller eksepsjonelle omstendigheter. Slike omstendigheter foreligger i denne saken.
- (19) Atter subsidiært, anføres det at konkurransen må avlyses ettersom det ikke forelå adgang til å avvise valgte leverandør fra konkurransen. Det er mulig at valgte leverandør kunne ha levert tilbud innen den første fristen, og feilen kan ha virket inn på deltakelsen i konkurransen.

Klagenemndas vurdering:

- (20) Klager har deltatt i konkurransen, og har saklig klageinteresse, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Konkurransen gjelder oppgradering av fasade på tunnelportal som er en bygge- og anleggsanskaffelse. Anskaffelsens verdi er i anskaffelsesprotokollen estimert til 1,5 millioner kroner. I tillegg til lov om offentlige anskaffelser 17. juni 2016 nr. 73 følger anskaffelsen forskrift om offentlige anskaffelser 12. august 2016 nr. 974 del I og II, jf. forskriften §§ 5-1 og 5-3.
- (21) Det fremgår av forskriften § 9-4 (1) bokstav a at et tilbud som leveres etter tilbudsfristens utløp, skal avvises.
- (22) Klagenemnda tar først stilling til om tilbudsfristen ble lovlig forlenget til 19. november 2021 kl 12. Klagenemnda begrenser seg her til å bemerke at en forlengelse ikke ble publisert i KGV eller på annen måte formidlet via KGV til alle potensielle leverandører før utløpet av den opprinnelige tilbudsfristen. Etter at tilbudsfristen hadde løpt ut og innklagede hadde mottatt tilbud, var det for sent å forlenge fristen.
- (23) Klagenemnda går deretter over til å vurdere om det har betydning at innklagede før tilbudsfristens utløp ga valgte leverandør en skriftlig bekreftelse via KGV om at tilbudsfristen ble forlenget med ett døgn.
- (24) Innklagede har vist til klagenemndas avgjørelse i sak 2008/25. I den saken åpnet klagenemnda, med henvisning til Arrowsmiths vurdering i *The Law of Public and Utilities Procurement* side 498, for at tilbud som leveres etter tilbudsfristen ikke skal avvises hvis oppdragsgiveren har skapt usikkerhet om tilbudsfristens utløp. Innklagede har i denne forbindelse også vist til at fristoversittelsen var beskjeden, at klager fikk anledning til å levere et nytt tilbud i henhold til den forlengede fristen, og at det er dokumentert at tilbudene ikke ble åpnet før etter at valgte leverandør hadde levert sitt tilbud.
- (25) Etter klagenemndas syn gir ikke dette grunnlag for å se bort fra plikten til å avvise et for sent inngitt tilbud i forskriften § 9-4. Bestemmelsen åpner etter sin ordlyd ikke for modifikasjon av konsekvensene av at fristen er oversittet. Hvis det skal være en åpning for unntak fra en såpass sentral bestemmelse som avvisning av for sent leverte tilbud, mener klagenemnda at den må være svært snever.
- (26) I dette tilfellet mener klagenemnda at det er tilstrekkelig å vise til at innklagede hadde et inntrykk av at den opprinnelige fristen ble opplevd som knapp. Selv om klager ble gitt mulighet til å endre sitt tilbud etter levering, kan det ikke utelukkes at valgte leverandør har hatt en fordel ved å være oppmerksom på den utsatte fristen ca. ett døgn tidligere enn

klager. Likebehandlingsprinsippet var da til hinder for at valgte leverandør kunne forholde seg til en senere tilbudsfrist enn klager.

- (27) Klagenemnda har derimot kommet til at innklagede er forpliktet til å avlyse konkurransen. En oppdragsgiver har plikt til å avlyse en konkurranse dersom det er begått en feil som kan ha påvirket utfallet av konkurransen, eller deltakerinteressen, og som ikke kan rettes på annen måte enn ved avlysning av konkurransen. En teoretisk mulighet for at feilen har påvirket konkurransen, er ikke tilstrekkelig. Det kreves at det foreligger en reell faktisk mulighet for at feilen kan ha hatt betydning.
- (28) Informasjonen om fristforlengelse som valgte leverandør mottok skriftlig via KGV, ga etter klagenemndas syn valgte leverandør en beskyttet forventning om at tilbudsfristen ville være 19. november 2021. Ettersom informasjonen ble gitt kort tid før tilbudsfristens utløp, finner klagenemnda at det er tilfelle selv om henvendelsen ikke ble etterfulgt av at en ny tilbudsfrist ble publisert i KGV.
- (29) Klagenemnda mener etter dette at det er sannsynliggjort at innklagede har gjort feil som har ført til at valgte leverandør leverte sitt tilbud for sent. Det er i denne forbindelse av underordnet betydning om feilen var informasjonen som ble sendt til valgte leverandør eller den manglende gjennomføringen av fristforlengelsen. Det er da en reell faktisk mulighet for at denne feilen kan ha påvirket utfallet av konkurransen eller deltakerinteressen. Ettersom det er begått en feil som kan ha hatt betydning for konkurransen så kan en ikke isolere dette til et spørsmål om erstatning, slik klager har anført. Uten at det anses avgjørende for utfallet av saken, bemerker klagenemnda at en avlysningsplikt i et slikt tilfelle også er forenlig med lagmannsrettens rettslige utgangspunkt i sak LB-2017-194440 og med uttalelser i NOU 2014:4 punkt 25.4.2.
- (30) Bruddet som er konstatert gir grunnlag for tilbakebetaling av klagegebyret jf. klagenemndsforakriften § 13.

Konklusjon:

Drammen kommune har brutt kravet til likebehandling ved gjennomføringen av konkurransen.

For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,

Kristian Jåtog Trygstad

Dokumentet er godkjent elektronisk